



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

# *I*nnovazione *e* *D*iritto



**5**

**2005**

### **COMITATO SCIENTIFICO**

Prof. Raffaele Perrone Capano (direttore)  
Prof. Andrea Amatucci  
Prof. Raffaele Balbi  
Prof. Agostino Carrino  
Prof. Benedetto Conforti  
Prof. Pasquale De Sena  
Prof. Silvano Labriola  
Prof. Cesare Dell'Acqua  
Prof. Massimo Iovane  
Prof. Vincenzo Lippolis  
Prof. Roberto Mastroianni  
Prof. Emilio Pagano  
Prof. Flavia Petroncelli Hubler  
Prof. Luigi Sico  
Prof. Giuliana Stella  
Prof. Mario Tedeschi  
Prof. Talitha Vassalli  
Prof. Elisabetta De Franciscis  
Prof. Luciana Di Renzo  
Prof. Marinella Fedeli  
Prof. Francesco Janes Carratu'  
Prof. Vincenzo Pace  
Prof. Manlio Ingrosso

### **COMITATO DI DIREZIONE**

Prof. Andrea Amatucci (Diritto finanziario)  
Prof. Carlo Amatucci (Diritto commerciale interno ed internazionale)  
Prof. Viviana Barone (Lingua inglese)  
Prof. Raffaello Capunzo (Diritto pubblico dell'economia)  
Prof. Alfonsina De Felice (Diritto della previdenza sociale)  
Prof. Pasquale De Sena (Diritti umani)  
Prof. Luciana Di Renzo (Diritto degli Enti locali)  
Prof. Stefano Fiorentino (Diritto tributario)  
Prof. Massimo Iovane (Organizzazioni economiche internazionali)  
Prof. Giovanni Marino (Filosofia del diritto)  
Prof. Paolo Nunziante (Cibernetica del linguaggio)  
Prof. Marinuccia Pellegrino (Lingua francese)  
Prof. Pasquale Pistone (Diritto tributario internazionale e dell'Unione europea)  
Prof. Francesco Santoni (Diritto del lavoro)  
Prof. Luigi Sico (Diritto dell'Unione europea)  
Prof. Sandro Staiano (Diritto costituzionale)  
Prof. Mario Tedeschi (Diritti dell'uomo e libertà di religione)  
Prof. Talitha Vassalli (Diritto internazionale)  
Dott.ssa Maria Modesta Minozzi

### **DIRETTORE RESPONSABILE**

Maurizio Migiarra

### **RESPONSABILI DI REDAZIONE**

Roberta Alfano  
Filippo Perriccioli  
Chiara Fontana  
Caterina Nicolais  
Giordano Di Meglio

### **REDAZIONE**

Gino Buonauro  
Germana Carobene  
Anna Di Lieto  
Antonio Lanzaro  
Rita Mazza  
Fulvio Maria Palombino

### **INNOVAZIONE E DIRITTO – rivista on line**

<http://www.innovazionediritto.unina.it>

Registrazione Tribunale di Napoli n. 45 del 22 giugno 2005  
ISSN 1825-9871

### **GRAFICA**

Sebastiano Romitelli

### **PDF EDITING**

Vittorio Mostacciolo



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI  
NAPOLI FEDERICO II  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

I nnovazione

*e*

D iritto

I nnovazione e D iritto è una rivista *open*. La rivista è consultabile e scaricabile liberamente attraverso le pagine del suo sito web all'indirizzo

***<http://www.innovazionediritto.unina.it>***

La rivista e tutti i suoi contenuti possono essere riprodotti liberamente a condizione che se ne citi sempre la fonte, riportando il web address.

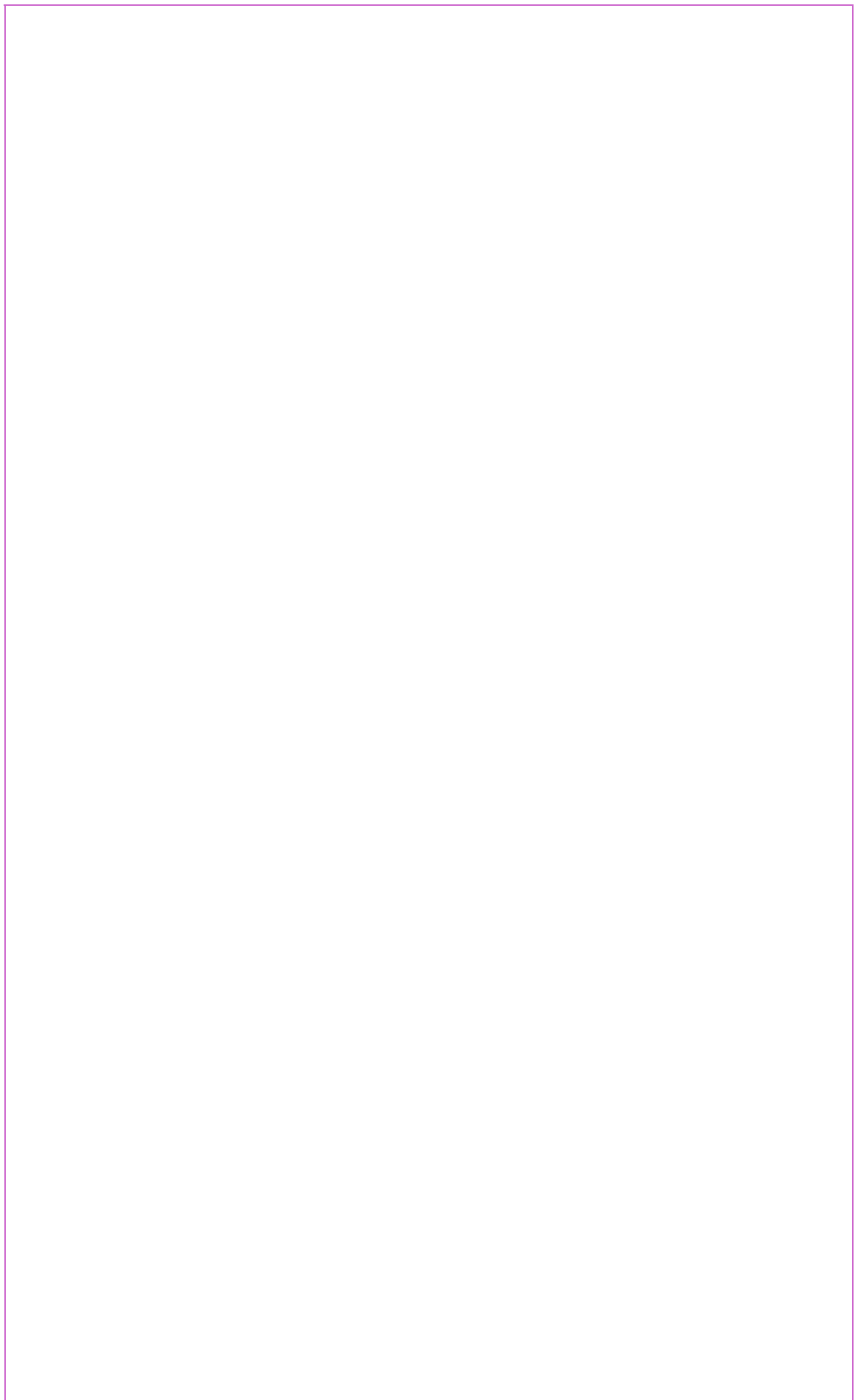
Per contattare la redazione utilizzare il seguente indirizzo email:  
***[redazione@innovazionediritto.unina.it](mailto:redazione@innovazionediritto.unina.it)***

*La rivista è edita dal laboratorio **LARIGMA** presso il Dipartimento di Scienze Internazionalistiche e Studi sul Sistema Politico ed Istituzionale Europeo*



## ***INDICE***

<b>La comunità come concetto giuridico</b> di Mario Tedeschi .....	<b>1</b>
<b>L'armonizzazione del diritto societario europeo e la concorrenza tra ordinamenti nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia</b> di Carlo Amatucci.....	<b>13</b>
<b>National treatment for all non-resident EU nationals: looking beyond the D decision</b> di Pasquale Pistone .....	<b>20</b>
<b>La funzione educante del diritto alla base del processo di pace</b> di Luigi Buonauro .....	<b>24</b>
<b>Ueberlegungen zum Einfluss der Flexibilitaet auf die Ethik in der heutigen kapitalistischen Gesellschaft, insbesondere auf die persoenlichen Beziehungen</b> di Elena Cuomo .....	<b>42</b>
<b>Indennità Meccanografica e videoterminali</b> di Michelangelo Pascali.....	<b>53</b>
<b>La comunità degli Stati africani di fronte ai rovesciamenti illegittimi di governo: il golpe in Mauritania del 3 agosto 2005</b> di Simona Mariconda.....	<b>73</b>
<b>Non imponibilità ai fini IVA dei servizi forniti dalla società madre alla stabile organizzazione- Brevi riflessioni sulle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale sul caso Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate - FCE Bank plc - ( Causa C-210/04)</b> di Chiara Fontana .....	<b>84</b>
<b>Problemi di competenza tra organi comunitari: la protezione dell'ambiente e le sanzioni penali ambientali dopo la sentenza della Corte di Giustizia 13 settembre 2005</b> di Dea Squillante .....	<b>97</b>
<b>SEGNALAZIONI GIURISPRUDENZIALI .....</b>	<b>109</b>
<b>NEWS .....</b>	<b>113</b>
<b>Proposta di DIRETTIVA DEL CONSIGLIO.....</b>	<b>115</b>



## La comunità come concetto giuridico

di Mario Tedeschi<sup>1</sup>

**Sommario:** 1. Le comunità intermedie nello Stato pluralista; 2. Diversità di funzioni e di attribuzioni delle comunità negli ultimi decenni; 3. I presupposti sociologici, politologici e filosofici; 4. I contenuti giuridici; 5. Le attuali prospettive.

### 1. Le comunità intermedie nello Stato pluralista

Nel 1966 il prof. Rescigno raccoglieva in un volume giustamente famoso, *Persona e comunità*<sup>2</sup>, una serie di saggi che davano la misura di un diverso modo di affrontare i problemi civilistici, non meramente tecnico ma aperto ai contributi provenienti dal diritto pubblico e da tutti i settori giuridici e attento ai presupposti sociologici, politologici, storici e finanche letterari, a dimostrazione di uno spessore e di una sensibilità culturale sconosciuta ai civilisti -attestati su posizioni positiviste e formaliste- e in genere ai cultori di diritto che da quei presupposti tendevano a prescindere, quasi il diritto non fosse una scienza umana ma potesse vivere sulla base di principi e metodi suoi propri.

Un altro aspetto dei lavori del Rescigno destava il mio interesse, la sua attenzione per la dottrina anglo-americana, che solo negli anni seguenti sarà più ampiamente considerata, perché tradizionalmente la scienza giuridica italiana -sia quella pubblicistica che civilistica- riteneva di non poter prescindere dai riferimenti alla dottrina tedesca, che considerava preminente rispetto a tutte le altre, nonostante non dal tedesco ma dal francese si fosse fatto il maggior numero di traduzioni<sup>3</sup>.

In quello stesso anno, appena laureato, mi recavo a Bologna, presso la John Hopkins University, per programmare un corso di diritto internazionale, dove, fra l'altro, ebbi modo di ascoltare alcune notevoli lezioni di Antonio La Pergola, ma anche per incontrare alcuni miei amici, e lì, negli scantinati, era normale la vendita dei doppioni della biblioteca, tra i quali rinvenni ed acquistai il volume di Nisbet, *La comunità e lo Stato*, del 1957, con una introduzione di Ferrarotti<sup>4</sup>, che ritrovo citato dal Rescigno e che già allora costituiva un classico.

---

<sup>1</sup> Professore Ordinario di Diritto Ecclesiastico, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II

<sup>2</sup> Cfr. P. Rescigno, *Persona e comunità*, Bologna, 1966.

<sup>3</sup> Cfr. M.T. Napoli, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, vol. I-III, Napoli, 1987, in part. vol. I, *Tendenze e limiti dell'attività scientifica*, p. 198 ss.

<sup>4</sup> Cfr. R. A. NISBET, *La comunità e lo Stato. Studio sull'etica dell'ordine e della libertà*, introduzione di F. Ferrarotti, Milano, 1957

Nonostante la mia formazione laica e individualista, gli interessi verso le comunità risalgono a quegli anni, sostanziandosi in vari interventi sui gruppi spontanei e sulle associazioni, tematiche sulle quali sono tornato in più circostanze, poco soddisfatto dei risultati raggiunti<sup>5</sup>, sempre che nel nostro lavoro sia possibile pervenire a qualcosa di definitivo. Negli anni, infatti, i problemi all'inizio delineati si sono svolti in modo del tutto diverso da quello previsto, per cui sembra oggi necessario verificare entro quali limiti quelle questioni, individuate prima su un piano sociologico e poi qualificate giuridicamente non senza difficoltà, siano oggi riproponibili o assumano una diversa importanza.

Il passaggio dal momento soggettivo a quello comunitario -sia libero che necessitato- rinviava me ecclesiasticista, ad alcuni insegnamenti del Ruffini: -che una delle maggiori differenze tra il mondo europeo e quello americano consistesse nel diverso valore attribuito all'individuo, da noi perno centrale dell'ordinamento mentre negli Stati Uniti costretto ad associarsi -in partiti, sindacati, confessioni, lobbies- per avere una maggiore forza contrattuale nei confronti dello Stato; -e che in ogni modo si dovesse fare riferimento prima all'individuo e poi all'associazione, perché questi poteva essere coartato anche dal gruppo di appartenenza. Era lo Stato a dover garantire la libertà religiosa, che diveniva così un diritto pubblico subbiettivo<sup>6</sup>.

Il rapporto tra soggettività e comunità diventava pertanto centrale anche se sul significato giuridico che i due termini venivano ad assumere non v'era concordia. Da un lato nel passaggio dalla soggettività, alla capacità e alla personalità, dall'altro in quello tra gruppi, associazioni -riconosciute o meno- e persone giuridiche, nel quale si articola il concetto di ente, diverso da quello di comunità, con una ben più ampia e formale accezione<sup>7</sup>.

La dimensione antropologica e sociologica delle comunità, infatti, è preliminare rispetto a quella giuridica. Ma, nonostante il diritto sia -al pari di queste ultime- una scienza sociale ed umana, tali presupposti vengono in qualche modo sottovalutati dai

---

<sup>5</sup> Cfr. M. Tedeschi, *Preliminari a uno studio dell'associazionismo spontaneo nella Chiesa*, Milano, 1974; Id., *Associazioni ecclesiastiche e autonomia negoziale*, in *Scritti di diritto ecclesiastico*, 3a ed., Milano, 2000, p. 179 ss.; Id., *La rilevanza civile delle associazioni ecclesiali*, *ivi*, p. 335 ss

<sup>6</sup> Cfr. F. RUFFINI, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, introduzione di A. C. Jemolo, Milano 1967, p. 174 ss.; ID., *La libertà religiosa come diritto pubblico subbiettivo*, con introduzione di S. Ferrari, Bologna, 1992; e M. TEDESCHI, *Il contributo di Francesco Ruffini alla nuova scienza del diritto ecclesiastico*, in *Scritti ...*, cit., p. 39 ss.

<sup>7</sup> Cfr. A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 40; Id., *Capacità (Teoria generale)*, in *Enc.dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 21 ss.; F. Ferrara, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli – Torino, 1915, p. 390 ss.



giuristi che pervengono a un'accezione meno pregnante e più ampia del termine comunità. In campo giuridico si parla così di comunità internazionale, di Stato comunità, di comunità religiosa o di comunità familiare, individuando per tal verso quell'insieme di persone che partecipano -volontariamente o meno- a un progetto comune, ponendosi anche in rapporto a diversi tipi di comunità. E che queste vivano prima su un piano sociale, politico o religioso, e solo in un secondo momento giuridico, ha scarsa rilevanza perché il concetto giuridico di comunità non può prescindere dai suoi contenuti sostanziali, non ha carattere meramente formale, ma serve a qualificare quei soggetti che, raccolti in comunità, rinvengono la loro identità in valori comuni, rapportandosi ad altre comunità o ad altri soggetti che ad esse siano rimasti estranei. Si ripropone così oggi, oltre al rapporto tra soggetto e comunità, quello tra comunità e società, e tra comunità e Stato, in modi alquanto diversi da quelli che, circa quarant'anni fa, avevano dato luogo agli studi di Rescigno e di Nisbet e da quelli che ne erano derivati.

## **2. Diversità di funzioni e di attribuzioni delle comunità negli ultimi decenni**

Cosa è ancora attuale di quanto è stato detto, cosa lo è meno? Nel primo dei suoi saggi, *Ascesa e declino della società pluralista*, Rescigno, riportandosi all'art. 2 Cost., nel quale si sarebbe sostanziato il pensiero sociale cristiano, ci ricorda che tra le società intermedie vanno ricompresi i partiti politici e i sindacati, liberi di organizzarsi in vario modo, assimilando a questi le Chiese e la famiglia, gruppi indispensabili all'ordine economico e politico e al perseguimento del bene comune, tendenti a "colmare il vuoto apertosi tra l'individuo e lo Stato all'inizio dell'età moderna"<sup>8</sup>, e li pone in rapporto a una società pluralista, nell'ambito di un contesto democratico basato sulla reciproca tolleranza tra i gruppi e tra questi e lo Stato. Il modello di riferimento è costituito dalle comunità medievali, corporative o religiose, "quasi che" -dice Rescigno riportandosi a Keynes, Mosca e Pareto- "il vuoto scavato tra l'individuo e la comunità generale dall'avvento dello Stato moderno potesse colmarsi col riportare alla luce e col resuscitare le minori comunità che l'ideologia liberale e la rivoluzione industriale avevano soppresso"<sup>9</sup>. Il pluralismo di matrice americana doveva considerarsi al tramonto -ed è questa considerazione ancora attuale- per esserne rimasti fuori vari gruppi etnici e religiosi. Ciò che non appariva più sufficiente a qualificare la realtà americana, poteva però servire a sanare in Europa le contraddizioni dello Stato liberale, del passaggio dallo Stato apparato allo Stato comunità.

---

<sup>8</sup> Cfr. P. RESCIGNO, op. cit., p. 8.

<sup>9</sup> Cfr. P. RESCIGNO, op. cit., p. 14.

Da noi, notava Rescigno, già l'uomo del Rinascimento manifestava un'attitudine pluralista. Radicava così questi gruppi, che svolgono un'attività utile per la società, nell'ambito del diritto privato -e penso che ciò creda ancor oggi- anche se poneva su un piano diverso le Chiese e la famiglia, avvertendoci comunque che "la libertà associativa sul terreno dell'economia ... può divenire la minaccia più seria alla esplicazione della libertà e della dignità umana"<sup>10</sup>.

L'aver posto le formazioni sociali in un ambito privatistico non è privo di conseguenze perché individua "nella soggettività di diritto uno dei necessari strumenti del pluralismo e nel pluralismo la condizione della vera democrazia"<sup>11</sup>. Privo di significato appare infatti, in ambito pubblicistico, il riferimento alla pluralità degli ordinamenti giuridici, che ha convissuto, svuotato di contenuto, con il formalismo e il positivismo giuridico. Tutto ciò che in quegli anni non era possibile ricondurre al diritto dello Stato, come il diritto canonico e il diritto internazionale, non era considerato giuridico.

Il nostro sistema giuridico, nota ancora Rescigno, appare avverso al "fenomeno associativo, politico, sindacale, religioso, educativo, assistenziale", fino a rinunciare ad interferire negli affari interni dell'associazionismo, anche se rileva -d'accordo con Ruffini- che lo Stato appare l'unica garanzia dell'individuo contro la pressione dei gruppi<sup>12</sup>.

Nel saggio su *Le società intermedie*, Rescigno, dopo aver giustamente stigmatizzato gli atteggiamenti della giurisprudenza su tali gruppi, "viziati da un estremo formalismo"<sup>13</sup>, nota come questo sia un tema tipico dei giuristi cristiani, per i quali tali società costituiscono solo dei mezzi rispetto al corpo mistico, al fine. Dal momento che l'individuo ha perso la propria centralità, Rescigno vuole "ripercorrere la strada che ha riportato il tema della comunità al centro della problematica moderna"<sup>14</sup>. Il protestantesimo, nota, "pose l'individuo solo, carico di terrore e di colpa, di fronte a Dio. Il capitalismo ... di fronte alle leggi inesorabili dell'economia. Lo Stato moderno ... a se stesso"<sup>15</sup>. Terribile il potere che spettava al sovrano di generare nuovi soggetti di diritto. Lo stesso concetto di ordinamento, sociologico, riguarda realtà le più varie. Lo Stato totalitario ha convissuto con la pluralità di ordinamenti giuridici ma svuotando i gruppi di contenuto. Nei rapporti tra confessioni c'è, in effetti, il rischio che una di queste,

---

<sup>10</sup> Cfr. P. RESCIGNO, op. cit., p. 21

<sup>11</sup> Cfr. P. RESCIGNO, op. cit., p. 22

<sup>12</sup> Cfr. P. RESCIGNO, op. cit., p. 24

<sup>13</sup> Cfr. P. RESCIGNO, op. cit., p. 29.

<sup>14</sup> Cfr. P. RESCIGNO, op. cit., p. 32.

<sup>15</sup> Cfr. P. RESCIGNO, op. cit., p. 35

dominante, approfitti della propria posizione a danno delle altre comunità religiose, anche con la complicità dello Stato. Sulla famiglia, Rescigno anticipa i problemi riguardanti l'educazione dei minori quando i genitori abbiano orientamenti diversi in materia di fede e ritiene giustamente tale settore estraneo alla Costituzione e ai codici. Parla poi dei rapporti di lealtà dell'individuo al gruppo, di equilibrio tra le diverse lealtà, e della necessità di ripristinare il senso e la fede nelle comunità perdute.

Sulla lealtà Rescigno tornerà negli altri saggi del suo volume come sui partiti politici, i sindacati, l'eguaglianza e la rappresentanza degli interessi organizzati.

Molte di tali intuizioni sono state in quest'arco di tempo sviluppate come quelle sulla famiglia e sulla dinamica interna dei gruppi. I partiti politici e i sindacati, in quegli anni al centro dell'attenzione dei giuristi, hanno sicuramente perso importanza. Le Chiese, che costituivano un esempio limite, potendo essere considerate quali comunità intermedie solo se ordinamenti derivati e non primari, sono di molto aumentate, costringendoci a determinare meglio il concetto di confessione religiosa e a stipulare intese, senza che sia possibile ricomprendere tra tali comunità la Chiesa cattolica, che si pone su un piano autonomo e indipendente, quale ordinamento primario. Lo Stato stesso non pretende più di riguardare nel suo ambito tutte le realtà possibili, ha dismesso molte delle proprie tradizionali attribuzioni. Ciò può rendere meno necessaria la costituzione di nuove comunità ma può anche comportare una diversa qualificazione delle comunità stesse, la necessità di un ritorno a molteplici comunità, siano esse corporazioni, lobbies, congregazioni o altro. Un fatto è certo che nemmeno l'individuo si è riappropriato della propria posizione, un tempo centrale, non ha riacquisito pienamente come singolo tutti i propri diritti. Quali sono sotto questo verso le attuali prospettive delle comunità e quale spazio per gli individui al loro interno e nei rapporti con le altre comunità (internazionale, statuali, religiose ...), in una parola quale il contenuto giuridico del termine comunità?

Sotto un versante diverso il contributo di Nisbet, il quale poneva il problema del rapporto tra comunità e potere politico. Direi meglio tra ciò che lui chiama la ricerca delle comunità perdute, le comunità da riconquistare, e la concentrazione di funzioni e poteri nell'ambito dello Stato sovrano. Egli si sofferma su alcune parole chiave positive: "*individuo, cambiamento, progresso, ragione e libertà*"<sup>16</sup>, ed altre, negative, quali "*disorganizzazione, disintegrazione, declino, mancanza di sicurezza, collasso,*

---

<sup>16</sup> Cfr. R. A. NISBET, op. cit., p. 14.

*instabilità*<sup>17</sup>, notando che "l'importanza attribuita all'individuo, a spese della comunità della chiesa, ha condotto senza rimorsi all'isolamento dell'individuo, allo sconvolgimento del rapporto uomo-Dio ed alla distruzione della personalità"<sup>18</sup>. Ciò sarebbe chiaro in campo non solo teologico ma anche antropologico e psichiatrico, di psicologia sociale, per cui passa a un altro lessico: "*integrazione, status, appartenenza, gerarchia, simbolo, norma, identificazione, gruppo*"<sup>19</sup>, e all'analisi dei filosofi conservatori, per i quali "i delitti più grossi della Rivoluzione francese non furono quelli commessi contro gli individui ma quelli contro le istituzioni, i gruppi e gli status personali"<sup>20</sup>, che, a suo avviso, venivano prima dell'individuo. Nisbet pone la comunità in rapporto con i diversi tipi di Stato, e con la libertà e spezza una lancia in favore della lealtà dovuta alla famiglia, alla Chiesa, alla professione, alle comunità locali. E' evidente la critica nei confronti dello Stato totalitario e l'assoluta identità tra Stato e società, di uno Stato cioè che tende a limitare il diritto di associazione, e la preferenza per lo Stato pluralista che attribuisce alle comunità una diversa possibilità di espansione.

### **3. I presupposti sociologici, politologici e filosofici**

Si deve a Tönnies, com'è noto, lo studio sociologico più importante in materia, nel quale si contrappone la comunità, espressione di vita reale, organica, alla società, formazione ideale, meccanica<sup>21</sup>. Tale posizione, che include il rapporto tra individuo e Stato, è stata messa in discussione da chi pone una diretta relazione tra comunità e bene comune. Alludo alle posizioni del Collingwood su società e comunità, sulla famiglia come comunità mista o come società, alla rivoluzione comunitaria di Mounier, alla rivoluzione federalista di Aron, fino all'umanesimo integrale di Maritain<sup>22</sup>. Il problema della dissoluzione del comunitarismo nel personalismo e l'osservazione del Kahler che se prevalesse la comunità potrebbe soffocare la personalità e la libertà<sup>23</sup>, non appaiono prive di pregio e pongono l'ulteriore problema: a quale tipo di comunità riferirsi e in quale ambito, quello di una società aperta o chiusa? Si ritorna così, in capo alle filosofie ed ideologie comunitarie, alle originarie definizioni della comunità, a quella di Lalande:

---

<sup>17</sup> Cfr. R. A. NISBET, op. cit., p. 18

<sup>18</sup> Cfr. R. A. NISBET, op. cit., p. 28

<sup>19</sup> Cfr. R. A. NISBET, op. cit., p. 35

<sup>20</sup> Cfr. R. A. NISBET, op. cit., p. 40.

<sup>21</sup> Cfr. F. TÖNNIES, *Comunità e società*, introduzione di R. Treves, Milano, 1963.

<sup>22</sup> Cfr. R. G. COLLINGWOOD, *Il nuovo Leviatano o uomo, società, civiltà e barbarie*, a cura di L. Dondoli, Milano, 1971, pp. 189 ss., 215 ss. e 221 ss.; E. MOUNIER, *Rivoluzione personalista e comunitaria*, Milano, 1945; J. MARITAIN, *Humanisme intégral*, Paris, 1936

<sup>23</sup> Cfr. E. KAHLER, *The power and the abyss*, London, 1958

gruppo sociale caratterizzato dal fatto di vivere insieme sulla base di beni comuni e di risorse non individuali<sup>24</sup>, qui il riferimento alle comunità religiose e agli ordini è evidente, nonostante anche nell'ambito dello Stato si perseguano beni comuni. L'elemento della volontarietà o della necessarietà di tali gruppi è importante, perché anche per i gruppi etnici e nazionali, necessitati, si parla di comunità. In entrambi i casi, e qui siamo alle posizioni di Gurvitch, si tratta di gruppi separati e minoritari rispetto all'ambiente in cui vivono, con un particolare grado di intensità di integrazione, fondati su atti volontari - volontà di farsi comunità- e sul presupposto che l'uomo non sia autosufficiente, anche se ciò implica il passaggio da individuo a persona e il riferimento esclusivo a quest'ultima<sup>25</sup>. Nota giustamente Cotta che il comunitarismo respinge tanto l'individualismo che l'associazionismo volontario -contrattuale o utilitaristico- stabilito dallo Stato e dalle istituzioni, dimostrandosi più propenso alle comunità volontarie che a quelle necessarie, anche se rinviene nella *polis* greca, nella *civitas* romana, e nelle comunità medievali, i modelli storici più evidenti<sup>26</sup>. La volontà di farsi comunità e la convivenza costituiscono, quindi, i caratteri principali. Il riferimento ai *politiques* francesi è qui evidente, a Montesquieu, Tocqueville, De Maistre, Costant, per i quali il grande Stato è in contrapposizione con le comunità<sup>27</sup>. Il primo nasce dalla capacità di iniziativa degli individui di associarsi o meno, in base ai loro interessi, per il perseguimento di un bene comune. Le comunità sarebbero invece ristrette territorialmente, chiuse<sup>28</sup>. Diversa la posizione di Rousseau, per il quale il piccolo Stato diventa religione civile con il contratto sociale<sup>29</sup>. Diversa ancora quella di chi contrappone comunità a pluralismo, tentando di individuare la varietà di caratteri e di funzioni che in questo ambito si attribuiscono alle comunità, capaci di autogovernarsi ma anche di rifiutare ogni potere gerarchico<sup>30</sup>. Sul piano giuridico, lo schema unitario della legge statale -incarnato dal diritto romano nella volontà contrattuale, nella proprietà individuale e nel diritto soggettivo- si rompe nella

<sup>24</sup> Cfr. A. LALANDE, *Communauté*, in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, 1961, p.

<sup>25</sup> Cfr. G. GURVITCH, *La vocazione attuale della sociologia*, Bologna, 1965, p. 45 ss.; ID., *L'Idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVIIe siècle jusqu'à la fin du XIXe siècle*, Paris, 1932

<sup>26</sup> Cfr. S. COTTA, *Comunità*, in *Enc. Novecento*, vol. I, Roma, 1975, p. 939 ss.

<sup>27</sup> Cfr. S. COTTA, *op. cit.*, p. 941 ss.

<sup>28</sup> Cfr. S. COTTA, *op. cit.*, p. 940.

<sup>29</sup> Cfr. J.J. ROSSEAU, *Il contratto sociale*, traduzione con introduzione e commento di G. Saitta, 3a ed., Bologna, 1947.

<sup>30</sup> Cfr. S. COTTA, *op. cit.*, p. 942

pluralità degli ordinamenti giuridici, anche se non è possibile identificare questi ultimi con le comunità<sup>31</sup>.

Che comunità sia nozione diversa da quelle di società e di associazione, e che gli obiettivi critici dei comunitaristi siano stati il liberalismo e l'utilitarismo, è del tutto assodato, e così che sottenda l'idea di partecipare, di sentirsi parte del tutto. Il rilievo di Roberto Esposito, che l'inadeguatezza di tutti i paradigmi interpretativi della comunità consista nell'aver sovrapposto alle comunità la soggettività, ponendo su un piano diametralmente opposto comunità e nichilismo, con la conseguenza di lasciare impensata la comunità, che non è una proprietà dei soggetti che accomuna<sup>32</sup>, è in parte fondato, anche se il soggetto viene prima. La comunità non è nemmeno una sovrapposizione di soggetti, ma qualcosa di diverso, e questi debbono poter trovare nella comunità la possibilità di esplicitare liberamente le loro facoltà, nel perseguimento di un bene comune ma senza alcuna costrizione sul piano personale. Il problema diviene allora quello di valutare quale sistema politico, ordinamento giuridico o tipo di Stato lo garantisca in maggiore misura, senza che si crei alcun conflitto tra comunità e Stato come tra soggetto e comunità.

Non a caso i sociologi delle comunità -che pure hanno tentato di bandire il termine dalle scienze sociali per la difficoltà di usarlo (Geiger)<sup>33</sup>- studiano il processo di modernizzazione, ponendo in rapporto comunità e agire sociale: comunità cioè come comune appartenenza, soggettivamente sentita dagli individui che ad essa partecipano (Max Weber)<sup>34</sup>; o come società basata sulla solidarietà meccanica e sulla solidarietà organica (Durkeim)<sup>35</sup>. Entrambe tali accezioni sono state messe in crisi dal sistema sociale di Parson<sup>36</sup>, un modo diverso di proporre il rapporto comunità-società rispetto a quello di Tönnies, e dal problema posto da Simmel di un'integrazione dell'individuo, di tipo societario o comunitario, nelle relazioni sociali<sup>37</sup>, che implica ulteriori problemi di identità collettiva, come può evincersi dall'analisi di comunità locali, come quella su Middletown<sup>38</sup>. In uno studio singolare e importante, Adriano Olivetti, delineava gruppi territoriali di

---

<sup>31</sup> Cfr. S. COTTA, op. cit., p. 944.

<sup>32</sup> Cfr. R. ESPOSITO, *Communitas. Origine e destino della comunità*, Torino, 1998, pp. IX ss. e XXVI ss.; ID., *Nichilismo e comunità*, in *Filosofia politica*, 1999, XIII, I, p. 91 ss.; F.M. DE SANCTIS, *Comunità*, in *Enc. Novecento*, Supplemento III, vol. A-G, Roma, 2004, p. 223 ss.

<sup>33</sup> Cfr. T. GEIGER, *Gemeinschaft*, in *Handwörterbuch der Soziologie*, a cura di A. Vierkandt, Stuttgart, 1931.

<sup>34</sup> Cfr. M. WEBER, *Economia e società*, vol. I-II, Milano, 1974.

<sup>35</sup> Cfr. E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, introduzione di A. Pizzorno, 3a ed., Milano, 1977.

<sup>36</sup> Cfr. T. PARSON, *Il sistema sociale*, introduzione di L. Gallino, Milano, 1966.

<sup>37</sup> Cfr. G. SIMMEL, *Sociologia*, introduzione di L. Cavalli, Milano, 1989.

<sup>38</sup> Cfr. R. S. LYNDT - H. MERRELL LYNDT, *Middletown*, vol. I-II, introduzione di L. Cavalli, Milano, 1970 e 1974.

piccole dimensioni che consentono la partecipazione di tutti i componenti alla vita pubblica, il che presuppone un'organizzazione non autoritativa e una loro pariteticità<sup>39</sup>.

Il rilievo, infine, che *communitas* e *gemeinshaft*, siano termini che circolano dal Medioevo senza un preciso significato giuridico è vero, come il fatto che individuino una varietà tipologica davvero sconcertante<sup>40</sup>.

#### **4. I contenuti giuridici**

Specificare i significati giuridici del termine comunità non comporta necessariamente un approfondimento del concetto o una sua ulteriore articolazione. Quella di comunità è una connotazione generica, non tecnica, con caratteri comuni alle singole tipologie ma anche distinti, che pone ulteriori problemi: quello dei rapporti tra comunità e potere politico ma anche tra le varie comunità e tra i singoli e ciascuna comunità di appartenenza.

Il diritto non qualifica diversamente realtà antropologiche o sociologiche, non specifica entità politiche o religiose già viventi sul piano storico, poiché le fattispecie di riferimento sono assolutamente le stesse, solo tende a porre le comunità su un piano normativo che dovrebbe consentire maggiori articolazioni e migliori verifiche<sup>41</sup>.

Non c'è dubbio, ad esempio, che tra le comunità religiose, quella statale e quella internazionale -tutte con un contenuto giuridico- vi siano delle notevoli differenze e che altrettante differenze intercorrono tra quelle volontarie e le necessarie, per cui cerchiamo prima di rinvenire i punti comuni, poi quelli caratterizzanti le singole comunità.

Abbiamo detto che le comunità sono costituite da un insieme di soggetti che perseguono un fine o un bene comune meritevole di tutela. Entità distinte da quelle dei singoli appartenenti ma diverse anche da quelle che noi chiamiamo in senso lato persone giuridiche, siano esse associazioni, fondazioni o istituzioni<sup>42</sup>. Anche se di tipo istituzionale, le comunità hanno qualcosa di diverso, che non è dato né dagli aspetti personali né da quelli reali ma dal fine comune. Per tal verso, la comunità va riguardata unitariamente, ha un suo carisma, regole sue proprie, una sua autonomia. Il fatto poi che uno stesso soggetto possa partecipare a più comunità, significa che queste non sono necessariamente contrapposte e che in genere gli appartenenti sono liberi di partecipare come di uscirne, senza essere sottoposti a particolari vincoli gerarchici o a scelte

<sup>39</sup> Cfr. A. OLIVETTI, *L'ordine politico delle comunità*, Milano, 1970, p. 33 ss.

<sup>40</sup> Cfr. *Comunità*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, *Compe-Cong.*, 1961, p. 318

<sup>41</sup> Cfr. M. TEDESCHI, *Preliminari...*, cit., p. 63 ss.

<sup>42</sup> Cfr. F. FERRARA, *op. cit.*, p. 455 ss.

definitive, anche se un'altra delle loro caratteristiche dovrebbe essere data dalla stabilità, perché stabile, non contingente, è il fine perseguito.

Sul piano normativo la loro autonomia negoziale è ampia<sup>43</sup>. Così come non è necessaria una struttura organizzativa di tipo gerarchico, non si richiedono, a garanzia di tale autonomia, precisi organi, interni o esterni, una *leadership* consolidata, principi di democraticità, piuttosto vincoli di fedeltà e di lealtà, termini che giuridicamente hanno un significato anodino.

Le comunità sono qualcosa di diverso dalle persone giuridiche, non sono personificate, iscritte in un apposito registro, e non afferiscono nemmeno alla categoria delle associazioni non riconosciute, anche se come queste riescono a vivere a prescindere dal riconoscimento<sup>44</sup>. E non sono neanche entità allo stato nascente, tutt'altro, o necessariamente intermedie. Tale non è la comunità internazionale o quella statale. E allora cosa sono? Sono entità che, una volta tanto, si sono sottratte a una precisa qualificazione giuridica da parte dell'ordinamento -diversamente sarebbero qualificabili nella variegata tipologia delle persone giuridiche-, che non sono sussumibili all'interno delle categorie giuridiche riconosciute, per cui non rientrano sostanzialmente in un sistema giuridico concluso, non hanno cioè una precisa definizione sul piano giuridico. Ed è questo il loro fascino, che scaturisce dalla varietà dei contenuti che possono assumere, e nel contempo il loro limite.

Con riferimento alle persone giuridiche, l'elemento personale e il rapporto di comunione tra i membri potrebbe far pensare alle comunioni di tipo germanico (*gesammte Hand*) che, a differenza di quelle romanistiche, non prevedevano una ripartizione di quote, del tipo della comunità familiare, ove il bene comune sussiste a vantaggio di tutti. Una figura abbastanza elementare che però individuava anche i comuni, con la conseguenza che, ogni qual volta essi sostenevano un processo, dovevano intervenire tutti i cittadini, diversamente dalla concezione romanistica che individuava un'entità astratta, distinta da quella dei singoli associati. Ciò comportava, nell'ambito ecclesiastico, che "i beni degli istituti si consideravano come appartenenti a Dio e ai Santi"<sup>45</sup>, veri proprietari, rendendo possibili abusi da parte dei religiosi. Ma, nel momento in cui l'ente ecclesiastico rinviene la propria origine in Dio, diventando per l'appunto istituzione, l'elemento corporativo finisce di avere alcun significato e gli amministratori

---

<sup>43</sup> Cfr. M. TEDESCHI, *Associazioni ecclesiastiche*, cit. p. 178 ss.

<sup>44</sup> Cfr. F. FERRARA, *op. cit.*, p. 990.

<sup>45</sup> Cfr. F. FERRARA, *op. cit.*, pp. 60-61



detengono beni altrui<sup>46</sup>. I canonisti, più vicini alla tradizione romanistica, vanno oltre anche il concetto di istituzione e configurano, meglio di qualsiasi altro, quello di *persona ficta*, considerata sotto tutela ed equiparata ai minori. Ma nemmeno questa varrebbe a rappresentare il concetto di comunità, che prescinde da qualsiasi legame autoritativo e da qualsiasi altro elemento tipico delle persone giuridiche, come il bene materiale comune o lo scopo, ponendosi su un piano sostanzialmente diverso.

Quando si dice che la persona giuridica è un modo di essere delle cose, una mera forma giuridica che consente a una serie di persone fisiche di muoversi diversamente nel mondo del diritto, per cui non è nemmeno importante che ne sia riconosciuta una diversa personalità<sup>47</sup>, e che non vi sarebbe alcuna differenza tra associazioni riconosciute o meno, si potrebbe ricondurre tali concetti anche alle comunità, che perseguono interessi comuni ed hanno una struttura personale. Ma qui non siamo di fronte a un'invenzione della legge, a un ente artificiale, ma a realtà nuove e diverse che però debbono essere giuridicamente strutturate<sup>48</sup>.

In molti casi la personalità giuridica appare dubbia e incerta, come nella comunione (e la *gesammte Hand* è una comunione di tipo collettivistico, senza alcuna autonomia, come la fratellanza, le comunioni familiari e le società rurali)<sup>49</sup>. In altri casi, come nell'istituzione, la volontà fondativa è trascendente. In tutte, l'elemento comune è l'*universitas personarum*, e ciò anche al di fuori del riconoscimento statale<sup>50</sup>, come per le comunità che, in ogni modo, nulla hanno a che vedere con le associazioni non riconosciute<sup>51</sup>, che sono persone giuridiche con un grado minore di personalità e di autonomia.

Credo piuttosto che da una trattazione ampia e quanto possibile approfondita dei vari modelli di comunità -non legate necessariamente a posizioni formaliste e al diritto positivo- possa venirne sul piano giuridico una migliore definizione e valorizzazione, in modo da allargare le asfittiche, consolidate categorie, con altre più legate alla base sociale quali le comunità.

---

<sup>46</sup> Cfr. F. FERRARA, op. cit., p. 66

<sup>47</sup> Cfr. F. FERRARA, op. cit., p. 362 ss.

<sup>48</sup> Cfr. F. FERRARA, op. cit., p. 366

<sup>49</sup> Cfr. F. FERRARA, op. cit., p. 455.

<sup>50</sup> Cfr. F. FERRARA, op. cit., p. 706 ss

<sup>51</sup> Cfr. F. FERRARA, op. cit., p. 1052.

## **5. Le attuali prospettive**

I lavori di questo Convegno sono stati ripartiti in prospettiva non solo teorica e storica ma soprattutto giuridica, con particolare attenzione alla dimensione internazionalistica e comparatistica, oltre che a quella politico religiosa.

I precedenti storici riconducono alle comunità dei primi secoli di vita del cristianesimo alle quali tanto spesso ci si riferisce nei periodi di crisi della Chiesa e che costituiscono un modello davvero mirabile, di democrazia interna, di rappresentatività, di partecipazione, concezioni riprese recentemente anche dal movimento ecumenico. Sempre nell'ambito di un'analisi religiosa i rapporti -di diritto ecclesiastico- tra confessioni religiose e comunità, e quelli -di diritto canonico- tra comunità cattolica e istituzioni.

Gli aspetti teorici, sul fondamento intersoggettivo dell'etica, su libertà individuale e appartenenza comunitaria, e quelli storici, sulle differenze tra il modello di Stato francese e quello italiano in età moderna e contemporanea, dovrebbero completare il quadro teorico preliminare all'analisi giuridica e dare conto anche della dimensione pubblicistica.

I contenuti giuridici sono nuovamente affrontati dal Rescigno, che ringrazio in modo particolare, il quale ripropone il rapporto tra comunità e diritto privato, e da chi analizza i rapporti tra soggettività e comunità culturali, e i diritti delle comunità. Giuridiche anche le relazioni di diritto internazionale, introdotte da un finissimo storico dei trattati, con riferimento al rapporto dialettico tra sistema e comunità internazionale, affrontato anche sul piano del diritto internazionale e dello sviluppo economico. Il panorama internazionale sarà completato da una serie di relazioni sulla comunità ebraica, sulla *umma* musulmana, e sulle comunità in Libano e Turchia.

Si sarebbe forse potuto procedere in modo diverso, con maggiore attenzione, ad esempio, ai profili sociologici, che però sono stati in passato i più studiati, o politologici, ma sarà perdonato se da ecclesiasticista ho perseguito un taglio storico-giuridico, con particolare attenzione agli aspetti religiosi e al panorama internazionale.

A tutti i presidenti e relatori, soprattutto a quelli provenienti dall'estero, vada il mio ringraziamento per l'impegno che si sono assunti, augurando loro un buon soggiorno a Napoli. Confido che così il quadro dei rapporti comunità-soggettività, risulti più completo e possa essere di stimolo per ulteriori studi.

## **L'armonizzazione del diritto societario europeo e la concorrenza tra ordinamenti nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia**

di Carlo Amatucci<sup>1</sup>

1. Tra i problemi di diritto societario europeo più vivi che non cessano di suscitare dibattiti e contrasti interpretativi nei diversi Stati membri, anche a distanza di decenni – ricordo per tutti il fallito tentativo, nel progetto di Convenzione del 1968, di raggiungere una forma di mutuo riconoscimento delle società europee -, v'è senz'altro il trasferimento della sede e della succursale delle società commerciali. Apparentemente marginale, se paragonato ai grandi temi di diritto sostanziale che hanno interessato, a partire dagli anni '60, i principali momenti della vita delle società, quello della sede è stato invece, e per così dire, la "bussola" del diritto societario europeo che ci aiuta, tuttora, a comprendere il percorso ed il destino dell'ambizioso processo di armonizzazione delle regole che governano le società di capitali.

Negli ultimi anni, ci si è addirittura interrogati – prima in Germania e poi in Italia – sulla crisi di legittimità o, come ha scritto Portale (*Armonizzazione e "concorrenza" tra ordinamenti nel diritto societario europeo*, in *Armonie e disarmonie nel diritto comunitario delle società di capitali*, a cura di Campobasso, t. 1, Milano, 2003, p. XIII), sulla sensatezza del processo di armonizzazione del diritto societario europeo. Interrogativo che va ricondotto al problema di fondo dell'avvenuto superamento del principio di armonizzazione da parte del principio di concorrenza fra gli ordinamenti.

Nel dibattito attorno alla compatibilità con le libertà comunitarie fondamentali (libertà di stabilimento *ex artt.* 43 e 48 del Trattato) delle norme nazionali che indicano nella sede effettiva dell'amministrazione della società, o nell'oggetto principale della stessa, i criteri di individuazione della legge applicabile alle società, le oramai ben note decisioni della Corte di Giustizia, da *Centros* a *Inspire Art*, passando per *Uberseering*, prendono una chiara e netta posizione. Negando tale compatibilità, esse si orientano decisamente a favore della libertà di stabilimento. Aprono così all'interno dell'UE - ed in modo più intenso di quanto non stia avvenendo in altri settori del diritto europeo - il fenomeno della competizione tra gli ordinamenti, gran parte dei quali ancora fermi alla teoria della sede effettiva, improntata alla tutela degli interessi esterni alle società di capitali, primo fra tutti quello dei creditori sociali e dei lavoratori.

---

<sup>1</sup> Professore Ordinario di Diritto Commerciale, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II

L'*incipit* di questo indirizzo giurisprudenziale lo dobbiamo alla citata sentenza Centros del 9 marzo 1999 (Causa C-212/97, in *Foro it.* 2000, IV, c. 317 con nota di Fortunato), nella quale i giudici comunitari hanno ritenuto irrilevante il fatto che una società sia stata costituita in uno stato membro al solo scopo di fruire di una legislazione più vantaggiosa e di stabilirsi poi con una sede secondaria in un altro stato membro, nel quale svolgere anche il complesso delle sue attività economiche. Il ricorso al regime normativo più favorevole di un altro ordinamento non costituirebbe, di per sé, abuso, ma rientrerebbe proprio nell'esercizio della libertà di stabilimento (per un approfondimento, *ex pluribus*, Perrone, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul <caso Centros>*, in *Riv. soc.*, 2001, 1292). Orientamento che induce oramai a prendere atto della morte della teoria delle sede.

Le uniche legittime restrizioni che la libertà di stabilimento delle società può subire sono, infatti, quelle elencate dall'art. 46, comma 1° del Trattato - disposizioni giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica – in quanto accompagnate da tre condizioni:

- a) che i provvedimenti nazionali restrittivi si applichino in modo non discriminatorio;
- b) che essi siano giustificati da motivi imperativi di ordine pubblico (tale non è stata reputata, nel caso *Uberseering*, la tutela dei creditori sociali, pubblici e privati, ritenuti dalla Corte di giustizia sufficientemente protetti dalla XI direttiva);
- c) che essi siano idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito, non andando oltre quanto necessario per il suo raggiungimento;

Questi importanti sviluppi giurisprudenziali, improntati al principio del mutuo riconoscimento delle società – anch'esso ambizioso, occorre dirlo, in mancanza di uniformità del diritto sostanziale, nonché di un coordinamento tra autorità analogo a quello esistente per le imprese di investimento comunitarie in materia di mercati finanziari – riconoscono, dunque, ai privati il diritto di scegliere, fra le leggi societarie degli Stati membri, quella ritenuta più idonea alla costituzione di una società, in vista dello svolgimento di attività imprenditoriali nel mercato unico.

Ne discende che tale rinvigorito diritto di stabilimento: i) configura una situazione di vantaggio direttamente efficace e, quindi, azionabile di fronte ai giudici nazionali, in quanto inerente all'esercizio di una delle libertà fondamentali comunitarie; ii) sussiste anche qualora la società svolga tutte le sue attività in uno Stato membro diverso da quello della *lex societatis* prescelta e non abbia con lo stato di incorporazione altri

contatti, se non la scelta operata al momento della costituzione; iii) fa sì che uno Stato possa ostacolare il pieno godimento di tale diritto soltanto in via eccezionale, quando vanti un'esigenza imperativa alla tutela dei propri preminenti interessi pubblicistici (cfr. Benedettelli, <<Mercato>> *comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano*, in *Riv. soc.*, 2003, 701).

2. Per cogliere il senso e le rilevanti ricadute applicative dei principi giurisprudenziali suddetti, bastino due rapidi cenni alle vicende *Uberseering* (5 novembre 2002, Causa C-208/00, cfr. Ballarino, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Uberseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 669) e *Inspire Art* (30 settembre 2003, Causa C-167/01, in *Giur. comm.*, 2005, II, 5, con nota di Nocella) che li hanno, da ultimi, consolidati.

Nel primo caso, la *Uberseering* – società di diritto olandese - conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Dusseldorf, una società appaltatrice tedesca per vizi dell'opera. I giudici negarono all'attrice la capacità giuridica e quindi la capacità processuale, essendo state tutte le quote sociali acquistate da due cittadini tedeschi, entrambi residenti in Germania. Il Tribunale, sposando la teoria della sede, considerava la società con sede in Germania e, pertanto, soggetta al diritto tedesco, col risultato che per poter acquistare la capacità giuridica avrebbe dovuto ricostituirsi secondo tale diritto. La Corte di Giustizia, ritenendo invece che tale giudicato comportava un'ingiustificata restrizione del diritto di stabilimento, consacrò la competenza esclusiva dello Stato d'origine a decidere - nell'ipotesi di trasferimento della sede all'estero - sul mantenimento della personalità giuridica, con tutte le relative conseguenze.

Nella seconda vicenda, la *Inspire Art*, società costituita nel Regno Unito, con amministratore unico residente in Olanda - ordinamento quest'ultimo in base al quale, applicando il criterio della costituzione, la società doveva essere riconosciuta come società di diritto inglese - aprì una succursale in Olanda. La legge locale sulle società formalmente straniere apportava alcune restrizioni alla teoria della costituzione nei confronti di quelle società che esercitavano la loro attività pressoché integralmente nei Paesi Bassi, senza avere legami reali con il paese di origine. In particolare, per la Camera di commercio olandese il mancato adeguamento della *Inspire Art* agli obblighi sul capitale minimo costituiva un chiaro indizio del pericolo di abuso o di frode.

Ai sensi della legislazione olandese, le società formalmente straniere sono assoggettate all'obbligo di dotazione di un capitale minimo, nonché alla responsabilità

solidale degli amministratori per il caso di mancato rispetto dell'obbligo di iscriversi nel registro delle imprese olandesi, con l'indicazione di "società formalmente straniera". Norma pressoché coincidente con il nostro art. 2509-bis c.c. per il quale "fino all'adempimento delle formalità [pubblicitarie] coloro che agiscono in nome della società rispondono illimitatamente e solidalmente per le obbligazioni sociali".

Per la Camera di commercio olandese tale disciplina non toccava la libertà di stabilimento, limitandosi ad imporre alle società costituite in base ad un ordinamento diverso determinate condizioni volte ad assicurare ai terzi, da un lato, l'informazione circa la natura di società formalmente straniera e, dall'altro, le stesse garanzie di cui essi godono quando contrattano con le società olandesi. Si trattava di condizioni non discriminatorie – ispirate alla tutela degli interessi dei consumatori e dei creditori - che trovavano il loro equivalente nelle norme imperative del diritto societario olandese applicabile alle società di capitali ivi costituite.

A leggere il punto 109 della sentenza, sempre secondo la Camera di commercio ed il Governo olandese, gli obiettivi della disciplina speciale "sarebbero infatti la repressione delle frodi, la tutela dei creditori, la garanzia dell'efficacia dei controlli fiscali e della lealtà nei rapporti commerciali". Si legge ancora che "le norme sul capitale minimo perseguirebbero principalmente lo scopo di rafforzare la capacità finanziaria delle società, garantendo in tal modo una tutela più intensa dei creditori privati e pubblici. Esse avrebbero lo scopo di proteggere tutti i creditori dal rischio di insolvenza fraudolenta, rischio che sorge con la costituzione di società sottocapitalizzate."

Ora, sia sulla base della premessa che la pubblicità delle succursali, come realizzata dall'undicesima direttiva, è esaustiva, sia e soprattutto sulla base della supposta natura non imperativa delle norme olandesi sul capitale minimo, in funzione di tutela dei creditori sociali, le norme di quello Stato membro sono state giudicate dalla Corte ingiustificatamente restrittive della libertà di stabilimento, non trovando fondamento né nell'interesse generale, né in un abuso del diritto comunitario, né in una frode alla legge nazionale. Dunque, per la Corte, l'immigrazione nei Paesi Bassi di una società inglese non può essere impedita da nessuna regola di diritto locale che imponga un capitale minimo e/o una responsabilità degli amministratori.

Il punto veramente centrale della motivazione è che per la Corte i potenziali creditori della società inglese – si legge ancora espressamente – "sono sufficientemente informati del fatto che essa è soggetta ad una legislazione diversa da quella che disciplina, nei Paesi Bassi, la costituzione delle società a responsabilità limitata e,

segnatamente, le disposizioni in materia di capitale minimo e di responsabilità degli amministratori”. [...] Se le garanzie fornite dal diritto inglese si dimostrassero insufficienti a tutelare le loro ragioni, i creditori potrebbero ottenerne altre o rinunciare a trattare con una società di diritto straniero”. Soluzione che poggia completamente su una presunta adeguatezza dell’informazione circa la diversità di disciplina e di protezione accordata, tuttavia non sempre efficace per ogni creditore, segnatamente per i meno forti, nonché per la nutrita schiera di quelli “involontari”.

**3.** Quali, a questo punto, le conseguenze sul diritto internazionale societario del nuovo orientamento della Corte di Giustizia? E’ sostenibile che una società validamente costituita in uno degli Stati dell’Unione, restando soggetta allo statuto del luogo di costituzione (sia per quanto riguarda i rapporti esterni che quelli interni) può:

istituire in un altro Stato membro una succursale destinata ad esercitare la totalità dell’attività sociale (c.d. *pseudo-foreign corporations*), con lo scopo evidente di eludere il diritto locale relativo alla costituzione del corrispondente tipo di società; creando, ad esempio, una *private limited company* nel Regno Unito o in Irlanda (dove non esiste, per questo modello di società corrispondente alla nostra s.r.l., un obbligo di dotazione di un capitale sociale minimo, né è prescritto, se il capitale non raggiunge gli € 18.000, alcun versamento parziale del conferimento), con successivo trasferimento della sede effettiva in Danimarca o in Olanda, dove, per contro, per la s.r.l. è imposto un capitale minimo ed è stabilita una adeguata tutela della sua integrità;

trasferire la sua sede sociale effettiva in un altro Stato membro senza vedersi opposta la perdita della personalità giuridica con obbligo di ricostituzione;

In definitiva, la giurisprudenza della Corte di Giustizia consente ai soci-fondatori di una società di trasformare una situazione puramente interna in una situazione intracomunitaria e di appellarsi, successivamente, alla libertà di stabilimento per neutralizzare le disparità di legislazione tra l’ordinamento dell’incorporazione (più liberale) e lo stato di accoglienza, che potrebbe imporre obblighi sostanziali più gravosi.

La questione rilevante e non priva di ombre di tale orientamento è che non sussisterebbero spazi di integrazione per la tutela dei creditori sociali, perlomeno nei casi in cui il diritto dello Stato di costituzione della società risulti, come è accaduto, lacunoso rispetto a quello dello Stato ospitante.

Va, tuttavia, segnalato che una parte significativa della dottrina europea - persino autorevoli interpreti appartenenti ad ordinamenti meno rigorosi in tema di capitale sociale, come il Regno Unito (cfr., in particolare, Ferran, *The place for creditor protection on the agenda for modernization of Company Law in the European Union*, in *ECGI Working Paper Series in Law*, n. 51/2005) - non apprezza tale svalutazione giurisprudenziale della funzione di garanzia per i creditori sociali che il capitale minimo - a dispetto dei diffusi tentativi di rimpiazzo con non meglio definite tecniche di patrimonializzazione -, continua ad assolvere. In particolare, lascia perplessi l'affidamento della tutela dei creditori al solo principio di autoresponsabilità, ossia al sistema di pubblicità predisposto dalla XI direttiva, affiancato dal regime di contabilità di cui alla IV direttiva (cfr., altresì, Portale, *La riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 137).

Tale tendenza - che come osserva la Ferran, si riscontra anche nell'*Action Plan for Company Law, Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union*, redatto recentemente dalla Commissione UE - pone rilevanti problemi di compatibilità del processo di svilimento del capitale sociale con i principi posti a tutela dei creditori sociali, contenuti nella Seconda Direttiva, i quali, come osserva l'Autrice, risulterebbero violati in mancanza di adeguate contromisure.

In ogni caso, uno dei principali effetti per il diritto italiano di questa giurisprudenza è la parziale disapplicazione dell'art. 21, 1° c. della l. n. 218/95 - sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato - secondo il quale, fermo restando il principio per cui le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, sono disciplinate dalla legge dello Stato nel cui territorio si è perfezionato il procedimento di costituzione, "*si applica tuttavia la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali entità*".

Stesso discorso per la sanzione stabilita dal citato 2509-bis c.c. - sulla responsabilità degli amministratori in caso di inosservanza delle formalità pubblicitarie prescritte per le società estere - la quale, se sottoposta al medesimo tipo di *screening* comunitario, risulterebbe restrittiva della libertà di stabilimento, trattandosi di sanzione diversa rispetto a quella prevista per la violazione di obblighi di pubblicità da parte di società italiane.

4. Quanto al più ampio ed affascinante tema della competizione tra ordinamenti, vengono in mente alcune convincenti riflessioni di Alpa (*La competizione tra ordinamenti:*



*un approccio realistico*, in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di Zoppini, Bari, 2004, p. 48-56) alle quali si affida la conclusione di queste brevi notazioni. E' una finzione, per l'illustre A., pensare che la competizione tra ordinamenti sia un valore in sé, "perché rispettoso della diversità [...] quasi che la pluralità di regole fosse di per sé un bene ed invece l'uniformità fosse di per sé un male [...] esprimesse un disvalore. [...] Nella realtà delle cose, la diversità o l'omologazione sono apprezzabili per i contenuti che esse recano, piuttosto che non per le differenze o le convergenze che esse esprimono. [...] Senza contare poi che se la concorrenza è tale da assegnare la prevalenza ad un modello, non perché migliore ma perché più forte, la concorrenza finirà per far scomparire i modelli deboli, anche se più apprezzabili, per favorire il modello vincente, anche se meno pregevole".

## **National treatment for all non-resident EU nationals: looking beyond the D decision<sup>1</sup>**

di Pasquale Pistone<sup>2</sup>

The Grand Chamber of the European Court of Justice said its final words on the (ir)relevance of the most-favoured-nation clause in the light of the EC Treaty. Some sectors, however, are rejuvenating the debate on this ever-controversial issue, including those who try to reconcile the D case with previous tax cases (like the *Wallentin* case) and non-tax decisions (such as that involving the *Gottardo* case).

Before the European Court of Justice decides two other issues of the MFN saga, may I take the opportunity to express the mixed feelings that the D decision has caused as regards an opponent of the judicial application of the MFN, especially some arguments put forward by the European judges who seem to have left a cloud of uncertainty over the relations between tax treaties and European law.

The *Saint-Gobain* decision opened the era in which Member States had to comply with the primacy of European law even when tax treaties had been concluded with third countries<sup>3</sup>. The problem arose from the non-entitlement of a permanent establishment to the benefits of German treaties (with non-EU Member States). The ECJ settled it by obliging Germany to give PEs an equivalent treatment on the basis of its domestic law. In the later *Open skies* decisions, the Court added that compliance with fundamental freedoms would be ensured even if this would compromise the rights enjoyed by non-EU Member States on the basis of a treaty<sup>4</sup>.

In the D decision, after recalling the need to give PEs the same tax treatment applicable under the treaty (based on the *Saint-Gobain* decision), the ECJ stated that treaties only applied to persons who were residents in one or both Contracting States and

---

<sup>1</sup> Nel sito della rivista è consultabile on line la traduzione in italiano

<sup>2</sup> Associate Professor of Tax Law at the University of Salerno, Italy and at the Wirtschaftsuniversität Vienna, Austria

<sup>3</sup> *Saint-Gobain*, para. 56.

<sup>4</sup> *Open skies* (UK), para. 54.

therefore Belgian residents would be different from non-Belgian residents in respect of ownership of Dutch immovable property<sup>5</sup>.

Regardless of the questionable logical connection between the two parts of the preceding sentence, treaties are indeed a consistent set of rules: a package deal whereby reciprocal concessions are to be framed within the overall balance achieved between the two Contracting States<sup>6</sup>. When a non-discrimination provision grants national treatment to residents of the other Contracting State, it proves that both States acknowledge that non-residents are in fact resident taxpayers insofar as allowances are concerned. Otherwise, it would not be a non-discrimination provision, but rather a treaty clause granting tax advantages, and indeed removing discrimination is not an advantage in technical terms, but rather a goal set by the treaty to eliminate an existing obstacle arising from cross-border situations.

This leads me into saying that provided that when personal and family situations are not taken into account in the other State, countries executing tax treaties like the one involving the Belgium-Netherlands DTC should in fact grant national treatment.

Even if the EC treaty does not in principle require treating two non-residents (non-nationals) of two different EU Member States under the same rights, it gives both a full entitlement to national treatment provided that certain conditions are met. Consequently, fundamental freedoms could be interpreted in a way as to require countries granting national treatment on the basis of their tax treaties to do the same in respect of other EU nationals on the basis of the EC Treaty.

This interpretation would strengthen the role of national treatment, which could become the key to addressing most MFN problems in the proper framework of legal relevance set by the EC Treaty.

The Court though did not follow this approach and rather kept interpreting the equal treatment of non-residents within the traditional Schumacker threshold. Arguably, it did so even in a case that could have been decided differently, whereas Mr. D's

---

<sup>5</sup> *D*, para. 61.

<sup>6</sup> *D*, para. 62.

situation was to be taken into account at least once (because of the lack of a net wealth tax in his State of residence).

Had he only been in a situation like Mr. Wallentin's (without a taxable economic strength outside the host State), then his treatment would have been different not because of the Court's questionable statement on the difference between Mr. Wallentin's non-taxable income (owing to a non-taxable threshold) and Mr. D's non-taxable wealth<sup>7</sup> (owing to the absence of a tax thereon), but rather because it required compliance with the Court's criteria -- a formal compliance with legal criteria, which sometimes may raise questionable legal technicalities.

Tax treaties and national sovereignties will not be strongly affected by the *D* decision, if not to the extent that the MFN issue has now become even more unlikely to be accepted by the European Court of Justice. Especially because of the parallel case with the *Saint-Gobain* decision within the context of the *D* decision, the impact of para. 61 of the latter decision on the exercise of taxing powers through treaties will thus be very limited.

However, shortly after the *Saint-Gobain* decision, the ECJ did apply the provisions of a social security convention to a person (*Elide Gottardo*) who was a national of neither Contracting State. Why did the Court view the treaty as applicable to her, whereas it refrained from following the same approach as regards Mr. D? Were the two different?

These questions were neither raised, nor otherwise addressed by the ECJ. However, it is presumed that some relevant differences indeed exist between the two cases, thus reconciling the positions respectively held by the Court.

First and most importantly, the area of European law directly involved in the *Gottardo* case was social security (the prime concern of common EU policy), whereas only one national law normally regulates the position of the worker and his/her pension rights.

Furthermore, Mrs. *Gottardo* was not invoking her pension rights as to entitle her to the so-called most-favoured-nation treatment, but merely to enjoy the same rights to which Italian nationals are entitled under the social security convention with

---

<sup>7</sup> *D*, para. 42.

Switzerland. She had previously claimed that she was no longer entitled to the same benefits since she had married a French citizen.

In short, the *D* decision may have said the final word, but certainly not the final arguments, on the issue of the judicial application of the MFN treatment under the EC Treaty. The debate among scholars, as well as the opinion to be delivered by AGs in the two pending cases and the decisions of the ECJ, certainly will.

Meanwhile, the Decision 578 of the Andean Community of Nations (effective as of January 1, 2005) proves that other options may be taken to introduce an obligation to grant the most-favoured-nation treatment. Such decision says that "*no Member State shall apply to persons domiciled in other Member States a less favourable treatment than that applicable to persons domiciled on its own territory*"<sup>8</sup>.

MFN clauses included in an increasing number of bilateral tax treaties (many more than I had initially found out) give further examples of how such treatment has taken on such importance in many parts of the world -- an important matter for the Courts, but probably only insofar as the Contracting States have specifically decided to grant such treatment under each treaty.

---

<sup>8</sup> Loose translation of the author from the official text of Article 18 in Spanish: "*Ningún país miembro aplicará a las personas domiciliadas en los otros países miembros, un tratamiento menos favorable que el que aplica a las personas domiciliadas en su territorio*".

## **La funzione educante del diritto alla base del processo di pace**

di Luigi Buonauro<sup>1</sup>

La diffusione capillare delle nuove tecnologie<sup>2</sup> - a cominciare dalla rete - ha introdotto un grande segno di discontinuità nella società del III Millennio proprio sul versante della "Knowledge society".

Difatti, da una parte, l'ordinamento giuridico, nel quadro di una accentuata autonomia delle Università alla ricerca delle professionalità emergenti, ha risposto con una nuova aggregazione delle vecchie Facoltà in Poli e con una diversa ed originale articolazione di tipo modulare nello schema curriculare delle proposte didattiche universitarie ed il sistema dei crediti formativi unitari (CFU), mentre, sullo sfondo, la necessità di convivere con il terrorismo internazionale ha richiesto la costruzione di un modo del tutto nuovo di organizzare la risposta degli apparati pubblici soprattutto in riferimento alla prevenzione ed alla emergenza.

Siffatte considerazioni confluiscono nel rendere necessario un nuovo modo di organizzare e di porgere ai discenti il sapere, particolarmente in riferimento al diritto amministrativo<sup>3</sup>, dal momento che oltre le azioni positive dei pubblici poteri il migliore risultato sembra raggiungibile solamente attraverso la partecipazione convinta e motivata di tutta la comunità.

A ciò va aggiunto, altresì, la possibilità di graduare l'impegno dei discenti in modo da ottenere una migliore adattabilità alle loro reali capacità attraverso la costruzione "su misura" sia del corso di lezioni sia degli altri strumenti della didattica.

Il dilemma tra il sacrificio di parte del consueto programma (profilo quantitativo) e la necessità di tenere presenti le peculiarità del singolo corso di laurea (profilo qualitativo), fa sembrare proficuo tentare il ricorso ad un diverso modo di aggregazione delle conoscenze che, pur rispettando le esigenze curriculari del dimensionamento degli istituti previsti dalla legislazione amministrativa di settore (profilo quantitativo), non

---

<sup>1</sup> Professore aggregato di Diritto amministrativo e Scienze dell'amministrazione, Università Federico II

<sup>2</sup> Si tratta di un evento più sconvolgente delle precedenti rivoluzioni industriali poichè ha coinvolto non solo "oggetti" di scienze ( o sue parti) ma il modo di conoscere e comunicare le conoscenze, svelando la natura e le dinamiche sociali sia rispetto all'organo coinvolto (il cervello) sia ai rapporti sociali (le emozioni).

<sup>3</sup> La considerazione che "la macchina dell'obbedienza" tende a caratterizzarsi per il fatto che " ogni potere pubblico modella un suo diritto amministrativo, confacente ai propri bisogni" è di CASSESE, Prefazione al Trattato di diritto amministrativo, Milano Giuffrè 2000 , il quale auspica "la messa a punto di metodi più soddisfacenti di quello cosiddetto giuridico, sul quale la scuola classica del diritto amministrativo costrui la sua fortuna; e la perimetrazione del campo vasto della materia, in modo da ridare la prospettiva perduta dagli studi di ogni singola sua parte"[ *ibidem* ].

sacrifichi troppo la conoscenza dell'impianto generale in funzione del profilo accademico, ricorrendo a nuove tecniche di scrittura, quali ad esempio il ricorso all'ipertesto ed a schede sintetiche [*slides*].

Tra i possibili modi in grado di spiegare il diritto amministrativo vigente il più vicino alla sensibilità degli operatori e dei fruitori<sup>4</sup> è sembrato quello che, facendo perno sul profilo, appunto, della effettività<sup>5</sup>, si preoccupasse di tenere come obiettivo costante la concreta valutazione<sup>6</sup> dell'*impatto sociale dell'azione dei pubblici poteri* considerati essi stessi "formazioni sociali" con un ruolo interfacciale tra la società ed il suo ordinamento.

Un criterio misto che, seppure estrinseco, può riuscire a cogliere la sostanza dei problemi e, partendo dalla considerazione strumentale del diritto rispetto ai bisogni ed allo sviluppo della società di riferimento, consente di conservare senza eccessive distorsioni i due profili sostanziali di ogni ordinamento giuridico e, cioè, in primo luogo assicurare i benefici della certezza delle posizioni giuridiche e, successivamente, proporsi come strumento per consentire la programmazione delle politiche di sviluppo.

D'altra parte conservazione e sviluppo riescono a rendere in modo plastico l'*andamento contrattuale* della società umana o, se si preferisce, la trama e l'ordito che rendono percepibile la storia dell'umana civiltà<sup>7</sup>.

Ma vi è di più: la cultura del risultato che si è andato facendo strada negli studi più recenti del diritto amministrativo libera il provvedimento dal chiuso dell'ordinamento per farlo fluttuare nella società e costituisce lo scenario di fondo degli obiettivi che l'apparato organizzativo dotato di pubblici poteri è tenuto per legge<sup>8</sup> a raggiungere dando luogo "ad un'amministrazione caratterizzantesi per il pluralismo, la negoziazione, il carattere residuale e sussidiario dell'autorità, la ricerca del coordinamento e della collaborazione, la

<sup>4</sup> Ineludibile il primo riferimento al fondamentale contributo di FRIEDMAN, Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali, il Mulino 1978 .

<sup>5</sup>GAVAZZI, Effettività ( principio di),in Digesto delle discipline pubblicistiche, ad vocem .

<sup>6</sup>In dottrina recentemente BENVENUTI, Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo, Giuffrè 2002, ha giustificato " la prospettiva di una analisi metametagiurisprudenziale" in relazione, addirittura, alla " struttura del giudizio" amministrativo [pag.192] sull'abbrivio della partecipazione squadernata dalla L.241/1990, pur non nascondendo una preoccupata cautela circa "la reale attitudine della L.241/90 a prefigurare ogni genere di risposta" [ pag.193] .

<sup>7</sup>Il senso del fluire dell'uomo nel suo tempo intessendo la sua storia è colto, pur nella differente sensibilità, sia da FRIEDMAN teso a cogliere, come in una istantanea, il contributo dei tribunali il cui "ruolo caratteristico è quello di riformulare e non quello di prendere l'iniziativa: e ciò che fanno lo fanno come risposta alla pressione esercitata dai litiganti", op. cit. , pag. 419 che da BENVENUTI op. cit. pag.196 quando annota con determinazione che "naturalmente non sempre il potere manifesta il proprio volto in fogge comprensibili, e comunque la più parte delle volte vengono recuperati moduli tradizionali, che, riattati e riabilitati alle nuove esigenze, occultano la loro provenienza, solo apparentemente pronti all'uso cui vengono costretti da una dogmatica fin troppo cauta nella raffigurazione di una società in movimento".

<sup>8</sup> Come espressamente sancito nell'art.1 della legge 241790.

tensione al risultato e con essa la rilevanza della dimensione comportamentale e decisionale”<sup>9</sup>.

Pur tuttavia, le complesse esigenze dell'amministrare nella società contemporanea non possono consentire di fare a meno dello studio della scienza dell'amministrazione profondamente innervato su quello del diritto amministrativo, soprattutto in presenza del rilevato progressivo avvicinamento tra organizzazione pubblica ed organizzazione privata [Iannotta,1993].

In uno scenario più generale, la società dell'informazione e della conseguente globalizzazione si presenta sempre più aggressiva nei confronti del “vecchio” Stato, facendo registrare una stagnazione dalla quale si può uscire solo mediante una profonda trasformazione culturale di cui l'importazione di istituti tipici dei Paesi di *common law* quali, tra gli altri, il Difensore civico, le Autorità amministrative indipendenti ed il *City manager*, sono i primi più tangibili segnali.

Per parte sua il diritto comunitario, che sul piano politico si propone come la novità più immediatamente utilizzabile, ha calato le sue carte al momento ritenute veramente decisive: la **vicinanza** dei centri di potere ai cittadini ed il principio di **sussidiarietà**.

Ma, a ben guardare, la richiesta della partecipazione e la funzione sociale<sup>10</sup> (in chiave promozionale), che erano già nel patrimonio genetico della formula dello Stato di diritto, hanno facilitato tali sperimentazioni.

Probabilmente ciò non basta per uscire dalla stagnazione degli studi intorno alla pubblica amministrazione: occorre una profonda rimeditazione sulla natura, sulla funzione e sui limiti della formula dello Stato di diritto<sup>11</sup> se non, addirittura, ridiscutendo il ruolo di supremazia del potere normativo.

Una siffatta operazione deve investire fin dall'inizio la parte dello Stato di diritto più visibile sia perché la più esposta al giudizio di responsabilità sia perché la più a contatto con la società (e con i suoi cambiamenti), ridisegnando tutto l'apparato organizzativo non più quale curatore/titolare di una “*verità superiore*” (come sembrava costruito l'interesse pubblico), con la conseguente supremazia derivante dalla gestione diretta ed autonoma della sovranità, ma quale *regista* della composizione di interessi (perché di soggetti)

---

<sup>9</sup> I passi sono tratti dalla disamina di IANNOTTA, Principio di legalità e amministrazione di risultato, Relazione al Convegno Amministrazione e legalità: fonti normative e ordinamenti, Università di Macerata 21/22 maggio 1999, nella quale trova posto anche un riferimento corposo alla riserva di amministrazione, su cui infra.

<sup>10</sup> Va immediatamente ricordato il grido di allarme del von HUMOLDT, Saggio sui limiti dell'attività dello Stato (a cura di Perticone), Giuffrè 1965.

<sup>11</sup> Di notevole interesse il volume Ripensare lo Stato, a cura di LABRIOLA, Milano 2003, che pubblica nei Quaderni della Rassegna Parlamentare gli Atti del Convegno di studi di Napoli del 22-23 marzo 2002.



diversi, disparati ed ineguali<sup>12</sup> esistenti nella società allo scopo di **tenerli insieme** quali partners, come sancito nell'ultima parte dell'art.3, secondo comma della Carta costituzionale.

Un proficuo punto di avvio di tale impegno, che presenta con immediatezza la sua profonda complessità, potrebbe essere ritrovato nell'adozione del metodo indicato da M.S. Giannini per individuare gli elementi dell'ordinamento giuridico: l'insigne Maestro ha additato nella ricerca della liminalità il modo concreto di giungere ad una sostanziale *perimetrazione*<sup>13</sup> della materia ("*terreno da coltivare* ") assumendo per tale via un parametro di riferimento solido e di sicuro affidamento.

Il riscontro più convincente della bontà di tale metodo viene senza dubbio offerto dalla soluzione del problema riguardante il merito amministrativo proprio sul piano sostanziale prima che processuale, dal momento che la preclusione del suo esame in sede di riscontro della legittimità ha sempre fatto chiaramente pensare ad una parte dell'agire amministrativo non riscontrabile secondo il normale parametro legislativo proprio perché si tratta di materiale *preso in prestito* (rectius, *adattato*<sup>14</sup>) da discipline/esperienze diverse<sup>15</sup>.

Si perviene per tale via alla scoperta anche di una diversa utilizzazione della scienza dell'amministrazione costruita in chiave giuridica non più ancillare rispetto al diritto amministrativo proprio perché può utilmente occuparsi di risolvere il problema della necessità da parte dei soggetti che formano la pubblica amministrazione di raggiungere gli obiettivi prefissati, studiando il modo di fare entrare nell'ordinamento giuridico le esperienze maturate in altri ambiti disciplinari e la loro concreta utilizzabilità<sup>16</sup>.

Da ciò la necessità di riallineare definizione, portata e limiti della nozione stessa di amministrazione la quale, pur rimanendo permeata secondo l'ordinamento amministrativo

---

<sup>12</sup> La crucialità del tema delle ineguaglianze nelle scienze umane e sociali ( tra le quali vi è il diritto) non richiede particolari supporti bastando il riferimento a ROUSSEAU, Discorso sull'origine e i fondamenti dell'ineguaglianza tra gli uomini, che nell'edizione di Gerratana Editori Riuniti del 1994 consente di leggere in appendice anche lo scambio epistolare con VOLTAIRE ed il riferimento alla differente informazione tra gli uomini di cui parla SIMON, citato da SOBBRIO, Modelli organizzativi e intervento pubblico, Giuffrè 1994 pag.15 (che riferisce anche della mancanza di lealtà e dell'opportunità rilevato da WILLIAMSON), passando per il LEOPARDI di " che mira ed è mirata ed in cor s'allegra ".

<sup>13</sup> Cfr. CASSESE , supra nota 2.

<sup>14</sup> Proprio il meccanismo dell'adattamento proposta dal diritto internazionale potrebbe risolvere i problemi della esistenza e delimitazione della scienza dell'amministrazione come materia di studio autonoma.

<sup>15</sup> Sul punto va richiamato lo studio di GASPARRI, Considerazioni sulla discrezionalità amministrativa, Cagliari 1946, passim ma particolarmente pag. 17 dell'estratto.

<sup>16</sup> La dottrina più recente ha evidenziato la mancanza di principi generali che regolino l'attività organizzante che consiste in quella che " ha per oggetto la creazione o la modifica degli apparati organizzativi, nonché la fissazione delle rispettive attribuzioni" , VALENTINI, Figure, rapporti, modelli organizzatori Lineamenti di teoria dell'organizzazione, in Trattato di diritto amministrativo diretto da SANTANIELLO, vol.IV, Cedam 1996, pag.11

dalla conformità a legge, nella scienza dell'amministrazione è stata ricercata lungo diverse ed originali dorsali quali.

In primo luogo la sua differenziazione<sup>17</sup> dall'agire giurisdizionale [nel quale l'osservanza della legge costituisce il contenuto **sostanziale**<sup>18</sup>] e dalla cd. *performance* che caratterizza l'agire legislativo ed in secondo luogo la fissazione dei criteri di **adattamento** dei contenuti tecnici delle altre discipline al sistema costituito dall'apparato amm/vo<sup>19</sup>.

Le diverse dorsali propongono soprattutto lo stravolgimento della nozione di controllo tipico di ogni espressione di *potere* stabilizzato nelle forme giuridiche secondo il consueto postulato della corrispondenza tra potere e responsabilità, secondo gli schemi della legittimità, riportando in emersione il rapporto tra impegno professionale e relativa responsabilizzazione, secondo gli schemi del merito amministrativo<sup>20</sup>.

Difatti, mentre nell'esercizio della funzione giurisdizionale il giudice vede concretizzato (ed al contempo, limitato) [*iuxta alligata et probata*] tutto il proprio orizzonte operativo e nell'esercizio di quella legislativa la gerarchia delle fonti disegna previamente il modo di atteggiarsi del controllo e della responsabilità<sup>21</sup>, nell'esercizio dell'attività amministrativa – ed ancora di più quella organizzativa - la complessità rischia di vanificare lo stesso concetto di controllo sugli avvenimenti accaduti moltiplicando gli sforzi a favore della costruzione di modelli utili per indirizzare ed orientare in concreto il comportamento amministrativo<sup>22</sup>.

Può essere perfino possibile una diversa classificazione della classica tripartizione tra amministrazione attiva, consultiva e di controllo, passando dalla prospettiva soggettiva ad una contenutistica fino, addirittura, a capovolgere il punto di osservazione.

---

<sup>17</sup> Sui caratteri differenziali delle funzioni, vedasi particolarmente BACHELET, L'attività tecnica della Pubblica Amministrazione, Giuffrè 1967, pag.26 e ss.

<sup>18</sup> Illuminante il richiamo del capoverso dell'art.101 Cost. che, joci causa, potrebbe essere interpolato con l'aggiunta iniziale di un " Solo" dal momento che la l.241/90 prevede per l'attività amministrativa "persegue" i fini determinati dalla legge e nel suo agire deve seguire i criteri che la stessa legge stabilisce.

<sup>19</sup> Sul metodo della perimetrazione vedasi infra.

<sup>20</sup> Anche per il merito si può utilizzare la differenza tra "materia" e " modo [o forma ] evidenziando sotto il primo profilo il collegamento funzionale al fine che la legge assegna e sotto il secondo il collegamento strutturale con i mezzi, ridisegnando in modo dinamico il rapporto tra efficienza ed efficacia.

<sup>21</sup> Sull'emersione in dottrina della responsabilità per fatto illecito del legislatore, cfr. C. BUONAURO, La responsabilità per danno da atto legislativo, Giuffrè 2004

<sup>22</sup> Illuminante l'osservazione di Mc GREGOR, L'aspetto umano nell'impresa, Angeli Milano 1972, secondo la quale " il dirigente a qualsiasi livello dell'organizzazione...non può controllare molte cose che riguardano i risultati dei quali è responsabile" per cui amaramente conclude: " E' veramente ridicolo mettere in rilievo l'idea logica che la sua autorità deve essere uguale alla sua responsabilità ", pag. 170.

Difatti, sotto il profilo oggettivo l'amministrazione attiva assume come riferimento il fine assegnato, salvo l'osservanza della prescrizione dettata dall'art. 3 della legge n.241 del 1990 in tema di struttura della motivazione.

Al contrario, gli orizzonti dell'amministrazione consultiva e di quella di controllo si restringono alla confezione del provvedimento rispetto al fine o in riferimento a canoni tecnici di altre discipline (consultiva e controllo di merito) o in riferimento a tutte le altre norme ordinamentali vigenti (controllo di legittimità)<sup>23</sup>

In conclusione, potrebbe essere proprio la cd. "Amministrazione di risultato" – quale amministrazione obbligata ad assicurare beni e/o servizi a comunità ed a persone, e a farlo presto, bene ed economicamente, oltre che in modo trasparente, che risulta comune alle amministrazioni statali, pubbliche e locali (fino a quella comunitaria) – a costituire l'oggetto ed il contenuto dello studio dell'amministrazione in chiave giuridica.

Conseguentemente appare di tutta evidenza il limite del diritto amministrativo classico perché non in grado di superare le scelte alternative e dilemmatiche che si presentano soprattutto nella fase di superamento del modello classico caratterizzato da un'amministrazione autoritativa ed unilaterale, unitaria ed accentrata, provvedimentale e giuridico-formale.,

La particolare destinazione ad un Master di II livello per una figura professionale nuova e cruciale nella società dell'informazione, che della conoscenza costituisce il fondamento, può consentire una via d'uscita in certo senso obbligata ed innovativa rispetto alla consolidata formattazione del programma curricolare.

In particolare, il criterio della economicità propone un riallineamento del principio di legalità in riferimento non solo al merito ma anche alla stessa definizione dell'attività amministrativa, non più secondo il riferimento alla costruzione in chiave normativa ma secondo il modo di essere percepito ed interpretato dall'utenza.

La pregnanza che può assumere, il "**merito**" amministrativo riguardato non più soltanto come la qualità del prodotto (o risultato) dell'attività amministrativa o la direzione (come traccia/disegno della discrezionalità) del potere dispiegato dai pubblici poteri, ma come un elemento sintomatico della cultura tollerante di una comunità, permette di comprendere meglio lo stesso processo di virtualizzazione.

---

<sup>23</sup> Per quanto attiene al controllo di merito, una volta ricordato che in dottrina si è addirittura dubitato che si tratti di vero e proprio controllo, esso va assimilato all'amministrazione attiva perché rivede la fattispecie in modo originale e si rapporta solo al fine.

Esso può considerarsi come un processo di epurazione delle emozioni che senza dubbio possono condizionare la cultura e la logica (soprattutto) giuridica del singolo appartenente alla comunità ed all'ordinamento.

In tale ottica il processo di confezione della legge deve riuscire a spalmare il dibattito ed il contrasto politico fortemente emozionali in un contesto scritto di tipo asettico (" burocratico") informato alla logica ed alla interpretazione giuridica di tutti (singoli, gruppi, organi statali) per la scrittura della cronaca prima che diventi storia.

Tale allargamento dell'orizzonte culturale e la permanente funzione educante propongono, in definitiva, uno scenario complessivo che non era sfuggito ad uno dei primi espositori del diritto amministrativo.

"Una sola condizione è veramente indispensabile, cioè che il governo qualunque sia, sia un governo onesto e non un governo di violenza, ossia un governo che si tenga esso stesso come costituito nell'interesse comune di tutti e non nell'interesse speciale di una casta o di un partito.

Senza questa condizione non è già lo stato di pace che si amministra, ma lo stato di guerra, perciocché una casta, un partito che voglia accomodarsi di maniera da poter vivere contro il piacere e l'interesse del resto dell'associazione, si propone veramente uno scopo guerresco e non un'opera di pace.

Ora il diritto amministrativo appartiene alle scienze della pace ed alle opere della pace, e però gli bisogna assolutamente che il governo sia un governo che miri all'interesse comune, stabilito a scopo e profitto di tutta quanta l'associazione"<sup>24</sup>.

Il prodotto più importante della pace non è, come invece di solito si pretenderebbe, l'ordine e la sicurezza, che a loro volta si ottengono [più efficacemente] con la guerra e si mantengono (virtualizzati) nell'ordinamento giuridico<sup>25</sup>, ma è la **tolleranza** delle *diversità* e di tutte le *ineguaglianze*; condizioni che portano al dialogo ed alla predisposizione di un progetto comune o per lo meno ad incentivare meccanismi di coesione.

In altri termini non vale tanto l'eliminazione<sup>26</sup>delle diversità (che può essere obiettivo e frutto della guerra) ma la loro esaltazione in chiave di specializzazione<sup>27</sup> (che può essere frutto solo di una pace condivisa e stabilizzata).

---

<sup>24</sup> In tali sensi MANNA, Partizioni teoretiche del diritto amministrativo Ossia Introduzione alla scienza ed alle leggi dell'amministrazione pubblica, Napoli 1860: il passo è tratto dalla Introduzione , Il diritto amministrativo nelle sue relazioni col dritto politico e col dritto privato pag.19.

<sup>25</sup>Come sosteneva Napoleone: "i territori si conquistano con i Marescialli e si mantengono con i Prefetti ! ".

<sup>26</sup> Si pensi alle barriere architettoniche costruite dagli uomini senza pensare ai disabili ed alle azioni positive per la loro eliminazione.

La tolleranza, perciò, trascende la mera partecipazione dal momento che essa deve giustificare persino la **non partecipazione**, per poter radicare il fondamento sostanziale del cd. **diritto di resistenza** ,

La tolleranza si situa come un *prius* logico prima che giuridico rispetto alle distinzioni ed alle ineguaglianze di cui al primo comma dell'art.3 della Costituzione ed occupa, ultimo presidio della ragione umana, il nucleo duro dei **diritti inviolabili**.

La responsabilità del diritto amministrativo viene individuata ed esaltata proprio dal "*compito*" affidato alla Repubblica di presidiare i diritti inviolabili in vista del traguardo della corale partecipazione.

Esso è dunque il diritto che si deve occupare del modo dell'ordinamento giuridico di vivere e reagire agli stimoli della società: cioè quel modo con il quale, per meglio studiare la società, sono state virtualizzate proprio a mezzo del diritto le dinamiche sociali, rendendo in altri termini, i singoli soggetti non sono più solo soggetti sociali ma soprattutto "**anche**" soggetti giuridici.

Per tali motivi il diritto amministrativo è chiamato a regolare i rapporti tra Stato e cittadini: dal momento che lo Stato nasce per soddisfare sul piano concreto almeno alcune delle esigenze dei cittadini e di consentire la realizzazione del progetto individuale (soddisfazione di bisogni e risoluzione di conflitti).

Il Costituente del secondo comma dell'art. 3 guarda con immediatezza proprio al diritto amministrativo, ossia alla sensibilità interpretativa della struttura organizzativa per raggiungere i "soggetti deboli"<sup>28</sup>, continuando in modo innovativo la funzione garantista risalente alla origine dello Stato di diritto e del diritto amministrativo come materia e come "scienza della costituzione".

Tali esigenze costituiscono altrettante aspettative sui **mezzi** di cui il cittadino ha bisogno per affrontare la scelta tra conservazione ed innovazione in funzione della originale "interpretazione" sul futuro (ossia sul suo progetto sociale e politico).

Pertanto il collegamento **Società – Ordinamento - Stato** che sostanzia i cosiddetti Rapporti Costituzionali hanno origine con un Patto Costituzionale, il quale denuncia immediatamente che lo Stato nasce per una libera scelta dei cittadini.

Ulteriore riprova emerge dal fatto che è proprio la società ad eccitare i poteri che l'ordinamento mette a disposizione di tutti i soggetti.

---

<sup>27</sup>TIRTEO insegnò che si poteva fare la guerra anche non impugnando le armi ma una cetra che suonasse canzoni che riusciva a comporre.

<sup>28</sup> Il rinvio all'attività promozionale (non solo) di CENDON, Quali sono i soggetti deboli? Appunti per un incontro di studi, in *Politica del diritto*, 1996, pag.485 e ss. .

Infatti il significato sostanziale dell'art 3 della L. 241/1990, affermando che non può esistere un provvedimento amministrativo che non sia motivato, conferma con immediata e sufficiente chiarezza l'ineludibilità del collegamento alla concreta situazione di fatto come traccia del procedimento anche nella società.

Perciò, l'appartenenza delle Scienze giuridiche al Polo delle Scienze umane e sociali non può non imprimere una particolare connotazione alla didattica proprio perché illumina la funzione del diritto (in generale e, segnatamente, del diritto) amministrativo di un collegamento del tutto originale e totalizzante<sup>29</sup> con la società e con lo sviluppo della storia umana.

A cominciare dalla stessa funzione delle scienze giuridiche che ha il suo baricentro nell'uomo, scoprendo nella logica lo strumento più potente messo dalla natura a disposizione del progresso degli studi di diritto.

Siffatta notazione risulta illuminante in modo del tutto particolare per il diritto pubblico, rispetto al quale è sempre stata determinante la funzione liminale e garantista della prospettiva giusnaturalista.

In secondo luogo la ricomposizione dialettica del sapere in riferimento agli altri Poli conferisce alle scienze giuridiche una concretezza che esalta la particolare destinazione del diritto verso la società, vivificandone e non mortificandone la funzione strumentale.

Ma vi è di più: il continuo rapporto osmotico e pendolare esistente tra i diversi tipi di sapere tende incessantemente a farli confluire con pari originalità nel divenire della società e, soprattutto, nella sua registrazione, cioè, la storia dell'uomo e del suo sviluppo civile.

Allo stesso tempo siffatto fenomeno costituisce la garanzia più sicura della effettiva rappresentazione dei bisogni e degli interessi della comunità umana, radicando per tale via l'importanza della cd. burocrazia rappresentativa nell'ambito del delicato equilibrio tra potere politico ed amministrazione<sup>30</sup>.

Difatti il valore più legittimante del potere democratico ha inglobato nel possesso dei fini anche la necessità di indicare programmi e di raggiungere risultati

---

<sup>29</sup> Il programma o progetto politico appartiene al singolo e/o alle formazioni sociali costituendo la finalità della partecipazione dei cittadini alle diverse organizzazioni (art.3, 2° co, Cost.) consente di coniugare con minore tragicità il problema della astrattezza o indeterminatezza della norma.

<sup>30</sup> Il livello di rappresentazione dei bisogni e delle culture (sogni/futuro) espressi dalla società amministrata è il problema più importante per la classe politica tesa ad incrociare i consensi.

.Ritorna sotto altre vesti l'antico platonico argomento di Trasimaco con la specificazione che il più forte non può che essere il popolo in quanto titolare del potere supremo<sup>31</sup>.

In un contesto di tal genere la nascita di un Corso di laurea risponde sempre ad un bisogno formativo che la comunità trasmette agli organi di direzione suprema : di conseguenza sembra necessario abbozzare un identikit del profilo professionale destinato a scaturire dal nuovo percorso formativo per verificarne l'adeguatezza e saggiarne l'efficienza.

Ma accanto a siffatta esigenza di carattere oggettivo ed astratto si accompagna la necessità di offrire ai discenti la consapevolezza della destinazione di tale percorso anche e soprattutto per far lievitare la motivazione a sopportarne i pesi e le difficoltà.

Ad esempio, la nuova articolazione dei Corsi di laurea in **SCIENZE DEL SERVIZIO SOCIALE**<sup>32</sup> si connota in primo luogo perchè l'amministrazione viene posta al centro dell'attenzione "**anche**" del diritto e non è solamente destinataria inconsapevole di norme che la riguardano nel suo esistere e nel suo operare.

In secondo luogo, la prospettiva di essere trattata come formazione sociale consente all'amministrazione di radicarsi nel sociale, sconfessando quell'aureola di disincantata astrazione e rarefazione che l'asettica immagine weberiana aveva contribuito a creare fino alla estremizzazione<sup>33</sup> degli Stati etici della prima metà del secolo scorso.

L'affermazione, infine, del principio democratico con il secondo dopoguerra obbliga in una certa misura a tentare di ritagliare un posto mediano tra diritto, economia e sociologia ridimensionando la qualifica di "burocratismo" effetto della prevalenza<sup>34</sup> della preparazione culturale di tipo giuridico delle risorse umane presenti nell'amministrazione pubblica – ritenuta il maggiore fattore di disfunzioni e di distanza dal Paese reale<sup>35</sup>.

D'altra parte, un Rapporto di ricerca realizzato dal FORMEZ<sup>36</sup> per analizzare "i percorsi di concertazione, i contenuti e gli esiti degli interventi formativi che le Università

---

<sup>31</sup> L'assoluta prepotenza di un siffatto argomento è ribadita da G.U. RESCIGNO per il quale rimane tuttora valido che l'affermazione "del principio per cui chi è più forte nei rapporti tra gli Stati fa quello che gli pare, e, data questa regola, non può esistere nessun'altra", in Riflessioni di un giurista sulla guerra e sulla pace, in Quaderni costituzionali, a. XIX, n. 2 agosto 1999 pag. 378 .

<sup>32</sup> D'altra parte il Corso di laurea di Scienze del Servizio sociale, ad esempio, si specifica innanzitutto per la netta predominanza dei contenuti professionali specifici della categoria caratterizzati dalla fusione degli apporti teorici della Sociologia, delle Scienze giuridiche e di quelle economiche a favore di operatori utilizzati per l'esercizio professionale dell'amministrazione sia pubblica che privata

<sup>33</sup> A dirla con il poeta Giusti " strumento cieco di occhiuta rapina" .

<sup>34</sup> Il collegamento/dipendenza con il principio di legalità dovrebbe essere di tutta evidenza adeguato a spiegare, se non proprio a giustificare, siffatta situazione

<sup>35</sup> Va ricordato a questo punto che l'esaltazione del modello privatistico sembra consacrare in una qualche misura la sconfitta della rivoluzione del metodo iniziata con Orlando: su cui supra.

<sup>36</sup> La ricerca commissionata dal Dipartimento della funzione pubblica è del 2002 .

italiane hanno compiuto e stanno realizzando a sostegno dei processi di riforma della Pubblica Amministrazione”, ha focalizzato l’attuale panorama nel quale “gli atenei assumono la funzione di fornitori specializzati di prodotti-servizi ad elevato contenuto di conoscenze per organizzazioni pubbliche che sono chiamate a governare il cambiamento “ mentre le amministrazioni divengono per le università un “quasi mercato” e la loro domanda “pagante” può compensare la consistente riduzione dei finanziamenti pubblici e il trasferimento di oneri che prima erano di competenza ministeriale ”.

Il rapporto sinergico tra istituzioni e mercato - che non sono più connotati da una sorta di separatezza quando non proprio antagonismo – fa ancora una volta leva sulla formula “Stato di diritto” della cui elasticità si era dubitato in relazione alla cd. azione sociale<sup>37</sup>.

Si apre, in tal modo, uno scenario del tutto originale ed impervio<sup>38</sup> dal momento che lo strumento ordinamentale è chiamato a fronteggiare un insieme problematico certamente inaspettato e del tutto disomogeneo rispetto alla logica coerente con valori le cui caratteristiche stabilizzate costituiscono l’orizzonte pressoché totalizzante dell’ordinamento giuridico stesso.

Pur tuttavia, l’agire giuridico è riuscito a modulare una logica, nata dalla **tolleranza** che è propria del principio democratico, che non solo è riuscita a metabolizzare il proprio cambiamento, ma ha consentito di approntare strumenti interpretativi e di azione utilizzabili proprio in assenza della certezza e della sicurezza tipiche dell’ordinamento giuridico.

Lo Stato del rischio, d’altra parte, richiede la formazione di una nuova professionalità che unifichi le competenze in materia di sicurezza fisica e finanziaria, aggiungendovi lo studio degli indici di studio riguardanti le **strategie organizzative**, ossia la costruzione di modellini circa possibili scenari futuri nei quali la P.A. è chiamata a misurarsi.

Di conseguenza la comprensione e la valutazione dell’attività amministrativa si sono spostate dalla visione puntuale e particellare del provvedimento a quella comportamentale e strategica che si evidenzia attraverso il monitoraggio e si misura soprattutto *in progress* con i risultati.

---

<sup>37</sup> Vedi supra nota 7 .

<sup>38</sup> L’incertezza che accompagna sempre le innovazioni organizzative ha subito una accelerazione esponenziale dalla insicurezza che ha investito tutta la società in seguito ai fatti di terrorismo.



D'altro canto l'Unione Europea esige di delineare caratteri dell'amministrare in grado di essere utilizzati con pari effettività sia in Paesi ad ordinamento amministrativo scritto che a quelli di *common law*.

Innanzitutto occorre identificare la nozione di amministrazione pubblica prima di enucleare i valori chiamati ad essere tutelati dall'apparato ordinamentale ed organizzativo in presenza della già evidenziata situazione di rischio, tenendo presente che la individuazione e definizione delle condizioni dei soggetti sono state da sempre l'oggetto e lo scopo del diritto (poiché solo l'azione umana può rientrare tra i " fatti " inquadrabili in una norma giuridica).

Di conseguenza, poiché la convivenza sociale rimane costantemente sospesa tra una previsione ordinata e programmata delle attività umane da una parte e l'affermazione del senso individuale di qualità della vita e di giustizia nei rapporti tra i consociati dall'altra, la formula dello Stato di diritto fin dal suo nascere ha sentito il fascino ed il condizionamento dell'attività sociale<sup>39</sup> alla quale *naturalmente* si sentiva indirizzata e dalla quale *razionalmente* veniva allontanata, pena una sostanziale mutazione della sua natura e della sua funzione, inscindibili dalla astrattezza dello strumento normativo.

Il principio di legalità nel mentre ha segnato da una parte, per così dire, i confini dell'ordinamento giuridico, dall'altra ha dovuto occuparsi delle modalità di trattamento di tutto ciò che poteva rientrare nel mondo giuridico, di solito consistente in dati (trasformati in) *emozioni*<sup>40</sup>, capaci di infondere nell'individuo quella *energia* (che muove la volontà) alla quale convenzionalmente viene attribuito il nome di *potere*<sup>41</sup>.

Difatti il "compito" assegnato dal secondo comma dell'art.3 della Carta costituzionale impone di tenere presente un rapporto con ciò che è (ancora) fuori dall'ordinamento e che, anzi, viene qualificato come un "ostacolo" per la realizzazione dei fini propri dell'ordinamento giuridico.

Mentre in riferimento ai singoli la dinamica **emozione – potere - volontà** appare abbastanza convincente ed adeguata, per quanto attiene alla burocrazia sembra

---

<sup>39</sup> Va ricordato von HUMBOLDT, Saggio sui limiti dell'attività dello Stato cit: particolarmente interessante l'affermazione secondo la quale " lo Stato produce solo uniformità ed omogeneizzazione " con riferimento specifico all'attività normativa.

<sup>40</sup> Si deve a Elton MAYO l'intuizione che il cambiamento notevole nell'atteggiamento mentale del gruppo era il fattore chiave nella spiegazione del mistero di Hawthorne [le ricerche condotte nel reparto assemblaggio di relè della Western Electric di Chicago evidenziarono la crisi della one best way di Taylor e della sua scuola ].

<sup>41</sup> Dalla possibilità di assicurare l'obbedienza di determinate persone a un comando di un particolare contenuto (WEBER) alla produzione di effetti desiderati (RUSSELL, e, da ultimo, LASWELL) il potere è stato classificato sia rispetto ai tipi (carismatico – elitario – religioso – burocratico) sia rispetto ai fini (caos e ordine, pace e guerra).

necessario verificare l'attuale vigenza del tradizionale ricorso alla sequela **canonizzazione interessi – fissazione del fine - attribuzione del potere** .

In particolare, nella ricerca delle cause che possono individuarne il potere, particolare interesse riveste quella elaborata da CROZIER il quale attribuisce la massima rilevanza alla situazione emotiva dell'**incertezza organizzativa**, per il cui dominio il potere burocratico (informato alla conoscenza dei meccanismi reattivi dell'ordinamento) è il più adatto dal momento che esso riesce a stabilizzare la crisi successiva all'esito di ogni conflitto .

A ben guardare il problema investe anche il diritto ed in modo particolare il suo prodotto più importante che è quello di assicurare certezza, anche se solamente virtualizzata, come si evidenzia attraverso l'esplicazione della funzione più emblematica: quella giurisdizionale.

Il famoso brocardo *"Quod non est in actis non est de hoc mundo"*<sup>42</sup> rappresenta al tempo stesso la forza ed il limite del diritto chiamato ad ordinare "fatti", cioè avvenimenti già conclusi.

La ricerca condotta lungo la prospettiva della effettività esige di tener presente fin dall'inizio la presa di posizione evidenziata da Karl SCHMITT attraverso la celebre suggestione/provocazione secondo la quale "il potere consiste nella decisione sull'**eccezione**" .

Il travaglio della definizione della nozione di potere, proprio perché ed in quanto collegata alle emozioni, mostra chiaramente da un lato l'insufficienza dell'ordinamento giuridico a comprendere tutta la complessità delle relazioni sociali che reclamano almeno una giustificazione, quando non proprio una previsione/programmazione nel quadro della costituzione materiale<sup>43</sup>, e dall'altro la necessità di dover costruire l'ordinamento come sistema aperto, nel quale, cioè, possa essere considerata fisiologica addirittura la dialettica Stato/antistato<sup>44</sup> .

Il rapporto appena evidenziato consente di sviluppare altre importanti implicazioni sia sul piano sostanziale che su quello meramente formale.

---

<sup>42</sup> Lett. " Ciò che non è negli atti [processuali] non è di questo mondo ", che significa con immediatezza l'immanente raccordo con la realtà e la funzione probatoria (e didascalica?) del diritto.

<sup>43</sup>La nozione di costituzione materiale risale al MORTATI: la dottrina attuale intende quella che designa " la situazione di fatto dei rapporti tra gli organi fondamentali dell'ordinamento ", BATTINI, FRANCHINI PEREZ, VESPERINI e CASSESE, Manuale di diritto pubblico, Milano 2001 pag.56 contra, BERTI, Manuale di interpretazione costituzionale, Padova 1994, pag.59.

<sup>44</sup> A cominciare sul piano individuale dal riconoscimento del diritto di resistenza fino alla teorizzazioni della rivoluzione di cui si è occupato Santi ROMANO nei Frammenti di un dizionario giuridico.

Quanto al primo va rilevato come tra società e ordinamento non sussista il carattere della omogeneità per la distanza che caratterizza la prima come espressione dell'essere e della storia nel suo farsi e la seconda come costruzione dominata dal dover essere e dalla qualificazione del vissuto e cioè la storia secondo una particolare profilatura<sup>45</sup>.

Ma vi è di più: la mancata omogeneità sta ad indicare la mancanza di identità ed una situazione di non sovrapponibilità, con la conseguenza di obbligare alla ricerca del rapporto che in ogni caso lega la realtà sociale ed il **suo** diritto.

La storia, come si è visto, può costituire il tessuto comune nel quale ricercare siffatto rapporto che già in prima approssimazione può iscriversi a quello della complementarità nella quale si può intravedere la fitta trama di *atti, fatti, interpretazioni* e *comportamenti* che l'ordinamento traduce dal sociale per meglio rispondere alle esigenze ed ai conflitti per i quali la società richiede l'intervento dell'ordinamento giuridico.

Il rapporto di complementarità si scioglie, allora, in un rapporto di strumentalità che lega l'ordinamento alla società cui fa riferimento e si precisa in una serie di corollari indispensabili per la corretta comprensione del fenomeno organizzativo nella sua identità sostanziale<sup>46</sup>.

Innanzitutto la funzione strumentale del diritto se può significare che i fini da raggiungere provengono dalla società, come filtrato attraverso la organizzazione politica (è questo il significato pregnante dell'art.1 della L.241/1990: " l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla **legge**"), non può essere spinta fino ad ipotizzare una sorta di acefalia delle strutture che l'ordinamento appronta per meglio rispondere alle esigenze della società<sup>47</sup>.

Sul punto si può cogliere la radicale rivoluzione dello Stato di diritto rispetto a formule organizzatorie precedenti quali il sistema feudale nel quale il moto discendente della sovranità richiedeva la completa identificazione tra organo e mansioni in quanto più funzionale al rapporto fiduciario personale che teneva legata tutta l'organizzazione.

---

<sup>45</sup> Già il DONATI, Principii generali di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione (appunti a cura di Egidio TOSATO), Padova CEDAM s.d. (carattere simil manoscritto) evidenziava il problema delle leggi sociali tra le quali assumevano grande importanza quelle più squisitamente economiche (pagg. 10-11).

<sup>46</sup> Il profilo formale, inteso cioè, come rappresentazione figurativa è stato significativamente testato dal BENVENUTI il quale con il suo Disegno della amministrazione italiana (Cedam 1996) "apriva" il n.1 della collana di studi da lui diretta (Diritto e amministrazione) iniziata più di trenta anni prima.

<sup>47</sup> Si pone come assolutamente ineludibile allora la ricerca di scoprire in che cosa possa consistere l'autocefalia della P.A. sia in un senso squisitamente soggettivo (responsabile del procedimento?) sia oggettivo (l'individuazione di una riserva di amministrazione o principio di amministrazione).

Difatti la formulazione della teoria delle cd. "élites"<sup>48</sup> e la rottura di tale identificazione<sup>49</sup> segnano la compiuta evoluzione della formula dello Stato di diritto verso l'affermazione delle moderne democrazie dell'Europa continentale anche sul versante dell'apparato burocratico<sup>50</sup>.

In secondo luogo, la relatività storica sia temporale che spaziale dell'ordinamento, derivando da concreti e puntuali *inputs* della società, non esclude la possibilità che l'ordinamento possa essere in grado, se richiesto, di concorrere ad elaborare strategie complessive, proprio perché il sistema, come sopra si è visto, è un sistema aperto<sup>51</sup>.

In particolare la prevedibilità o meno degli stessi *inputs* (*crisi, conflitti, attese, affidamenti, speranze*, etc.) della società apre il vasto scenario della distinzione tra attività *ordinaria*, riferita a quelli previsti (tra i quali quelli che costituivano, secondo la distinzione ottocentesca, le spese obbligatorie) e prevedibili (tra i quali assumono una rilevanza sempre maggiore quelli temuti<sup>52</sup>), e attività **della/nella emergenza**, quella cioè riferita alla *prevenzione* e *assicurazione* (rimozione pericoli incombenti e messa in sicurezza) di quelli non previsti e non prevedibili.

In terzo luogo, il rapporto di strumentalità può assumere la forma di una sequela di rapporti interni, sempre strumentali, collegati tra loro in una catena di tipo scalare "fine-mezzo-fine" che consenta di raggiungere in modo più sicuro l'obiettivo prefissato<sup>53</sup>.

Infine, il rapporto di strumentalità non può escludere che l'apparato organizzativo predisposto dall'ordinamento giuridico non possa essere considerato come componente e fattore costitutivo della stessa realtà sociale, concorrendo anch'esso ad interagire con la

---

<sup>48</sup> MOSCA, Sulla teoria dei governi e sul governo parlamentare, Torino 1884 e Elementi di scienza politica, Torino 1896 e PARETO, Compendio di sociologia generale, Firenze 1920

<sup>49</sup> Per una puntuale dimostrazione, si veda ESPOSITO, Organo Ufficio e Soggettività dell'ufficio, Padova CEDAM 1932., § 10 pagg.25 e ss. .

<sup>50</sup> Esemplare la ricerca di CAPPELLETTI, Burocrazia e società, Milano Giuffrè, 1968 .

<sup>51</sup> La verifica puntuale e positiva si può riscontrare in Costituzione laddove si rifletta sia sulla finalità indicata al comma 2 dell'art.3 che indica nella partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale sia sulla circostanza che il rapporto di fiducia che lega, legittimandolo, il Governo al Parlamento si sostanzia in un mero riscontro numerico senza riferimento al contenuto di un programma di azione: rimane da esplorare in tutta la sua complessità il rapporto tra politica e burocrazia, su cui infra.

Sul piano più generale la dottrina ha puntualmente evidenziato come la mancata indicazione di un vero e proprio target, tipico degli Stati cd. etici, possa essere considerata come la spia più importante per illuminare la democrazia di uno Stato a sovranità (globale e perciò) popolare.

<sup>52</sup> Si riferisce al ruolo di "shooting troubles", CASSESE, La funzione consultiva nei governi moderni, in Scritti in onore di POTOTSCHNIG, pag. 350.

<sup>53</sup> La gerarchia delle fonti e la pedissequa gerarchia degli interessi traducono, in definitiva, la realtà di rapporti tra fini più generali rispetto ai quali possono essere posti fini strumentali, tali, cioè da potersi assumere come mezzi per poter più agevolmente raggiungere i fini più generali: è sospettabile che siffatto meccanismo possa tradursi pari pari sul pieno organizzativo [ su cui infra ] .

società evidenziando esigenze e conflitti specialmente in quelle congiunture storiche normalmente etichettate come caratterizzate dalle cosiddette *crisi del diritto*<sup>54</sup> .

La *storia*, come baricentro di tutti gli interessi comune sia alla società che all'ordinamento ed anche come sviluppo logico della memoria dei fatti<sup>55</sup>, consente di cogliere pienamente l'importanza della rivoluzione, operata dal Giannini, in tema di individuazione degli elementi costitutivi dell'ordinamento giuridico.

La rilevanza dell' **organizzazione**<sup>56</sup> al posto del *territorio*, come criterio di assemblaggio dei fatti della società (*conflitti, esigenze, aspettative, proposte*) rilevati come interessi idonei ad avere un "pubblico" riconoscimento ed in definitiva meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, costituisce una vera e propria rivoluzione copernicana<sup>57</sup> ove si pensi che proprio il territorio costituiva il normale (e più importante) parametro di riferimento legislativo soprattutto nella progettazione organizzativa della pubblica amministrazione.

La implicazione sul piano sostanziale è altrettanto notevole ove si ponga mente alla circostanza che i fatti non dovrebbero essere più rilevati in modo alluvionale (secondo la coordinata *tempo*) in relazione al territorio<sup>58</sup> ma sono filtrati e nello stesso tempo qualificati in *funzione* (e, cioè, a *seconda* ed a *causa*) degli *schemi interpretativi*<sup>59</sup> di cui è dotata l'organizzazione **storicamente** esistente, **temporalmente** sollecitata e **politicamente** indirizzata.

<sup>54</sup> Si parla anche di anomala distanza tra Paese legale e Paese reale : in tale caso, come si vedrà più innanzi, sembra più convincente fare riferimento alla esigenza di innovazione e, quindi, di crescita rispetto alla quale alternativamente e reciprocamente si interrogano società ed ordinamento giuridico . Per la visione ottimistica delle crisi come momento di crescita, cfr. LOPEZ de ONATE, di cui supra alla nota 4.

<sup>55</sup> Oltreché come descrizione in chiave giuridica attraverso la giurisprudenza che evidenzia il carattere ulteriore della norma come chiusura del passato proprio nel disporre per l'avvenire come recitano le disposizioni preliminari al codice civile [ " Il processo è la visione dinamica del cimitero della società ", come è stato suggestivamente suggerito in dottrina ]-

<sup>56</sup>Gli elementi degli ordinamenti giuridici, in RTDP 1956 ;l'importanza della intuizione va posta in collegamento con l'Allegato 1 alla Relazione all'Assemblea Costituente contenente una originale proposta redatta dal GIANNINI stesso e da T. BARBARA e riprodotta con il significativo titolo "L'amministrazione per servizi " da CASSESE (a cura di), L'amministrazione pubblica in Italia, Il Mulino 1974, pag. 569 e ss. nella quale si prospettava un modo di organizzare le strutture e l'esplicazione dell'attività diversa da quella ministeriale poi adottata.

<sup>57</sup> Riprendendo quanto scritto da ZENI, Sull'organizzare, in Riv trim.di scienza dell'amministrazione,1983, pag 46 di Elton MAYO che come "Copernico non ha certo cambiato il posto in cielo al sole ed ai pianeti, ma ha egualmente rivoluzionato il modo di vederli, di intenderli nel loro orbitare" l'analogia potrebbe spingersi fino a riconoscere che Giannini ha restituito alla società in chiave giuridica, i.e., l'organizzazione, i fatti che la società civile (comunità dei consociati) ha prodotto per ricevere la risposta dell'ordinamento giuridico che essa si è dato.

<sup>58</sup> A ben guardare il territorio consentiva e costituiva l'impronta centralizzante degli interessi ritenuti rilevanti da un apparato funzionalmente adeguato perché omogeneizzato dallo stesso principio centralizzatore.

<sup>59</sup>Si tratta in buona sostanza dell'abbandono della categoria tempo che costituisce la dorsale della storia dell'uomo descritta appunto secondo il tempo per fare spazio ad una coordinata imperniata sull'uomo e, soprattutto, sul potere colto nel suo significativo valore di interpretazione che l'uomo è capace di intercettare e comprendere.

La già rilevata strumentalità dell'ordinamento trova fondamento e si legittima, appunto, sulla adeguatezza del suo apparato organizzativo che non si propone come un corpo estraneo avulso (o giustapposto, se non addirittura sovrastrutturato) rispetto alla società, ma ne costituisce una componente essenziale come formazione sociale e come il tramite indispensabile per eccitare il funzionamento di tutto l'ordinamento giuridico rispetto alle istanze della società.

Siffatto rapporto di doppia strumentalità consente di cogliere compiutamente il processo ininterrotto di radicamento e di continua autoalimentazione dell'ordinamento giuridico e dell'apparato organizzativo rispetto alla società

Si tratta, in buona sostanza, di un processo circolare "*fatto –norma – fatto*" che ha da sempre consentito, in termini più generali, di dilatare la funzione del diritto dalla risoluzione dei conflitti (*ne cives ad arma veniant*) - in chiave di **certezza** - fino a quella promozionale ed educante.

Di conseguenza si è andato di fatto spostando parallelamente il contenuto dell'amministrare dalla mera esecuzione della legge alla impostazione della *policy making*, nella quale l'ordinamento è chiamato a misurarsi in una arena del tutto nuova perché caratterizzata dalla presenza del rischio<sup>60</sup> come evidenziatore permanente di una sempre possibile situazione di incertezza economica (inflazione/recessione) o politica (ingovernabilità).

Lo scenario dell'apparato organizzativo viene costretto, perciò, ad adeguarsi a visioni strategiche di carattere generale, abbandonando la precedente visione delimitata, siccome cornice, dal provvedimento amministrativo, con le prevedibili conseguenti ripercussioni sul rapporto tra i diversi tipi di "**poteri**" dello Stato.

Difatti una tranquillizzante legislazione puntuale, a volte puntuale e tanto dettagliata fino alle cd. norme-fotocopia, nella quale, però, era palese l'inversione dei ruoli della legge e del provvedimento, lascia il posto ad una normazione che ha bisogno di elasticità ed adattabilità, ed è perciò denominata debole, perché collegata ad una società a trame deboli<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> La cultura del rischio rappresenta l'avanguardia dei più recenti studi in tema di amministrazione: un cenno nelle schede di cui al capitolo secondo.

<sup>61</sup> La riflessione è di TOURAINE, *Le ombre sulla città, che fa ritornare l'eco di TOCQUEVILLE*: "[La democrazia] alla lunga produce più del regime dispotico, fa ogni cosa meno bene, ma fa più cose...in un regime democratico è grande non ciò che fanno i poteri pubblici, ma ciò che si fa contro o senza di loro...non dà al popolo il governo più abile, ma crea ciò che il governo più abile è spesso incapace di creare: diffonde in tutto il corpo sociale un'attività inquieta, una forza sovrabbondante, un'energia che non esisterebbero mai fuori di lei e che, per poco che le circostanze siano favorevoli, posson produrre meraviglie", *La democrazie en Amerique*, I, parte II, cap. IV. .

In definitiva, dal momento che a mano a mano che la normazione perdeva in generalità ed astrattezza l'apparato organizzativo doveva assumere un nuovo ruolo : la necessità di inventarsi un comportamento **strategico** sembra oggi l'imperativo di un'amministrazione che deve tendere a costruirsi volta per volta la cd."regola del caso" attraverso l'interpretazione del fine prescritto dalla norma non più attraverso la norma stessa ma in funzione delle proprie qualità e delle risorse di cui concretamente dispone<sup>62</sup>.

Lo scenario appena descritto viene illuminato dalla registrazione della caratteristica probabilmente più importante dei sistemi democratici a sovranità popolare di presentare come **collante** (oltre il baricentro della storia come prima intravisto) un alto tasso di partecipazione<sup>63</sup> come coronamento del lento ma incessante processo di visualizzazione del potere cominciato con lo smantellamento dello schema dello Stato di Polizia.

L'elasticità della formula dello Stato di diritto (*Rechtstaat*), infatti, come ha consentito fin dall'inizio di rendere visibile il potere (del) sovrano, predisponendo criteri sempre più incisivi di individuazione della responsabilità prima solo ed esclusivamente giuridica poi anche sempre più politica fino alla definitiva affermazione del metodo elettivo della scelta dei governanti a tutti i livelli organizzativi dell'apparato costituzionale, così ha promosso la diffusione di una **cultura** popolare dell' *interpretazione*<sup>64</sup> nella quale si risolve in definitiva il contenuto sostanziale della sovranità .

Infine, il carattere della informatizzazione e della globalizzazione che connotano sempre di più l'agire del singolo e delle sue formazioni sociali richiedono un diverso approccio<sup>65</sup> con le nuove risorse a cominciare dalla rete telematica e dalla cibernetica.

La **Knowledge society** di fatto sta evidenziando l'emersione e la progressiva affermazione di due tipi di sapere: un sapere quantitativamente ampliato e sempre più diffuso ed un sapere sempre più concentrato in pochi altamente specializzati<sup>66</sup> .

---

<sup>62</sup> Il problema dell'equivoco tra efficacia ed efficienza rappresenta con ogni probabilità la scommessa più impegnativa dell'amministrazione contemporanea: ma su ciò infra .

<sup>63</sup> La legge 241/90 ha prescritto la partecipazione anche sul piano amministrativo nel procedimento attraverso la nuova gestione delle informazioni incentrata sulla trasparenza da un lato e sul diritto di accesso dall'altro.

<sup>64</sup> Senza dubbio la rimozione legislativa della visione autoritativa del provvedimento operata dalla L.241/90 e l'elisione da parte del giudice costituzionale della validità generale del principio " ignorantia legis non excusat " lasciano intravedere un diverso ruolo del cittadino e, soprattutto, un diverso rapporto con una nuova amministrazione .

<sup>65</sup> Fondamentale e di agevole comprensione è SUSSKIND, *CAPIRE LA TECNOLOGIA LESSICO delle creazioni e Carta dei doveri*, Armando editore 1973

<sup>66</sup> NACAMULLI (a cura di) *La formazione, il cemento e la rete. E-learning, management delle conoscenze e processi di sviluppo organizzativo*, ETAS 2003

## **Ueberlegungen zum Einfluss der Flexibilitaet auf die Ethik in der heutigen kapitalistischen Gesellschaft, insbesondere auf die persoenlichen Beziehungen<sup>1</sup>**

di Elena Cuomo<sup>2</sup>

Die aktuelle Form des Kapitalismus ist ein sehr wichtiges und interessantes Phaenomen: es eroeffnet neue philosophisch-politische Debatten ueber Kategorien wie Macht, Autoritaet, Sovranitaet, Demokratie und Totalitarismus, Gesellschaft, Geselligkeit und Mensch an.

Heute moechte ich vor allem auf diese zwei letzten beziehn und ueber die polithischen Konsequenzen des sogenannten Finanzkapitalismus und zwar ueber dessen ethische und soziale Auswirkungen, die einen starken Einfluss auf das Subjekt haben und dadurch auf die ganze Gesellschaft, besonders durch die Art und Weise der Geselligkeit.

Ich werde mein Gespraech auf verschiedene Punkte artikulieren.

1. Angesichts des grossen allgemeinen Interesses am Wirtschaftswunder, das gerade in China statt findet und Angesichts der Rolle die es als Entwicklungsmodell hat und haben wird, haben sich mir viele Fragen gestellt, auf die in der Literatur Antwort gesucht und zum Teil auch gefunden habe.

Auf viele haben auch Sieselbst schon mit historischen, oekonomischen und juristischen Argumenten, geantwortet; die Frage die mir noch offen bleiben sind die noch den positiven oder negativen politischen Nebenwirkungen, die ein solcher Prozess mit sich bringen koennte

Im XIX Jahrhundert wuerde sowohl in China als auch im Welt ueber diese Probleme nachgedacht. In der westlichen Laendern diskutierte man die gute oder weniger gute Seiten des Individualismus und des Autonomwerdens des Individuums als Konsequenz des Kapitalismus. Man fragte sich, ob diese Merkmale der kapitalistischen Zivilization auch fern Asien infieziert habe und ob es moeglich sei ein solches Modell auch ohne diese Nebenwirkungen zu importieren. In China fragten sich die damahlige

---

<sup>1</sup> Dieser Text ist die erste Bearbeitung meines Vortrag an der internationale Tagung der am Januar 2005 in Peking statt findet, hrf. prof. Eugenio Clini , in einer Zusammenarbeit von der Federico II Università degli Studi di Napoli, Facoltà di Scienze Politiche und der Peking II Universitaet.

<sup>2</sup> Ricercatore di Filosofia Politica e Docente di Simbolica Politica, Facoltà di Scienze Politiche, Università degli Studi di Napoli Federico II - nel sito della rivista è consultabile on line la traduzione in italiano



Intellektuellen ob es moeglich sei die Function des Kapitalismus zu importieren, ohne aber sein Wesen zu adoptieren<sup>3</sup>.

Ich persoendlich erlaube mir nicht, direkt zu fragen, welche Konsequenzen im sozialen und politischen Sinn die Metabolisierung dieses Erneuerungsprozesse verursacht hat und noch verursachen werden kann. Wir in Europa versuchen noch zu verstehen was uns eigentlich passiert ist und noch passieren kann als Gesellschaft, in der man ein fremdes oekonomisches Modell importiert hat.

Dieses waeren aber Fragen fuer Politiker und Historiker.

Viel haengt von der jeweiligen Geschichte eines Landes ab und davon, wie stark die Wurzeln der kollektiven Identitaet sind. China hat ein Modell importiert, aber doch selbst neu interpretiert bis zum dem Punkt dass viele denken, es sei ein eigenes Entwicklungsmodell geworden.

Europa hat im Moment grosse Identitaetsschwierigkeiten und sollte eine Antwort finden, die ueber die juristische Form und oekonomische Struktur hinaus geht<sup>4</sup>.

Da ich mich mit politische Philosophie beschaeftige, frage ich mich lieber teoretisch, wohin es fuehrt, wenn eine gegenwaertige Gesellschaft ein fremdes oekonomisches Modell uebernimmt und wohin das Absorbieren und das folgliche Metabolisieren der entsprechenden Ideologie fuehrt.

Ich moechte, aber unterstreichen dass: Ideologie hier nicht unbedingt im Sinne Karl Marx verstanden werden sollte; sondern eher im Sinne von Berger als oekonomischer Kontekst, als wirtschaftliche Zivilization<sup>5</sup>. Wie bekannt ist, findet Peter L. Berger einen Mittelweg zwischen dem marxistischen Paradigma und der Modernisierungstheorie. Aus dieser Perspektive, sieht Ideologie, dann mehr aus wie der Boden in dem eine Pflanze gepflanzt werden kann und von dem sie sich ernaert.

Zu diesem Begriff von oekonomische Zivilization gehoert die These, dass der Kapitalismus ein historisches Phenomen ist, das ueber einen langen Zeitraum und verschiedenen Stufen der menschliche Gesellschaft eine neue oekonomische Organization gegeben hat. Jeder Phase des Kapitalismus in einer bestimmnten Gesellschaft entsprach eine bestimmte Form der Produktion, Handelsverkehr und schliesslich des Profits und der finanzielle Vorteile. Jede Phase, aber, waere in die Richtung der Bildung der Autonomie

---

<sup>3</sup> Vgl. Joseph Levenson, *Confucian China and its Modern Fate*, Berkeley 1965, SS. 59 ff, in P. L. Berger, *La Rivoluzione capitalistica* a. a. O., S. 210 ff.

<sup>4</sup> Vgl. Giulio M. Chiodi, *Europa, universalità e pluralismo delle culture*, Giappichelli, Torino 2001.

<sup>5</sup> Vgl. Peter L. Berger, *The Capitalist Revolution, Fifty Propositions about Prosperity, Equality and Liberty*, Basic Books, New York 1986. Trad. it. di Attilio Trentini, Peter L. Berger, *La rivoluzione capitalistica, prosperità, uguaglianza, libertà*, Sugarco ed., Milano 1992. S. 68 S. 70.

des Individuums gegangen<sup>6</sup>. Giorgio Galli hat gesagt dass "die Kultur der Autonomie des Individuums" bei Berger „eine essentielle Teil der kausalen Verkuepfungen sei, durch die die menschlichen Wesen geschmiedet werden“<sup>7</sup>

2 Die spezifische Literatur ueber diesen Finanzkapitalismus ist nicht zu zaehlen<sup>8</sup>. Oekonomisten, Juristen, Soziologen und politische Philosophen haben genau die Instrumenten, um die eben genannten Mechanismen zu beschreiben und auch kritisch zu analysieren. Was ueberall anerkannt ist, sind die starken Vaenderungen, die im Gange sind und die dem Finanzkapitalismus ein neues Gesicht geben. Welches Gesicht er annehmen wird ist noch unklar, was aber fuer den Beobachter beeindruckend ist, ist das allgemeine Merkmal der Unsicherheit: Anpassungsfaehigkeit, Unbestaendigkeit, Flexibilitaet sind die Woerter, die die neue Art und Weise des Kapitalismus zu bestimmen scheinen.

Schon am Ende des Neunziger (1997) Jahr hat Lester C. Thurow, im Rahmen seiner ziemlich optimistische Vermutungen ueber die Zukunft des Kapitalismus, von „punktiertem Wirthschaftsgleichgewicht gesprochen“, so wie er auch Notwendigkeit betont hat, sich den neuen Verhaeltnissen und Beduerfnissen anzupassen. Neuen Beduerfnissen die aus der Verschaerfung der dem Kapitalismus eigenen Probleme herruehren; wie zum Bei Spiel der Unbestaendigkeit und der Neigung Ungleichheiten zu schaffen. Thurow hat auch weiter von neuen Schwierigkeiten geschprochen in Bezug auf gleichzeitigen Anwesenheit der modernen Technologie als auch der Abhaengigkeit vom menschlichen Kapital. Was er ausserdem unterstrichen hat, sind die starken Auswirkungen der Ideologie neben denen der Technologie.<sup>9</sup>

Ohne auf die wirtschaftlichen Hintergrunde einzugehen, moechte ich, vom diesem Autor ausgehend, die Auswirkung des ideologischen Kontextes auf die Debatte betrachten; aber, hauptsaechlich, welche besondere Art der Aufmerksamkeit dem Menschen gewitmet wird; dem Menschen als Erfinder, Hauptdarsteller und Empfaenger

---

<sup>6</sup> Vgl. P. L. Berger, *La rivoluzione capitalistica*, a. a. O., S.113 ff.; S. 131 ff.; S. 182 ff.

<sup>7</sup> Vgl. Giorgio Galli, Introduzione a, P.L. Berger, *La Rivoluzione*, a. a. O., S.10.

<sup>8</sup> Nur als bei Spiel, Vgl. Marco Revelli, *Economia e modello sociale nel passaggio tra fordismo e toyotismo*, 1995; und Winfried Ruigrock und Rob van Tulder, *The Logic of International Restructuring*, 1995; beide in Riccardo Bellofiore, *Dopo il fordismo cosa? Il capitalismo oltre i miti*, in "parolechiave", n. 14/15, Donzelli, Roma 1998.

<sup>9</sup> Lester C. Thurow, *The Future of Capitalism*, 1996, trad. ital. di Elena Recchia, *Il futuro del capitalismo*, Mondadori, Milano 1997, S. 304 ff.

des Produktionsprozesses dem Menschen, der sich in menschliches Kapital verwandelt.<sup>10</sup>

Eben so, möchte ich in Erinnerung bringen, dass das Merkmal der Unbeständigkeit nicht im ökonomischen Sinn, sondern in seiner unmittelbaren Bedeutung des Fehlens sicherer Anhaltspunkte, auch im räumlichen Sinn, diese aktuelle Phase des Kapitalismus in ihrem tiefsten Bedeutungsgehalt zu bestimmen scheint.<sup>11</sup>

Nach Bellofiore, wird auch das Finanzierungsprozess eine Abstrahierungsprozess des Kapital, der sich auf diese Ebene besser an eine stärkere Flüssigkeit und Beweglichkeit eignet.

Also, Unbeständigkeit, Beweglichkeit des Finanzkapital, Anpassungsfähigkeit, Beweglichkeit und Flexibilität des Mensch-Kapital! "Die Globalisierung des Kapital sieht so es aus wie es die riesige Tausendjährige Traum von eine gemeinsame Heimat des Menschheit realisiert hätte!" dadurch hätte sie "die Menschheit der unüberwindliche Omnipotenz eines jeder Geselligkeit zerstörendes Kapital entzogen!"<sup>12</sup>

Trotzdem, diese epochale Wendung hat mitgebracht tiefe und radikale Modifizierungen in Art und Weise des Arbeitsauffassungen und dann im Leben der Leute!

Schon lange her diskutiert man über positive und negative Aspekte des Flexibilität-Kapitalismus. Obgleich, in Europa, nur um ein anerkanntes bei Spiel zu zitieren, seit einige Jahren die Aufmerksamkeit des Europäischen Rat ist gerichtet auf die Plage der Arbeitslosigkeit zu beheben und auf es zu tun nach die formulierte Wünsche von einer koordinierten Rationalisierungs-Strategie, inspiriert an Flexibilitäts- und Modernisierungs-Kategorien, in deutlicher Abstimmung mit der ökonomischen Kontext des dominanten Modells.<sup>13</sup>

Jenseits, aber, den europäischen Institutionen Dokumente und den zuständigen Institutionen von den Staaten Teilnehmern, die bei anderer Gelegenheit zu diskutieren sind und woran ich mich beziehen nur als empirische Gegebenheit, was ich heute auf ihre Aufmerksamkeit anbieten will, sind, aber, die Einflüsse der Mobilität und der Flexibilität als Merkmale dieses Kapitalismus auf die subjektive Wahrnehmungen der Realität; das heißt, die Konsequenzen über den Subjekt als Mensch und dadurch, unmittelbar über

<sup>10</sup> Vgl. Lester C. Thurow, *The Future of Capitalism*, a. a. O., S. 354.

<sup>11</sup> Vgl. Riccardo Bellofiore, *Dopo il fordismo cosa?* A. a. O., S. 214 ff.

<sup>12</sup> Ebd.

<sup>13</sup> Vgl. *Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo sull'occupazione*, Luxemburg, 20/21 novembre 1997; Vgl. § 2; Vgl. § 69-71; e *Raccomandazione del Consiglio sull'attuazione delle politiche degli stati membri in materia di occupazione*, (Commissione delle comunità europee), Bruxelles 2003.

den Subject als Teilnehmer der Gesellschaft, als Lebensnerv der Geselligkeit. In diesem Sinn Geselligkeit heisst praktisch die Art und Weise von Menschen die in einer polithische Gesellschaft miteinander zu tun haben, was sehr polithisch pregnant wird, wenn man an die Tatsache denkt dass Buerger die waelhen und Arbeiter die produzieren nicht nur Zahlen im Statistiken sind, sondern anthropologisch bestimmt sind.

Anders gesagt: die Wirtschaftsform der Welt hat sich sehr schnell geandert. Es geht auch um Machtstrukturen und juristischen Fragen. Im westliche Laendern, versuchen die Ruinen von Staaten staendig diese Prozess zu folgen auch durch sehr tiefe Debatten und Ernuerungen des Staats- und Privatsrechte; die Netzte der Menschenbeziuhngen hat sich veraendert, die Sitten und die Schprachen aendern sich flussieger als sonst: immer mehr Leute sind aber orientierungslos und unzufrieden, sie versuchen die ganze Zeit schnell sich an der neues Ordnung anzupassen. Man hat meistens die Ueberzeugung dass die neue Arbeitsorganizazion mit seiner Geschwindigkeit ein grosses Schritt weiter vom Wohlleben-Zustand-Gesellschaft sei. Sind die Menschen meistens, aber, unglueck!<sup>14</sup> Privatbeziuhngen schon lange kaputt gegangen. Familie als Einheit der Gesellschaft schon zerstoert oder verschwunden; oft verzicht sich die Produktivitaet nachdem mann Spitze der Karriere gemacht hat, oder wenn man es nicht geschafft hat, weil einfach man keine Entusiasmus fuer seine eigene Beruf mehr hat! Aggressivitaet gibt sich nicht nur maistens auf die Ebene der Arbeitslosigkeit: es ist einfach das neue Code der Geselligkeit!

Man kann, klar, gar nicht alle Schwierigkeiten und Probleme zur neue Form des Kapitalismus imputieren. Man kann doch sich fragen warum die Idaentaeten kaputt gehen! Erstens subjektive Idaentaeten, dann, was wichtiger im polithisches Sinn scheint zu sein, kollektieven Identitaeten.

Was anerkannt wird, ist die Natur des Phenomen Kapitalismus an der das Prozess Individualisierung gehoert.<sup>15</sup> dadurch wird es an der Subject moeglich seine Stelle in der Gesellschaft zu aendern: dazu gehoeren persoenliche Befreiung und Selbsterfolg, Gleichheit als Moeglichkeit...wie kann man dann sagen das die neue Form die Identitaeten zerstoert?

Ich werde versuchen zu demonstrieren dass, das alltaegliches Leben von neues Form des Geschwindigkeits-Kapitalismus-ArbeitsCivilizazion so stark modifiziert wird das

---

<sup>14</sup> Nur als bei Spiel Vgl. Mario Biagioli, Emilio Reyneri, Gilberto Seravelli, *Flessibilità del lavoro, coesione sociale e diseguaglianze*, in "Stato e mercato", 2/2004.

<sup>15</sup> Vgl. P. L. Berger, *La Rivoluzione*, a. a. O., S.131 ff.

es auf die innerliche Zeit- und Raum-Wahrnehmungen tief wirkt; und dass heisst eine ganz andere Welt von Geselligkeit. Dass heisst eine andere Wahrnehmung der Subjekt von sich selbst und von sich selbst mit den anderen in der Private aber auch in der Oeffentlichkeit. Was weniger betoent wird ist genau die private Sphere, die fuer die Politik gar nicht nur ein Nebenbei ist.

Je, Familie war traditionell ein schwearpunkt in viele Societaetstheorien und zwar von TradizonsAnsicht.<sup>16</sup> Es war oft im natuerliches Sinn als Grundstruktur der menschliche Gemainschaft, in der mann die erste Linie seiner Beduerfnisse erfuehlt,<sup>17</sup> aber auch bei vielen Autoren das geringere geschuetztes Ort in dem mann Autoritaetsprincipien, Regeln und ethische und culturelle Vorfarens-Erbe trifft und zu respektieren lernt! Heute nach die Aenderungen der Gesellschaft, kann man es nicht mehr es so stark aussagen: Familie wurde schon vom breitere Kategorie des Behziuhngen ueberholt, nicht nur als ideales Ort wo man sich ernaeht, aber auch wo man die grundregeln um mit den Anderen zu tun zu haben lernt also genau wo man an einer polithische Gesellschaft mitzuteilen lernt.

Heute ist auch die ganze Ebene der Behziuhngen zerstoert durch unsere neues Lebensstil. Unsicherheit und Geschwindigkeit die von dieser Finanz-Kapitalismus nur als oekonomisches Kategorien gedacht waren haben so tief gewirkt dass unsere Realitaetsansicht anderes geworden ist: die Wahrnehmung unsere Sein im Leben und in der Geschichte hat sich geaendert durch eine neue des Zeit- und des Raums-Anhaltspunkte.

Es ist kein Wunder dass schon im XIX Jahrhundert China sich fragte ob moeglich waere die Function der westliche technische Zivilisation importieren ohne, aber, die Art und Weise, die im Text Wesen genannt wird und zum *chi* assimiliert wird; anders gesagt China hatte schon damals das Problem klar sich versuchen zu sparen die ethische und polithische Konsequenzen von einer solche Ideologie oder Zivilization mit der das Kapitalismus geknopft ist<sup>18</sup>.

2. Ich komme zum zweites Punkt, und zwar an was an Subjekt angeht, genauer was mich im Sinne der Politik jetzt besonderes interessiert! Es wird auch in der Soziologie viel ueber Subjektskrise gesprochen: es haengt nicht nur an die Schwierigkeiten, die das

---

<sup>16</sup> Vgl. Bertrand de Jouvenel, *La sovranità*, Giuffrè, Milano 1971, Enzo Sciacca Hg.

<sup>17</sup> Zur Punkt sehr interessant ist die Thorie von Louis- Claude de Saint-Martin. Vgl. Elena Cuomo, *Il sovrano Luminoso, la filosofia politica di L.C. de Saint-Martin*, Giappichelli, Torino 2000.

<sup>18</sup> Vgl. Joseph Levenson, *Confucian China and its Modern Fate*, Berkeley 1965, Ss. 59 ff.

Kontext anbiert, sondern auch an sehr einfache Erlebnisse die man im Alltags erlebt wie Arbeit, Beziehungen, Familie, Freundschaften, Gebäuden, Strassen, Verkehr, Autos oder andere Technologien, usw.<sup>19</sup>

Unter diese Beispiele koennte man schon drei gruppen unterschieden: was an Menschen angeht, was an Dinge oder an Tatsachen angeht. Und alle wuerden an Raum- und an Zeit-Wahrnehmungen zurueck zu fuehren, als Wirkungen auf die Psyche. ich moechte mich lieber auf Tatsachen concentrieren und genau auf was an Arbeit angeht.

In der Moderne hat man seine eigene Identitaet selbst gebaut in einer sehr komplexe Beziehung und Vergleich Innen-Aussen; das hat man aber in einer solide Kontext gemacht. Oft waren die Zeit schwierig, man hat Hunger gehabt oder sich gefriert. Zwei Koordinaten haben, aber, Jahrhundertsslange bestimmt: Zeit und Raum.

Man hat sich im Fluss der Geschichte gespuert, in einer geordneten Gehen des Alltags vom Gestern durch Heute nach Morgen; einiege haben es als Gesetz des Zeit genommen, andere wusten dass es nur ein bequemer als ob waere, trotzdem es hat ihre Leben in einer bestimmtes Ort skandiert. Ja, Ort: dass heist Land wo man geboren ist, wo ihre Kindern auch geboren sind, wo die Vorvaren gestorben sind; oder ist oft das Land die ich fuer immer verlasst habe um es ein Neues mir auszusuchen; es wurde dann ein unbekanntes Land das mir ernaeht, nachdem die ich es gefunden habe und gearbeitet habe. Es wird mein Ort, mein Raum, wenn ich, aber, Zeit dort erlebt habe, nachdem ich gearbeitet habe, nachdem meine Kindern dort geboren oder aufgewachsen sind, nachdem ich dort mein VorvarensKultus besucht habe! Die menschliche Wahrnehmung der Geschichte war eine sehr solide Beziehung inzwischen Zeit und Raum!

Heute, durch die Pregnanz der Geschwindigkeit und der Beweglichkeit, sind die Koordinaten Zeit und Raum unsicher geworden und es sieht so aus wie sie nicht mehr so wichtig waeren! Welche subjektive und dann kollektive ethische Konsequenzen bringt es mit?

Die aktuelle Form des FinanzKapitalismus implieziert diese Geschwindigkeit-Civilization im Rahmen des Arbeits.

Im xv Jahrhundert in England "Flexibility" hat die Bedeutung des Fahigkeit eines Baum wetterbestaendig zu sein.<sup>20</sup> Spaeter, am Anfangs der Moderne, Philosophen wie Locke und Hume haben sich ueber diese Fahigkeit im Bezug des Ich gefragt und haben

---

<sup>19</sup> Als erste bei Spiel, im Bezug Arbeit, Vgl. Richard Sennet, *The Corrosion of Character, The Personal Consequences of Work in the New Capitalism*, New York – London 1999, Trad. ital. di Mirko Tavosanis, *L'uomo flessibile, le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Feltrinelli, Milano 2003.

<sup>20</sup> Vgl. R. Sennet, *L'uomo flessibile*, a. a. O., S. 45.

die Beziehung Innere - Aussen betont.<sup>21</sup> Im Lauf des Kapitalismus-Entwicklung dieses Wort hat verschiedene Betonungen bekommen bis wann John Stuart Mill in einer engen Beziehung Öffnung zur Änderung und persönliche Freiheit gestellt habe.<sup>22</sup> Im diesem Sinn wurde in der aktuellen Phase die Geschwindigkeit gedacht? Unsere Zivilisation erzählt sich noch es erfunden zu haben um die persönliche Freiheit zu potenzieren, im Widerstand zu einer übertriebene Machtszentralisierung. Leider, Geschwindigkeit heute heisst ein neues Machts- und Kontrollsystem der, kann man sagen, drei breitere Merkmale hat, und zwar: a) Institutionen-ständige- Wiederentdeckung; b) Produktions-flexible- Spezialisierung; c) Machts-Konzentration ohne Zentralisierung.<sup>23</sup>

Es wäre schon genug um zu sagen dass die Netz der politische Gesellschaft von einer prozessordnunglich Bürocratisierung ( *burocrazia procedurale*) bestimmt ist. Es impliziert eine falsche Modalität der Sozialisierung, wenn es die Orte des Machts entpersönlicht und unsichtbar macht. Werden so die einzelnen Entscheidungen Akte jeglichen Sinn abgesprochen, während die Prägnanz und die Verantwortlichkeit auf einen Verwaltungsaktesfolge verschoben werden. Das heisst, nach Chiodi, die Zerstörung des Staates und der Gesellschaft, die um die Werte wie Müssen und Sollen und Verantwortlichkeit des Einzelnen gebaut ist.<sup>24</sup>

Man kann schon mit Sennet sagen dass " die heutige Änderung nach Flexibilität versucht die Institutionen entgeltlich und unwiderruflich zu bilden, damit die Gegenwart gegenüber die Vergangenheit zusammenhangslos wird".<sup>25</sup> Also das Wort ist Zusammenlosigkeit! Die klare Beziehung inzwischen wo und wer etwas entschieden oder gemacht werden muss ist nicht mehr gültig; so auch die Zeit das man dafür braucht ist es unsicher geworden. Auf dieser Ebene, Geschwindigkeit wird Zeit aus dem Raum gelöst; und das nicht nur im Sinn Bürocratie, aber was wichtiger ist, im Sinn radikale Wendung der Form der aktuellen Macht im Bezug Vergangenheit.

So, das Kontext in dem der Subject lebt, anders gesagt die Geselligkeit dieser unordentlichen und chaotischen Gesellschaft ist von Autonomisierung der Zeit und Raum jenseits. Das Mensch dadurch ist es, aber, nicht freier geworden!

Die neue Arbeitstheorie führt den Arbeiter in einer Welt in dem die Zeit die er beruflich verbringt keine richtige Bedeutung hat: er kann zu Hause an P.C. erledigen

---

<sup>21</sup> Vgl. John Locke, *Saggio sulla conoscenza umana*, Bd. I, Laterza, Bari 1951, pagg. 465 f. Vgl. David Hume, *Trattato sulla natura umana*, in *Opere Filosofiche*, Bd. I, Laterza, Bari 1978, S. 264.

<sup>22</sup> Vgl. John Stuart Mill, *Trattato di Economia politica*, in R. Sennet, *L'uomo flessibile*, a. a. O., S. 46.

<sup>23</sup> Vgl. R. Sennet, *L'uomo flessibile*, a. a. O., S. 46 sg e S. 54.

<sup>24</sup> Vgl. Giulio M. Chiodi, *Tacito dissenso*, Giappichelli, Torino 1990.

<sup>25</sup> Vgl. R. Sennet, *L'uomo flessibile*, a. a. O., S. 47.

was er muss oder kann er irgendwohin in der Woche oder am Tag schiecken werden. Solche Lage koennen auch sehr angenehm werden, ueberhaupt fuer ein Jueng. Doch wenn das ganzes Leben davon bestimmt wird, lernt man schon seine Zeit als zusammenlos zu denken; als Schutzstrategie oder einfach um eine bessere Behziuhng mit dem eigenen Gegenwart zu haben, versucht man sich vom Vergangenheit geloest zu sein und in seinem Heute sich zu concentrieren um es besser zu erfuellen.

Die gemeinsame Ideologie sembra raten nur auf sich selbst zu rechnen und zwar auf die eigene Anpassungs-Kraefte und Faehigkeiten, vielleicht genau um die Fehler der (Un)Bindung an Menschen, Oerte, Aufgabe zu unterstuetzen.

Es impliziert, aber, zwei unmittelbare Konsequenzen im persoenliches Leben von jeder: die erste ist die Faehigkeit die alltaegliche Ungewissheit des Arbeits aufzunehmen. (Oppure: die Faehigkeit im ungewissen zu bleiben), sowohl als Beruf dass als Aufgabe und Ort und Zeiten von der Erfuellung davon; die zweite heisst ein Sinken des Interesse an alle menschliche Behziuhngen auszutiefen. Wenn man, in der Tat, das relational schema gelernt hat, wenn es nicht an einere tiefere und radikalere ExistenzWahrnehmung sich nebeneinanderenstellt, es kann die ganze SelbstsWahrnehmung und die Wahrnehmung des eigene zur Welt sich behziehen, als menschliche Bestand, durchdringen.

Also, Zusammenhanglosigkeit, Ungewissheit, Bruchstueckhaftigkeit fuehren zu einem Sinken des Interesse an Behziuhngen auch wegen die tiefe Ueberzeugung des Fehler de Solidarietaet auch in der Familie.

Offensichtlich das heisst die eigene Aufmerksamkeit auf eine Ebene der Oberflaechigkeit und der Abbild statt pregnant Inhaltsmitteilung zu verschieben.

Ganz alles, aber, wenn es in der Private sich gibt als nicht unbedingt gewuensches Kost von jeniegen gewisse Betriebslogik, es kann dann sich zurueck auswirken auf diese, wenn den Gemeinschaftsgeist emphatisiert wird. Es wird, tatsechlich, nur hinzukommen an der Logik der erbarmugslose Konkurrenz inzwieschen verzweifelte ich, die nicht daran gewohnt sind die existierende Anders in Betracht zu ziehen, wenieger dann daran zu betrachten als positives Faktor! Kein Wunder dass immer oefter gibt es AbneigungsPhenomene gegeneuber die Firma bei der man arbeitet. Wenn man alle die Wuerzel von einer Angehoerichkeitensinn an der Vergangehnheit, wie zum bei Spiel der gegeneuber der Stammgruppe durch die verwandschaftliche Bande oder kulturelle und ideoaffektive Bindungen, durch umgehen mit den traditions undgewohnheiten; wenn man die Autoritaet des Geschichte entgesetzt hat durch das Gebot/Diktat einer



gezwungene Werte- und Idealtats-Emanzipation ohne Gegenvorschläge; welche sollte dann das Resultat sein?

Ein Angehörigkeitssinn zu einer, wenn es auch nur ideale oder virtuelle Gruppe, baut man nicht am Tisch und auch nicht in einer Fortbildungskurs Klasse; der nach Andersseins Sinn und Respekt, so wie der Autoritätsprinzips Respekt sind sogar lange und geschichtete Lernprozesse, die nicht nur vom rationalisierte Teil genießen, die, aber, tiefe Verhältnisse mit der ideofektive Modalität der Psyche verweben und dem Umgang wenn auch nur symbolisch mit Orten und Zeiten die für sie bedeutsam sind: das heißt Erd und Geschichte.

Man möchte hier nicht unbedingt eine positive Beurteilung von dieser zwei Koordinaten, sowohl wenn sie im Bezug an der persönliche /individuelle Erlebnis gedacht sind, auch wenn sie nur als Anhaltspunkte Wertparameter für eine ganze Gesellschaft gedacht sind.

Einfach, die These die hier man aufstellen möchte, geht in der Richtung einer Verstehen der fortlaufende Entleerung die diese neue ideologische *humus* gegenüber dem Arbeiter durchführt. Der Arbeiter, der an dem produktives Kapital verglichen wird, beiwohnt seiner menschliche Natur Negierung, auch gegenüber die Zeit- und Raum-Koordinaten durch die er gewohnt ist sich Selbst zu erkennen und durch die könnte er besser die aktuelle Lage die er erlebt bemerken. Egal wenn dieser Zustand extrem unbequem ist oder wenn es sehr gut (gefordert) ist.

Offensichtlich, die Stabilitätsverlust in der Verhältniss mit seiner eigene Zeit und Raum heißt die Erosion von jeder persönliche Beziehung die auf Bekanntschaft und Teilung ihre Basis baut. Das impliziert auch die Abspaltung der familiäre Bindungen, die, nebenbei gesagt, die hauptort sind der Lernen durch Erfahrungen/erlebnissen von Integration des männliches und weibliches Vorbildungs des Autoritäts und Gesellschaft.<sup>26</sup>

Trotzdem, die GefühlesZerstörung und das Gemeinschaftsgeistesfehler sind nicht die einzige entstabilisierende Konsequenzen! An den Scheitern oder an den Erfolg ausgesetzt zu sein ohne es als Konsequenz einer Erzählung denken zu können

---

<sup>26</sup> Circa l'applicazione dei parametri maschile e femminile in ambito politico giuridico, e con speciale riferimento all'androginità normativa, Vgl. Giulio M. Chiodi, *europa*, cit, pg...Per l'applicazione degli stessi con specifica attenzione alla società in ambito politico e attraverso un linguaggio simbolico, Vgl. Elena Cuomo, *androgino*, in Letizia Cimmino ed Elena Cuomo, ..., Alfredo Guida, Napoli, ...

verursacht die Wahrnehmung nicht der Held in seines Leben zu sein un dazu auch nicht einen Suendenbock in dieser unklare Machtsnetz bestimmen zu koennen.<sup>27</sup>

Die Verhaeltniss mit dem Ort und der Zeit seiner eigene Erlebniss/Ereigniss umgegangen, verursacht man eine Identitaetserosion oder die Bildung des schwache Persoenlichkeiten wovon die besondere Merkmale ist die Bruchstueckhaftigkeit und die Isolierungsgefuehl.

Es ist doch klar dass es der Zusammenbruch des Gemeinschaftsidee und damit die Ende des buergerliche Gesellschaft heisst.

Dann Vielleicht, um zu Schluss zu kommen, ist es pregnanter sich zu fragen um dem von lange Dauer Wirkung dieses Zustandes ueber die buergerliche und polithische Gesellschaft in einer sofortige Zukunft. Und besonders welche Gesellschat die von Jungen die keine Ehrfahrung des Teilung haben gebaut wird. Wenn man daran denkt dass sie keine Ehrfahrung davon haben schon am Anfang wenn ihnen die Erlebniss von einer gemeinsame Zeit in einem bestimmtes/sicher Ort negierte wurde.

---

<sup>27</sup> Vgl. R. Sennet, *L'uomo flessibile*, a. a. O., S. 55 ff.

## Indennità Meccanografica e videoterminali

### (Riflessioni in tema di applicazione senza interpretazione del dettato normativo)

(parte seconda)

di Michelangelo Pascali<sup>1</sup>

**Sommario:** 4. Esigenze di coerenza dommatica (gerarchia delle fonti e dubbi di costituzionalità); 5. Contraddizioni giurisprudenziali e carenze legislative. Profili di “monetizzazione” del rischio alla salute

#### 4. Esigenze di coerenza dommatica (gerarchia delle fonti e dubbi di costituzionalità).

Poiché, come nota la dottrina<sup>2</sup>, non è affatto semplice per un giurista, definire cosa sia un *computer* e quali siano gli elementi distintivi tra *computer* e *computer*, ai fini dell'applicazione della relativa normativa, occorre, per semplificare, riassumere i termini della questione. E' possibile ritenere che sinora le ragioni del datore di lavoro, per quanto dall'esame delle sentenze appaiano superficiali e totalmente infondate, benché siano state spesso prevalentemente accolte (e forse proprio per questo), non solo non sono mai state adeguatamente esaminate e contestate, dall'intera giurisprudenza relativa all'indennità in questione, ma neppure sfiorate da un minimo di approfondimento<sup>3</sup>. Una definizione del *computer* si rivela decisiva, non solo per l'accertamento del debito retributivo, come per il caso dell'indennità in questione, ma anche per la rilevanza penale delle omissioni da parte del datore di lavoro, in tema di sicurezza<sup>4</sup>. Si può infatti ritenere

<sup>1</sup> Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro presso la Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II

<sup>2</sup> BORRUSO R., *ult. op. cit.*, pp.640 ss.

<sup>3</sup> In tal guisa, la sentenza (inedita) del tribunale di Napoli n.3083 del 20 maggio 2003, dopo aver “ritenuta superflua ogni indagine istruttoria>> (corsivo aggiunto) quasi che non si trattasse anche di indagine tecnica comparativa sulle mansioni e sulle funzioni lavorative effettivamente espletate (magari secondo identiche modalità e mediante i medesimi elaboratori elettronici) e aver ribadito la ‘favola’ presupposta, secondo cui l'indennità meccanografica riguarderebbe i ferrovieri “addetti alla programmazione delle procedure informatiche>> (attività lavorativa tecnicamente indimostrata e – in realtà – manifestamente non prevista neppure nei cosiddetti *Centri meccanografici*), rigetta affrettatamente il ricorso del lavoratore, acquisendo certo le ragioni del datore di lavoro, ma senza tecnicamente dimostrarne un qualsiasi barlume di fondatezza.

<sup>4</sup> Da altro punto di vista, relativamente a fattispecie penali differenti, si noti come si sia proceduto in un'ottica di generale inclusione piuttosto che d'esclusione nell'interpretazione del fenomeno informatico, ritenendo infatti che deve ritenersi «sistema informatico», secondo la ricorrente espressione utilizzata nella legge 23 dicembre 1993, n. 547 (che ha introdotto nel codice penale i cosiddetti *computer's crimes*), un complesso di apparecchiature destinate a compiere una qualsiasi funzione utile all'uomo, attraverso l'utilizzazione (anche parziale) di tecnologie informatiche, le quali sono caratterizzate — per mezzo di un'attività di «codificazione» e «decodificazione» dalla «registrazione» o «memorizzazione», per mezzo di impulsi elettronici, su supporti adeguati, di «dati», cioè di rappresentazioni elementari di un fatto, effettuata attraverso simboli («bit»), in

che – nei casi in esame - i lavoratori ricorrenti non abbiano operato al *computer*; si può ritenere che abbiano operato a un apparecchio definibile *computer*, ma *diverso* da quello utilizzato dai lavoratori cui spetta l'indennità in discorso; si può infine ritenere che, pur operando al *computer*, non diversamente da altri lavoratori cui spetta l'indennità in discorso, abbiano operato con modalità tali (minore applicazione, minore durata ecc.) da non meritare il trattamento economico e sanitario spettante agli addetti agli elaboratori elettronici (a tutti gli addetti, che operino con la medesima intensità).

Si trattava, allora, più semplicemente, di procedere, nella competente sede giudiziale, almeno con indagine *di fatto*, per accertare i tempi e i modi dell'applicazione al videoterminale, rifuggendo da definizioni facili e ingiuste. In senso contrario, come s'è visto, la sentenza n. 502/99 del Tribunale di Napoli, definendo di semplice "bigliettazione" (dequalificazione indistinta, in linea, tra l'altro, con le nuove tendenze del mercato del lavoro) l'attività del ricorrente, non solo riduce allo stacco di un biglietto di viaggio il compito lavorativo, il che non è, tanto più che di regola alla gestione del contratto di trasporto, compresa la teleprenotazione posti (che ne è solo un aspetto) sono addetti dirigenti di Stazione (con la qualifica in genere di 'capogestioni' superiori o sovrintendenti), ma pure non risolve i problemi giuridici connessi alla tutela sanitaria e retributiva del lavoratore. Peraltro (e per inciso) anche gli addetti alla "bigliettazione", se stanno continuativamente applicati al videoterminale, con intensità non diversa e magari maggiore degli "schedaristi" dei cosiddetti "Centri meccanografici" ("schedaristi" addetti alla ricerca e annotazione dei carri e delle vetture, presenti sui *piazzali* delle stazioni o transitati), meritano la medesima tutela sanitaria e retributiva, dovendosi privilegiare – in assenza di altri precisati criteri (che di volta in volta debbono essere indicati dal datore di lavoro) - la medesima attività e modalità lavorativa, non il mero luogo o ufficio di lavoro, trattandosi di indennità connessa evidentemente alla funzione.

Così come, in ogni modo, è stato chiaramente esplicitato dalla prefata sentenza della Corte di Giustizia Ce del 12 dicembre 1996 a proposito della specifica questione (positivamente risolta) di un'indifferenziata attribuzione del beneficio di un adeguato

---

combinazione diverse, e dalla elaborazione automatica di tali dati, in modo da generare «informazioni», costituite da un insieme più o meno vasto di dati organizzati secondo una logica che consenta loro di esprimere un particolare significato per l'utente. La valutazione circa il funzionamento di apparecchiature a mezzo di tali tecnologie costituisce poi giudizio di fatto insindacabile in Cassazione ove sorretto da motivazione adeguata e immune da errori logici. (Nella specie è stata ritenuta corretta la motivazione dei giudici di merito che avevano riconosciuto la natura di «sistema informatico» alla rete telefonica fissa sia per le modalità di trasmissione dei flussi di conversazioni sia per l'utilizzazione delle linee per il flusso dei cosiddetti «dati esterni alle conversazioni» — in un caso in cui erano stati contestati i reati di accesso abusivo a sistema informatico [art. 615ter c.p.] e di frode informatica [art. 640ter cod. pen.]). — Cass. Pen., sez. 6, sent. n.3067 del 14 dicembre '99 (cc. 4-10-99), in *Ced. Cass.*, *rv. 214945*.

esame degli occhi e della vista (ai sensi dell'art.9, nn.1 e 2 della direttiva 90/270/CEE) a tutti i lavoratori che rientrano nel campo d'applicazione della direttiva (non escludendo quindi, nel concreto, nessuno che faccia uso di uno schermo durante lo svolgimento delle proprie mansioni lavorative).

Nei casi in esame si rileva che i lavoratori hanno operato allo schermo del *computer*, su apparecchi non dissimili da quelli su cui operano gli "schedaristi" (ce lo dice la citata sentenza n.502/99 del Tribunale di Napoli) con modalità, intensità e durata, forse minori, ma forse anche pari o maggiori (è mancato ogni accertamento istruttorio) di quelle evocate per il trattamento deferenziato degli "schedaristi". Stante la varietà delle applicazioni, in relazione all'esigenza di comprendere quando veramente conferire l'indennità in discorso e quando assicurare la medesima tutela sanitaria, poniamo la questione in termini generali.

Ebbene, la dottrina ritiene pacificamente che un *computer* debba essere considerato tale quando rispetti le seguenti quattro condizioni: a) che si tratti di apparecchio "elettronico"; b) che funzioni "a programma"; c) che i segnali siano "digitali"; d) che i programmi operino secondo la *logica o algebra proposizionale booleana* (sui relativi circuiti *and, or, not, nand, nor* e le reti logiche).

Orbene, sia i lavoratori ricorrenti che gli "schedaristi" operavano entrambi su apparecchi che rispecchiavano manifestamente queste quattro condizioni. Anche se la sentenza n.502/99 esclude il possibile conferimento dell'indennità a chi operi ai *micro e personal computer*, ravvisandosi come necessario il collegamento con un elaboratore centrale, appare evidente che la funzione stessa, di "teleprenotare" posti per viaggi, richiegga il costante collegamento con elaboratori centrali (nazionali e talora transnazionali). La sentenza n.520/03 del Tribunale di Napoli, poi, non negando l'applicazione ai terminali, pretende addirittura che l'indennità testualmente spetti agli "addetti alla programmazione delle procedure informatiche", insomma agli *analisti del software*.

In tal guisa, un'analisi affrettata e una non esaustiva disamina dei ricorsi ha portato all'accoglimento di tesi in contrasto con la dottrina del diritto dell'informatica, con la giurisprudenza comunitaria (e con quella interna di accoglimento) e, soprattutto, in ritenuto contrasto con la legge (occorre notare come la maggior parte delle sentenze sfavorevoli si fondino su norme di legge, attualmente inesistenti, perché espressamente abrogate o superate dal mutato contesto degli strumenti di lavoro o censurate nella prevalente sede comunitaria, di immediata efficacia interna).

Non è allora dubbio peraltro che la fattispecie dell'indennità "meccanografica" vada esaminata nell'ambito di una questione assai più ampia e grave che ha il suo fulcro nella tutela della salute del lavoratore (alla luce della normativa interna e comunitaria).

Detta questione - quando adeguatamente studiata - ci consente: 1) di poter pervenire alla esatta individuazione di chi sia il lavoratore addetto ai videotermini; 2) di determinare - in un susseguirsi di norme, talune delle quali abrogate - quale sia la normativa applicabile.

Successivamente, appurato, anche con l'ausilio degli elementi in fatto rinvenuti nella giurisprudenza, stante la reticenza e la disinformazione delle FS in argomento (e l'inconcepibile assenza di accertamenti istruttori) chi presso le FS percepisca pacificamente l'indennità in questione (e sono certo i lavoratori addetti all' "Ufficio schedario", altro che "programmatore e analisti"!)) occorrerà accertare se l'applicazione ai videotermini dei singoli ricorrenti sia stata più lunga, più intensa e maggiormente rispettosa dei criteri indicati dalla attuale normativa interna e comunitaria, pur essa di immediata efficacia interna (normativa quest'ultima, che prevede la possibile applicazione sistematica - ma meno continuativa, più garantista, sotto il profilo sanitario, e con pause previste - agli elaboratori terminali telematici) rispetto all'applicazione ai videotermini degli addetti agli uffici schedari.

Lungi insomma dal contrapporre la questione della tutela della salute sul posto di lavoro ai videotermini alla piccola vicenda delle denegate 800 lire giornaliere, occorre idealmente unificare - nelle premesse - le vertenze. Nel senso che un medesimo comportamento datoriale omissivo e illegittimo (e per il quale l'Italia è stata reiteratamente condannata dalla Corte della Giustizia europea: la sentenza della Sesta Sezione del 24 ottobre 2002 è solo l'ultima di una serie di condanne) viola sia la normativa a tutela della salute per il lavoratore addetto ai videotermini (ed è questione estranea alla *diretta* cognizione della domanda, ma che andava considerata per la sua rilevanza incidentale) sia le disposizioni relative al pagamento dell'indennità in questione.

In relazione al primo dei punti appena accennati (quale sia o chi debba intendersi per lavoratore addetto ai videotermini) escluso che possa parlarsi di addetti al *software* (programmatore e analista) e considerato che è subito sparita la primitiva figura dei lavoratori addetti ai mega-*computer* (i cosiddetti "*main frame*") che aveva probabilmente ispirato l'originaria normativa del 1974, considerato che continua ad essere erogata l'indennità in questione, occorre guardare alla giurisprudenza per capire a chi detta indennità venga conferita. A riguardo, ci si può avvalere proprio della sentenza n.502 del

1999 del Tribunale di Napoli, che per quanto non recente (e per quanto specificatamente censurabile) ci consente di capire almeno che per programmatori le FS e la giurisprudenza di rigetto intendono gli addetti ai cosiddetti "ufficio schedari", identificati come 'centri meccanografici', i quali - contrariamente a quanto affrettatamente ritenuto e non dimostrato nella esaminata decisione, emessa senza neppure previo accertamento tecnico sul punto - sono applicati a videoterminali, per un tempo forse maggiore, ma forse anche infinitamente minore di quello impiegato dai dipendenti utilizzati presso le biglietterie e la teleprenotazione di posti, uffici con videoterminali sistematicamente (e indefettibilmente) collegati con elaboratori centrali.

Non è dubbio intanto che il lavoratore ricorrente nel procedimento relativo alla sentenza n. 502 del 2003, rivestisse la qualifica di dirigente di stazione (capogestione) e che come tale - essendo addetto al rilascio dei titoli di viaggio e alle prenotazioni - operasse esclusivamente mediante videoterminale, collegato con unità centrale, munito di tastiera. Anche certo, perché ce lo dice la sentenza 520/03, è che anche in altro caso, il lavoratore, questa volta assistente di Stazione, operasse in collegamento con un terminale.

Allora, le due sentenze testé citate si presentano meritevoli di censura almeno per le ragioni, che vengono di seguito evidenziate. Scontando anche una qualche ignoranza o scarsa conoscenza del linguaggio giuridico-cibernetico, entrambe le sentenze si caratterizzano per appiattirsi sulla terminologia *abusiva* adottata dalla parte datoriale senza spiegare e qualificare il concetto di "centro meccanografico", mai definito (o definito in senso solo negativo, "senza una spiegazione logica" con l'attività lavorativa, atteso che non esistono programmatori o analisti tra le qualifiche delle FS, così come correntemente intesi nell'intero mondo informatico e - in particolare - nell'informatica giuridica).

Entrambe le sentenze fanno poi riferimento a un "impegno lavorativo continuativo"<sup>5</sup>, che, se effettivamente e letteralmente attuato (certo è questione di intendersi sulla continuità dell'applicazione)<sup>6</sup>, avrebbe rilevanza penale, atteso che un impegno consecutivo di tale natura, innanzi ai videoterminali, è vietato sia dalla norma interna che

---

<sup>5</sup> Tribunale di Napoli, sentenza n. 520 dell'11.2.2003: "Come ha già avuto modo di affermare questo Tribunale, l'indennità in questione è stata prevista per il "personale applicato in via continuativa agli impianti dei Centri meccanografici" e non per chi utilizza come strumento di lavoro un terminale>>. Stante l'identità del *computer*, è come dire, sotto questo profilo, e con riferimento a una continuità invero oggi neppure pretesa dalla parte datoriale: "Spetta a chi lavora in via continuativa a un terminale dei Centri meccanografici" / "Non spetta a chi lavora in via continuativa a quello stesso terminale, nell'ambito di uffici *non* denominati Centri meccanografici".

<sup>6</sup> Afferma la citata sent. 502/99 del Tribunale di Napoli che "emerge dal contesto normativo in primo luogo la necessità di una applicazione continuativa agli elaboratori dotati di videoterminale>>

comunitaria, per il pregiudizio alla salute arrecato ai lavoratori. Tanto più, che la tutela della salute è oramai da intendersi in senso ampio, includendo anche una declinazione di essa come benessere: quindi, non solamente va vista come assenza di malattia, ma pure come assenza di disagio<sup>7</sup>. Salvo, certo, evitare interpretazioni estremizzanti, così assolutizzanti da compromettere il diritto alla libera iniziativa economica di cui all'art.41 Cost.<sup>8</sup>

In altre parole, nella (pur improbabile e, ancor più, non plausibile) ipotesi di letterale applicazione di quanto affermato, ci si troverebbe di fronte ad una norma, magari di rango inferiore, la quale, pretendendo un'applicazione al *computer* tanto lunga e continua, sicuramente dovrebbe essere considerata (e, anzi, sarebbe proprio) una disposizione 'criminogena', in quanto favoritiva di violazione di norma penale.

Ignorano, dette sentenze - *tamquam non esset* - l'esistenza di una legislazione comunitaria in materia di applicazione ai videotermini (e siamo, per una delle due citate sentenze, la n. 520 del Tribunale di Napoli, nel 2003), legislazione comunitaria di immediata efficacia interna e prevalente su di essa, che, tra l'altro, ha condannato ripetutamente lo Stato italiano per non aver identificato esattamente il concetto di lavoratore addetto ai videotermini; nonché ignorano la stessa giurisprudenza penale italiana in materia, che ha condannato determinate imprese, per non aver tutelato, come addetti ai videotermini, determinati lavoratori, che viceversa vi erano applicati, con danno alla salute.

Naturalmente, la tutela della salute è infinitamente più importante della protezione relativa a una determinata voce retributiva, ma da un punto di vista logico, entrambe le lesioni nascono da una medesima, arbitraria e scorretta omissione da parte del datore del lavoro, che tratta *differentemente* personale addetto *parimenti* ai videotermini.

Si nota come anche gli atti amministrativi - compresi i dd.mm. implicati in materia - debbano rispettare il criterio della parità di trattamento (non fosse altro che con riferimento all'art.3, comma secondo, e all'art.97 della Costituzione).

Con riferimento infine alle esigenze istruttorie, essenziali nel respingere una domanda fondata anche su accertamenti di fatto, non risulta che sia stata disposta una prova testimoniale né una penetrante indagine tecnica che verificasse "i tempi e i metodi" di applicazione al videoterminale dei rispettivi ricorrenti, in relazione ai tempi e ai modi di

---

<sup>7</sup> GUARINIELLO R., *La sentenza della Corte di giustizia sulla sicurezza del lavoro ai videotermini: insegnamenti e ripercussioni*, in *Foro italiano*, Bologna, 1997, p.3.

<sup>8</sup> VITALIANI A., *Tutela della salute: quadro normativo e nuove realtà produttive*, in *Il diritto del lavoro*, Roma, 1987, pp.401 ss.



applicazione ai videoterminali negli altri posti di lavoro, in cui si eroga normalmente l'indennità in discorso (si può ritenere, in buona sostanza, che entrambi i ricorrenti abbiano operato su videoterminali identici a quelli usati dagli altri dipendenti - per esempio gli "schedaristi" - che percepiscono l'indennità in discorso e vi abbia abbiano operato con intensità e modalità equipollenti tra i posti di lavoro comparati). Non risulta acquisita copia dei rispettivi "Mansionari" esistenti presso tutti gli Uffici ferroviari, compresi gli "Schedari" e i cd. "Centri Meccanografici", comunque identificati, se effettivamente ve ne siano, qualificati come tali, per provare se i lavoratori ivi addetti ai videoterminali lo fossero "in via continuativa" (secondo le stesse disposizioni in mansionario del datore di lavoro), atteso che anche la continuità, come l'aver operato ai videoterminali non in sostituzione ai normali strumenti di lavoro, ha assunto nella vicenda una funzione scriminante.

Particolarmente grave il fatto che la sentenza n.502/99: a) espressamente escluda la tutela sanitaria per chi percepisca l'indennità in questione (dovendo egli essere addetto *continuativamente* al lavoro ai videoterminali; e ciò in contrasto con la normativa legislativa nazionale attualmente vigente - che, condivisa di regola da Trenitalia, in linea di principio, assicura la tutela sanitaria, a prescindere da indennità, che non possono ritenersi sostitutive della protezione della salute - e le specifiche, già citate, direttive comunitarie in materia); b) espressamente escluda la gerarchia delle fonti, cui peraltro incidentalmente fa riferimento, solo per dire che "una mera circolare delle FS" non può violare "il DM 274/83, che, all'art.3, prevede che "il personale che può aver titolo all'indennità meccanografica è stabilito dal Ministro dei trasporti, sentito il Consiglio di Amministrazione dell'Azienda" con ciò precludendo un'estensione dell'indennità per tale via". Non si pone nemmeno la sentenza il problema del rispetto da parte della normativa di applicazione (il d.m., di rango inferiore) dell'art.20 della l. n.57/74 e più in generale il problema della gerarchia delle molteplici fonti in ordine alla materia trattata.

Insomma, volendo riassumere e semplificare, le sentenze in esame non considerano, nelle loro implicazioni, due elementi nuovi emersi per lo sviluppo stesso tecnologico e che richiedevano che le decisioni si ancorassero a criteri realmente rispondenti alla effettiva attività lavorativa svolta e non a una realtà lavorativa non più esistente.

Gli elementi nuovi sono:

- 1) Sparizione delle schede perforate (meccanografiche)

- 2) Sparizione - per violazione di legge - di tutte le peculiarità connotanti il conferimento della indennità in questione.
  - a) Non la *continuità* (per violazione delle leggi interne e delle direttive comunitarie);
  - b) Non il lavoro "In sostituzione dei consueti strumenti di lavoro", perché anche gli addetti ai cosiddetti "Centri meccanografici" operavano ai videoterminali "in sostituzione dei consueti strumenti di lavoro" (le non più esistenti schede perforate).

La diffusione massiva del *computer* poi (e l'identità dello stesso *computer* per uffici schedari, ritenuti "centri meccanografici", e altri uffici) implicava che si adottasse, in sede giudiziale e in assenza di criteri oggettivi formulati dal datore di lavoro, il criterio dell'indagine caso per caso, in guisa da consentire che a tutti i lavoratori operanti nelle medesime accertate condizioni di lavoro fosse attribuita la medesima indennità.

Ogni diversa interpretazione avrebbe dovuto far sorgere il dubbio di costituzionalità e l'esigenza di rimettere gli atti alla Corte costituzionale per la verifica della legittimità dell'art.20 della l.18.2.1974, n.52 (e di ogni legge o atto avente forza di legge successivi e correlati) nella parte in cui: rimettendo alla discrezionalità amministrativa ("può essere corrisposta una particolare indennità") e usando una terminologia impropria e insignificante ("Centri meccanografici", anziché applicato ai "videoterminali") discriminano lavoratore da lavoratore egualmente addetti ai videoterminali. Ciò, in violazione dell'art.36 comma primo e dell'art.3, comma secondo, della Costituzione. Pretendendo poi l'applicazione ininterrotta e "continuativa agli impianti dei Centri meccanografici" violano (oltreché le norme interne civili, come l'art.2087 c.c., e potenzialmente, quelle penali, come l'art.590 c.p. e le Direttive comunitarie in materia) specificatamente le norme a tutela della salute del lavoratore; ciò, in contrasto con l'art.32, comma primo, della Costituzione. Non applicando infine (sempre in virtù dell'art.20 della l.18.2.74, n.52) a tutti i lavoratori la medesima normativa a protezione della salute e il medesimo trattamento retributivo (per il medesimo impegno innanzi ai medesimi videoterminali) producono contrasto con l'imparzialità e il buon andamento della P.A. con ulteriore disordine amministrativo e contabile e in violazione dell'art. 97, comma primo, della Costituzione.

## 5. Contraddizioni giurisprudenziali e carenze legislative. Profili di “monetizzazione” del rischio alla salute. Conclusioni.

La mancata osservanza della gerarchia delle fonti e, in genere, di criteri dogmatici elementari, la giurisprudenza comunitaria in materia di tutela della salute per l'applicazione ai videoterminali disattesa, la prevalente negligenza nell'avvalersi degli strumenti istruttori nella giurisprudenza di rigetto, i dubbi di costituzionalità non rilevati, un atteggiamento generale di sufficienza nei riguardi della questione indennitaria specifica, sono tutti elementi che lasciano irrisolto e soprattutto in ombra il rapporto tra indennità meccanografica e tutela della salute.

Non v'è dubbio infatti, come già anticipato, che l'indennità *meccanografica*, sia quando venga conferita sia quando venga, dal datore di lavoro, negata, rientri, a pieno titolo e per più versi, nel tema della possibile “monetizzazione” del rischio alla salute. Ciò, nonostante paia evidente che l'indennità in discorso sia stata prevista da un lato come incentivo per l'introduzione di nuove modalità lavorative (con l'applicazione appunto ai videoterminali) dall'altro come compenso, indennitario appunto, per un'applicazione continuativa allo schermo, in un contesto di svolgimento del lavoro, ritenuto comunemente artificiale e *stressante*, sino al pericolo della salute.

Paradossalmente, la giurisprudenza restrittiva in ordine al conferimento dell'indennità potrebbe astrattamente (e indirettamente) avere riflessi positivi, restringendo il pericolo di (anticipata) liquidazione economica dei pericoli per la salute dei lavoratori (benché non sia compito della giurisprudenza svolgere ruoli di indirizzo in conflitto con l'esigenza di stretta applicazione della norma). In realtà, sembrano configurarsi due rischi opposti: il primo che, privati dell'indennità, i lavoratori siano, in qualche modo, privati anche della tutela sanitaria (pausa, visite mediche ecc.); il secondo che i lavoratori “indennizzati” siano soggetti a condizioni troppo gravose (pretesa di ininterrotta continuità - o *continuità* - nell'attività lavorativa di applicazione ai videoterminali, non riconosciuti come tali).

Possono conseguentemente profilarsi diverse ipotesi:

- a) che l'indennità venga conferita, ma legata (condizionata) a condizioni di lavoro eccessive e pericolose per la salute;
- b) che l'indennità venga negata insieme alla negazione della tutela sanitaria;
- c) che la tutela sanitaria venga assicurata a tutti gli aventi diritto, ma l'indennità venga negata a taluni videoterminalisti (per esempio, come nel caso delle F.S considerato, a chi non operi presso i ‘centri meccanografici’, comunque previamente

identificati; a chi adoperi il videoterminale “in sostituzione dei normali strumenti di lavoro” ecc.).

Pare evidente che la soluzione più corretta sia quella che comunque assicuri la tutela sanitaria, salvo a determinare (con possibili margini di errore, ma è problema secondario, monetario appunto) le categorie – tra i videoterminalisti – cui effettivamente spetti l’indennità. Vi sono in ogni caso nessi e scriminanti (entrambi incerti) tra le due questioni considerate. Logica e coerenza vorrebbero che, una volta assicurata la tutela sanitaria e in presenza di un contesto di lavoro telematico (collegamento con un’unità centrale), l’indennità, nella misura prevista, venga assicurata almeno a tutti coloro cui sia stata assicurata la tutela sanitaria specifica, senza pretendere che il lavoro venga anche erogato con quell’intensità e continuità, originariamente previste dalla normativa sull’indennità, ma che si rivelano, oggi, palesemente e penalmente illegittime. Assai grave sarebbe viceversa l’altra ipotesi considerata, che il non conferimento dell’indennità porti a una denegata tutela sanitaria.

E’ infatti ben noto che l’Italia non ha ancora individuato con sufficiente chiarezza i lavoratori cui spetta la speciale protezione sanitaria prevista dalla normativa europea e le relative condizioni di lavoro. Ciò, a quasi un decennio di distanza dalla ben conosciuta sentenza della Corte di Giustizia CE (Quinta Sezione) del 12 dicembre 1996, (nelle cause riunite n.74/1995 e n.129/1995), la quale, pur rilevando la genericità della definizione di lavoratore contenuta nella direttiva del Consiglio dei Ministri Cee 29 maggio 1990, 90/270/CEE (da cui - ricordiamo - il decreto legislativo 19 settembre 1994, n.626<sup>9</sup>) e il fatto che essa non specificasse in alcun modo cosa significasse utilizzare il videoterminale regolarmente durante un periodo significativo di lavoro normale (art.2, lett.c), della direttiva, con riferimento anche all’art.3, lett.a) della direttiva del Consiglio della Cee del 12 giugno 1989, 89/391/CEE), per cui si doveva riconoscere agli Stati membri un ampio potere discrezionale nel prescrivere l’esatta portata della definizione in sede di adozione dei provvedimenti di recepimento<sup>10</sup>, poneva, neppure troppo implicitamente, un

---

<sup>9</sup> Provvedimento – si ricordi - ai sensi della direttiva Cee, da emanarsi entro il 31 dicembre 1992. Sulla direttiva 90/270 adottata dal Consiglio della Cee, LAI M. e LEBRA A., in *Direttiva Cee: lavoro ai videoterminali* (in *Diritto & pratica del lavoro*, Milano, 1990, pp.3033 ss), i quali auspicavano una smentita alla tradizione italiana alla tardiva attuazione della normativa comunitaria.

<sup>10</sup> “Il carattere significativo del tempo regolarmente trascorso davanti ad un terminale si valuta in relazione al lavoro normale del lavoratore considerato” costituirebbe espressione tale da non poter “essere definita in astratto”. In proposito, si ricordino, per inciso, le paventate ipotesi di difformità di regolamentazione e conseguente alterazione dei principi di parità nella concorrenza. Si veda, sul punto: CAPELLI F., *Direttiva “tradita”>>, aziende senza colpa*, in *Il Sole 24 ore* del 20 dicembre 1996.

pressante problema in capo ad essi di tempestiva e corretta individuazione<sup>11</sup> (questione sino a tal momento affrontata dal legislatore italiano col ricorso ad un parametro unicamente temporale). Così come lamentava, in tema di sorveglianza sanitaria, un non adeguato accoglimento della normativa comunitaria sul piano interno<sup>12</sup>. Smentendo, in tal modo, l'ottimistico tono adottato dalla circolare 7 agosto 1995, n.102 (sulle prime direttive per l'applicazione del d.lgs n.626 del 1994), prodotta dal Ministero del lavoro, che partiva dall'affermazione dell'adozione di una tecnica legislativa per cui gli articoli del decreto erano mutuati dalla normativa comunitaria. Atto, quest'ultimo, finanche definito<sup>13</sup> come circolare interpretativa elusiva delle stesse disposizioni di legge, per di più inaugurante un'anomalia continuata con altre circolari relative allo stesso d.lgs. n.626/94: la n.86 del 27 giugno 1996, la n.154 del 19 novembre 1996 e la n.172 del 20 dicembre 1996, oltre che criticato per l'insufficiente risoluzione dei problemi interpretativi da subito sorti numerosi nei confronti del d.lgs. n.626/94, tanto da far intuire, a fronte della rilevanza quantitativa e qualitativa delle questioni rimaste insolte, come il "pregio" maggiore della circolare finisca per risolversi nella sua provenienza<sup>14</sup>. Tra l'altro, si è affermato<sup>15</sup> che tale ricorso anomalo alle dette circolari applicative, avrebbe l'evidente scopo di svilire normative elaborate in tema di sicurezza e igiene sul lavoro pure molto complesse, per la finalità di non pesare "eccessivamente" sulle aziende, cioè per un fine tutto diverso e anzi, addirittura, configgente con quello proprio della normativa.

<sup>11</sup> Del resto, la Corte di giustizia della Comunità Europee esplicitamente estendeva le tutele minime in tema d'adeguamento dei posti di lavoro non solo ai lavoratori che utilizzassero regolarmente, durante un periodo significativo del proprio lavoro normale, un'attrezzatura munita di videoterminale (di cui all'art.2, lett.c), della direttiva 90/270/CE) ma pure (*ex lett. b*) dello stesso articolo) a tutti coloro che occupassero un posto di lavoro comprendente le attrezzature munite di un videoterminale, eventualmente con tastiera o altro sistema di immissione dati, e/o *software* e per l'interfaccia uomo-macchina, gli accessori opzionali, le apparecchiature connesse comprendenti l'unità a dischi, il telefono, il modem, la stampante, il supporto per i documenti, il sedile e il piano di lavoro, nonché l'ambiente di lavoro immediatamente circostante, fossero essi occupati o no da lavoratori ai sensi dell'art.2, lett.c) della direttiva.

<sup>12</sup> Per un'annotazione su tale sentenza si veda: LAI M., *Videoterminali e sentenza della Corte di Giustizia CE: un'attenta lettura*, in *Diritto & pratica del lavoro*, Milano, 1997, pp.364 ss., nonché BRIGNONE A., *Videoterminali e Corte di giustizia CE*, in *Igiene & sicurezza del lavoro*, Milano, 1997, pp.166 ss. In particolare, tale ultimo Autore, commentando l'ultimo punto della pronuncia della Corte, e cioè la statuizione che l'adeguamento dei posti di lavoro muniti di videoterminale alle prescrizioni minime dell'allegato alla direttiva riguardi pure i posti non occupati da lavoratori, contraddicendo in ciò quanto precisato dal Ministero del lavoro italiano con circolare n.102 del 7 agosto 1995, afferma che pare privilegiarsi un rispetto formale della normativa piuttosto che una ricerca interpretativa dell'effettiva *ratio*, un mero formalismo rilevante non sul piano della tutela ma solo su quello dei costi. In maniera analoga, dello stesso Autore: *La sentenza sui videoterminali non aumenta il rilascio penale*, in *Il Sole 24 ore* del 20 dicembre 1996. Probabilmente, tuttavia, la pur non chiarissima conclusione della Corte mirava ad evitare "alla radice" possibili abusi ed elusioni della normativa di tutela della salute del lavoratore.

<sup>13</sup> GUARINIELLO R., *op. cit.*, p.4.

<sup>14</sup> Cfr. BRIGNONE A., *Valutazione dei rischi: primi chiarimenti*, in *Diritto & pratica del lavoro*, Milano, 1995, pp.2400 ss.

<sup>15</sup> GIUFFRÈ A., *Corte di giustizia e sicurezza sul lavoro: il lavoratore addetto al videoterminale*, in *Diritto & pratica del lavoro*, Milano, 1997, p.567.

Probabilmente, il fatto che la sentenza comunitaria abbia avuto per oggetto non le norme italiane ma le norme comunitarie (essendo in tal modo relativa non ad un procedimento d'infrazione *ex art.169* del Trattato CE ma ad un procedimento in sede d'interpretazione pregiudiziale *ex art.177* dello stesso Trattato) nonché il dato che - stante il divieto (universalmente riconosciuto in ambito comunitario) di analogia in materia penale (e di ogni conseguente interpretazione estensiva incriminatrice), diretta derivazione del principio di legalità "*nulla poena sine lege*" - dai termini della stessa sentenza non siano potute derivare dirette e ulteriori conseguenze penali<sup>16</sup>, hanno contribuito al mantenimento d'un atteggiamento deresponsabilizzante del nostro legislatore. Atteggiamento, del resto, che è parso essere confermato da provvedimenti quali il d.l. 31 dicembre 1996, n.670, col quale è stata concessa un'ennesima proroga per l'esclusione della perseguibilità delle contravvenzioni in materia di sicurezza e igiene del lavoro di cui al titolo IX del d.lgs. n.626/94 (proroga attinente pure all'adeguamento dei posti di lavoro ai videoterminali) e dalla l. 23 dicembre 1996, n.649, art. 1 *bis*, che ha previsto, rispetto agli edifici di proprietà pubblica adibiti ad uso scolastico, una specifica (ed ampia) proroga all'effettuazione dei lavori finalizzati all'osservanza delle disposizioni di cui al d.lgs. n.626/94 per gli enti a ciò competenti. Chiaramente, pure l'esclusione (ai sensi dell'art.189 del Trattato CE) di una qualsivoglia efficacia orizzontale nei rapporti interpretati delle direttive europee<sup>17</sup> (oltre che il carattere limitato dell'efficacia diretta di tali atti nelle rivendicazioni dei singoli cittadini nei confronti dello Stato) è plausibile che abbia contribuito all'assunzione di tali posizioni.

E' da dire, inoltre, che l'individuazione dei soggetti destinatari della specifica tutela prevista in materia d'applicazione al *vdT* si era palesato da subito come punto problematico e incerto, alla luce anche d'esplicite esclusioni (ai sensi del secondo comma dell'art.50 del d.lgs. n.626/94), frutto ritenuto di una certa incoerenza (dato che il rischio per le ipotesi d'esclusione in esame concretamente è equivalente e anche maggiore a quello dei casi inclusi) nonché di una scarsa attenzione del legislatore verso la determinatezza e la tassatività delle fattispecie (testimoniata pure dall'adozione di locazioni denotanti ben poca sensibilità per la determinatezza delle stesse espressioni linguistiche)<sup>18</sup>. Proprio con riferimento a tali aspetti, inoltre, sarebbero emerse le più

---

<sup>16</sup> PICCININNO S., *La sicurezza ed igiene del lavoro ai videoterminali dopo la sentenza della Corte di giustizia europea del 12 dicembre 1996*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, Roma, 1997, pp.166 ss.

<sup>17</sup> Differenti – ricordiamo - sono le previsioni relative ai regolamenti comunitari.

<sup>18</sup> GIORDANO B., *Videoterminali: tutela e disciplina per i soggetti esclusi*, in *Igiene & sicurezza del lavoro*, Milano, 1997, pp.20 ss.

evidenti incongruenze con le disposizioni della normativa comunitaria<sup>19</sup>, comunque riscontrabili in tutto il testo del decreto.

Neppure le integrazioni e i correttivi apportati dal decreto legislativo n.242 del 19 marzo 1996 al d.lgs. n.626/94 in materia di videoterminali avevano costituito frutto di operazione (ed opzione) legislativa esente da ogni criticabilità<sup>20</sup>. D'altronde, è nelle stesse sedi istituzionali (precisamente dal Servizio studi della Camera dei deputati) che l'apporto dato fu qualificato (verrebbe da dire: "liquidato") come una serie di "perfezionamenti sostanzialmente formali". Secondo – riteniamo - l'interpretazione più benevola. Difatti, l'ampliamento di deroghe al rispetto della specifica disciplina di tutela per rilevanti settori inequivocabilmente caratterizzati da una considerevole applicazione lavorativa ai *vdt* (esclusioni atte a produrre disparità di trattamento in modo assoluto ingiustificate e ingiustificabili), l'esonero per le aziende a rischi individuale, per il datore di lavoro delle aziende familiari nonché delle aziende che occupano sino a dieci addetti dalla redazione e dalla conservazione del documento di valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori, la presenza di ulteriori proroghe all'adeguamento delle prescrizioni sull'igiene e sicurezza sul lavoro, l'immodificazione della 'poco difendibile' definizione di lavoratore al videoterminale data dall'art.51, 1° comma, punto *c*) del d.lgs. n.626/94 (nozione in contrasto con quanto delineato da decenni di letteratura medica e, per di più, elusiva dei precetti comunitari), la concreta inapplicabilità e impossibilità di coordinamento delle disposizioni contenute nel decreto con quelle specifiche nel nostro ordinamento sull'orario di lavoro non solo erano previsioni che non avevano risolto i gravi quesiti posti dai precedenti provvedimenti ma (tranne mere correzioni di errori materiali) probabilmente si erano risolte in un loro aggravamento<sup>21</sup>.

L'esclusione da specifica normativa del titolo VI del d.lgs. n.626/94, in ogni modo, non si atteggiava già come privazione d'ogni forma di protezione ma, alla luce di quella che universalmente è considerata norma di chiusura nel sistema prevenzionistico, ovvero dell'art.2087 c.c. (pur con quei limiti - vuoi connaturali o piuttosto indotti – dati dall'attitudine ad una tutela "*ex post*" - posteriore all'evento disvoluto, più che realmente in chiave prevenzionale - ma pure con quell'ammirevole pregio, quell'elasticità di poter

<sup>19</sup> LANOTTE M., *La tutela del lavoro al videoterminale tra norme di diritto interno e disciplina comunitaria*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, Milano, 1997, pp.542 ss.

<sup>20</sup> Testimonianza indiretta dell'inadeguatezza legislativa esistente in materia anche dopo l'emanazione del decreto ultimo citato può essere riscontrata nella presentazione nel 1997 del d.d.l. senato 2305, poi decaduto. Su tale proposta può vedersi: PALMIERI E., *Igiene e sicurezza dell'ambiente di lavoro ai videoterminali*, pp.168 ss., in *Profili penali del lavoro on line* (a cura del medesimo), Padova, 2004.

<sup>21</sup> Cfr. DUBINI R., *La tutela degli addetti ai videoterminali*, in *Diritto & pratica del lavoro*, Milano, 1996, pp.1599 ss.

risentire – in bene – dell'approccio differente nel tempo in materia di sicurezza sul lavoro: insomma, della suscettibilità d'applicazione da dimensione esclusivamente individuale, più vicina ad un piano privatistico, a dimensione collettiva, propria di un'ottica pubblicistica, in conformità all'evoluzione rappresentata dall'art.9 dello Statuto dei lavoratori e fortemente voluta da quel vasto movimento – specie di base – d'opinioni e di pratica politica sul tema dei diritti del lavoro precedente alla nefasta "stagione dell'egoismo" e, in specie, della sua teorizzazione), per cui è imposto all'imprenditore di adottare le misure che sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, veniva (e, in qualche modo, è) richiesta la predisposizione e applicazione delle stesse misure generali di salvaguardia prescritte dal d.lgs. n.626/94, nonché della previgente (ma non abrogata) normativa di sicurezza (ad esempio di alcune disposizioni contenute nel d.P.R. 27 aprile 1955, n.547, sulla "prevenzione degli infortuni sul lavoro" e nel d.P.R. 19 marzo 1956, n.303, "per l'igiene del lavoro"<sup>22</sup>). Lo stesso art.2087 c.c., peraltro, aveva già favorito il riequilibrio tra le situazioni di tutela del comparto del pubblico impiego e di quello di diritto privato, quest'ultimo qualificato, in materia di *vdt*, da un'attenzione normativa di protezione d'intensità assai scemata rispetto a quella riservata all'area dei dipendenti pubblici<sup>23</sup>. Si aggiunga a tutto ciò anche il disposto dell'art.9 dello Statuto dei lavoratori, che, oltre a sancire il diritto del lavoratore nell'effettuare opera di controllo nell'applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali, conferisce al lavoratore pure il diritto di promuovere la ricerca, l'elaborazione e l'attuazione di tutte le misure idonee a tutelare la salute e l'integrità fisica sul lavoro. Per altro, esempio della non raggiunta obsolescenza di tali norme può essere rappresentato dal dato che anche in tema d'obblighi e sanzioni a carico del lavoratore stesso per violazione di norme antinfortunistiche ci si riferisce a tale eterogeneità di

---

<sup>22</sup> Ci si può riferire, in merito, alla sentenza emessa il 15 dicembre 1990 dalla Pretura di Torino, in cui v'è l'affermazione di come tali normative delineino principi ed obblighi di carattere generale atti a tutelare pure situazioni lavorative del tutto nuove rispetto a quelle esistenti al tempo d'emanazione dei provvedimenti normativi (sentenza che può leggersi in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, Roma, 1991, pp.302 ss., con nota di ORGA L.), nonché alla sentenza emessa dalla stessa Pretura di Torino il 30 luglio 1996, in cui si ribadisce che il dirigente che adibisce o mantiene un lavoratore al videoterminale senza adottare le opportune, e prescritte, misure preventive, anche in assenza e in precedenza all'adozione di una disciplina specifica in materia, quale quella introdotta con il d.lgs. n.626 del 1994, realizza una *conditio sine qua non* dell'astenopia e risponde quindi del reato di lesioni colpose (provvedimento giudiziario che può essere ritrovato in *Il lavoro nella giurisprudenza*, Milano, 1996, pp.912 ss., annotata da FOCARETA F., il quale rileva l'importanza della sentenza con attinenza ai criteri interpretativi proposti).

<sup>23</sup> TOSI E., *Utilizzo di videoterminali (vdt) e tutela dei lavoratori: normativa nazionale e direttiva CEE 90/270*, in *Archivio civile*, Piacenza, 1993, p.11.



fonti<sup>24</sup>. D'altronde, l'applicabilità di tali ultime normative, caratterizzate proprio dall'essere a carattere generale, rilevava, rispetto a tutti i tre fondamentali profili di prevenzione (e dunque riguardo sia alla prevenzione informativa che alla prevenzione primaria che a quella sanitaria<sup>25</sup>), già in un tempo passato caratterizzato dalla carenza nel nostro ordinamento di una normativa specifica in tema di sicurezza nel lavoro ai videoterminali. Dunque, se la sentenza emanata un decennio fa nel primo procedimento penale a ciò connesso (precisamente la sentenza emessa il 15 dicembre 1990 dalla Pretura di Torino<sup>26</sup>) ben esplicava l'obbligo ad attenersi a (e ad applicare) tali norme (e quindi come la supposta deregolamentazione fosse null'altro che apparente), assolutamente improponibili devono essere considerate ipotesi d'esclusione di ogni tutela per i casi non compresi nella tutela specifica di cui al titolo VI del d.lgs. n.626/94.

Inoltre, sempre in tema di "individuazione soggettiva", si ricordi, in merito, che nemmeno le modifiche apportate dalla legge 29 dicembre 2000, n.422, recante "disposizioni per l'adempimento di obblighi derivati dalla appartenenza dell'Italia alle Comunità europee", detta anche "legge comunitaria 2000", dettate proprio dalla necessità di adeguare talune norme all'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia CE con la sentenza 12 dicembre 1996 e ai rilievi mossi dalla Commissione CE in ordine al recepimento della direttiva 90/270/CEE (modifiche a cui comunemente si è dato, poi, ampio risalto) sono servite a disciplinare in modo davvero chiaro ed esauriente la

<sup>24</sup> In tema di responsabilità del lavoratore stesso, difatti, si evidenzia come questa sia sancita in molteplici ipotesi connesse a diverse inosservanze di doveri posti in capo a tale soggetto, e come ritrovi la sua fonte in molteplici provvedimenti normativi. Più nello specifico - concedendoci una breve parentesi di approfondimento - l'art. 5 del d.lgs. n.626 del 1994, nell'enunciare tutta una serie di obblighi posti in capo ai lavoratori, contempla tra l'altro l'obbligo a carico del lavoratore di segnalare immediatamente al datore di lavoro o al dirigente ovvero al preposto una condizione di pericolo di cui venga a conoscenza (o di cui era tenuto a venire a conoscenza in relazione alla sua professione) e, nel caso d'impossibilità di effettuare tale segnalazione, di astenersi dal lavoro per prevenire infortuni. A tal proposito, Cass. pen., 13 febbraio 2001, n.5893 (in *Igiene e sicurezza del lavoro.*, Milano, 2001, n.4, p.223 ss. e in *Diritto & pratica del lavoro*, Milano, 2001, n.12, p.832 ss.) o Cass. pen., 18 maggio 2001, n.20145 (in *Diritto & pratica del lavoro*, Milano, 2001, n.25, p.168 ss.), le quali precisano che tale obbligo di segnalazione sussiste con esclusivo riguardo alle carenze che si manifestano improvvisamente durante il lavoro e non con riguardo alle carenze preesistenti che il datore di lavoro avrebbe dovuto conoscere ed eliminare di sua iniziativa, indipendentemente dalla noncuranza o dalla relativa inerzia dei dipendenti. Identico è discorso in tema di oneri e responsabilità sancito dai d.P.R. n.457 del 1955 e d.P.R. n.164 del 1956 (artt. rispettivamente 4 e 3). Nell'art.3 del d.P.R. n.164 del 1956, in particolare, si indica esplicitamente il lavoratore come soggetto tenuto all'osservanza delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro nelle costruzioni disciplinate dal predetto d.P.R.

L'art.6 del d.P.R. n.547 del 1955, poi, prescrivendo anch'esso dei doveri in capo ai lavoratori, dispone, specificamente, alla lettera e), come essi non debbano compiere, di loro iniziativa, operazioni o manovre che non siano di loro competenza e che possano compromettere la sicurezza propria o di altre persone. La verifica sull'effettivo rispetto di tale prescrizione è criterio con cui si discerne responsabilità esclusiva o no del datore di lavoro: ove una condotta conforme al rispetto di tale norma non possa considerarsi avvenuta da parte del lavoratore si avranno profili di responsabilità concorrente tra datore e prestatore di lavoro.

<sup>25</sup> In proposito, LEBRA A., *Videoterminali: interviene il Pretore*, in *Diritto & pratica del lavoro*, Milano, 1990, pp.536 ss.

<sup>26</sup> Già citata alla nota 61. Può leggersi pure in *Diritto & pratica del lavoro*, Milano, 1990, pp.590 ss.

materia. Più precisamente, se l'art.21, lett. a) della legge ha contribuito al superamento di taluni problemi in concreto verificatisi (mediante la sostituzione - ferma la previsione di cui all'art.54 del d.lgs n.626/94 sulla modalità di svolgimento della prestazione quotidiana che trova, con la riforma, applicazione non più nella generalità dei casi come in precedenza, ma solo nel suo specifico proprio ambito - della definizione del lavoratore interessato alla disciplina sui videoterminali con la dizione di "lavoratore che utilizza un'attrezzatura munita di videoterminali, in modo sistematico o abituale, per venti ore settimanali" - dedotte le interruzioni appositamente previste a norma di legge -, in luogo di quella data dall'art.51, comma 1°, lettera c) del d.lgs n.626/94, il quale, in maniera caotica e con espressione ambigua, stabiliva che il tempo di lavoro necessario e sufficiente per tale riconoscimento era di quattro ore consecutive giornaliere, per tutta la settimana lavorativa, per cui era assai facile eludere la disciplina di tutela, bastando a tal proposito che il lavoratore pure solo un giorno della settimana fosse adibito a lavoro su videoterminale per un tempo inferiore alle dette quattro ore, o anche soltanto che ciò fosse dichiarato), tuttavia non si è provveduto in merito alla risoluzione specifica di tanti altri problemi, così come è stata esclusa la predisposizione di un criterio alfine tanto efficace da poter e dover essere utilizzato per tutti, insomma di un astratto criterio risolutivo generale. Per di più, altre previsioni della legge 422/00 segnano un vero e proprio arretramento nei termini di possibilità di effettivo riscontro di quanto generalmente (e genericamente) sancito in materia di igiene e di sicurezza sul lavoro. Infatti, primo ma non principale punto, la lettera b) dell'art.21, modificando il comma 3° dell'art.55 del d.lgs n.626/94, innalza l'età (da quarantacinque a cinquanta anni) stabilita per la frequenza biennale delle visite obbligatorie di controllo (mentre per età inferiori la periodicità è quinquennale). In secondo luogo, modifica ancor più rilevante, la lettera c) dell'art.21, sostituendo l'art.58 del d.lgs n.626/94, afferma che la conformità alle prescrizioni minime di cui all'allegato VII del d.lgs n.626/94 - in tema di attrezzature (schermo, tastiera, piano di lavoro, sedile di lavoro), ambiente (spazio, illuminazione, riflessi e abbagliamenti, rumore, calore, radiazioni, umidità) e interfaccia elaboratore/uomo (adeguatezza, facilità e simili) - riguarda solamente i posti di lavoro dei lavoratori di cui all'art.51, comma 1°, lettera c) dello stesso decreto, e cioè, nella nuova formulazione, esclusivamente le postazioni su cui lavorerebbe colui che raggiunge le venti ore lavorative su videoterminale. Problemi in merito sorgono, evidentemente, sull'effettiva conoscibilità di quali postazioni siano effettivamente usate in un modo o in un altro, da un lavoratore "per lungo tempo" o "per tempo limitato" su *vdT*, da cui viene

spontanea la critica per la mancata scelta in materia di videoterminali (che sarebbe obbligatoriamente dettata da una logica di semplice buon senso) di legare le norme sulla prevenzione all'attrezzatura in quanto tale, di sancire i requisiti minimi di legge a prescindere dal suo utilizzo preventivato<sup>27</sup>. Si aggiungano a ciò anche certe "forzature" contenute in talune circolari d'annotazione alla legge, le quali, pur basandosi, per alcune affermazioni, su principi di assoluta ragionevolezza, e di cui nessuno può non tenerne conto, hanno adottato sul tema una formulazione in termini eccessivamente rigidi e insieme vaghi, tanto da rendere più che plausibili abusi sul punto. Si rilegga, ad esempio, quanto scritto nella circolare 25 gennaio 2001, n.16, prodotta dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale, Direzione generale rapporti di lavoro, la quale, di fronte ad una legge in questo chiara, che non prevedeva norme e momenti transitori e ciò appariva evidente frutto di scelta, recitava che il conseguimento del rispetto di quanto dalla nuova normativa previsto da parte dei datori di lavoro, sia pubblici<sup>28</sup> che privati, avrebbe richiesto "necessari tempi tecnici oggettivamente inevitabili per l'adeguamento alle nuove disposizioni, tempi tecnici dei quali gli organi di vigilanza non potranno non tenere conto".

Peraltro, si rileva parallelamente che si pone un problema di coordinamento tra le specifiche disposizioni in materia di *vdT* inerenti ai tempi di lavoro, ovverosia, alle previsioni relative alle pause, e il disposto di cui all'art.19, comma secondo, del decreto legislativo n.66 dell'8 aprile 2003, attuativo delle direttive 93/104/Ce e 2000/34/Ce (modificativa della prima) e disciplinante i profili di disciplina del rapporto di lavoro connessi all'organizzazione dell'orario di lavoro, norma che sancisce, genericamente, l'abrogazione di tutte le disposizioni legislative e regolamentari nella materia disciplinata dal decreto medesimo. Ad una frettolosa e superficiale lettura, difatti, potrebbe negarsi la sopravvivenza della norma di garanzia per i lavoratori videoterminalisti, con conseguente involuzione da un punto di vista della tutela della salute, perché le pause certamente rientrano tra gli oggetti di cui il provvedimento tratta. Il pericolo, tuttavia, è scongiurato dalla semplice osservazione che, trattandosi detta norma di disposizione speciale (pur se preesistente), per ciò stesso è insuscettibile d'abrogazione da parte di una disciplina generale (sebbene successiva)<sup>29</sup>. Tra l'altro, la direttiva 93/104/Ce, all'art.18, paragrafo

<sup>27</sup> In tal senso: MASCARETTI E., *Appunti sul lavoro al videoterminale*, in <http://www.rinascita.it/mascaretti/commento.htm>.

<sup>28</sup> In proposito, ricordiamo, diretta in particolare alle pubbliche amministrazioni, la circolare 20 aprile 2001, n.5, emanata dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento della funzione pubblica.

<sup>29</sup> Per altre ipotesi interpretative atte comunque ad escludere l'abrogazione di questa come di altre discipline speciali a seguito del d.lgs. n.66/03, si rinvia a: LECCESE V., *La nuova disciplina dell'orario di lavoro (d.lgs. n.66/2003)*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti*, Bari, 2004, pp.197 ss.

terzo, esplicitamente poneva una clausola di non regresso: l'obbligo di attuazione della medesima era comunque congiunta a un divieto di arretramento del livello generale di protezione dei lavoratori. Tantomeno sarebbe così consentita l'eliminazione della norma attinente alle suddette pause, la quale poi era essa stessa stata emanata in adempimento di altra direttiva comunitaria, rivestita di particolari finalità.

Pertanto, all'inadeguatezza funzionale dell'ordinamento italiano – per cui solo di recente e, quindi, con grande ritardo rispetto all'urgente gravità e spinosità della questione sono stati prodotti parziali, e certo non sufficienti, documenti chiarificatori, sia per il riconoscimento del soggetto destinatario della normativa di protezione, sia per l'individuazione dei mezzi idonei e delle modalità adatte a costituire tale protezione (su cui il decreto 2 ottobre 2000, "Linee guida all'uso dei videoterminali", emanato dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale di concerto con il Ministero della sanità), i quali auspichiamo possano perlomeno costituire il segno di una sensibilità finalmente diversa nell'affrontare il problema - ne è corrisposta una propria della giurisprudenza nel nostro paese, la quale pare essersi consolidata su di un'interpretazione superficiale e scorretta, non rispondente, in ogni modo, a criteri validi e precisi. Si ricordi, tra l'altro, che già in passato altre pronunce, sempre in sede di giudice del lavoro si erano poste in contrasto con il raggiungimento di una tutela effettiva della salute dei lavoratori, avendo escluso l'obbligo della modifica delle mansioni dell'infortunato in conformità delle sue mutate condizioni, ciò, inoltre, in contrasto con quanto disposto dall'art.19 della raccomandazione OIL 156/1977 e dall'art.11 della convenzione Oil 148/1977, sulla tutela del lavoro avverso i pericoli insiti nell'inquinamento dell'aria e della sottoposizione a rumori nel luogo di lavoro<sup>30</sup>. Anche se, peraltro, pronunzie diverse, soprattutto in tema d'ammissibilità di ricorso (per di più collettivo) a provvedimenti d'urgenza sul piano civile (*ex art.700 c.p.c.*) già avevano favorevolmente inciso sul bisogno di risposte effettive alla domanda sociale di tutela della salute nell'azienda informatizzata, sostituendosi nel concreto ad inadeguatezze tanto legislative che sindacali<sup>31</sup>. In ogni modo - è da dire - pure i limiti della predetta produzione legislativa hanno sicuramente favorito il rafforzamento della non condivisibile posizione giurisprudenziale, nel caso dell'indennità 'meccanografica' considerata, pur se compito di ogni pregevole operatore del diritto

---

<sup>30</sup> Ci riferiamo, ad esempio, alla sentenza emessa l'8 giugno 1983 dalla Pretura di Bergamo o a quella prodotta il 6 marzo 1979 dal Tribunale di Torino. Possono rileggersi, rispettivamente, in *Assistenza sociale*, Roma, 1984, pp.64 ss. e in *Notiziario della giurisprudenza del lavoro*, Roma, 1980, pp.961 ss.

<sup>31</sup> ROSSI A., *I nuovi rischi per la salute dei lavoratori. Tutela previdenziale e tutela preventiva nella più recente giurisprudenza*, in *Foro italiano*, Bologna, 1988, p.1038.

dovrebbe essere quello di un più puntuale discernimento di ciò che l'intero ordinamento, nella sua necessaria completezza, pretende.

In definitiva, soffermarsi sulla specifica questione della cosiddetta indennità meccanografica, il cui punto di partenza è rilevato da quell'ambiguità terminologica (la quale era ancora in un'espressione tradizionale, che riguardava ma non era certo espressa in linguaggio algoritmico) ben rappresenta una sorta di pretesto per intravedere sullo sfondo più gravi argomenti incidenti tutti sulla salvaguardia del bene della salute e della sicurezza del lavoratore, ma pure sul rispetto *tout court* del diritto e delle sue regole. In una (pur limitata, ma imprescindibile) opera d'esegesi dei relativi testi normativi con uno sguardo alla loro (corretta o no) esecuzione, i poco chiari e talvolta confliggenti rapporti tra giustizia comunitaria e normativa interna, così come le questioni tutte attinenti a presunte (o presumibili) violazioni relative alla gerarchia delle fonti (la disposizione regolamentare deve adeguarsi a tutte le norme di rango superiore e non a una sola di esse, come a quella che prevede l'indennità meccanografica escludendo poi le norme a tutela della salute, le quali comunque dovrebbero essere rispettate dalla norma regolamentare e contrattuale in quanto la relativa finalità è rafforzata dal dettato costituzionale) danno chiaramente la misura dei dubbi presenti riguardo all'alterazione dei legittimi procedimenti di produzione normativa o, con più puntualità, alle discrepanze riscontrabili sul terreno dei doverosi rapporti tra tali produzioni.

La predetta indennità, inoltre, ci riporta all'evidenza di un dato frutto di una criticabile opzione pur in declino, ma i cui risultati sono tuttora – discutibilmente - applicati. Tale indennità, difatti, può essere certo definita come una mera "liquidazione" non dei danni, ma degli stessi rischi alla salute del lavoratore. Rischi, precisiamo, ben concreti, stante la certezza di un inevitabile logorio, tanto da rendere necessario un rapporto (o, almeno, un confronto) con i lavori cosiddetti usuranti. Ciò, solo in parte attutito dalle pause e dalle rotazioni previste. Complice, anzi vero e proprio coartefice, il Sindacato, spesso volto (per di più con una sorprendente mancanza di lungimiranza) ad assecondare maggiormente le (pur comprensibili) richieste e pressioni mosse dai "bassi istinti", piuttosto che a farsi reale portatore e vero realizzatore di quegli interessi generali, e non di quelle singole volontà, di cui dovrebbe, inevitabilmente, essere il "naturale" rappresentante. Insomma, invece di contribuire a quell'opera di "adeguamento del lavoro all'uomo" (secondo, del resto, anche i soventi e gli espressi richiami del legislatore, il quale la riconosce come compito riservato pure alla contrattazione collettiva), le Oo. Ss. paiono piuttosto essere inclinate verso una compensazione tra gratificazione economica e

intollerabili disagi sul lavoro. Previsione migliorative delle condizioni di lavoro contenute in taluni contratti collettivi servono in parte a riequilibrare tale dato, pur senza poter appieno nobilitare la tendenza.

Un'ulteriore riflessione ci preme condividere. Da quanto suesposto, notiamo quel che potremmo definire come un aspetto inedito di una dinamica tipica nel diritto penale del lavoro: al tradizionale, classico problema dell'individuazione del soggetto responsabile del reato occorso in un luogo e in un'occasione di lavoro, in questo caso si affianca (non certo si sostituisce) il problema della corretta definizione e del puntuale riconoscimento della persona offesa (della vittima del reato). Tuttavia, mentre la prima questione, dell'esatto scernimento delle distinte responsabilità penali, registra notevoli progressi dati da un'accorta evoluzione giurisprudenziale, la quale giustamente (ed inevitabilmente) si muove in un'ottica ampia, d'inclusione piuttosto che d'esclusione<sup>32</sup>, mai scadendo in un "luddismo giuridico"<sup>33</sup>, la seconda questione vede i rispettivi (e forse anche congeniti) ostacoli farsi più corposi proprio a seguito dell'intervento della giurisprudenza, che, pur riscontrandosi principalmente in sede civile, è in ogni modo destinato a poter spiegare taluni suoi effetti e a costituire comunque una sorta di precedente anche in quella penale. L'omessa qualificazione di un lavoratore come facente parte di una "categoria" cui sono riservate specifiche tutele e per cui è previsto un particolare trattamento è elemento che certamente si muove non in direzione d'un riconoscimento, ma di un disconoscimento, pure processuale (in ogni sede) di diritti e protezioni astrattamente spettanti. Se la qualifica di *videoterminalista* viene esclusa dalla giurisprudenza del lavoro, tale esclusione verrà poi certamente invocata anche in sede penale, ove ci si sentirà indotti ad avvalersi solamente delle tutele generali e non di quelle specifiche relative alla qualifica stessa.

---

<sup>32</sup> Sul tema sia consentito il rinvio a: PASCALI M., *Profili di inadeguatezza in sanzioni penali del lavoro (ed esigenze di interpretazione sistematica)*, in *Il diritto del lavoro*, Roma, 2004, pp.171 ss.

<sup>33</sup> Cfr. ROSSI A., *La salute dei lavoratori nell'azienda informatizzata: contraddizioni del sistema di assicurazione obbligatoria contro infortuni e malattie professionali e prospettive generali di tutela*, in *Foro italiano*, Bologna, 1986, p.1047.

## **La comunità degli Stati africani di fronte ai rovesciamenti illegittimi di governo: il golpe in Mauritania del 3 agosto 2005.**

di Simona Mariconda<sup>1</sup>

**Sommario:** 1. Il colpo di stato del 3 agosto 2005 in Mauritania: uno spunto per riflettere sul difficile cammino dei Paesi africani verso la democrazia; 2. I rovesciamenti illegittimi di governo in diritto internazionale: inesistenza di una norma che imponga una reazione istituzionalizzata a tali cambiamenti di regime; 3. L'atteggiamento degli Stati africani di fronte al verificarsi di colpi di stato: la Carta dell'Unione Africana e la condanna dei cambi illegittimi di governo; 4. Conclusioni.

### **1. Il colpo di stato del 3 agosto 2005 in Mauritania: uno spunto per riflettere sul difficile cammino dei Paesi africani verso la democrazia**

Il 3 agosto del 2005 il Presidente della Mauritania Maaouya Ould Taya è stato illegittimamente spodestato da un colpo di stato ad opera dei militari comandati dal colonnello Vall, capo della sicurezza nazionale, e dal colonnello Aziz, comandante della guardia presidenziale.

Taya aveva preso a sua volta il potere con un colpo di stato nel 1984, e da allora aveva governato il Paese favorendo, nella distribuzione di incarichi e ricchezze, gli appartenenti al clan smasside (la maggioranza araba bianca, cui si contrappone una minoranza nera discendente dagli schiavi). Dopo diversi tentativi di rovesciarne il governo, i golpisti sono infine riusciti nel loro intento, evitando ogni spargimento di sangue. Approfittando dell'assenza del Presidente dal Paese, hanno occupato prima la radio e la televisione e poi il palazzo presidenziale, diffondendo un comunicato in cui hanno annunciato sia l'intenzione di rispettare i trattati internazionali che vincolano la Mauritania, sia quella di condurre il Paese alla democrazia entro due anni attraverso lo svolgimento di libere elezioni.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Dottore di Ricerca in Diritto Internazionale presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

<sup>2</sup> Nel comunicato diffuso dai golpisti si legge che "Les Forces Armées et de Sécurité ont unanimement décidé de mettre fin aux pratiques totalitaires du régime déchu dont notre peuple a tant souffert ces dernières années. Ces pratiques ont engendré une dérive dangereuse pour l'avenir du pays. A cet effet, les Forces Armées et de Sécurité ont décidé de la mise en place d'un Conseil Militaire pour la Justice et la Démocratie. Ce Conseil s'engage devant le peuple mauritanien à créer les conditions favorables d'un jeu démocratique ouvert et transparent sur lequel la société civile et les acteurs politiques auront à se prononcer librement. Les Forces Armées et de Sécurité n'entendent pas exercer le pouvoir au delà d'une période de deux ans, jugée indispensable pour la préparation et la mise en place de véritables institutions démocratiques. Le Conseil Militaire pour la Justice et la Démocratie s'engage en fin à respecter tous les traités et conventions

Il giorno seguente al golpe la giunta militare ha proclamato nuovo Capo di Stato il colonnello Vall, mentre come Primo Ministro è stato designato un civile, Mohamed Ould Boubacar. Il Consiglio Militare di Giustizia e Democrazia ha poi annunciato lo svolgersi entro un anno di un referendum per apportare delle modifiche alla costituzione, e immediatamente dopo lo svolgersi di elezioni legislative. Alla fine del mese di agosto, il governo ha poi richiesto l'aiuto dell'ONU per l'organizzazione ed il monitoraggio delle elezioni.<sup>3</sup>

Questi avvenimenti hanno portato alla ribalta la questione dell'atteggiamento della comunità internazionale di fronte ai rovesciamenti illegittimi di governo, e allo stesso tempo della scarsa presenza di regimi democratici nel continente africano.

Ci proponiamo pertanto, dopo aver passato brevemente in rassegna lo stato del diritto internazionale generale in materia, di indagare circa l'esistenza di un atteggiamento comune, da parte degli Stati africani, nei confronti dei colpi di stato nel continente.

## **2. I rovesciamenti illegittimi di governo in diritto internazionale: inesistenza di una norma che imponga una reazione istituzionalizzata a tali cambiamenti di regime**

La comunità internazionale ha avuto modo di confrontarsi più volte, negli ultimi anni, con la questione dei rovesciamenti illegittimi di governo. È opinione ormai consolidata quella secondo cui il tipo di governo adottato da uno Stato sia una questione che attiene esclusivamente alla *domestic jurisdiction* dello Stato stesso, né l'interesse recente verso il principio democratico sembra aver modificato tale opinione.<sup>4</sup> Di conseguenza, è possibile affermare che non esiste, nel diritto internazionale generale e neppure in quello pattizio, un obbligo per gli Stati di governare in maniera democratica i propri sudditi. Non può neppure dirsi esistente, pertanto, una norma internazionale generale in virtù della quale esisterebbe un diritto di intervenire contro un governo insediatosi illegittimamente. Del resto, un intervento del genere costituirebbe un'eccezione ad un principio ormai indiscutibilmente affermato quale il divieto di uso della forza. Qualora venisse poi ammessa l'esistenza di una siffatta norma, essa condurrebbe

---

internationaux ratifiés par la Mauritanie. Le Conseil Militaire pour la Justice et la Démocratie. Nouakchott le 03 août 2005".

<sup>3</sup> Va sottolineato che la popolazione civile ha manifestato un notevole favore nei confronti del colpo di stato, anche grazie al fatto che molti oppositori del precedente regime, incarcerati, sono stati liberati.

<sup>4</sup> Sulla rilevanza del principio democratico nel diritto internazionale contemporaneo si veda Fox, G. H., Roth, B. R. (eds.) *Democratic governance and international law*. Cambridge University Press, 2000.



sicuramente ad interpretazioni abusive da parte degli Stati più potenti in difesa di propri interessi. La strada migliore sembra essere quella di creare un obbligo internazionale attraverso cui gli Stati si impegnano a rispondere della loro condotta nei confronti dei propri cittadini. Come è stato fatto osservare, "It is far better to pursue this course than to legitimize armed interventions that bring death and destruction and rarely, if ever, produce freedom and self-rule in the invaded land".<sup>5</sup>

Deroghe a questo divieto di intervento sono state tuttavia invocate in alcuni casi della prassi dagli Stati Uniti, per fini che sono sempre stati chiaramente legati a considerazioni di opportunità politica, come nei casi di Grenada e Panama.<sup>6</sup>

Anche in dottrina non sono mancati Autori che si sono fatti promotori dell'opportunità di un intervento da parte della comunità internazionale nei casi di colpi di stato, pur esprimendo il loro convincimento circa la necessità che si tratti comunque di reazioni istituzionalizzate (principalmente mediante l'ONU). Un colpo di stato danneggia infatti la democrazia, violando i fondamentali diritti umani riconosciuti nella Carta di S. Francisco e in numerosi altri strumenti internazionali: le sue conseguenze sono anche suscettibili di attentare alla pace e alla sicurezza internazionale. Peraltro, la reazione istituzionalizzata non deve essere necessariamente realizzata attraverso l'invio di truppe armate, anche se tale ipotesi non viene esclusa.<sup>7</sup> Altri hanno addirittura avanzato la proposta di creare, attraverso un apposito trattato internazionale, l'obbligo per tutti gli Stati di giudicare come criminali gli autori di rovesciamenti illegittimi di governo, sottoponendoli a pene detentive non inferiori ai 5 anni (con in più l'inserimento della clausola "aut dedere aut judicare").<sup>8</sup>

<sup>5</sup> O. SCHACHTER, *Is there a right to overthrow an illegitimate regime?*, in *Le droit interne au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*. Paris 1991. p. 30.

<sup>6</sup> Si tratta di due interventi armati realizzati dagli U.S.A. rispettivamente nel 1983 e 1989. Entrambi furono giustificati anche facendo ricorso alla necessità di ripristinare dei governi illegittimamente spodestati. In realtà, in ambedue i casi tale motivazione era del tutto marginale, trattandosi di interventi guidati principalmente da considerazioni di carattere politico. Si vedano sull'argomento rispettivamente: L. DOSWALD-BECK, *The legality of the United States intervention in Grenada*. 31 *Netherlands International Law Review* 1984, 355; C. C. JOYNER, *The United States action in Grenada. Reflections on the lawfulness of invasion*. 78 *American Journal of International Law* 1984, 131 e A. D'AMATO, *The invasion of Panama was a lawful response to tyranny*. 84 *American Journal of International Law* 1990, 516 (quest'Autore propende per la legittimità dell'intervento); L. HENKIN, *The invasion of Panama under international law: a gross violation*. 29 *Columbia Journal of Transnational Law* 1991, 293.

<sup>7</sup> A. MINDUA, *L'ONU face aux coups d'état militaires et aux gouvernements non-démocratiques*. 6 *African Journal of International and Comparative Law* 1994, 209. Della stessa opinione è anche L. E. FIELDING, *Taking the next step in the development of new human rights: the emerging right of humanitarian assistance to restore democracy*. 5 *Duke Journal of Comparative and International Law* 1995, 329.

<sup>8</sup> R. EZETAH, *The right to democracy: a qualitative inquiry*. 22 *Brooklyn Journal of International Law* 1996-1997, 495.

Nella dottrina anglosassone, in particolare, si ritiene che l'accordo possa servire come strumento di garanzia nei confronti dei rovesciamenti illegittimi di governo, cioè che due o più Stati possano concordare in maniera convenzionale un intervento armato per ripristinare un governo spodestato da un colpo di stato.<sup>9</sup>

Anche le Nazioni Unite si sono interessate al fenomeno dei colpi di stato nei confronti di governi eletti democraticamente, intervenendo concretamente a tutela di un governo eletto democraticamente in tre casi, rispettivamente quello del Burundi (1993, con un secondo golpe nel 1996), di Haiti (1994) e della Sierra Leone (1998). Non potendo esaminare approfonditamente in questa sede ciascuno di essi, basterà ricordare che si è trattato, nei casi di Haiti e della Sierra Leone, di veri e propri interventi armati da parte dell'Organizzazione, mentre in Burundi l'intervento è stato solo di tipo politico, attraverso l'adozione di risoluzioni di condanna da parte dell'Assemblea Generale ed espressioni analoghe da parte del Presidente del Consiglio di Sicurezza.<sup>10</sup>

Sebbene molti Autori abbiano salutato tali interventi come l'avvio di una prassi destinata a modificare l'atteggiamento dell'Organizzazione nel settore della tutela dei valori democratici, così non è stato perché questa stessa prassi non ha avuto seguito: in molti casi analoghi infatti il Consiglio di Sicurezza non è intervenuto, o ha demandato l'intervento ad altri organi come l'Assemblea Generale e la Commissione dei Diritti Umani. Non è possibile pertanto ricostruire l'esistenza di una norma consuetudinaria che imponga all'Organizzazione di reagire in un modo determinato di fronte al verificarsi di eventi di questo tipo.

E' stato però fatto notare che gli atti non vincolanti emanati dall'Organizzazione in occasione del golpe in Burundi contengono elementi significativi: in primo luogo, permettono di stabilire che il rovesciamento illegittimo di un governo democratico

---

<sup>9</sup> Per una rassegna particolarmente completa sulla questione si veda D. WIPPMAN, *Treaty-based intervention: who can say no?* 62 *University of Chicago Law Review* 1995, 607. L'argomento in realtà non presenta risvolti pratici di rilievo, ma secondo WIPPMAN il crescente consenso internazionale nei confronti dell'affermazione del principio democratico potrebbe presto spingere un gruppo di Stati a concludere un accordo che legittimi l'intervento armato in uno degli Stati parte, qualora il suo governo democratico venga illegittimamente rovesciato (ad esempio, a livello regionale ciò potrebbe verificarsi sia tra gli Stati membri dell'OSA che dell'OSCE), *op. cit.* p. 670.

<sup>10</sup> Sull'intervento ad Haiti si veda per tutti O. CORTEN, *La Résolution 940 du Conseil de sécurité autorisant une intervention militaire en Haiti: l'émergence d'un principe de légitimité démocratique en droit international?* 6 *European Journal of International Law* 1995; sulla Sierra Leone K. NOWROT, E. W. SCHABACKER, *The use of force to restore democracy: international legal implications of the ECOWAS intervention in Sierra Leone*. 14 *American University International Law Review* 1998-1999. Con riguardo al Burundi invece secondo LAGHMANI il fatto che in questo caso, verificatosi parallelamente a quello di Haiti, sia intervenuta soltanto l'AG con una risoluzione di condanna, e non anche il CdS, dimostra l'esistenza di un *double standard* all'interno dell'ONU. S. LAGHMANI, *Vers une légitimité démocratique?*, in Ben Achour, R., Laghmani, S. *Les nouveaux aspects du droit international*, Rencontres Internationales de la Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis, 14-16 avril 1994.

costituisce, per il Consiglio di Sicurezza, un atto illegale; in secondo luogo, che tale atto illegale permette agli organi dell'ONU di esigere (secondo la terminologia usata sia dall'Assemblea Generale che dal Consiglio di Sicurezza) l'immediato ripristino del governo democratico; infine, l'esistenza di un nesso tra interruzione di un procedimento democratico e la minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale. Anche nel caso della Mauritania, il portavoce del Segretario Generale ha dichiarato, immediatamente dopo la notizia dell'avvenuto colpo di Stato, che "Le Secrétaire général condamne toute tentative de changement inconstitutionnel de Gouvernement qui surviendrait dans quelque pays que se soit. Il réitère que les différends de nature politiques devraient être réglés de manière pacifique à travers le processus démocratique".<sup>11</sup>

Attualmente, si può però correttamente affermare che in diritto internazionale viene dato rilievo esclusivamente al fatto che un governo eserciti la propria autorità in maniera *effettiva* sulla propria popolazione:<sup>12</sup> prova ne è data dal fatto che le relazioni, sia diplomatiche che economiche, che intercorrono tra gli Stati prescindono da considerazioni circa la democraticità dei rispettivi governi, nonché sul modo in cui gli stessi governi hanno preso il potere. Eccezioni possono aversi però qualora lo Stato sia vincolato a mantenere un regime democratico dal rispetto di un accordo, o da una consuetudine regionale, o dall'appartenenza ad un'Organizzazione regionale.<sup>13</sup>

### **3. L'atteggiamento degli Stati africani di fronte al verificarsi di colpi di stato: la Carta dell'Unione Africana e la condanna dei cambi illegittimi di governo**

Il continente africano si è trovato purtroppo ad affrontare più volte negli ultimi anni la questione dei colpi di stato: tali avvenimenti sono peraltro potenzialmente dannosi perché rischiano di introdurre ulteriori elementi di instabilità in regioni spesso già interessate da conflitti etnici o interstatali, e comunque da una diffusa povertà.

Consapevole della pericolosità di tali situazioni, l'Organizzazione per l'Unità Africana (OUA, l'Organizzazione che fino al 2001 ha riunito tutti gli Stati del continente, e a cui è

---

<sup>11</sup> United Nations, New York, 3 August 2005 - Statement Attributable to the Spokesman for the Secretary-General on Mauritania - English and French versions. Il testo è disponibile sul sito [www.un.org](http://www.un.org).

<sup>12</sup> Secondo DOSWALD BECK, peraltro, il fatto che un governo prenda illegittimamente il potere non implica che stia violando il diritto all'autodeterminazione del popolo: "[...] the people of a State is not generally considered to be deprived of its right to self-determination by virtue of a government imposed by a *coup d'état* or single-party rule [...]" L. DOSWALD BECK, *The legal validity of military intervention by invitation of the government*. 56 British Yearbook of International Law 1985, p. 203.

<sup>13</sup> S. TALMON, *Who is a legitimate government in exile? Towards normative criteria for governmental legitimacy in international law*, in *The reality of international law. Essays in honour of Ian Brownlie*. Clarendon Press, Oxford 1999.

succeduta l'Unione Africana, UA) è intervenuta più volte condannando apertamente il manifestarsi di tali rovesciamenti illegittimi di governo.

Nel 1993 un colpo di stato in Burundi ha rovesciato il governo democraticamente eletto del Presidente Melchior Ndadaye, con un successivo spargimento di sangue dovuto alla presenza di un conflitto interetnico. L'OUA è intervenuta tempestivamente condannando la situazione, così come ha fatto qualche anno dopo in Sierra Leone (1997).

Ciò ha fatto pensare che l'Organizzazione stesse cominciando a sviluppare una politica specifica contro i colpi di stato, attuando il non riconoscimento dei governi giunti al potere in modo illegittimo. In realtà questa previsione è stata disattesa perché ad esempio, quasi in concomitanza col golpe in Sierra Leone, se ne verificò uno in Congo Brazzaville senza che vi fosse alcun intervento dell'OUA. È stato quindi osservato che ad un avvio promettente non ha fatto seguito un atteggiamento fermo e coerente da parte dell'Organizzazione, e gli avvenimenti più recenti dimostrano purtroppo che i colpi di stato continuano a verificarsi con una certa frequenza nel continente.<sup>14</sup> Di fronte ad essi l'atteggiamento dell'OUA, lungi dall'essere risolutivo, è stato talvolta addirittura inesistente, come è accaduto per il golpe in Burundi nel 2001, mentre nel successivo episodio che ha interessato la Costa d'Avorio l'Organizzazione si è limitata a condannarlo.

L'impegno degli Stati africani contro i rovesciamenti illegittimi di governo ha comunque trovato una delle sue massime espressioni proprio all'interno dell'OUA, con l'adozione nel 1999 della decisione di Algeri da parte dell'Assemblea dell'Organizzazione, nella quale venne stabilito che gli Stati membri i cui governi fossero giunti al potere con mezzi incostituzionali avrebbero dovuto ristabilire una situazione di legittimità. Ancor più rilevante è la "Declaration sur le cadre pour une réaction de l'OUA face aux changements anticonstitutionnels de gouvernement", adottata a Lomé nel 2000, nel corso della 36esima sessione della Conferenza dei Capi di Stato e di Governo africani.<sup>15</sup> In essa i rappresentanti degli Stati membri esprimono la loro preoccupazione di fronte alla ricomparsa del fenomeno dei colpi di stato nel continente, riconoscendo che tale situazione costituisce una minaccia alla sua pace e sicurezza, nonché per il processo di democratizzazione in corso. Essa viola inoltre i principi fondamentali dell'Organizzazione: riconosciuto che il buon governo, la trasparenza e la tutela dei diritti umani sono essenziali per garantire governi rappresentativi e stabili, dalla cui esistenza deriva anche

---

<sup>14</sup> K. O. KUFUOR, *The OAU and the recognition of governments in Africa : analyzing its practice and proposals for the future*. 17 *American University International Law Review* 2001-2002, 369.

<sup>15</sup> AHG/Decl.5 (XXXVI) adottata a Lomé nel 2000 nel corso della 36esima sessione dell'Assemblea svoltasi dal 10 al 12 luglio.

la prevenzione dei conflitti, i Capi di Stato e di Governo hanno quindi deciso di fissare le linee base per la risposta dell'OUA nei confronti di rovesciamenti illegittimi di governo. Un'operazione di questo genere è stata infatti ritenuta opportuna per ragioni di sistematicità, piuttosto che invocare di volta in volta le diverse dichiarazioni adottate dall'Organizzazione su quest'argomento.

Si è deciso di definire anche cosa debba intendersi per cambiamento incostituzionale di governo: "i) un coup d'état militaire contre un gouvernement issu d'élections démocratiques; ii) une intervention de mercenaires pour renverser un gouvernement issu d'élections démocratiques; iii) une intervention de groupes dissidents armés et de mouvements rebelles pour renverser un gouvernement issu d'élections démocratiques; iv) le refus par un gouvernement en place de remettre le pouvoir au parti vainqueur à l'issue d'élections libres, justes et régulières".

Qualora si verifichi una di queste ipotesi, il Presidente dell'Organizzazione e il Segretario Generale sono tenuti a condannarla immediatamente e pubblicamente, chiedendo l'immediato ripristino dell'ordine costituzionale. Nessuna azione illegale del regime usurpatore sarà riconosciuta dall'OUA, e gli sarà accordato un tempo massimo di sei mesi per ristabilire lo *status quo ante*. In questo periodo, il governo sarà sospeso dagli organi decisionali dell'Unione senza che questo lo dispensi dall'adempiere agli obblighi derivanti allo Stato dalla sua qualità di membro. Trascorsi i sei mesi senza che vi sia stata alcuna modifica della situazione, nonostante l'impegno diplomatico del Segretario Generale che pure viene esplicitamente previsto, verranno applicate altre sanzioni oltre alla sospensione (restrizioni commerciali, rifiuto di concedere il visto agli autori del colpo di stato, etc.), facendo sì che il peso di queste non debba ricadere sulla popolazione. Per rendere efficaci le sanzioni, è stato poi creato nell'ambito dell'Organo centrale del Meccanismo per la prevenzione, la gestione e la soluzione dei conflitti (Mechanism for Conflict Prevention, Management and Resolution) dell'Organizzazione un Sotto-Comitato per le sanzioni,<sup>16</sup> composto da cinque membri che hanno il compito di seguire il rispetto delle misure imposte, raccomandando agli organi decisionali dell'OUA le misure appropriate. Non risulta comunque che questa procedura sia mai stata applicata fino ad oggi, neanche dall'Unione Africana .

---

<sup>16</sup> La nascita di tale Organo centrale risale al 1993, quando fu creato il "Mechanism for Conflict Prevention, Management and Resolution" nel corso della 29esima sessione della Conferenza dei Capi di Stato e di Governo dell'OUA (28-30 giugno 1993). AHG/DECL.3 (XXIX).

L'UA ha peraltro dimostrato fin dalla sua nascita un interesse nei confronti dei valori democratici. Il suo trattato istitutivo pone come obiettivi, tra gli altri, la promozione dei principi e delle istituzioni democratiche, della partecipazione popolare e del buon governo, nonché dei diritti umani, secondo quanto stabilito dai più importanti strumenti normativi in materia, compresa la Carta Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli.

Nel Preambolo dello Statuto dell'Organizzazione i capi di Stato si dichiarano determinati nel promuovere e proteggere i diritti dell'uomo e dei popoli, e nel consolidare le istituzioni e la cultura democratica, assicurando il buon governo e il rispetto del principio della preminenza del diritto.<sup>17</sup> Al successivo art. 3, che elenca appunto gli obiettivi dell'Organizzazione, viene ripreso questo impegno. Il rispetto dei principi democratici rientra del resto, secondo l'articolo seguente, tra i principi che guidano l'attività dell'Unione: insieme ad esso vi sono il divieto della minaccia o dell'uso della forza tra gli Stati membri, la non interferenza da parte di un membro negli affari interni di un altro, la condanna di modifiche incostituzionali di governo. A tale ultima disposizione fa da riscontro l'art. 30, secondo il quale verrà esercitato un diritto di sospensione dalle attività dell'UA nei confronti dei governi che abbiano preso il potere con mezzi incostituzionali. L'art. 23 (2) prevede poi che ogni Stato che venga meno al rispetto delle decisioni e delle politiche dell'Unione possa essere assoggettato a sanzioni come l'interruzione dei trasporti e delle comunicazioni verso altri Stati membri, e altre misure di natura politica ed economica che saranno determinate dall'Assemblea (ossia l'Assemblea dei Capi di Stato e di Governo dell'UA).

Di fronte al verificarsi del colpo di Stato in Mauritania, l'Organizzazione ha dunque reagito immediatamente, sospendendo il Paese dalla partecipazione da tutte le attività dell'Organizzazione, fino al ripristino dell'ordine costituzionale. Tale misura è stata presa alla luce della decisione di Algeri del 1999, della "Declaration sur le cadre pour une réaction de l'OUA face aux changements anticonstitutionnels de gouvernement", adottata a Lomé nel 2000, nonché dei principi su cui si fonda l'Organizzazione stessa. Il Consiglio ha inoltre deciso di inviare una propria delegazione nel Paese, per avviare un dialogo con i golpisti in grado di favorire il ristabilirsi della normalità.<sup>18</sup>

Dopo aver incontrato il Presidente Vall e il Primo Ministro, gli inviati dell'Unione Africana hanno deciso di dare ai golpisti una possibilità per verificare la genuinità delle

---

<sup>17</sup> Il testo dello Statuto dell'Organizzazione, così come i documenti citati successivamente, sono reperibili sul sito ufficiale dell'Organizzazione: [www.africa-union.org](http://www.africa-union.org).

<sup>18</sup> Peace and Security Council 36<sup>th</sup> Meeting, 4 August 2005 Addis Ababa, Ethiopia, PSC/PR/Stat. (XXXVI)-(ii), disponibile sul sito ufficiale dell'Unione Africana [www.africa-union.org](http://www.africa-union.org).

loro intenzioni democratiche, avendo peraltro accertato il favore dimostrato dalla popolazione civile nei confronti del cambiamento di governo. Oluyemi Adeniji, Ministro degli Esteri della Nigeria e capo della delegazione dell'UA, ha affermato: "I am confident the new rulers will commit to the guarantees they made. The [regime] change was not only necessary but a popular one agreed unanimously by Mauritians".

Sorprendentemente, nel corso dell'incontro con i rappresentanti dell'Organizzazione lo stesso colonnello Vall ha affermato di essere in linea di principio con la condanna nei confronti del suo regime, ma di aver scelto l'unica strada che era a sua disposizione per modificare la situazione politica nel Paese, ripristinando la legalità.

Dopo aver ascoltato diversi membri della società civile, inclusi alcuni ambasciatori stranieri, i membri della missione dell'UA sono giunti ad una serie di conclusioni, che sono state presentate in un rapporto finale al Consiglio di Pace e Sicurezza: "The CMJD (ossia la giunta militare attualmente al potere) should honour its commitments; the issues raised should be supplemented by others, such as the return of the deportees, amnesty for all the Mauritians so that they could return without fear, the establishment of mechanisms guaranteeing civil liberties, the adoption of measures aimed at rebuilding the prestigious image of Mauritania; everything should be done to shorten the transitional period; the establishment of an Independent Election Commission; the preparation of credible voters' lists with the assistance of international expertise and the participation of international observers in different elections; the promotion of confidence-building measures for the political parties; the establishment of mechanisms to combat corruption, particularly the rampant corruption at all levels, which discourages investment".<sup>19</sup> Secondo Adeniji, in considerazione dell'appoggio dato dai diversi partiti politici del Paese all'operato dei militari, l'atteggiamento dell'UA dovrebbe essere di cooperazione nello svolgimento del processo di transizione verso la democrazia, e in particolare l'Organizzazione dovrebbe "[...] provide electoral assistance, encourage the dialogue and concertation which now prevail in the country, and to undertake any other activity that may facilitate the success of the transition within the shortest time possible,

---

<sup>19</sup> Peace and Security Council 37<sup>th</sup> Meeting, 8 September 2005 Addis Ababa, Ethiopia, PSC/PR/2/ (XXXVII) "Report of the Chairperson of the Commission on the situation in the Islamic Republic of Mauritania". Il programma del Consiglio Militare di Giustizia e Democrazia prevede una prima fase, della durata di circa 12 mesi, nel corso della quale andranno apportate alcune modifiche alla Costituzione per evitare possibili manipolazioni, col contributo dei partiti politici e della società civile. Tali modifiche verranno poi sottoposte a referendum popolare. La seconda fase, che durerà anch'essa 12 mesi, sarà dedicata alla preparazione delle elezioni: nessun membro del Consiglio sarà eleggibile, e tutti i Paesi con cui la Mauritania ha rapporti amichevoli sono invitati a inviare propri osservatori.

the advancement of the democratic process in Mauritania and the consolidation of the rule of law".

#### 4. Conclusioni

Da quanto fin qui osservato, ci sembra di poter concludere che l'UA testimonia, sia attraverso il proprio apparato normativo che con i suoi interventi concreti, un genuino interesse da parte degli Stati africani verso la diffusione dei valori democratici nel continente, e un interesse altrettanto forte verso la repressione e la condanna dei rovesciamenti illegittimi di governo. Per quanto riguarda il contenuto della norma pattizia, da una lettura sistematica della Carta dell'UA essa ci sembra riferirsi principalmente ad un impegno programmatico da parte dell'Organizzazione nel diffondere tra i propri membri una cultura democratica, che una volta radicata nelle istituzioni statali potrà fungere efficacemente da deterrente verso il verificarsi di colpi di stato. Del resto, dei 53 Stati che compongono il continente africano solo 13 possono attualmente dirsi democratici, mentre i restanti 40 sono piuttosto equamente ripartiti tra non democratici e parzialmente democratici.<sup>20</sup>

Per incentivare la diffusione della democrazia nel continente, secondo alcuni sarebbe auspicabile che l'Organizzazione dettasse anche delle linee guida circa il non riconoscimento dei governi.<sup>21</sup> Un sostegno concreto può provenire però anche dall'esterno: del resto, le maggiori potenze mondiali hanno una responsabilità diretta nei confronti dell'Africa, avendone sfruttato per secoli le risorse naturali senza curarsi delle conseguenze politiche. Anche il SG dell'ONU, nel suo Rapporto del 1998 sulla situazione del continente africano, riconobbe che "During the cold war [...] across Africa, undemocratic and oppressive regimes were supported and sustained by the competing super-Powers in the name of their broader goals but, when the cold war ended, Africa was suddenly left to fend for itself".<sup>22</sup> L'obiettivo cui si deve realmente mirare, perché anche in Africa la democrazia possa diffondersi come valore da rispettare ancor prima

---

<sup>20</sup> Dati forniti da "Freedom in the world 2004", il rapporto stilato dall'Organizzazione non governativa statunitense "Freedom House", che dal 1972 ogni anno misura il grado di libertà e democrazia di tutti gli Stati del mondo, classificandoli in *liberi*, *semiliberi* e *non liberi*. Il concetto di libertà e quello di democrazia sono, secondo l'ONG, strettamente legati tra loro. Uno Stato democratico è infatti, nella definizione di Freedom House, uno Stato libero, in cui si osservino i diritti umani fondamentali e il principio della preminenza del diritto. La distinzione tra Stati più o meno liberi permette sostanzialmente di ricostruire il diverso grado di democraticità raggiunto da un ordinamento statale. Più precisamente, 21 Stati africani rientrano nel novero dei non democratici, e 19 tra quelli parzialmente democratici. Tra i pochi Stati liberi, il Botswana, probabilmente l'unico a vantare una tradizione democratica più consolidata.

<sup>21</sup> K. O. KUFUOR, *op. cit.*

<sup>22</sup> Report del Segretario Generale delle Nazioni Unite "The causes of conflict and the promotion of durable peace and sustainable development in Africa". U.N. Doc. A/52/871, April 1998 par. 10.



che come norma giuridicamente vincolante, è a nostro avviso lo sviluppo di forme democratiche autonome, poiché la democrazia non è un valore che può essere esportato, ma deve nascere spontaneamente come scelta consapevole di una società, tenendo conto delle sue peculiarità anche sul piano culturale.

All'interno del Rapporto presentato dagli inviati dell'UA in Mauritania, viene poi avanzata una proposta concreta al fine di migliorare la risposta dell'Organizzazione di fronte ai colpi di stato: una revisione della Dichiarazione di Lomé, in cui tra le definizioni di "cambiamenti incostituzionali" venga incluso il caso in cui un governo al potere viola sistematicamente le disposizioni della Costituzione.

**Non imponibilità ai fini IVA dei servizi forniti dalla società madre alla stabile organizzazione- Brevi riflessioni sulle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale sul caso Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate - FCE Bank plc - ( Causa C-210/04)**

di Chiara Fontana<sup>1</sup>

**Sommario:** 1. Premessa; 2. Oggetto della controversia; 3. Contesto normativo e diversi orientamenti dell'Amministrazione finanziaria; 4. Le conclusioni dell'Avvocato generale; 5. Considerazioni conclusive.

**1. Premessa**

L'Avvocato Generale P. Lèger, rispondendo ad una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte di Cassazione italiana, relativamente ad una controversia che coinvolge la nostra amministrazione finanziaria ed una banca del Regno Unito, ha presentato, in data 29 settembre 2005, le conclusioni relative alla causa C-210/04.

Il procedimento pregiudiziale di cui trattasi, attiene, essenzialmente, alla questione se, ed eventualmente a quali condizioni, i servizi erogati in seno alla medesima entità giuridica debbano essere considerati come prestazioni fornite a titolo oneroso, soggette all'imposta sul valore aggiunto, in applicazione della VI Direttiva del Consiglio 77/388/CEE.

In attesa di conoscere la decisione della Corte di Giustizia in proposito e nella consapevolezza della rilevanza dei riflessi che tale pronuncia avrà nel territorio dell'Unione, si descriverà, brevemente, la fattispecie oggetto della controversia, sottolineando il contesto normativo di riferimento e le diverse interpretazioni datene dalla P.A. italiana; e si analizzeranno, criticamente, le conclusioni in parola, tentando di ipotizzare l'impatto che un eventuale accoglimento delle posizioni ivi mantenute provocherebbe sul sistema tributario internazionale.

---

<sup>1</sup> Dottoranda di ricerca in "Istituzioni e politiche ambientali, finanziarie e tributarie", presso il Dipartimento di Scienze Internazionalistiche – sezione Finanza Pubblica – della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

## 2. Oggetto della controversia

La causa pende tra il Ministero italiano delle Finanze ed un istituto di credito, la FCE Bank plc., con sede nel Regno Unito, in merito al rimborso dell'Iva assolta in autofatturazione su una serie di servizi (di consulenza, *management*, formazione del personale, trattamento dati e fornitura di servizi software) resi dall'*head office* della suddetta banca alla sua stabile organizzazione italiana (FCE IT)<sup>2</sup>.

Le parti della causa principale nutrono al riguardo opinioni divergenti quanto alla possibilità di considerare tali operazioni, realizzate in seno alla medesima entità giuridica, come prestazioni di servizi effettuate a titolo oneroso, ed, in quanto tali, soggette all'IVA.

Infatti, mentre l'amministrazione finanziaria sostiene la assoggettabilità delle menzionate operazioni al tributo, sulla base dell'art. 7, del DPR n. 633/1972 e dell'art. 2, paragrafo 1 della VI Direttiva CE; la FCE Bank, nega tale circostanza, assumendo la mancanza di personalità giuridica propria della stabile organizzazione, chiamata al versamento Iva, e fonda la propria posizione sugli artt. 4, 17, 21, 38 –ter, 40 ed 81 del medesimo DPR; sugli artt. 2 e 4 della citata Direttiva; e sulle determinazioni assunte, in data 14 novembre 2000, nel corso della 62° riunione, dal Comitato dell'imposta sul valore aggiunto, istituita ai sensi dell'art. 29 della VI Direttiva<sup>3</sup>.

La Suprema Corte di Cassazione, che ha proposto domanda di pronuncia pregiudiziale, ha affermato di trovarsi, in proposito, di fronte a due interrogativi; il primo si riferisce alla esistenza di un rapporto giuridico, rilevante ai fini dell'IVA, tra la società madre ed il suo centro di attività stabile; ed il secondo, alla nozione stessa di "prestazione a titolo oneroso".

Sul primo punto, il giudice del rinvio ritiene che si debba verificare se, rispetto alla normativa nazionale ed all'art. 2 della VI Direttiva IVA, il centro di attività stabile di un'impresa, situato in uno Stato diverso da quello della società madre, possa costituire un'entità indipendente, destinataria di una prestazione di servizi soggetta all'IVA.

A venire in rilievo, in modo particolare, è la questione se, all'interno di un stesso soggetto di diritto, possa esistere una struttura dotata di autonomia sufficiente perché si possa configurare un rapporto giuridico, da cui originino prestazioni soggette all'IVA.

---

<sup>2</sup> Sulla nozione di Iva e sulla sua evoluzione nell'ordinamento comunitario, si vedano, tra gli altri, A. Fantozzi, *L'Iva come tributo europeo*, in *Diritto Tributario*, Utet, 2003, p. 835 ss.; P. Filippi, *L'imposta sul valore aggiunto*, in A. Amatucci (a cura di), *Trattato di diritto tributario*, Cedam, 1999, p. 222 ss.; e più estesamente: R. Perrone Capano, *L'imposta sul valore aggiunto*, Jovene, 1977, p. 153 ss.

<sup>3</sup> Tali determinazioni sostengono che l'unitarietà del soggetto comporti che non assumano rilievo ai fini Iva i rapporti interni tra l'impresa o società non residente e la propria stabile organizzazione o viceversa.

In proposito, appare opportuno sottolineare che, in diritto interno, sebbene le imprese non residenti che creino una stabile organizzazione in Italia, debbano chiederne l'iscrizione nel registro delle imprese, tuttavia, tale struttura non possiede una personalità giuridica distinta da quella della società madre, cui, pertanto sono imputati i rapporti giuridici con i terzi<sup>4</sup>.

D'altra parte, osserva la Suprema Corte, in materia di imposte sul reddito, i centri di attività stabili, di società non residenti, sono soggetti a tassazione e le operazioni effettuate dal loro intermediario devono formare oggetto di contabilità separata rispetto a quella della società madre.

Essa, inoltre, evidenzia che, in materia di IVA, i commenti all'art. 7, del *Modello di Convenzione fiscale sul reddito e sul patrimonio*, predisposto dall'Organizzazione di cooperazione e di sviluppo economico (OCSE), menzionano, espressamente, le prestazioni di servizi effettuate dalla società madre in favore della sua stabile organizzazione, come possibile fonte di spese suscettibili di essere imputate a quest'ultima.

Sul secondo punto, per quel che riguarda la nozione di "stabile organizzazione", il giudice del rinvio si chiede se l'imputazione dei costi ed eventualmente, una imputazione parziale degli stessi, possa, costituire un corrispettivo nel senso enucleato dalla giurisprudenza, pur in assenza di utili d'impresa.

Alla luce di tali considerazioni, la Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto di sottoporre le menzionate questioni al vaglio della Corte di Giustizia delle Comunità europee, alla quale ha chiesto, tra l'altro:

- se le disposizioni della VI Direttiva sul sistema comune di imposta sul valore aggiunto debbano essere interpretate nel senso che la filiale di una società estera, avente le caratteristiche di un'unità produttiva, possa essere considerata soggetto autonomo, e, quindi, sia configurabile un rapporto giuridico tra le due entità, con conseguente soggezione all'Iva delle prestazioni di servizi effettuate dalla casa madre; se tale rapporto sia configurabile nell'ipotesi in cui esista un "*cost sharing agreement*", riguardante le prestazioni di servizi rese alla struttura secondaria;

---

<sup>4</sup> In proposito, si veda, tra gli altri, M. Giorgi, *L'unitarietà della soggettività passiva d'imposta e gli scambi tra sede centrale del non residente e sedi periferiche*, in *Dialoghi*, 2003, p.493; E. Della Valle, *Si va verso una soluzione definitiva del problema relativo alla rilevanza o meno, ai fini Iva, dei servizi resi dalla casa madre alla sua stabile organizzazione ( e viceversa)*, (nota a Cass., Sez. V, n.7851/2004 (ord.)), in *Rivista di Diritto tributario*, vol. XIV, 2004, p. 526 ss..

- se il riaddebito dei costi dei predetti servizi alla filiale possa e, eventualmente, in qual misura, considerarsi corrispettivo dei servizi prestati.

### 3. Contesto normativo e diversi orientamenti dell'Amministrazione finanziaria

La nozione di "*stabile organizzazione*" assume rilievo agli effetti dell'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto, sia rispetto alle operazioni effettuate da o nei confronti dei soggetti non residenti aventi stabile organizzazione nel territorio dello Stato, sia rispetto alle operazioni effettuate da o nei confronti di soggetti residenti nel territorio dello Stato, aventi stabile organizzazione all'estero.

Ai fini Iva, tuttavia, gli effetti derivanti dall'esistenza di una stabile organizzazione sono sovrastimati<sup>5</sup>: essa è, infatti, considerata come soggetto passivo autonomo dalla casa madre, con effetti significativi in materia di responsabilità per gli adempimenti Iva e di assoggettabilità ad Iva delle prestazioni rese dalla stabile organizzazione alla casa madre e viceversa.

Ciò nondimeno, una analisi attenta delle disposizioni in materia di Iva, sia di diritto interno, sia di diritto comunitario dimostra, esattamente, il contrario, e cioè l'assenza di autonomia soggettiva della stabile organizzazione rispetto al soggetto giuridico al quale appartiene.<sup>6</sup>

Quest'ultima, infatti, assume rilevanza ai soli fini della territorialità di alcune prestazioni di servizi; dell'identificazione del soggetto su cui gravano gli obblighi in materia di Iva e, in modo specifico, dell'inapplicabilità delle norme che dispongano la traslazione dei suddetti obblighi in capo a soggetti diversi da coloro che effettuano le operazioni imponibili.

In diritto italiano, il termine "*stabile organizzazione*" è impiegato, nel DPR 26 ottobre 1972, n. 633, negli artt. 7, 17; 21, 35, 38-ter, 40 e 81; ma, in nessuna di tali disposizioni, è contenuta una definizione di tale istituto.

Tale lacuna definitoria costituisce un tratto caratterizzante il diritto tributario italiano, in quanto attiene sia alle imposte dirette, sia alle imposte indirette e, ha indotto

---

<sup>5</sup> Sul punto si rimanda a: Mayr S., *La forza attrattiva e la riserva della stabile organizzazione*, in *Corriere Tributario*, 1990, p. 7 ss.; Giorni S., *Il principio del trattamento isolato del reddito e la cd. "forza di attrazione" della stabile organizzazione: problemi e proposte di soluzione*, in *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, V. Uckmar- Garbarino C. ( a cura di), Milano, 1995.

<sup>6</sup> Cfr. Ludovici P., *Il regime impositivo della stabile organizzazione agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Rivista di Diritto Tributario*, I, 1998, p.69.

la dottrina a ritenere l'ipotizzabilità di un'unica nozione di "stabile organizzazione" valida agli effetti di entrambe le categorie di imposta.

Questo orientamento, del resto, è stato confermato dalla prassi ministeriale e dalla giurisprudenza, le quali, univocamente, fanno riferimento alle convenzioni internazionali in materia di imposte sul reddito di volta in volta applicabili e, in assenza di siffatte convenzioni, alla definizione contenuta nel Modello di convenzione dell'Ocse.<sup>7</sup>

Nella visione tradizionale e comunemente accolta nella prassi ed in dottrina, la stabile organizzazione si configura come soggetto passivo distinto dal soggetto giuridico al quale appartiene, agli effetti Iva.

Storicamente, l'autonomia soggettiva è stata, da sempre sostenuta dalla amministrazione finanziaria italiana la quale, nelle risoluzioni n. 330470, del 20 marzo 1981<sup>8</sup>; n. 331300, del 29 marzo 1983; ed in una nota circolare ministeriale del 1999, argomentava la configurabilità di prestazioni di servizi, rilevanti ai fini Iva, tra stabile organizzazione e sua casa madre, sulla base del DPR n. 663/1972, il quale, all'art. 7, localizza in Italia le prestazioni di servizi "*generiche*", laddove "*rese da stabili organizzazioni in Italia di soggetto domiciliati e residenti all'estero, a meno che non siano utilizzate fuori della Comunità economica europea*".<sup>9</sup>

Tuttavia, a partire dal 2003, l'Agenzia delle Entrate, sembrava aver cambiato definitivamente orientamento, esprimendosi, in più occasioni contro la rilevanza dei passaggi interni tra diverse articolazioni territoriali di imprese multinazionali, muovendo dalla definizione di "*prestazione di servizi*" fornita dall'art. 3 del menzionato DPR 633/1972.

Di particolare interesse, risulta, dunque, l'ennesimo *revirement* operato dalla competente amministrazione italiana, la quale, ha fondato il ricorso in Cassazione, da cui origina la causa in esame, proprio sull'art. 7, del DPR n. 663/1972, facendo valere che ogni versamento effettuato in favore della società madre, in relazione ai servizi da essa forniti, dovesse essere considerato, in virtù dell'autonomia soggettiva d'imposta

---

<sup>7</sup> In dottrina, vedasi, Miraulo A., *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990; e Fazzini E., *Il principio di territorialità nel tributo sul valore aggiunto*, Padova, 1995; Mangorovich S., *L'Iva nei rapporti con l'estero*, Rimini, 1995.

<sup>8</sup> Tale risoluzione è stata commentata da Pizzini A., ( Sul trattamento ai fini Iva dei rapporti tra una società estera di viaggi e turismo e la propria sede secondaria, in rassegna Tributaria, 1981, II, p. 476.

<sup>9</sup> Tale interpretazione dell'amministrazione finanziaria è stata sostenuta in dottrina, tra gli altri, da: A. Pizzini, *Sul trattamento ai fini Iva dei rapporti tra una società estera di viaggi e turismo e la propria sede secondaria*, in Rassegna Tributaria, 1981, II, p. 476 e P. Centore, *Cessione di beni prodotti dalla stabile organizzazione in Italia*, in Azienda & Fisco, 1992, p. 626; e A. Fiorelli- A. Santi, *Prestazioni di servizi rese dalla casa madre estera alla stabile organizzazione*, in Corriere Tributario, 1997, p. 1764.

riconosciuta al centro di attività stabile, come corrispettivo e, perciò, costituisca base imponibile per l'applicazione dell'Iva.

Ancorare la rilevanza dei rapporti interni o "unisoggettivi" al menzionato art. 7, risulta, infatti, a parere, non solo di chi scrive, ma di ampia parte della dottrina più recente, una "forzatura" nell'interpretazione della menzionata disposizione, la quale, invero, non è una norma sulla soggettività, quanto, piuttosto sulle regole del c.d. requisito territoriale Iva<sup>10</sup>.

Essa, infatti, non ha lo scopo di affermare la "terzietà" della stabile organizzazione e cioè che le prestazioni di servizi devono considerarsi rese da un soggetto passivo diverso dal soggetto giuridico estero, bensì, ha lo scopo di determinare quando i servizi resi dal soggetto giuridico estero sono imponibili in Italia.

Tale finalità emerge, del resto, con chiarezza, anche dall'esame della corrispondente disposizione della VI Direttiva Cee e dall'evoluzione legislativa della norma in parola.<sup>11</sup>

Il dettato dell'*explanatory memorandum* della proposta di Direttiva di modifica della VI Direttiva relativamente alla localizzazione delle prestazioni di servizi, al par. 9 esclude, infatti, esplicitamente, i rapporti interni tra società madre e stabile organizzazione dal campo di applicazione Iva, essendo, quest'ultima "*part of the same legal entity*"; mentre, l'art. 1, par. 1, allo scopo di chiarire, definitivamente, la portata delle previsioni comunitarie, introduce una norma *ad hoc*, secondo la quale "*where a single legal entity has more than one fixed establishments, services rendered between the establishment shall not be treated as supplies*".

Ne consegue che le prestazioni di servizi *intra-company* non sono soggette ad Iva per difetto del requisito dell'intersoggettività.

Tale impostazione è comune a quella di tutti gli Stati membri dell'Unione europea, i quali, in nessun caso, attribuiscono rilevanza soggettiva autonoma alla stabile organizzazione e, pertanto non prevedono la imponibilità dei servizi resi dalla stabile organizzazione alla casa madre o viceversa.

---

<sup>10</sup> In al senso si sono espressi, tra gli altri, P. Ludovici, *Recenti orientamenti di prassi amministrativa in merito all'applicazione dell'Iva nei rapporti internazionali*, in Rivista di Diritto Tributario, 1999, IV, p. 254 ss.; e P. Puri, *La stabile organizzazione nell'Iva*, in Rivista di Diritto Tributario, 2000, I, p. 250-251.

<sup>11</sup> Quanto alla suddetta Direttiva, la lettera dell'art. 9, paragrafo 1, nell'ambito del quale "*si considera luogo di prestazione di servizi il luogo in cui il prestatore ha fissato la sede della propria attività economica o ha costituito un centro di attività stabile, a partire dal quale, la prestazione viene resa...*", ci consente, in modo particolare, di escludere che, nel contesto comunitario, il "centro di attività stabile" possa essere considerato quale soggetto passivo che presta il servizio: il prestatore, infatti, è il soggetto che "ha costituito" il centro di attività stabile e, non già il centro di attività stabile stesso.

#### 4. Le conclusioni dell'Avvocato generale

Muovendo dalla premessa che la "filiale" citata dall'ordinanza della Suprema Corte da cui la causa prende origine, costituisca una "stabile organizzazione", secondo la nozione che di essa si rinviene da una giurisprudenza consolidata, l'Avvocato generale esprime l'avviso che i servizi forniti in seno alla medesima entità giuridica non costituiscano prestazioni di servizi soggette all'Iva, anche se il loro costo viene ripartito tra i diversi centri di attività stabili e supporta tale tesi con un'articolata serie di argomentazioni.

È, infatti, da considerarsi come la sfera di applicazione Iva, determinata dalla VI Direttiva sia piuttosto ampia, ricomprendendo tutte le attività economiche, ad ogni stadio di distribuzione e commercializzazione.

Parimenti, sotto il profilo soggettivo, è qualificabile come soggetto passivo, ai fini Iva, "chiunque" eserciti, in modo indipendente, ed in qualsiasi luogo, un'attività economica, a prescindere dallo scopo o dai risultati di detta attività<sup>12</sup>.

Evidentemente, pertanto, tale nozione è applicabile, non solo, alle persone fisiche e giuridiche, ma, anche, ad entità sprovviste di personalità giuridica.

Se ne deduce che la sussistenza di un'operazione imponibile a titolo di Iva, costituisca una realtà oggettiva, che non può dipendere, neppure, dalla possibilità che alle obbligazioni gravanti sul prestatore sia data esecuzione forzata, di modo che si configuri un rapporto giuridico, nel senso delineato nella sentenza Tolsma<sup>13</sup>.

Alla luce di tali considerazioni e del sistema comunitario Iva, è da escludersi che possano sussistere, in seno alla medesima entità giuridica, soggetti di diritto sufficientemente autonomi per essere considerati come due soggetti passivi, alla stregua di quanto sostenuto, nella causa in esame, dal governo italiano e da quello portoghese.

Da un lato, appare, infatti difficile ammettere, ai sensi dell'art. 4 n. 1 della VI Direttiva, che una stabile organizzazione possa essere considerata come agente in modo indipendente dalla sua società madre; dall'altro, una stabile organizzazione, ai sensi

---

<sup>12</sup> Sulla nozione di soggetto passivo si vedano: R. Schiavolin, *I soggetti passivi*, in AA.VV., *Imposte sul reddito delle persone fisiche*, I, Giur. sist. dir. trib. Diretta da F. Tesaro, Torino, 1994, p. 78 ss.; F. Tesaro, cit. p. 178; E. De Mita, *Principi di diritto tributario*, 2° ed., Milano, 2000, p. 142 ss.; P. Russo, *Manuale di diritto tributario*, parte speciale, Milano, 2002

<sup>13</sup> Sentenza 3 marzo 1994, causa C-16/93, in *Raccolta*, p. I-743. Nell'ambito di tale sentenza, la Corte ha precisato che la correlazione diretta tra la prestazione fornita e la controprestazione ricevuta necessaria alla sussistenza di una prestazione di servizi a titolo oneroso ai sensi dell'art. 2, punto 1 della VI Direttiva. La Corte ha statuito, inoltre, che una prestazione configura una base imponibile soltanto quando tra il prestatore e l'utente intercorre un rapporto giuridico nell'ambito del quale avvenga uno scambio di reciproche prestazioni, nel quale il compenso ricevuto dal prestatore costituisca il controvalore effettivo del servizio prestatato all'utente.



dell'art. 9, n. 1, della medesima Direttiva, non costituisce un soggetto passivo distinto dalla società madre.

Quanto al primo punto, giova ricordare che la nozione d'indipendenza, cui la menzionata Direttiva subordina la qualità di soggetto passivo, è oggetto solo di una definizione negativa, in virtù della quale, non vi è indipendenza laddove sussista un rapporto di subordinazione paragonabile a quello creato da un contratto di lavoro tra il lavoratore subordinato ed il suo datore di lavoro.

In considerazione di tali criteri e della applicazione giurisprudenziale derivatane, è difficilmente immaginabile che, in seno alla medesima entità giuridica, una stabile organizzazione disponga di un'autonomia sufficiente per agire per conto proprio, sotto la propria responsabilità e sopportare, da sola, i rischi economici connessi alle proprie attività.

Evidentemente, la qualità di soggetto passivo non è subordinata alla condizione che l'impresa disponga di personalità giuridica; tuttavia, si tratta di una considerazione non determinante ai fini della risoluzione della causa in esame.

Si tratta, infatti, di valutare se una stabile organizzazione, costituente parte integrante di un'entità dotata di personalità giuridica possa apparire, ai sensi dell'art. 4 n. 1, primo comma della VI Direttiva, come indipendente rispetto a tale entità e, pertanto assimilabile a qualunque altro soggetto passivo dell'Iva, cui la società madre fornirebbe prestazioni di servizi.

A *fortiori*, l'assenza di personalità giuridica propria della sede secondaria dovrebbe ostare alla facoltà di tale struttura di agire in maniera autonoma.

In tal senso depone, del resto, la considerazione che la stabile organizzazione al centro del caso giurisprudenziale in esame, è priva di un patrimonio proprio e, pertanto, i rischi economici connessi all'attività dell'ente creditizio gravano sulla società madre e non sulla succursale stessa.

Quest'ultima circostanza induce a ritenere che i servizi forniti dalla società madre alla sua stabile organizzazione in Italia, vadano considerati come prestazioni che l'impresa ha deciso di far realizzare dai suoi dipendenti, per le varie sedi di attività, nell'ambito della sua politica interna; in una prospettiva di questo tipo, diventa di scarso rilievo che la sede della prestazione di servizi si trovi in Italia e non in Gran Bretagna.

Parimenti, è da escludersi che una stabile organizzazione costituisca un soggetto passivo autonomo, distinto dalla società madre non residente.

Il combinato disposto dell'art. 9, n. 1, e del settimo "considerando" della VI Direttiva ha lo scopo di instaurare un criterio generale di collegamento delle prestazioni di servizi al fine di evitare conflitti di competenza tra membri e casi di doppia imposizione o mancata imposizione all'Iva.

La Corte ne ha desunto che il riferimento di una prestazione di servizi ad un centro di attività diverso dalla sede vada considerato solo se questo presenti un adeguato livello di permanenza ed una struttura idonea, per risorse umane e tecniche, a fornire le prestazioni considerate.

Pertanto, il riferimento della prestazione di servizi a tale centro di attività ha il solo motivo di rispettare il principio fondamentale del sistema comune dell'Iva, che ne chiede un'applicazione aderente, il più possibile, alla realtà economica.

Tuttavia, la presenza di una stabile organizzazione, dotata di un complesso di mezzi funzionale a prestare servizi ai clienti dell'impresa, non deve indurre a considerare quest'ultima come idonea a svolgere le sue attività, indipendentemente dalla società madre, nonché a ritenerla un soggetto passivo autonomo

In tal senso, depone, del resto, non solo, la giurisprudenza comunitaria, ed, in modo particolare, la sentenza DFDS<sup>14</sup> dalla quale si evince, con chiarezza, che una stabile organizzazione, è, per sua natura, una sede secondaria che non fruisce di uno *status* indipendente rispetto alla società madre; ma, anche, l'art. 1 della Direttiva 79/32, dal cui testo emerge che un'impresa che ha nello Stato membro ospitante un centro di attività stabile venga ivi considerata soggetto passivo.

Erronea appare, dunque, l'interpretazione data dal governo italiano alla menzionata disposizione, laddove la utilizza per trattare la stabile organizzazione come soggetto passivo autonomo.

Alla luce di tali considerazioni, appare, invece, condivisibile l'opinione espressa dal governo del Regno Unito, secondo la quale, una medesima entità giuridica non può che costituire un unico soggetto passivo.

Elementi di conferma di tale analisi sono rinvenibili nell'art. 4, n. 4, secondo comma, della VI Direttiva, secondo il quale, con riserva di consultazione del Comitato dell'Iva, ogni Stato membro ha facoltà di considerare come unico soggetto passivo le persone residenti nel paese che siano giuridicamente indipendenti, ma strettamente collegate tra di loro rapporti finanziari, economici ed organizzativi.

---

<sup>14</sup> Causa C-260/95, in Raccolta, p.2251, punto 18.

In questo senso, depone, ancora, la presenza di numerose disposizioni nella citata Direttiva, inerenti le cessioni di beni e servizi effettuate da un soggetto passivo per le esigenze della stessa impresa; nonché, il dettato dell'art. 6, n. 3, della stessa direttiva, che stabilisce la facoltà per gli Stati membri di assimilare ad una prestazione di servizi effettuata a titolo oneroso, l'esecuzione, da parte di un soggetto passivo di un servizio per i bisogni della sua impresa, qualora l'esecuzione del medesimo servizio da parte di un altro soggetto passivo non gli dia diritto alla deduzione totale dell'Iva.

Sotto altro punto di vista, nemmeno i presupposti d'imposizione degli utili realizzati nello Stato di stabilimento mediante un centro di attività stabile, di cui all'art. 7 del modello di convenzione OCSE, appaiono idonei a rimettere in discussione i termini dell'analisi fin qui condotta.

Tali regole, applicabili alle imposte dirette, non risultano, infatti, pertinenti, per l'applicazione del sistema comune dell'Iva.

La *ratio* del suddetto articolo sembra, piuttosto, quella di ripartire, convenzionalmente, la competenza tributaria tra gli Stati membri, per evitare la doppia imposizione degli utili delle imprese che esercitano attività internazionali; ne deriva che gli utili dell'impresa vengano tassati dal Paese di residenza, ad eccezione di quelli percepiti dalla sede secondaria, posta in un diverso Stato firmatario, il quale può esercitare la sua sovranità fiscale limitatamente ai proventi ottenuti tramite detta stabile organizzazione<sup>15</sup>.

La *fiction juris* che consente di trattare la sede secondaria come impresa autonoma per il calcolo dell'imposta sugli utili, tuttavia, non deve condurre a ritenere che la sede secondaria di un'impresa possa costituire un'entità indipendente ai sensi del sistema comune dell'Iva

Trattare un'operazione interna alla stregua di un'operazione realizzata tra entità indipendenti sarebbe, infatti, in contrasto con il sistema comune dell'Iva stesso, rispetto al quale, la realtà economica costituisce un criterio fondamentale.

Nello stesso senso, l'imputazione del costo dei servizi di formazione sugli utili realizzati nello Stato membro ospitante tramite la stabile organizzazione, è inidonea a dimostrare la sussistenza di un rapporto giuridico rilevante ai fini dell'Iva.; essa, infatti, risulta dal calcolo degli utili imponibili nello Stato di stabilimento e non dimostra,

---

<sup>15</sup> In proposito: K. Vogel, *On double taxation conventions*, Deventer- Boston, 1991, p. 205.

nemmeno, che tale organizzazione costituisca un'entità indipendente dalla sua società madre<sup>16</sup>.

Per quel che attiene, infine, all'eventualità di un "*cost sharing agreement*" in base al quale l'impresa avesse formalizzato in un atto, la ripartizione tra le sue stabili organizzazioni dei costi dei servizi, evidentemente, essa costituirebbe manifestazione della politica interna dell'azienda e non dimostrerebbe, in alcun modo, l'indipendenza di tali entità dalla società madre.

## 5. Considerazioni conclusive

Alla luce delle esposte considerazioni, l'Avvocato generale Lèger, tralasciando la seconda e la terza questione pregiudiziale, ritiene di interpretare gli artt. 2, punto 1, e 9, n. 1, della VI Direttiva Iva, nel senso che, al di fuori delle eccezioni espressamente previste dalla medesima direttiva, le prestazioni di servizi fornite dalla società madre alla sua stabile organizzazione, non iscritta in tale Stato come entità giuridica distinta, non sono suscettibili di costituire operazioni imponibili a titolo di Iva, anche quando il costo di tali servizi sia stato imputato a tale centro.

Si tratta di un'analisi condivisibile, che ha, meritoriamente, tentato un approccio alla tematica della stabile organizzazione di ampio respiro e che tiene conto, anche dell'impostazione comune a tutti gli Stati membri dell'Unione, che, in nessun caso, attribuiscono rilevanza soggettiva autonoma alla stabile organizzazione e, pertanto, non prevedono l'imponibilità ai fini Iva dei servizi *intra-company*<sup>17</sup>.

In modo particolare, la critica mossa alla teoria esposta dalla Suprema Corte, che ricorre ai profili della stabile organizzazione concernenti le imposte sui redditi, al fine di ricavare argomenti a favore della sua soggettività nel rapporto con la casa madre, appare degna di menzione.

---

<sup>16</sup> Sull'argomento e sulle diverse manifestazioni esteriori legate al concetto di stabile organizzazione: P. Pistone, *Stabile organizzazione ed esistenza di società figlia residente*, in *Diritto e pratica tributaria*, II, 1998, p. 388 ss.

<sup>17</sup> In Spagna, la questione è stata esaminata dalla *Dirección General de tributos* con risoluzione del 26 giugno 1993 nella quale si argomenta che le operazioni *intra-company* non sono imponibili ai fini Iva posta l'assenza di personalità giuridica del *branch* rispetto alla casa madre; in Lussemburgo, ad analoghe conclusioni si è giunti nell'art. 6 della *Loi du Février 1979 concernant la Taxe sur la Valeur Ajoutée*. In Francia, la problematica è stata risolta con l'*Instruction* 4 agosto 1983 D-6-83 e con il *Document Administrative* 3 A-1121, n.30 del 1° maggio 1992. Nei Paesi Bassi, analogo principio è contenuto nella *VAT guideline* 22.

Il ragionamento condotto, risulta, infatti, estremamente interessante onde cogliere le diverse prospettive secondo le quali viene in considerazione la figura in oggetto e finisce con il confermare la necessità, nel suo studio, di un approccio funzionalistico<sup>18</sup>.

Dove, invece, le conclusioni in rassegna si mostrano meno solide è nella scarsa considerazione dell'effettiva portata della normativa interna inerente, tanto il profilo della configurabilità di un rapporto giuridico rilevante, nel sistema dell'Iva, tra casa madre e sua stabile organizzazione; quanto la dubbia rilevanza, nel sistema medesimo, di un mero riaddebito di costi.

Un esame più approfondito del diritto interno, da parte della Suprema Corte avrebbe, infatti, avvalorato, ulteriormente, la tesi abilmente prospettata dall'Avvocato Lèger, confermando la impossibilità di considerare soggetto passivo delle imposte sui redditi, oltre che di alcun obbligo strumentale, la stabile organizzazione del soggetto non residente.

Per quanto attiene alla soggettività passiva ciò sarebbe emerso, nitidamente, limitandosi ad analizzare l'Ires, poiché, l'art. 73, comma 1, del nuovo Tuir, menziona, tra i soggetti passivi del predetto tributo, le società e gli enti di ogni tipo non residenti e non già la loro eventuale stabile organizzazione.

In senso opposto, appaiono irrilevanti gli artt. 20 e 113 del "vecchio" Tuir, cui pure si ricollega l'ordinanza da cui il procedimento in esame prende le mosse, posto che essi non attengono alla soggettività passiva, quanto, piuttosto alla localizzazione dei redditi, nonché alla loro determinazione.

Per quel che attiene, infine, agli obblighi strumentali, in modo particolare, contabili, la mancanza di soggettività passiva della stabile organizzazione si evince con certezza dalla lettera dell'art. 14 del DPR n. 600/1973 che imputa gli obblighi in questione direttamente al soggetto, residente o non, cui la stabile organizzazione appartiene.

Augurabile, sarebbe stato poi, un richiamo al sistema convenzionale; sotto tale profilo, diversi argomenti, depongono contro la tesi della soggettività ai fini dell'imposizione sul reddito della stabile organizzazione.

In primo luogo, per quel che attiene al c.d. *separate entity approach*<sup>19</sup>, va sottolineato che esso trova il suo fondamento teorico su una mero *fictio*, ossia

---

<sup>18</sup> Peraltro, in proposito P. Adonnino, *L'organizzazione della stabile organizzazione e la prova della sua esistenza*, in Rivista di diritto tributario, IV, 1998, p. 111 ss. distingue tra attività ausiliarie "funzionali alla produzione del reddito" da altre attività- sempre ausiliarie- "che non sono funzionali alla produzione del reddito e che, quindi, non contribuiscono all'identificazione" della stabile organizzazione.

<sup>19</sup> Sul punto si veda: D. Stevanato, *L'impresa multinazionale*, in L. Carpentieri – R. Lupi – D. Stevanato, *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, p. 217 ss.; A.M. Gaffuri, *La determinazione del reddito della*

l'indipendenza della stabile organizzazione; ma la natura stessa di quest'ultima conferma, al contrario di quanto ipotizzato dalla Suprema Corte, la non alterità della predetta figura rispetto alla propria casa madre.

Quanto, invece, alla deducibilità, dal reddito della stabile organizzazione, di costi generati da servizi prestati dalla casa madre in favore delle proprie organizzazioni territoriali, va detto che si tratta di un aspetto in sé neutrale rispetto alla configurabilità o meno di rapporti giuridici tra casa madre e stabile organizzazione, poiché un conto è la ripartizione territoriale dei costi dell'impresa multinazionale; altro è l'autonomia soggettiva della stabile organizzazione<sup>20</sup>.

Le menzionate argomentazioni, peraltro assenti anche nell'ordinanza della Corte Suprema da cui la causa ha avuto origine, pur mantenendo inalterato il contenuto sostanziale delle conclusioni in parola, avrebbero, a parere di chi scrive, assicurato un fondamento teorico di più ampio respiro all' iter logico- argomentativo prospettato e, a tempo debito, avrebbero forse, consentito di evitare l'intervento del Giudice comunitario.

Assai difficile, sembra, infatti, l'accoglimento, da parte di quest'ultimo, della tesi prospettata dall'amministrazione finanziaria italiana, la quale, oltre ad apparire non aderente al vigente disposto normativo di diritto italiano, configge con le previsioni della norma comunitaria e con l'impostazione comune a tutti gli Stati membri; ed, inoltre, laddove accolta, determinerebbe conseguenze di non poco rilievo nei rapporti infragruppo, già turbati dalle potenziali incongruenze in tema di operazioni intracomunitarie derivanti dalla diversa considerazione, da Stato a Stato, di ciò che configura stabile organizzazione e operazione imponibile<sup>21</sup>.

---

*stabile organizzazione*, in *Rassegna Tributaria*, 2002, p. 86 ss.; F. Tundo, *I redditi d'impresa nel modello di convenzione Ocse (art. 7)*, in V. Uckmar (a cura di), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2002, p. 276 ss.

<sup>20</sup> Sul punto mi permetto di rinviare ad A. M. Gaffuri, *La determinazione del reddito della stabile organizzazione*, in *Rassegna Tributaria*, 2002, p. 93 ss.

<sup>21</sup> Cfr. Puri P. op. cit., p. 238.

**Problemi di competenza tra organi comunitari: la protezione dell'ambiente e le sanzioni penali ambientali dopo la sentenza della Corte di Giustizia 13 settembre 2005**

di Dea Squillante<sup>1</sup>

**Sommario:** 1. Introduzione; 2. L'armonizzazione delle legislazioni nella protezione dell'ambiente; 3. La pronuncia della Corte di Giustizia del 13 settembre 2005 relativa alla protezione ambientale attraverso il diritto penale; 4. Conclusioni.

**Protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale - Decisione quadro del Consiglio 2003/80/GAI - Violazione dell'art. 47 UE - Annullamento.** *La decisione quadro del Consiglio 27 gennaio 2003, 2003/80/GAI, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, sconfinando nelle competenze che l'art. 175 CE attribuisce alla Comunità, viola nel suo insieme, data la sua indivisibilità, l'art. 47 UE. Essa è pertanto annullata.* Pres. Skouris, Rel. Schintgen - Commissione delle Comunità Europee c. Consiglio dell'unione Europea - **Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Grande Sezione - 13 settembre 2005, Causa C-176/03**

**1. Introduzione**

L'interesse nei confronti dell'ambiente è diventato sempre più intenso negli ultimi anni, ma fin dall'inizio ha celato, in realtà, dietro di sé un interesse verso l'uomo o meglio verso le attività che potessero procurare a questi un danno di qualsivoglia genere. Infatti, ponendo attenzione ai metodi giuridici attraverso cui si è iniziato a tutelare tale settore risulta lampante come dottrina e giurisprudenza siano ricorse, ormai oltre un trentennio fa, al divieto di immissioni intollerabili (ex art.844 c.c.) o alla più generale tutela della salute, costituzionalmente garantita dall'art. 32 Cost., al fine di trovare escamotage per occuparsi di una materia non ancora disciplinata o sancita a livello costituzionale (cosa, quest'ultima, verificatasi in seguito alla riforma del Titolo V Cost., L. Cost. n.3/2001), ma già pronta a creare nuove fattispecie concrete di illeciti.

In effetti, il concetto di ambiente diventa strumentale rispetto alla tutela di altri diritti fondamentali dell'individuo (come si è già detto, si pensi alla tutela della salute),

---

<sup>1</sup> Dottoranda di ricerca in "Istituzioni e politiche ambientali, finanziarie e tributarie", presso il Dipartimento di Scienze Internazionalistiche – sezione Finanza Pubblica – della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

così come strumentale è lo stesso diritto usato in modi diversi ed in tempi diversi a seconda del fine da realizzare nel *caos* di una società. Quindi ambiente non inteso come *natura matrigna*, bensì nel senso di *stato perfetto* in cui l'uomo vive e da cui costui *si allontana colpevolmente a causa del progresso* (Rousseau).

In una tale ottica, sembra evidente che l'interesse verso tale materia non sia limitato ad alcuni Stati, o agli stessi presi singolarmente, ma che acquisti una rilevanza internazionale per cui lo strumento amministrativo non sembrerebbe più, oggi, adatto alla tutela ambientale tanto da ricorrere ad uno strumento decisamente più incisivo: la tutela penale del diritto ambientale<sup>2</sup>.

La decisione quadro 2003/80/GAI del Consiglio dell'UE del 27 gennaio 2003, oggetto della sentenza della Corte di Giustizia del 13 settembre 2005, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, è stata annullata poiché pone problemi di conflitto di competenza tra il Consiglio medesimo e la Comunità europea ex art. 175 CE.

## **2. L'armonizzazione delle legislazioni nella protezione dell'ambiente**

La comunità internazionale si è spesso preoccupata di elaborare, attraverso le proprie istituzioni ed i propri organi, norme che fossero indirizzate a favorire un'armonizzazione delle legislazioni in materia di protezione ambientale. Un primo intervento in ambito europeo su questo tema è costituito dalla Convenzione per la tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale, adottata dal Consiglio d'Europa il 4 novembre del 1998, con cui si è imposto agli Stati membri di criminalizzare una serie di condotte produttive di danno o pericolo per l'ambiente. Tale Convenzione è stata poi richiamata espressamente al punto n.10 del preambolo della Decisione Quadro 2003/80/GAE, per cui è divenuta uno strumento interpretativo indispensabile della decisione medesima.

Precedono la suddetta Decisione anche altri strumenti internazionali che hanno come comune denominatore la stessa finalità di tutela penale: la Decisione che istituisce il mandato d'arresto europeo, la Decisione Quadro relativa al blocco dei beni, la Convenzione di Basilea sul movimento transfrontaliero di rifiuti (con cui nel 1989 gli Stati sono stati espressamente invitati ad introdurre, nei rispettivi ordinamenti interni, una norma che punisca il traffico illecito dei rifiuti).

Dunque, gli scopi della Convenzione del 1998 sono svariati: anticipare la soglia di tutela del bene; predisporre una responsabilità anche a titolo di colpa (quantomeno colpa

---

<sup>2</sup> Stilo L., "Tutela penale dell'ambiente: una breve introduzione ad un problema irrisolto", [www.dirittoambiente.it](http://www.dirittoambiente.it)



grave), nonché la responsabilità di persone giuridiche riguardo i fatti di criminalità ambientale commessi a loro vantaggio da coloro che detengono il potere di gestione e di controllo (art. 6); introdurre sanzioni adeguate alla gravità dei crimini (sia di tipo detentivo che pecuniario); ricorrere anche all'utilizzo della misura della confisca dei profitti derivanti da reati di tipo ambientale.

Ma rilievo centrale acquista la già citata Decisione 2003/80, che all'art. 2 impone agli Stati membri di adottare i provvedimenti necessari per rendere perseguibili penalmente, sulla base del diritto interno, reati dolosi lesivi dell'ambiente e della salute umana. E', quindi, esplicito il collegamento tra il bene ambientale e quello della incolumità personale di cui alla lettera a) del citato articolo; infatti, il reato commesso è sicuramente di danno alle persone, ma si caratterizza per avere come presupposti, fattuale e giuridico, la lesione o messa in pericolo del bene ambiente attraverso le condotte indicate dall'art. 2 (emissione o immissione nell'aria, nel suolo, nelle acque di sostanze o radiazioni ionizzanti tali da provocare la morte o lesioni gravi a persone).

Diversa è la previsione, invece, della lettera b) dello stesso articolo. La norma fa riferimento, questa volta, anche a reati di messa in pericolo di aspetti peculiari del bene ambiente, prescindendo dalla lesione della persona umana nella sua integrità biologica e criminalizzando, più propriamente, la contaminazione ambientale non autorizzata (dunque quella che supera una normale soglia di tollerabilità). Le altre previsioni riguardano, poi, il delicato problema dei rifiuti (lettera c, art. 2), il funzionamento illecito degli impianti dove vengono svolte attività pericolose, nonché la gestione illecita di materiali nucleari o altre sostanze radioattive nocive (lettere d) ed e), art. 2). Infine, si affronta il problema del commercio illecito di specie animali o vegetali protette e quello illecito di sostanze nocive che riducono lo strato di ozono alle lettere f) e g) del già citato articolo.

A chiusura di questa serie di fattispecie dolose di incriminazione, l'art. 3 della Decisione introduce un obbligo ulteriore per gli Stati membri, che si realizza con la previsione, sempre nel proprio diritto interno, di reati di tipo colposo. In altre parole, le fattispecie di cui all'art. 2 della Decisione si configurerebbero anche a causa di condotte di negligenza, almeno nei casi di negligenza grave (colpa grave).

Infine, per ciò che concerne il versante sanzionatorio, la Direttiva sancisce le caratteristiche cui devono ispirarsi tali sanzioni penali, devono cioè essere *effettive, proporzionate e dissuasive*, e prevedere, *almeno nei casi più gravi, pene privative della libertà che possono comportare l'estradizione* (art.5, n.1). Invece l'art. 7 fa riferimento

alle sanzioni da comminare nel caso di responsabilità di persone giuridiche, stabilendo che siano *"comprendenti di sanzioni pecuniarie di natura penale o amministrativa ed eventualmente altre sanzioni"*.

Gli ultimi due articoli, artt.8 e 9, fanno rispettivamente riferimento alla competenza giurisdizionale ed ai procedimenti promossi da uno Stato membro che non estrada i propri cittadini.

### **3. La pronuncia della Corte di Giustizia del 13 settembre 2005 relativa alla protezione ambientale attraverso il diritto penale.**

Il 13 settembre 2005 la Corte di Giustizia della Comunità Europea si è pronunciata sul ricorso proposto dalla Commissione della CE, in data 15 aprile 2003, contro il Consiglio per l'annullamento della Decisione quadro 2003/80/GAE relativa alla protezione ambientale attraverso lo strumento penale, decidendo per l'annullamento di quest'ultima a causa di conflitti di competenza tra i due organi.

Ma per comprendere meglio il ragionamento della Corte occorre fare un passo indietro.

Il 27 gennaio 2003, su iniziativa del Regno di Danimarca, il Consiglio dell'Unione europea adottava la Decisione quadro 2003/80/GAE ritenendola lo strumento più adatto per reagire al dilagante problema dei reati contro l'ambiente. Infatti, come già si è ampiamente detto, tale decisione conteneva una serie di reati contro l'ambiente, anche di nuova fattura, per i quali gli Stati medesimi erano invitati ad adottare sanzioni di natura penale, ognuno secondo le norme, naturalmente, del proprio diritto interno.

Ma la Commissione, pronunciandosi dinanzi agli organi del Consiglio, sottolineava come non condividesse la scelta di quest'ultimo (con riferimento allo strumento usato della Decisione), ritenendo, invece, che il corretto fondamento normativo a tal proposito fosse l'art. 175, n.1, CE, ed avendo anche presentato una proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, proprio con riferimento alla protezione dell'ambiente attraverso lo strumento penale (15 marzo 2001). La proposta di direttiva (GU C 180, pag.238), fondata sul citato articolo 175 CE, elencava, in allegato, gli atti di diritto comunitario violati dalle attività costitutive dei reati elencate all'art.3 della suddetta proposta.

In data 9 aprile 2002, il Parlamento europeo si pronunciava, contemporaneamente, su tale proposta di direttiva e sul progetto di decisione quadro, giungendo alla conclusione che tale atto comunitario potesse al limite costituire uno strumento

complementare della direttiva da adottare in materia di protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, e con il solo riferimento agli aspetti della cooperazione giudiziaria. Inoltre, il Parlamento europeo invitava il Consiglio ad astenersi dall'emanare la decisione quadro prima dell'adozione della direttiva. Ma il Consiglio, esaminando la proposta e giungendo alla conclusione che la maggioranza necessaria per l'adozione della stessa non sarebbe stata raggiunta, riteneva invece che la proposta medesima andasse oltre le competenze attribuite alla Commissione dal Trattato CE, ed anche che gli stessi obiettivi potessero essere perseguiti proprio dalla decisione quadro, in base all'art. 34 del Trattato.

Al contrario, la Commissione (ed è questa la tesi seguita dalla Corte di Giustizia) precisava come la Comunità fosse competente in tale materia visto che le questioni ambientali (incluso fra queste anche il problema dell'armonizzazione delle legislazioni penali nazionali riferita ai reati ambientali) rientravano nella casistica che forma oggetto del titolo XIX del Trattato istitutivo della Comunità Europea (artt.3, n.1, lett. I) CE e 174-175-176 CE).

In realtà, non vi sono precedenti in materia, ma la Commissione, a sostegno della propria tesi, si rifà al dovere di lealtà ed ai principi di effettività ed equivalenza<sup>3</sup>. Inoltre, vi sono una serie di regolamenti in materia di politica della pesca o dei trasporti che obbligherebbero gli stati membri ad agire in sede penale e stabilirebbero limiti ai tipi di sanzione che essi stessi possono comminare. In particolare, la Commissione fa riferimento a due atti comunitari secondo i quali esisterebbe un obbligo per gli Stati membri di comminare sanzioni di natura necessariamente penale, anche in caso di assenza di qualificazione espressa<sup>4</sup>. Per tale motivo la decisione quadro andrebbe comunque in parte annullata (artt.5, n.2, 6 e 7), secondo la Commissione, in quanto prevede la possibilità per gli Stati membri di comminare sanzioni anche non di natura penale o di compiere una scelta riguardo la natura delle sanzioni medesime, il che rientrerebbe inconfutabilmente nelle competenze della Comunità.

---

<sup>3</sup> Si vedano, in particolare, sentenze 2 febbraio 1977, causa 50/76, Amsterdam Bulb, Racc. pag. 137, punto 33, e 8 luglio 1999, causa C-186/98, Nunes e de Matos, Racc. pag. I-4883, punti 12 e 14, nonché ordinanza 13 luglio 1990, causa C-2/88 IMM, Zwartveld e a., Racc. pag. I-3365, punto 17.

<sup>4</sup> Si veda art. 14 della direttiva del Consiglio 10 giugno 1991, 91/308/CEE, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite (GU L 166, pag. 77), e artt. 1-3 della direttiva del Consiglio 28 novembre 2002, 2002/90/CE, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali (GU L 328, pag. 17).

Al contrario, il Consiglio e gli Stati membri intervenuti nella causa in oggetto<sup>5</sup> affermano, invece, che la Comunità non dispone di alcuna competenza tale da obbligare gli stati medesimi all'uso di sanzioni penali nel caso delle fattispecie indicate dalla decisione quadro. Infatti, non solo non esisterebbe alcuna attribuzione espressa di competenza, ma non si potrebbe neanche ipotizzare un trasferimento implicito della stessa alla Comunità sia per la estrema "delicatezza" del tema di cui si tratta (sanzioni penali) sia in base soltanto alla attribuzione di competenze sostanziali specifiche come, appunto, quelle svolte in forza dell'art.175 CE. La tesi sostenuta dai ricorrenti sarebbe avvalorata anche dagli artt. 135 CE e 280 CE, che riservano in modo esplicito, agli Stati membri, l'applicazione del diritto penale nazionale e l'amministrazione della giustizia.

La Corte di Giustizia, pronunciandosi sulla questione, ha stabilito che sicuramente è pacifico il fatto che la tutela ambientale rientri nelle competenze della Comunità<sup>6</sup>. Infatti, a norma dell'art. 2 CE tale organo ha il compito di *promuovere un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo*, ed a tal fine l'art.3, n.1 lett.l) CE prevede l'attuazione di una *politica nel settore dell'ambiente*. Inoltre, l'art. 6 CE stabilisce che *le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie*, evidenziando, così, il carattere trasversale e fondamentale dell'obiettivo in questione.

Passando, poi, all'analisi degli artt.174-176 CE si evince come essi costituiscano la *cornice normativa* nell'ambito della quale deve operare la politica comunitaria nel settore ambientale. In particolare, l'art. 174, n. 1, CE elenca gli obiettivi dell'azione ambientale della Comunità e l'art. 175 CE definisce le procedure da seguire al fine di raggiungere tali obiettivi. La competenza della Comunità è, in generale, esercitata secondo la procedura prevista dall'art. 251 CE, previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni. Tuttavia, per quanto riguarda taluni settori di cui all'art. 175, n. 2, CE, il Consiglio delibera da solo, statuendo all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento nonché dei due organi menzionati.

Tornando alle finalità della Decisione Quadro, sia dal suo titolo che dai primi tre 'considerando' può ricavarsi l'obiettivo della tutela ambientale. Inoltre, gli artt.2-7 si

---

<sup>5</sup> Gli Stati intervenuti a sostegno della tesi del Consiglio: il Regno di Danimarca, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, l'Irlanda, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica portoghese, la Repubblica di Finlandia, il Regno di Svezia nonché il Regno unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord

<sup>6</sup> Sentenze 7 febbraio 1985, causa 240/83, ADBHU, Racc. pag. 531, punto 13; 20 settembre 1988, causa 302/86, Commissione/Danimarca, Racc. pag. 4607, punto 8, e 2 aprile 1998, causa C-213/96, Outokumpu, Racc. pag. I-1777, punto 32.

occupano di disciplinare una parziale armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri con particolare riferimento ai reati ambientali. Ora, tali materie, secondo quanto detto fin qui, almeno in via di principio, non rientrerebbero nella competenza della Comunità<sup>7</sup>.

Tuttavia, secondo la Corte, quest'ultima constatazione non può *"impedire al legislatore comunitario, allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente"*.

Quindi, sia con riferimento alle finalità che riguardo al contenuto, gli articoli della Decisione quadro hanno ad oggetto la tutela penale dell'ambiente e dunque avrebbero potuto anche essere adottati sul fondamento dell'art. 175 CE. Ma, *"la circostanza che gli artt. 135 CE e 280, n. 4, CE riservino, rispettivamente nei settori della cooperazione doganale e della lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari della Comunità, l'applicazione del diritto penale nazionale e l'amministrazione della giustizia agli Stati membri non è idonea a inficiare tale conclusione. Infatti, non può dedursi da tali disposizioni che, in sede di attuazione della politica ambientale, qualunque armonizzazione penale, ancorché limitata come quella derivante dalla decisione quadro, debba essere esclusa, quand'anche si rivelasse necessaria a garantire l'effettività del diritto comunitario"*.

Per questi motivi, secondo la Corte di Giustizia europea, la Decisione quadro 2003/80/GAE, sconfinando nelle competenze che l'art. 175 CE attribuisce alla Comunità, viola l'art. 47 UE e quindi deve essere annullata.

#### **4. Conclusioni.**

La sentenza della Corte di Giustizia del 13 settembre 2005 (causa C-176/03) riveste un ruolo peculiare rispetto ad altri giudizi della Corte medesima. Infatti, costituisce un precedente importante nella sfera del riparto di competenze tra organi della Comunità europea e delle relazioni intergovernative, secondo il Titolo VI del TUE. Tale pronuncia potrebbe avere, dunque, ripercussioni nella ripartizione delle materie che fanno parte del I pilastro (quello comunitario) e del III (cooperazione di polizia e giudiziaria penale).

---

<sup>7</sup> In tal senso, sentenza 11 novembre 1981, causa 203/80, Casati, e 16 giugno 1998, causa C-226/97, Lemmens.

Particolare è anche il fatto che la Corte sia andata, in un certo qual senso, oltre la richiesta della Commissione stessa<sup>8</sup>, annullando l'intero atto da cui è conseguito un vuoto legislativo nel diritto interno degli Stati membri che hanno recepito la Decisione quadro. Ciò perché Essa ha voluto limitare le "intromissioni"<sup>9</sup> del Consiglio nelle materie che rientrano nel diritto Comunitario; infatti, rientrando la materia ambientale tra quelle del I pilastro del Trattato CE, sarà certamente di competenza del legislatore comunitario e non del Consiglio che, invece, esercita le competenze attribuitegli nella cooperazione di polizia e giudiziaria penale. Il trasferimento della competenza di una materia comunitaria dal I al III pilastro non è così facilmente possibile solo a causa di una previsione di sanzioni penali in un atto dell'Unione.

Un ulteriore risultato derivante dalla pronuncia in oggetto riguarda le conseguenze sull'esercizio dei poteri delle istituzioni. Infatti, da un lato la Commissione aveva ampi poteri di iniziativa nell'ambito delle materie attinenti al primo pilastro (ed *il Parlamento partecipava a pieno titolo all'adozione dell'atto*), dall'altro era il Consiglio, quindi gli Stati, che decideva in materia di cooperazione penale. In seguito alla sentenza, le competenze comunitarie si sono molto rafforzate, ampliando i poteri di Commissione e Parlamento, nonché assicurando alla Corte stessa un maggiore controllo. In particolare, la Commissione potrà adire la Corte anche per il mancato recepimento delle direttive da parte degli Stati membri permettendo ad Essa di pronunciarsi su tali ricorsi e, dunque, attribuendosi, entrambi gli organi, un potere che nessuno dei due aveva per le Decisioni quadro in materia penale.

Infine, due sono le cose che ancora si voglio sottoporre all'attenzione: per primo il fatto che, con riferimento all'armonizzazione dei reati, tale sentenza pone un duro freno bocciando l'intera decisione e, dunque, anche la parte relativa ai crimini ambientali; in secondo luogo, che tra i Paesi intervenuti a sostegno della tesi del Consiglio non compare quello Italiano. In effetti, attualmente è in fase di studio una riforma del codice penale con cui si intende abolire, in via generale, il reato contravvenzionale ambientale,

---

<sup>8</sup> Sentenza 13 settembre 2005 Corte di Giustizia : "*Non occorre pertanto esaminare l'argomento della Commissione secondo il quale la decisione quadro dovrebbe in ogni caso essere annullata parzialmente, in quanto i suoi artt. 5, n. 2, 6 e 7 lasciano agli Stati membri la facoltà di prevedere anche sanzioni non penali, oppure di scegliere tra sanzioni penali e altre sanzioni, cosa che rientrerebbe innegabilmente nella competenza comunitaria*".

<sup>9</sup> Castellaneta M., Il "travaso" delle competenze ora può interessare altri settori, *Il Sole 24 Ore*, 14 settembre 2005.

mutandolo in un vero e proprio delitto<sup>10</sup>. Ciò per evitare che fattispecie ritenute di effettivo disvalore per la collettività siano soggette, invece, a termini di prescrizione brevissimi oppure non sia legittimo l'uso di mezzi particolari di ricerca delle prove. L'Italia, dunque, a causa del reato ambientale, fino ad oggi, contravvenzionale è esclusa dall'attività di cooperazione internazionale.

---

<sup>10</sup> Tali reati verranno inseriti nella parte speciale del codice penale e saranno distinti in reati "contro il patrimonio ambientale", reati "contro l'assetto del territorio" e reati "contro le risorse naturali e la salute pubblica".





# **GIURISPRUDENZA**



## SEGNALAZIONI GIURISPRUDENZIALI <sup>1</sup>

### **CORTE COSTITUZIONALE, 21 ottobre 2005, n.391**

*In tema di protezione dell'ambiente, sussiste la competenza esclusiva statale a dettare standards di tutela minimi ed uniformi sull'intero territorio nazionale.*

Con la sentenza n. 391 del 21 ottobre 2005, infatti, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Puglia n. 15/2003 che consentiva effettuare il prelievo venatorio per gli animali acquatici da appostamento nel territorio regionale fino ad un'ora dopo il tramonto, ovvero oltre il limite fissato dalla legge statale n. 157/1992.

### **CORTE COSTITUZIONALE, 15 luglio 2005, n.280**

*Incostituzionalità dell' art. 25 del D.P.R. 602/1973 ("Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito"), nella parte in cui non prevede un termine, fissato a pena di decadenza, entro il quale il concessionario deve notificare al contribuente la cartella di pagamento delle imposte liquidate ai sensi dell'art. 36-bis del D.P.R. 600/1973 ("Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi").*

Il Giudice delle Leggi ha, infatti, esortato il Legislatore ad un sollecito intervento normativo con il quale si colmi la lacuna che si va a creare, tenendo presente che la ragionevolezza del termine che verrà stabilito dipenderà dalla giusta considerazione del carattere estremamente elementare (tanto da richiedere "procedure automatizzate") dell'attività di liquidazione ex art. 36-bis e della successiva attività di iscrizione nei ruoli.

### **CASSAZIONE, V sez., 30 novembre 2005, nn. 26104, 26105.**

*(a cura del dott. Giordano Di Meglio)*

Con le recenti sentenze nn. 26104 e 26105, la Corte di Cassazione è intervenuta nella dibattuta questione relativa ai termini decadenziali per la notifica al contribuente delle cartelle di pagamento.

Si tratta di due pronunce di notevole interesse in quanto prendono una chiara posizione sul tema del regime transitorio della liquidazione ex art. 36-bis, D.P.R. 600/73, e affermano, con identica motivazione in cui si ricostruisce il complicato susseguirsi delle norme nel tempo, l'applicabilità retroattiva, ai rapporti ancora pendenti, dei termini certi per la riscossione, introdotti dalla legge 156/2005, celermente varata dal Parlamento su esortazione della Consulta.

Con la significativa pronuncia 280/05 della scorsa estate, infatti, i Giudici delle leggi, lamentando la indefinita esposizione del contribuente alla pretesa tributaria, hanno dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 25, D.P.R. 602/73, nella parte in cui non prevede un termine, fissato a pena di decadenza, entro il quale il concessionario debba notificare la cartella di pagamento delle imposte liquidate ai sensi del 36-bis. La Corte Costituzionale avverte, inoltre, che la dichiarazione di illegittimità sarebbe intervenuta anche se l'art. 25 non fosse stato modificato dal D.lgs. 193/01, che ha soppresso i termini ivi previsti fino a quel momento, stante la già intervenuta eliminazione del necessario dies a quo al precedente art. 24. Nel rinviare, poi, alla discrezionalità del Legislatore il compito di colmare la lacuna legislativa, la Corte non manca di evidenziare come la ragionevolezza

---

<sup>1</sup> consultabili, in versione integrale, on line nella relativa sezione del sito della rivista

del termine discenda dalla adeguata considerazione sia del carattere estremamente elementare dell'attività di liquidazione automatica e sia della circostanza che l'avviso di accertamento, atto conclusivo di un procedimento ben più complesso, deve essere notificato entro la fine del quarto anno successivo alla presentazione della dichiarazione, limite entro il quale il contribuente è obbligato a conservare la documentazione sottostante.

L'intervento adeguatore del Legislatore, anche per le prevedibili ripercussioni della pronuncia, è stato oltremodo rapido e si è concretizzato nella menzionata legge 156/05, la quale, oltre a inserire nell'art. 25 la previsione di termini generali per la notifica delle cartelle di pagamento (*ndr.*: il 31 dicembre del terzo o del quarto anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione a seconda che si tratti, rispettivamente, di liquidazione automatica o di controllo formale), ha anche introdotto, con la modifica dell'art. 36, co. 2, D.lgs. 46/1999, una disciplina transitoria in deroga, stabilendo, per l'attività ex art. 36-bis, D.P.R. 600/73, il più lungo termine del 31 dicembre del quarto o del quinto anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione a seconda che la presentazione sia avvenuta nel biennio 2002/2003 ovvero entro la fine del 2001.

Le sentenze della Corte di Cassazione nn. 26104 e 26105 del 30 novembre 2005 costituiscono, pertanto, il primo approccio interpretativo sul tema, alla luce delle richiamate novità giurisprudenziali e normative. I Supremi Giudici, infatti, dopo aver lucidamente ripercorso le modifiche normative succedutesi negli anni, affermano che "la natura additiva di principio dell'intervento della Consulta e la sua necessaria integrazione, a mezzo legge, con la fissazione di specifici termini di notifica della cartella esattoriale comportano l'applicazione di quegli stessi termini e di quelli dettati in via transitoria ai rapporti ancora pendenti, come se l'azione amministrativa tributaria fosse stata regolata dagli stessi *ab initio*", con conseguente accoglimento del ricorso del contribuente nel primo caso e rigetto dell'istanza dell'Amministrazione nel secondo.

Secondo la V sezione non può, del resto, dubitarsi che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 280/05, abbia inteso spostare "il baricentro del rapporto tra contribuente e Fisco, eliminando ogni interesse e attenzione in ordine alle attività interne, come quella riguardante la formazione del ruolo e la consegna all'esattore-concessionario, considerate prive di rilievo nella dialettica del rapporto d'imposta".

#### **CASSAZIONE, SSUU, 29 novembre 2005, n. 23019**

*Secondo le Sezioni Unite della Cassazione, le controversie sorte tra sostituti e sostituiti rientrano nella competenza del giudice tributario.*

Anche la controversia tra sostituto d'imposta e sostituito, avente ad oggetto la pretesa del primo di rivalersi delle somme versate a titolo di ritenuta d'acconto, non detratta dagli importi erogati al secondo, rientra nella giurisdizione delle commissioni tributarie, e non resta, in particolare, condizionata dal carattere "impugnatorio" della stessa. A tale ultimo riguardo basti osservare che, come il sostituito, nel caso di prelevamento della ritenuta, potrà promuovere, presentata la dichiarazione annuale, la procedura di rimborso, così il sostituto, in caso di versamenti di somme non detratte a titolo di ritenuta, potrà a sua volta formulare richiesta di restituzione al Fisco – in particolare, rappresentando le ragioni prospettate dal presunto debitore di imposta per sottrarsi alla rivalsa -, impugnandone quindi il rigetto con ricorso rivolto anche nei confronti del sostituito, effettivo debitore verso il Fisco e, quindi, da considerarsi litisconsorte necessario.

**CASSAZIONE, V Sez., 20 settembre 2005, n. 18520**

*Azioni risarcitorie del sostituto nei confronti del sostituto di imposta: le Commissioni Tributarie (giudice naturale per tali controversie) possono essere adite solo attraverso l'impugnazione di un rifiuto di rimborso richiesto con le modalità previste dall'art. 38 dpr n. 602/73; in assenza di tale istanza il debito di imposta si consolida definitivamente.*

Nelle ipotesi in cui l'ordinamento vigente prevede l'intervento del sostituto d'imposta nell'adempimento degli obblighi tributari, l'effettuazione della ritenuta di acconto implica l'anticipazione dell'obbligo di dichiarazione che l'art 1 dpr n. 600/1973 pone a carico di ogni soggetto passivo, nonché dell'obbligo di versamento dell'imposta, ma comporta altresì che il sostituto, oltre a sostituire il contribuente nei suddetti adempimenti, svolga anche, per conto dell'A.F., un'attività di accertamento del presupposto impositivo nonché di liquidazione della relativa imposta. Perciò, ogni contestazione in merito alle ritenute subite non può che svolgersi nelle forme e nel rispetto dei termini prescritti dall'art. 38 dpr n. 602/1973, derivandone altrimenti la "cristallizzazione" del debito d'imposta, con ogni effetto conseguente anche sull'eventuale azione risarcitoria che il contribuente volesse proporre nei confronti del sostituto d'imposta. La mancata tempestiva attivazione della procedura di rimborso, in sostanza, consolida il debito d'imposta così come accertato dal sostituto per conto dell'A.F. la qual cosa vale ad escludere in premessa la configurabilità di qualsiasi illecito a carico del sostituto medesimo per un preteso errore nella liquidazione dell'imposta.

**CASSAZIONE, III Sez. pen., 13 settembre 2005, n. 33290**

*Riforma del sistema penale-tributario: il mero inserimento nella contabilità di una società di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti non configura più un'autonoma fattispecie di reato ma è solo prodromico o strumentale rispetto alla nuova fattispecie di dichiarazione fraudolenta di cui all'art. 2 d.lgs. n. 74/2000*

La Cassazione ribadisce che la nuova fattispecie di dichiarazione fraudolenta di cui all'art. 2 del D.Lgs. n. 74/2000 assorbe l'ipotesi prodromica di utilizzazione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, già sanzionata dall'art. 4, lett. d), della legge n. 516/1982. Come già chiarito dalle SS.UU. (sent. 25 ottobre 2000, n. 27), le condotte di utilizzazione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, non sono più, di per sé, previste dalla legge come reato, essendo punibile solo l'ipotesi di dichiarazione annuale fraudolenta, supportata da tali fatture o documenti fittizi.

**CASSAZIONE, SSUU, 10 agosto 2005, n. 16776**

*Le modifiche apportate all'art. 19 del DLG n. 546/1992 dalla riforma del 2001 hanno reso la giurisdizione delle Commissioni tributarie in materia di controversie tributarie a carattere generale.*

Giusto quanto previsto dall'art. 12, comma 2, della legge n. 448/2001 la giurisdizione tributaria è divenuta - nell'ambito suo proprio - una

giurisdizione a carattere generale, competente ogni qualvolta si ontroverta di uno specifico rapporto tributario o di sanzioni inflitte da uffici tributari. È stato conseguentemente modificato l'art. 19 del DLG n. 546/1992 dato che il contribuente può rivolgersi al giudice tributario ogni qualvolta abbia interesse a contestare la convinzione espressa dall'Amministrazione (anche attraverso la procedura del silenzio-rigetto) in ordine alla disciplina del rapporto tributario. Rientrano altresì nella giurisdizione del giudice tributario le controversie relative all'esercizio (o la mancato esercizio) da parte dell'Amministrazione del potere di autotutela, spettando a tale giudice anche stabilire se l'atto (o il rifiuto) sia o meno impugnabile.

**CONSIGLIO DI STATO, V Sez., 7 novembre 2005, n. 6201**

*Valutazione Impatto Ambientale - Autorizzazione per lo smaltimento dei rifiuti - Primo rinnovo della autorizzazione successivo al D. L.vo n. 22/97 - VIA - Necessità*

Con l'entrata in vigore del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, la VIA, non eseguita in sede di prima autorizzazione per lo smaltimento dei rifiuti, deve obbligatoriamente precedere al primo rinnovo della autorizzazione, successivo alla nuova normativa, (Consiglio di Stato IV Sez. 25 maggio 2004, n. 5715). Pres. Iannotta - Est. Farina - Comune di Modugno (avv. Menchise) ed altri c. S.p.a. Tersan Puglia & Sud Italia (avv. Paccione) ed altri (conferma TAR Puglia - sede di Bari, Sez. III, n. 4676/2004).

**CONSIGLIO DI STATO, IV Sez., 27 ottobre 2005, n. 6023**

*Procedimento amministrativo: ha carattere procedimentale e non processuale la categoria dell'atto nullo, introdotta dalla legge n. 15/05; tale normativa trova immediata applicazione nei procedimenti in corso e non ancora definiti.*

Il provvedimento amministrativo può considerarsi assolutamente nullo o inesistente solo nelle ipotesi in cui esso sia espressamente qualificato tale dalla legge oppure manchi dei connotati essenziali dell'atto, necessario ex lege a costituirlo, quali possono essere la radicale carenza di potere da parte dell'autorità procedente, ovvero il difetto della forma, della volontà, dell'oggetto o del destinatario, mentre non può parlarsi di inesistenza dell'atto allorché si discuta unicamente dei vizi del procedimento che lo ha preceduto, in ciò risolvendosi la mancata corrispondenza del procedimento concreto al relativo paradigma normativo. In tali ipotesi, il vizio non attiene all'esistenza dell'atto finale, che rimane integro nei suoi elementi essenziali e costitutivi, ma alla validità dello stesso e dei suoi presupposti e, quindi, alla conformità alla legge del complessivo comportamento tenuto dall'autorità.

La legge n. 15 del 2005, aggiungendo alla legge n. 241/90 l'art. 21 septies, ha disciplinato la categoria dell'atto nullo, intendendo per tale l'atto mancante degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione di giudicato, nonché negli altri casi previsti dalla legge. Detta normativa ha, invero, carattere procedimentale e non processuale, e trova immediata applicazione ai procedimenti in corso e non ancora definiti

# **NEWS**





COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Bruxelles, 14.4.2005

COM(2005) 136 definitivo

2005/0051 (CNS)

Proposta di DIRETTIVA DEL CONSIGLIO

che modifica, in relazione alla durata di applicazione dell'aliquota minima in materia di aliquota normale, la direttiva 77/388/CEE relativa al sistema comune di imposta sul valore aggiunto (presentata dalla Commissione)

RELAZIONE

1. A norma dell'articolo 12, paragrafo 3, lettera a), secondo comma, della direttiva 77/388/CEE il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, fissa all'unanimità il livello dell'aliquota normale dell'imposta sul valore aggiunto.
2. Tale disposizione s'inserisce nel quadro normativo fissato dall'articolo 93 del trattato CE, secondo il quale il Consiglio adotta le disposizioni che riguardano l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sulla cifra d'affari nella misura in cui detta armonizzazione sia necessaria per assicurare l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno. In tale prospettiva, la determinazione dell'aliquota normale è sempre apparsa indispensabile.
3. In vista dell'instaurazione del mercato interno nel gennaio 1993, la Commissione aveva presentato alcune proposte per la creazione di un regime di armonizzazione fiscale definitivo. Per quanto riguarda le aliquote, essa ha proposto innanzitutto una struttura fiscale armonizzata con due categorie di aliquote e il ravvicinamento, all'interno di una forcella, delle aliquote applicate dagli Stati membri.
4. Il Consiglio tuttavia, non potendo adottare le proposte della Commissione entro il 1° gennaio 1993, ha deciso di adottare un regime transitorio. In materia di aliquote, esso ha adottato la direttiva 92/77/CEE relativa a un ravvicinamento delle aliquote.
5. Tale direttiva, che istituisce il sistema dell'aliquota minima, statuiva che a decorrere dal 1° gennaio 1993 fino al 31 dicembre 1996 l'aliquota minima non potesse essere inferiore al 15%. Questa disposizione è stata prorogata tre volte e si applica fino al 31 dicembre 2005.
6. Al fine di garantire il mantenimento del livello di armonizzazione delle aliquote raggiunto, la Commissione ha presentato due proposte che prevedevano un'aliquota normale situantesi in una forcella compresa tra il 15% e il 25%. Tale forcella si basava sulle aliquote applicate negli Stati membri, nei quali il livello dell'aliquota normale è sempre variato tra il 15% e il 25%.
7. Tali proposte di ravvicinamento delle aliquote, fondate sulla determinazione di una forcella per la fissazione dell'aliquota normale, sono state modificate in entrambi i casi dal Consiglio, che ha tenuto conto unicamente del principio dell'aliquota minima in riferimento a una percentuale non inferiore al 15%, paragonabile al sistema contemplato dalla direttiva del 1992.
8. Nel 2000, desiderando migliorare il funzionamento del mercato interno a breve termine, la Commissione ha adottato una strategia applicabile in varie fasi e articolata attorno a quattro obiettivi principali: la semplificazione e l'ammmodernamento delle norme esistenti, un'applicazione più uniforme delle disposizioni in vigore e una nuova attuazione della cooperazione amministrativa. Nel 2003 le priorità della strategia IVA sono state oggetto di un riesame e di un aggiornamento.
9. A fondamento di questa strategia stava la considerazione che, date le reticenze degli Stati membri, era poco probabile che in un futuro prossimo si compissero progressi significativi verso un sistema IVA comune basato sulla tassazione nello Stato membro d'origine. L'obiettivo principale della strategia era quello di dare nuovo impulso ai lavori in sede di Consiglio, in modo da raggiungere in breve miglioramenti concreti e indispensabili del regime di tassazione vigente, senza tuttavia mettere in discussione l'idea stessa di un regime definitivo di tassazione nello Stato membro d'origine come obiettivo a lungo termine della Comunità.
10. Durante tale periodo occorreva nondimeno evitare che divergenze sempre più accentuate tra le aliquote normali dell'IVA applicate dagli Stati membri rischiarono di provocare squilibri strutturali nell'Unione e distorsioni della concorrenza in alcuni settori dell'economia. La Commissione ha pertanto adottato una proposta di proroga del periodo di applicazione dell'aliquota normale non inferiore al 15% fino al 31 dicembre 2005, senza proporre forcelle. Il 19 gennaio 2001 tale proposta è stata adottata senza modifiche dal Consiglio.
11. L'allargamento dell'Unione europea ai dieci nuovi Stati membri del 1° maggio 2004 non ha cambiato la situazione dell'aliquota normale, che nei 25 Stati membri varia sempre tra il 15% e il 25%. L'aliquota del 15% è applicata in due Stati membri (CY e LU), mentre quella del 25% in tre (DK, HU e SV).
12. Stando così le cose, appare ancora opportuno mantenere in via temporanea il principio del livello dell'aliquota minima in materia di aliquota normale, attualmente in vigore in una percentuale del 15%, e proporre la proroga della normativa vigente.
13. Poiché il periodo di applicazione di tale aliquota previsto dall'articolo 12, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 77/388/CEE scade il 31 dicembre 2005, la presente proposta è diretta a permettere al Consiglio di prorogare detto periodo di applicazione dell'aliquota minima in materia di aliquota normale. La soglia dell'aliquota normale è pertanto fissata al 15% per un periodo di cinque anni, a partire dal 1° gennaio 2006 fino al 31 dicembre 2010.

Osservazioni sugli articoli

Articolo 1

Al primo paragrafo si propone che il livello dell'aliquota minima da applicare in materia di aliquota normale dell'imposta sul valore aggiunto in vigore nei vari Stati membri, pari al 15%, sia prorogato dal 1° gennaio 2006 al 31 dicembre 2010.

Il secondo paragrafo fissa al 31 dicembre 2010 la data di scadenza del livello dell'aliquota minima da applicare in materia di aliquota normale. Tale disposizione sarà riesaminata poiché, su proposta della Commissione, il Consiglio dovrà statuire al più tardi entro il 31 dicembre 2010 sul livello dell'aliquota normale da applicare dopo tale data.

Articoli 2-4

Tali articoli disciplinano le misure di entrata in vigore della direttiva.

2005/0051 (CNS)

Proposta di

**DIRETTIVA DEL CONSIGLIO**

che modifica, in relazione alla durata di applicazione dell'aliquota minima in materia di aliquota normale, la direttiva 77/388/CEE relativa al sistema comune di imposta sul valore aggiunto

**IL CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA,**

visto il trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'articolo 93,

vista la proposta della Commissione,

visto il parere del Parlamento europeo,

visto il parere del Comitato economico e sociale europeo,

considerando quanto segue:

(1) A norma dell'articolo 12, paragrafo 3, lettera a), secondo comma, della direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, il Consiglio fissa il livello dell'aliquota normale da applicare dopo il 31 dicembre 2005.

(2) L'aliquota normale dell'imposta sul valore aggiunto attualmente vigente negli Stati membri, in combinazione con i meccanismi del regime transitorio, assicura un funzionamento sostenibile di tale regime. Occorre tuttavia evitare che divergenze sempre più accentuate tra le aliquote normali dell'IVA applicate dagli Stati membri provochino squilibri strutturali all'interno della Comunità e distorsioni della concorrenza in alcuni settori dell'economia.

(3) Appare pertanto opportuno che l'attuale livello minimo del 15% per l'aliquota normale sia mantenuto per un altro periodo sufficientemente lungo al fine di consentire il proseguimento dell'attuazione della strategia di semplificazione e ammodernamento della normativa comunitaria attualmente in vigore in materia di IVA, quale esposta nelle comunicazioni della Commissione del 7 giugno 2000 e del 20 ottobre 2003.

(4) Occorre pertanto modificare la direttiva 77/388/CEE di conseguenza,

**HA ADOTTATO LA PRESENTE DIRETTIVA:**

Articolo 1

All'articolo 12, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 77/388/CEE il primo e secondo comma sono sostituiti dal testo seguente:

“L'aliquota normale dell'imposta sul valore aggiunto è fissata da ciascuno Stato membro in una percentuale della base imponibile che è identica per le cessioni di beni e per le prestazioni di servizi. A partire dal 1° gennaio 2006 fino al 31 dicembre 2010 l'aliquota normale non può essere inferiore al 15%.

Conformemente all'articolo 93 del trattato, il Consiglio fissa il livello dell'aliquota normale da applicare dopo il 31 dicembre 2010.”

Articolo 2

1. Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 1° gennaio 2006. Essi ne informano immediatamente la Commissione.

Quando gli Stati membri adottano tali disposizioni, queste contengono un riferimento alla presente direttiva o sono corredate di un siffatto riferimento all'atto della pubblicazione ufficiale. Le modalità del riferimento sono decise dagli Stati membri.

2. Gli Stati membri comunicano alla Commissione il testo delle disposizioni di diritto interno che adottano nel settore disciplinato dalla presente direttiva.

Articolo 3

La presente direttiva entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

Articolo 4

Gli Stati membri sono destinatari della presente direttiva.

Fatto a Bruxelles, il

Per il Consiglio

Il Presidente



MASTER DI DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE



ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI  
PER LA CIRCOSCRIZIONE DEL TRIBUNALE DI NAPOLI  
ENTE PUBBLICO NON ECONOMICO

COMMISSIONI DI STUDIO  
"FISCALITA' INTERNAZIONALE"  
"IMPOSTE DIRETTE"

## Seminario

### "Sistemi fiscali dei Paesi aderenti all'Unione Europea a confronto: Spagna e Italia"

Giovedì 15 dicembre 2005

Ore 9.00 - 14.00

Sala Mangia - sede dell'Ordine di Napoli  
Palazzo Calabritto - Piazza dei Martiri, 30

Ore 9.00 Indirizzi di saluto

**Manlio Ingrosso**

*Direttore del Master in Diritto Tributario Internazionale -  
Professore Ordinario di Diritto Tributario SUN*

**Achille Coppola**

*Presidente dell'Ordine dei Dottori Commercialisti di Napoli*

**Filippo Orlandi**

*Direttore Regionale delle Entrate per la Campania*

**Vincenzo Moretta**

*Vice Presidente dell'Ordine dei Dottori Commercialisti di Napoli*

Ore 9.30 Introduzione ai lavori

**Salvatore Tramontano**

*Consigliere Delegato Commissione Fiscalità Internazionale*

**Clelia Buccico**

*Presidente Commissione Imposte Dirette - Ricercatore di Diritto  
Tributario SUN*

Ore 9.40 Relazioni

**Juan José Hinojosa Torralvo**

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario  
Universidad de Almería*

Il sistema fiscale spagnolo

**Mario Pantani**

*Capo Area Servizi Agenzia della Entrate di Napoli 2*

Il sistema fiscale italiano

Ore 13.00 Conclusioni

**Luca Simoncini**

*Vice Presidente Commissione Fiscalità Internazionale*

Ore 13.30 Dibattito

Ore 14.00 Buffet di lavoro

*Il seminario attribuirà 5 crediti formativi totali per la formazione continua. Per esigenze logistiche è consigliabile la prenotazione al seguente indirizzo: [formazione@odc.napoli.it](mailto:formazione@odc.napoli.it) -  
indicando nell'oggetto necessariamente solo la parola "SEMINARIO SPAGNA".*

**Coordinamento organizzativo:**

*Maria Rosaria Viviano, Stefano Ducceschi.*

**Staff:**

*Daniela Casale, Enrica Massarelli, Silvio de Paola, Elio Gambardella, Alessandro Remondelli, Concetta Petiti.*



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA