

PRINCIPIO DI EQUIVALENZA

Iolanda Gabriella De Zio

1. INQUADRAMENTO GENERALE DEL PRINCIPIO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

Il principio di equivalenza è da considerarsi un principio generale del diritto, che trova applicazione in svariati ambiti del nostro ordinamento giuridico.

In relazione al diritto civile, che in questa sede maggiormente interessa, è noto che il concetto di equivalenza è largamente adoperato in materia di contratto, di testamento e di interpretazione delle leggi.

Rispetto alla disciplina contrattuale, il concetto di equivalenza è emerso in dottrina e giurisprudenza in rapporto alle prestazioni oggetto di contratto, con specifico riferimento ai contratti c.d. sinallagmatici o a prestazioni corrispettive¹.

Si suole distinguere, in dottrina, l'equivalenza c.d. oggettiva delle prestazioni dall'equivalenza c.d. soggettiva.

Si ha equivalenza oggettiva delle prestazioni (o equivalenza economica) quando, in un contratto a titolo oneroso, il valore economico di una prestazione corrisponde al valore economico della controprestazione,

¹ I contratti a prestazioni corrispettive sono quelli caratterizzati da un nesso di interdipendenza tra le prestazioni che ne costituiscono l'oggetto. V., sul punto, F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 1973, pag. 749, secondo cui "nel contratto con prestazioni corrispettive si stabilisce, fra le due prestazioni (e fra le due obbligazioni), un nesso speciale, che non è di mera reciprocità, ma appunto consiste nell'interdipendenza (o causalità) reciproca fra esse, per cui ciascuna parte non è tenuta alla propria prestazione, se non sia dovuta, ed effettuata, la prestazione dell'altra; l'una prestazione è il presupposto indeclinabile dell'altra". Pertanto, la causa di tali contratti va individuata proprio nell'interdipendenza tra le prestazioni.

Nell'ampio *genus* dei contratti a prestazioni corrispettive rientrano sia i contratti commutativi, sia i contratti aleatori. Mentre i primi non comportano l'assunzione di alcun rischio da parte dei contraenti, che, infatti, possono valutare *ab origine* la portata economica delle proprie prestazioni, i secondi si caratterizzano per l'incertezza circa la portata economica delle prestazioni stesse, identificandosi la causa del contratto con l'assunzione del rischio. Va precisato, allora, da subito che la tematica dell'equivalenza delle prestazioni riguarda esclusivamente i contratti commutativi e non quelli aleatori, in quanto questi ultimi, proprio in virtù della struttura causale che li caratterizza, sono incompatibili con il concetto di equilibrio dello scambio. Prova di tale assunto è la disciplina codicistica dei rimedi riequilibratori (rescissione per lesione *ex art. 1448, c. 4, cod. civ.* e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta *ex art. 1467, c. 2, cod. civ.*), che sono esclusi per i contratti aleatori.

mentre l'equivalenza soggettiva indica l'equilibrio iniziale dei valori delle prestazioni quale risulta fissato dalle parti nel contratto.

L'equivalenza c.d. oggettiva delle prestazioni, a parere della dottrina prevalente e della giurisprudenza più recente, non è un requisito necessario del contratto sinallagmatico, e più precisamente del contratto commutativo², posto che in materia vige il principio dell'autonomia contrattuale³, in forza del quale le parti contraenti sono libere di determinare il contenuto dell'accordo, e quindi anche il suo oggetto, nel modo che ritengono a sé più conveniente⁴.

In forza di tale assunto, pertanto, il contratto può, fin dall'origine, per volontà delle parti, risultare economicamente squilibrato a danno di un contraente, senza che vi sia spazio per impugnazione alcuna⁵.

² Sul punto v. Relazione del Guardasigilli (n. 656), secondo cui “una norma generale che avesse autorizzato il riesame del contenuto del contratto per accertare l'equità o la proporzione delle prestazioni in esso dedotte, sarebbe stata, non soltanto esorbitante, ma anche pericolosa per la sicurezza delle contrattazioni; tanto più che avrebbe resa necessaria una valutazione obiettiva delle situazioni contrapposte, là dove spesso, nella determinazione dei vantaggi di ciascuna parte, operano imponderabili apprezzamenti soggettivi, non suscettibili di un controllo adeguato”.

³ Il principio dell'autonomia o libertà contrattuale è espressamente disciplinato dal codice civile nell'art. 1322, ove è previsto non solo che le parti sono libere di determinare il contenuto del contratto, sia pure nei limiti imposti dalla legge, ma anche che le parti possono concludere contratti c.d. atipici, ossia non appartenenti ad alcuno dei tipi aventi una disciplina specifica, con il solo limite della meritevolezza degli interessi perseguiti.

⁴ Così in dottrina, tra gli altri, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile, Volume 2*, Cedam, Padova, 2010, pag. 535 - 536: “è, di regola, irrilevante lo squilibrio economico tra le prestazioni: domina, in sede di formazione del contratto, il principio dell'autonomia contrattuale, e ciascuno è libero di contrattare a condizioni a sé svantaggiose e vantaggiose per la controparte. Nessuna norma di legge impone di uniformare le ragioni contrattuali dello scambio a oggettivi criteri di equivalenza fra le prestazioni. Sempre in linea di principio, al giudice non è consentito di sindacare l'equivalenza delle prestazioni, ogni determinazione circa la congruità dello scambio contrattuale essendo rimessa all'autonomia dei contraenti, in forza del generale principio dell'art. 1322, comma 1, cod. civ. o, se si preferisce, secondo l'altro generale principio dell'art. 1372, comma 1, per il quale il contratto ha forza di legge fra le parti, e vincola il giudice allo stesso modo in cui egli è vincolato dalla legge. In economia di mercato il giusto prezzo è il prezzo di mercato, quale si determina nelle libere contrattazioni”.

⁵ La giurisprudenza più risalente nel tempo si è pronunciata in senso opposto, ravvisando nella sproporzione economica tra le prestazioni del contratto una mancanza di causa: v. Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1506 a tenore della quale “nei contratti a prestazioni corrispettive il difetto di equivalenza, almeno tendenziale, delle prestazioni e, a maggior ragione, il difetto *tout court* della pattuizione di un corrispettivo della prestazione prevista comporta l'assoluta mancanza di causa del contratto”. Più precisamente, la Cassazione distingueva, con riferimento al più diffuso contratto sinallagmatico, e cioè al contratto di compravendita, l'ipotesi della pattuizione di un prezzo c.d. vile, dall'ipotesi della pattuizione di un prezzo c.d. simbolico. In ordine alla prima ipotesi, la pattuizione del c.d. prezzo vile non comportava la nullità del contratto, proprio in

Se questo è vero in linea di principio, va, però, ricordato che il legislatore talvolta è intervenuto sullo squilibrio economico oggettivo tra le prestazioni, mediante regole precise dirette a salvaguardare la c.d. giustizia del contratto.

Un esempio è il rimedio della rescissione del contratto, di cui agli artt. 1447 e 1448 cod. civ.⁶.

La causa della rescissione è un difetto genetico del contratto: l'assunzione di obbligazioni a condizioni inique o la sproporzione tra le prestazioni sussistono fin dall'origine del contratto e sono dipese dallo stato di pericolo ovvero dallo stato di bisogno in cui si trovava uno dei contraenti.

Dalla disamina delle due ipotesi di rescissione emerge, allora, chiaramente che l'ordinamento non ha attribuito rilevanza allo squilibrio oggettivo in sé tra le prestazioni, ma ad uno squilibrio originato in presenza di determinati requisiti.

Pertanto, i due istituti della rescissione confermano la regola della libera determinabilità del contenuto delle prestazioni, in quanto, in presenza di uno squilibrio oggettivo tra le prestazioni liberamente voluto ed accettato dalle parti, i rimedi in esame non operano.

In alternativa alla rescissione, il legislatore contempla la c.d. *reductio ad aequitatem*, quale strumento per realizzare l'equilibrio contrattuale

virtù del principio di autonomia contrattuale e della libertà dei contraenti di determinare il contenuto dell'accordo nel modo più rispondente alla propria volontà. A diverse conclusioni, la giurisprudenza giungeva con riferimento alla pattuizione del prezzo c.d. simbolico. Si veda al proposito Cass., 24 febbraio 1968, n. 632, in *Giust. Civ.*, 1968, I, pag. 1475, secondo cui "in tema di prezzo non può ritenersi inesistente quello che sia semplicemente tenue, vile o irrisorio. Solo la indicazione di un prezzo assolutamente privo di valore, epperò meramente apparente e simbolico, può elevarsi a causa di nullità della compravendita per difetto di uno dei suoi requisiti essenziali". Esempio tipico di vendita a prezzo simbolico è la vendita *nummo uno*, cioè ad un'unità monetaria, che è nulla per difetto dell'elemento causale. Questa giurisprudenza, che dava rilievo alla congruità del corrispettivo, denota l'accoglimento della nozione di causa in concreto, come funzione economico-individuale del contratto. Successivamente, la Cassazione ha corretto il proprio orientamento, statuendo che "la pattuizione di un prezzo notevolmente inferiore al valore di mercato della cosa compravenduta, ma non privo del tutto di valore intrinseco, può rilevare sotto il profilo dell'individuazione del reale intento negoziale delle parti e della effettiva configurazione ed operatività della causa del contratto, ma non può determinare la nullità del medesimo per la mancanza di un requisito essenziale" (così Cass., 28 agosto 1993, n. 9144, in *Mass. Foro it.*, 1993). In questo modo la Cassazione ha voluto sottolineare che l'equivalenza delle prestazioni non rileva ai fini della validità o meno del contratto, quanto piuttosto ai fini della corretta qualificazione causale del medesimo.

⁶ È noto che il codice civile contempla due ipotesi di rescissione: l'art. 1447 cod. civ. disciplina il caso di chi ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona; l'art. 1448 cod. civ., invece, disciplina l'ipotesi in cui la sproporzione originaria tra le prestazioni (c.d. lesione *ultra dimidium*, ossia lesione di oltre il 50%) è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra parte ha approfittato per trarne vantaggio.

oggettivo tra le prestazioni, negato in origine dalla sussistenza dei presupposti della rescissione⁷.

Va ricordato, inoltre, che, di recente, il legislatore è intervenuto a limitare l'autonomia contrattuale delle parti in ossequio al principio di tutela per il contraente debole, principio ormai consolidatosi nell'esperienza giuridica interna e sovranazionale.

L'art. 33, c. 1, d.lgs. n. 206/2005 (c.d. Codice del consumo), infatti, statuisce che "nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede⁸, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto".

Questa norma, com'è evidente, attribuisce rilievo all'equilibrio del contratto, ossia alla congruità dello scambio.

L'equilibrio a cui si riferisce la norma, però, non è l'equilibrio economico tra le prestazioni, ma l'equilibrio giuridico (dei diritti e degli obblighi), come si evince dal successivo art. 34, c. 2, codice del consumo, ove è detto che "la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purchè tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile"⁹.

Da ciò si evince, ancora una volta, che l'interesse del legislatore non è rivolto all'equilibrio economico-oggettivo tra le prestazioni oggetto di contratto, ma all'equilibrio c.d. giuridico-normativo, che oggi sta acquistando sempre più importanza nelle legislazioni speciali a tutela del consumatore, stante il *favor* dell'ordinamento per il contraente debole.

Interessa in questa sede anche la c.d. equivalenza soggettiva delle prestazioni, alla quale viene dato rilievo dal legislatore nella fase patologica del contratto, per ripristinare l'iniziale equilibrio corrispondente alla previsione delle parti.

In forza di tale principio, il legislatore ha elaborato il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 cod. civ.).

⁷ Ai sensi dell'art. 1450 cod. civ., rubricato "Offerta di modificazione del contratto", "il contraente contro il quale è domandata la rescissione può evitarla offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità".

⁸ L'inciso "malgrado la buona fede", già adoperato dal legislatore nell'art. 1469bis cod. civ. prima della novella del 2005, ha suscitato non poche difficoltà interpretative. Non essendo questa la sede per approfondire detta tematica, sia consentito il rinvio a V. RIZZO, *Il significativo squilibrio "malgrado" la buona fede nei contratti dei consumatori*, in *Giur. Alpa-Bessone. Aggiornamento*, I, Torino, 1999, pag. 527 ss.

⁹ V., tra gli altri, F. BOCHICCHIO, *La nuova disciplina dei contratti con i consumatori. Dal controllo formale al controllo sostanziale: effettività e limiti*, in *Economia dir. terz.*, 1997, pag. 125 ss, secondo cui si tratta "non di mancanza di proporzione od anche mancanza di adeguatezza di proporzione tra le due prestazioni, proporzione che è, in modo assoluto, al di fuori della valutazione dell'ordinamento, ma di mancanza di giustificazione all'introduzione di elementi unilaterali, vale a dire a favore del solo professionista, mancanza di giustificazione a sua volta rapportata alla concreta funzione contrattuale".

Al contrario della rescissione, la causa della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta è un difetto funzionale del contratto: la prestazione di una delle parti è divenuta, dopo la conclusione del contratto, eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili.

Dalla disciplina del rimedio in esame emerge che la finalità dell'istituto *de quo* non è di garantire l'equilibrio oggettivo tra le prestazioni (come è per la rescissione), ma di assicurare la permanenza dell'assetto patrimoniale previsto e voluto dalle parti al momento della stipulazione del contratto.

In alternativa alla risoluzione, anche in questo caso il legislatore consente la c.d. *reductio ad aequitatem*, in virtù della quale lo squilibrio oggettivo di valore tra le prestazioni, venutosi a verificare durante la vita del contratto, viene superato, riconducendo il contratto stesso nella situazione di equivalenza soggettiva voluta originariamente dalle parti¹⁰.

Oltre all'equivalenza delle prestazioni, il nostro ordinamento giuridico contempla altre ipotesi in cui il concetto di equivalenza entra in gioco.

Infatti, il principio di equivalenza, nell'ambito del diritto privato, esplica la sua efficacia anche in materia successoria, ed in particolare in relazione all'efficacia dei testamenti.

Il codice civile contempla due forme ordinarie di testamento: il testamento olografo ed il testamento per atto di notaio, che può assumere, in particolare, la veste di testamento pubblico ovvero di testamento segreto.

Tra queste tre forme di testamento vige il principio di equivalenza: il testatore può ricorrere indifferentemente all'una o all'altra forma di testamento secondo la propria volontà e può modificare un precedente testamento per atto di notaio con un successivo testamento olografo e viceversa.

Ma il principio di equivalenza gioca un ruolo fondamentale nell'ordinamento giuridico italiano soprattutto in relazione all'attività giurisdizionale.

Sotto quest'aspetto si suole parlare nel codice civile, più precisamente, di analogia¹¹.

In particolare, il procedimento analogico è il procedimento interpretativo al quale ricorre il giudice (o, comunque, l'operatore del diritto) in presenza di casi non contemplati da specifiche norme.

Presupposti per l'applicazione di tale principio sono, dunque: 1) la sussistenza di una fattispecie non regolata dalla legge; 2) la somiglianza di tale fattispecie, normativamente non prevista, con altra fattispecie espressamente disciplinata; 3) la sussistenza tra le due fattispecie di identità di *ratio*.

¹⁰ Ai sensi dell'art. 1467, c. 3, cod. civ. "la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto".

¹¹ Occorre precisare fin d'ora che, nell'ambito del diritto comunitario, il principio di equivalenza è stato elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia con lo stesso significato che nell'ordinamento giuridico italiano viene attribuito al principio di analogia. Di questo meglio si è trattato *infra* nei paragrafi 2 e 3 del presente lavoro.

In tali casi, alla fattispecie normativamente non contemplata, il giudice può, dunque, applicare la regola giuridica che disciplina il caso simile.

Il procedimento analogico ha, pertanto, funzione integratrice delle norme giuridiche, al fine di garantire la completezza dell'ordinamento.

Il suddetto principio è espressamente contemplato, nell'ordinamento giuridico italiano, dall'art. 12, c. 2 delle disposizioni preliminari al codice civile (c.d. preleggi), ove è detto che “se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”¹².

Dalla suddetta norma si ricava che l'analogia sussiste, nel nostro ordinamento, nella duplice forma dell'analogia *legis* e dell'analogia *iuris*.

L'analogia *legis* è il procedimento interpretativo di cui si è detto finora. Esso comporta l'applicazione ad una fattispecie non contemplata di una regola di diritto sorta per regolare casi simili o materie analoghe.

L'analogia *iuris*, invece, è il procedimento interpretativo che comporta l'applicazione ad una fattispecie non contemplata dei principi generali dell'ordinamento giuridico¹³. Quanto all'individuazione di questi ultimi, la dottrina ritiene che essi vadano identificati in norme ad alto grado di generalità¹⁴, in norme di rango costituzionale¹⁵ ed in norme di importanza fondamentale per l'intero sistema giuridico¹⁶.

¹² Si sofferma sulle origini dell'art. 12 e sui motivi della sua introduzione G. ALPA, *I principi generali*, Giuffrè, Milano, 1993, pag. 135-136, secondo il quale “La disposizione è stata introdotta nelle preleggi per molti motivi. Per motivi *storici*, in quanto già esisteva una disposizione di contenuto simile nelle disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione e applicazione delle leggi in generale (art. 3), anteposte al codice previgente del 1865. Per motivi *politici*, in quanto si voleva riaffermare, con legge, l'unitarietà e la completezza dell'ordinamento; si voleva precisare, con legge, i limiti dell'arbitrio interpretativo del giudice; si voleva troncare ogni discussione sulla vigenza del diritto naturale. Per motivi *ideologici*, in quanto si voleva assegnare solo alle norme dell'ordinamento “posto” dallo Stato (diritto “positivo”) il compito di reggere in via esclusiva la società italiana. La collocazione di questa disposizione, nell'ambito delle preleggi, è dovuta anche a motivi *logici*. Il mondo dei principi viene ricondotto alla dimensione interpretativa: ai principi si assegna con legge un ruolo specifico e circoscritto, di ausilio dell'interprete nell'accertamento del significato delle disposizioni, e nella loro applicazione”.

¹³ Precisa G. ALPA, *op. cit.*, pag. 137 che “i principi possono essere applicati per risolvere *i casi dubbi* solo in via residuale e ultimativa: l'integrazione è solo residuale e succedanea alla interpretazione. L'interprete (cioè il giudice e le figure affini) è quindi arbitro di ricorrere ai principi; spetta a lui la scelta, perché è lui a decidere se il caso è dubbio; se non lo è, non è necessario ricorrere all'applicazione dei principi, in quanto sarebbe sufficiente l'applicazione della disposizione scritta”.

¹⁴ Si pensi all'art. 1176 cod. civ., rubricato “Diligenza nell'adempimento”, a tenore del quale “1. Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. 2. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata”.

¹⁵ A titolo esemplificativo, si pensi al principio dell'inviolabilità della libertà personale (art. 13 Cost.), della libertà di associazione (art. 18 Cost.), della libertà di religione (art. 19

Il ricorso al procedimento analogico soffre, però, talune eccezioni.
L'art. 14 delle preleggi, infatti, esclude l'analogia in relazione alla legge penale ed alle leggi eccezionali.

La *ratio* di tali esclusioni è ben presto comprensibile.

Innanzitutto, quanto alle leggi penali, il divieto di analogia trova fondamento, oltre che nel citato art. 14 delle preleggi, anche nell'art. 25, c. 2, Cost.¹⁷ e negli artt. 1 e 199 cod. penale¹⁸.

Alla base di tale divieto vi è il principio di legalità, nonché il suo corollario rappresentato dal principio di tassatività, in forza dei quali ogni fattispecie penale deve essere tassativamente prevista e regolata dalla legge. Ne deriva che il giudice penale non può applicare pene a fatti che non siano previsti dalla legge come reato, richiamandosi a norme che disciplinano casi simili: la legge penale va applicata solo alla fattispecie concreta che rientra nel precetto della norma incriminatrice¹⁹.

Cost.), della libertà di pensiero (art. 21 Cost.), dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29 Cost.), della tutela della salute (art. 32 Cost.).

¹⁶ Si pensi all'art. 1322 cod. civ., che introduce nel nostro ordinamento il principio dell'autonomia contrattuale: "1. Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative. 2. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico".

¹⁷ Art. 25, c. 2, Cost.: "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso".

¹⁸ Art. 1 cod. pen.: "Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite"; art. 199 cod. pen.: "Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti".

¹⁹ Una questione largamente dibattuta in dottrina concerne l'ampiezza del divieto di analogia nella materia penalistica: ci si chiede, in sostanza, se nella materia in oggetto il ricorso all'analogia sia escluso *sic et simpliciter* ovvero se tale divieto si riferisca solo all'analogia *in malam partem*, residuando un marginale campo di applicazione per l'analogia *in bonam partem*, che riguarderebbe, in particolare, le norme che prevedono cause di non punibilità o di estinzione del reato. Oggi, la dottrina dominante ritiene ammissibile l'analogia *in bonam partem*, argomentando dalla circostanza che il divieto di analogia in materia penale ha come fondamento la tutela della libertà individuale della persona. Pertanto, è ammissibile l'interpretazione analogica delle norme di favore, salvo verificare che la norma, della quale si richieda l'applicazione analogica, non abbia carattere eccezionale, ricadendo in tal caso, comunque, nel divieto di cui all'art. 14 preleggi.

Altra questione dibattuta in dottrina ed in giurisprudenza concerne il rapporto tra interpretazione estensiva ed interpretazione analogica della norma penale. Il problema di tale rapporto si è posto in quanto non sempre è agevole distinguere l'un procedimento interpretativo dall'altro e la questione non è di poco momento, posto che l'interpretazione estensiva in materia penale è ammessa, mentre l'interpretazione analogica, salva l'eccezione dell'analogia *in bonam partem*, è vietata. Secondo l'opinione maggioritaria, fatta propria anche dalla giurisprudenza di Cassazione, si ha interpretazione estensiva quando si rimane nell'ambito dei possibili significati letterali dei termini impiegati dalla legge, mentre il procedimento analogico è diverso perché comporta l'applicazione di una

In secondo luogo, quanto all'ulteriore esclusione prevista dall'art. 14 delle preleggi, va chiarito preliminarmente il significato dell'espressione "leggi eccezionali".

Nel nostro ordinamento giuridico si suole distinguere, infatti, tra legge c.d. generale e legge c.d. eccezionale.

La prima, la c.d. legge generale, disciplina situazioni in cui può versare "chiunque", al ricorrere dei presupposti in essa previsti; al contrario, la seconda, la c.d. legge eccezionale, è quella che, in virtù di una particolare *ratio*, si pone in deroga alle leggi generali.

La ragione del divieto di analogia per le leggi eccezionali è, allora, facilmente comprensibile. Proprio perché esse derogano a leggi generali e dettano una regola eccezionale, il legislatore le considera norme di stretta interpretazione.

Una questione di grande attualità concerne l'applicazione del procedimento analogico nella materia tributaria.

Mentre, infatti, non v'è dubbio che l'analogia possa operare per le norme tributarie procedurali (che regolano l'accertamento e la riscossione) e per quelle processuali²⁰ e che, viceversa, sia esclusa per le norme tributarie penali o di natura eccezionale in forza dell'art. 14 delle preleggi, maggiori problemi si pongono per le norme tributarie impositive e per quelle agevolative.

Le norme tributarie impositive sono le norme che istituiscono e disciplinano i tributi (c.d. norme sostanziali).

Rispetto ad esse dottrina e giurisprudenza maggioritarie negano il ricorso all'analogia.

Taluni argomentano dal principio della riserva di legge sancito dall'art. 23 Cost.²¹; altri, invece, argomentano dalla circostanza che le norme impositive sono perlopiù norme a fattispecie esclusiva, cioè riflettono situazioni di fatto ben determinate.

Quanto alle norme tributarie agevolative, il divieto di analogia, a parere dell'opinione dominante, risiederebbe, invece, nella natura eccezionale delle stesse.

Per concludere sulla disamina dell'equivalenza nell'ordinamento giuridico italiano, va accennato che, nella sua molteplicità di significati, oggi il concetto di equivalenza è adoperato anche nella materia degli appalti.

norma che regola una fattispecie diversa ovvero l'utilizzo dei principi generali dell'ordinamento per disciplinare una fattispecie priva di regolamentazione.

²⁰ Contrario all'applicazione dell'analogia alle norme tributarie processuali è L. FERLAZZO NATOLI, *Diritto tributario*, 2010, Giuffrè, Milano, pag. 70, a parere del quale "Per le norme processuali l'interpretazione analogica è esclusa esistendo una riserva assoluta di legge ai sensi dell'art. 111 della Costituzione. Il richiamo alle disposizioni del Codice di procedura civile, contenuto nella legge sul processo tributario, non è da qualificarsi come una ipotesi di applicazione analogica, ma come una tecnica di legiferazione per "rinvio materiale", in quanto riferita a tutte le norme presenti e future che disciplinano il processo civile non incompatibili con le disposizioni del processo tributario".

²¹ Art. 23 Cost.: "Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge".

In particolare, il principio di equivalenza si ricava dall'art. 68 D.lgs. 163/2006, meglio noto come Codice degli appalti.

Giova ricordare a questo proposito la recente sentenza Tar Valle d'Aosta, sez. unica, 14 settembre 2011, n. 59²², a tenore della quale “il principio dell'equivalenza si ricava dalla lettera dell'art. 68 del codice degli appalti, ove è prescritto che i documenti del contratto, quali il bando di gara, il capitolato d'oneri o i documenti complementari devono dettagliatamente indicare le specifiche tecniche richieste, senza però individuare una specifica fabbricazione o provenienza, al fine di evitare la ingiustificata restrizione della rosa dei partecipanti alla gara, con nocumento all'interesse pubblico sotteso alla più ampia partecipazione alla stessa. È previsto anche, al comma n. 13 che, ove sia necessario al fine della capillare descrizione di un macchinario ricorrere all'indicazione di un tipo specifico di prodotto, occorre che tale indicazione sia accompagnata dall'espressione “o equivalente”. [...] La *ratio* delle disposizioni richiamate contenute nell'art. 68 codice appalti è chiara. Nel rispetto del principio della più ampia partecipazione alle gare finalizzato alla ponderata e fruttuosa scelta del miglior contraente, si esclude espressamente, tranne ove sia giustificato dal particolare oggetto dell'appalto, la possibilità di indicare marchi o tipi specifici di produzione, a meno che il riferimento ad un prodotto non sia necessario al fine di descrivere dettagliatamente le caratteristiche che il bene offerto deve possedere. In questo caso è obbligatorio fare ricorso al concetto di equivalenza, con la conseguenza che, in caso di omissione dell'inciso il bando risulterebbe *in parte qua* illegittimo (in termini, Cons. Stato, sez. V, sent. n. 5693 del 14 novembre 2008)”.

2. INQUADRAMENTO GENERALE DEL PRINCIPIO NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Il principio di equivalenza, nella forma dell'equivalenza delle prestazioni, oltre ad avere rilevanza sul piano del diritto interno, è emerso anche a livello di diritto internazionale.

In particolare, detto principio è annoverato nell'ambito dei Principi dei Contratti Commerciali Internazionali elaborati dall'*Unidroit*²³.

²² Consultabile online sul sito www.dirittodeiservizipubblici.it.

²³ L'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (c.d. *Unidroit*) è un'organizzazione internazionale, con sede in Roma, la cui attività principale consiste nello studio del diritto comparato al fine di elaborare progetti di Convenzioni di diritto uniforme. In materia di contratti commerciali internazionali, esso ha elaborato nel 1994 una serie di principi, revisionati, prima, nel 2004 e, poi, nel 2011. Detti principi trovano applicazione quando le parti di un contratto internazionale ad essi facciano esplicito rinvio. Poiché tali Principi costituiscono regole di elaborazione dottrinale, non hanno la stessa efficacia vincolante delle fonti del diritto; eppure, non può negarsi il rilievo pratico che essi assumono nella contrattazione transazionale. Tale rilievo pratico emerge già dal Preambolo dei Principi, ove è detto che “I presenti Principi enunciano regole generali in materia di

L'art. 3.10 dei suddetti principi disciplina proprio la c.d. *gross disparity* prevedendo che:

“1. Una parte può annullare il contratto o una sua singola clausola se, al momento della sua conclusione, il contratto o la clausola attribuivano ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo. Si devono considerare, tra gli altri fattori, a) il fatto che l'altra parte abbia tratto un ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate della prima parte, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare, e b) la natura e lo scopo del contratto.

2. Su richiesta della parte che ha diritto all'annullamento, il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio.

3. Il giudice può adattare il contratto o le sue clausole anche a richiesta della controparte alla quale sia stato inviato l'avviso di annullamento, purchè tale parte ne informi l'altra prontamente dopo aver ricevuto l'avviso e prima che quest'ultima abbia agito facendovi affidamento. Le disposizioni di cui all'art. 3.13 (2) si applicano con le opportune modifiche”²⁴.

Per quel che più interessa in questa sede, il tema dell'equilibrio contrattuale compare anche nei Principi di Diritto Europeo dei Contratti (PECL), elaborati dalla Commissione presieduta da Ole Lando²⁵.

contratti commerciali internazionali. I Principi si applicano quando le parti hanno convenuto che il loro contratto sia da essi disciplinato. I Principi possono applicarsi quando le parti abbiano convenuto che il loro contratto sia regolato dai “principi generali del diritto”, dalla “*lex mercatoria*” o simili. I Principi possono applicarsi quando le parti non hanno scelto il diritto applicabile al loro contratto. I Principi possono essere utilizzati per l'interpretazione o l'integrazione degli strumenti di diritto internazionale uniforme. I Principi possono essere utilizzati per l'interpretazione e l'integrazione del diritto nazionale applicabile. I Principi possono servire come modello per i legislatori nazionali ed internazionali.”

²⁴ Sulla portata innovativa di tale norma si è soffermato G. ALPA, *La protezione della parte debole di origine internazionale (con particolare riguardo al diritto uniforme)*, in *Contratti commerciali internazionali e Principi UNIDROIT*, a cura di M. J. Bonell e F. Bonelli, Milano, 1997, pag. 233, il quale, anche in riferimento alla disciplina dello squilibrio sopravvenuto (*Hardship*- artt. 6.2.1 ss.), afferma che le soluzioni offerte dai Principi sono innovative “per due ragioni fondamentali: (i) perché si preoccupano di tracciare un confine tra lo spazio in cui una parte, per *status*, posizione economica, posizioni istituzionale, livello di informazione, etc., ha un vantaggio nei confronti dell'altra e lo sfrutta a proprio beneficio ma “giustamente”, e lo spazio in cui lo svantaggio è “eccessivo” sicché il suo sfruttamento si rivela “ingiusto”. Questo confine è segnato con due clausole generali: lo squilibrio “eccessivo” e il vantaggio “ingiusto”; spetterà a dottrina e giurisprudenza (arbitrale o ordinaria) definire i contenuti di queste formule; (ii) perché si preoccupano di individuare rimedi alle ipotesi in cui la parte debole sia esposta all'approfittamento di controparte, cercando di conservare il contratto piuttosto che non di porlo nel nulla, come avviene invece nel maggior numero di casi nel maggior numero di ordinamenti”.

²⁵ Si tratta di una Commissione non governativa, composta da giuristi provenienti dai diversi Stati membri dell'UE. Dal 1982 essa lavora alla formulazione dei Principi del diritto europeo dei contratti. Anche tali principi, come i Principi *Unidroit*, sono frutto di

In particolare, viene in rilievo l'art. 4.109 che disciplina l'ingiusto profitto o vantaggio iniquo (*excessive benefit or unfair advantage*).

La norma in esame consente ad una parte di annullare il contratto se, al momento della conclusione di esso, "fosse in situazione di dipendenza o avesse una relazione di fiducia con l'altra parte, si trovasse in situazione di bisogno economico o avesse necessità urgenti, fosse affetto da prodigalità, ignorante, privo di esperienza o dell'accortezza necessaria a contrattare" (lett. a) e "l'altra parte era o avrebbe dovuto essere a conoscenza di ciò e, date le circostanze e lo scopo del contratto, ha tratto dalla situazione della prima un vantaggio iniquo o un ingiusto profitto" (lett. b).

Ai sensi del comma 2, inoltre, su domanda della parte legittimata all'annullamento, il giudice può, "ove il rimedio sia adeguato, modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza".

Va, però, sottolineato che, a parte il riferimento all'equivalenza delle prestazioni, nell'ambito del diritto dell'UE il concetto di equivalenza viene adoperato soprattutto in materia processuale.

In particolare, tra i principi generali del diritto dell'Unione Europea la Corte di Giustizia annovera il principio di equivalenza, che altro non è che la trasposizione a livello comunitario del principio di analogia.

Sulla base di tale principio, infatti, in assenza di specifica disciplina comunitaria, la tutela dei diritti riconosciuti al singolo dal diritto comunitario non può essere meno favorevole di quella garantita a diritti analoghi riconosciuti dal diritto interno.

La *ratio* del principio di equivalenza è, pertanto, da individuare nell'esigenza di evitare il rischio che situazioni giuridico-soggettive di fonte comunitaria siano tutelate in maniera più restrittiva rispetto ad analoghe situazioni di diritto interno.

Come acutamente osservato²⁶, "ciò non significa, tuttavia, che gli Stati membri siano per ciò stesso obbligati, in ottemperanza al principio di equivalenza, ed in funzione della logica ad esso sottesa, ad estendere le proprie disposizioni processuali più favorevoli a tutte le azioni volte alla tutela di posizioni giuridiche fondate sul diritto dell'Unione. Quello che la Corte ha inteso dire, infatti, è semplicemente che una norma processuale nazionale debba essere applicata, quando siano sussistenti le condizioni poste a suo fondamento, indifferentemente tanto ad azioni fondate sul diritto comunitario, oggi diritto dell'Unione, quanto ad azioni finalizzate alla tutela di posizioni di diritto interno".

A parere di autorevole dottrina²⁷, dunque, gli elementi qualificanti del principio di equivalenza sono due: 1) la ragionevole uguaglianza, quanto

un'elaborazione dottrinale e non hanno, dunque, efficacia normativa, ma ciononostante è innegabile il loro rilievo pratico nella contrattazione europea.

²⁶ G. VITALE, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione Europea*, Editpress, 2010, pag. 29.

²⁷ A. MARCHESELLI, *La violazione del diritto comunitario come "fatto illecito del legislatore": le nuove frontiere del risarcimento del danno nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e alla luce della Carta di Nizza*, in www.europeanrights.eu.

all'efficacia, dei rimedi apprestati per la tutela dei diritti di fonte comunitaria e per quella dei diritti di fonte interna; nonché 2) l'analogia delle fattispecie considerate²⁸.

Il principio di equivalenza si configura, quindi, come una specifica declinazione del principio generale di parità di trattamento e del divieto di discriminazione²⁹, che richiedono che situazioni simili non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, salvo che ciò non risulti obiettivamente giustificato.

È pacifico che il principio di equivalenza, inoltre, si pone come limite al principio di autonomia processuale degli Stati membri.

In forza di quest'ultimo principio, in assenza di una disciplina processuale europea, spetta agli Stati membri garantire l'applicazione del diritto comunitario mediante il proprio sistema processuale. Pertanto, le istituzioni europee non legiferano in materia processuale, finanche laddove si tratti di predisporre la tutela di situazioni giuridiche riconosciute dal diritto comunitario, prevalendo, in tale materia, l'identità giuridica nazionale propria degli Stati membri³⁰.

In tale contesto, "il principio di autonomia processuale trova un limite negativo di operatività nel principio di non discriminazione o di equivalenza"³¹.

Più precisamente, "l'autonomia processuale degli Stati membri viene meno se, e nella misura in cui, le procedure dagli stessi previste violino da un lato il "principio di equivalenza", cioè offrano alle posizioni giuridiche di

²⁸ Sul punto anche E. PICOZZA, *L'influenza del diritto comunitario nel processo amministrativo*, in E. Picozza (a cura di), *Processo amministrativo e diritto comunitario*, Padova, 2003, pag. 10, nota 6 "in prima battuta il giudice deve comparare i due istituti di diritto processuale interno e comunitario, onde verificarne o meno l'analogia dal punto di vista strutturale. Successivamente il giudice nazionale, al fine di potersi pronunciare sull'equivalenza delle norme procedurali, "deve accertare in modo oggettivo ed astratto l'analogia delle norme di cui trattasi, in considerazione della loro rilevanza nel procedimento medesimo e della specificità di tali norme". Quindi al criterio sostanziale o strutturale, va affiancato quello di carattere funzionale o teleologico, perché solo analizzando in modo oggettivo ed astratto l'analogia delle due norme procedurali, in considerazione della loro rilevanza, delle modalità di svolgimento e del ruolo specifico della norma nel sistema, si riesce a comprendere se l'analogia è vera o fittizia; e pertanto se vi è attuazione o meno del principio di equivalenza".

²⁹ Così si esprime G. VITALE, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione Europea*, Editpress, 2010, pag. 220.

³⁰ Il principio di autonomia processuale degli Stati membri trova fondamento nell'art. 19 Trattato UE, ove è detto che "Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione".

³¹ Così S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Cedam, 2011, pag. 212 – 213.

derivazione europea una tutela meno favorevole rispetto a quella prevista per posizioni analoghe del diritto interno, e dall'altro il "principio di effettività", rendendo impossibile o eccessivamente difficile la tutela delle posizioni medesime"³².

L'autonomia processuale degli Stati membri, dunque, è circoscritta entro i due limiti rappresentati dal principio di equivalenza e dal principio di effettività (c.d. *standards* minimi o test di compatibilità).

A differenza di altri principi, che sono dichiarati solennemente nei Trattati sull'Unione Europea o nella Carta dei diritti di Nizza, il principio in esame ha origine giurisprudenziale, trovando la propria fonte nelle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea³³.

La suddetta Corte ha fatto riferimento, per la prima volta, al principio di equivalenza, pur senza nominarlo espressamente, nel 1976, nelle note sentenze *Rewe*³⁴ e *Comet*³⁵.

In entrambe le sentenze, pronunciate in pari data, la Corte ha asserito che "secondo il principio della collaborazione, enunciato dall'art. 5 del Trattato, è ai giudici nazionali che è affidato il compito di garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta. Conseguentemente, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, modalità che non possono, beninteso, essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale. [...] Una diversa soluzione sarebbe possibile soltanto qualora tali modalità e termini rendessero, in pratica, impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare".

Pertanto, come precisato successivamente in altra sentenza della Corte di giustizia³⁶, il principio di equivalenza sarebbe sicuramente violato se il singolo, che facesse valere un diritto attribuito dall'ordinamento giuridico

³² Così G. VITALE, *op. cit.*, pag. 28.

³³ Ciò in quanto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea competeva, già in base all'originario art. 164 del Trattato di Roma, di dichiarare la portata del diritto comunitario. Ne deriva che le sentenze della suddetta Corte sono poste allo stesso livello dei trattati e questo rappresenta uno dei principali effetti della contaminazione tra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*. Si dilunga sulla rilevanza dei principi nell'ordinamento comunitario, in conseguenza dell'opera integratrice e creatrice della Corte di Giustizia A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. Com.*, 1994, pag. 521 ss.

³⁴ Sentenza 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe-Zentralfinanz v Landwirtschaftskammer für das Saarland*, in *Racc.* 1976, pagina 01989, punto 5.

³⁵ Sentenza 16 dicembre 1976, causa C-45/76 *Comet*, in *Racc.* 1976 pagina 02043, punto 12 e 13.

³⁶ Sentenza 16 maggio 2000, causa C-78/98, *Shirley Preston e altri*, in *Racc.* 2000, pag. I-03201, punto 60.

comunitario, dovesse affrontare spese e attese superiori rispetto a colui che fondasse la propria pretesa sulla legge puramente interna.

Dalle succitate pronunce della Corte di Giustizia si arguisce, inoltre, lo stretto rapporto intercorrente tra il principio di equivalenza, di cui in oggetto, ed un altro principio generale del diritto comunitario, che è il principio di effettività.

Secondo quest'ultimo principio, gli strumenti di tutela processuale previsti a livello nazionale non devono rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico comunitario.

Ne deriva che nel rapporto tra i due principi, il principio di effettività sembra prevalere sul principio di equivalenza.

Tale conclusione è stata ribadita dalla Corte di Giustizia nella sentenza *San Giorgio*³⁷, avente ad oggetto la determinazione dei principi del Trattato Ce relativi al rimborso di tributi nazionali riscossi in trasgressione del diritto comunitario.

Tale sentenza considera incompatibili con il principio di effettività le condizioni di prova ammesse nel diritto nazionale, che rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il rimborso di tributi riscossi in contrasto con il diritto comunitario. Pertanto, il principio di effettività primeggia rispetto al principio di equivalenza e di quest'ultimo non si tiene più conto ove la disciplina nazionale non abbia l'effetto di consentire l'esercizio del diritto di fonte comunitaria.

Precisamente, la Corte ha statuito che "Uno Stato membro non può subordinare il rimborso di tributi nazionali riscossi in contrasto con quanto disposto dal diritto comunitario alla prova che suddetti tributi non sono stati trasferiti su altri soggetti qualora il rimborso sia subordinato a criteri di prova che rendano praticamente impossibile l'esercizio di tale diritto, e ciò anche nel caso in cui il rimborso di altri dazi, imposte o tasse riscossi in contrasto col diritto nazionale sia sottoposto alle medesime condizioni restrittive".

Quanto, poi, al campo di applicazione del principio di equivalenza, le sentenze *Rewe* e *Comet* fanno esplicito riferimento solo ai diritti che gli individui traggono dall'effetto diretto del diritto comunitario.

Un passo in avanti è stato compiuto dalla Corte di Giustizia con la nota sentenza *Francovich*³⁸, con la quale è stata riconosciuta, per la prima volta in via giurisprudenziale, la responsabilità dello Stato (e più precisamente, dell'Italia) per violazione del diritto comunitario.

In particolare, la sentenza aveva ad oggetto il mancato recepimento della direttiva 80/97/CEE, concernente la predisposizione da parte degli Stati membri di un meccanismo di tutela per garantire la liquidazione dei salari dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro. Nella citata sentenza la Corte, dopo aver accertato la mancanza di effetti diretti da parte della direttiva in esame, ha riconosciuto la responsabilità dello Stato italiano

³⁷ Sentenza 9 novembre 1983, causa 199/82, *San Giorgio*, in Racc. 3595.

³⁸ Sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C – 6/90 e C – 9/90, *Francovich e A.*, in www.curia.europa.eu.

per mancato recepimento della direttiva medesima, con la conseguenza che dall'illecito derivava, quale unica forma di protezione per i singoli, la tutela risarcitoria. Riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni da violazione del diritto comunitario, è nell'ambito della normativa interna sulla responsabilità che lo Stato deve risarcire il singolo, con il duplice limite del principio di equivalenza della tutela e del principio di effettività. Pertanto, la Corte ha fatto riferimento, nella sentenza *de qua*, genericamente ai diritti che gli individui traggono dal diritto comunitario, senza precisare la natura di tali diritti.

Da tale sentenza emerge che il principio di equivalenza è applicabile anche quando le norme di riferimento (come quelle contenute nella direttiva in oggetto) sono sprovviste dell'effetto diretto.

3. APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI EQUIVALENZA NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha, nel corso del tempo, invitato gli Stati membri ad applicare il principio di equivalenza in svariati ambiti di tutela.

Si pensi alla sentenza 19 giugno 2003 n. C – 34/02³⁹, in materia di pensione degli emigrati, nella quale la Corte ha statuito che: “Poiché il regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento (CE) del Consiglio 2 dicembre 1996, n. 118, assicura solo il coordinamento delle normative nazionali in materia di previdenza sociale, si applica il diritto nazionale ad una situazione derivante dal pagamento indebito a causa del superamento del reddito massimo autorizzato di un'integrazione di pensione effettuato a un interessato che, in ragione della sua affiliazione a regimi di previdenza sociale di vari Stati membri, percepisce più pensioni. Il termine di due anni figurante negli artt. 94, 95, 95 bis e 95 ter, del regolamento n. 1408/71, come modificato, non può essere applicato per analogia a una siffatta situazione.

Il diritto nazionale deve tuttavia rispettare il principio comunitario di equivalenza, il quale esige che le modalità procedurali di trattamento di situazioni che trovano la loro origine nell'esercizio di una libertà comunitaria non siano meno favorevoli di quelle aventi ad oggetto il trattamento di situazioni puramente interne, nonché il principio comunitario di effettività, che esige che le dette modalità procedurali non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti risultanti dalla situazione di origine comunitaria.

³⁹ Consultabile online sul sito www.curia.europa.eu.

Tali principi si applicano all'insieme delle modalità procedurali di trattamento di situazioni che trovano la loro origine nell'esercizio di una libertà comunitaria, indipendentemente dal fatto che le dette modalità siano di natura amministrativa o giudiziaria, come le norme nazionali in materia di prescrizione e di ripetizione dell'indebitito o quelle che impongono alle istituzioni competenti di prendere in considerazione la buona fede degli interessati o di controllare regolarmente la loro posizione pensionistica”.

La Corte di Giustizia ha affermato l'applicazione del principio di equivalenza da parte degli Stati membri anche nel campo dell'illecito *antitrust*.

In particolare, le modalità di riparazione del danno da illecito *antitrust* comunitario non possono essere meno favorevoli di quelle sancite dal diritto nazionale per regolare materie simili.

Così, si è pronunciata la Corte nella sentenza *Manfredi* del 13 luglio 2006 n. C – 295/04⁴⁰, nella quale ha statuito che: “Un'intesa o una pratica concordata come quella di cui alle cause principali, tra compagnie di assicurazioni, consistente in uno scambio reciproco di informazioni tale da permettere un aumento dei premi dell'assicurazione responsabilità civile obbligatoria relativa ai sinistri causati da autoveicoli, natanti e ciclomotori, non giustificato dalle condizioni di mercato, che costituisce una violazione delle norme nazionali sulla tutela della concorrenza, può altresì costituire una violazione dell'art. 81 CE se, in considerazione delle caratteristiche del mercato nazionale di cui trattasi, appaia sufficientemente probabile che l'intesa o la pratica concordata in esame possa avere un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulla vendita delle polizze della detta assicurazione nello Stato membro interessato da parte di operatori stabiliti in altri Stati membri e che tale influenza non sia insignificante.

L'art. 81 CE deve essere interpretato nel senso che chiunque ha il diritto di far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata da tale articolo e, quando esiste un nesso di causalità tra essa e il danno subito, di chiedere il risarcimento di tale danno. In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità di esercizio di tale diritto, comprese quelle relative all'applicazione della nozione di «nesso di causalità», purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati.

In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti a conoscere dei ricorsi per risarcimento danni fondati su una violazione delle regole di concorrenza comunitarie e stabilire le modalità procedurali di tali ricorsi, purché le disposizioni di cui trattasi non siano meno favorevoli di quelle relative ai ricorsi per risarcimento danni fondati su una violazione delle norme nazionali in materia di concorrenza e che stabiliscono le loro modalità procedurali e le dette disposizioni nazionali non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE.

⁴⁰ Consultabile online sul sito www.curia.europa.eu.

In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire il termine di prescrizione per chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività.

A tale riguardo, è compito del giudice nazionale verificare se una norma nazionale, in virtù della quale il termine di prescrizione per chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE decorre a partire dal giorno in cui tale intesa o tale pratica vietata è stata posta in essere – in particolare qualora tale norma nazionale preveda anche un termine di prescrizione breve e tale termine non possa essere sospeso – renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno subito.

In mancanza di disposizioni di diritto comunitario in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono la determinazione dell'entità del risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività.

Pertanto, da un lato, in conformità del principio di equivalenza, se un risarcimento danni particolare, come il risarcimento esemplare o punitivo, può essere riconosciuto nell'ambito di azioni nazionali analoghe alle azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, esso deve poterlo essere anche nell'ambito di queste ultime azioni. Tuttavia, il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza causa degli aventi diritto.

D'altro lato, dal principio di effettività e dal diritto del singolo di chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza discende che le persone che hanno subito un danno devono poter chiedere il risarcimento non solo del danno reale (*damnum emergens*), ma anche del mancato guadagno (*lucrum cessans*), nonché il pagamento di interessi⁴¹.

L'applicazione del principio di equivalenza in materia di illecito *antitrust* comunitario ha spinto, inoltre, lo Stato italiano a modificare la disciplina della competenza giurisdizionale contenuta nella L. 287/90. Di ciò si tratterà in maniera più approfondita nel paragrafo che segue.

Altro ambito di applicazione del principio di equivalenza è la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario.

La Corte di Giustizia, infatti, ha recentemente censurato per violazione del principio di equivalenza la normativa spagnola, che impone condizioni più gravose per l'esperimento di un'azione di risarcimento che ha come presupposto una legge contraria al diritto comunitario, rispetto ad un'azione risarcitoria fondata su una legge che viola la Costituzione interna.

Si tratta della sentenza 26 gennaio 2010⁴¹ *Transporter Urbanos y Servicios Generales SAL c. Administracion del Estado*, nella quale la Corte (Grande Sezione) ha statuito che “Il diritto dell'Unione osta all'applicazione

⁴¹ Causa C – 118/08, consultabile online sul sito www.curia.europa.eu.

di una regola di uno Stato membro in forza della quale un'azione di responsabilità dello Stato fondata su una violazione di tale diritto da parte di una legge nazionale, constatata da una sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee pronunciata ai sensi dell'art. 226 CE, può avere esito positivo solo qualora il ricorrente abbia previamente esaurito tutti i rimedi interni diretti a contestare la validità dell'atto amministrativo lesivo adottato sulla base di tale legge, sebbene una regola siffatta non sia applicabile ad un'azione di responsabilità dello Stato fondata sulla violazione della Costituzione da parte di tale stessa legge, constatata dal giudice competente”.

Di recente, infine, la Corte di Giustizia ha nuovamente richiamato il principio di equivalenza, chiarendone la corretta applicazione in materia di buon funzionamento del mercato interno.

La sentenza (*A c. B e altri*) è datata 11 settembre 2014, C – 112 – 13⁴², ed in essa, al punto 45, la Corte statuisce che “Per quanto riguarda il principio di equivalenza richiamato dal giudice del rinvio nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale, si deve rilevare che, secondo detto principio, le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell’Unione non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (sentenze *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, EU:C:2010:39, punto 33, nonché *Agrokonsulting-04*, C-93/12, EU:C:2013:432, punto 36 e giurisprudenza ivi citata). Orbene, l’osservanza del principio di equivalenza non può avere per effetto di dispensare i giudici nazionali, al momento dell’applicazione delle modalità procedurali nazionali, dal rigoroso rispetto dei precetti derivanti dall’articolo 267 TFUE”.

La Corte, pertanto, ritiene che una legislazione che impone l’obbligo di adire la Corte costituzionale, come quella austriaca, è incompatibile con il diritto dell’Unione “nei limiti in cui il carattere prioritario di siffatta procedura abbia per effetto di impedire a tali giudici ordinari – tanto prima della proposizione di una siffatta domanda al giudice nazionale competente per l’esercizio del controllo di costituzionalità delle leggi, quanto, eventualmente, dopo la decisione di tale giudice sulla suddetta domanda – di esercitare la loro facoltà o di adempiere al loro obbligo di sottoporre alla Corte questioni pregiudiziali. Per contro, il diritto dell’Unione, in particolare l’art. 267 TFUE, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una siffatta normativa nazionale se i suddetti giudici ordinari restano liberi: 1) di sottoporre alla Corte, in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata, e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria; 2) di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione, 3) di disapplicare, al termine di un siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell’Unione” (punto 46).

⁴² Consultabile online sul sito www.curia.europa.eu.

4. PECULIARITA' CIRCA L'EVOLUZIONE DEL PRINCIPIO COMUNITARIO DI EQUIVALENZA NELL' ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

Il legislatore italiano, in applicazione del principio comunitario di equivalenza, è dovuto intervenire in materia di illecito *antitrust*.

Come in passato segnalato da autorevole dottrina⁴³, l'ordinamento italiano, in merito all'applicazione del principio di equivalenza, presentava, prima del 2012, una singolare peculiarità.

È noto, infatti, che, l'art. 33, c. 2, L. 287/90, prima della novella operata dal D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in L. 24 marzo 2012, n. 27, prevedeva che le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione di norme *antitrust* nazionali fossero promossi davanti alla Corte di appello competente per territorio, con decisione in un unico grado (c.d. *private enforcement*).

Detta norma evidentemente comportava una deroga al principio generale del doppio grado di giurisdizione⁴⁴ e ad essa veniva riconosciuta dalla giurisprudenza domestica natura di norma eccezionale⁴⁵.

Ne derivava una disparità di trattamento tra le azioni civili derivanti dalla violazione di norme *antitrust* italiane, di competenza della Corte d'appello, e le azioni civili derivanti dalla violazione della disciplina *antitrust* comunitaria, che, invece, restavano di competenza del Tribunale o del Giudice di Pace, a seconda del valore della controversia.

Si poneva, dunque, il problema del rispetto del principio di equivalenza da parte dell'ordinamento italiano.

Parte della dottrina riteneva che la disciplina applicabile all'illecito *antitrust* comunitario fosse più favorevole di quella applicabile all'illecito *antitrust* italiano, in quanto consentiva di avvalersi del doppio grado di giurisdizione e, dunque, non vi era violazione del principio di equivalenza; al contrario, altra dottrina riteneva violato il suddetto principio, argomentando dalla *ratio* dell'art. 33 L. 287/90, consistente nella precisa volontà di realizzare una tutela più specializzata e rapida.

Detta problematica è stata risolta di recente con l'intervento del legislatore del 2012, che ha modificato il c. 2 dell'art. 33 L. 287/90, prevedendo che le azioni civili conseguenti ad illecito *antitrust* italiano debbano essere promosse davanti al Tribunale competente per territorio

⁴³ G. GHIDINI - M. CLARICH - F. DI PORTO - P. MARCHETTI, *Concorrenza e mercato. Rassegna degli orientamenti dell'autorità garante (2007)*, Giuffrè Editore, Milano, 2007.

⁴⁴ Così, G. GHIDINI - M. CLARICH - F. DI PORTO - P. MARCHETTI, op. cit., 377-378.

⁴⁵ Così App. Torino, 7 agosto 2001, in *Dir. ind.*, 2002, 261, nt. Portincasa; App. Cagliari, 23 gennaio 1999, in *Riv. giur. Sarda*, 1999, 700, nt. Loffredo.

presso cui è istituita un'apposita sezione specializzata (c.d. Tribunale delle imprese).

Dunque, oggi, il Tribunale è competente sia per l'illecito *antitrust* italiano, sia per l'illecito comunitario, ad esclusione delle violazioni della disciplina *antitrust* deducibili ai sensi dell'art. 140bis cod. consumo e ferma restando la giurisdizione esclusiva del Tar e del Consiglio di Stato sulle controversie aventi ad oggetto i provvedimenti dell'AGCM.

Alla luce di tale intervento legislativo, si può ulteriormente constatare la forte influenza che la giurisprudenza comunitaria esercita sul diritto interno, "costringendolo" a modifiche normative laddove necessario per armonizzare i due sistemi giuridici.