



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

*I*nnovazione *e* *D*iritto



3

2006

COMITATO SCIENTIFICO

Prof. Raffaele Perrone Capano (direttore)
Prof. Andrea Amatucci
Prof. Raffaele Balbi
Prof. Benedetto Conforti
Prof. Pasquale De Sena
Prof. Massimo Iovane
Prof. Roberto Mastroianni
Prof. Emilio Pagano
Prof. Flavia Petroncelli Hubler
Prof. Luigi Sico
Prof. Mario Tedeschi
Prof. Talitha Vassalli
Prof. Elisabetta De Franciscis
Prof. Luciana Di Renzo
Prof. Vincenzo Pace
Prof. Manlio Ingrosso

COMITATO DI DIREZIONE

Prof. Andrea Amatucci (Diritto finanziario)
Prof. Carlo Amatucci (Diritto commerciale interno ed internazionale)
Prof. Alfonsina De Felice (Diritto della previdenza sociale)
Prof. Pasquale De Sena (Diritti umani)
Prof. Luciana Di Renzo (Finanza degli Enti locali)
Prof. Stefano Fiorentino (Diritto tributario)
Prof. Massimo Iovane (Organizzazioni economiche internazionali)
Prof. Fiorenzo Liguori (Diritto amministrativo)
Prof. Giovanni Marino (Filosofia del diritto)
Prof. Paolo Nunziante (Cibernetica del linguaggio)
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

Avv. Maurizio Migiarrà

RESPONSABILI DI REDAZIONE

Roberta Alfano
Giordano Di Meglio
Chiara Fontana
Filippo Perriccioli
Loredana Strianese

REDAZIONE

Gino Buonauro
Germana Carobene
Anna Di Lieto
Antonio Lanzaro
Rita Mazza
Caterina Nicolais
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 Mostacciuolo



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>

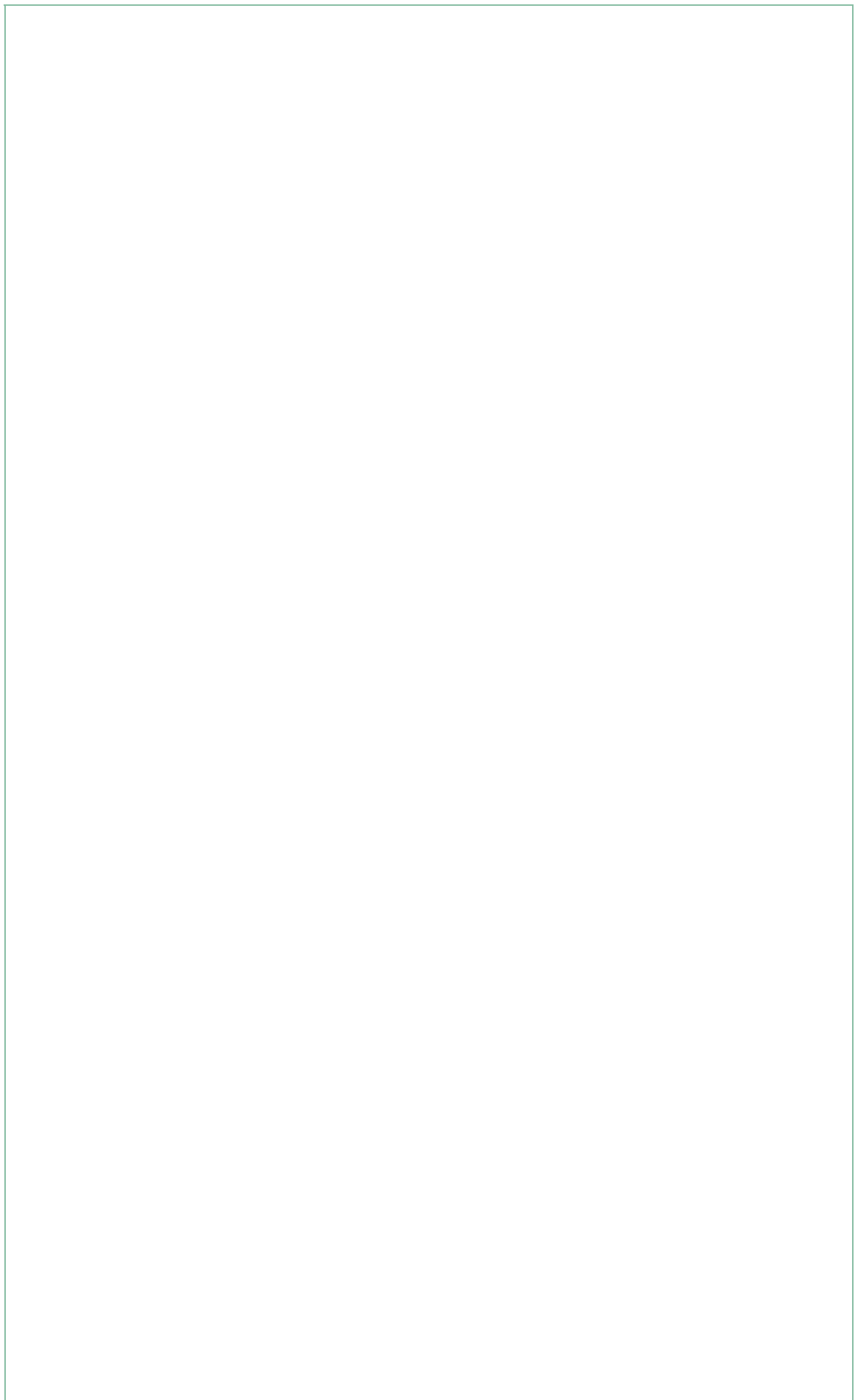
La rivista e tutti i suoi contenuti possono essere riprodotti liberamente a condizione che se ne citi sempre la fonte, riportando il web address.

Per contattare la redazione utilizzare il seguente indirizzo email:
redazione@innovazionediritto.unina.it

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

INDICE

Tre misure urgenti per il rilancio dell'università di Guido Trombetti.....	1
I limiti della politica tributaria tra crescita del disavanzo pubblico e crisi del processo riformatore di Raffaele Perrone Capano.....	3
Comunità internazionale e individui nella prassi del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite in tema di lotta al terrorismo di Pasquale De Sena	25
I "criteri" di svolgimento dell'attività amministrativa: vecchie e nuove questioni di Luigi Buonauro	41
Il diritto di lavorare nell'Europa "allargata" di Rita Mazza	72
L' art. 1, comma 206, della Legge Finanziaria 2006: legge di coordinamento o invasione d'autonomia? di Gaia Rubba	80
Profili giuridici della fattura elettronica di Antonio Visconti	92
La Turchia, tra lotta al terrorismo ed ambizioni europee di Vasco Fronzoni	111
GIURISPRUDENZA	121
SEGNALAZIONI GIURISPRUDENZIALI	123



Tre misure urgenti per il rilancio dell'università¹

di Guido Trombetti²

Il sistema universitario italiano è un sistema pubblico, che prevede anche adeguati spazi per iniziative private d'eccellenza. E questo il dato di fatto da cui partire. L'università produce beni pubblici. Essa stessa è un bene pubblico e tale deve restare. Ciò non significa sottovalutare le esigenze della società e del mercato. Tutt'altro. Proprio perché è un bene pubblico l'Università deve perseguire l'interesse pubblico. Il punto sta nel distinguere azioni e ruoli.

Lo sviluppo della conoscenza sarebbe a forte rischio se subordinato esclusivamente a logiche di mercato. Si avrebbe il declino di aree di grande rilevanza culturale poco appetite dal mercato. E il loro declino anticiperebbe quello di tutta la ricerca. E quindi dell'intero Paese. Sia chiaro, però, che non possono esistere zone franche. In cui chiedere risorse senza mai esser valutati. Questo è un lusso che non si può più consentire a nessuno. Ma il mercato non è l'unico supremo "valutatore".

Occorre pertanto sostenere una politica di finanziamenti pubblici che preveda certezze e trasparenza. E la valutazione come elemento fondante delle scelte. La politica delle risorse deve essere indirizzata su due piani. Uno strategico. L'altro di breve periodo. Sul primo fronte l'obiettivo è ottenere un adeguamento agli standard europei. L'Università italiana è sottofinanziata da molto tempo. Lo sappiamo tutti. Lo ha ribadito anche il ministro Mussi. A tal fine è necessario che il Governo elabori un piano pluriennale di incremento dei finanziamenti agli atenei (almeno il 10% all'anno di incremento del Ffo per 5 anni) per raggiungere la media europea. Per portare ai livelli europei la qualità dei servizi nella didattica e nella ricerca. Per affrontare il problema vitale dell'ingresso dei giovani nel mondo della ricerca. Per adeguare le retribuzioni del personale amministrativo e tecnico, attualmente ai livelli minimi di tutto il pubblico impiego.

Avviare un piano del genere richiede risorse. E scelte conseguenti. Difficile che possano intervenire prima della prossima legge finanziaria. Nel frattempo s'impone l'esigenza di alcuni provvedimenti immediati. Il primo: porre a carico dello Stato gli incrementi stipendiali del personale, che crescono automaticamente senza una parallela

¹ Articolo apparso su "Il Sole 24 ore di venerdì 26 maggio 2006.

² Magnifico Rettore dell'Università degli Studi di Napoli – Presidente della Conferenza dei rettori delle Università italiane

copertura finanziaria. Il secondo: sgravare il ministero dell'Università e gli atenei dei costi per l'attività assistenziale svolta dal personale universitario di area sanitaria. Il terzo e più importante: consentire agli atenei di "incassare" in anticipo le disponibilità future liberate dal notevole flusso di pensionamenti che si avrà tra il 2012 e il 2017. Spalmando l'utilizzazione di tali risorse su tutto l'arco temporale. A cominciare da oggi.

Ciò eviterebbe un effetto distorsivo sulla qualità della docenza universitaria. In quegli anni, dopo aver bruciato almeno un paio di generazioni, sarà necessario immettere frettolosamente nell'Università un gran numero di giovani. Magari non opportunamente formati. Tale possibilità naturalmente non deve essere interpretata come un'elargizione fine a se stessa. Bensì come l'espressione della capacità programmatica degli atenei, tradotta in specifici atti sottoposti a monitoraggio e controllo. Insomma, c'è molto da fare. E il metodo è il dialogo tra le istituzioni, che il ministro Mussi sono certo vorrà utilizzare.

I limiti della politica tributaria tra crescita del disavanzo pubblico e crisi del processo riformatore

di Raffaele Perrone Capano¹

Sommario: 1. Alcuni effetti della riforma dell'IRE sulla dinamica delle entrate nel triennio 2004-2006 – 2. Evasione ed elusione nelle principali imposte: problemi strutturali e di gestione dei tributi – 3. I limiti degli studi di settore nelle politiche di contrasto dell'evasione: l'esperienza della Francia nelle attività di controllo delle micro imprese, e quella italiana del concordato preventivo – 4. Ipotesi di revisione dell'imposizione personale finalizzate al contenimento dell'evasione e al recupero di competitività del sistema tributario

1. Alcuni effetti della riforma dell'IRE sulla dinamica delle entrate nel triennio 2004-2006

Nel dicembre scorso analizzando l'evoluzione del sistema tributario italiano nell'arco di un trentennio, ho evidenziato come lo spostamento di quote crescenti di prelievo dalle imposte indirette a quelle dirette, mentre non ha prodotto un miglioramento significativo degli effetti distributivi delle principali imposte, per la crescente incidenza dell'economia sommersa o comunque irregolare, ha condizionato negativamente l'evoluzione del sistema accentuandone la frammentazione (nell'arco di un trentennio il numero medio di addetti nelle imprese manifatturiere è passato da 5,2 unità a 3,7 in controtendenza rispetto ai sistemi avanzati).

Una tendenza questa, opposta a quella che ha caratterizzato nello stesso arco di tempo non solo le altre grandi economie europee (Germania, Francia e Regno Unito in primo luogo), ma anche Paesi con un livello di sviluppo decisamente inferiore al nostro (penso alla Spagna, alla Grecia, al Portogallo, ecc.).

La tesi è che in Italia, a partire dalla seconda metà degli anni ottanta si sia consolidato un modello in cui l'espansione dell'industria manifatturiera si sia basata prevalentemente sulla flessibilità del cambio e su quella fiscale, attraverso gli ammortizzatori dell'economia irregolare. Un sistema essenzialmente difensivo, in cui

¹ Professore Ordinario di Diritto finanziario, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II

l'aumento di oltre 15 punti in un ventennio dell'imposizione sui salari, ed una tassazione dei redditi societari, spesso superiore al 50%, ha accentuato la tendenza alla moltiplicazione delle imprese, con prevalenti motivazioni di natura fiscale.

Il ritorno ad un regime di cambi fissi, nella seconda metà degli anni '90, con l'adesione dell'Italia alla moneta europea comune, ha coinciso, purtroppo, con una liberalizzazione precipitosa e generalizzata degli scambi commerciali e con la conseguente mondializzazione dell'economia, ed ha lasciato il sistema produttivo privo dei tradizionali ammortizzatori.

L'industria italiana, più esposta di quella degli altri grandi paesi europei alla concorrenza asiatica, per caratteristiche strutturali e tipologie di prodotto, ha dovuto quindi affrontare una difficile ristrutturazione, sotto la spinta della rivalutazione dell'euro e della contrazione delle esportazioni in molti mercati abituali, anch'essi in tensione per la concorrenza asiatica.

Un primo segnale della vitalità del sistema produttivo italiano, o meglio di quelle 3700 imprese medie caratterizzate da una crescita più che doppia rispetto alla media del sistema, si è avuto nel 2004 con la crescita dal 4% al 4,2 % della quota italiana del commercio internazionale espressa in valore: segnale positivo soprattutto se confrontato con le quantità, stabili intorno al 3,7%, perché evidenzia una tendenza ad esportare prodotti di maggiore valore e a più elevato valore aggiunto.

D'altra parte le esportazioni italiane si indirizzano per oltre il 72% verso i paesi europei (59% UE, 12,5% resto Europa) caratterizzati, specie i paesi dell'area dell'euro, da crescita limitate e da una penetrazione aggressiva delle merci asiatiche in alcuni comparti dominati in precedenza da quelle italiane; (tessile, abbigliamento, materie plastiche, calzature ecc.) mentre nei mercati più dinamici e più lontani, le imprese italiane hanno più difficoltà a penetrare e ad espandersi proprio per le loro caratteristiche dimensionali.

Il rapporto tra struttura produttiva e fiscalità, per troppo tempo ignorato, assume quindi anche in Italia un rilievo che non può più essere rimosso, perché costituisce un elemento centrale della competitività e di concorrenza tra sistemi economici.

Il cambio di maggioranza, determinato dalle elezioni politiche del 9 aprile, coglie il sistema fiscale, dopo la parziale attuazione della legge di riforma del sistema tributario del 2003, in una fase di assestamento che richiederà da parte del legislatore grande prudenza ed equilibrio.

Se da un lato, infatti, è, non solo legittimo ma direi ovvio, che la nuova maggioranza sia vincolata agli impegni assunti in campagna elettorale e voglia dare loro

un seguito, è evidente che proprio l'impegno ad accentuare il contrasto all'evasione e all'elusione fiscale, richiede un'analisi attenta dell'ordinamento tributario, ed una scelta oculata degli strumenti e dei mezzi per avvicinare l'obiettivo.

L'analisi dell'andamento delle principali imposte (IRE, IRES, IVA, IRAP) ha evidenziato negli ultimi tre anni una dinamica delle entrate, nei settori caratterizzati da maggiore propensione all'evasione, più accentuata rispetto all'incremento complessivo del gettito, che ha sorpreso, per l'ampiezza del fenomeno, la maggior parte degli studiosi di Diritto tributario, ma non chi scrive.

A questo risultato ha certamente offerto un contributo positivo sia la nuova struttura dell'imposta personale, caratterizzata dalla sostituzione delle detrazioni personalizzate con ampie deduzioni dall'imponibile, l'allargamento degli scaglioni e la riduzione delle aliquote, sia l'aumento della no-tax area nell'IRAP, finalizzato a ridurre in misura significativa l'onere per i contribuenti minori.

Il notevole ampliamento dell'indifferenza fiscale nell'imposta personale, cioè della soglia al di sotto della quale il contribuente non ha interesse ad occultare i ricavi, in quanto determinano livelli di reddito inferiori al minimo imponibile ovvero tassati con aliquota media ridotta, ha avuto effetti positivi sia sul gettito dell'IRAP (+7,8% nel 2005, +10,5% quella riscossa dal settore privato) sia sull'IVA, che ha registrato un incremento del 4,4% in un anno caratterizzato da crescita zero del PIL. Un risultato che avevo anticipato in un saggio del 2001 finalizzato alla riduzione delle imposte sul lavoro (IRPEF e IRPEG) e alla valorizzazione di nuove forme di imposizione ambientale, con l'obiettivo di aumentare il grado di competitività del sistema tributario.

Una conferma degli effetti positivi della nuova struttura dell'imposta personale (IRE) si ricava dal diverso andamento delle ritenute sui redditi da lavoro dipendente del settore privato, +3,1% rispetto a quelle sul lavoro autonomo che crescono ad un tasso quasi doppio, +5,3%. Questo elemento, se da un lato evidenzia l'importanza della struttura delle imposte per contrastare l'evasione, mette in rilievo anche il limite di fondo dell'ordinamento vigente, basato, per una platea amplissima di contribuenti, su un sistema di dichiarazioni che non prevede alcun ruolo dell'Amministrazione, se non nella fase successiva ed eventuale dell'attività di verifica e accertamento.

La crescita delle entrate nel primo quadrimestre 2006 (+6,7%), conferma ulteriormente questa tendenza (IRE +7%, IRES +5,6%, IVA +6,9%, IRAP +5,3%) con particolare riguardo alla più accentuata dinamica delle ritenute sui redditi da lavoro

autonomo +7,1%, rispetto a quella relativa ai redditi da lavoro dipendente del settore privato +4,1%.

Questi dati, se da un lato evidenziano lo scarso fondamento delle critiche rivolte alla disattenzione del precedente Governo rispetto alle politiche di contrasto all'evasione, indicano anche i limiti dell'ordinamento vigente, proprio sotto il profilo della resistenza strutturale all'evasione. Resistenza che decresce rapidamente appena ci si allontana dalla soglia dell'indifferenza fiscale.

Sotto questo profilo se mai, un rilievo fondato agli indirizzi di politica fiscale della passata legislatura dovrebbe riguardare l'attuazione molto parziale del disegno riformatore contenuto nella delega del 2003.

L'incapacità di tenere sotto controllo la dinamica della spesa pubblica, ha infatti costretto il Governo di centro-destra a diluire nel tempo e a comprimere nelle dimensioni la riforma dell'imposta personale, rendendone meno evidenti gli effetti positivi proprio sotto il profilo del contenimento dell'evasione, e del recupero di competitività del sistema tributario.

D'altra parte le difficoltà evidenziate dall'avvio del processo di trasferimento delle funzioni legislative dallo Stato alle Regioni, proprio dal punto di vista del decentramento finanziario, ha fatto cadere molte illusioni circa il carattere taumaturgico del federalismo fiscale.

Al trasferimento di quote crescenti del prelievo tributario dallo Stato agli Enti di decentramento difficilmente corrisponde infatti, date le caratteristiche dei sistemi tributari avanzati, un maggior coinvolgimento dei cittadini nelle decisioni relative alla spesa pubblica decentrata. La cui dinamica, proprio in seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione appare, nonostante i vincoli del patto di stabilità europeo, fuori controllo.

In pratica la riforma del Titolo V ha prodotto un corto circuito istituzionale perché al trasferimento alle Regioni di materie spesso caratterizzate dalla prevalenza di interessi unitari non frazionabili (quindi reti ed infrastrutture, energia, coordinamento delle politiche economiche regionali, ecc.) lo Stato non ha dato alcun seguito. La mancata adozione della legge di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario da parte dello Stato, se da un lato non consente alle Regioni di stabilire nuovi tributi regionali; dall'altro non permette allo Stato di intervenire sulla dinamica della spesa decentrata. Non avendo predeterminato per legge i criteri che delimitano e vincolano il legislatore statale ai sensi dell'art.117 Cost., in questa delicata materia.

Certo dal punto di vista della politica tributaria non siamo all'anno zero; la ristrutturazione in Agenzie dell'Amministrazione finanziaria, avviata alla fine degli anni '90, si è dimostrata un'intuizione felice. Lo stesso può dirsi degli studi di settore, che hanno costretto qualche milione di soggetti a dichiarazioni più realistiche o se si vuole meno incoerenti con i dati reali.

Credo tuttavia che se non si interverrà ulteriormente sulla struttura dell'imposta personale, riducendo la forbice tra l'aliquota media e quella marginale, aumentando l'area della deducibilità con interventi selettivi, e non si ripenserà complessivamente il rapporto tra il contribuente, le principali imposte e l'attività di accertamento, data la dimensione della pressione fiscale, qualsiasi politica di contrasto dell'evasione basata esplicitamente su strumenti repressivi, difficilmente determinerà risultati realmente significativi.

D'altra parte la diffusione dell'evasione è una spia non solo delle dimensioni dell'economia irregolare ma anche della scarsa concorrenza che caratterizza il nostro sistema economico, specie nel settore dei servizi; e spiega anche il motivo per cui l'opinione pubblica presta scarsa attenzione al tema dell'evasione fiscale.

2. Evasione ed elusione nelle principali imposte: problemi strutturali e di gestione dei tributi

Per inquadrare correttamente il fenomeno dell'evasione sotto il profilo dimensionale, occorre a mio avviso partire dall'unico dato di confronto certo; il minore rendimento in rapporto al PIL, a parità di aliquota, dell'imposta sul valore aggiunto, la cui struttura armonizzata rende significativo il raffronto, in Italia rispetto al gettito dell'IVA negli altri paesi dell'UE.

Dal confronto infatti emerge che, a parità di aliquota, il gettito dell'IVA italiana è sempre inferiore di oltre un quarto rispetto al rapporto tra gettito IVA e PIL negli altri paesi dell'UE.

In Italia negli ultimi anni questo rapporto è oscillato tra il 5,9% e il 6%, con l'aliquota ordinaria del 20%, contro il 6% della Spagna la cui aliquota ordinaria è fissata al 15% e il 6,7% della Germania, la cui aliquota di base sino alla fine del 2006 rimarrà al 16%.

Se si considera che anche negli altri Paesi Europei una certa evasione dell'IVA è fisiologica, non è difficile stimare in Italia uno scostamento tra rendimento teorico e

gettito effettivo dell'IVA vicino ad un terzo: un dato quest'ultimo veramente abnorme, perché l'IVA è un'imposta caratterizzata da una notevole resistenza all'evasione, in quanto l'onere fiscale è strutturalmente a carico dei clienti.

Questo elemento evidenzia un vero cortocircuito del sistema: l'IVA viene evasa essenzialmente per ridurre il peso eccessivo dell'imposizione diretta, la cui elevata progressività marginale rappresenta un potente incentivo ad evadere, che nessuno studio di settore, per quanto affinato può eliminare completamente.

Ne consegue che, se si vuole affrontare in maniera efficace il tema del contrasto all'evasione, occorre un approccio sistematico, che affronti sia i profili strutturali del rapporto tra le attività del contribuente fiscalmente rilevanti e le diverse imposte che incidono su di esse (IRE, IRE, IRAP, IVA); sia le relazioni che intercorrono tra le attività del contribuente e quelle dell'Amministrazione finanziaria nelle fasi della dichiarazione, della verifica e dell'accertamento, finalizzate al contrasto di comportamenti elusivi e di evasione.

Prima di esaminare in dettaglio alcune ipotesi di interventi strutturali sul sistema delle imposte, e sull'attività di accertamento, vale la pena di sottolineare che la necessità di una svolta in questo campo risponde non solo ad esigenze di equità distributiva di indubbio rilievo costituzionale; essa rappresenta anche un elemento cardinale di qualsiasi strategia integrata di rilancio della componente fiscale del sistema economico, in termini di competitività internazionale dell'ordinamento tributario.

Il punto di attacco di una riflessione sull'attività di accertamento e controllo, è rappresentato a mio avviso da una utilizzazione poco efficiente in quanto concentrata sulle singole imposte, della enorme massa di dati di cui dispone annualmente l'amministrazione finanziaria, sia in relazione all'attività di dichiarazione dei contribuenti, sia in quella più propriamente di verifica ed accertamento.

L'esperienza di oltre un trentennio dalla riforma del '72/'73 dovrebbe ormai avere convinto che l'attività di accertamento da sola non è in grado di contrastare efficacemente l'evasione, anche in funzione della dimensione della platea dei contribuenti che non ha paragoni tra i paesi industrializzati.

D'altra parte l'insufficiente raccordo tra i dati disponibili per ciascun contribuente, valutati in relazione alle diverse imposte, (IVA, IRE-IRES, IRAP) piuttosto che rapportati agli elementi comuni che ne caratterizzano gli imponibili, determina un effetto sinergico sull'evasione.

L'evasione nelle imposte sul reddito ha infatti effetti moltiplicativi che coinvolgono sia l'IVA sia in misura minore l'IRAP, difficilmente contrastabili in modo efficace con l'attuale struttura di controllo sia preventivo (studi di settore), sia ex post, delle dichiarazioni dei contribuenti, specie minori.

Il più evidente elemento di critica degli studi di settore dopo la fase di avvio, in cui hanno dato un contributo significativo al contenimento della compressione delle basi imponibili, è rappresentato dalla stessa filosofia strutturale che ne ha ispirato la formulazione; un modello basato essenzialmente sulla valutazione della congruità dei ricavi, in rapporto ad una serie di elementi e parametri personali o oggettivi caratteristici dell'attività sotto esame, con riferimento al reddito.

La conseguenza è che non solo gli studi di settore non sono utilizzabili per valutare la coerenza della posizione IVA del contribuente, considerato congruo ai fini delle imposte sul reddito; quel che è peggio, l'occultamento di una porzione del volume di affari ai fini IVA viene finalizzato proprio all'obiettivo di preconstituire un quadro di ricavi coerente con i parametri degli studi di settore nelle imposte sul reddito.

L'affinamento nell'arco di un decennio degli strumenti di conoscenza e di valutazione delle attività fiscalmente rilevanti, da parte dell'Agenzia delle entrate, anche a seguito degli elementi offerti dagli stessi contribuenti con i condoni e con l'adesione alle attività di accertamento, ha posto in evidenza i limiti di un modello di contrasto all'evasione orientato, attraverso gli studi di settore, a fare cassa nell'imposta sul reddito piuttosto che a valutare l'insieme degli elementi che caratterizzano fiscalmente l'attività del contribuente.

Queste considerazioni tengono conto delle diverse strategie poste in essere negli ultimi anni per sottoporre a verifiche e controllo le imprese medie e grandi che meritano apprezzamento. Le riserve invece riguardano la platea dei contribuenti minori i cui numeri condizionano anche l'affinamento delle metodologie di contrasto all'evasione per l'insieme dei contribuenti.

D'altra parte non si deve perdere di vista il fatto che l'ordinamento tributario è caratterizzato, specie per l'IVA, da un sistema di vasi comunicanti; l'evasione dell'IVA, poco contrastata dal modello attuale degli studi di settore, non affiancato da altri strumenti di controllo preventivo delle attività minori, si estende almeno in parte anche alle imprese di maggiori dimensioni, la cui attività non è regolata dagli studi di settore, e alimenta il circuito dell'economia irregolare.

Un indice indiretto di questa tendenza si evince anche dal fatto che gli aggiornamenti periodici degli studi di settore pesano prevalentemente sui soggetti con un giro di affari "modesto".

La progressività marginale elevata da un lato e l'assenza di elementi di raccordo con l'IVA dall'altro, spingono i contribuenti a costruire una rappresentazione della propria attività reddituale, caratterizzata dal contenimento dei ricavi, anche attraverso l'evidenziazione solo parziale degli oneri deducibili.

È cioè il modello stesso degli studi di settore, non orientato a valutare la congruità delle singole posizioni reddituali rispetto alle basi imponibili IRAP e IVA, a favorire ed alimentare l'evasione dell'IVA.

Una conferma indiretta di questo dato si ricava dall'andamento dell'IVA negli ultimi anni. Mentre gli incassi sono aumentati costantemente fino a raggiungere i 106 miliardi di euro nel 2005, il rendimento dell'IVA al netto dei rimborsi ha avuto fino al 2004 un andamento costante intorno agli 80 miliardi di euro; solo nel 2005, in parallelo con l'allargamento delle basi imponibili indotto dal secondo modulo di riforma dell'IRE (6 miliardi di euro di riduzione concentrati prevalentemente sui redditi medi), l'IVA netta ha avuto un incremento consistente nonostante la crescita zero del PIL.

Questo dato evidenzia sia la stretta relazione che intercorre tra le diverse imposte, specie per i contribuenti minori, sia direi conseguenzialmente la necessità di ripensare complessivamente il modello degli studi di settore e più in generale i sistemi di controllo delle attività individuali, di lavoro autonomo e di impresa; integrandoli con una pluralità di elementi orientati al reddito piuttosto che ai ricavi, e a valutare la congruità complessiva del contribuente in relazione alle diverse imposte a cui è assoggettata la propria attività.

L'elemento forse più sorprendente della vicenda relativa al contrasto all'evasione ed ai comportamenti elusivi, è a mio parere la scarsa attenzione riservata in dottrina alla lettura critica dei dati relativi al gettito delle principali imposte; dai quali emergono con evidenza i principali punti di criticità del nostro sistema fiscale, e l'inutilità di campagne di criminalizzazione dell'evasione, che guardino agli effetti piuttosto che a rimuoverne le cause strutturali.

In particolare, mentre i comportamenti elusivi sono originati prevalentemente da cattiva formulazione e da lacune nelle disposizioni tributarie, l'evasione è in primo luogo conseguenza dei modelli adottati per la determinazione del dovuto nelle principali

imposte, che non prevedono alcuna partecipazione dell'amministrazione finanziaria alla fase della dichiarazione.

A questo dato strutturale occorre aggiungere un'articolazione normativa che non ha istituzionalizzato alcun elemento efficace di raccordo, anche quando IRE, IRES, IRAP e IVA incidono su uno stesso contribuente.

D'altra parte anche l'elemento innovativo introdotto dalla legge 80/2003 che ha sostituito le vecchie detrazioni a pioggia, con un sistema integrato di deduzioni dall'imponibile, risulta condizionato sia dal fatto che alcune di esse sono state introdotte in tempi diversi in modo casuale, sia dal carattere decrescente di molte deduzioni, che contrasta con l'obiettivo di fare emergere la reale situazione reddituale dei contribuenti.

3. I limiti degli studi di settore nelle politiche di contrasto dell'evasione: l'esperienza della Francia nelle attività di controllo delle micro imprese, e quella italiana del concordato preventivo

È all'interno di questo quadro di riferimento che emergono i limiti strutturali degli studi di settore.

Per correggere questa realtà che rischia di trasformare gli studi di settore da elemento di contrasto all'evasione a strumento di elusione diffusa, occorre agire contemporaneamente su una pluralità di fronti, tenendo conto delle esperienze degli altri ordinamenti simili al nostro.

La Francia ad esempio, che pure ha un numero di contribuenti IVA inferiore di oltre un terzo a quelli italiani (ben 2 milioni in meno) ha adottato un regime impositivo ben articolato, in cui sono assoggettati all'IVA ordinaria solo il 42% dei contribuenti, mentre il 13% è esentato e quindi non può dedurre l'IVA assolta a monte e il 58% è sottoposto ad un regime ultra semplificato di tenuta della contabilità.

Questo schema ha il duplice vantaggio di non gravare il contribuente di eccessivi costi amministrativi e di mantenere un rapporto coerente tra cifra d'affari nell'imposta personale e ai fini dell'IVA.

È evidente che in Italia il modello francese, frutto di una lenta e ben collaudata evoluzione nell'arco di un cinquantennio, non possa essere riproposto meccanicamente. In particolare il regime semplificato IVA applicato in Francia al 58% dei contribuenti ed esteso alle imposte dirette, sconta una notevole resistenza all'evasione della TVA, che

rappresenta invece per noi il maggiore punto di criticità dell'intero sistema tributario italiano. Copiarlo quindi non avrebbe senso perché istituzionalizzerebbe l'evasione dell'IVA che occorre invece contenere prioritariamente.

Un primo passo per spezzare il rapporto perverso tra evasione alle imposte dirette e compressione dei ricavi nell'IVA, finalizzato all'occultamento dell'evasione, potrebbe essere quello di escludere dall'IVA le micro imprese. Adottando gli stessi parametri francesi, potrebbero uscire da subito dall'IVA 560.000, contribuenti con evidenti effetti positivi sia sull'IVA netta, sia più in generale, dato il carattere plurifase del tributo, sul funzionamento dell'imposta per l'insieme dei contribuenti.

Tuttavia l'adozione di un'ipotesi di questo tipo ha realmente senso sotto il profilo della politica tributaria solo se il regime "micro" viene esteso con opportuni adattamenti anche all'imposta sul reddito; deve però essere chiaro che questa soluzione per funzionare, comporta l'adozione di ulteriori strumenti di raccordo sia tra il regime di tassazione "micro" e quello a contabilità semplificata, sia tra quest'ultimo e il regime ordinario, sia ulteriori differenziazioni tra redditi da lavoro autonomo e redditi di impresa.

Inoltre, dato il carattere necessariamente opzionale del regime "micro", si dovrebbe prevedere per i beneficiari di questo sistema di tassazione ultrasemplicata del reddito, l'introduzione di un modello di dichiarazione analogo alla "declaration contrôlée" francese, o comunque qualcosa che gli somigli. Il che comporta una riorganizzazione, quanto meno parziale delle Agenzie delle Entrate, per poter gestire in via preventiva queste posizioni.

Al riguardo si può osservare che il concordato preventivo istituito dalla legge 80/2003 di riforma del sistema tributario, avrebbe dovuto nelle intenzioni del legislatore, da un lato semplificare di molto gli adempimenti burocratici delle imprese minori, con conseguenti benefici dal lato dei costi; dall'altro introdurre maggiori elementi di flessibilità nella gestione degli studi di settore, prima della fase della dichiarazione e, attraverso gli strumenti premiali previsti, ridurre l'evasione fiscale.

L'intuizione, che ha ispirato il nuovo istituto della programmazione fiscale concordata, evidenzia a mio parere il punto più critico della gestione del rapporto tra i sistemi fondati sulla dichiarazione e la necessità di recuperare un ruolo di prevenzione e controllo dell'evasione da parte dell'Amministrazione finanziaria, in una fase anticipata rispetto a quella dell'accertamento.

Tuttavia il nuovo istituto, avviato in via sperimentale ed in maniera quanto meno affrettata nel 2004, non è mai effettivamente decollato e probabilmente verrà soppresso

dal nuovo Governo, che in più occasioni ha manifestato perplessità e scarso interesse rispetto alla pianificazione fiscale concordata.

Ciò nonostante, una buona idea rimane tale, anche se strutturata in maniera inadeguata e avviata in modo quantomeno improvvisato. Ritengo quindi che l'istituto andrebbe ripensato profondamente, ma non abolito; prendendo le mosse proprio dall'esperienza della "declaration contrôlée" dell'ordinamento francese.

L'obiettivo dovrebbe essere quello di tenere sotto controllo il sistema delle micro imprese e quei contribuenti a contabilità semplificata che risultino incoerenti con gli studi di settore e con l'IVA netta versata, in rapporto con la cifra d'affari dichiarata, anticipando l'attività di controllo alla fase della dichiarazione.

Il carattere generalizzato del concordato preventivo, i limiti molto elevati dei ricavi previsti dagli studi di settore entro cui i contribuenti possano aderirvi e il carattere necessariamente premiale dell'opzione, tendono di fatto non solo ad avvantaggiare fiscalmente le imprese più dinamiche, con previsione di crescita elevata, ma a risolversi in una specie di condono anticipato e ricorrente di cui non si avverte alcun bisogno anche per tutti quei soggetti caratterizzati da modelli di attività coerenti con gli studi di settore, ma anche da una consistente compressione dei ricavi con gli effetti di trascinamento che ben conosciamo, sul gettito dell'IVA.

Un rischio quest'ultimo che potrebbe invece essere evitato limitando il concordato preventivo ai soli contribuenti che, per tipologie di attività e dimensioni ridotte del volume di affari, quali i lavoratori autonomi e le imprese individuali, è opportuno escludere dal regime ordinario di determinazione dell'imposta sul reddito e dell'IVA, con modalità di determinazione semplificata delle imposte sottoposte al vaglio preventivo dell'Amministrazione finanziaria.

L'esperienza ormai decennale degli studi di settore offre a mio parere alcuni spunti di riflessione per ripensarne l'impiego con l'obiettivo di renderli più efficaci: di migliorare quindi il rapporto tra reddito effettivo e reddito fiscale, di realizzare una politica distributiva più equilibrata e di aumentare il grado di competitività del nostro sistema fiscale, compromesso dalla dimensione dell'economia irregolare che, proprio l'attuale struttura del sistema tributario contribuisce ad alimentare.

Gli studi di settore, occorre ribadirlo, hanno dato un contributo significativo al contenimento dell'evasione; tuttavia le loro caratteristiche intrinseche non consentono ulteriori progressi in questo campo, per almeno due diversi ordini di motivi. Il primo,

attiene alla struttura stessa degli studi che non individuano un regime fiscale particolare, ma solo un ausilio all'attività di accertamento e di orientamento per i contribuenti.

La loro ampiezza da un lato, ed il carattere lineare del loro andamento dall'altro, hanno per effetto di spingere i contribuenti a perseguire l'obiettivo della congruità delle dichiarazioni, attraverso una serie di comportamenti finalizzati a contenere il volume dei ricavi, quali il ricorso ad acquisti di servizi esterni, l'impiego di lavoro nero e la non evidenziazione di una parte dei costi.

Nei fatti, poiché gli studi di settore si basano su indici finalizzati esclusivamente alla valutazione della congruità dei ricavi dichiarati ai fini della determinazione del reddito imponibile, senza prevedere elementi di valutazione della coerenza degli elementi dichiarati ai fini dell'imposta sui redditi, con i ricavi determinati dalla contabilità IVA e dalla dichiarazione IRAP, i risultati ottenuti sono generalmente approssimativi.

Con la conseguenza da un lato che, dato il numero e la flessibilità degli elementi in gioco, un contribuente mediamente accorto difficilmente risulta incoerente agli indici degli studi per più di un periodo di imposta; dall'altro che la mancata previsione di elementi di valutazione della coerenza del risultato ai fini IRE o IRES, con quello delle altre principali imposte, (in primo luogo IRAP e IVA) ha un effetto di trascinamento negativo sull'evasione anche in queste ultime.

L'esclusione dal regime IVA delle "micro imprese", la determinazione controllata dei ricavi per il calcolo dell'imposta sul reddito, e la previsione di modelli di pianificazione fiscale concordata del reddito per contribuenti a contabilità semplificata, le cui dichiarazioni IRE, IRAP e IVA presentino elementi di incongruenza, rappresentano a mio avviso alcuni possibili strumenti per estendere l'intervento dell'amministrazione dalla fase eventuale dell'accertamento a quella del controllo preventivo delle attività minori.

L'esperienza accumulata dall'amministrazione finanziaria con l'attività di accertamento con adesione, consente di immaginare un'estensione graduale del controllo alla fase della dichiarazione, nei settori (micro impresa, contribuenti a rischio, contribuenti con andamento non coerente dell'imposte dirette dell'IVA) che, o per dimensione (microimpresa) o per caratteristiche soggettive, giustifichino attività amministrative di questo tipo.

Nulla a che vedere quindi con il modello fin qui immaginato, di pianificazione fiscale in base a una proposta formulata dagli uffici finanziari, che richiama impropriamente il meccanismo dei condoni; ma un'anticipazione da parte dell'Amministrazione dell'attività di controllo alla fase di formazione della dichiarazione,

per quei contribuenti minori, in cui il controllo preventivo, proprio per il modello di dichiarazione adottato, si presenta relativamente semplice e ad elevata efficacia.

La soluzione a cui tendere dovrebbe essere quindi non solo diversa, ma accompagnata da interventi sulla struttura dell'imposta sul reddito personale, idonei a spezzare il circolo vizioso che lega l'IVA alle imposte dirette, quanto meno nei settori del lavoro autonomo e delle imprese individuali; e che determina perdite di gettito che, per la sola IVA, se riassorbite, consentirebbero di abolire gradualmente l'IRAP e di restituire competitività al sistema.

Penso quindi, almeno in fase di avvio, ad una programmazione fiscale concordata incentrata essenzialmente sulle micro imprese e su quei soggetti che presentino non solo elementi di non congruità con gli studi di settore, ma evidenziano sulla base di parametri ricavabili dall'esperienza dell'attività di accertamento, incoerenze nel rapporto tra IRE, IRAP e IVA; diversificando, ai fini del controllo preventivo le attività di lavoro autonomo da quelle svolte da imprese individuali.

Il modello cui ispirarsi dovrebbe essere quindi, con opportuni adattamenti, quello francese che prevede sia differenti soglie per l'esclusione dall'IVA, per le attività di lavoro autonomo (30.500) e per quelle di impresa (84.000); sia diversi regimi di contabilità e di controllo ai fini delle imposte sul reddito (contabilità semplificata per i redditi d'impresa, dichiarazione controllata per i redditi da lavoro autonomo) per quei contribuenti che pur potendo avvalersi del regime di tassazione delle micro imprese, calcolato sulla cifra d'affari, con alcuni abbattimenti in percentuale per tener conto dei costi, optano per il calcolo del proprio reddito su basi reali.

Si deve tuttavia sottolineare che se l'obiettivo prioritario del nostro sistema fiscale è quello di aumentare la competitività sul piano internazionale, trasferendo una parte del prelievo dalle imposte dirette all'IVA, con interventi che ne migliorino il rendimento, avvicinandolo a quello dei grandi paesi europei, occorre che il regime di franchigia per le micro imprese, oltre ad essere affiancato da un sistema semplificato di determinazione del reddito imponibile, sul modello francese sia accompagnato da misure strutturali sull'IRE, che ne riducano innanzitutto la progressività marginale.

4. Ipotesi di revisione dell'imposizione personale finalizzate al contenimento dell'evasione e al recupero di competitività del sistema tributario

La riforma delle imposte dirette, pur avendo attuato in misura solo parziale i criteri direttivi fissati nella legge delega del 2003, specie con riferimento al mancato raccordo tra l'imposta sulle società (IRES) e l'aliquota marginale dell'imposta personale (IRE), presupposto per l'abolizione del credito d'imposta e l'avvio della "participation exemption", ha determinato una serie di effetti positivi sul gettito su cui è opportuna una breve riflessione.

Una prima considerazione riguarda la tempistica della riforma. Se il Governo di centro destra avesse anticipato al 2004 il secondo modulo della riforma dell'IRE, introducendo la nuova imposta sulle società nel 2005, avrebbe determinato due effetti positivi che avrebbero contribuito a valorizzare l'impianto della riforma tributaria 2003.

Un primo effetto sarebbe stato necessariamente un maggiore controllo della spesa nel 2004, finalizzato alla copertura almeno parziale delle riduzioni d'imposta previste dalla riforma dell'IRE; un secondo effetto, anch'esso anticipato al 2004, si sarebbe avuto sul gettito delle principali imposte, il cui andamento, in seguito agli interventi di riduzione dell'IRE per 6 miliardi di euro, attuati nel 2005-2006, è stato superiore alle previsioni per molti miliardi di euro.

Questo effetto, che contraddice l'opinione che in Italia, proprio a causa della diffusione dell'evasione, non sarebbe né possibile né opportuna una riforma delle imposte dirette basata sullo scambio, meno aliquote nominali, maggiori basi imponibili reali, richiede qualche opportuna precisazione.

La riduzione delle imposte non rappresenta a mio parere un obiettivo di per sé virtuoso, scollegato dagli effetti economici e distributivi che essa determina; né un mezzo per ridurre la spesa pubblica, il cui controllo risponde necessariamente ad altre dinamiche.

La riforma dell'IRE del 2003-2005, pur se attuata solo parzialmente, ha avuto effetti positivi diffusi anche sul gettito delle altre imposte ad essa collegate, non tanto per la dimensione delle riduzioni pur cospicue, (12 miliardi di euro in 3 anni) quanto per le modalità con cui è stata attuata.

Basti pensare alla sostituzione delle detrazioni a pioggia, introdotte dalla riforma del 1997, che distribuivano vantaggi senza praticamente effetti sugli imponibili, con deduzioni dall'imponibile, particolarmente consistenti sia per aver elevato di molto il

minimo imponibile (la no-tax area) sia per aver tenuto conto dei carichi familiari e di altre spese socialmente rilevanti; così pure all'allargamento degli scaglioni e a una prima riduzione delle aliquote, che ha contribuito all'emersione di nuova materia imponibile, con effetti positivi non solo sul gettito dell'imposta personale, ma anche sulla riduzione dell'evasione sia nell'IRAP, sia nell'IVA.

I dati sul gettito delle principali imposte nel primo quadrimestre 2006 confermano una tendenza già evidenziata nel 2004 e soprattutto nel 2005; tendenza analoga a quella che ha caratterizzato precedenti esperienze di altri Paesi anche europei come la Spagna e che in Italia è stata ulteriormente favorita dall'elevata evasione che caratterizza l'insieme del sistema tributario.

Tuttavia mentre l'allargamento della no-tax area e delle deduzioni per carichi familiari ha ampliato in misura consistente l'area di indifferenza all'evasione nell'imposte sul reddito per i redditi minori, il carattere tuttora decrescente delle deduzioni e la dimensione contenuta del terzo scaglione, comporta la tassazione con aliquota marginale del 39% appena viene superata la soglia di 32.000 euro annui.

Anche senza considerare l'IRAP, si tratta di un livello di tassazione troppo elevato in relazione alla dimensione del reddito effettivo, per sperare di ottenere riduzioni significative nell'evasione all'IVA, con le tradizionali misure di contrasto, basate sulla moltiplicazione degli oneri contabili e sulle sanzioni.

Occorre forse porre maggiore attenzione su questo punto per gli effetti che esso determina sulle politiche di contrasto all'evasione. In Italia coesiste, accanto a problemi di evasione comuni a tutti i paesi avanzati, (evasori totali, criminalità economica, ecc.) una evasione di massa, spalmata su milioni di contribuenti e segmentata sulle principali imposte, che dipende da una struttura del prelievo che prescinde completamente da questa realtà di fatto, e che, sconta questa evasione diffusa, con una eccessiva pressione fiscale nominale.

L'aumento degli oneri di gestione dei tributi, connesso con la moltiplicazione degli adempimenti contabili, se non si incide strutturalmente sul modello di gestione dei rapporti tra contribuenti minori (alcuni milioni) e Amministrazione finanziaria, può avere effetti addirittura opposti. I contribuenti neutralizzeranno i maggiori costi di gestione dei rapporti tributari con un ulteriore aumento dell'evasione.

D'altra parte le note difficoltà di bilancio e l'impegno del Governo a ridurre di 5 punti il cuneo fiscale nel prossimo anno non offrono nell'immediato spazi per i pur

necessari ulteriori correttivi della struttura dell'IRE, con riferimento alle deduzioni, agli scaglioni e alle aliquote.

Tuttavia, proprio la riduzione del cuneo fiscale, se opportunamente articolata, potrebbe offrire un contributo non solo al contenimento del costo del lavoro, ma più in generale ad aumentare la competitività, anche fiscale del nostro sistema produttivo, con misure selettive ad elevato rapporto di efficacia.

L'obiettivo potrebbe essere conseguito con un mix di misure che incidano sugli oneri sociali, sull'IRAP e sull'IRE, in modo da ridurre non solo la componente fiscale del costo del lavoro ma di assicurare nella misura del possibile una qualche selettività agli interventi, con l'obiettivo di rilanciare l'economia attraverso aumenti di produttività del sistema.

Nel settore della parafiscalità un correttivo potrebbe consistere nell'eliminazione di due punti di oneri impropri che gravano sulle imprese con un costo annuo di circa 4 miliardi di euro. Più complessi ed orientati ad aumentare la competitività del sistema tributario e a disincentivare l'evasione, gli interventi possibili in campo fiscale che dovrebbero riguardare a mio avviso sia le imposte dirette, sia l'IRAP.

Nell'IRAP piuttosto che incidere sulle aliquote, potrebbe essere opportuno un intervento sulle basi imponibili, prevedendo la deducibilità degli oneri sociali sul costo del lavoro; l'imposta somiglierebbe un po' meno all'IVA e il beneficio per le imprese, pari al 2,5% del costo del lavoro, sarebbe consistente.

Un ulteriore correttivo, questa volta più selettivo dovrebbe riguardare le imposte sul reddito.

Il tema della dimensione dell'intermediazione pubblica della ricchezza, nelle due componenti spesa pubblica e pressione fiscale, è argomento strettamente politico che si sottrae quindi all'analisi del giurista, almeno nei limiti in cui non confligga oltre ragionevolezza, con altri interessi costituzionalmente protetti. Un esempio per tutti quello della retroattività, i cui effetti vanno sempre valutati con particolare prudenza, non solo perché dopo la legge 212 del 2000, contrastano con una generale presunzione di irretroattività della legge tributaria; ma perché, oltre a confliggere con il principio di affidamento, la retroattività tributaria difficilmente è in grado di escludere disparità di trattamento, incompatibili con i principi.

La mondializzazione dell'economia sottopone a una crescente concorrenza anche i sistemi fiscali, le cui scelte ne risultano quindi necessariamente condizionate; d'altra parte se non fosse così non si parlerebbe neppure di cuneo fiscale.

Al riguardo occorre sottolineare che il processo di concorrenza fiscale internazionale, mentre penalizza gravemente i Paesi meno attenti alle innovazioni, offre anche notevoli opportunità per lo sviluppo di economie quali la nostra, fortemente integrata in un sistema continentale, senza che questi obiettivi determinino effetti distributivi indesiderati: sotto questo profilo proprio l'Italia rappresenta un esempio illuminante di come si possa costruire un sistema tributario formalmente ineccepibile rispetto ai principi di capacità contributiva e di eguaglianza, i cui effetti sono di fatto contraddetti da fenomeni di evasione di massa, strutturali al sistema.

Un'ipotesi ragionevole, che non tocca la struttura delle imposte sul reddito, potrebbe essere quella di anticipare gli effetti positivi per la competitività delle imprese di una consistente riduzione del prelievo, per un periodo di quattro anni, limitando tuttavia il vantaggio dell'applicazione di un'aliquota ridotta, ai soli redditi aggiuntivi dichiarati rispetto all'anno precedente.

In pratica per le persone fisiche, tutti i redditi aggiuntivi verrebbero assoggettati all'IRE ogni anno, e cumulati per 4 anni, a tassazione separata, quindi con un'aliquota molto più moderata rispetto all'aliquota marginale di ciascun contribuente, introducendo nel sistema un forte disincentivo ad evadere, con effetti marginali sul gettito.

La riduzione fiscale si applicherebbe infatti solo ai maggiori redditi corrisposti ai dipendenti, (aumenti salariali, straordinari, ecc.) ai nuovi assunti, e ai maggiori redditi di lavoro autonomo e d'impresa individuale dichiarati.

Al termine dei 4 anni, scaglioni ed aliquote verrebbero rimodulati in modo da assicurare che la nuova struttura del prelievo distribuisca sull'insieme dei redditi, le riduzioni fiscali rese possibili dall'ampliamento degli imponibili, indotti dalla tassazione agevolata degli incrementi di reddito, dichiarati nei quattro anni precedenti.

Una soluzione analoga potrebbe essere prevista anche per i redditi d'impresa assoggettati all'imposta sulle società. Nell'IRES l'aliquota da applicare ai maggiori redditi conseguiti ogni anno, per lo stesso periodo di quattro anni, dovrebbe essere inferiore a quella che si prevede debba essere a regime la nuova aliquota dell'IRES; ad esempio il 20%, se l'obiettivo è quello di applicare a regime un'aliquota del 25%, sul modello austriaco.

Per scoraggiare abusi ed incentivare l'emersione degli imponibili occultati, la tassazione dei redditi aggiuntivi ad aliquota ridotta non si applicherebbe ai soggetti che in seguito a verifiche ed accertamenti evidenziassero ulteriori redditi non dichiarati; in

questa ipotesi non solo al maggiore reddito accertato, ma anche a quello dichiarato dal contribuente, si applicherebbero le aliquote ordinarie.

Una scelta di questo tipo, accompagnata da una forte azione di contrasto all'evasione nell'IVA, determinerebbe una duplice serie di effetti positivi. Da un lato favorirebbe l'allargamento degli imponibili in tutte le principali imposte interessate alla manovra (IRE, IRES, IRAP, IVA), riducendo l'area dell'economia irregolare. Dall'altro concentrerebbe i maggiori benefici proprio sulle imprese più dinamiche, più disposte a innovare, investire e ad assumere nuova mano d'opera, la cui produttività aumenterebbe, quindi oltre la media del sistema.

Il nuovo Governo all'atto dell'insediamento si è posta quale strategia prioritaria in campo tributario la lotta all'evasione e all'elusione, finalizzando i recuperi di gettito realizzati, alla riduzione delle imposte.

Tuttavia, perché l'obiettivo abbia realmente successo, l'adozione di misure strutturali di contrasto all'evasione è condizione necessaria ma non sufficiente, proprio per la dimensione assunta dall'economia irregolare nel nostro paese. Il suggerimento proposto in queste note avrebbe il pregio, ove adottato, di rendere molto meno onerosa l'emersione dell'evasione, anticipando gli effetti positivi della riduzione delle aliquote marginali sulla propensione ad evadere, senza compromettere il gettito delle imposte sul reddito.

Se i problemi strutturali della finanza pubblica italiana fossero riconducibili soltanto alla debole tenuta del sistema tributario rispetto all'evasione, la soluzione sarebbe relativamente semplice: un mix ragionevole di interventi sulla struttura dei tributi e sulle attività di contrasto, potrebbe ricondurre in qualche anno il problema dell'elusione ed evasione fiscale, nei limiti fisiologici propri di ogni economia avanzata.

Purtroppo la situazione della finanza pubblica è assai più complessa, sia per le note difficoltà a tenere sotto controllo la dinamica della spesa, specie quelle decentrate e ad attuare politiche selettive finalizzate a concentrare maggiori risorse nei settori cruciali per lo sviluppo; sia per le caratteristiche intrinseche del sistema tributario, poco attento al tema della competitività e della concorrenza fiscale.

Il principale problema tributario italiano oggi è in realtà quello di restituire competitività al sistema, riducendo in modo sensibile sia le imposte sul lavoro, che incidono sulla competitività delle imprese, sia quelle sui redditi d'impresa, per attrarre la massa di investimenti necessari alle innovazioni di processo e di prodotto indispensabili per rimettere in moto l'economia italiana.

Si tratta, come è facile capire, di obiettivi che non contrastano ovviamente con la lotta all'evasione, ma al contrario ne rappresentano un presupposto.

Gli interventi fiscali proposti, salvo la deducibilità degli oneri sociali dalla base imponibile dell'IRAP, che ne ridurrebbe l'onere disincentivando il lavoro nero, non interferiscono con la struttura dell'IRE e dell'IRES; imposte che, proprio per essere di avvio recente, richiedono aggiustamenti mirati in base all'esperienza, non certo interventi radicali.

In ogni caso la ristrutturazione dell'IRE e dell'IRES, al termine del periodo di 4 anni di interventi finalizzati all'emersione degli imponibili, dovrebbe essere finalizzata alla riduzione della forbice tra progressività media del prelievo (che evidenzia l'effetto distributivo reale dell'imposta) e progressività marginale, che incide negativamente sulla propensione a produrre reddito aggiuntivo e alimenta l'evasione.

L'obiettivo potrebbe realizzarsi a mio avviso intervenendo prevalentemente nell'area della deducibilità, il cui carattere decrescente dovrebbe essere attenuato in percentuale almeno pari a quella della crescita dei redditi dichiarati, con il duplice obiettivo di attenuare la forbice tra progressività effettiva e progressività marginale e di contrastare, attraverso l'ampliamento dell'area della deducibilità, la tendenza a sottostimare i ricavi per i redditi tassati in base a dichiarazione; e di ridurre gradualmente l'onere fiscale per le imprese, rappresentato dall'imposta sui salari dei dipendenti.

L'attenuazione dell'imposizione sui redditi aggiuntivi potrebbe essere poi utilizzata per una riorganizzazione nello stesso arco temporale di 4 anni del modello di imposizione dei redditi individuali d'impresa e di lavoro autonomo, in base all'esperienza francese, coinvolgendo l'Amministrazione finanziaria, sulla base di modelli e di criteri tecnici predeterminanti, nella fase della dichiarazione dei contribuenti minori. Realizzando il duplice obiettivo di separare il destino delle realtà economicamente e fiscalmente marginali da quello di tutti gli altri contribuenti, con effetti positivi sulle politiche di contrasto all'evasione; e di evitare che la spinta ad evadere le imposte dirette, obiettivamente disincentivata dalle misure proposte, incida sul corretto funzionamento dell'IVA, priorità ineludibile se si vuole restituire competitività al sistema tributario.

In conclusione ritengo che se si è acquisita una reale consapevolezza sugli effetti negativi dell'attuale struttura del sistema tributario sulla competitività dell'insieme dell'economia italiana, il tema della riorganizzazione su basi unitarie della gestione dei principali tributi per i contribuenti minori, debba essere affrontato dai giuristi con la consapevolezza che effetti distributivi e struttura giuridica ed amministrativa dei tributi,

rappresentano il nucleo centrale di qualsiasi ricerca giuridica in campo tributario. Queste note che propongono alcune misure innovative che non solo non contrastano ma si muovono volutamente in un quadro di riferimento che è strettamente quello tributario vigente. Con l'obiettivo di aprire un confronto tra giuristi sugli strumenti necessari per caratterizzare, nel rispetto dei vincoli di coerenza del sistema, propri della nostra esperienza costituzionale, l'ordinamento tributario quale elemento propulsivo idoneo a cogliere le sfide che gli scenari della mondializzazione ci impongono di saper affrontare e vincere.

Bibliografia di riferimento

- Allena, *Gli effetti giuridici della traslazione delle imposte*, Milano, 2005;
- Antonini, *La prima giurisprudenza costituzionale sul federalismo fiscale: il caso dell'IRAP*, in *Riv. dir. Fin. e Fisc.* 2003, p. 97.
- Antonini, *Sussidiarietà fiscale. La frontiera della democrazia*, Guerini e Associati, 2005;
- Barbero, *Dalla Corte costituzionale un "vademecum" per l'attuazione dell'articolo 119 della Costituzione (Nota a Corte Cost. n. 37/2004)*, 2004, in <http://www.federalismi.it>;
- Bosi, Guerra. *I tributi nell'economia italiana*, Bologna, 1998.
- Brancati, *Per "congelare" la potestà impositiva delle Regioni, la Corte Costituzionale mette in pericolo la loro autonomia finanziaria*, *Giurisprudenza Costituzionale*, III, 2005;
- Carinci, *Autonomia tributaria delle Regioni e vincoli del Trattato dell'Unione Europea*, in *Rassegna Tributaria*, IV, 2004, 1228;
- Covino, *Costituzione e federalismo fiscale in nove ordinamenti dell'Unione europea*, 2005, in <http://www.federalismi.it>;
- De Mita, *Fisco e Costituzione*, I, 2000;
- Del Federico, *Tutela del contribuente, ed integrazione giuridica europea*, ed. provv., pescara, 2003, 32;
- Di Pietro, *Lo stato della fiscalità nell'Unione Europea- L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione*, t.1- 2, G.d.F., 2003;
- Fantozzi, *Il diritto tributario*, 2003, 38;
- Fleiner - Hottinger, *La pertinence du fédéralisme dans la gestion des diversités nationales*, in *Rev. Int. Pol. Comparée*, I, 2003, p. 79 ss.;
- Gallo, *Imposta regionale sulle attività produttive*, in *Enc. dir.*, agg. V, Milano, 2001.
- Gambino, *Le régionalisme italien et la réforme constitutionnelle*, 2005, in <http://www.federalismi.it>;
- Giarda P. *L'esperienza italiana del federalismo fiscale*, Il Mulino, 2005;
- Marongiu, *Secondo l'Avvocato generale l'Irap è contraria alle norme comunitarie*, in *Corriere Tributario*, 2005, 1274;
- Marongiu-Bodrito, *L'imposta regionale sulle attività produttive, Irap*, in *Trattato di Diritto Tributario*, diretto da A. Amatucci, IV vol., Padova, 2001, pp. 528 e ss.
- Perrone Capano, *Finanza pubblica e riforme istituzionali tra occasioni di scontro politico e garanzie del sistema*, in *Innovazione e Diritto*, n. 4/2005, in www.innovazionediritto.unina.it;

Perrone Capano, *L'unità della finanza pubblica, elemento di raccordo tra sistema tributario dello Stato, autonomia territoriale di entrata e di spesa e garanzie dei cittadini in campo fiscale*, in *Innovazione e Diritto*, n. 1-2/2005, in www.innovazionediritto.unina.it;

Pistone, *The impact of community law on tax treaties*, *Klumer law*, 2002;

Spina, *La presunta incompatibilità dell'Irap con la VI Direttiva Iva alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE*, in *Rassegna Tributaria*, III, 2005, 853;

Tafari, *La competizione fiscale nell'Unione Europea*, in *Tributi*, n.11/12, p.855 ss., ed. IPZS;

Tesaro, *Il ruolo della Corte di Giustizia nel coordinamento della tassazione delle società*, in *Tributimpresa*, II, 2005;

Tundo, *I redditi d'impresa nel modello di convenzione Ocse (art. 7)*, in Uckmar (a cura di), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2002, 276 ss.

Comunità internazionale e individui nella prassi del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite in tema di lotta al terrorismo

di Pasquale De Sena¹

Sommario: 1. Premessa e piano del lavoro. - 2. Cenni all'azione sanzionatoria del Consiglio di sicurezza e del Comitato delle sanzioni nei confronti di individui sospetti di attività terroristiche. - 3. Gli effetti diretti dei provvedimenti di "inserimento in lista" e le responsabilità degli Stati membri del Comitato delle sanzioni dal punto di vista delle norme internazionali sui diritti dell'uomo. - 4. Il rapporto fra comunità internazionale e individui nella prassi esaminata e la logica di fondo dell'azione sanzionatoria adottata in sede ONU ed in sede comunitaria. Analogie fra tale prassi e i caratteri recentemente assunti dall'uso unilaterale della forza armata.

1. Premessa e piano del lavoro

L'espressione "comunità internazionale" non possiede un significato univoco nell'ambito degli studi giuridici internazionalistici, giacché questo tende a variare, non solo in funzione dell'evoluzione storica, ma anche dei diversi indirizzi metodologici manifestatisi in tale ambito².

Altrettanto ricco di sfumature è, del resto, il dibattito riguardante la posizione degli individui nel quadro della comunità internazionale e del suo diritto; dibattito, quest'ultimo,

¹ Professore ordinario di Diritto internazionale.

² Un quadro molto lucido ed efficace del dibattito svoltosi nella seconda metà del secolo scorso, è tracciato da R. J. DUPUY in *Communauté internationale et disparités de développement. Cours général de droit international public, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye* (d'ora in avanti, *Recueil des cours*), 1979, IV, p. 27 ss. La varietà delle posizioni teoriche ivi discusse permane ancor oggi, se si considerano, al di là dell'uso, talvolta generico, di tale nozione, le distanze che separano coloro che vi si riferiscono con consapevolezza; basti pensare, ad esempio, alle differenze intercorrenti fra le posizioni di B. SIMMA (che, sulle orme di A. VERDROSS, tende ad identificare la comunità internazionale organizzata con le Nazioni Unite e la Carta delle Nazioni Unite con la costituzione della comunità internazionale, in *From Bilateralism to Community Interests in International Law*, ivi, 1994, VI, p. 256 ss.), di C. TOMUSCHAT (a giudizio del quale la comunità internazionale consisterebbe in una serie di meccanismi eterogenei – istituzionali, normativi e di garanzia – operanti in protezione di valori fondamentali dell'ordinamento: *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law, ibidem*, 1999, I, p. 72 ss.) e di P. PICONE (che tende ad identificarla con l'insieme – non dotato di soggettività giuridica – degli Stati titolari dei diritti "collettivi" corrispondenti ad obblighi *erga omnes*, posti sempre a tutela di valori fondamentali dell'ordinamento: *Obblighi erga omnes e obblighi reciproci degli Stati nel campo della protezione internazionale dell'ambiente marino dall'inquinamento*, ora in P. PICONE, *Comunità internazionale e obblighi erga omnes*, Napoli 2006, p. 2 ss, in particolare, 67 ss.).

recentemente rinvigorito dal rilievo - sempre maggiore – assunto dal duplice fenomeno della repressione dei crimini internazionali individuali e della protezione internazionale dei diritti dell'uomo³.

Ciò premesso, non è né sulla prima, né sulla seconda delle circostanze appena ricordate che si intende concentrare l'attenzione, giacché un'indagine - anche sommaria – in tale direzione sarebbe destinata, con ogni probabilità, ad assumere dimensioni incompatibili con i limiti di questo lavoro.

Una riflessione sul rapporto fra individui e comunità internazionale può però ugualmente esser svolta, se conveniamo di riferirci qui, con quest'ultima espressione, essenzialmente al fenomeno della cooperazione fra gli Stati, nel quadro della massima manifestazione istituzionale della società degli Stati medesimi, vale a dire le Nazioni Unite⁴. E' proprio nell'ambito della prassi adottata negli ultimi anni dal Consiglio di sicurezza dell'ONU a fini di lotta contro il terrorismo, che è infatti sempre più facile rintracciare atti a carattere sanzionatorio volti a colpire *individui* - persone fisiche o giuridiche - sospetti di svolgere, o di essere coinvolti in attività terroristiche.

Dopo aver sinteticamente tracciato le linee di fondo e l'evoluzione di tale fenomeno (par. 2), ci si soffermerà in particolare su *due* aspetti che lo riguardano. Si tratta anzitutto dell'idoneità degli atti in cui esso si manifesta a tradursi *direttamente* in violazioni di norme internazionali sui diritti dell'uomo (par. 3). E si tratta, inoltre, del significato che alla prassi esaminata può attribuirsi più in generale, sia alla luce delle sue ricadute sul piano comunitario, sia nel quadro delle vicende più recenti in tema di uso della forza armata nei rapporti internazionali (par. 4).

Per quel concerne il *primo* aspetto, emergerà che tale prassi può considerarsi *lesiva* – sotto vari profili - delle norme suddette; ed ancora, che la responsabilità per le violazioni che vengono in rilievo tende ad investire direttamente gli Stati parti del Comitato per le sanzioni, istituito dal Consiglio di sicurezza già nel 1999.

³ Con specifico riferimento a quest'ultimo settore, si è proposto, ad esempio, di ricorrere all'uso della nozione di *destinatarietà*, la quale consentirebbe di dar conto della struttura e del modo di operare di una molteplicità di norme internazionali sui diritti umani, senza ricorrere alla vecchia categoria della *soggettività* internazionale, giudicata eccessivamente legata al modello degli Stati, e non facilmente riferibile agli individui in diritto internazionale (R. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004, p. 31 s.; per la tendenza a configurare gli individui come soggetti limitati o come destinatari di norme internazionali dirette nei loro confronti, v. anche A. CASSESE, *Diritto internazionale*, I, Bologna, 2001 p. 162, nonché I. BROWNLEE, *Principles of Public International Law*⁵, Oxford, 1998, p. 66). Per una sintesi del dibattito, anche con riferimento al fenomeno della repressione dei crimini individuali, v. F.A. SATCHIVI, *Les sujets de droit. Contribution à l'étude de la reconnaissance de l'individu comme sujet direct du droit international*, Paris, 1999, p. 19 ss.

⁴ Dato il suo carattere puramente convenzionale, tale scelta non implica ovviamente alcuna adesione all'indirizzo di pensiero che tende ad identificare nelle Nazioni Unite la comunità internazionale organizzata e nella Carta delle Nazioni Unite la Costituzione di tale comunità (v. *supra*, n. 1).

Quanto al *secondo* aspetto, si metterà in risalto che l'azione sanzionatoria del Consiglio di sicurezza, non solo pone a diretto "contatto" "comunità internazionale" ed individui, ma trova pieno riscontro nelle conseguenze e nella logica di fondo delle decisioni adottate al riguardo dalle istituzioni comunitarie e dell'Unione europea. In ultimo, il fatto che la suddetta azione presenti aspetti internazionalmente illeciti, consentirà di sottolinearne l'analogia con i caratteri parallelamente assunti, nel corso degli ultimi anni, dalla prassi dell'uso *unilaterale* della forza armata.

2. Cenni all'azione sanzionatoria del Consiglio di sicurezza e del Comitato delle sanzioni nei confronti di individui sospetti di attività terroristiche

Sebbene il dirigersi di sanzioni del Consiglio di sicurezza nei confronti di soggetti non statali non rappresenti un fatto del tutto nuovo nella storia del sistema di sicurezza collettiva⁵, è con la risoluzione 1267 del 1999⁶ - adottata per rispondere ai due sanguinosi attentati terroristici compiuti nel 1998 contro le sedi diplomatiche statunitensi di Nairobi e di Dar Es Salaam - che la vicenda in esame prende effettivamente corpo. Tale risoluzione, oltre a contenere misure sanzionatorie nei confronti del governo dei Talebani e di Al-Qaeda⁷, prevedeva infatti, come accennato poc'anzi, l'istituzione di un apposito Comitato per le sanzioni, avente la funzione di coadiuvare il Consiglio, al fine di sorvegliare sull'effettiva esecuzione di dette misure da parte degli Stati, specificandone in particolare i destinatari⁸.

Per quanto le misure in questione siano state subito reiterate – nei confronti di Osama Bin Laden e di Al-Qaeda⁹ -, deve però sottolinearsi che l'azione del Consiglio di sicurezza assume definitivamente i suoi attuali caratteri, solo per via della risoluzione 1390 del 2002, adottata a seguito degli attentati dell'11 settembre 2001¹⁰. Mentre le due risoluzioni sin qui citate imponevano di dare esecuzione alle sanzioni previste, nei confronti di uno Stato *determinato* - e cioè, dell'Afghanistan dei Talebani e di Osama Bin Laden -, con la risoluzione 1390 si richiede infatti agli Stati membri dell'ONU, di

⁵ Si tratta, ad esempio, delle sanzioni adottate dal Consiglio, fra il 1997 e il 1998, nei confronti dei *leaders* dell'UNITA e dei loro parenti stretti, nel contesto del conflitto angolano: per qualche cenno al riguardo (ed anche per i riferimenti alle analoghe misure - patrimoniali e personali - decise in relazione ai conflitti interni in Liberia ed in Sierra Leone), v. I. CAMERON, *UN Targeted Sanctions, Legal Safeguards and the ECHR*, *Nordic Journal of International Law*, 2003, p. 159 ss., spec., p. 163, nonché N. BIRKHÄUSER, *Sanctions of the Security Council Against Individuals. Some Human Rights Problems*, <http://www.esil-sedi.org/english/pdf/Birkhäuser.PDF>, 2005 p. 4 ss.

⁶ Ris. 1267 (1999), del 15 ottobre 1999

⁷ V., in particolare, par. 4, lett. b), per le misure di "congelamento" di beni.

⁸ V., in particolare, par. 6, lettere (a), (b), (c), (d), (e), (f) e (g).

⁹ Tramite la risoluzione 1333 (2000) del 19 dicembre 2000.

¹⁰ Ris. 1390 (2002) del 28 gennaio 2002; inserire riferimenti alle successive risoluzioni 1452 e 1455.

indirizzare tali misure nei confronti degli individui e delle entità indicate dal Comitato delle sanzioni, ovunque questi ultimi si trovino. Ai suddetti Stati viene poi fatto obbligo di vietare l'ingresso ed il soggiorno, nel loro territorio, ai destinatari delle sanzioni¹¹, mentre, per ciò che concerne la concreta individuazione di questi ultimi da parte del Comitato, viene stabilito che la "lista" da esso compilata a tal fine, sia periodicamente aggiornata, sulla base delle indicazioni fornite dagli Stati stessi¹².

Tramite la risoluzione in parola, adottata (sempre ai sensi del cap. VII della Carta) per far fronte al salto di qualità operato dal terrorismo internazionale, il Consiglio di sicurezza tende dunque ad inserirsi nel quadro dell'azione internazionale di *prevenzione* e di *repressione* di tale fenomeno¹³, incidendo profondamente sull'esercizio di funzioni di *sicurezza pubblica* di spettanza tradizionalmente statale¹⁴. Proprio questa circostanza - cui fa riscontro la parallela assunzione, in tema di lotta al terrorismo, di funzioni definite sostanzialmente *legislative*, attraverso la nota risoluzione 1373¹⁵ - costituisce, del resto, il presupposto di fondo per l'adozione delle *Guidelines* del 7 novembre 2002 (successivamente emendate il 10 aprile 2003), con le quali il Comitato delle sanzioni si è dotato di una regolamentazione interna per lo svolgimento delle proprie funzioni¹⁶.

Per ciò che concerne la questione dell'inserimento nelle liste dei destinatari delle sanzioni, *tre* sono i punti di siffatta regolamentazione che assumono rilievo ai fini della presente indagine. Va infatti posto in risalto che le delibere del Comitato – composto da *tutti* gli Stati parti del Consiglio di Sicurezza - vengono adottate per *consensus*; e cioè,

¹¹ Ivi, par. 2, lettera b).

¹² *Ibidem*, par. 5, lettera a).

¹³ Su quest'aspetto, v. N. ROSTOW, *Before and After: the Changed UN Rspone to Terrorism Since 11th*, *Cornell Journal of International Law*, 2002, p. 475 ss.

¹⁴ E' appena il caso di sottolineare che, sotto il profilo indicato – dal punto di vista, cioè, della "internazionalizzazione" di attività di governo tipicamente statali - tale fenomeno è sostanzialmente in linea con quanto manifestatosi in svariati campi della prassi riguardanti la sfera di azione delle Nazioni Unite, nel corso degli ultimi 15 anni (al riguardo, v., per tutti, B. CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, Padova, 2005, p. 221); si pensi, ad esempio, all'istituzione del Tribunale penale internazionale per la *ex*-Iugoslavia, che ha comportato l'attribuzione a quest'ultimo della potestà punitiva - in via prioritaria rispetto agli Stati - in ordine alla repressione di gravi crimini internazionali individuali; e si pensi, altresì, alle attività di governo di territori esercitate da autorità di amministrazione provvisoria, create con risoluzioni del Consiglio di sicurezza - ad es. l'UNMIK per il Kosovo -, nonché, già in precedenza, all'evolversi in tale direzione delle attività svolte da missioni di *peace keeping* (P. PICONE, *Il peace keeping nel mondo attuale: fra militarizzazione e amministrazione fiduciaria*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1996, p. 5 ss., in particolare, p. 22 ss.; ora anche in P. PICONE, *Comunità internazionale e obblighi erga omnes*, cit., p. 319 ss.)

¹⁵ Ris. 1373 (2001) del 28 settembre 2001, relativa alle misure per combattere il terrorismo, e prevenirne e reprimerne il finanziamento; nel senso indicato nel testo, v. S. TALMON, *The Security Council as World Legislature*, *American Journal of International Law*, 2005, p. 175 ss. [che assume a punto di riferimento anche la più recente ris. 1540 (2004) del 28 aprile 2004, contro la proliferazione di armi di distruzione di massa: *ivi*, pp. 178 e 193].

¹⁶ *Guidelines of the Committee for the Conduct of its Works (adopted on 7 November 2002, amended on 10 April 2003 and revised on 21 December 2005)*: http://www.un.org/Docs/sc/committees/1267/1267_guidelines.pdf.

presumendosi l'unanimità dei voti di detti Stati, in assenza di un'espressa opposizione da parte di uno o più dei medesimi¹⁷. In secondo luogo, va poi sottolineato che, per i soggetti destinati ad essere inseriti nelle liste, non è disposta alcuna forma di coinvolgimento nel procedimento di adozione delle relative decisioni; procedimento, quest'ultimo, che è largamente improntato a criteri di segretezza, non contemplando nessun strumento di pubblicità per le informazioni e gli elementi di prova, in base ai quali il Comitato perviene a determinarsi¹⁸. In ultimo va ancora aggiunto che nessuna forma di ricorso individuale è prevista contro le suddette decisioni, posto che il procedimento per la cancellazione dalle liste, pur essendo espressamente previsto dalle *Guidelines*, presenta un carattere strettamente intergovernativo, ed è finalizzato dunque al raggiungimento di un accordo fra gli Stati membri del Comitato stesso¹⁹.

3. Gli effetti diretti dei provvedimenti di "inserimento in lista" e le responsabilità degli Stati membri del Comitato delle sanzioni dal punto di vista delle norme internazionali sui diritti dell'uomo

Il primo aspetto da porre in rilievo consiste nel fatto che il meccanismo appena delineato risulta in contrasto con gli *standards* internazionali in tema di diritti dell'uomo, anche *a prescindere* dalla concreta esecuzione dei provvedimenti sanzionatori cui esso è preordinato; anche *a prescindere*, cioè, dall'effettivo congelamento dei beni degli individui inseriti in lista, ad opera degli Stati membri della Nazioni Unite, ovvero dall'effettiva restrizione all'ingresso ed al soggiorno di questi ultimi nel territorio di detti Stati²⁰.

¹⁷Tale regola vale sia per l'inserimento in lista [par. 9, "Decision Making", lettere (a) e (b); è appena il caso di sottolineare che, nell'ipotesi di adozione di decisioni scritte, l'eventuale dissenso deve essere manifestato dagli Stati, al massimo entro i due giorni successivi alla notifica della proposta], sia per l'eventuale cancellazione dalla medesima [par. 7, "De-listing", lett. (e)]

¹⁸ Ai sensi del par. 3 ("Meetings of the Committee"), lettera (b), le riunioni del Comitato si svolgono a porte chiuse; inoltre, nessuna forma di pubblicità del procedimento di inserimento in lista è prevista dai paragrafi 5 ["List of Individuals and Entities referred to in paragraph 2 of the resolution 1390 (2002)"] e 6 ["Updating the existing information on the list based on the information provided by Member State or regional organizations pursuant to paragraph 7 of resolution 1455 (2003)"]

¹⁹ V. ancora par 7, lettera (e).

²⁰ La questione che verrà qui esaminata tende a sfuggire agli autori che hanno sinora affrontato il problema degli strumenti di tutela individuale contro decisioni del Consiglio di sicurezza lesive di diritti dell'uomo: fra questi, v., di recente, M. ARCARI, *Tutela dei diritti umani e misure del Consiglio di Sicurezza*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, N. ÖSTERDHAL, *The Exception as a Rule: Lawmaking on force and human rights by the Un Security Council*, *Journal of Conflict and Security Law*, 2005, p. 1 ss., T. SCHILLING, *Der Schutz der Menschenrechte gegen Beschlüsse des Sicherheitsrats. Möglichkeiten und Grenzen*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2004, p. 343 ss., nonché BIEHLER, *Individuelle Sanktionen der Vereinten Nationen und Grundrechte*, *Archiv des Völkerrecht*, 2003, p. 171 ss., P. CRAMER, *Recent Swedish Experiences with Targeted UN Sanctions* in E. DE WET, A. NOLLKAEMPER (a cura di), *Review of Security Council Sanctions by Member States*, London, Amsterdam, 2003, p. 85 ss. (per ulteriori indicazioni, v. anche *infra*, n. 28).

A spingere in questa direzione è proprio una delle circostanze poc'anzi indicate; vale a dire, l'assenza di qualsiasi *locus standi*, per i destinatari delle misure in questione, ai fini della loro cancellazione dalla lista suddetta. Per via di detta circostanza - che si ricollega evidentemente al fatto che né il Consiglio di Sicurezza, né il Comitato delle sanzioni costituiscono organi giurisdizionali, terzi ed imparziali - il diritto di accesso ad un giudice - previsto, ad es., sia dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), che dall'art. 14 del Patto sui diritti civili e politici (PDCP) - risulta negato, nonostante la difficoltà di attribuire carattere penale al procedimento di competenza del Comitato delle sanzioni²¹.

Malgrado ciò, tale procedimento non manca infatti di incidere, sotto più profili, sulla situazione giuridica civilistica dei suoi destinatari (persone fisiche o giuridiche), rientrando dunque, a pieno titolo, nell'ambito di applicazione di entrambe le norme indicate²². Fra i suddetti profili, quelli che qui specificamente rilevano sono gli effetti gravemente pregiudizievoli che l'inserimento in lista è destinato senz'altro a determinare sulla reputazione dei soggetti interessati; aspetto, quest'ultimo, che è - tra l'altro - pacificamente ritenuto rientrante nel contenuto del diritto al rispetto della vita privata, sia nella giurisprudenza degli organi di Strasburgo²³, sia nella prassi del Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite²⁴. E' chiaro infatti che tali effetti sono destinati a prodursi *immediatamente e direttamente*, per via del suddetto inserimento; *indipendentemente*, come si è già detto, dall'esecuzione - a livello comunitario o statale - dei provvedimenti sanzionatori, cui l'individuazione dei soggetti interessati, da parte del Comitato delle sanzioni, è finalizzata²⁵.

²¹ Questa difficoltà è segnalata da I. CAMERON, *UN Targeted Sanctions, Legal Safeguards and the ECHR*, cit, p. 192, per il quale l'assenza di definitività delle misure in questione impedisce di considerarle *criminal charges* ai fini dell'applicazione delle garanzie previste - in tema di equo processo - dall'art. 6 della CEDU; in generale, sull'ambito di applicazione di tale disposizione, v. C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001

²² E' appena il caso di ricordare che sia l'art. 6 della CEDU, sia l'art. 14 del PDCP rendono applicabili le garanzie da essi previste anche all'ipotesi di controversie di carattere civile.

²³ Già nella giurisprudenza della Commissione europea dei diritti dell'uomo, il diritto alla reputazione veniva considerato espressione del diritto al rispetto alla vita privata (art. 8 CEDU): v. la decisione resa il 16 ottobre 1986 nel caso *K.V.N. v. Sweden*, ricorso N. 11366/85); in senso analogo, cfr. la decisione resa dalla Corte nel caso *Sidabras and Džiautas v. Lithuania* (decisione del 27 ottobre 2004, ricorsi N. 55480/00 e 59330/00, in particolare, paragrafi 48-50). Particolarmente significativa ai nostri fini è la pronuncia nel caso *A. v. United Kingdom*, nella quale una controversia concernente appunto il diritto alla reputazione è stata espressamente considerata rilevante ai fini dell'operatività del diritto di accesso a un giudice, in base all'art. 6, par. 1 CEDU (decisione del 17 marzo 2003, ricorso N. 35373/97; in particolare, paragrafi 60 -65).

²⁴ Il diritto alla reputazione è espressamente richiamato, quale parte del contenuto del diritto al rispetto alla vita privata (art. 17 del PDCP), dal par. 11 del *General Comment No. 16: The right to respect of privacy, family, home and correspondence, and protection of honour and reputation (Art. 17)* dell'8 aprile 1988.

²⁵ Si pensi, a questo proposito, all'ipotesi in cui i provvedimenti comunitari o statali di esecuzione non dovessero intervenire; e si pensi, inoltre, che tali provvedimenti sono cronologicamente successivi rispetto ai provvedimenti di inserimento in lista ad opera del Comitato delle sanzioni. Un esempio delle conseguenze

In senso contrario, non potrebbe ritenersi, d'altro canto, che la compressione del diritto di accesso ad un giudice sia giustificata, nell'ipotesi in esame, in quanto funzionale ad una tipica esigenza di sicurezza collettiva, quale quella di combattere il terrorismo internazionale. Fermo restando che il suddetto diritto può essere anch'esso ristretto - sia nell'ambito della Convenzione, sia nell'ambito del Patto - al ricorrere di esigenze del genere indicato²⁶, va però sottolineato che la legittimità di tali restrizioni è subordinata - in entrambi i sistemi - all'osservanza di specifiche e stringenti condizioni. Ebbene, queste condizioni non sembrano rispettate nel caso di specie, sol che si consideri che il "nucleo essenziale" del diritto di accesso ad un giudice risulta completamente ed irrimediabilmente negato ai soggetti inseriti nella lista, non venendo loro riconosciuto, non solo alcun ricorso di carattere giurisdizionale, ma neppure alcun *strumento alternativo* di ricorso individuale dinanzi al Comitato, ai fini della cancellazione dalla lista medesima. In altri termini, ciò che viene a mancare in tal modo è il rispetto del "contenuto minimo" del principio di proporzionalità delle restrizioni consentite; principio, quest'ultimo, che è pacificamente ritenuto operante - nel suo "contenuto minimo", appunto - finanche in relazione agli stati di emergenza, che giustificano l'adozione di misure di "deroga" dei diritti garantiti, sia nell'ambito della Convenzione europea (art. 15), sia nell'ambito del Patto sui diritti civili e politici (art. 4)²⁷.

Se questo è vero, resta dunque fermo che la prassi in esame, pur configurandosi come il frutto di una cooperazione multilaterale fra Stati, maturata nel quadro della massima organizzazione internazionale esistente, contrasta, ciò nondimeno, con le norme pertinenti dei principali strumenti internazionali in tema di diritti dell'uomo.

Ciò premesso, quale conclusione deve trarsi in merito alla responsabilità degli Stati membri del Comitato delle sanzioni, dal punto di vista dei suddetti strumenti? Siffatta

suscettibili di prodursi nella sfera giuridica di soggetti inseriti in liste di sospetti terroristi, è costituito dalle vicissitudini giudiziarie cui è andata incontro in Spagna l'associazione giovanile basca *Segi*, già in virtù della sua inclusione (ancorché solo ai fini dell'applicazione di misure preventive e giudiziarie di cooperazione rafforzata) nella lista annessa ad un atto di carattere *intergovernativo*, come la posizione comune 2001/931/PESC (GUCE L 344 del 28 dicembre 2001, pp. 93-96). Se si esaminano tali vicissitudini è agevole rilevare che l'adozione di misure restrittive nei confronti della *Segi* ebbe inizio solo *dopo* l'inclusione di quest'ultima nella lista ora menzionata (sul punto - anche per una critica della decisione resa al riguardo dalla Corte europea dei diritti dell'uomo - sia consentito rinviare a P. DE SENA, *Esigenze di sicurezza nazionale e tutela dei diritti dell'uomo nella recente prassi europea*, in N. BOSCHIERO, *Ordine internazionale e valori etici*, Atti dell'VIII Convegno della Società italiana di Diritto Internazionale, Napoli 2004, p. 262, testo e n. 212); ciò che lascia presumere che all'azione delle autorità spagnole non sia risultata estranea l'incidenza obiettivamente negativa, spiegata dalla posizione comune 2001/931/PESC, se non altro, sulla reputazione dell'associazione.

²⁶ Sull'ammissibilità delle restrizioni di diritti garantiti dall'art. 6 della CEDU, a fini di sicurezza collettiva, sia pure in assenza di un'espressa clausola in tal senso, v., di recente, l'ampia analisi di I. CAMERON, *National Security and the European Convention on Human Rights*, The Hague-London-Boston, 2000, p. 287 ss.

²⁷ Sul punto, v., per tutti, E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano 2000, pp. 42-47.

questione è particolarmente rilevante per la tutela dei diritti dell'uomo, considerato che le Nazioni Unite non sono formalmente parti di trattati in materia (ad es., del PDCP), e non possono quindi esser chiamate a rispondere, in alcun modo, della violazione di norme previste da questi ultimi.

A ben vedere, detta responsabilità è destinata a permanere, sia se si considera l'inserimento di presunti terroristi nella lista del Comitato delle sanzioni come un atto *formalmente* imputabile alle Nazioni Unite, sia - ed a maggior ragione - se lo si considera, invece, come un atto che, pur venendo adottato nel quadro dell'organizzazione, *resta*, tuttavia, *formalmente* imputabile agli Stati suddetti.

Per quanto concerne la *prima* delle due ipotesi appena delineate, la responsabilità degli Stati membri del Comitato delle sanzioni, per gli effetti lesivi di diritti umani, *direttamente* scaturenti dal provvedimento di inserimento in lista, appare riconducibile all'operare del ben noto principio della "protezione equivalente", che può considerarsi come una sorta di principio generale della materia. Secondo questo principio, infatti, il trasferimento di poteri ad organizzazioni internazionali, ad opera di Stati parti di trattati sui diritti dell'uomo, può implicare il venir meno della responsabilità degli Stati stessi, per il rispetto dei diritti garantiti, rientranti nell'ambito di esercizio dei poteri trasferiti, *solo* a condizione che, nell'ordinamento di tali organizzazioni - l'ONU, nel caso di specie - venga riconosciuta ai diritti in questione una "protezione equivalente" a quella per essi predisposta nel quadro dei suddetti trattati²⁸.

Ebbene, per quanto qui interessa è facile osservare che il diritto individuale che viene in rilievo - il diritto di accesso a un giudice - *non* è garantito in realtà da alcun meccanismo di tutela nell'ordinamento delle Nazioni Unite²⁹, malgrado il rispetto dei diritti

²⁸ Per una ricostruzione del significato e della portata del principio in esame, con specifico riguardo al sistema della Convenzione europea, sia ancora consentito rinviare, anche per i pertinenti riferimenti, a P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino 2002, cap. III, paragrafi 6, 7 e 10. Su tale aspetto, il 30 giugno 2005, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha pronunciato un'importante decisione, nell'*Affaire Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda* (Ricorso N. 45036/98), sulla quale v. il commento critico di E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 762 ss.

²⁹ La carenza, nell'ambito della Carta delle Nazioni Unite, di ricorsi a tutela di diritti individuali, in caso di violazioni di tali diritti derivanti da atti del Consiglio di sicurezza, è stata - del resto - recentemente oggetto di attenzione, con particolare riferimento agli effetti derivanti da sanzioni di carattere economico; è a causa di questa circostanza che si è sottolineata, da più parti, l'esigenza di sottoporre gli atti suddetti ad un controllo di legalità ad opera dei tribunali interni (fra gli altri, v. G. NOLTE, *The limits of Security Council's Powers and its Functions in the International Legal System*, in M. BYERS, (a cura di), *The Role of Law in International Politics*, Oxford, 2000, p. 320, A. REINISCH, *Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions*, *American Journal of International Law*, 2001, pp. 866-867); con riferimento più specifico all'ipotesi di risoluzioni contenenti sanzioni direttamente rivolte verso individui o gruppi di individui, e al diritto di accesso ad un giudice, v., in particolare, E. DE WET, A. NOLLKAEMPER, *Review of Security Council Decisions by National Courts*, *German Yearbook of International Law*, 2002, p. 166 ss., spec. pp. 177 ss. (ove si esaminano le risoluzioni 1267 e 1333 del 2000), I. CAMERON, *UN Targeted*

dell'uomo rientri fra gli obiettivi della cooperazione internazionale che l'organizzazione intende favorire (art. 1, par. 3), e nonostante il fatto che tale diritto trovi cittadinanza in atti dell'organizzazione³⁰. Di qui la conseguenza sopra accennata; vale a dire che le responsabilità incumbenti sugli Stati parti, ad esempio, del PDCP o della CEDU e, nel contempo, del Comitato delle sanzioni, si mantengono intatte³¹.

Ad esiti non dissimili si perviene poi, anche riguardo all'ipotesi che i provvedimenti di inserimento in lista di persone fisiche o giuridiche, ancorché assunti nel quadro istituzionale dell'organizzazione, risultino tuttavia *formalmente* imputabili agli Stati membri del Comitato delle sanzioni.

Tale ipotesi non sembra del tutto peregrina, pur non essendo stata ancora avanzata – a quanto pare –, e pur non potendo esser qui approfondita. Considerato che i procedimenti sanzionatori, in cui si inseriscono i suddetti provvedimenti, sono indirizzati contro *individui*, e non contro Stati *determinati*³², è infatti agevole sottolineare che la prassi in questione fuoriesce dal *genus* delle sanzioni - tipicamente *interstatali* - adottabili ai sensi del cap. VII della Carta. Proprio per questa ragione, si potrebbe allora osservare che le delibere relative all'inserimento in lista di sospetti terroristi, più che come atti formalmente imputabili all'organizzazione, tendono in realtà a configurarsi come decisioni

Sanctions, Legal Safeguards and the ECHR, cit., p. 191 ss., P. DE SENA, *Esigenze di sicurezza nazionale e tutela dei diritti dell'uomo nella recente prassi europea*, cit., p. 243.

³⁰ Si pensi, ad es., all'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

³¹ Contro la conclusione indicata non pare determinante osservare che i comportamenti lesivi *de quibus* restano *formalmente* imputabili all'organizzazione, in assenza di un atto statale di esecuzione; circostanza, quest'ultima, che sembrerebbe attestata dalla stessa tendenza degli organi di Strasburgo e del Comitato dei diritti dell'uomo a dichiarare inammissibili, *ratione personarum*, i relativi ricorsi. Se si esamina con attenzione la prassi relativa a violazioni di diritti cagionate da atti *formalmente* imputabili ad organizzazioni internazionali, ci si accorge, infatti, che non è quest'aspetto, *in sé e per sé* considerato, ad escludere la responsabilità degli Stati parti; a tale esito si perviene, in realtà, ogni qualvolta si ritenga che il trasferimento di poteri a dette organizzazioni si traduca *effettivamente*, *al di là del dato formale*, nel venir meno del potere di incidere sul godimento dei diritti venuti in rilievo, in capo agli Stati che ne sono membri (sul punto, v. ancora P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale*, p. 199 ss.). Ebbene, il potere di incidere sul godimento del diritto violato nelle ipotesi in esame non sembra venir meno, in capo agli Stati parti del Comitato delle sanzioni, se è vero che ciascuno di questi può bloccare, con il proprio voto contrario, l'adozione dei provvedimenti di inserimento in lista. Perlomeno entro i limiti indicati, potrebbe quindi concludersi che tali violazioni si verificano entro la "giurisdizione" dei suddetti Stati, ai sensi dell'art 1 CEDU e dell'art. 2, par. 1 PDCP (in questo senso, v. anche, di recente, T. SCHILLING, *Der Schutz der Menschenrechte gegen Beschlüsse des Sicherheitsrats. Möglichkeiten und Grenzen*, cit., p. 345 s., che non ponendosi tuttavia – come si è già detto – il problema degli effetti diretti dei provvedimenti di inserimento in lista, giunge a conclusioni diverse: p. 359). Ciò sembrerebbe idoneo a costituire il presupposto di una loro responsabilità a titolo *omissivo*; per non avere impedito, cioè, l'adozione di comportamenti lesivi del diritto di accesso ad un giudice, bloccando l'adozione dei suddetti provvedimenti. In caso contrario, ove si ritenesse *insormontabile* l'ostacolo costituito dalla *formale imputabilità* di tali provvedimenti, si verrebbe, a ben vedere, ad aggirare, in nome di un dato di carattere *formale*, la *ragione* stessa del principio della protezione equivalente; ragione, quest'ultima, che consiste, evidentemente, nell'esigenza di evitare che, tramite il trasferimento di poteri ad organizzazioni internazionali, gli Stati parti di trattati sui diritti dell'uomo possano spogliarsi delle responsabilità derivanti dalla partecipazione a detti trattati.

³² *Supra*, par. 2 e n. 13.

collettivamente imputabili agli Stati parti del Comitato delle sanzioni³³. Anche per tal via, risulterebbe dunque sostenibile che gli effetti *direttamente* lesivi di diritti fondamentali scaturenti da tali provvedimenti sono destinati a produrre responsabilità proprio a carico di detti Stati, i quali coincidono, peraltro, come si è anticipato, con quelli che compongono il Consiglio di sicurezza³⁴.

4. Il rapporto fra comunità internazionale e individui nella prassi esaminata e la logica di fondo dell'azione sanzionatoria adottata in sede ONU ed in sede comunitaria. Analogie fra tale prassi e i caratteri recentemente assunti dall'uso unilaterale della forza armata.

Giunti a tal punto, si può dunque passare a qualche osservazione di carattere conclusivo, in linea con quanto anticipato nell'introduzione.

Il *primo* ordine di rilievi concerne il rapporto che sembra profilarsi fra comunità internazionale e individui nell'ambito delle vicende esaminate, sia che si consideri l'azione del Comitato delle sanzioni - e del Consiglio di Sicurezza - *pienamente* riconducibile all'ONU sotto il profilo *formale*, sia che si ritenga quest'ultima organizzazione una mera *cornice istituzionale* per l'adozione di atti che restano, viceversa, *formalmente* imputabili agli Stati parti.

Se è vero quanto si è detto poco sopra, e cioè che l'inserimento in lista di persone sospette di attività terroristiche incide *direttamente* su situazioni giuridiche individuali riconducibili a norme convenzionali sui diritti dell'uomo, può infatti concludersi che comunità internazionale ed individui entrano – per così dire - in contatto *diretto* nell'ambito di tale prassi, in entrambi le ipotesi appena ricordate. Nella *prima* ipotesi, ciò avverrebbe, evidentemente, per il tramite formale di atti delle Nazioni Unite, che della comunità internazionale costituiscono la massima espressione sul piano istituzionale; nella *seconda*, poiché gli Stati si servirebbero del Consiglio di sicurezza e del Comitato delle sanzioni come enti di coordinamento della loro azione, producendo effetti su situazioni giuridiche individuali, nel perseguimento di un interesse imputabile alla

³³ Per la precisione, a tale conclusione si sarebbe necessariamente indotti ove si ritenesse che la prassi in esame risulti del tutto inconciliabile con la Carta delle Nazioni Unite, per via degli effetti *diretti* che essa è idonea a produrre nella sfera giuridica individuale (v. al riguardo G. ARANGIO-RUIZ, *Le domaine réservé. L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne, Recueil des Cours*, 1990, VI, *passim*, in particolare, p. 391 ss). Va inoltre ricordato che il Comitato delle sanzioni delibera all'unanimità: ancora *supra*, par. 2

³⁴ *Ibidem*.

comunità internazionale nel suo complesso, quale appunto quello della repressione del terrorismo³⁵.

Il *secondo* ordine di considerazioni concerne invece il significato che sembra attribuibile, più in generale, alla prassi in questione, anche alla luce degli sviluppi recentemente determinatisi in materia, nell'ambito dell'Unione e della Comunità europea; e cioè, se così può dirsi, nell'ambito di una "comunità intermedia", operante a livello regionale.

A questo riguardo deve infatti ricordarsi che l'attività di prevenzione del terrorismo, intrapresa in sede ONU ad opera del Consiglio di Sicurezza, ha trovato puntualmente seguito in sede di Unione europea ed in sede comunitaria, tramite l'adozione di una serie di atti – rispettivamente, posizioni comuni e regolamenti – volti a dare effettiva realizzazione alle sanzioni patrimoniali e personali, disposte nei confronti dei soggetti inseriti nella lista del Comitato delle sanzioni. A ciò va ancora aggiunto che la legittimità di detti atti, nonostante la loro idoneità a comprimere diritti della persona, è stata di recente affermata dal Tribunale di primo grado delle Comunità europee, in relazione ad alcuni regolamenti comunitari contenenti, per l'appunto, misure personali e patrimoniali a carico di sospetti terroristi³⁶. Più esattamente, il Tribunale è pervenuto a siffatto risultato, ritenendo che le risoluzioni del Consiglio di sicurezza, di cui i regolamenti in questione costituiscono *mere* misure di attuazione, dovrebbero considerarsi, non solo pienamente *operanti* nell'ordinamento comunitario, ma anche destinate a *prevalere* – in virtù dell'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite e dell'art. 307 del Trattato CE - su altre norme internazionali o comunitarie *non* dotate di rango internazionalmente cogente³⁷. Tra queste ultime rientrerebbero - sempre a giudizio dei giudici comunitari – le norme relative ai diritti fatti valere dai ricorrenti, cioè a dire il diritto alla disposizione dei propri beni, nonché i diritti di difesa e ad un ricorso giurisdizionale effettivo³⁸.

³⁵ Sul rilievo giuridico della repressione del terrorismo v. anche *infra*, in questo paragrafo. Va aggiunto che, così configurata, la prassi in questione sembra in linea con l'opinione secondo cui l'azione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite nel quadro del cap. VII, lungi dal potersi considerare riconducibile *tout court* all'organizzazione, ai sensi del suo Statuto istitutivo, risulterebbe configurabile, in una molteplicità di ipotesi, come espressione di poteri nuovi, direttamente fondati sul diritto internazionale generale; opinione, quest'ultima, che si inquadra in una visione complessiva dell'evoluzione dei poteri dell'ONU, saldamente ancorata all'emergere e all'operare di valori collettivi nell'ambito dell'ordinamento internazionale (ci si riferisce agli studi in argomento di P. PICONE, ora raccolti in *Comunità internazionale e obblighi erga omnes*, cit., *passim*).

³⁶ Si tratta di due decisioni, pressoché identiche, rese il 21 settembre 2005 nelle cause T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee* e T-315/01, *Kadi c. Consiglio e Commissione*.

³⁷ Cfr. i paragrafi 277-283 della decisione *Ahmed Ali Yusuf e Al Barakaat International Foundation*

³⁸ Per quanto concerne il diritto alla disposizione dei propri beni - ritenuto parzialmente corrispondente allo *ius cogens*, sotto il profilo del divieto di espropriazioni arbitrarie -, v. ancora i paragrafi 284-303 della decisione

Sugli esiti di detta decisione non è possibile, né opportuno, soffermarsi estesamente, anche in ragione dei numerosi commenti critici che essa ha già ricevuto³⁹.

Occorre tuttavia sottolineare che il duplice riferimento all'articolo 103 della Carta delle Nazioni Unite e all'art. 307 del Trattato CE non è del tutto convincente sotto il profilo interpretativo. A spingere in tal senso non è tanto l'utilizzazione dell'articolo 103, richiamato dal Tribunale per affermare, in generale, la prevalenza delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza su altri obblighi internazionali, esclusivamente sul terreno *formale* del diritto dei trattati⁴⁰. Quel che appare veramente discutibile, al fine di fondare l'operatività delle suddette risoluzioni nell'ordinamento comunitario e la loro prevalenza su norme di tale ordinamento, è, piuttosto, il riferimento all'art. 307 del Trattato CE; e ciò, vieppiù in assenza di qualsiasi *esplicita* dimostrazione del rilievo giuridico *sostanziale* attribuibile al valore della repressione del terrorismo dal punto di vista del diritto internazionale generale⁴¹. Sembra infatti difficile ritenere che siffatta disposizione sia *di per sé* idonea a questo scopo, giacché essa, pur contemplando, al primo comma, una clausola di subordinazione delle norme del Trattato CE rispetto ad obblighi convenzionali degli Stati parti, preesistenti ed incompatibili, ha indubbiamente portata *temporanea*, come emerge dal secondo comma⁴². Quel che è chiaro, viceversa, è che l'art. 307, essendo destinato ad operare *provvisoriamente* – *fintantoché*, cioè, gli Stati parti non

Ahmed Ali Yusuf e Al Barakaat International Foundation, in merito ai diritti di difesa e ad un ricorso giurisdizionale effettivo, v. invece, rispettivamente, i paragrafi 304 – 331 (spec. 306-307) e 332 – 345 (spec. 341 ss.).

³⁹ V., in particolare, B. CONFORTI, *Decisioni del Consiglio di sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale comunitario di primo grado*, in corso di pubblicazione in *Diritto dell'Unione europea*, 2006 (nella disponibilità dell'estensore di queste pagine per la cortesia dell'Autore), V. SCARABBA, *I diritti e i principi fondamentali nazionali ed europei e la problematica comunitarizzazione delle risoluzioni antiterrorismo dell'ON* http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/misure_nato/misure_natopdf, 2005, nonché E. CANNIZZARO, *Machiavelli, the UN Security Council and the Rule of Law, working paper* dell'Istituto di diritto internazionale e dell'Unione europea dell'Università di Macerata, <http://www.unimc.it/internazionale>, 2005.

⁴⁰ Cfr. in particolare par. 233 della decisione *Ahmed Ali Yusuf*, sull'applicabilità dell'art. 103 – che, com'è noto, afferma la prevalenza degli obblighi della Carta su altri obblighi convenzionali degli Stati parti della Carta medesima – alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, v. ad es. R. BERNHARDT, *Article 103*, in B. SIMMA (a cura di), *The Charter of the United Nations. A Commentary*², Oxford, 2002, Vol. II, p. 1295 s. e M. FLORY, *Article 103* in J.-P. COT, A. PELLET (a cura di), *La Charte des Nations Unies*², Paris, 1991, p. 1373.

⁴¹ Sull'assetto giuridico dei valori fondamentali dell'ordinamento internazionale, v., nella letteratura italiana, l'ampia indagine di M. IOVANE, *La tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale*, Napoli, 2000.

⁴² Dopo aver disposto (1° comma) che le norme del Trattato (CE) " [...] non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra.", l'art 307 aggiunge infatti (2° comma, 1° frase) che "Nella misura in cui tali convenzioni sono incompatibili col presente trattato, lo Stato o gli Stati membri interessati ricorrono a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate.", giustificando, dunque, chiaramente l'interpretazione suggerita nel testo. Sull'art. 307, v., di recente, R. MASTROIANNI, *Art. 307 – TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 1372 ss., spec., pp. 1374-1375.

abbiano eliminato le suddette incompatibilità⁴³ - non risulta in alcun modo utilizzabile per introdurre, *in permanenza*, nell'ordinamento comunitario risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite confliggenti con norme di tale ordinamento.

Proprio siffatta circostanza consente – a ben vedere - una migliore comprensione del fenomeno oggetto di indagine. Ed infatti, proprio la fragilità degli argomenti usati in proposito spinge a concludere che la prevalenza riconosciuta alle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza nell'ordinamento comunitario non possa essere, in ultima analisi, che espressione di un'*implicita* tendenza, da parte dei giudici comunitari, ad attribuire carattere *cogente* al valore della repressione del terrorismo, anche nel quadro attuale dell'ordinamento internazionale. Tendenza, quest'ultima, che soggiace, in qualche modo, anche all'azione sanzionatoria del Consiglio di Sicurezza e del Comitato delle sanzioni, costituendo dunque la ragione di fondo delle (illecite) compressioni dei diritti dell'uomo *direttamente o indirettamente* prodotte da siffatta azione.

Malgrado l'indubbio significato attribuibile all'orientamento in questione, deve tuttavia precisarsi che esso è ben lungi dall'essersi consolidato sul piano consuetudinario, perlomeno nel senso di una prevalenza sistematica degli obblighi in tema di repressione del terrorismo rispetto ai diritti garantiti da norme internazionali sui diritti dell'uomo⁴⁴. In questa luce, risulta allora tanto più condivisibile quanto si è sostenuto di recente, con specifico riguardo al controllo della legittimità della suddetta prassi; e cioè, che un ruolo fondamentale, per ripristinare un equilibrio ragionevole fra i valori in gioco, è destinato ad esser svolto dal ricorso ai principi costituzionali delle "comunità statali", ad opera delle

⁴³ V. n. precedente; d'altro canto, in caso contrario si potrebbe essere indotti a concludere che, alla luce del 2° comma di tale disposizione (v. ancora n. precedente), gli Stati, in mancanza di altri mezzi per eliminare eventuali incompatibilità con il Trattato CE siano, in ultima analisi, addirittura tenuti a denunciare la Carta delle Nazioni Unite (come fa giustamente rilevare E. CANNIZZARO, *Machiavelli, the UN Security Council and the Rule of Law*, cit., p. 13, n. 16)!

⁴⁴ In proposito si pensi anzitutto al fatto che molti Stati si sono dimostrati restii a dare effettiva esecuzione alle sanzioni individuali disposte dal Consiglio di sicurezza, proprio per ragioni riguardanti il rispetto dei diritti dell'uomo, come risultava, già nel 2004, dal *First Report of the Analytical Support and Sanctions Monitoring Team Appointed Pursuant to Resolution 1526 (2004) Concerning Al-Qaida and the Taliban and Associated Individuals and Entities*, (S/2004/679 del 31 luglio 2004; v. anche N. BIRKHÄUSER, *Sanctions of the Security Council Against Individuals – Some Human Rights Problems*, cit., p. 7). Più in generale, si pensi poi alla pronuncia resa dall'*House of Lords* il 16 dicembre 2004, con cui la Sez. 23 dell' *Antiterrorism Crime and Security Act* del 2001 è stata ritenuta contraria alla CEDU (*Opinions Of the Lords of Appeal for judgment in the cause A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) X (FC) and another (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, www.publications.parliament.uk/pa/jt200506/jtselect/jtrights/75/75ii.pdf), nonché alla sentenza con cui la Corte Suprema degli Stati Uniti ha riconosciuto la giurisdizione statunitense sulla base di Guantanamo (*Rasul et al. V. Bush, President of the United States, et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* <http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/28june20041215/www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/03-334.pdf>); decisioni, queste ultime, entrambe ispirate dalla necessità di bilanciare il valore della repressione del terrorismo internazionale con il rispetto dei diritti della persona.

corti interne, eventualmente chiamate a pronunciarsi in argomento⁴⁵. Si può anzi osservare che l'esigenza di un equo bilanciamento fra sicurezza collettiva e diritti umani, oltre ad esser consacrata dai principi generali dei sistemi di tutela dei suddetti diritti - in particolare dal principio di *proporzionalità*, cui già si è fatto cenno -, non manca di emergere nelle *stesse* risoluzioni adottate dal Consiglio di Sicurezza, nelle quali la necessità di rispettare i diritti umani e il diritto umanitario è costantemente indicata agli Stati destinatari⁴⁶. Se questo è vero, sembra allora che l'eventuale ricorso delle corti interne a valori costituzionali riguardanti diritti fondamentali, o anche a norme convenzionali in argomento, non solo sia ricollegabile ad una prassi invalsa e ben nota - quanto meno per ciò che concerne i valori costituzionali⁴⁷ -, ma tenda altresì a giustificarsi, *anche dal punto di vista* del sistema delle Nazioni Unite, consentendo dunque di *escludere* l'illiceità internazionale di un'eventuale *disapplicazione* delle risoluzioni in questione, *dal punto di vista* del suddetto sistema⁴⁸.

Il *terzo* ed ultimo ordine di rilievi è anch'esso di carattere generale e riguarda il rapporto fra la prassi considerata e la complessiva evoluzione del sistema di sicurezza collettiva nel corso degli ultimi anni.

Tale evoluzione si è caratterizzata – com'è noto – per una progressiva perdita di centralità, da parte delle Nazioni Unite, sul piano della gestione dell'uso della forza armata, ciò che emerge in termini assai chiari, sia per l'intervento in Jugoslavia, sia per il più recente intervento in Irak, entrambi effettuati, in assenza di una specifica decisione da parte del Consiglio di Sicurezza.

Per quanto qui interessa, deve ancora sottolinearsi che siffatti interventi, oltre a risultare *devianti* rispetto al modello "centralizzato" di gestione dell'uso della forza delineato dalla Carta delle Nazioni Unite – ma anche rispetto alla nota prassi delle "autorizzazioni" all'uso della forza, sviluppatasi negli anni '90 - si sono rivelati parimenti *contrastanti*, sia pure per ragioni diverse, con alcuni *standards* sostanziali, desumibili

⁴⁵ In tal senso, v. ancora B. CONFORTI, *Decisioni del Consiglio di sicurezza e diritti fondamentali ...*, cit., p. 8 s. del dattiloscritto, nonché E. CANNIZZARO, *Machiavelli, the UN Security Council*, cit pp. 22-26.

⁴⁶ Per una sintetica panoramica di queste risoluzioni, fra le quali, *in primis*, la citata Ris. 1373, v. ancora E. CANNIZZARO, *Machiavelli, the UN Security Council*, cit., p. 20, note 26 e 27; si potrebbe forse sostenere che il riferimento operato a tale esigenza si traduca in un vero e proprio *rinvio* al principio della proporzionalità, così come quest'ultimo si è venuto configurando nell'ambito dei sistemi di tutela dei diritti dell'uomo.

⁴⁷ Com'è ovvio, il riferimento è alla nozione dei cd. "controlimiti", elaborata in particolare dalle Corti costituzionali italiane e tedesche, allo scopo di assicurare la tutela dei diritti fondamentali anche in sede di adattamento al diritto comunitario.

⁴⁸ In altri termini, nell'ottica delineata nel testo, la mancanza di discrezionalità da parte delle autorità statali, in sede di attuazione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza in argomento, non impedirebbe, *dal punto di vista di queste stesse risoluzioni*, la loro disapplicazione in relazione a *singoli casi concreti*, come effetto del bilanciamento fra esigenze di sicurezza collettiva e tutela dei diritti individuali.

dallo stesso diritto internazionale generale. Basti pensare che l'intervento in Jugoslavia ha sicuramente ecceduto i limiti di necessità e di proporzionalità, previsti da tale ordinamento per l'adozione di azioni armate⁴⁹; e basti pensare, inoltre, che l'intervento in Irak risulta pacificamente qualificato come un atto di aggressione⁵⁰.

Ciò premesso, analogie notevoli sono destinate ad emergere fra le vicende del sistema di sicurezza collettiva e le misure sanzionatorie adottate in sede ONU nei confronti di individui (o gruppi di individui) sospetti di atti terroristici, se si considera che dette misure, oltre a rivelarsi *devianti* rispetto al modello sanzionatorio interstatale ricavabile dal capitolo VII della Carta, appaiono *oggettivamente* - ed anche *direttamente illecite*, dal punto di vista delle norme internazionali sui diritti dell'uomo. E' di tutta evidenza, infatti, che in questa duplice circostanza tendono a riflettersi proprio i caratteri di fondo, or ora ricordati, dell'evoluzione più recente del modello di gestione dell'uso della forza nei rapporti fra Stati.

Quanto appena osservato non pare peraltro idoneo a suscitare particolare stupore, ove si ritenga che la suddetta azione sanzionatoria sia collocabile *al di fuori* del sistema delle Nazioni Unite, data la sua *radicale* incompatibilità con i caratteri di fondo del suddetto sistema⁵¹. In un quadro di tal genere, la circostanza che essa (azione) dia corpo a compressioni illecite di diritti garantiti da norme internazionali sui diritti dell'uomo si configurerebbe infatti come una sorta di *pendant* rispetto ai gravi e manifesti caratteri di illiceità che hanno contraddistinto la gestione *unilaterale* della forza armata, particolarmente nel caso dell'Irak.

Un maggiore interesse presenta invece l'indicata analogia, se si ritiene che la prassi contro il terrorismo, ancorché deviante rispetto al cap. VII, risulti tuttavia ugualmente riconducibile al sistema della Carta, poiché configurabile, ad esempio, come espressione di una consuetudine modificativa della Carta stessa⁵². E' evidente infatti che in quest'ottica, le suddette compressioni verrebbero a prodursi, *malgrado* il carattere *multilaterale* attribuibile alla prassi del Consiglio e del Comitato delle sanzioni. Il che significherebbe, dunque, che tale prassi risulta internazionalmente illecita, *al pari* di ciò

⁴⁹ Al riguardo, v., per tutti, P. PICONE, *La "guerra del Kosovo" e il diritto internazionale generale*, *Rivista di diritto internazionale*, 2000, p. 309 ss., pp. 347-348 (ora anche in P. PICONE, *Comunità internazionale e obblighi erga omnes*, cit., pp. 437-438).

⁵⁰ V. ancora, anche per ampie indicazioni bibliografiche, P. PICONE, *La guerra contro l'Irak e le degenerazioni dell'unilateralismo*, *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 329 ss., spec., pp. 363-379 (Id., P. PICONE, *Comunità internazionale e obblighi erga omnes*, cit., pp.487-503).

⁵¹ *Supra*, par. 3.

⁵² E' l'opinione sostenuta da B. CONFORTI a proposito del progressivo svolgimento di vere e proprie funzioni di governo di territori da parte del Consiglio di sicurezza (per i riferimenti, v. *supra*, n. 13); opinione, quest'ultima, che potrebbe verosimilmente estendersi anche alla prassi in questione.

che si è verificato nei casi più recenti di uso *unilaterale* della forza armata, pur potendosi continuare a considerarla come espressione dell'azione *istituzionale* dell'organizzazione.

I “criteri” di svolgimento dell’attività amministrativa: vecchie e nuove questioni

di Luigi Buonauro¹

Generalità

[A] LA VICENDA DELLE MANSIONI SUPERIORI NEL PUBBLICO IMPIEGO

[come solidificata nella sentenza n. 1 del 1996 della Corte Costituzionale]

PREMESSA

§ 1.- Pluralità di letture della sentenza 1/96 della Corte Costituzionale

§ 2.- Le motivazioni *a quo* come riassunte nella sentenza

§ 3.- segue: la selezione delle rimessioni

§ 4.- Il percorso logico-giuridico

§ 5.- Alcuni scenari di *solving problems*:

a) Il corpus organico del pubblico impiego

b) La normativa di sanatoria

CONCLUSIONI

[B] IL “MOBBING” TRA ECCESSO DI POTERE E BERUFSVERBOT [SEGUE]

[C] LA FLESSIBILITÀ COME TECNICA E COME VALORE [SEGUE]

¹ Professore aggregato di Diritto amministrativo e Scienze dell’amministrazione, Università Federico II

Generalità

La previsione di "criteri"² che 'reggono' il concreto svolgimento dell'attività amministrativa consente di far rientrare a pieno titolo nel loro ambito³ il problema della flessibilità organizzativa anche nel quadro dell'utilità di " conoscere quale sia l'ambiente socio-politico in cui l'organizzazione si muove "⁴, come esigono il principio democratico e l'assetto burocratico inteso anche come formazione sociale.

Difatti dalle vicissitudini di Monssù TRAVET⁵ degli inizi dell'unificazione amministrativa italiana a quelle del finire del XX secolo⁶ è possibile percepire l'orizzonte sociale e politico del lavoro pubblico costretto a subire " la complessità e per alcuni versi l'ambiguità⁷ in presenza del processo in corso " [i.e. la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego].

Ma, su di un piano più generale, la parabola dell'impiego pubblico da *status* a *forma*⁸ può ben simboleggiare il lungo percorso della visibilità del potere⁹ che costituisce il problema cruciale dei moderni Stati democratici¹⁰.

² Art.1 della legge n.241 del 1990

³ La flessibilità si propone, in realtà, in modo trasversale, perché riconducibile a tutti e quattro ma con diverso spessore: maggiore per l'economicità e la efficacia rispetto alla pubblicità ed alla trasparenza.

⁴ BAUM, *Il decentramento amministrativo come modello e come risultato: una esperienza nordamericana*, in *Amministrare*, 1965, pag.90: la notazione è comune negli studi di scienza dell'amministrazione. Tra gli altri, MOSHER-CIMMINO, *Elementi di scienza dell'amministrazione*, Giuffrè 1959 pag.89 e ss; ETZIONI, *Sociologia dell'organizzazione*, Bologna 1967 pag. 191 e ss. Per la dottrina italiana, già DI BERNARDO, *La pubblica amministrazione e la sociologia*, Torino 1888, secondo il quale "la Pubblica Amministrazione rispecchia il grado di sviluppo della società, perché vive nella società e per la società. Non è possibile farsi un'idea della P.A. di un Paese senza comprenderne le condizioni intellettive, politiche e civili, tra le quali si è formata e fuori delle quali non potrebbe sussistere"(pag. 422).

⁵ V. BERSEZIO, *Le miserie di Monssù Travet*, Torino 1863 ora in Teatro italiano, Laterza, Bari 1945 pag. 155-290

⁶ Come nel gustoso lavoro di G.OLIVIERO, *Il Travet perduto*, Napoli 1994 il quale invita a registrare, preliminarmente, il doppio significato di "perduto": in quello di *smarrimento*, ossia l'incapacità di orientarsi del dipendente pubblico nell'attuale fase di transizione ed in quello di "perdita delle condizioni di arretratezza e di frustrazione".

⁷ Basti pensare a quanto è accaduto con la stabilizzazione di rapporti nati a tempo (assunzioni *ex lege* n. 285 e quelle operate dalle strutture create per fronteggiare l'emergenza terremoto) e con il sostanziale rifiuto dei rapporti part time, mentre si andava predicando con sempre maggiore insistenza l'affidabilità di una "amministrazione per progetti" mentre in opposta direzione sembra marciare la giurisprudenza civile che ha ritenuto ammissibile il pagamento degli onorari agli ingegneri condizionati al finanziamento dell'opera e l'obbligatorietà per l'ingegnere di conformarsi alle prescrizioni dell'ente committente (e degli organi che esercitano un controllo sullo stesso) : in tali sensi la II sezione della Suprema Corte, con sentenza n. 2540 del 21 marzo 1997 (Pres. Patierno e rel. Elefante).

⁸ Il problema del lavoro e la sua differenziazione tra pubblico e privato è, con ogni probabilità, destinato ad affascinare per molto tempo ancora (almeno fino a quando il diritto sarà annoverato tra le scienze umane e sociali) l'orizzonte degli interessi della dottrina e non solo [basti riandare alle vicende degli inizi del XX° secolo: la nascita del socialismo e la crisi dello Stato (liberale)di diritto].

Le due tendenze, quella giuslavoristica che ritiene prevalente il profilo materiale della prestazione di lavoro subordinato e quella amministrativistica che ritiene prevalente il rapporto organico e, cioè, il profilo soggettivo dell'appartenenza alla P.A., colgono, a ben guardare, due verità : quello che varia è la prospettiva, o, meglio, l'orizzonte nel quale si immerge il tipo di speculazione.

Difatti già il **Romagnosi**¹¹ nell'esaminare la struttura del potere pubblico, aveva di fatto già superato il concetto-base del rapporto giuridico¹², dischiudendo, proprio con riferimento al contenuto che tiene legate le risorse umane nell'organizzazione, la prospettiva di una relazione complessa, almeno trilaterale¹³.

La valenza "politica"¹⁴ del rapporto di impiego¹⁵ -sia pubblico che privato- presenta in quello pubblico un connotato più penetrante che va ad aggiungersi ai consueti profili del rapporto organico e di quello di servizio.

In ogni caso entrambe sono necessarie al progresso scientifico dal momento che la scienza, come ci ha magistralmente insegnato il **VICO**, procede agendo e reagendo, tra conservazione e trasformazione in un processo continuo, parallelo al progredire della storia dell'uomo, che costituisce la risultante di tante scelte dei diversi cultori e scienziati.

Il legislatore, si sa, non fa scienza, ma, risolvendo problemi pratici [**Jhering**], senza alcun dubbio, quanto meno, produce materia oggetto di scienza.

La prospettiva da *status a forma* potrebbe, se non risolvere, almeno comporre, in armonica complementarietà i contributi della diverse tendenze sulla base del comune riconoscimento della **storicità** del diritto e dei suoi valori fondamentali, tra i quali il lavoro si iscrive con forza, anche prescindendo dal riconoscimento costituzionale (art.1 Cost. : il lavoro come **fondamento** della repubblica)

⁹ Già presente nel diritto privato attraverso la distinzione tra **titolarità** ed **esercizio** delle concrete situazioni giuridiche di vantaggio : nel diritto pubblico si rispecchia nella coppia concettuale **autonomia** ed **autarchia**.

¹⁰ Il tema imposto all'attenzione da **BOBBIO**, *La democrazia ed il potere invisibile*, in Riv. it. di Scienza politica, 1980 n. 2 pag. 181 e ss. è stato autorevolmente accolto da **BARILE**, *Democrazia e segreto* in Quaderni costituzionali, 1987 n. 1, pag. 29 e ss. : ad esso ha dedicato un intero numero monografico il **Centro studi e iniziative per la riforma dello stato**, *Il segreto di Stato*, Supplemento al numero 5-6, settembre-dicembre 1990.

Il richiamo in questa sede risulta funzionale al riconoscimento del ruolo di effettivo snodo che *nei sistemi democratici* (ed a maggior ragione in quelli *a sovranità popolare*) viene ad assumere il problema della visibilità del potere, dal momento che condiziona tutte le libertà il cui esercizio richiede preliminarmente la conoscenza dell'esercizio del potere in concreto.

¹¹ "Postochè l'autorità del pubblico magistrato è una emanazione legittima della sovranità, e l'esercizio della medesima considerarsi si deve come l'azione stessa del governo spiegata col mezzo della persona da lui delegata, sempre però soggetta alle leggi, ne nasce la conseguenza che il detto magistrato o funzionario sostiene tre relazioni contemporanee : verso il sovrano...verso gli amministrati...verso ogni altro funzionario..." , così in *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, III ed. Prato 1935, Libro I, capo II §. 8 pag. 9 : laddove la vera novità consiste nell'appuntare l'attenzione sull'ultima relazione che, a sua volta, fa intravedere non solo una complessità quantitativa ma pone in risalto la necessità di sondare l'elemento strutturale come un insieme, o, come si usa dire oggi, un *sistema complesso*.

¹² Derivato diretto e consequenziale dell'impostazione illuministica fondata sulla contrapposizione della libertà di ogni singolo alla forza legittima (perché risultante delle libertà dei singoli fuse nel **patto sociale**) dello Stato.

¹³ In dottrina, di fronte soprattutto al fenomeno emergente del diritto comunitario, si va attualmente facendo strada, da una parte il ricorso ai cd. modelli strategici dalla struttura complessa perché " sono dei modelli giuridici interni al diritto-società, la cui funzione principale consiste nell'utilizzare l'identità del diritto per sviluppare criteri idonei a trasformarlo" così **TEUBNER**, *Il trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in *Politica del diritto* n. 1 marzo 1987 pag. 85 e ss. e, dall'altro, la necessità di una approfondita (ri)meditazione delle posizioni soggettive, come prospetta acutamente **BIAGINI**, *Dalle posizioni soggettive unidimensionali alle posizioni soggettive tridimensionali*, in *Il cons. di Stato*, 1995, parte II, pag. 373 e ss.

¹⁴ Senza appiattirsi sull'affermazione costituzionale del lavoro come fondamento della Repubblica [che potrebbe aver avuto un effetto boomerang nel contesto del filo della prospettiva in esame], sembra preferibile accostare la tendenza (da cui, in particolare, anche prende le mosse il libro di Oliviero) alla privatizzazione del rapporto di impiego pubblico con l'opposto movimento del periodo fascista (richiamando il ricordo della certamente inquietante vicenda personale e culturale di Bottai allontanato dal Ministero delle Corporazioni all'indomani del 2° Convegno di studi sull'ordinamento corporativo del 5 maggio 1932 a Ferrara) e registrare l'attuale tendenza alla "fuga" verso le autorità indipendenti per avvertire la forza di tale energia sociale considerata sotto l'angolo visuale del "politico".

¹⁵ Già a cominciare dalla contrapposizione tra lavoro operaio e lavoro impiegatizio : sul punto cfr. **BARASSI**, *Il diritto del lavoro*, Milano 1957 pag. 500 e ss. per il quale " questo binomio, che avrebbe la pretesa di esaurire il

Difatti all'interno del profilo soggettivo è dato intravedere una complessa rete di relazioni dialettiche e dilemmatiche, quali la doppia titolarità (del potere pubblico e della qualità di cittadinanza/utenza), la doppia strumentalità (rispetto all'organo-ente e rispetto alla comunità) ed, infine, la posizione di scambio vero e proprio di potere, a cominciare dalla posizione di soggezione rispetto all'ordinamento e di preminenza rispetto ai cittadini.

Non meno complessa appare l'analisi del profilo oggettivo nel quale il rilievo estrinseco e formale di centro di competenze (anche meramente strumentali) non riesce a dissimulare in modo completo la posizione cruciale che occupa tra lo svolgersi del potere e l'impatto sociale del medesimo: il che equivale a riconoscere al pubblico dipendente il ruolo di interlocutore della doppia fiducia dei governanti e dei governati.

Tutto ciò, a ben guardare, potrebbe risultare già sufficiente per delineare in modo chiaro e puntuale la valenza politica: essa può consistere, perciò, nel risaltare la "posizione"¹⁶ del lavoratore pubblico nel gioco¹⁷ dell'amministrazione.

In un tale quadro di riferimento la flessibilità organizzativa acquista una rilevante pregnanza per decodificare, specialmente in presenza di crisi, il comportamento dei pubblici dipendenti e, come proposto dal Dipartimento per la funzione pubblica attraverso il "Codice di condotta"¹⁸, per evidenziare come l'appiattimento sulla natura disciplinare o al massimo mista¹⁹, potrebbe vanificare la ghiotta opportunità di affrontare, proprio in

mondo dei lavoratori subordinati, risponde a un'oscura tendenza della nostra coscienza, che distingue tra chi lavora allo scrittoio e chi lavora presso le macchine".

¹⁶ La rilevanza assunta, a partire dagli anni '50 - immediatamente dopo il (o, proprio a seguito ?, del) testo unico del 1957-, sulla scena degli attori politico-sociali (ed il riconoscimento come "forza sociale") dalla sindacalizzazione nel pubblico impiego e dalla pedissequa contrattazione annovera una letteratura sterminata ed una unanimità di consensi addirittura ineguagliabile: tale rilevanza può, tuttavia, acquistare un ulteriore sapore quando venga accompagnato dal ricordo del monito dei rivoluzionari francesi circa la proibizione delle associazioni professionali.

¹⁷ Si deve al **CROZIER**, *Perché il gioco è una metafora più utile nella ricerca sull'organizzazione*, Pubblicazione del FORMEZ, l'aver messo in luce una siffatta prospettiva nello studio delle organizzazioni e, segnatamente, di quelle pubbliche.

Appare opportuno, a questo punto, insinuare appena il sospetto di poter cogliere una ben più articolata valenza inclusa nel principio costituzionale di cui all'art. 98 Cost., dal momento che il riferimento "al servizio esclusivo della Nazione" non può essere schiacciato tra un contenuto minimale teso a ribadire l'abolizione della schiavitù (lettura in chiave squisitamente politica) ed il divieto dell'interesse privato (peraltro già efficacemente contenuto nelle disposizioni di carattere disciplinare e penale)

¹⁸ Sulle vicende del Codice sarebbe necessaria una compiuta analisi delle risultanze dell'ampio dibattito che il Ministero aveva sollecitato e ricercato attraverso la presentazione della Proposta sia alle stesse Pubbliche amministrazioni, che alle Università ed all'opinione pubblica.

¹⁹ **OLIVIERO**, op.cit. mette particolarmente a fuoco "la scelta di sintetizzare l'approccio etico e quello disciplinare, prevedendo direttive e canoni di comportamento accanto ad obblighi e divieti specifici, e che la opzione per la natura disciplinare non implica rifiuto dell'idea del codice etico" (pag. 79).

tale occasione, una tematica²⁰ ben più generale e con più affinate (proprio dalla prospettiva della privatizzazione) sensibilità in un quadro rivisitato del lavoro pubblico.

La constatazione della identità del contenuto materiale con il lavoro privato finisce con il risultare di una ovvietà che, se a prima vista si propone quasi disarmante, ad un esame neanche troppo approfondito diventa addirittura fuorviante²¹.

Ma, pur rimanendo nell'ambito del contenuto materiale del lavoro pubblico, va subito appuntata l'attenzione sul fattore "tempo": troppo trascurato nella disamina del rapporto pubblico e, soprattutto, non apprezzato compiutamente nelle sue tanto variegata implicazioni²².

Esso, viceversa, potrebbe consentire di esplorare più approfonditamente la piena valenza del lavoro pubblico a cominciare proprio da quella "politica"²³.

Tale fattore, pur essenziale per la storia del singolo uomo, assume indubbi e precipui connotati per le "strutture" in genere, proprio per l'immediato collegamento con fini esistenziali diversificati (quanto agli agenti) e più complessi (in riferimento alla comunità dei consociati).

La particolare qualificazione "a tempo indeterminato" è stata in dottrina²⁴ sottoposta ad una penetrante critica, una volta posta in evidenza la conseguente differenziazione²⁵, non essendo connaturale al rapporto di impiego in generale la

²⁰ A cominciare dal capovolgimento della prospettiva consueta di studio del rapporto di pubblico impiego : l'immagine che il pubblico dipendente si fa del "suo" rapporto e dell'amministrazione potrebbe meglio veicolare l'immagine della struttura presso i consociati con la conseguenza di accrescere le possibilità di "gioco".

²¹In quanto porterebbe a risultati analoghi a quelli derivati dall'isonomia nella democrazia liberale e cioè un cittadino solo astrattamente ugualitario in uno Stato indifferente ed agnostico perché altrettanto astratto: l'uguaglianza degli uomini davanti al lavoro risulterebbe una mera semplificazione del problema senza indagare sui problemi della effettiva crisi e, di conseguenza, senza approntare i rimedi necessari e, soprattutto, adeguati : difatti proprio nei periodi di crisi o, come si usa dire, di transizione (che, nei sistemi democratici risultano fisiologici ed equivalenti) l'intervento attraverso misure strutturali si presenta più complesso e difficoltoso.

²² La prevedibilità del *part-time* nel lavoro pubblico come elemento più appariscente di flessibilità apre sullo scenario ancora da esplorare della distinzione tra attività politica ed attività burocratica ora assestata sull'equilibrio instabile tra decisione/posizione del fine e conseguente controllo da un lato ed esecuzione dall'altro.

²³ Si trascura, in questa sede, di approfondire la considerazione circa la "sicurezza del posto di lavoro" che va, invece, ricompresa, insieme alla impossibilità di appiattire unicamente come costi sia i salari che gli stipendi del lavoro pubblico, nella valenza politica, della quale già sono state indicate altre manifestazioni *supra* sub nota 5. La descrizione analitica di tale elemento è efficacemente esposta da **FRANCHINI STAPPO**, *L'organizzazione come struttura di potere*, Padova CEDAM 1982 pag. 77

²⁴ Sul punto sembra interessante fermare il fotogramma analizzato con estrema acutezza nel momento della transizione verso l'ordine corporativo dal **VENDITTI**, *L'impiego nell'ordine corporativo*, Napoli 1936, proprio per l'analogo delicato momento di transizione che **OLIVIERO** tenta di fermare con la sua opera.

²⁵ La cui fondamentale importanza è stata anticipata (*sub nota 5*) : difatti va registrato che "Il rapporto di impiego resta nella sua obiettività giuridica *naturalmente* indeterminato, mentre nel rapporto di lavoro in senso stretto, l'ordinamento corporativo corregge tale naturale atteggiamento per assicurare al lavoratore e alla economia una costante aderenza fra i risultati del lavoro e dell'impresa, imponendo al contratto collettivo la determinazione del termine *finale*, all'uopo qualificato elemento essenziale di validità : in guisa che che a una continuità di prestazione non corrisponde una immutabilità di condizioni "così, **Venditti**, op. cit. pag. 79.

previsione di un termine²⁶, salvo l'obbligo del preavviso in caso di licenziamento, posto a tutela del lavoratore²⁷.

La ragione di tale connotato può essere rinvenuta nella rilevanza generale che riveste la finalità ultima del lavoro sia colta lungo la dorsale dell'interesse generale alla produzione sia di quella più propriamente pubblicistica collegata alla indefettibilità²⁸ della funzione amministrativa in particolare : difatti nello stesso connotato si rileva di palmare evidenza la connessione con il raggiungimento degli obiettivi dell'apparato dei pubblici poteri.

Tale collegamento finalistico obbliga, per così dire, a riesaminare l'elemento contenutistico che, anche sul piano estrinseco e formale, evidenzia la peculiarità del lavoro pubblico e cioè la natura *lato sensu* provvedimento²⁹ - perchè, comunque, in ogni caso riconducibile alla emissione di un provvedimento - dell'attività dei pubblici apparati.

L'aspetto formale predeterminato dalla norma ed il contenuto materiale pur sempre ad esso collegato risultano in netta antitesi alla "libertà" che deve caratterizzare l'iniziativa economica dei privati.

Tanto può servire alla distinzione tra pubblico e privato : assegnando a questo lo spazio della libertà intesa come quadro finalistico³⁰ nel quale va normalmente ad

²⁶ E, conseguentemente "il sistema giuridico si rifiuta di ammettere come regola un frazionamento meccanico ed artificiale, ravvisando, invece, coerente agli interessi soggettivi di entrambi e a quello oggettivo della economia una disciplina normale del rapporto di impiego idonea a consolidare, fuor dei casi in cui la specialità del rapporto ne giustifichi la scadenza, la naturale continuità di esso" : Venditti, op. cit. pag. 80 : si potrebbe, altresì, richiamare l'immagine globalizzante resa dall'individuazione della "iniziativa" (art. 41 Cost,) che rende in modo plastico la proiezione nel campo dell'economia del principio personalistico a base della nostra Carta costituzionale.

²⁷ La *ratio* di tale previsione unitamente al "dovere del pagamento della relativa indennità a carico di entrambi i contraenti, con i quali quel diritto è stato legislativamente accompagnato, sta a ribadire la naturale continuità del rapporto" :Venditti, op. cit. 81

²⁸ Tale caratteristica differenzia il potere (di esecuzione e di governo) affidato (o conquistato d) alla struttura della P.A. : gli altri poteri abbisognano di *inputs* tipici e nominati (rispettivamente: iniziativa legislativa e citazione/ rinvio a giudizio).

Analogamente per quanto attiene al regime dell'attività, a differenza degli altri poteri, solo una parte (e, segnatamente, la residuale attività autoritativa) soggiace alle caratteristiche della tipicità e nominatività, ma come limite alla **discrezionalità** che costituisce il **modo ordinario per il raggiungimento degli obiettivi** assegnati dalla legge per soddisfare i bisogni che la comunità evidenzia (e per come la struttura li percepisce)

²⁹ Come noto, sia il silenzio che l'inerzia finiscono per costituire pur sempre un modo implicito di agire (si fa riferimento, perciò, anche al cd. provvedimento implicito) anche nei casi di "deregulation" quali quelli canonizzati dagli artt. 19 e 20 della legge sul procedimento (n. 241/90)

³⁰ Dove, cioè, impera l'idea dell'*homo faber*, nel senso che si è sempre in presenza di una successione dialettica e causale tra l'attività dell'uomo ed il progredire tecnologico : nel pubblico, in definitiva, vi è solo l'obbligo della solidarietà come vincolo al disegno dello sviluppo della comunità.

inserirsi il lavoro privato³¹ ed a quello l'approntamento strutturale per salvaguardare e promuovere nella società le condizioni di permanenza e di continuo sviluppo della libertà.

Ma vi è di più: la logica economica, che risulta essere carattere unico³² ed esclusivo³³ del lavoro privato, indubbiamente può rivestire solamente quello di un mero "criterio"³⁴ di valutazione e di controllo dell'attività amministrativa (ex art. 1 della L. 241/90) in concorrenza con altri³⁵ e sempre subordinato al raggiungimento delle finalità poste dalla specifica normativa nel quadro dell'ordinamento complessivo³⁶.

Difatti proprio ed esclusivamente dal provvedimento è consentito risalire al tipo di "lavoratore"³⁷ e solo e sempre *sub specie* dell'accertamento della legittimità con eventuali ulteriori risvolti rispetto alla responsabilità: questo stabilisce, per così dire, una

³¹ Ovviamente gli obblighi convenzionali e pattizi sono pur sempre espressione della libertà dell'individuo, ancorché possano materialmente consistere in comportamenti dovuti: nel diritto pubblico, invece, l'unica vera libertà consiste nel disegnare e proporre ai cittadini il modo di sviluppo che si intende realizzare.

³² Differenziandosi la logica economica da quella giuridica per la esistenza di una serie di condizionamenti tecnici e di pregiudizialità che costituiscono un sistema ordinamentale che, per brevità, viene indicato come **mercato**.

³³ Tali caratteri vengono in emersione sia attraverso la controllabilità di parametri strettamente tecnici (*rectius*, di tecnica economica) sia, soprattutto, attraverso la previsione della sanzione "finale" (la procedura estinzione per fallimento) della struttura predisposta per la produzione nel caso di insolvenza: conseguenza irrisoria per le strutture pubbliche - per le quali l'**esclusività** riguarda l'approntamento e la risposta delle strutture (art. 98 della Cost.: "**servizio esclusivo della Nazione**") - che risultano chiamate a indicare e perseguire politiche pubbliche finalizzate alla costruzione dello sviluppo e del miglioramento della qualità della vita [sul punto, la vicenda di questi giorni che ha stravolto l'Albania risulta estremamente illuminante!].

Ciò sta a dimostrare come l'appartenenza del diritto alle scienze umane derivi dal fatto che il suo collegamento con la società non è soltanto un mero meccanismo, una struttura o peggio, una sovrastruttura rispetto alla stessa, bensì esso (il diritto) finisce per costituire un **particolare modo di essere della società** o, se si preferisce accentuare la prospettiva sociologica, **un modo di stare insieme degli uomini**.

I **fatti** della società si presentano, in definitiva, come l'origine e lo scopo del diritto: il che può equivalere ad individuare nello stesso diritto una particolare traduzione o uno specifico modo di presentare/*si de*/gli stessi fatti.

³⁴ La cui inosservanza apre il fondamentale problema della produzione degli atti (e, adesso, anche del comportamento) non in linea con la previsione legislativa: tema che merita qualche messa a punto, salvo il rinvio ad una necessaria ed ormai indilazionabile rivisitazione che la dottrina amministrativistica sta faticosamente costruendo.

La costruzione in chiave "patologica", frutto dell'influsso della pandettistica, ha condizionato -pur con indubbi meriti- lo svolgersi della vicenda storica del diritto amministrativo nel nostro Paese, soprattutto attraverso la posizione strutturale ed il ruolo cd. pretorio della giurisprudenza: entrambi entrati in crisi (come risulta dalla Proposta della Commissione bilaterale) probabilmente per la inconscia comparazione con il processo realizzato e, soprattutto, con i risultati raggiunti dall'ordinamento comunitario (il quale era partito, però, come noto, da diverse coordinate ideologiche e funzionali, a cominciare proprio dal ruolo trainante di "valore" assegnato al cd. *aquis communautaire*).

Sul punto non può essere sottaciuta la diversa costruzione di una dottrina rimasta minoritaria (**Gasparri**) che ha preferito impostare il tema dell'invalidità *sub specie* di "disfunzioni dell'attività amministrativa" senza dubbio più rispondente ma troppo anticipatrice per quei tempi, anche se il seme della costituzione materiale era già stato sotterrato dal Mortati.

³⁵ Vale la pena solo insinuare il sospetto che l'elencazione sia esemplificativa e non tassativa in considerazione della vocazione di legge di principi (come indica il titolo del Capo) e dalla impossibilità logica di disegnare tutti gli scenari possibili nei quali la P.A. è destinata a muoversi in un contesto sociale in continua evoluzione.

³⁶ Di qui si potrebbe, su altro piano (in aggiunta a quanto già intravisto *supra su* nota 26), dipanare il problema della discrezionalità e, soprattutto, del suo collegamento con la vitalità della struttura pubblica intesa come formazione sociale immersa (e parte) della comunità dei consociati e la possibile dissociazione tra legittimità e mera legalità dell'azione amministrativa.

³⁷ In quanto produttore/estensore del provvedimento.

scala nella graduazione³⁸ dei valori³⁹ ai quali in concreto parametrare il controllo sul comportamento dei "lavoratori pubblici".

In siffatta scala l'anello debole era da sempre rappresentato dalla valutazione interna del comportamento del pubblico impiegato, sospesa tra una improbabile e non sempre efficace esplicazione del potere disciplinare, costruito come prodotto di una retribuzione "supremazia speciale"⁴⁰ non meglio identificata, e la pedissequa irrorazione di sanzioni (e, particolarmente, quelle più gravi) collegate a pronunce del giudice penale, chiamato in ogni caso ad applicare norme dettate ed ispirate ad esigenze dell'ordinamento generale, con il risultato di registrare la difficoltosa percepibilità delle esigenze più peculiari degli "attori organizzativi" (sia della P.A. e del dipendente pubblico da una parte e sia della comunità destinataria dall'altra).

In altri termini nel *continuum* "eccesso di potere - sanzioni disciplinari - evidenziazione di fattispecie criminose" l'elemento centrale assumeva un ruolo decisamente recessivo (se non proprio sintomatico di impotenza), quando non addirittura ondivago od indecifrabile (d/all' esterno, con conseguenze ovviamente negative sull'immagine della struttura/istituzione.

Si spalanca, perciò, una prospettiva d'indagine carica di grande interesse : sperimentare, cioè, la praticabilità di un percorso che consenta di inserire l'intervento ministeriale in tale circuito e, se possibile, nel punto debole appena indicato.

Il codice di comportamento potrebbe segnare, appunto, lo scrinio (o, se si preferisce, la soglia) tra il controllo dell'atto e quello sul comportamento del dipendente

³⁸ La **storicità** del diritto da un lato e la sua appartenenza alle scienze umane consentono di cogliere nell'azione dei poteri pubblici il valore del cd. "**gradualismo**" inteso come un particolare metodo che consente un continuo controllo/verifica con il raggiungimento dei fini che la società assegna alle strutture predisposte dall'ordinamento giuridico.

³⁹ Il mancato raggiungimento dell'interesse pubblico fa scattare l'accertamento del raggiungimento del mezzo-fine della legalità, nel senso che il raggiungimento della finalità potrebbe far venire meno l'interesse alla mera osservanza della legge (ad esclusione dell'attività giurisdizionale), come dimostrano alcuni istituti di carattere generale quali la discrezionalità dell'annullamento d'ufficio da un lato e la reviviscenza, all'estremo opposto, dell'annullamento governativo (art. 6 T.U. L. Com. e Prov. del 1934 lasciato in vita espressamente dal nuovo ordinamento delle autonomie locali di cui alla L.142 del 1990) dall'altro.

⁴⁰ Sul punto la dottrina giuslavoristica non ha mancato di far subito (praticamente all'indomani del D.Lvo n.29 del 1993) registrare l'emarginazione del principio di supremazia speciale nella gestione dello stesso" pur non nascondendosi, d'altro canto, l'importanza del "test di compatibilità con la specialità del rapporto" ed il timore non remoto del "rischio di riprodurre l'eguale nel diseguale": cfr., per tutti, **CARINCI**, La privatizzazione del rapporto di lavoro, in La riforma del pubblico impiego, Inserto di Diritto & Pratica del lavoro n. 15/1993 pagg. XXVIII e ss.

A tali preoccupazioni va aggiunta la considerazione che il problema della specialità possa riemergere in modo ancora emblematicamente cruciale della differenziazione tra lavoro pubblico e privato attraverso il riferimento ad un contenuto specifico (che potrebbe sostanziare una diversa forma di specialità, della supremazia o di *altro*) collegabile da una parte ai caratteri (a cominciare proprio dalla tipicità e nominatività dei singoli provvedimenti) del "prodotto" del cd. "lavoro amministrativo" e, dall'altro, dipendente dalle politiche pubbliche e dalla determinazione del "costo" normalmente dimensionato non direttamente dal mercato ma dalla complessiva politica del bilancio dello Stato.

ed in definitiva il passaggio dalla illegittimità dell'atto alla illiceità della condotta del pubblico dipendente.

La risposta affermativa può raggiungersi facendo leva sul contenuto del "codice" al fine di coglierne una doppia valenza⁴¹ : infatti, dovrebbe potere, da una parte, costituire la fonte della tipicità delle fattispecie assoggettabili alla responsabilità disciplinare e, dall'altra parte, poter assumere le caratteristiche di una sorta di canone ermeneutico per la valutazione dello specifico amministrativo da parte del giudice ordinario⁴².

La presente indagine parte dalla considerazione che la flessibilità possa essere interpretata come una particolare forma di crisi organizzativa e che, perciò, abbisogna di essere decodificata mediante il ricorso alle tecniche approntate dagli appositi studi.

Difatti il tema delle mansioni superiori e quello del mobbing descrivono la direzione (rispettivamente verso l'alto e verso il basso) della torsione che l'elasticità delle strutture riesce ad evidenziare rispetto alle istanze innovative.

Di conseguenza, il problema della flessibilità del lavoro pubblico può essere riguardata come fenomeno esclusivamente organizzativo che attiene alle strutture ed alla loro capacità di raggiungere il fine fissato dalla norma, risolvendosi nella ricerca di uno strumento ordinamentale che consenta alla legge di superare la gessatura delle strutture create dall'attività organizzativa.

⁴¹ Che potrebbero costituire il contenuto e la matrice del modello proprio perché, a seguire **TEUBNER**, op. cit. pag. 90, "l'*experimentum crucis* si verifica solo quando ritornano nella realtà sociale".

⁴² L'art.1 n.1 sembra fin dal piano letterale confermare la praticabilità di una siffatta ipotesi congetturale quando espressamente si autoidentifica come "specificazioni esemplificative".

[A]La vicenda delle mansioni superiori nel pubblico impiego
[come solidificata nella sentenza n.1del 1996 della Corte Costituzionale]

PREMESSA

§ 1.- Pluralità di letture della sentenza 1/96 della Corte Costituzionale

§ 2.- Le motivazioni *a quo* come riassunte nella sentenza

§ 3.- segue: la selezione delle rimessioni

§ 4.- Il percorso logico-giuridico

§ 5.- Alcuni scenari di *solving problems*:

a) Il corpus organico del pubblico impiego

b) La normativa di sanatoria

CONCLUSIONI

PREMESSA - Non risulta frequente che in una pronuncia la Corte costituzionale abbia dovuto affrontare tanto scopertamente il tema dell'impiego pubblico in correlazione ad uno scontro tra poteri dissimulato da uno scontro fra fonti-poteri su di un terreno altamente minato quale quello dell'organizzazione (e, *rectius*, dell'autoorganizzazione) dei poteri pubblici con dirette ed immediate ripercussioni sul rapporto Stato-autonomie locali.

Ancor meno risulta trattato un profilo della legislazione cd. in sanatoria più prossimo, quanto al contenuto concreto, al regime degli atti amministrativi che non a quello delle proposizioni normative, con la conseguenza traumatica di sottrarre alla giurisdizione il giudizio sulla responsabilità - corrispondente ad ogni espressione di potere- mediante il consueto esercizio di inquadramento della fattispecie concreta in quella prevista dalla norma da applicare.

Più in generale siaffaccia la necessità di sperimentare *in corpore* l'operatività di nuovi valori (quale la trasparenza) e nuovi criteri (a cominciare dalla economicità) che innervano i vecchi paradigmi (come il buon andamento) senza affrontare a viso aperto lo spettro, accuratamente non nominato neppure, ma, pur tuttavia, sempre incumbente, della stabilizzazione di un accettabile rapporto tra il diritto amministrativo e la scienza dell'amministrazione.

La coincidenza dei temi, però, è meno casuale di quanto possa apparire solo che si ponga mente alla cifra di ordine tecnico-politico che evidenzia siffatti temi in punti nevralgici ed altrettanto misteriosi del diritto amministrativo teso, da sempre nei sistemi

democratici, a rendere sempre più visibile il potere, sempre al fine di assoggettarlo all'imperativo fondamentale della corrispondenza del potere alla responsabilità (art. 28 Cost.).

In particolare, il dispiegamento dell'organizzazione - che costituisce l'aspetto più epidermico di tale visibilità- tende a ricoprire un ruolo assolutamente strategico in un ordinamento, come il nostro, che, pur assumendo come scopo finale "il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese" (art. 3 Cost.), offre punti di osservazione della materia organizzativa esclusivamente in chiave strumentale senza predeterminare scenari finali dal momento che, in un sistema democratico, l'obiettivo finale non può che essere quello di "una società libera e democratica" che si va affermando attraverso l'adozione, nei Paesi di cultura occidentale, della cd. Carta dei diritti e delle libertà (a cominciare dalla canadese *Charter of rights and freedoms*).

§1.-PLURALITÀ DI LETTURE DELLA SENTENZA 1/96 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

La sentenza in esame ha dichiarato la illegittimità di una formulazione normativa (art. 3, comma 6 bis) inclusa nella legge per la finanza locale del 1994 (L. 28/10/1994 n. 596) che sanciva la validità ed efficacia dei provvedimenti di trattamento del personale in difformità del d.P.R. n. 347 del 1983 adottati prima del 31 agosto 1993.

Il problema così come affrontato e risolto dalla Corte si presta a molteplici tipi di letture e, segnatamente, in primo luogo quella riflettente i nuovi e particolari rapporti circolanti nell'interno del sistema delle fonti, in relazione ad una materia, il pubblico impiego, che, allo stato attuale, risulta investito da un radicale processo di trasformazione non ancora esaurito; in secondo luogo, il ragionamento della Corte contribuisce, pur con qualche dubbio, a mettere a fuoco un atteggiamento più avvertito del giudice costituzionale rispetto ad un tipo di legislazione (cd. " leggi di sanatoria") con rilevante originalità di caratteri; ed, infine, il giudice delle leggi lambisce in modo estremamente significativo anche il piano dei rapporti dello Stato con le autonomie locali, colti anch'essi in una fase altrettanto calda e di transizione dopo la entrata in vigore del nuovo ordinamento delle autonomie locali (L.142/1990).

Sul piano delle fonti, la questione esaminata, come posto subito in risalto dal contributo della dottrina⁴³, incrocia con molto vigore il problema della “*interferenza della norma legislativa in un settore delegificato, verificandosi una delle ipotesi di inevitabile e frequente integrazione e/o contraddizione fra i diversi livelli normativi*”.

In tale ottica il problema assume particolare evidenza data la natura della legge (cd. Misure urgenti per la finanza locale) che introduce, altresì, la necessità di una approfondita verifica della utilizzabilità di un tale schema ai fini dell’attuazione dell’art. 119 Cost., in tema di armonizzazione della finanza locale con quella statale.

Per quanto attiene al secondo ordine di problemi, va subito avvertito che l’esigenza definitoria presenta uno spessore notevole e, a quanto sembra, di indubbia originalità perchè propone la ricerca della individuazione dei tratti caratterizzanti la legislazione cd. di sanatoria⁴⁴, la cui utilizzabilità rischia di travalicare i limiti di una portata particolare in un sistema di rapporti tra norme sempre più complesso.

Infatti sembra prioritario, per questo ordine di problemi, l’esame della portata di siffatta locuzione⁴⁵ sia in riferimento al procedimento legislativo sia al principio generale generale del diritto amministrativo, senza rinunciare a sperimentare l’utilità della analisi di tipo differenziale degli effetti nei due diversi campi.

Infine, a complicare il quadro, l’impatto violento con due profili dilemmatici collegati al principio autonomistico: quello del rapporto Stato- Regioni- Enti locali e quello, ancora di contesa -anche se non apertamente contestata- attribuzione, riferibile al sempre più decisivo potere di (auto)organizzazione, divenuto determinante per l’economicità dell’attività di tutte le persone giuridiche pubbliche.

A valle di tali letture sono facilmente visibili i resti (ivi compresi, purtroppo, anche i più preoccupanti fantasmi delle omissioni) che la sentenza lascia dietro di sé, senza una apparente immediata soluzione, ma che, pur tuttavia, ne sono investite di riflesso.

⁴³ Il riferimento è alla tempestiva serie di spunti di **COCOZZA**, *Brevi riflessioni sull’ordinanza 7 dicembre 1994 n. 360 della Corte dei Conti che solleva la questione di legittimità costituzionale nei confronti dell’art. 3 comma 6 bis della legge 596 del 1994*, in *Rivista amministrativa*, n. 10 pag. e ss.

⁴⁴ Il tema più ampio della *convalescenza* degli atti viziati appartiene alla teoria generale del diritto (risalente già al diritto romano), sviluppandosi prima in riferimento agli atti di autonomia privata per poi transitare a quelli processuali ed infine a quelli amministrativi, rispetto ai quali la dottrina dominante ha precisato come “ l’istituto generale della sanatoria non possa essere identificato con atti particolari, ma con gli effetti, addirittura con i risultati materiali prodotti da certi atti “[M.S. **GIANNINI**, *Diritto amministrativo*, Milano 1970 pag. 1049]. Per la differenza tra legge di sanatoria e legge di condono cfr. **TARCHI**, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano 1990, pag. 328 ed in particolare la bibliografia citata alla nota (47).

⁴⁵ La cui univocità sembra riferibile al rapporto con la situazione concreta e, di conseguenza, a tutta l’attività della P.A. in quanto volta a regolare “affari” ed in modo peculiare interessi pretensivi, cui può essere assimilata quella parte rivolta alla ottimizzazione del dispiegamento della funzione tipica ed originale degli altri poteri.

Innanzitutto, proprio sul piano contenutistico rimane insoluto il problema della organicità della disciplina del pubblico impiego, nonché la puntualizzazione di alcuni caratteri dell'organizzazione amministrativa in generale senza dimenticare la nozione stessa di buon andamento ed un primo identikit giurisprudenziale della trasparenza⁴⁶.

L'impatto recente nell'ordinamento della disciplina introdotta dalla L. 241 del 1990 ha aperto una problematica prospettiva proprio nella esplicazione dell'attività amministrativa con eslicito riflesso sul comportamento non solo dei soggetti pubblici, bensì anche dei privati (cittadini), con la ulteriore implicazione del diverso ruolo che, ad esempio, " all'interno di un'amministrazione completamente partecipata il principio di buona fede troverebbe così un'ancora più vasta applicazione, anche se questa volta, per così dire, a danno del cittadino"⁴⁷

In particolare sembra utile non solo evidenziare la nuova profilatura di alcuni problemi riconducibili ai profili sopra accennati, ma, sopra tutto, tentare di individuare alcuni scenari problematici che possano illuminare un necessario quanto urgente intervento da parte dei diversi operatori del diritto⁴⁸.

⁴⁶ Tale valore sembra vada assumendo sempre più una valenza di rango costituzionale anche a seguito della espressa positivizzazione del principio di legalità operata dalla L. 241 del 1990: in altri termini il riconoscimento della immanenza, ad onta del silenzio costituzionale, del principio di legalità sembra trasferirsi pari pari al valore della trasparenza facendo intuire una progressione dallo Stato di diritto (in cui era indispensabile l'affermazione di quel principio) a quello *democratico* nel quale il valore immanente della trasparenza è altrettanto indispensabile per consentire un avvertito esercizio della sovranità da parte del popolo.

⁴⁷ E' la conclusione del saggio di **MERUSI**, *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, in *Scritti per Nigro* che riferisce anche della normativa comparata (tedesca e, soprattutto, spagnola) nella quale il principio di buona fede finisce per comportare per il privato precisi oneri individuati dalla giurisprudenza.

⁴⁸ Il tipo di lavoro non consente, quanto meno per motivi di spazio, di precisare i riferimenti puntuali e le provocazioni della dottrina o gli arresti giurisprudenziali e meno che mai i dibattiti politici che, anche se non vani, sono comunque sempre troppi (sopra tutto in relazione al normale coefficiente di ascolto): non si può nascondere, però, la necessità di autonomi e successivi interventi integrativi su singoli aspetti.

§ 2.- LE MOTIVAZIONI A QUO COME RIASSUNTE NELLA SENTENZA

Le ordinanze di rimessione, oltre a determinare le precise coordinate del problema sottoposto all'esame della Corte, offrono, anche se riprodotte in maniera estremamente sintetica e sincopata, lo spaccato del vissuto sociale che risulta coinvolto nei giudizi a quo e la valutazione da parte delle istituzioni di trincea.

Per comodità espositiva, inoltre, sembra opportuno accorpare le motivazioni delle rimessioni da parte dei giudici (amministrativi e contabili) *a quo* secondo la rispettiva e consueta tipologia delle violazioni riscontrate.

[A] - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA.

Costituisce il motivo comune dedotto dai giudici amministrativi di primo grado con diverse sfumature: per quello di Parma⁴⁹ risalta il concetto della premialità perversa perchè manca " un motivo ragionevole ed accettato dalla comune coscienza" mentre quello di Catania⁵⁰ fa riferimento ad una " legittimità sopravvenuta" al solo scopo di elidere "ogni responsabilità politica e patrimoniale degli amministratori" fondata " su un valore giuridico negativo, far lucrare cioè ad alcuni dipendenti piuttosto che ad altri."

La Corte dei conti - sez. Campania⁵¹ concentra maggiormente la propria attenzione sulla disparità tra amministratori e tra Comuni, rilevando l'impossibilità di consentire un qualsivoglia "privilegio dell'irresponsabilità per atti che sarebbero certamente dannosi per il Comune" e, una volta individuato il fondamento di tale favor in "circostanze del tutto contingenti.. ... e trascurando l'impatto finanziario", qualifica il risultato come "meri, ingiusti favoritismi".

⁴⁹ Il T.A.R. -Parma, investito da un Comune per l'annullamento del diniego da parte della C.C.F.L. di una trasformazione di posto in pianta organica, aveva sollevato la questione in riferimento agli artt. 3 e 97 della Costituzione.

⁵⁰ Il T.A.R. -Catania era stato adito da impiegati che erano stati privati dal Comune, in sede di autotutela, di illegittimi inquadramenti a seguito dell'intervento della Corte dei Conti siciliana; ha sollevato la questione in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 77, 81, 97 e 113 della Costituzione.

⁵¹ In due giudizi di responsabilità di amministratori comunali per illegittimi inquadramenti, tale giudice, ritenendo "l'applicabilità della norma di sanatoria al caso de quo, essendo stati resi validi e quindi legittimi *ex tunc*" i provvedimenti gravati nei giudizi in corso, ha rimesso gli atti per la questione di costituzionalità in riferimento agli artt. 3, 1° comma, 81, 4° co., 97, 1° co. e 128.

[B] - VIOLAZIONE DELL'IMPARZIALITÀ E BUON ANDAMENTO

Il profilo dell'imparzialità vien colto dal T.A.R.-Parma nella violazione del principio costituzionale dell' accesso mediante concorso, unitamente alla violazione del principio di legalità collegata al premio "a chi abbia disobbedito alle leggi", venendo meno "anche a fini educativi e di certezza nei rapporti".

Fa, invece, riferimento al "buon andamento" la Corte dei conti campana che lo collega in modo organico all'aggravio della situazione economica dell'Ente, a seguito della procurata "alterazione della pianta organica e quindi della struttura burocratica", e, di conseguenza, fa leva sul presupposto che l'art. 97 cost. vada "inteso come limite alla discrezionalità legislativa in materia di pubblico impiego".

[C] - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI DIFESA E GIUSTIZIABILITÀ

E' il T.A.R. siciliano a preoccuparsi di tali profili enucleando uno sviamento della funzione del legislatore perchè "dà agli atti illegittimi -definiti validi ed efficaci- una qualificazione definitiva, sottraendoli a qualsiasi controllo " anche per quelli eventualmente *in itinere*, e tutto ciò, come viene puntigliosamente rimarcato, " ad onta della giurisprudenza amministrativa < fermissima> nell'affermare l'irrelevanza giuridica delle mansioni superiori svolte di fatto".

Siffatto comportamento risalta vieppiù per lo "svuotamento della tutela della posizione giuridica dei soggetti destinatari degli effetti negativi⁵² degli atti".

A tutto ciò la Corte dei conti campana aggiunge la originale considerazione della conseguente inibizione dello " strumento dell'autotutela" degli Enti locali.

⁵² L'espressione, poco felice, dovrebbe ellitticamente indicare i mancati destinatari degli identici benefici in posizioni analoghe: la precisazione sembra utile al fine di individuare il preciso riferimento della disuguaglianza e quindi della censura rispetto alla premialità, come si vedrà *infra*.

[D] - VIOLAZIONE DI UNA NORMATIVA ORGANICA

Da parte sua il supremo consesso amministrativo⁵³ fa leva sul rilievo secondo il quale il d.P.R. n. 347/83 " rappresenta uno strumento per attuare un razionale assetto del personale, onde una norma come quella impugnata che dichiara di rinunciare all'assetto dato da una normativa organica senza sostituirne uno diverso si pone in contrasto con gli artt. 97 e 98,1° comma della Costituzione".

Il principio della "unica legge comune" va fatto risalire alla enunciazione dell'art. 70 Cost. la quale, "attribuendo alle Camere il potere legislativo implichi una concezione dello Stato di diritto caratterizzato dal principio...sì che i singoli provvedimenti debbono conformarsi alle regole previste in via generale dalla legge, la quale definisce l'organizzazione degli uffici e lo *status* degli impiegati".

Conseguentemente, " la legge, insomma, come non può usurpare la sfera delle decisioni specifiche delle varie autorità, così non può legittimare l'arbitrio, onde è l'essenza stessa dello Stato di diritto a dirsi violata allorchè la legge consente alle P.A. di regolare il rapporto d'impiego a piacimento, ovvero quando, dopo aver posto una regola generale sull'ordinamento gerarchico ed economico degl'impiegati, essa sancisce poi l'irrelevanza di tale regola".

Sul punto, il T.A.R. siciliano incalza vieppiù, sia censurando, in ultima analisi, l'aver consentito "alla P.A. datrice di lavoro la fattuale discrezionalità d'attribuire ai propri dipendenti la qualifica funzionale che più le aggrada, anche contro la propria pianta organica ed in contraddizione quindi con le proprie scelte organizzative" sia tentando di proporre uno modulo di valutazione della trasparenza quando si occupa dell'esame del comportamento concretamente posto in essere e, cioè, "secondo schemi tutt'altro che trasparenti (in quanto non conoscibili a priori e non verificabili ex post)".

⁵³ La V sezione, alla quale si era appellato un Comune avverso una sentenza di rigetto del T.A.R. Lombardia, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3, 70, 97 e 98, 1° comma.

[E] - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI AUTONOMIA LOCALE

Il motivo viene eccepito dal giudice contabile campano, in base alla rilevata compressione dell'autonomia locale dal momento che la norma impugnata appare "non limitata a fissare principi generali o a fornire indicazioni operative, ma volta a regolare il comportamento degli enti locali o addirittura ad imporre alterazioni nelle strutture o nel funzionamento, non motivate da esigenze di coordinamento collegabili (come ad es. quelle finanziarie) alla vita della comunità nazionale".

§ 3.- segue: la selezione delle rimessioni

L'analisi del rapporto tra le argomentazioni delle rimessioni ed il concreto recepimento nell'articolato percorso formativo della sentenza consente di registrare sia la valenza e la suggestione del materiale afferente sia il risultato sul convincimento del giudicante.

Vanno registrate subito due evidenze: da una parte il recepimento della totalità delle argomentazioni - seppure formalmente depurate dalle "coloriture" di sapore e linguaggio "politichese"⁵⁴ [ed in particolare quelle di carattere particolarmente e decisamente "sanguigno" del T.A.R. Catania]- e, dall'altra, la mancanza di uno spunto originale ed innovatore, come risposta alla assoluta originalità che la profilatura delle rimessioni⁵⁵ prospettava anche con un certo grado di drammaticità.

Sul primo aspetto va riconosciuto alla Corte di aver saputo resistere alla sirena demagogica, attraverso la ricerca di un linguaggio il più possibile immune da contaminazioni lessicali non tecnico-giuridiche, anche se il pericolo avvertito avrebbe potuto indurre la stessa a ricostruire un percorso di respiro e spessore più generale, isolando problemi più impegnativi o proponendo soluzioni dogmatiche più vicine ai valori che non alle peculiarità delle cd. discipline organiche⁵⁶.

⁵⁴ La lettura dei resoconti parlamentari consente di leggere molte espressioni presenti nelle ordinanze di rimessione.

⁵⁵ Tale rilievo risulta agevolmente rilevabile dal richiamo puntuale e capillare del "sistema giurisprudenziale" che sembra denunciare una sorta di rimessione interna (quasi *monumentum aere perennius*) senza un riscontro corrispondente alla novità delle prospettazioni.

⁵⁶ Si intende fare riferimento ad una sorta di contagio tecnico: la tipologia dei vizi e il tipo di potere utilizzati (dallo inequivocabile sapore amministrativistico) hanno trascinato la Corte a prospettare una soluzione *in corpore vili*, senza, cioè, rimanere imbrigliata nel groviglio di problemi pur sempre di ambito microsetoriale.

Come noto, nei momenti di crisi delle istituzioni o del diritto la dottrina ha sempre tentato di rifugiarsi nei problemi che sembrano più astratti o addirittura nelle speculazioni sul diritto naturale⁵⁷, additando la via anche alla giurisprudenza per disancorarla dalle secche/trappole costituite dalle questioni troppo arroventate dalle passioni introdotte dalla componente politica.

Sul punto, infatti, non mancavano parecchi idonei segnalatori nelle ordinanze di rimessioni, che dalla trincea di periferia disegnavano il violento scenario di un vero e proprio combattimento che si andava svolgendo intorno alla norma contestata.

Difatti, aveva dato il via il riferimento, colto ma non altrettanto approfondito operato dal supremo consesso amministrativo⁵⁸, alla peculiare tenuta di una disciplina che veniva classificata come 'organica' del pubblico impiego, pur guardandosi bene dall'affrontare qualche originale problema, tra i quali, ad esempio, quello del rapporto nella materia delegificata⁵⁹ tra competenza residuale in capo al delegante/legislatore e limiti del potere del delegato/Governo, nonché l'apporto riferibile in modo particolare al "potere forte" dei sindacati⁶⁰ dei lavoratori.

⁵⁷ Basti ricordare, a tacer d'altri, il rifugiarsi in "aere rarefatto" di insigni di Maestri quali Santi **Romano** o **Zanobini** nei momenti più tumultuosi del loro impegno scientifico e civile.

⁵⁸ Il quale, adottando una soluzione dal sapore alquanto piuttosto affrettato e sbrigativo, usa la generica indicazione "legittimare l'arbitrio" al posto di adoperare il più tecnico termine 'sanatoria' e sembra indignarsi fino al punto di evocare "l'essenza stessa dello Stato di diritto a dirsi violata allorché la legge consente alla P.A. di regolare il rapporto di impiego a piacimento", forse dimenticando che la tanto decantata 'disciplina organica' costituita dal d.P.R. n. 347/83 è pur sempre opera dell'esecutivo (esclusivamente di vertice) con l'ausilio (determinante) delle forze sindacali: si potrebbe allora sospettare che tra i due "piacimenti" il Consiglio di Stato, in nome dello Stato di diritto, sembra abbia ritenuto più meritevole di tutela quello "gerarchicamente superiore", proprio in barba al principio delle autonomie locali.

⁵⁹ Sul punto cfr. **COCOZZA**, In tema di delegificazione, Napoli e, da ultimo, **CERVATI**, A proposito di <regolamenti delegati>, <regolamenti autorizzati> e delegificazione in un'attribuzione di potestà normativa all'esecutivo che suscita molti interrogativi, in *Giur. cost.* 1995, 3, pag. 1848 e ss. (a commento della sent. n. 250 del 1995).

Questo nuovo atteggiamento della giurisprudenza amministrativa è analiticamente preso in esame da **SCIULLO**, Potere regolamentare, potere <pararegolamentare> e P.A.: gli orientamenti del giudice amm/vo dopo la legge 400 del 1988, in *Le Regioni*, 1993 n. 5 pag.1277 e ss.e, da ultimo, da **CERVATI**, A proposito di <regolamenti delegati>, <regolamenti autorizzati> e delegificazione in un'attribuzione di potestà normativa all'esecutivo che suscita molti interrogativi, in *Giur. cost.* 1995, n.3, pag. 1848 e ss. (a commento della stessa sent. n. 250 del 1995).

⁶⁰Al momento appare sufficiente (salvo rinvio) il rilevare che la posizione di un vero e proprio trilemma regolativo in conseguenza dell'irruzione del sindacato come compartecipe della materia delegificata sembrerebbe non aver attirato, o quantomeno non ne risulta traccia, adeguatamente l'attenzione degli organi giudicanti.

In secondo luogo, il richiamo "vibrante", se non addirittura allarmato, del T.A.R. Catania alla "giurisprudenza amministrativa < *fermissima*>", quasi a voler calamitare in un modo *fortissimo* l'attenzione della Corte costituzionale su di un possibile "crimen lesae majestatis"⁶¹.

Ed, infine, il richiamo quasi peregrino, se non addirittura solo liturgico, ai problemi esclusivamente "organizzativi" (però risolvendosi, beffardamente come un "*in cauda venenum*") in un contesto nel quale il profilo oggettivo della questione o non sembra esistere affatto o si può ben risolvere nell'aver "dato prestigio a pratiche del più vieto e deteriore clientelismo"(con riferimento agli impiegati destinatari, non escluso quello, alquanto patetico, ai "pretermessi") e nell'aver concesso "il privilegio dell'irresponsabilità" che, però, la Corte sfuma, preferendo riferirsi alla "situazione svantaggiata" degli amministratori ortodossi..

Probabilmente il riscontro oggettivo più coerente ed armonico è il riferimento alle conseguenze finanziarie: ma non in termini di utilizzabilità della legge di riordino della finanza locale o dell' *uso strumentale della discrezionalità organizzativa*⁶², quanto in riferimento al solo dato materiale della rilevazione di retribuzioni maggiorate senza la previsione in bilancio, a parte i casi " di quegli Enti che, rigettando le pretese dei dipendenti ovvero conformandosi alle decisioni giudiziali o degli organi tutori, non avevano effettuato stanziamenti a riguardo"⁶³.

Il dato conclusivo risulta, perciò, scontato ed assiomatico perchè la norma presa in esame " si palesa in tal modo come una negazione, non solo del buon andamento ma anche di una razionale e coerente attività di amministrazione: e non può certo superare quello scrutinio < particolarmente rigoroso> che questa Corte richiede in materia".

⁶¹ Già AMORTH, Leggi interpretative e leggi di sanatoria nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario, in *Riv. trim. dir. publ.* 1958 pag. 62 e ss. si era occupato di scandagliare i rapporti tra i due Poteri, escludendo la sussistenza di attentati alla indipendenza ed autonomia della magistratura (spec. pag. 75).

⁶² La fugacità, se non proprio la furtività, del riferimento allo " sviamento della funzione legislativa" o alla "sanatoria in bianco" non consentono di tentare un utile e necessario approfondimento su siffatti temi, viceversa, cruciali.

⁶³ Ma sul punto la Corte da atto che la questione risulta assorbita (punto 4. 3 dei motivi di diritto) dalla "manifesta irragionevolezza" e dalla violazione dell'art. 97 Cost.

§ 4.- Il percorso logico-giuridico

La descrizione analitica delle argomentazioni nel dispositivo, poichè consente di tenere ben presenti le considerazioni e, perchè no, anche le particolari emozioni che sono riversate attraverso le ordinanze di rimessione, risulta particolarmente utile per intuire lo stato di magmatica fibrillazione nella quale si ritrova, al momento, la rete ordinamentale nella materia sottoposta all'esame del giudice delle leggi.

Infatti, preliminarmente, la Corte nella ricognizione del quadro normativo non batte ciglio sia nel ritenere il d.P.R. 347/83 come "una veste normativa all'accordo raggiunto tra le parti sociali per il personale dipendente degli enti locali" che nell'ammettere l'avvenuto intervento di "ulteriori e più rigorosi interventi di razionalizzazione da parte del legislatore": il tutto, tiene a sottolineare, finalizzato essenzialmente alla creazione di "una serie di principi fondamentali in tema di accesso, inquadramento e progressione di carriera".

L'impugnata normativa viene presentata come connotata da una scandalosa insufficienza originaria: difatti il rilievo della "(brevissima)⁶⁴ discussione" diventa una circostanza a conferma della considerazione secondo la quale il legislatore non abbia "valutate a pieno la portata e le conseguenze" della norma stessa.

Il riscontro, poi, viene rinvenuto in una particolarmente rigorosa ricostruzione della genesi della norma, attraverso una attenta lettura degli atti parlamentari in un crescendo che parte dal rilievo di "generiche dichiarazioni circa l'intento di sanare", continua con il turbamento conseguente alla *machinatio* con la quale "l'assegnazione della qualifica superiore connessa alle mansioni svolte viene presentata come un atto di giustizia sostanziale", turbamento aggravato da "richiami all'esigenza di evitare il protrarsi del contenzioso giudiziario" per culminare nella sensazionale scoperta della "incauta asserzione che la norma approvanda non avrebbe comportato oneri finanziari"⁶⁵.

⁶⁴ Per la verità il primo firmatario dell'emendamento prima della votazione in assemblea [68 seduta del 19 ottobre 1994], come riportato a pag. 88 del resoconto stenografico] dichiarò: "ribadisco quanto già espresso nel mio intervento precedente, ricordando ai colleghi che il 20 luglio 1994, con il parere favorevole del Governo, abbiamo approvato questo emendamento (e lo abbiamo ampiamente motivato), così come lo stesso relatore ha detto nel suo intervento".

⁶⁵ E', invece, il sottosegretario alle Finanze il quale, nella seduta del 25 ottobre del 1994 davanti alle Commissioni riunite V(Bilancio) e VI (Finanze), "precisa che la sanatoria...può non apparire corretta, ma non pone problemi di copertura, anche perchè i trasferimenti agli enti locali sono collegati a criteri come la spesa storica ed il numero degli abitanti...saranno i bilanci comunali a sopportare oneri maggiori, ma non certo lo Stato".

E proprio tale scoperta a far centrare appieno gli effetti: "l'ampiezza della disposizione appare estesissima, realizzando essa una sorta di sanatoria in bianco" mediante la innumere pletora di provvedimenti illegittimi collidenti fino al punto vanificare il sistema del d.P.R. 347/83, un sistema armonico volto " ad assicurare una razionale organizzazione degli uffici".

La Corte si proietta immediatamente *in medias res* con le idee chiare e ferme sul nocciolo del *thema decidendi*: una volta qualificata la norma come di sanatoria non basta che applicare il modellino già confezionato per tale 'taglia' di leggi.

Difatti la Corte spiega che " proprio in tema di leggi di sanatoria si è valutato la *ratio* stessa della sanatoria comparandola ad altri valori in gioco, spesso col risultato di far ritenere che il medesimo principio di buon andamento giustificasse la normativa di sanatoria e che, anzi, questa costituisse applicazione di quello, giacchè faceva salve esigenze di garanzia del servizio ovvero consolidava posizioni acquisite e risalenti nel tempo".

Raggiunto il cuore del problema, la Corte procede molto speditamente con il richiamo del " sistema dei precedenti " che riassume fondato sul " criterio fondamentale del perseguimento del pubblico interesse" e, nella comparazione con la norma dedotta, con il rilievo dell' impatto estremamente traumatico: " come è invece clamorosamente accaduto nella specie, dove il legislatore, prescindendo dalla cura del pubblico interesse, ha inserito nel sistema un precetto in piena collisione con i principi che regolano la materia".

Inquadrata la scenografia complessiva, la Corte si occupa del risultato dello scrutinio con una diagnosi inappellabile: "la previsione appare viziata da una indeterminatezza tale da non consentire di distinguere... così da precludere la ricerca di una qualsiasi *ratio* che non sia quella della sanatoria per se stessa" e prosegue amaramente rilevando che " il solo elemento richiesto per l'applicabilità della sanatoria, a parte i requisiti dell'ente o quelli temporali, risiede invero nella contrarietà degli atti alla legge".

L'esito dell'intervento giudiziale, alla fine, non può che essere dichiarativo della illegittimità costituzionale in quanto " la norma si palesa in tal modo come una negazione non solo del **buon andamento** ma anche di una **razionale e coerente attività di amministrazione**".

§ 5.- Alcuni scenari di *solving problems*

La relativa semplicità del percorso seguito per pervenire alla decisione come appena ricostruito non deve trarre in inganno, ma esige il disseppellimento dei gravi problemi che la questione, come rimessa dalle ordinanze, investiva nemmeno tanto indirettamente.

Tra questi sembra opportuno esaminare più da vicino lo scontro tra poteri e fonti/poteri in riferimento alla titolarità del potere di organizzazione che attiene al profilo soggettivo della disciplina del pubblico impiego e l'esame della cd. sanatoria in riferimento alla nozione di buon andamento ed a quella di trasparenza che invece fanno riferimento al profilo oggettivo ed in particolare alla qualità dell'azione e del comportamento dei pubblici poteri.

[a] Il corpus organico del pubblico impiego

Il nocciolo duro della decisione è costituito proprio dall'assunto, importato dalla rimessione del Consiglio di Stato, circa la natura di "assetto", ossia di un *corpus* organico, conferito al d.P.R. più volte citato, la cui alterazione aoristica, puntuale ed estemporanea effettuata dalla norma in esame giunge a colpire addirittura l'essenza dello Stato di diritto.

La Corte, pur seguendo la prospettazione del giudice *a quo*, non può, però, fare a meno di completare il quadro normativo -ovviamente con intento rafforzativo- con il riferire degli ulteriori interventi del legislatore.

Siffatti interventi si sarebbero, dunque, dovuti muovere lungo la prospettiva della razionalizzazione, ossia o correggendo eventuali patologie e distorsioni rilevati nella concreta applicazione o sviluppando elementi innovatori, disegnando una parabola evolutiva che nell'arco di dieci anni avrebbe consentito di maturare una filosofia quasi totalmente opposta a quella di partenza- almeno tendenzialmente- come consacrata nel decreto legislativo n. 29 del 1993.

La stessa Corte, pur riconoscendo che, comunque, proprio grazie a tali correttivi ed aggiustamenti, è possibile sostenere l'esistenza di un adeguato pacchetto omogeneo e sistematico di principi nella materia in esame, non si sofferma ad approfondire la rete dei rapporti esistenti tra siffatte norme chiamate tutte ad incidere in

modo diretto sull'assetto strutturale, ma sempre ed esclusivamente in funzione della materiale cura dell'interesse pubblico⁶⁶.

Ma, va sottolineato, la cennata rivoluzione copernicana nel pubblico impiego non poteva dispiegarsi senza l'indefettibile intervento del legislatore, in quanto unico organo competente e sensibile al contemperamento delle esigenze sia della struttura centrale che delle amministrazioni (che sono formate anche dagli amministratori eletti alle cariche di rappresentanza) periferiche (ancora autonome)⁶⁷.

Sul piano del contenuto, va pure soggiunto, gli interventi sulle strutture chiamate a raggiungere concretamente gli obiettivi (la cura dell'interesse pubblico) possono necessitare di modifiche *in corso d'opera*; anzi, normalmente esse non godono della tranquillità⁶⁸ (che è, altresì, un sano e proficuo distacco) rispetto allo scontro (o anche il semplice dinamismo naturale) degli interessi in gioco di cui, invece, è normalmente dotato il potere legislativo con gli specifici (attraverso i regolamenti delle rispettive Assemblee) meccanismi di decantazione.

Dal momento che, come è stato notato, la complessità organizzativa, che sembra attualmente caratterizzare lo Stato, " diviene modulo di interpretazione del

⁶⁶ E' il caso di accennare solamente al problema, tuttora allo stato magmatico, del rapporto tra il diritto amministrativo e la scienza dell'amministrazione, ossia a due diversi modi di lettura (tra loro autonomi ed originali) dei fenomeni sociali e politici, in funzione alla loro regolamentazione giuridica proprio ed in quanto chiamati ad incidere direttamente sull'organizzazione, comunque tendenti alla *ottimizzazione* del prodotto amministrativo.

⁶⁷ I lavori parlamentari sulla questione risolta dalla norma impugnata evidenziano una inversione di rotta del Governo prima favorevole e poi nettamente contrario all'emendamento ed il contrasto tra il Senato e la Camera che alla fine l'ha ritenuta "una questione di *Realpolitik*" come dichiarato dal relatore per la VI commissione Iannone nella seduta assembleare del 26 ottobre 1994, *ibidem*, pag. 4172.

Il rilievo della funzione di "potere moderatore" del Parlamento nel conflitto tra "formazioni sociali" applicabile al complesso organizzatorio pubblico non è ancora approfondito come necessario al fine di comprendere appieno le difficoltà derivanti dalla frammentazione del potere: purtroppo la lucida presa di coscienza di tale problema rischia di essere compromessa in questi giorni dal problema circa la *forma dello Stato*, rendendo più complesso anche il modo di porre i problemi.

Il problema della governabilità costituisce senza dubbio l'aspetto più eclatante, ma, probabilmente, più epidermico rispetto ad altri meno appariscenti quali l'equilibrio tra i *poteri* e la funzione (auto)organizzatrice.

Sul primo aspetto notevole il contributo di **SILVESTRI**, *Poteri attivi e poteri moderatori: attualità della distinzione*, in *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali* (a cura di) Lorenzo **LUATTI**, Torino 1994

Sul secondo la progressione del dibattito si è spostata dall'analisi astratta e formale di **NIGRO**, *Studi sulla funzione organizzatrice*, Milano 1965 a quella concreta che fa perno sull'assunzione di compiti (*rectius*, di modalità di espressione di funzione) di tipo legislativo da parte della P.A., come è stato evidenziato recentemente in una precisa messa a fuoco, da **D'AURIA**, *La "funzione legislativa" dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1995, n. 3 pag. 697e ss.

⁶⁸ E' l'aspetto più appariscente di quel fenomeno che **CASSESE** ha dimostrato, da fine conoscitore della "macchina" pubblica [in *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna 1983], che, cioè, mentre prima l'amm/ne aveva nella legge il solo *input*, attualmente essa risulta compulsata anche da altre regole (in prevalenza tecniche), sulle quali si misurano la qualità delle prestazioni e l'efficienza dei servizi: il che traduce la preponderanza di compiti di "governo" rispetto a quelli di attuazione della norma.

sociale⁶⁹, potrebbe risultare non fuori logica immaginare⁷⁰ che durante la cennata rivoluzione organizzativa possano essersi verificate delle situazioni di emergenza derivate dalla incongruità degli assetti delle risorse umane esistenti rispetto ai nuovi compiti che si andavano proponendo alle strutture periferiche.

Ebbene, proprio in riferimento a tali situazioni, prima l'intervento del giudice contabile e, poi, la conseguente (pedissequa) manifestazione deliberativa dei singoli enti locali avevano esaurito gli ordinari meccanismi di risposta (rectius, autotutela) per una correzione dall'interno delle strutture o, comunque, risultavano addirittura impraticabili a causa dello sfioramento di bilancio.

Si trattava di situazioni ben individuabili attraverso le liti (in prevalenza, di natura contabile) pendenti (o, addirittura, divenute regiodicata), di fronte alle quali l'amministratore locale aveva resistito opponendo uno stato di assoluta necessità ovviamente per il buon andamento (raggiungimento del fine) della struttura da lui amministrata.

Non sembra che un siffatto scenario sia stato, quantomeno, escluso in maniera motivata dai giudici *a quo*: ma, in ogni caso, non risulta per nulla rintracciabile tra le preoccupazioni del giudice costituzionale.

Ma vi è di più: il legislatore, che sta sperimentando le trasformazioni ed il cambiamento potrebbe avere avvertito la necessità di una messa a punto rispetto alle situazioni di emergenza, per le quali non disponeva di meccanismi risolutivi in chiave alternativa rispetto alla cd. sanatoria⁷¹ o, quantomeno, ad un qualsiasi altro strumento in grado di consentire il raggiungimento dell'effetto di stabilizzare tali situazioni.

Il meccanismo utilizzato, d'altra parte, risulta già collaudato⁷² in altre situazioni: difatti lo schema offerto dalla sanatoria consente, contemporaneamente, sia la chiusura delle pratiche già verificate nel passato accompagnata dalla garanzia di un

⁶⁹ In tale senso espressamente N. GRECO (a cura di), *Lo Stato amministrativo*. Studi parlamentari e di politica costituzionale, Roma, 1976, pag. XLIII.

⁷⁰ L'utilizzazione di modellini rappresenta un metodo comune sia agli studi di sociologia che a quelli squisitamente organizzativi: pertanto l'ipotesi teorica che si va a prospettare va assunta appunto come esperimento e come verifica di un percorso logico-giuridico alternativo. Per una importante quanto recente dimostrazione, cfr. ACKERMAN, *Il diritto americano è sotto assedio: la Germania può fornire un modello?*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, 1995, n. 3.

⁷¹ Non avendo, sembrerebbe dopo la sentenza che si annota, possibilità di cittadinanza nel nostro sistema qualcosa di un qualcosa di equivalente (anche approssimativamente) ai *bills of indemnity*: l'originalità va colta nel fatto che la volontà parlamentare risulta fortemente contrastata da quella del Governo in carica.

⁷² Non a caso la estensione e la qualità delle materie investite (quella fiscale e, soprattutto, quella relativa ad abusi edilizi perfino su suoli demaniali) ha fatto risaltare la crisi del diritto fino alla "contestazione del giuridico e della sua capacità ermeneutica [su ciò infra nota n. 35].

apposito procedimento amministrativo e sia l'inasprimento della reazione sanzionatoria per quanto riguarda il futuro.

Senonchè il contenuto oggettivo del problema affrontato dalla normativa in esame presenta una combinazione di interessi connotata da uno stato di notevole originalità e diversità nell'equilibrio tra i poteri in gioco.

Difatti, l'utilizzazione di un tale meccanismo si presenta più complicato dal momento che, per effetto della legge n. 93 del 1983, il rapporto, già precario⁷³, tra legislativo ed esecutivo circa il potere di organizzazione, risultava profondamente alterato dalla entrata di un nuovo soggetto (sempre più) istituzionale: la forza sociale dei sindacati.

La trilateralità⁷⁴ sembra proprio costituire la prima e più significativa risposta alla crisi che negli anni sessanta sembrava avere traumaticamente e pervasivamente vulnerato il rapporto tra lo Stato-ordinamento e la comunità, probabilmente anche a causa delle inaccettabili e flagranti inadempienze che il legislatore ordinario aveva accumulato soprattutto rispetto al completamento del disegno costituzionale in tutta la sua armonica costruzione.

Ma, a ben guardare, proprio la riforma del T.U. sugli impiegati civili (operata dal d.P.R. 10/1/1957 n. 3) aveva già dimostrato l'assoluta inconciliabilità di interventi settoriali e, in definitiva, di tipo frammentario con l'esigenza di una approfondita revisione di tutta la rete ordinamentale e strutturale dell'apparato esistente al fine di renderlo più funzionale al disegno costituzionale⁷⁵.

⁷³ Non si può omettere quantomeno il cenno al problema del doppio regime di riserva di legge (art. 95 e 97 Cost.) nella materia, mentre il problema specifico è compiutamente posto da **COCOZZA**, cit.

⁷⁴ E' notazione abbastanza ovvia che la sindacalizzazione del pubblico impiego sia direttamente proporzionale al venir meno delle notazioni pubblicistiche del rapporto di lavoro degli addetti agli uffici: non lo è altrettanto il nesso di causalità temporale. Su tale punto, già, **CARULLO**, *La prassi amministrativa*, Padova 1979, pag.213 e nota (47).

D'altra parte i resoconti dell'Assemblea fanno intravedere una maggioranza definita da qualcuno " trasversale" ed un atteggiamento del Governo (lo stesso ma in un quadro politico precipitato) contraddittorio (supra nota 14).

Meno avvertita la penetrazione nel sociale (o, in omologia, la permeabilità del sociale) da parte delle istituzioni preoccupate di ridurre la distanza tra Paese legale e Paese reale, profondamente sentita dagli operatori politici che veniva assicurata proprio dall'ingresso in gioco delle forze sindacali: uno scambio di potere formale contro un potere sociale che costituisce pur sempre la più qualificata fonte di legittimazione del potere pubblico nei sistemi democratici.

⁷⁵ Difatti pur costituendo il primo intervento dell'ordinamento repubblicano nel settore del pubblico impiego, continuava a conservare un impianto autoritario di fatto anacronistico in quanto in rotta di collisione sia con le aspettative del popolo che si sentiva ormai titolare di sovranità e non più suddito e sia con il ruolo strategico che la Carta costituzionale aveva assegnato al lavoro considerato come un elemento qualificante della dignità del cittadino e come fattore dello sviluppo dell'intera comunità nazionale.

Di difficile percezione risultava proprio il reale apporto dell'intervento sindacale che, in modo carsico⁷⁶, andava imponendo se non proprio la ricerca di una nuova identità⁷⁷ quantomeno quella di una diversa composizione degli equilibri nell'ambito del sistema dei poteri in gioco.

La stessa Corte costituzionale non tenta neppure di avventurarsi in una doverosa quanto necessaria analisi del fenomeno, preferendo rifugiarsi nell'adozione dello strumento (formale) repressivo, senza occuparsi di almeno descrivere gli esatti termini dello scontro; perchè, a dire il vero, si tratta di un vero e proprio scontro tra poteri che esorbita quello "di teatro" (o, come altrimenti si chiama, di rappresentazione).

Difatti al di sotto della schermaglia tra poteri formali che si materializza visibilmente (come instaurato davanti alla Corte) si agita un durissimo scontro, meno palpabile, condotto da un potere sociale ed economico poco (o, nulla⁷⁸) formalizzato, quale quello dei sindacati che sposta la tenzone da quello meramente istituzionale al terreno politico-economico e sociale⁷⁹ del sistema vigente nel Paese.

[b] La normativa di sanatoria

Quanto al contenuto specifico della sanatoria⁸⁰, la Corte si limita a sondare il limite della *premieria*⁸¹ sul quale, seguendo ciascuno la propria ottica⁸², la trascinano

⁷⁶ Che, d'altra parte, rappresenta il consueto modo attraverso il quale l'istanza democratica si è andata affermando progressivamente dallo Stato feudale in poi, come ha insegnato **Giannini** descrivendo il passaggio lento ma altrettanto inesorabile allo Stato pluriclasse.

⁷⁷ Potrebbe farsi risalire proprio a siffatto mutato equilibrio l'inizio di un radicale cambiamento sia nel modo di governare [come da tempo ha evidenziato **CASSESE**, *Sindacati e istituzioni secondarie*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3 del 1983 pag. 505 e ss.] che in quello di far le leggi (o altre fonti di normazione, quale quella tecnica) basti il mero accenno alla parabola che parte dalla legge n. 400 del 1988, la cui importanza immediatamente la dottrina non ha mancato di far rilevare [cfr. **AA.VV.**, *La legge sulla presidenza del Consiglio*, in *Foro italiano* 1989, parte V - 9, pag. 309 e ss. e **CARETTI** e **DE SIERVO** (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione*, Bologna 1989] ed è proseguita con le grandi leggi, cd. "di sistema", del 1990 (nn.142 e 241) per approdare ad una fase di tumultuosa evoluzione, evidenziata dalla diffusione capillare del recentissimo sistema delle "Carte dei servizi".

⁷⁸ Ha pochissimo pregio ricordare le elusioni costituzionali in materia di partiti e sindacati: potrebbe, invece, averne tanto il tenere presente la gravissima crisi che ha investito recentissimamente i partiti politici.

⁷⁹ Come le argomentazioni delle rimessioni hanno ampiamente messo in luce, offrendo il riscontro di quanto evidenziato dai lavori parlamentari preparatori.

⁸⁰ La dottrina non ha dedicato grande attenzione a tale fenomeno: cfr. **AMORTH**, *Leggi interpretative e di sanatoria nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1958, pag. 85, nonché **G.U.RESCIGNO**, *Sanatoria -ope legis di atti invalidi -Reiterabilità di disposizioni dichiarate incostituzionali*, in *Giur. Cost.*1963 pag. 1247 e ss. e, da ultimo, **TARCHI**, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, cit.

⁸¹ La funzione premiale nella giurisdizione (come, del resto, in quella legislativa) si aggancia a quella più generale di promozione che lo strumento diritto assume rispetto alla storia di una società, mentre applicata all'attività amministrativa fa riferimento alla possibilità di ottenere un determinato (e prevedibile) comportamento proprio attraverso la (materiale) erogazione di una prestazione (patrimoniale e non) a favore dei destinatari degli atti in questione.

soprattutto i giudici contabili: difatti esso non può che riferirsi unicamente alla cura del pubblico interesse.

L'istituto della sanatoria nel diritto amministrativo si fa, notoriamente, rientrare nell'ambito del potere di autotutela, cioè di quella particolare signoria connessa alla cura dell'interesse pubblico o, come altri preferisce, al raggiungimento dell'obiettivo posto all'amministrazione.

Difatti essa viene intimamente correlata da una parte alla discrezionalità⁸² e dall'altro al merito amministrativo⁸⁴ che ne costituiscono, altresì, le coordinate organizzative⁸⁵, non limitate alla definizione dimensionale (la cd. competenza) ma comprensive anche delle descrizioni qualitative.

Ma a ben guardare essa può essere utilmente considerata come la più eccentrica espressione giuridicizzabile di tutte le ineludibili e specifiche esigenze poste sul piano "tecnico" dalle strutture⁸⁶.

Non a caso il riferimento testuale, come tranquillamente ammesso dalla Corte, è al buon andamento⁸⁷ che connota un valore non esclusivamente giuridico

⁸² Che rimane sempre di *cura* di interessi concreti anche se attraverso lo strumento giurisdizionale: basti il rinvio alla opposizione insanabile tra la ratio dell'autotutela ed il principio del *ne bis in idem* tipico della giurisdizione.

In presenza della proliferazione delle ipotesi di legislazione da parte dell'esecutivo si potrebbe concretamente porre il problema dell'ammissibilità di una qualche forma di autotutela del potere legislativo, con ulteriori aspetti problematici per quanto attiene proprio alle materie delegificate.

⁸³ Di recente, **PUBUSA**, *L'attività amministrativa in trasformazione*, Torino 1993, pag. 178 e ss. ha fatto emergere il rapporto di "restrizione dell'area non regolata o comunque insindacabile in sede giurisdizionale" proprio in riferimento sia alle "norme giuridiche sia a quelle tecniche, d'esperienza di buona amministrazione" sia anche "ai criteri soggettivi applicati dall'amministrazione, la cui adeguatezza alla situazione dev'essere motivata, anche in relazione ai principi fissati dalle norme (es. economicità ed efficacia, imparzialità) e alle prospettazioni dei partecipanti alla procedura" per cui il dato più importante consiste nel "rilievo globale dell'attività non solo dell'amministrazione ma anche degli altri partecipanti" (ibidem pag. 180).

Ma l'aspetto più eclatante viene offerto in occasione della disputa sulla discrezionalità riassunta nello scritto di **AZZARITI**, *Trasformazione dello Stato e discrezionalità amministrativa: un problema di metodo nella critica di un paradigma*, in *Politica del diritto*, 1987, n. 1, circa la posizione di **SPANTIGATI**, *Discrezionalità come ponderazione delle pressioni*, in *Quaderni del pluralismo*, n. 2 del 1986 sulla pretesa trasformazione della discrezionalità in una "ponderazione giuridica soggettiva delle pressioni": non a caso lo spunto deriva "dal dilagare dell'abusivismo edilizio e dell'evasione fiscale" (pag. 135 dello scritto di AZZARITI) fenomeni investiti dall'applicazione della *sanatoria*.

⁸⁴ Il rapporto tra merito e discrezionalità rimane ancora non sufficientemente illuminato nonostante i termini fossero già stati posti da M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e diritto*, 1942 anno II n. 6 che riprendeva il tema fissando chiaramente gli elementi del contrasto con la recensione del **MORTATI** alla monografia di **CODACCI PISANELLI** sulla invalidità come sanzione dell'inosservanza di norme non giuridiche.

⁸⁵ Autotutela potrebbe essere considerata come un contenitore di istituti o, meglio, una qualità comportamentale, risultante dalla loro esplicazione, alla quale far risalire (o poter imputare) specifici atti normalmente di secondo grado aventi come vincolo strutturale esclusivamente una motivazione espressa e, soprattutto, coerente con il raggiungimento dell'obiettivo.

⁸⁶ L'analisi dei tre tipi di azione in prospezione organizzativa, come chiave ermeneutica dell'agire amministrativo, ha consentito di rimarcare (almeno) una triplicità di finalità distinguendo tra *azione istituzionale*, *azione*.....

⁸⁷ Notevole rilievo potrebbe assegnarsi al fatto che la Corte abbia abbandonato il dedotto (dal T.A.R.- Parma) riferimento alla imparzialità, preferendo risolvere il riferimento ai principi, attraverso la ricognizione del corpus

perchè attento, come risulta essere, al concreto perseguimento dell'obiettivo⁸⁸ ed ancorato al sistema giuridico (a mezzo e) unitamente all'imparzialità⁸⁹.

La stessa Corte, riconoscendo la già collaudata validità del buon andamento come *tertium comparationis* specialmente nell'esame di legittimità delle norme in materia di organizzazione, non si preoccupa di approfondire la natura o la reale portata dello stesso come canone ermeneutico⁹⁰ utilizzato sì per lo scrutinio di norme sull'organizzazione ma non per questo utilizzabile, tout court, per l'esame di sola legittimità degli atti-fonte (o oggetto) della norma di sanatoria.

Difatti il dato quantitativo che la Corte assume a parametro fondante il suo intervento (che stima in "numerosissimi", *sic!*) non può riuscire da solo a modificare la qualità dei provvedimenti amministrativi (e in quanto tali), perciò, legittimamente regolati

organico presente nella materia del pubblico impiego, esclusivamente nel buon andamento (e nella razionalità dell'attività amministrativa).

A ben guardare siffatto riferimento appare, nel caso di specie, piuttosto inadeguato a contenere situazioni giuridiche non omogenee tra loro, neppure rispetto alle strutture pubblicistiche che si presentano in posizioni processuali addirittura opposte, come pervenute attraverso le ordinanze di rimessione.

⁸⁸ Che il riferimento alla concretezza pervada a tal segno il buon andamento è dato evincere anche dalla difficoltà emersa in relazione alla estensione di tale principio all'esercizio della funzione giurisdizionale, nonostante gli sforzi della dottrina che ha proposto la dilatazione del contenuto (legge) della previsione costituzionale (art.101), per ricomprendervi tutte le leggi, ossia "la parola legge venga fatta qui corrispondere alla parola fonte ovvero al diritto oggettivo nella sua totalità", così **PALADIN**, Saggio sulle fonti del diritto italiano: le problematiche della definizione e dell'individuazione, in *Quaderni costituzionali*, 1993, n. 2 pag. 254-255; cui *adde*, recentemente **BINDI**, *La disciplina normativa degli "eterni giudicabili" e il buon andamento della giustizia*, in *Giur. cost.* 1995, pagg. 1993 e ss.

Per altra via, sembra riaffacciarsi (e con più perfida virulenza) il tema della discrezionalità (*supra* nota 33), ma questa volta in riferimento all'espletamento della funzione giurisdizionale, nella quale risulta sempre presente un processo di astrazione dal momento che tale funzione **deve essere adempiuta** risolvendo la fattispecie concreta solo ed unicamente a mezzo di parametrizzazione alla fattispecie normativa.

La situazione concreta costituirebbe solo una *occasio juris* (e, anzi, l'unica, attraverso la domanda di una parte pubblica o privata) per l'espletamento di tale funzione statale (a differenza di quella amministrativa eccitabile anche dalla mera insorgenza di una situazione di fatto): in tale prospettiva il dato costituzionale potrebbe, addirittura, leggersi in un altro modo " [solo] i giudici sono soggetti **soltanto** alla legge" (art. 101 Cost.), a mezzo di un adattamento dell'enunciato in chiave soggettivistica del particolare rapporto giurisdizione-legislazione.

⁸⁹ E' stato recentemente notato dall'autore che ha ivolto al tema la maggiore attenzione **ANDREANI**, *Gli interessi pretensivi dinamici nel procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo* 1994, n. 3 nota (7) come "negli ultimi anni al contrario il principio del b.a. viene ad occupare un ruolo significativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale, ed anche dei giudici amministrativi, che spesso ad esso si richiamano come *canone idoneo a svolgere un ruolo immediatamente precettivo sia per l'attività, che soprattutto per l'organizzazione della p.a.*".Potrebbe dirsi che il riferimento all'organizzazione ed al comportamento abbia affrancato il b.a. dalla schiavitù dell'endiadi che sembrava costituire l'unico modo per conferire carattere precettivo (giuridico): in altri termini il canone dell'imparzialità non risulta più utilizzabile come, contemporaneamente, il fondamento ed il limite operativo (in chiave giuridica) del buon andamento.

Si insinua prepotente il sospetto che il principio coinvolto dall'art. 3 Cost. rispetto all'azione amm/va debba essere senza eccessive forzature proprio l'imparzialità : sul punto, **ALLEGRETTI** citato da **ANDREANI**, sugli interessi pretensivi da servizi sociali.

⁹⁰ Il carattere eccezionale e volutamente derogatorio della disposizione impugnata anche in riferimento alla legge nella quale essa era inserita operava un diretto collegamento con gli atti oggetto di sanatoria e pertanto il riferimento al buon andamento non poteva essere operato rispetto al potere astratto di sanatoria quanto invece rispetto alle situazioni giuridiche, configurando un esame di merito e non di legittimità della norma oggetto dell'impugnativa.

dalla norma di sanatoria in modo da consentirne l'utilizzabilità in funzione della dichiarazione di incostituzionalità della norma.

Difatti quando, immediatamente dopo, va alla ricerca di un principio testuale, la Corte avverte il peso della fragilità del puro e semplice riferimento al buon andamento e si sente, perciò, costretta a fare ricorso ad un "valore"⁹¹ al quale, in definitiva, poter stabilizzare più fortemente proprio il (solo e debole) criterio costituzionale del buon andamento: la "razionalità e coerenza nell'attività amministrativa".

Della utilizzabilità di tale valore è lecito avanzare più di un dubbio, a cominciare dalla originalità, dal momento che si presenta in modo tutt'altro che differenziato rispetto alle altre normali figure sintomatiche dell'inafferrabile e proteiforme eccesso di potere⁹², come nella specie si sarebbe dovuto.

Ma vi è di più: va considerato che siffatto riferimento comporta lo spostamento dell'oggetto del giudizio costituzionale dall'esame della legge di sanatoria a quello sul modo di applicazione della precedente normativa, il che trascende i limiti (ed in definitiva, la responsabilità) del legislatore.

Infine, non si può trascurare che la differente titolarità in capo ai differenti poteri in campo può implicare una differenziazione, altresì, non solo del metro di giudizio, ma anche della sensibilità dello stesso giudice chiamato a giudicare la costituzionalità della legge in riferimento alla esplicazione di una funzione amministrativa.

Nel caso in esame il Parlamento nella qualità di titolare di un effettivo potere "mediatore" (come una sorta di camera di compensazione) degli interessi potrebbe aver esercitato attraverso la produzione legislativa una qualche funzione collegata al profilo del "merito": abbia, cioè, inteso operare una ricomposizione complessiva degli interessi contrastanti in una visione globale ed unitaria dell'interesse nazionale al ripristino della

⁹¹ Sul punto la letteratura è molto vasta: basti citare **BALDASSARRE**, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 1991, n. 4, pag. 639 e ss.; **ITALIA**, *Interpretazione sistematica delle "norme" e dei "valori"*, Milano, 1993 e, da ultimo, **BERTI**, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994.

⁹² La più che centenaria difficoltà che la giurisprudenza pretoria va incontrando ed il contestuale affanno della dottrina amministrativa nell'opera di classificazione suggeriscono di tentare una ricostruzione di tale posizione giuridica non tanto in relazione (e differenziazione rispetto) al diritto soggettivo lungo la linea meramente quantitativa del grado di tutela che l'ordinamento è disposto ad assicurare, quanto attraverso il diritto di resistenza nel senso di spostare anche sul piano quantitativo l'accento su quanto l'ordinamento è disposto a subire, seguendo l'approccio collegato alla tutela (in funzione del conflitto autorità-libertà: il risultato più significativo potrebbe essere colto proprio sul piano qualitativo dal momento che l'interesse legittimo sarebbe inglobato all'interno della ponderazione dell'interesse pubblico con effetti rivoluzionari a cominciare dalla oggettività della giurisdizione amministrativa

Siffatta inversione potrebbe anche riallacciarsi con maggiore coerenza proprio alla categoria dei diritti pubblici soggettivi, confinati alquanto incautamente nell'archeologia degli strumenti giuridici dello Stato di diritto.

funzionalità delle strutture “vulnerate” dalla presenza di attività posta in essere in presenza (o, addirittura, in dipendenza) di atti illegittimi.

In altri termini, la scelta operata dal legislatore potrebbe, nell’ottica del merito, risultare conseguente ad una valutazione approfondita e comparata del comportamento delle diverse strutture in funzione del raggiungimento dell’interesse pubblico, con esito addirittura sfavorevole nei confronti di quelle che non avevano “osato” porre in essere gli atti illegittimi⁹³.

E’ evidente che un tale tipo di valutazione⁹⁴ non avrebbe potuto apportare contributi apprezzabili laddove essa fosse stata appiattita alla stregua di parametri meramente economici (o, peggio, unicamente di carattere ragioneristico-contabile)⁹⁵ eludendo proprio il dovuto apprezzamento di/del merito (cioè, del suo collegamento al raggiungimento del fine da parte) dell’azione amministrativa.

Conclusioni

- La fattispecie sottoposta all’esame della Corte era talmente originale da sfuggire anche agli schemi, sperimentati nei paesi di *common law*, caratterizzati dalla notata corrispondenza dell’accoppiata del *suspensive act* con il successivo *indemnity act* che sostanziano, tutto sommato, un procedimento volto a regolare una specifica emergenza soprattutto per ordine pubblico o guerra (non ignota al Santi Romano di *Rivoluzione e diritto* nei *Frammenti del dizionario giuridico*).

⁹³ La valutazione di merito da parte del legislatore potrebbe, cioè, aver fatto riferimento ad una valutazione positiva del (o di un migliore) raggiungimento dei risultati da parte delle strutture che hanno posto in vita gli atti sanati con la norma.

L’esigenza del controllo interno connessa all’attività di direzione presenta un andamento bifrontale: la legislazione presenta un indirizzo collegato alla esaltazione di quello tipicamente strutturale (collegato alla efficienza valutativa) ed un, attraverso organismi di tipo tecnico, quali i cd. nuclei di altro che sposta sull’organo decisionale (per lo più quello esponentiale e politico) la titolarità di tale funzione (art. 51, 1° co. L. 142 del 1990)

⁹⁴ La riduzione dell’efficienza delle strutture pubbliche alla valutazione della mera efficacia in presenza, purtroppo, della costante (e perenne) insufficienza delle risorse economiche non potrebbe consentire mai uno sviluppo, neanche attraverso la sperimentazione di situazioni di errore (illegittimità)-tentativo.

In tale chiave può leggersi la dicotomia *efficienza/efficacia* come raggiungimento dello scopo ma la prima in funzione della mera conservazione (avente nella certezza il valore fondamentale) e la seconda in funzione dello sviluppo singolo e collettivo, come richiesto dall’art. 2 Cost. e far intravedere un rapporto gradualistico di *mezzo a fine* al loro interno.

In definitiva l’efficienza potrebbe riferirsi alla idoneità (anche astratta) del modello utilizzabile mentre l’efficacia misura l’attività (o, meglio, il comportamento) rispetto al raggiungimento del fine.

⁹⁵ Illuminante il grido di allarme che in tempi certamente non sospetti lanciò **BENVENUTI**, *Mondo economico e pubblica amministrazione*, in *Economia trentina*, 1960, 120, il quale individuava nel ‘dovere di **solidarietà**’ un luogo nel quale “ *la P.A. ed il mondo economico possono essere ricondotti, nei loro reciproci rapporti, fondamentalmente ad un unico principio prima ancora che sociale, morale*”.

Difatti i lavori parlamentari evidenziano un contrasto tra potere Legislativo ed Esecutivo che esclude sul problema la sussistenza del presupposto della fiducia tra gli stessi assolutamente necessaria nello schema vigente nel sistema parlamentare.

In realtà la consonanza (anche se non di tipo fiduciario) sussiste tra gli organi elettivi locali che hanno violato il corpus normativo e l'assemblea rappresentativa che ha inteso "rendere legale ciò che era illegale" per eliminare, proprio attraverso la legge finanziaria, la responsabilità patrimoniale degli amministratori.

La spiegazione di tale fenomeno potrebbe ricercarsi nel mutato sistema elettorale e nell'oscuramento delle centrali nazionali (partiti e movimenti) chiamati dalla Carta costituzionale a concorrere alla elaborazione (attraverso un processo tendente alla omogeneizzazione) delle valutazioni di ordine politico generale.

Difatti la valutazione di merito che sottende la volontà legislativa potrebbe essere la spia di un collegamento (un nuovo corporativismo ?) tra organi elettivi: e, più in particolare, il nuovo sistema, in altri termini, potrebbe tendere a far prevalere le esigenze particolari di ordine comportamentale (in risposta ai cd. *inputs* della società) rispetto alle visioni di tipo complessivo e ordinamentale.

Il fenomeno, avvertito fin dagli anni '50, della amministrativizzazione della legge potrebbe aver esaurito la sua forza espansiva con la conclusione della parabola che, attraverso la polverizzazione della partecipazione, ha portato a maturazione come frutti sostanziosi la trasparenza ed i criteri del comportamento amministrativo delle amministrazioni pubbliche del terzo millennio.

Il diritto di lavorare nell'Europa "allargata"¹

di Rita Mazza

1. In occasione dell'ampliamento dell'Unione europea a dieci nuovi Stati, per la maggior parte appartenenti all'Europa dell'Est, tra le molteplici questioni sollevate particolare rilievo ha assunto quella relativa all'applicabilità ai cittadini dei nuovi Stati aderenti del regime comunitario di libera circolazione dei lavoratori e alla sua incidenza sul loro diritto di lavorare.

Invero, il diritto di lavorare, oggi previsto anche dal Trattato di Costituzione europea², è da tempo garantito nell'ordinamento comunitario da un insieme di norme atte ad eliminare gli ostacoli diretti ed indiretti allo spostamento dei lavoratori da uno Stato membro all'altro, i quali restano quindi liberi di esercitare il proprio diritto di lavorare indipendentemente dal luogo in cui si trovano.

Come è noto, l'esercizio effettivo del diritto di cui si discute è regolato in maniera specifica a seconda della categoria di lavoratore interessata — lavoratori subordinati, lavoratori autonomi, prestatori di servizio. Tuttavia, è possibile rilevare due principi fondamentali comuni: il divieto di discriminazione fondata sulla nazionalità e la parità di trattamento con i cittadini nazionali relativamente alle condizioni di lavoro, compresa la retribuzione.

2. Riconducibile al divieto generale di discriminazione in base alla nazionalità previsto dall'art. 12 Tr. CE, il divieto contenuto nell'art. 39, par.2 Tr. CE, implica che gli Stati membri in materia di impiego, remunerazione ed altre condizioni di lavoro, non possono adottare disposizioni che stabiliscono nei confronti del lavoratore, cittadino di un altro Stato membro, un trattamento più rigoroso di quello previsto nei confronti del lavoratore nazionale a parità di circostanze oppure che determinano una situazione, di

¹ Il presente scritto è il risultato dell'intervento presentato al 3° Simposio europeo dei docenti universitari sul tema "Ora et labora", organizzato dalla Pontificia Università Lateranense il 2 luglio 2005.

² 1 testo del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, pubblicato in GUCE C 310 del 16 dicembre 2004, stabilisce che "ogni persona ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata" e che "ogni cittadino dell'Unione ha la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro" (art. II-75). In particolare, il titolo IV della parte II prevede il diritto all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa (art. II-87) il diritto di negoziazione e di azioni collettive, compreso il diritto allo sciopero (art. II-88), il diritto di accedere ad un servizio di collocamento gratuito (art. II-89), il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato (art. 11-90). Tra le categorie deboli, particolare attenzione è dedicata a minori e donne, nella misura in cui è vietato il lavoro minorile (art. II-92) e il licenziamento per motivi legati alla maternità (art. 11-93) e si riconosce, da un lato, il dovere di garantire ai giovani ammessi al lavoro condizioni di lavoro appropriate alla loro età e protezione contro lo sfruttamento economico (art. II-92), e dall'altro, il diritto a un congedo per maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o all'adozione di un figlio (art. II-93). Nella Parte III è disciplinata la politica dell'Unione in materia di circolazione dei lavoratori (art. III-133 ss.)

diritto o di fatto, svantaggiosa per lo straniero comunitario³. Il giudice comunitario ha precisato che il divieto in parola non si riferisce ad eventuali disparità di trattamento dovute alla divergenza tra legislazioni nazionali, poiché tali legislazioni si applicano a tutti i soggetti ad esse sottoposti secondo criteri obiettivi e a prescindere dalla nazionalità⁴.

Il divieto di discriminazione basato sulla nazionalità trova completamento nel principio della parità di trattamento che, secondo quanto chiarito dalla Corte di giustizia, impone non solo "che le stesse norme siano applicate ai cittadini nazionali e stranieri, ma che le dette norme siano applicate a queste due categorie di persone allo stesso modo"⁵.

Inoltre, il principio di parità di trattamento opera anche rispetto alle cosiddette "discriminazioni indirette", ossia "qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di riferimento, pervenga al medesimo risultato"⁶. Tali, ad esempio, sono state considerate le normative fondate sul criterio della residenza del lavoratore o dell'esperienza professionale maturata nello Stato di provenienza⁷.

Il lavoratore nazionale ed il lavoratore straniero comunitario ricevono uno stesso trattamento anche in riferimento ai vantaggi sociali e fiscali. La nozione di "vantaggio sociale" è stata interpretata in maniera estensiva dalla Corte di giustizia, comprendendo numerose ipotesi come il prestito agevolato o altro beneficio concesso per la nascita di un figlio; le sovvenzioni per il fondo assistenza per disabili; il sussidio di disoccupazione; i benefici per gli ascendenti e discendenti a carico del lavoratore, etc.⁸. Non sono esclusi dal principio della parità di trattamento i diritti sindacali⁹.

³ Cfr. sentenza 13 dicembre 1984, causa 251/83, *Haug-Adrion c. Frankfurter Versicherungs-AG*, Racc., p. 4277 ss.

⁴ Cfr. sentenza 28 giugno 1978, causa 1/78, *Kenny c. Insurance Officer*, Racc., p. 1489 ss.

⁵ Cfr. sentenza 7 maggio 1986, causa 131/85, *Guel c. Regierungspraesident Duesseldorf*, Racc., p. 1573. Il regolamento 1612/68 (GUCE L 257 del 19.10.1968, p. 2 ss.), interpretando in maniera ampia il campo di applicazione del principio succitato, estende il divieto di discriminazione a tutte le condizioni di impiego e di lavoro, in particolare in materia di retribuzione, licenziamento, reintegrazione professionale o ricollocamento se disoccupato (articolo 7, par. 1).

⁶ Cfr. sentenza 12 febbraio 1974, causa 152/73, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, Racc., p. 153 ss.; sentenza 21 settembre 2000, causa C-124/99, *Borawitz c. Landesversicherungsanstalt Westfalen*, Racc., p. I-7293 ss.

⁷ Cfr. sentenza 13 dicembre 1972, causa 44/72, *Marsman c. Roskamp*, Racc., p. 1243 ss.; sentenza 12 febbraio 1974, causa 152/73, *Sotgiu*; cit.; sentenza 8 maggio 1990, causa C-175/88, *Biehl c. Administration des contributions*, Racc., p. 1779 ss.; sentenza 22 marzo 1994, causa C-375/92, *Commissione c. Spagna*, Racc., p. I-923 ss.

⁸ Cfr. sentenza 14 gennaio 1982, causa 65/81, *Reina c. Landeskreditbank Baden-Wuerttemberg*, Racc., p. 33 ss.; sentenza 10 marzo 1993, causa C-111/91, *Commissione c. Lussemburgo*, Racc., p. I-817 ss.; sentenza 11 aprile 1973, causa 76/72, *Michel c. FNRSH*, Racc., p. 457 ss.; sentenza 20 giugno 1985, causa 94/84, *Office National Emploi c. Deak*, Racc., p. 1873 ss.; sentenza 12 settembre 1996, causa C-278/94, *Commissione c. Belgio*, Racc., p. I-4307 ss.; sentenza 11 luglio 2002, causa C-224/98, *D'Hoop c. Office National Emploi*, Racc., p. I-6191 ss.; sentenza 12 luglio 1984, causa 261/83, *Castelli c. ONPTS*, Racc., p. 3199 ss.; sentenza 8 giugno 1999, causa C-337/97, *Meeusen c. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, Racc., p. I-3289 ss.

⁹ In tal senso il regolamento 1612/68, cit. Inoltre, il giudice comunitario ha avuto occasione di precisare che al fine del riconoscimento dei diritti sindacali non assume rilievo la natura giuridica dell'associazione in questione

3. Il diritto di lavorare senza ostacoli nell'intero territorio comunitario trova una ulteriore garanzia nella attribuzione al lavoratore migrante del diritto di rimanere nello Stato membro, diverso da quello di origine, dove abbia svolto l'attività lavorativa, così da evitare che il lavoratore non eserciti la libera circolazione dovendo rientrare nello Stato di origine al termine dell'attività lavorativa.

Il diritto in esame non trova applicazione in casi eccezionali, tassativamente previsti dal Trattato CE, che si riferiscono all'impiego nella pubblica amministrazione e a limitazioni dovute a motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica.

Pur nel rispetto della competenza statale in relazione alla determinazione delle nozioni in parola, la giurisprudenza comunitaria non ha mancato di individuarne i limiti, a ragione della necessità di salvaguardare la reale applicazione di un diritto fondamentale, quello della libera circolazione, del sistema comunitario.

In tale ottica, la deroga del pubblico impiego prevista dall'art. 39 Tr. CE è stata riconosciuta solo in riferimento a quegli impieghi che implicano una partecipazione diretta o indiretta all'esercizio di poteri pubblici, nonché alle funzioni che hanno ad oggetto la tutela di interessi fondamentali dello Stato o di enti pubblici¹⁰. Ciò implica una valutazione riferita al caso specifico e non ad intere categorie¹¹. Tra i settori della pubblica amministrazione ve ne sono alcuni che rientrano automaticamente in deroga: forze armate, polizia ed altre forze dell'ordine; magistratura; diplomazia; amministrazione finanziaria¹².

Le restrizioni alla libera circolazione dovute a ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza o ragioni sanitarie costituiscono oggetto di una apposita direttiva di coordinamento che esplicita le modalità di applicazione dei relativi provvedimenti speciali¹³. In particolare, la legittimità delle misure restrittive dell'ingresso o del soggiorno è condizionata al rispetto di talune condizioni: l'adozione di provvedimenti di allontanamento non può essere giustificata da fini economici né dalla sola esistenza di condanne penali o dalla scadenza del documento di identità; deve essere collegata

(sentenza 4 luglio 1991, causa C-213/90, *Association de soutien aux travailleurs immigrés (ASTI) c. Chambre des Employés Privés*, Racc., p. I-3507 ss.).

¹⁰ Cfr. sentenza 17 dicembre 1980, causa 149/79, *Commissione c. Belgio*, Racc., p. 1845 ss.; sentenza 17 novembre 1991, causa C-4/91, *Bleis c. Ministère de l'Education Nationale*, Racc., p. I-5627 ss.

¹¹ Cfr. sentenza 2 luglio 1996, causa C-473/93, *Commissione c. Lussemburgo*, Racc., p. I-3207 ss.; sentenza 2 luglio 1996, causa C-173/94, *Commissione c. Belgio*, Racc., p. I-3265 ss.; sentenza 2 luglio 1996, causa C-290/94, *Commissione c. Grecia*, Racc., p. I-3285 ss.

¹² Cfr. Comunicazione della Commissione dell'11 dicembre 2002 "Libera circolazione dei lavoratori — realizzare pienamente i vantaggi e le potenzialità", COM (2002) 694 definitivo, p. 21.

¹³ Cfr. direttiva 64/221/CEE del Consiglio del 25 febbraio 1964, in *GUCE 56* del 4 aprile 1964, p. 850 ss.

esclusivamente ad un comportamento personale e specifico del soggetto¹⁴ e non può essere fondata sulla semplice esistenza di precedenti negativi o come deterrente per altri stranieri.

Riguardo al limite della sanità pubblica, la direttiva in parola contiene in allegato un elenco tassativo delle malattie che giustificano il diniego di ingresso; ad ogni modo, queste non giustificano eventuali misure restrittive del soggiorno e, inoltre, sono rilevanti solo se insorte precedentemente al rilascio del primo permesso di soggiorno¹⁵.

Il giudice comunitario ha voluto ribadire il carattere eccezionale dei provvedimenti che limitano il soggiorno ed ha stabilito che questi possono essere adottati solo se il comportamento dello straniero costituisce "una minaccia effettiva ed abbastanza grave" per l'ordine pubblico; inoltre, tale minaccia deve essere "attuale" e riguardare uno degli interessi fondamentali della collettività¹⁶. Nel rispetto del principio di proporzionalità, le restrizioni non possono andare al di là di quanto necessario a soddisfare le esigenze di ordine pubblico in una società democratica, né può essere adottata una misura di espulsione fondata su considerazioni di prevenzione generale, senza tener conto del caso singolo¹⁷.

Inoltre, è bene precisare che uno Stato membro non può rifiutare il diritto di ingresso o di soggiorno dello straniero comunitario nel proprio territorio a ragione di un comportamento che, se posto in essere da un cittadino nazionale, non comporterebbe

¹⁴ Cfr. artt. 2 e 3 della direttiva 64/221/CEE, cit. Allo scopo di salvaguardare il diritto dello straniero comunitario a non vedersi negata la libertà di circolazione al di fuori delle ipotesi espressamente previste, L'art. 8 della direttiva prevede a favore del soggetto interessato alcune garanzie: la possibilità di esperire i ricorsi consentiti ai cittadini avverso gli atti amministrativi; la notifica allo straniero delle misure restrittive, indicando precisamente i motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica sui quali si fondano e indicando un termine non inferiore ad un mese per lasciare il territorio dello Stato, se si tratta di soggiorno, e non inferiore ai quindici giorni, se si tratta di ingresso (artt. 5-7). In questo modo si intende garantire all'interessato la possibilità di difendere i propri interessi. La direttiva 64/221 non prevede che l'eventuale ricorso produca effetti sospensivi, né impone agli Stati di ammettere lo straniero in questione nelle more del giudizio; secondo la Corte (sentenza 17 giugno 1997, cause riunite C-65/95 e C-111/95, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department*, Racc., p. I-3343 ss.; sentenza 9 novembre 2000, causa C-357/98, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department*, Racc., p. I-9265 ss.) è sufficiente che il provvedimento di espulsione non sia eseguito prima che l'interessato sia stato messo in grado di esperire i ricorsi consentiti dalla direttiva.

¹⁵ L'elenco contenuto nell'allegato alla direttiva 64/221/CEE comprende malattie che possono mettere in pericolo la sanità pubblica (malattie per le quali è prescritto un periodo di quarantena; tubercolosi; sifilide; altre malattie infettive o parassitarie contagiose a condizione che nel paese ospitante esse siano oggetto di disposizioni di protezione per i cittadini) e malattie ed infermità che possono mettere in pericolo l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza (tossicomania; alterazioni psicomentali più evidenti).

¹⁶ Cfr. sentenza 8 aprile 1976, causa 48/75, *Royer*, Racc., p. 497 ss.; sentenza 27 ottobre 1977, causa 30/77, *Regina c. Boucherau*, Racc., p. 1999 ss.

¹⁷ Cfr. sentenza 28 ottobre 1975, causa 36/75, *Rutili c. Ministre de l'Interieur*, Racc., p. 1219 ss.; sentenza 26 febbraio 1975, causa 67/74, *Monsignore c. Oberstadtdirektor der Stadtkollen*, Racc., p. 297 ss.

misure repressive¹⁸.

4. Il divieto di discriminazione basata sulla nazionalità ed il principio della parità di trattamento si applicano anche ai lavoratori non subordinati, quindi lavoratori autonomi stabili e prestatori di servizi. Nel primo caso si tratta di persone fisiche e persone giuridiche che si stabiliscono in uno Stato membro diverso da quello di origine al fine di svolgervi la propria attività non subordinata; nel secondo, si tratta di soggetti che, pur mantenendo la propria residenza o sede nello Stato di appartenenza, erogano servizi a favore di destinatari stabiliti in altri Stati membri: si pensi all'impresa che apre una succursale all'estero e all'avvocato che presta la propria consulenza. Ciò che accomuna le due tipologie di lavoratori è il carattere transfrontaliero della attività lavorativa; ciò che le distingue, invece, è il grado di partecipazione alla vita economica di uno Stato membro diverso da quello di origine, che sarà maggiore nel diritto di stabilimento. Libera circolazione dei servizi e libertà di stabilimento implicano, innanzitutto, che il lavoratore deve poter esercitare la propria attività nello Stato ospite alle stesse condizioni imposte ai lavoratori nazionali e che qualsiasi misura che colpisca lo straniero in quanto tale è illegittima.

5. Dall'allargamento dell'Unione europea a partire dal 1° maggio 2004¹⁹ derivano conseguenze sull'applicabilità ai nuovi Stati aderenti dell'"acquis" comunitario in materia di libera circolazione dei lavoratori, che permette — come appena sinteticamente descritto — di esercitare un ampio diritto di lavorare nell'intero territorio degli Stati membri dell'UE.

Invero, mentre il diritto di lavorare dei cittadini degli Stati già membri resta soggetto alle preesistenti norme di diritto comunitario, con il vantaggio che gli stessi cittadini possono esercitare il proprio diritto in un territorio più vasto²⁰, il diritto di lavorare dei cittadini dei nuovi Stati risulta in parte limitato, nella misura in cui è stato previsto un regime transitorio, per una durata massima di sette anni, che garantisce il

¹⁸ Cfr. sentenza 18 maggio 1989, causa 249/86, *Commissione c. Germania*, Racc., p. 1263 ss.; sentenza 18 maggio 1982, cause riunite 115 e 116/81, *Adoui e Cornuaille c. Stato Belga*, Racc., p. 1665 ss.; sentenza 19 gennaio 1999, causa C-348/96, *Calfa*, Racc., p. I-11 ss

¹⁹ Data di entrata in vigore del Trattato di Adesione concluso dall'Unione europea con i nuovi Stati membri nel 2003.

²⁰ Tra gli Stati di nuova adesione, solo Ungheria, Polonia e Slovenia hanno previsto limitazioni di accesso al proprio mercato del lavoro nei confronti di cittadini degli Stati già membri che applicano il regime transitorio, analizzato in prosieguo, che deroga alle vigenti regole di libera circolazione, avvalendosi di una facoltà loro attribuita dal Trattato di Adesione. Gli stessi Stati alcuna limitazione prevedono nei confronti degli altri lavoratori neocomunitari.

passaggio graduale al regime di libera circolazione della forza lavoro comune a tutti i 25 Stati membri.

Infatti, gli Stati dell'UE 15 hanno la possibilità di continuare ad applicare le norme nazionali e gli accordi bilaterali conclusi con i nuovi Stati membri, in deroga alle regole comunitarie relative alla libera circolazione. Con l'eccezione di Regno Unito, Irlanda e Svezia, tutti gli Stati UE 15 hanno optato per il regime transitorio²¹.

Dopo una prima fase di due anni, la Commissione presenterà una relazione con l'obiettivo di permettere al Consiglio UE di verificare il funzionamento delle disposizioni transitorie. Nello stesso tempo, gli Stati membri originari dovranno dare comunicazione formale alla Commissione dell'intenzione o meno di continuare ad applicare le norme nazionali per un ulteriore periodo di tre anni. In seguito, solo l'ipotesi eccezionale di sussistenza o rischio di gravi perturbazioni del proprio mercato del lavoro può giustificare l'applicazione di misure nazionali. In ogni caso, il regime transitorio non potrà protrarsi oltre un periodo massimo di sette anni.

6. Il regime transitorio in materia di libera circolazione dei lavoratori è un chiaro strumento di protezione dei lavoratori degli Stati già membri. Tuttavia, i limiti posti ai "nuovi" lavoratori devono essere correttamente valutati, considerato che un sistema analogo è stato già utilizzato per precedenti allargamenti (Spagna e Portogallo) e che la pratica passata ha dimostrato che i flussi migratori di lavoratori tendono piuttosto a diminuire dopo l'allargamento. Non è escluso, infatti, che, come in passato, il regime di transizione non coprirà l'intero periodo previsto.

La scelta operata dagli Stati UE 15 va ridimensionata anche sotto un altro profilo: la deroga al regime comunitario di libera circolazione riguarda esclusivamente i lavoratori subordinati e non anche i lavoratori autonomi stabili e i prestatori di servizi, che sono

²¹ Negli Stati che si avvalgono del regime transitorio, quindi, è necessario un permesso di lavoro. In Italia, per esempio, i lavoratori subordinati dei nuovi Stati destinatari del regime transitorio sono ammessi per una quota massima di 20000 unità, oltre la quota già prevista per i lavoratori extracomunitari (cfr. DPCM del 20 aprile 2004 "Programmazione dei flussi di ingresso dei lavoratori cittadini dei nuovi Stati membri dell'Unione europea nel territorio dello Stato per l'anno 2004"). Fanno eccezione i lavoratori che abbiano svolto un anno di attività subordinata in maniera ininterrotta e quelle categorie di lavoratori comunque fuori quota, indipendentemente dalla cittadinanza comunitaria, quali professori universitari, ricercatori, lettori universitari; traduttori ed interpreti; infermieri professionali assunti presso strutture sanitarie pubbliche e private; artisti e personale dello spettacolo, etc. Negli Stati che non si avvalgono del regime transitorio, non si prevedono restrizioni alla circolazione dei lavoratori dei nuovi Stati membri; il Regno Unito ha introdotto soltanto un sistema di registrazione per monitorare l'impatto dell'allargamento sul proprio mercato del lavoro e ha modificato la propria legislazione in materia di sicurezza sociale e di accesso all'edilizia popolare, introducendo talune limitazioni.

liberi di esercitare il proprio diritto di lavorare nel territorio dell'Europa "allargata". Non bisogna dimenticare, però, che esistono figure ibride di lavoratori che difficilmente si collocano in modo netto in una categoria piuttosto che in un'altra, come, ad esempio, i lavoratori subordinati di un datore di lavoro prestatore di servizi temporaneamente distaccati nel territorio di uno Stato membro diverso da quello in cui normalmente svolgono l'attività lavorativa. Si tratterebbe, in tale fattispecie, di stabilire se dare maggiore rilievo al rapporto tra il lavoratore e il datore di lavoro oppure alla attività svolta dall'impresa di appartenenza: nel primo caso si applicherebbe il regime del lavoro subordinato; nel secondo caso il regime della prestazione di servizi. È del tutto evidente che la corretta individuazione della categoria di lavoratori interessata è determinante nell'applicazione di un regime derogatorio, quale quello previsto dal Trattato di Adesione, collegato al lavoro subordinato e non ai servizi²².

L'esclusione dei servizi dal regime transitorio trova una eccezione nella cosiddetta "clausola di salvaguardia" che, secondo il Trattato di Adesione, Austria e Germania possono invocare a protezione di specifici settori, quali l'edilizia e la pulizia industriale, consentendo di limitare la fornitura dei servizi correlati che comportino il trasferimento temporaneo di lavoratori. Tuttavia, il ricorso a tale clausola è condizionato, sotto il profilo sostanziale, alla permanenza di gravi turbative nei settori in questione, e, sotto il profilo temporale, al periodo in cui Austria e Germania applicano le disposizioni transitorie.

È bene ricordare, inoltre, che il regime transitorio in discussione non si applica a Cipro e Malta, in considerazione anche delle loro caratteristiche economiche e sociali, e che Malta può limitare l'accesso al proprio mercato del lavoro agli altri cittadini comunitari.

Il diritto di lavorare senza ostacoli nel territorio dell'Unione europea dei "nuovi" lavoratori comunitari non è, al momento, equiparabile a quello degli altri lavoratori comunitari, in quanto limitato alla sola categoria del lavoro non subordinato. Tuttavia, non si può fare a meno di notare che le deroghe alla disciplina comunitaria previste dal Trattato di Adesione in materia di lavoro riguardano esclusivamente l'accesso al mercato

²² Nella sentenza del 27 marzo 1990, *Societe Rush Portuguesa Lda c. Office National d'Immigration* (causa C-113/89, Racc., p. I-01417 ss.) la Corte di giustizia ha stabilito che i lavoratori che si stabiliscono temporaneamente in uno Stato membro diverso da quello di origine per effettuare lavori edili o lavori pubblici nell'ambito di una prestazione di servizi effettuata dal loro datore di lavoro non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 39 Tr. CE né delle disposizioni derogatorie previste nell'Atto di Adesione del Portogallo, considerato che essi rientrano nel paese di origine senza mai accedere al mercato del lavoro dello Stato membro ospite; infatti, nessun contratto di lavoro è concluso tra i lavoratori e il beneficiario finale, come già precisato in precedente giurisprudenza (tra le altre, sentenza del 17 dicembre 1981, causa 279/80, *Webb*, Racc., p. 3305 ss)

del lavoro e non il trattamento del lavoratore; quindi, tutti i lavoratori dell'Europa "allargata", senza esclusioni, una volta ammessi nel mercato del lavoro di uno Stato membro hanno diritto al trattamento previsto dalla normativa comunitaria, ossia un trattamento che pone su un piano di parità il lavoratore nazionale e quello straniero comunitario, nel pieno rispetto del principio di non discriminazione.

L' art. 1, comma 206, della Legge Finanziaria 2006: legge di coordinamento o invasione d'autonomia?

di Gaia Rubba¹

Introduzione

Dispone la Legge finanziaria 2006 (art. 1, commi da 198 a 205) che nel triennio 2006-2008 gli Enti locali (oltre alle Regioni) non possono prevedere per il personale una spesa superiore a quella del 2004, ridotta dell' 1%, non computando le maggiori spese per arretrati previsti dalla contrattazione collettiva e le ulteriori spese derivanti dai rinnovi dei contratti collettivi medesimi. La detta disposizione, così come anche altre sempre relative al personale, è espressamente qualificata dal legislatore "principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica ai sensi degli articoli 117, terzo comma, e 119, secondo comma, della Costituzione" (art. 1, comma 206).

Non pare, però, che basti al legislatore titolare espressamente una disposizione come principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica per chiudere il problema circa la legittimità costituzionale, e la efficacia in termini di attuazione del coordinamento, della disposizione medesima.

Anche perché la problematica va inquadrata nell'ambito della mancata attuazione normativa dell'art. 119 della Cost. e, conseguentemente, dell'art. 117, nonché facendo riferimento alla "risposta" della Corte Costituzionale a tale situazione.

Si cercherà, pertanto, di arrivare ad un esame critico della citata disposizione seguendo proprio tali linee guida.

1. L'inattuazione normativa dell'art. 119 della costituzione

L'art. 119 della Costituzione, nella nuova formulazione introdotta dalla Legge cost. n. 3/2001, di riforma del Titolo V della Costituzione, detta una serie di regole la cui intelligibilità risulta, però, legata al coordinamento sistematico con altre previsioni del nuovo Titolo V relative al federalismo fiscale.

L'art. 117, secondo comma, lett.e), Cost., riserva, infatti, alla legislazione esclusiva statale la materia del "sistema tributario e contabile dello Stato" ed il terzo comma dello

¹ Dottoranda in Istituzioni e politiche ambientali, finanziarie e tributarie presso la Scuola di dottorato in Scienze giuridiche ed economiche della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

stesso art. 117 attribuisce alla competenza concorrente la materia dell' "armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario". Nel confronto tra le due disposizioni, la competenza esclusiva statale appare, quindi, limitata solo al sistema tributario dello Stato ed ai principi fondamentali del coordinamento del sistema tributario. Poiché, inoltre, il quarto comma dell'art. 117 Cost. prevede la competenza regionale esclusiva in relazione alle materie "innominate", ne dovrebbe conseguire la competenza esclusiva delle Regioni in relazione ai tributi non istituiti dalla legge statale ai sensi della lett. e) del secondo comma dell'art. 117 (e, quindi, in relazione ai tributi regionali e locali).

Il secondo comma dell'art. 119 Cost. sembra confermare quest'interpretazione disponendo: " I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno risorse autonome. Stabiliscono e applicano tributi ed entrate propri, in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario".

Il passaggio dalla forma passiva del vecchio testo ("alle Regioni sono attribuiti") a quella attiva del nuovo art. 119 Cost. ("le Regioni stabiliscono") sembrerebbe, infatti, legittimare la possibilità per le Regioni di introdurre autonomamente, e, dunque, prescindendo da una legge statale, nuovi tributi. In altri termini, la tesi della non necessità della legge statale istitutiva, che sotto la vigenza del vecchio art. 119 Cost., appariva decisamente problematica, sembrerebbe ricevere attualmente un supporto testuale maggiore.

A questa ricostruzione sistematica del nuovo dettato costituzionale, che risulta ormai diffusamente condivisa dalla dottrina, e riaffermata nel testo dell'Accordo tra Regioni ed Enti locali, nonché nel documento di sintesi del Comitato tecnico-scientifico dell'Alta Commissione sul Federalismo Fiscale, va aggiunto che la possibilità di riconoscere una pluralità di sistemi tributari regionali deve essere, però, considerata unitamente alla riserva allo Stato dei principi fondamentali del coordinamento tributario.

E' solo nei limiti dei principi del coordinamento che il nuovo art. 119 Cost. prevede, infatti, la possibilità per le leggi regionali di istituire veri e propri tributi regionali.

Pertanto, il problema dell'attuazione dell'art. 119 Cost., e, di conseguenza del cosiddetto "federalismo fiscale", si sposta sulle leggi di coordinamento, tuttora non emanate in modo organico dal legislatore statale, dal momento che il nuovo Titolo V non prevede alcuna disposizione rivolta a regolare direttamente il passaggio al nuovo regime.

Di fronte a detta situazione, viene, dunque invocata da più parti una "disciplina transitoria che consenta l'ordinato passaggio dall'attuale sistema, caratterizzato dalla permanenza di una finanza regionale e locale ancora in non piccola parte "derivata", cioè dipendente dal bilancio statale, e da una disciplina statale unitaria di tutti i tributi con limitate possibilità riconosciute a Regioni ed Enti locali di effettuare autonome scelte, ad un nuovo sistema", così come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 37/2004.

2. La giurisprudenza della Corte Costituzionale sull' art. 119 cost.: "tributi propri" e leggi di coordinamento

Le pronunce della Corte Costituzionale relative al nuovo art. 119 Cost. hanno, infatti, raggiunto un numero elevato, sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo.

Ponendosi, dunque, come fondamentale, sul tema, il contributo della Corte, sia nella specificazione della dizione di "tributi propri" dell'art. 119 Cost., sia nell'azione sollecitoria, nei confronti del legislatore statale, per l'emanazione delle leggi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, e sia, in ultimo, per la difesa del divieto, quantomeno, di non regredire rispetto al grado di autonomia esistente.

Riguardo al primo aspetto, la Corte costituzionale, nel trovarsi a determinare, di volta in volta, la natura dei tributi sottoposti a verifica di legittimità costituzionale, ha concluso, secondo costante orientamento, per la natura di tributo statale e non "proprio della Regione", nel senso di cui al vigente art. 119 Cost., dei tributi comunque istituiti e disciplinati dalla legislazione statale.

Questi ultimi, infatti, per quanto rimessi in concreto alla disciplina ed alle determinazioni delle Regioni, in quanto istituiti con legge statale, nella stessa, in ultimo, trovano la legittimazione della propria autonomia impositiva.

Per fare degli esempi, la Corte ha definito "tributi statali attribuiti alle Regioni", cosiddetti tributi propri "derivati", la tassa automobilistica regionale (sentenza n. 311/2003); l'IRAP (sentenze n. 296/2003; n. 297/2003; 37/2004; 241/2004); il tributo speciale per il deposito in discarica dei rifiuti solidi (sentenze n. 335/2005; n. 397/2005).

Nella sentenza n. 311/2003, infatti, la Corte precisa: "*.....il legislatore statale, pur attribuendo alle Regioni ad autonomia ordinaria il gettito della tassa (automobilistica regionale) unitamente ad un limitato potere di variazione dell'importo originariamente*

stabilito, nonché l'attività amministrativa relativa alla riscossione ed al recupero della tassa stessa, non ha tuttavia fino ad ora sostanzialmente mutato gli altri elementi costitutivi della disciplina del tributo. In questo quadro normativo, quindi, la tassa automobilistica non può oggi definirsi come "tributo proprio della Regione" ai sensi dell'art. 119, secondo comma, della Cost., dal momento che la tassa stessa è stata "attribuita" alle Regioni, ma non "istituita" dalle Regioni. Si deve quindi ribadire che allo stato della vigente legislazione, la disciplina delle tasse automobilistiche rientra nell'ambito della competenza esclusiva dello Stato in materia di tributi erariali.....".

Secondo la sentenza n. 296/2003: ".....la circostanza che l'imposta (IRAP) sia stata istituita con legge statale e che alle regioni a statuto ordinario destinatarie del tributo, siano espressamente attribuite competenze di carattere solo attuativo, rende palese che l'imposta stessa- nonostante la sua denominazione- non può considerarsi "tributo proprio della Regione", nel senso in cui oggi tale espressione è adoperata dall'art. 119, secondo comma, della Cost., essendo indubbio il riferimento della norma costituzionale ai soli tributi istituiti dalle Regioni con propria legge, nel rispetto dei principi del coordinamento con il sistema tributario statale. Ne discende che, allo stato, la disciplina sostanziale dell'imposta.....rientra tuttora nella esclusiva competenza dello Stato in materia di tributi erariali, secondo quanto previsto dall'art. 117, secondo comma, lett. e) della Costituzione.....".

A proposito dell'Irap, vi è da evidenziarsi che la stessa era stata già definita dalla Corte Costituzionale (nella sentenza n. 138/1999), nel vigore del precedente art. 119 Cost., come un tributo "attribuito" alla Regione dalla legge dello Stato, che ne definisce i caratteri e la disciplina fondamentale quanto a soggetti colpiti, presupposti e materia imponibile, nonostante che, essendo la stessa istituzionalmente destinata ad alimentare la finanza della Regione nel cui territorio avviene il prelievo a carico della rispettiva collettività, all'epoca venisse definita "tributo proprio delle Regioni", in contrapposizione alle "quote di tributi erariali".

Ancora, la sentenza n. 397/2005 conferma che: "*.....si tratta dunque di un tributo (tributo speciale per il deposito in discarica dei rifiuti solidi) che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, va considerato statale e non già "proprio" della Regione, nel senso di cui al vigente art. 119 Cost., senza che in contrario rilevino né l'attribuzione del gettito alle Regioni ed alle Province, né le determinazioni espressamente attribuite alla legge regionale dalla citata norma statale (legge statale n. 549 del 1995). Ne consegue che la disciplina sostanziale dell'imposta rientra tuttora nella competenza*

esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., e che è preclusa, se non nei limiti riconosciuti dalla legge statale, la potestà delle Regioni di legiferare su tale imposta.....".

Infine, anche la più recente sentenza della Corte costituzionale n. 2/2006 mantiene costante tale orientamento giurisprudenziale, definendo l'addizionale IRPEF istituita dalla Regione Marche, allo stesso modo delle citate sentenze, come un tributo statale e non "proprio" della Regione nel senso di cui all'art. 119 Cost., nonostante che permangano in concreto ampi spazi di autonomia in capo alle Regioni relativamente alla possibilità di integrazione della disciplina della misura di tale addizionale.

D'altra parte, il problema che resta sullo sfondo di tutte le sentenze della Corte costituzionale che rientrano in detto filone, è, appunto, quello fondamentale della mancata attuazione normativa dell'art. 119 Cost., nei confronti del quale la Corte pare manifesti un atteggiamento di discreta "insofferenza".

Così come quando la Corte afferma che: "*l'attuazione dell'art. 119 Cost. è urgente*" (sentenza n. 370/2003), o nel momento in cui parla di "*salvezza delle eventuali anticipazioni del federalismo fiscale*", nella sentenza n. 241/2004.

Ed anche in quest'ultima, la Corte precisa che il presupposto necessario affinché il nuovo disegno costituzionale dell'art. 119 Cost. possa essere attuato, è che intervenga il legislatore statale, il quale, al fine di coordinare l'insieme della finanza pubblica, non solo dovrà fissare i principi cui i legislatori regionali dovranno attenersi, ma dovrà definire, inoltre, gli spazi ed i limiti entro i quali potrà esplicarsi la potestà impositiva, rispettivamente di Stato, Regioni ed Enti locali.

In mancanza della fondamentale legislazione statale di coordinamento non è, infatti, ammissibile, in materia tributaria, l'esplicazione di potestà regionali autonome.

Considerata, quindi, la mancata attuazione da parte del legislatore statale dell'art. 119 Cost., più di recente la Corte costituzionale pare essere giunta ad una nuova visione, maggiormente disincantata, del problema.

Nel senso che, di fronte all'inattuazione dell'art. 119 Cost., la stessa propone quanto meno di recuperare un principio di leale cooperazione tra Stato e Regioni, in vista dell'esigenza di garantire il più efficiente esercizio delle attribuzioni tanto statali, quanto regionali (sentenza n. 42/2006), e di tenere ben presente il divieto di regredire rispetto al grado di autonomia esistente.

Se, dunque, allo stadio della legislazione attuale, l'autonomia impositiva delle Regioni trova i maggiori spazi di esplicazione nell'ambito delle integrazioni alla disciplina dei detti "tributi propri derivati", vale, invero, quantomeno il limite discendente dal divieto di procedere in senso inverso a quanto oggi prescritto dall'art. 119 Cost., e, quindi, di sopprimere semplicemente, senza sostituirli, gli spazi di autonomia già riconosciuti dalle leggi statali in vigore alle Regioni e agli Enti locali, o di procedere a configurare un sistema finanziario complessivo che contraddica i principi del medesimo art. 119 Cost..

E questo è anche il quadro complessivo che, con profili simili, emerge dal documento di sintesi del Comitato tecnico- scientifico dell'Alta Commissione sul federalismo fiscale.

3. Prospettive di attuazione dell' art. 119 cost. Nei lavori dell' Alta Commissione sul federalismo fiscale

L'Alta Commissione sul federalismo fiscale, incaricata dal Governo di formulare proprio i principi generali del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario coerenti con la riforma costituzionale del 2001, si è trovata, a sua volta, ad operare, per il tempo del suo operato, conclusosi lo scorso settembre, in assenza del presupposto fondamentale della sua attività, che avrebbe dovuto concretizzarsi nell'approvazione, in sede di Conferenza Unificata Stato- Regioni- Autonomie, di un documento di indirizzo sui meccanismi strutturali del federalismo fiscale.

Pur in mancanza di tale accordo- guida, l'Alta Commissione è, tuttavia, riuscita a sviluppare una serie di analisi che sono state alla fine raccolte e trasmesse al Governo.

Tra queste, di particolare interesse per l'attinenza al problema di cui si tratta, è il documento di sintesi predisposto dal Comitato tecnico- scientifico che, assieme al Comitato istituzionale, ha supportato le elaborazioni dell'Alta Commissione.

In breve, la questione del disegno del futuro sistema di federalismo fiscale è affrontata dal Comitato scomponendola nei suoi elementi costitutivi fondamentali:

- la stima dei costi standard delle spese degli Enti territoriali;
- le caratteristiche desiderabili dei tributi erariali devoluti agli Enti territoriali e delle compartecipazioni ai tributi erariali;
- l'assetto ottimale del sistema del sistema di trasferimenti perequativi;
- i principi fondamentali di coordinamento del sistema tributario nazionale;

- il disegno di un sistema di coordinamento della finanza pubblica in generale, e del Patto di stabilità interno in particolare.

Sul lato delle modalità di finanziamento degli Enti territoriali, che è il punto che interessa evidenziare, il Comitato sottolinea come il ruolo primaria nell'autonomia tributaria delle Amministrazioni territoriali, in attesa della futura legge di coordinamento, continuerà ad essere sostenuto dai tributi propri derivati, in particolare dall' IRAP e dall' ICI, e non dai tributi propri autonomi. Difatti, uno spazio troppo ampio lasciato alla "creatività" regionale in tema di tributi propri (e l'ampiezza di questo spazio dipenderà dal grado di pervasività dei principi contenuti nella legge di coordinamento) potrebbe d'altro canto compromettere, a parere della Commissione, la funzionalità del sistema perequativo che fa necessariamente riferimento alle capacità fiscali standardizzate e, quindi, calcolate su tributi e basi omogenee nell'ambito di uno stesso livello di governo.

In tale prospettiva, per mantenere inalterato l'attuale livello di autonomia tributaria a fronte dell'aumento delle entrate connesso alla devoluzione di nuove funzioni, la Commissione ha prospettato come opportuno proprio l'ampliare i margini di intervento consentiti agli Enti territoriali sui tributi propri derivati. In particolare, le possibilità di variazione autonoma dovrebbero concentrarsi sulla manovra delle aliquote, lasciando, invece, la struttura di progressività e la determinazione delle basi imponibili alla normativa nazionale.

Il tutto, nell'ambito della valorizzazione al massimo del principio di leale collaborazione tra i livelli di governo, mediante nuove formule istituzionali e meccanismi procedurali, come sottolineato dal Comitato.

4. Il caso dell' art. 1, comma 206, della Legge Finanziaria del 2006

Venendo al caso dell'art. 1, comma 206, della legge finanziaria del 2006, lo stesso, come anticipato, è stato definito dal legislatore statale una disposizione da considerare "principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica ai sensi degli articoli 117, terzo comma, e 119, secondo comma, della Costituzione". A tale riguardo, si pone l'interrogativo iniziale, se, cioè, può bastare al legislatore qualificare espressamente una disposizione come principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica, per

chiudere il problema della legittimità costituzionale e della efficacia attuativa del federalismo fiscale della disposizione medesima.

Considerati anche tutti i profili problematici, che in concreto si sono posti e si pongono tuttora in riferimento all'emanazione delle leggi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, su cui ci si è precedentemente soffermati, sembrerebbe proprio di no.

Se al legislatore fosse dato, infatti, il potere di qualificare da sé la legittimità costituzionale delle leggi, appare evidente che la Corte costituzionale nel vigente ordinamento non avrebbe alcuna ragione d'essere. Spetta, dunque, sempre alla Consulta la valutazione sulla costituzionalità delle norme, rimanendo ininfluyente ai fini dell'esame dei requisiti di legittimità costituzionale ogni espressa disposizione in materia. Ciò premesso appare, comunque, interessante, in tale contesto, analizzare le ragioni favorevoli e contrarie alla legittimità costituzionale della norma.

La tesi favorevole trova fondamento, in primo luogo, sulla considerazione che rientra nella potestà legislativa dello Stato imporre modalità operative finalizzate al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, connessi con gli obblighi internazionali. Lo ha confermato la Corte costituzionale con la sentenza 26 gennaio 2004, n. 36, ove è specificato che il legislatore statale può legittimamente stabilire vincoli di bilancio nei confronti degli enti locali, nonostante da ciò derivi una compressione dell'autonomia di spesa, laddove tali vincoli siano funzionali a ragioni di coordinamento finanziario connesse ad obiettivi nazionali, condizionati anche da obblighi comunitari. La giurisprudenza della Consulta ha precisato che l'imposizione da parte della legge statale di vincoli di bilancio attuativi del patto di stabilità trova un confine nel non determinare il dettaglio operativo. Pertanto, il coordinamento della finanza pubblica deve essere posto in essere dalla legge dello Stato mediante una disciplina di principio, che escluda l'individuazione minuta degli strumenti attraverso i quali ottenere il contenimento della spesa. La legge finanziaria per il 2006, in effetti, non specifica in modo puntuale come gli enti locali debbano contenere la spesa entro l'obiettivo della riduzione dell'1% rispetto al 2004. La norma lascia una certa libertà di agire, consentendo agli enti di contrarre le spese per:

- a) assunzioni a tempo determinato;
- b) collaborazioni esterne;
- c) convenzioni;
- d) somministrazione di lavoro (ex lavoro interinale);
- e) assunzioni a tempo indeterminato;

- f) riduzione degli oneri riflessi;
- g) contrazione degli oneri derivanti dalla contrattazione decentrata integrativa;
- h) riduzione dei costi connessi al funzionamento degli organi di governo.

Visto l'ampio spettro di azione degli enti locali, e considerando che in effetti la disciplina attuativa del patto di stabilità rientra per sua natura nel novero delle norme di coordinamento della finanza pubblica, si può ritenere che la disciplina della legge finanziaria sia costituzionalmente legittima, in quanto non prescrive vincoli particolari o, comunque, non obbligatori. Rimane, infatti, agli enti la possibilità di modulare gli interventi di contenimento della spesa del personale sulla base di scelte autonome, non fissate in modo obbligatorio dal legislatore.

Sicché, per la prima tesi, la normativa della finanziaria 2006 può qualificarsi come normativa di principio. In particolare, il principio fissato è quello del contenimento della spesa per il personale in misura pari alla riduzione della stessa spesa riferita al 2004 dell'1%. Tale norma basilare, lascia, dunque, una banda di oscillazione, un ventaglio di azione aperto, che consente a ciascun ente di attuarlo secondo le proprie esigenze. Alcuni enti punteranno di più sulla riduzione delle forme flessibili di assunzione. Altri, sul blocco delle assunzioni. Altri, su una diversa dinamica della contrattazione decentrata. Laddove una norma consente, dunque, al soggetto destinatario di scegliere il modo di conseguire l'obiettivo di interesse pubblico da essa previsto con modalità lasciate alla scelta del soggetto attuatore, essa può essere qualificata di principio.

L'opposta tesi si fonda, invece, sulla considerazione che la norma della legge finanziaria è solo in apparenza disposizione di principio. In realtà, ci si ritrova di fronte ad una vera e propria disposizione di dettaglio, che impone alle amministrazioni locali vincoli estremamente stringenti. A sostegno di questa seconda tesi, opera la sentenza della Corte costituzionale 14.11.2005, n. 417. Nel punto 6.3 della sentenza, laddove si accoglie la questione di legittimità costituzionale sollevata nei confronti del decreto "tagliaspese" si legge che, affinché una disciplina legislativa statale si atteggi come norma di principio, i conseguenti vincoli di bilancio possono considerarsi rispettosi dell'autonomia delle regioni o degli enti locali a due condizioni. In primo luogo, occorre che i vincoli abbiano ad oggetto l'entità del disavanzo corrente; in alternativa, solo in via transitoria ed in vista degli specifici obiettivi di riequilibrio della finanza pubblica perseguiti dal legislatore statale, i vincoli possono limitare la crescita della spesa corrente degli enti autonomi. Pertanto, secondo la Consulta, laddove la legge statale imponga limiti all'entità di una

singola voce di spesa, essa non introduce più un principio, ma impone un precetto operativo specifico, invadendo indebitamente un'area di decisione propria delle amministrazioni locali. La Consulta per queste ragioni, ritenendo che il decreto "tagliaspese" non avesse fissato limiti generali al disavanzo o alla spesa corrente degli enti locali, lo ha dichiarato incostituzionale.

La disciplina di contenimento della spesa del personale contenuta nella legge finanziaria 2006 può, allora, essere considerata non un principio, ma una serie di vincoli specifici. Di certo, la specifica norma di contenimento della spesa entro quella del 2004, ridotta dell'1%:

- a) non costituisce regola di contenimento del disavanzo corrente; infatti, non mira a ridurre il disavanzo, ma semplicemente impone una soglia alla spesa possibile;
- b) non è un limite alla spesa corrente nel suo complesso.

Lo stesso legislatore chiarisce, infatti, che la fissazione del limite alla spesa del personale alla soglia di quella sostenuta nel 2004, ridotta dell'1%, è un modo per concorrere alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica. Pertanto, è la stessa legge finanziaria a rivelare che il contenimento della spesa del personale non è uno dei possibili modi per rispettare il patto di stabilità; al contrario, il legislatore statale, ai fini del rispetto del patto, impone una specifica modalità operativa: ferme restando tutte le altre regole per rispettare il patto, gli enti sono tenuti, obbligati a limitare la spesa del personale entro la soglia vista prima. Dunque, nel caso in trattazione, il legislatore statale non solo individua una specifica voce di spesa, ovvero la spesa per il personale, ma individua anche puntualmente un limite di spesa, quella del 2004, ridotta dell'1% ed indica una serie di modalità per ottenere la riduzione della spesa, che, però, essendo limitate a certe voci e non estesa a tutte le possibili spese correnti, configurano il limite alla spesa come specifico e non generale.

Pertanto, se secondo il dettato della sentenza 417/2005 della Consulta e, più in generale, secondo la nuova impostazione del Titolo V della Costituzione, il legislatore dovrebbe agire lasciando ampi margini di libertà agli enti locali o nel ridurre il disavanzo di parte corrente, o nel contenere la crescita della spesa corrente nel suo complesso. Avendo rinunciato, invece, la legge finanziaria a fissare un obiettivo di contenimento complessivo della spesa corrente, specificando regole puntuali sulla limitazione della

spesa del personale, sembrerebbe consequenziale affermare, in risposta al quesito posto, che la norma si configura più come regola operativa puntuale, che non come principio.

In ultimo, non si può non aggiungere che il limite di contenimento della spesa vanifica anche, sia pure in parte ed in via potenziale, lo sblocco delle assunzioni derivante dall'emanando DPCM attuativo dell'articolo 1, comma 98, della legge 311/2004. Infatti, dovendosi computare nelle spese complessive di personale anche quelle derivanti da nuove assunzioni a tempo indeterminato, pur autorizzate dal DPCM, qualora dette assunzioni contribuiscano a sfiorare il limite della spesa di personale oltre la soglia fissata dalla finanziaria 2006, dette assunzioni sono, di fatto, non attuabili, a meno che l'ente non decida di tagliare altre voci (i fondi per la contrattazione decentrata o le forme flessibili di assunzione). Il che getta ombre, anche, sulla costituzionalità del sistema di determinazione del tetto delle assunzioni a tempo indeterminato, il quale è stato considerato costituzionalmente legittimo, nella misura in cui la legge dello Stato non fissi percentuali precise di copertura del turn-over, ma lasci alla negoziazione in sede di Conferenza unificata la traduzione operativa di vincoli di carattere finanziario. Ma, se dal punto di vista finanziario l'accordo in Conferenza unificata considera attivabili le assunzioni in una certa percentuale del turn-over, e, tuttavia, la legge in altra norma fissa un limite alla spesa di personale che, comunque, non consenta di effettuare le assunzioni che Stato, regioni ed enti locali pur hanno considerato possibili, è chiaro che la concertazione rischia di essere solo una formalità. In realtà, la legge dello Stato conserva una forza di incidenza rilevantissima nei processi decisionali ed organizzativi dell'ente.

Conclusione

Sembra, dunque, che l'art. 1, comma 206, della legge finanziaria del 2006, lontano dall'essere una disposizione di così indubbia legittimità costituzionale, come nelle previsioni del legislatore, sollevi non pochi dubbi interpretativi e faccia, addirittura, propendere per l'idea che lo stesso si risolva, in realtà, in un limite impositivo specifico per le Amministrazioni territoriali. Non per questo, tuttavia, la questione può essere considerata definitivamente conclusa. Per la circostanza, infatti, che l'esplicazione della potestà autonoma, in materia tributaria, delle Regioni e degli Enti locali, in assenza delle leggi di coordinamento, risulta bloccata, e considerato quanto la mancata attuazione normativa dell'art. 119 Cost. costituisca un nodo centrale per giungere ad un sistema di federalismo fiscale, come più volte ribadito dalla Corte Costituzionale, già il tentativo da parte del legislatore, comunque, di emanare disposizioni che proponcano tale finalità di

coordinamento, va incoraggiato e valutato con apertura mentale. Non è semplice, invero, predisporre le invocate leggi di coordinamento, poiché queste per loro stessa definizione devono comunque imporre dei limiti, senza creare indebite invasioni d'autonomia.

Forse un parametro di riferimento potrebbe essere quello offerto dalla sentenza 417/2005, secondo cui la legge di coordinamento ottimale è quella che "stabilisca solo un limite complessivo, lasciando agli enti ampia libertà di allocazione delle risorse fra i diversi ambiti e obiettivi di spesa".

Bibliografia essenziale

Antonini L., *Dal federalismo legislativo al federalismo fiscale: il quadro giuridico dei principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario anche alla luce della giurisprudenza costituzionale sull'art. 119 Cost.*, in *Rivista italiana di diritto finanziario e scienza delle finanze*, n. 3/2004;

Antonini L., *Varco federale per l'Irap*, in *Il sole 24 ore*, 24 giugno, 2003;

Barbero M., *Dalla Corte Costituzionale un Vademecum per l'attuazione dell'art. 119 Cost.* (nota a sentenza Corte Cost. n. 37/2004), in www.federalismi.it, n. 5/2004;

Bertolissi, *L'autonomia finanziaria regionale*, Padova, 1983;

Caravita, *Il nuovo Titolo V*, Torino, 2002;

D'Auria A., *Funzioni amministrative e autonomia finanziaria delle regioni e degli enti locali*, in *Il Foro Italiano*, V, 2001;

Gallo F., *Prime osservazioni sul nuovo art. 119 della Costituzione*, in *Rassegna Tributaria*, n. 2/2002;

Giarda, *Le regole del federalismo fiscale nell'art. 119: un economista di fronte alla nuova Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001;

Zanardi A., *Le prospettive del federalismo fiscale nel documento di sintesi del comitato tecnico-scientifico dell'Alta Commissione sul federalismo fiscale*, in www.federalismi.it, n. 1/2006.

Profili giuridici della fattura elettronica

di Antonio Visconti¹

Premessa

Con il D.lgs. 20/2/2004 n. 52, il Legislatore Nazionale ha recepito la direttiva 2001/115/CE recante la disciplina per la semplificazione, modernizzazione e armonizzazione delle modalità di fatturazione previste in materia di IVA.

Tale decreto legislativo apportando innovazioni all'art. 21 del D.p.r. 633/72, ha introdotto nel nostro ordinamento una serie di novità, tra cui senza dubbio la più rilevante è rappresentata dalla possibilità di emissione della fattura elettronica. In pratica, è stata data la possibilità di trasformare il documento cartaceo rappresentato dalla fattura in un documento "immateriale", il quale conservando le medesime caratteristiche economico-giuridiche del primo, consentirà agli operatori economici di razionalizzare ed economicizzare la propria attività².

Procederemo di seguito ad illustrare succintamente l'insieme delle novità recate nell'art. 21, per poi soffermarci con particolare attenzione alla conoscenza del nuovo istituto procedurale della fatturazione elettronica.

Con il D.lgs. n. 52 citato, l'articolo 21 del decreto IVA si è visto arricchito di una serie di novità alcune delle quali già di fatto in uso nella prassi; in particolare, oltre alla già presente disciplina generale sulle caratteristiche e i requisiti essenziali della fattura, la novella disposizione regola altresì:

- 1) L'autofattura e la fatturazione in outsourcing;
- 2) I contenuti della fattura e il documento cumulativo;
- 3) Le modalità di emissione della fattura: cartacea, mezzo fax, via e-mail;
- 4) La fatturazione elettronica;

Va da sé che tutte le novità di carattere generale – autofattura, outsourcing, doc. cumulativo- acquisiscono valore anche in riferimento alla nuova procedura di gestione elettronica della fatturazione³.

Tale novità sono state tra l'altro oggetto di chiarimento da parte del Ministero delle Finanze con la Circolare N. 45/E del 19 ottobre 2005.

¹ Dottore in Economia aziendale

² U. Zanini, *Le fatture elettroniche della Direttiva UE e nuovi scenari*, in "http://interlex.it", del 15.4.2004.

³ F. Campomori, *La circolare 45/E dell'Agenzia delle Entrate fa chiarezza sulla fattura elettronica*, in "http://fiscali.it", del 21.10.05.

Infine, ci soffermeremo su taluni aspetti di rilievo, sottaciuti sia dalla norma che dalla circolare, con i quali tuttavia gli operatori sono chiamati a confrontarsi quotidianamente, e in particolare:

- 5) La fatturazione elettronica delle operazioni extracomunitarie ed intracomunitarie;
- 6) La falsa fatturazione elettronica: profili di responsabilità penale;
- 7) Talune problematiche legate alla normativa civilistica sulla fattura.

1. L'autofattura e la fatturazione in outsourcing

Con la nuova formulazione dell'art. 21 del DPR n. 633/1972:

a) è stata espressamente regolamentata (oltre ai casi già individuati dal decreto Iva) la possibilità che l'emissione della fattura venga effettuata direttamente dal cliente (autofattura);

b) è stata recepita la prassi che ammetteva la possibilità di emissione della fattura da parte di un soggetto terzo diverso dal cessionario o committente.

In entrambi i casi il legislatore ha stabilito che la responsabilità della fatturazione resta a carico del soggetto passivo d'imposta, e cioè il cedente o prestatore. Inoltre sulla fattura deve essere annotato che la compilazione è stata effettuata direttamente dal cliente, per conto del cedente o prestatore, ovvero da un terzo (art. 21, comma 2, lett. h).

Il legislatore ha subordinato tale possibilità al rispetto di determinate condizioni previste con riferimento alla residenza del cliente che emette l'autofattura, ovvero del soggetto terzo al quale è stata appaltata l'emissione dei documenti. Infatti se i predetti soggetti sono residenti in un Paese UE o in uno Stato extra UE con il quale esistano strumenti giuridici che disciplinano la reciproca assistenza, non sono previsti specifici adempimenti.

Nel caso contrario la fattura può essere emessa da un soggetto terzo solo alle seguenti condizioni:

- a) deve esserne data comunicazione preventiva all'Amministrazione finanziaria;
- b) il soggetto passivo nazionale deve aver iniziato l'attività da almeno cinque anni;
- c) non devono essere stati notificati, nei cinque anni precedenti, atti impositivi o di contestazione di violazioni sostanziali in materia di Iva.

2. I contenuti della fattura e il documento cumulativo.

Il nuovo decreto Iva, così come riformulato dal D.Lgs n. 52/2004, prevede novità relative ai contenuti della fattura per uniformare il contenuto "minimo" del documento a livello europeo.

In particolare l'art. 21, comma 2, prevede che:

a) la fattura deve essere datata e numerata in ordine progressivo per anno solare. La modifica è solo formale in quanto l'aggiunta dell'espressione "per anno solare" è conforme ai comportamenti di fatto tenuti già in passato dalle imprese. All'inizio dell'anno solare successivo la numerazione veniva in generale azzerata per partire nuovamente dalla fattura numero uno;

b) vanno indicati anche i dati (domicilio o residenza) del rappresentante fiscale. Il numero di partita Iva deve essere riportato con riferimento al cedente o prestatore e non, come previsto dalla norma previgente, con riferimento al soggetto emittente. Tale modifica si è resa necessaria per tenere conto della possibilità di incaricare un soggetto terzo dell'emissione delle fatture. Con la precedente formulazione della norma, il soggetto terzo, quale emittente, sarebbe stato obbligato ad indicare il proprio numero di partita Iva. Il legislatore ha dunque impedito il verificarsi di tale inconveniente. Il soggetto tenuto all'adempimento è solo il cedente o prestatore;

c) vanno indicati l'aliquota, l'ammontare dell'imposta e dell'imponibile con arrotondamento al centesimo di euro. La modifica risponde semplicemente ad un'esigenza formale dopo l'entrata in vigore della nuova unità di conto in luogo della lira;

d) qualora i debitori dell'imposta siano, in luogo del cedente o del prestatore, il cessionario o il committente, questi ultimi dovranno indicare nella fattura emessa il proprio numero di partita Iva. La circostanza si verifica per effetto del c.d. reverse charge o inversione contabile, secondo cui la fattura deve essere emessa a cura dal cessionario o committente per determinate tipologie di operazioni come, ad esempio, l'acquisto di oro industriale. Deve essere altresì indicata la relativa norma;

e) per le cessioni intracomunitarie di mezzi di trasporto nuovi è previsto l'obbligo di indicare la data della prima immatricolazione o iscrizione in pubblici registri e il numero di chilometri percorsi, delle ore di navigazione o delle ore di volo effettuate. Le nuove informazioni delle quali si richiede l'indicazione dovrebbero aver lo scopo di dimostrare che i mezzi di trasporto possono considerarsi nuovi in base a quanto previsto dalla disciplina per gli acquisti intracomunitari (art. 38, comma 4 del D.L. 331/1993). Secondo tale disciplina questi mezzi possono considerarsi nuovi se non sono stati superati 6.000

chilometri di percorrenza, se non sono decorsi più di sei mesi dalla prima immatricolazione o iscrizione, se non sono state superate le 100 ore di navigazione o 40 di volo e non oltre tre mesi dalla prima immatricolazione o iscrizione per imbarcazioni o aerei;

f) se la fattura è emessa direttamente dal cliente ovvero da un soggetto terzo per conto del cedente o prestatore, la circostanza va segnalata con una specifica annotazione sul documento emesso.

Devono inoltre essere indicati, secondo la formulazione originaria della norma, la natura, la qualità, e la quantità dei beni oggetto di cessione; il valore normale dei beni ceduti a titolo di sconto e così via.

La fattura non deve essere necessariamente sottoscritta. Sotto questo profilo la normativa interna ha recepito fedelmente le indicazioni del legislatore comunitario. Inoltre la fattura (art. 21, comma 3):

- 1) può essere redatta in lingua straniera;
- 2) deve indicare in euro almeno l'imposta addebitata;
- 3) i restanti importi possono essere indicati in qualsiasi valuta;
- 4) deve essere tradotta in lingua nazionale a richiesta dell'Amministrazione finanziaria.

3. Le modalità di emissione della fattura: cartacea, mezzo fax, via e-mail.

Cartacea

La fattura in formato cartaceo deve essere emessa in duplice esemplare di cui uno è consegnato o spedito all'altra parte. La nuova formulazione dell'art. 21 non contiene, sotto questo profilo, alcuna modifica. Le novità riguardano invece la possibilità di emettere la fattura elettronica (vedi paragrafo successivo).

Può essere emessa una fattura cumulativa, cioè una fattura unica per tutte le operazioni effettuate nel

medesimo giorno e nei confronti dello stesso destinatario. Questa previsione rappresenta una novità rispetto alla precedente formulazione della disposizione. Ricordiamo che la fattura cartacea si considera emessa all'atto della consegna o spedizione all'altra parte.

Deve quindi distinguersi la materiale compilazione del documento, che è irrilevante, rispetto al momento di consegna o spedizione che integra l'emissione.

Mezzo fax e via e-mail

Nel corso degli ultimi anni è stato possibile assistere ad una rapidissima evoluzione dei mezzi di comunicazione informatici e telematici, ma la normativa sulla fatturazione, contenuta nell'art. 21 del DPR n. 633/1972, era ancorata ad una concezione cartacea della fattura.

L'Agenzia delle entrate, nel tentativo di adattare le disposizioni normative al mutamento tecnologico, ha ammesso negli anni passati il ricorso a sistemi telematici ed informatici di trasmissione delle fatture. I nuovi sistemi di comunicazione, come ad esempio la posta elettronica, hanno di fatto sostituito i tradizionali mezzi di trasmissione, cioè il fax o il servizio postale, per l'invio della documentazione cartacea.

L'Amministrazione finanziaria ha dunque attribuito all'espressione "consegna o spedizione" un significato più ampio rispetto a quello letterale. È stata riconosciuta la possibilità di ricorrere a mezzi di ogni tipo per la trasmissione delle fatture senza tuttavia abbandonare la concezione cartacea di tale documento. Con questa interpretazione l'Amministrazione finanziaria ha riconosciuto la possibilità di formare la fattura con l'ausilio di mezzi informatici, purché il documento sia successivamente materializzato, attraverso la fase della stampa, in un supporto cartaceo avente il medesimo contenuto per l'emittente ed il ricevente.

Prima dell'entrata in vigore del D.Lgs n. 52/2004 le fatture, anche se formate con l'utilizzo di sistemi elettronici ed indipendentemente dalle modalità prescelte per l'invio (servizio postale, posta elettronica, ecc.), venivano considerate ad ogni effetto quali documenti cartacei.

Secondo i chiarimenti dell'Agenzia delle Entrate l'emissione poteva essere effettuata tramite:

- a) consegna manuale;
- b) spedizione per posta;
- c) servizio di posta elettronica, procedure informatiche di ogni tipo, utilizzo congiunto del telefax e di supporti informatici, solo se si procedeva alla stampa del documento dopo l'invio.

I documenti formati ed emessi secondo le modalità sopra descritte devono continuare a considerarsi ancora oggi cartacei ad ogni effetto. Ciò anche dopo l'approvazione del D.Lgs n. 52/2004 che ha introdotto la nozione del tutto nuova di fattura elettronica, non potendosi considerare tale quel documento formato solo con l'ausilio di strumenti informatici, ma privo delle caratteristiche e degli standard di

sicurezza indicati dall'art. 21, comma 3, del decreto Iva. In mancanza di tali requisiti le fatture dovranno obbligatoriamente essere materializzate attraverso l'operazione di stampa.

4. La fatturazione elettronica

Come innanzi detto, la novità più rilevante prevista dal decreto consiste nella possibilità di emettere la fattura elettronica.

Per fattura elettronica s'intende: "il documento informatico, predisposto in forma elettronica, secondo specifiche modalità che garantiscono l'integrità dei dati contenuti e l'attribuzione univoca del documento al soggetto emittente, senza necessità di provvedere alla stampa su supporto cartaceo"⁴.

In particolare, al fine di consentire la validità del suddetto documento elettronico, l'emittente dovrà garantire:

- l'attestazione della data;
- l'autenticità dell'origine;
- l'integrità del contenuto.

Il soddisfacimento di tali requisiti sarà reso possibile attraverso l'apposizione sul documento della marca temporale, attraverso cui è attribuita al documento una data certa; della firma elettronica digitale o, in alternativa attraverso l'utilizzo del sistema di trasmissione denominato E.D.I.⁵, attraverso cui sono garantiti al documento l'autenticità dell'origine e dell'adozione di strumenti informatici che garantiscano l'integrità del contenuto del documento.

Altro requisito indispensabile a cui l'operatore dovrà adempiere al fine di poter emettere fattura in formato elettronico sarà dato dalla necessità di ottenere il consenso da parte del soggetto che riceverà la fattura. Infatti, l'emissione e la ricezione di fatture in formato elettronico presuppongono la sussistenza dei sistemi di ricezione e conservazione delle stesse in formato elettronico-digitale, così come innanzi specificati.

Infine, ci soffermeremo sulle particolari procedure e disposizioni collegate al trasferimento della fattura elettronica, con particolare riferimento al "momento di emissione", e alla conservazione e archiviazione della stessa.

⁴ Tale è la definizione contenuta nella C.M. del 19.10.2005 n. 45/E.

⁵ Le caratteristiche di tali strumenti saranno di seguito illustrate con particolare dettaglio. (Ndr)

4-a. Riferimento temporale, firma elettronica qualificata e Sistema EDI - Electronic data interchange.

Riferimento temporale.

L'art. 1, co. 1, lett. p), del D.M. 23/1/2004, definisce il riferimento temporale come una "...informazione, contenete la data e l'ora, che viene associata ad uno o più documenti informatici; l'operazione di associazione deve rispettare le procedure di sicurezza definite e documentate, a seconda della tipologia dei documenti da conservare, del soggetto pubblico o privato che intende o è tenuto ad effettuare la conservazione digitale ovvero dal responsabile della conservazione nominato dal soggetto stesso"⁶.

In ogni caso, come chiarito in dottrina⁷, affinché l'indicazione del riferimento temporale sia rispondente alla definizione giuridica innanzi illustrata e affinché sia validamente opponibile ai terzi, sarà necessario che la procedura con cui la stessa è apposta sia sicura, formalizzata e documentata, in modo da generare un'associazione al tempo di tipo assoluto.

A tal riguardo, l'art. 39 del D.P.C.M. 13/1/2004 ha elencato le tipologie di riferimento temporale opponibile a terzi, e in particolare:

- a) quello ottenuto attraverso l'utilizzo della "marca temporale"⁸;
- b) quello ottenuto attraverso l'utilizzo della posta certificata⁹;
- c) quello contenuto nella "segnatura di protocollo", di cui all'art. 39 del D.P.C.M. 13/1/04¹⁰.

⁶ Tuttavia, in ambito strettamente tributario, la locuzione "riferimento temporale" è apparsa per la prima volta in occasione dell'emanazione del D.M. 23.1.04 e del D.Lgs. n. 52/04.

⁷ P.L. Agostini – G. Mantese, *La Fatturazione per via elettronica ed il riferimento temporale*, in "Il Fisco", n. 26/2005 fasc. 1, p. 4079 e ss.

⁸ Il D.M. 23.1.2004, definisce la marca temporale come "...l'evidenza informatica opponibile ai terzi". Lo stesso decreto definisce "evidenza informatica": "...una sequenza di simboli binari che può essere elaborata da una procedura informatica...".

⁹ La posta elettronica certificata è un sistema di posta elettronica, gestita da soggetti qualificati, nel quale è fornita al mittente documentazione informatica attestante l'invio e la consegna di documenti informatici.

¹⁰ Art. 39, del D.P.C.M. 13.1.04.

Riferimenti temporali opponibili ai terzi:

1. I riferimenti temporali realizzati in conformità con quanto disposto dal titolo IV sono opponibili ai terzi ai sensi dell'art. 14, comma 2, del testo unico.

2. I riferimenti temporali apposti sul giornale di controllo da un certificatore accreditato, secondo quanto indicato nel proprio manuale operativo, sono opponibili ai terzi ai sensi dell'art. 14, comma 2, del testo unico.

3. L'ora assegnata ai riferimenti temporali di cui al comma 2 del presente articolo, deve corrispondere alla scala di tempo UTC(IEN), di cui al decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato 30.11.1993, n. 591, con una differenza non superiore ad un minuto primo.

4. Le pubbliche amministrazioni possono anche utilizzare come sistemi di validazione temporale:

a) il riferimento temporale contenuto nella segnatura di protocollo di cui all'art. 9 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, 31.10.2000, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 21.11.2000, n. 272;

b) il riferimento temporale ottenuto attraverso la procedura di conservazione dei documenti in conformità alle norme vigenti;

c) il riferimento temporale ottenuto attraverso l'utilizzo di posta certificata ai sensi dell'art. 14 del testo unico.

Firma elettronica qualificata.

La Legislazione italiana ha rivoluzionato il mondo burocratico amministrativo, attribuendo alla firma digitale lo stesso valore della firma autografa, rendendo così pienamente validi ai fini di legge i documenti informatici con essa sottoscritti.

Ad istituire tale strumento è stata la L. 15/3/1997 n. 59 (cd. Bassanini -1), la quale dispone che: "Gli atti, dati e documenti formati dalla Pubblica Amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici...sono validi a tutti gli effetti di legge".

La firma elettronica digitale, attualmente distribuita dalle Camere di Commercio, si basa su un sistema crittografico che, apposto sulla fattura o associato ad essa, equivale, come innanzi visto, alla sottoscrizione prevista per gli atti e i documenti in forma scritta su supporto cartaceo.

Una volta apposta la firma digitale sulla fattura elettronica il documento assumerà il valore di scrittura privata ai sensi dell'art. 2702 del c.c. e pertanto farà piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni di chi l'ha sottoscritta.

Sistema EDI - Electronic data interchange.

L'EDI è un sistema di trasmissione dati che si basa sull'impiego di messaggi strutturati e codificati secondo una norma concordata, che possono essere elaborati dal computer automaticamente e senza ambiguità.

La Commissione Europea, secondo quanto chiarito dalla C.M. n. 45 del 2005, ha predisposto con l'accordo Commissione Ce n. 94/820/Ce del 19 ottobre 1994 un insieme di regole cui le parti che utilizzano tale sistema di trasmissione devono attenersi, anche per la risoluzione dei problemi giuridici che eventualmente possono sorgere.

L'accordo tipo prevede, inoltre, che siano esplicitamente enunciate le procedure e misure di sicurezza riguardanti, tra l'altro, il non disconoscimento dell'origine, del ricevimento nonché la conservazione dei sistemi EDI.

Integrità del documento e previo assenso del destinatario.

Per quanto attiene l'ulteriore requisito indispensabile ai fini della validità del documento elettronico, rappresentato dall'esigenza di rendere immodificabile lo stesso, secondo quanto specificato nel co. 3 del novellato art. 21 del D.P.R. IVA, tale requisito risulterà essere soddisfatto garantendo l'assenza nel documento elettronico di "macrosistruzioni" e/o "codici eseguibili".

Secondo quanto chiarito dalla stampa specialistica e da organi di studio¹¹, per macrosistruzioni si intende l'insieme dei comandi interni che, al verificarsi di determinati eventi, permettono l'aggiornamento automatico dei dati contenuti nel documento (ad es. l'aggiornamento della data); mentre, per codici eseguibili si intendono quelle istruzioni che consentono all'elaboratore di modificare il contenuto di un documento informatico, anche senza che l'utente se ne accorga.

Infine, ma non per importanza, la possibilità di emissione della fattura elettronica sarà inderogabilmente subordinata all'ottenimento da parte del cedente/prestatore del consenso all'emissione in tale forma da parte del cessionario/fruttore.

L'esigenza del consenso è fondamentale in quanto l'emissione della fattura in formato elettronico presuppone che il ricevente sia dotato dei medesimi supporti tecnico/procedimentali, in termini di emissione e conservazione, di cui è dotato l'emittente.

La norma non detta disposizioni in ordine alla formazione dell'accordo tra le parti, lasciando, in tal modo, ampia libertà contrattuale; pertanto, deve ritenersi ammissibile anche un accordo che autorizzi la trasmissione elettronica delle fatture per un determinato periodo di tempo, ovvero a tempo indeterminato fino a revoca¹².

4-b. La trasmissione e il momento di emissione.

Per trasmissione della fattura realizzata ed emessa in formato elettronico si intende l'invio della stessa mediante l'utilizzo di procedure informatizzate che consentano il rispetto dei fondamentali principi di attestazione della data, autenticità dell'origine e integrità del contenuto innanzi visti¹³.

Gli unici processi che garantiscono tali requisiti sono il sistema di trasmissione EDI e la posta elettronica certificata¹⁴.

Va subito chiarito che la trasmissione elettronica della fattura (ad esempio via fax o e-mail) potrà avvenire anche per il documento emesso secondo le ordinarie procedure cartacee, senza per questo parlare di fattura elettronica¹⁵.

¹¹ Si vedano per tutti: B. Santacroce, *La fattura diventa elettronica*, in "Il Sole-24 ore" del 20.10.2005, p. 23 – idem, *Fatture On line più vigilate*, in "Il Sole-24 ore" del 21.10.2005; Ricca, *Fattura elettronica*, clienti in allerta, in "Italia Oggi" del 21.10.2005; "Fondazione Aristeia", Circolare n. 34 del 27.7.2004.

¹² Su tale punto si veda: V. Artina – R. Rizzi, *Compilazione, emissione e registrazione delle fatture in formato elettronico*, in "Pratica Fiscale e Professionale", n. 32/2005, pag. 25 e ss.

¹³ Cfr. C.M. n.45/E/2005.

¹⁴ F. Scopacasa, *La nuova fattura "Europea" cartacea o elettronica*, in "Corriere Tributario", n. 13/2004.

¹⁵ V. Artina – R. Rizzi, *op. ult. citata*, pag. 25 e ss.

Infatti, l'adozione dei sistemi sopra evidenziati (EDI, posta elettronica certificata) atti a garantire i requisiti indicati dalla normativa sulla fatturazione elettronica, si renderanno necessari esclusivamente per i documenti formati e inviati in tale formato, e non per quelli ordinari per i quali la scelta del mezzo elettronico (fax, e-mail) ai fini del trasferimento, rappresenta esclusivamente una delle alternative a disposizione dell'emittente¹⁶.

Per quanto attiene il sistema di trasmissione EDI, lo stesso è già stato precedentemente analizzato; mentre, la procedura di trasferimento elettronico rappresentata dalla posta elettronica certificata risulta essere disciplinata dal D.P.R. 11/2/2005 n. 68.

La posta inviata attraverso l'osservazione di tali disposizioni consentirà all'emittente di ottenere una ricevuta di invio e al ricevente di avere una ricevuta di consegna ove saranno indicati i dati, i riferimenti e le caratteristiche del documento inviato, così come previsto dalla normativa IVA in materia di fatturazione elettronica.

Va da sé che qualora sussistano tutti i requisiti oggettivi e soggettivi indispensabili ai fini dell'emissione e del ricevimento della fattura in formato elettronico, saranno valide tutte le disposizioni innanzi viste in materia di outsourcing¹⁷.

A questo punto, si rende opportuno procedere sotto il profilo giuridico all'analisi delle peculiarità che individuano il "momento" di emissione della fatturazione elettronica.

Con l'art. 3 del D.P.R. 11/2/2005, n. 68, che ha apportato modifiche all'art. 14 del D.P.R. 445/2000, recante disposizioni per l'utilizzo della posta elettronica certificata, è stato introdotto il seguente principio: "Il documento informatico trasmesso per via telematica si intende spedito dal mittente se inviato al proprio gestore, e si intende consegnato al destinatario se reso disponibile all'indirizzo elettronico da questi dichiarato, nella casella di posta elettronica del destinatario messa a disposizione dal gestore".

Con tale norma, dunque, è stata fatta chiarezza anche riguardo all'effettivo "momento" in cui la fattura elettronica si considera emessa.

¹⁶ M. Fiaschi, *Semplificazione informatica degli adempimenti Iva*, in "Il Fisco", n. 45/2005, fasc. 1, pag. 7071 e ss.

¹⁷ Sulla validità di tutte le procedure valide per la fattura cartacea anche alla fattura elettronica, si veda la più volte citata circolare esplicativa sull'argomento (*ndr*).

4-c. L'Archiviazione e la conservazione della fattura elettronica.

Il D.Lgs. n. 52/2004, oltre che come visto all'21, ha apportato modifiche anche all'art. 39 del D.P.R. 633/72, relativo alla tenuta e alla conservazione dei registri e dei documenti.

Tale articolo al comma 3 dispone che: "le fatture elettroniche sono archiviate nella stessa forma" e proseguendo chiarisce altresì che "le fatture elettroniche consegnate o spedite in copia sotto forma cartacea possono essere archiviate in forma elettronica. Come chiarito nella più volte citata C.M. n. 45 del 2005, si pone in evidenza che, per le fatture elettroniche trasmesse e ricevute in forma elettronica, l'archiviazione elettronica delle stesse equivale alla registrazione e alla conservazione dei documenti e quindi permette (come chiarito dalla relazione di accompagnamento al decreto) al soggetto emittente di non utilizzare registri cartacei¹⁸.

Mentre l'archiviazione è un processo di memorizzazione (su qualsiasi idoneo supporto) dei documenti elettronici, identificati mediante un codice di riferimento, non soggetto a particolari modalità e antecedente alla conservazione dei documenti; la conservazione, invece, presuppone la memorizzazione dei documenti su supporti ottici o altri idonei supporti, e termina con la sottoscrizione elettronica e l'apposizione del riferimento temporale¹⁹.

La differenza tra i due processi esiste non solo dal punto di vista tecnico ma anche giuridico (civilistico-tributario): la conservazione nel tempo dei documenti e delle scritture contabili è un processo necessario per conferire loro valore probatorio, di opponibilità ai terzi e per permettere il controllo da parte degli organi a ciò preposti²⁰. Considerando che la tenuta e conservazione dei documenti contabili risponde prevalentemente ad un'esigenza di controllo, si ritiene che il Legislatore, adottò nell'art. 39 il termine di archiviazione dei documenti solo al fine di riferirsi alla conservazione nel tempo degli stessi. Ciò premesso, le fatture emesse e trasmesse elettronicamente devono essere conservate elettronicamente per il medesimo periodo previsto per le altre scritture obbligatorie, ovvero, ex art. 2220 c.c. per 10 anni²¹.

¹⁸ S. Albanese – M. Barnabei, *Il Fisco Italiano presenta la fattura elettronica*, in "Il Fisco", n. 11/2006, fasc. 1, pag. 4285 e ss.

¹⁹ G. Chiametti, *Conservazione della fattura elettronica e dei documenti contabili*, in "Impresa Commerciale e Industriale", n. 1/2006, p. 29 e ss.

²⁰ A. Lisi – L. Giacomuzzi, *Fatturazione elettronica e conservazione sostitutiva dei documenti: adesso si può!*, in "Altalex, Quotidiano d'informazione giuridica in rete", n. 1340 del 15.3.2006.

²¹ Tale aspetto è stato chiarito anche nella C.M. n.45/2005.

Il procedimento di conservazione delle fatture elettroniche si perfeziona, come detto innanzi, con la sottoscrizione elettronica e l'apposizione della marca temporale, a garanzia dell'autenticità e staticità dei documenti.

Nel caso in cui l'incarico di emettere le fatture è stato affidato al cliente o ad un terzo, l'obbligo di conservazione del documento non grava solo sul soggetto emittente, ma anche sul fornitore e sul destinatario²².

Come visto, l'art. 39 del D.P.R. IVA precisa, inoltre, che le fatture emesse in forma elettronica ma trasmesse con i mezzi tradizionali, possono essere conservate anche con i metodi tradizionali, cioè su supporto cartaceo.

La norma in sostanza, mentre per le fatture elettroniche trasmesse elettronicamente prescrive l'obbligo *della conservazione nella stessa forma, per le fatture elettroniche consegnate o spedite in forma in copia* sotto forma cartacea, prevede modalità alternative di conservazione (elettronica o cartacea).

E' necessario però osservare l'obbligo della "conservazione omogenea" per cui la scelta effettuata in relazione ad un periodo d'imposta per un certo tipo di documento vincola tutti i documenti rientranti, nella stessa categoria; non solo, l'obbligo della conservazione omogenea vincola anche il destinatario del documento per cui, se questi ha prestato il consenso per la ricezione elettronica delle fatture emesse dalle fatture emesse da alcuni fornitori, deve conservare in formato elettronico tutte le fatture di acquisto, e dunque anche quelle ricevute in forma cartacea²³.

4-d Il controllo degli archivi elettronici da parte degli Enti preposti.

Come risaputo, la disciplina relativa alle attività di accertamento e controllo in materia di IVA è contenuta negli artt. 51 e 52 del D.P.R. 633/72.

Fermo restando, come chiaramente indicato nella Circolare esplicativa, la validità in materia di fatturazione elettronica di tutte le disposizioni in tal senso già previste per la fattura in formato cartaceo, va tuttavia evidenziato che l'art. 2 del citato D.Lgs. 52/2004, apportando modifiche agli artt. 39, co. 3, e 52, co. 4, ha introdotto in tale contesto elementi di peculiarità²⁴.

L'articolo 52 del D.P.R. IVA, rubricato "Accessi, ispezioni e verifiche", al quarto comma prevede infatti che: "l'ispezione documentale si estende a tutti i libri, registri,

²² G. Chiaretti, *op. ult. citata*, pag. 29.

²³ G. Chiaretti, *op. ult. citata*, pag. 31.

²⁴ Si veda in tal senso: R. Sisci – C. Lami, *La fattura elettronica: Archiviazione e controllo documentale*, in "FiscoOggi, rivista telematica Ag. Entrate", edizione del 25.10.05.

documenti e scritture, compresi quelli la cui tenuta e conservazione non sono obbligatorie, che si trovano nei locali in cui l'accesso viene eseguito, o che sono comunque accessibili tramite apparecchiature informatiche installate in detti locali."

Per apparecchiature informatiche installate nei locali in cui è eseguito l'accesso, l'ispezione o la verifica, va inteso qualunque tipo di tecnologia (hardware e software) che consenta agli organi di controllo dell'Amministrazione finanziaria l'ispezione documentale ex art. 52²⁵.

Infatti, qualora i documenti, i libri, i registri e le scritture siano stati redatti e conservati in formato elettronico, mutano le modalità tecniche di rilevazione della documentazione contabile oggetto del controllo da parte dell'Amministrazione finanziaria²⁶.

Va da se che, come chiarito nella più volte citata C.M. n. 45 del 2005, i margini di operatività degli uffici, così come le garanzie del contribuente, restano, invece, sostanzialmente invariati indipendentemente dalla modalità di conservazione e tenuta dei libri e documenti fiscali e contabili.

Nel caso in cui i libri e i registri siano tenuti con sistemi meccanografici, il contribuente sottoposto a verifica deve eseguire la stampa dei dati in essi registrati alla presenza degli organi competenti²⁷.

Stando a quanto indicato nella citata Circola Ministeriale, in caso di controllo, i libri e registri tenuti sotto forma di documenti informatici, devono essere resi statici ed imm modificabili, dall'inizio dell'anno sino alla data dell'ispezione, mediante la conservazione elettronica, a nulla rilevando l'eventuale stampa degli stessi su supporto cartaceo.

Ma cerchiamo di analizzare quali sono i profili di criticità derivanti dalla scelta di effettuare la fatturazione in formato elettronico, per quanto attiene l'attività di accertamento e controllo

La fatturazione delle operazioni in forma elettronica e la conservazione di tali documenti, così come dei libri, registri, scritture contabili, in forma elettronica, determina elementi di peculiarità in materia di ispezioni documentali di cui all'articolo 52 del D.P.R. n. 633 del 1972, e conseguentemente in materia di accertamento ai sensi dell'articolo 55 del medesimo decreto.

²⁵ M. Fiaschi, *op. ult. citata*, p. 7073.

²⁶ R. Sisci – C. Lami, *op. ult. citata*.

²⁷ B. Santacroce, *Fisco elettronico: le indicazioni della Circolare 45/E*, in "<http://www.intesa24.it>", del 31.10.05

Come innanzi accennato, la disposizione recata dall'articolo 52, citato (la stessa tra l'altro applicabile, per espresso richiamo contenuto nell'articolo 33 del D.P.R. n. 600 del 1973, anche alle imposte sui redditi) prevede che l'ispezione documentale da parte degli uffici si estende, oltre che a tutti i libri, registri, documenti e scritture che si trovano nei locali in cui l'accesso viene eseguito, anche a quelli comunque accessibili per mezzo di apparecchiature elettroniche installate in detti locali, compresi quelli la cui tenuta e conservazione non è obbligatoria.

Sulla base di quanto sancito dal quinto comma del citato articolo 52 del D.P.R. n. 633 del 1972, il contribuente non può avvalersi ai fini dell'accertamento, in sede amministrativa o contenziosa, dei libri, delle scritture e dei documenti dei quali abbia rifiutato l'esibizione in sede di controllo.

La norma qualifica come "rifiuto di esibizione" anche la dichiarazione di non possedere tali libri, scritture e documenti ovvero la sottrazione degli stessi all'ispezione.

La disposizione di cui si discute assume valore, ovviamente, anche nel caso in cui i sopra citati documenti e scritture siano tenuti in forma elettronica e qualora il contribuente dichiari di non possederli o li sottragga all'ispezione o, ancora, non renda possibile l'accesso ai dati (esempio classico e quello in cui il contribuente non comunica le password ai verificatori)²⁸.

In tal caso, ai sensi dell'articolo 55, secondo comma, numero 1 del D.P.R. n. 633 del 1972, "quando risulta, attraverso il verbale di ispezione redatto ai sensi dell'art. 52, che il contribuente non ha tenuto, ha rifiutato di esibire o ha comunque sottratto all'ispezione i registri previsti dal presente decreto e le altre scritture contabili obbligatorie a norma del primo comma dell'articolo 2214 del Codice civile, e delle leggi in materia di imposte sui redditi, o anche soltanto alcuni di tali registri", l'ufficio è legittimato ad attivare l'accertamento induttivo. La disposizione si applica anche ai documenti ed alle scritture redatti e conservati in formato elettronico.

Infine, la prassi amministrativa chiarisce che si applicherà anche alle fatture emesse in formato elettronico la disposizione di cui al medesimo articolo 55, secondo comma, n. 2, secondo cui è legittimato il ricorso all'accertamento induttivo qualora risulti dal verbale di ispezione che il contribuente non ha emesso fatture per una parte rilevante delle operazioni effettuate, ovvero non ha conservato, ha rifiutato di esibire o comunque ha sottratto all'ispezione tutte o una parte delle fatture emesse.

²⁸ Come chiarito dalla C.M. n. 45 del 19.10.2005, per la "forzatura" delle password da parte degli organi di controllo sarà necessaria l'autorizzazione del Procuratore della Repubblica.

5. La fatturazione elettronica delle operazioni extracomunitarie ed intracomunitarie.

L'emissione della fattura elettronica è possibile, naturalmente, anche per le operazioni con l'estero, coerentemente con quanto prescritto dall'art. 8, comma 1, lett. a) del DPR n. 633/1972.

La norma prevede che la prova dell'esportazione, e cioè dell'immissione in consumo della merce in uno dei paesi extra UE, risulti dalla documentazione doganale.

La fattura potrà essere trasmessa elettronicamente e separatamente dalla merce, mentre la prova dell'esportazione potrà essere agevolmente rinvenuta nella stessa documentazione doganale.

Dalla lettura della norma, non essendo previste particolari limitazioni, sembra essere consentita la gestione elettronica anche delle fatture "elettroniche" ricevute per gli acquisti intracomunitari²⁹.

Tuttavia, perplessità sul punto derivano dall'incongruenza tra la previsione di non modificabilità della fattura e la disposizione che obbliga il cessionario o il committente, nel caso di acquisti intracomunitari (art. 47 del D.L. n. 331/1993), a numerare e ad integrare la fattura con l'indicazione del controvalore in euro dell'imponibile se espresso in una valuta diversa, dell'aliquota, dell'imposta.

In tal caso, infatti, il cessionario, mediante l'operazione di integrazione (aggiungendo ad esempio l'imposta), modifica i contenuti del documento.

Si ritiene, tuttavia, che l'integrazione prevista nel caso di acquisti intracomunitari (art. 47 del D.L. n. 331/1993) non possa essere considerata una modifica della fattura nel senso inteso dal legislatore. Il requisito della non modificabilità deve essere piuttosto inteso come corrispondenza tra il documento emesso dal cedente e quello gestito dal cessionario. A tal riguardo l'Agenzia delle Entrate non ha ancora fornito chiarimenti.

6. La falsa fatturazione elettronica: profili di responsabilità penale.

La normativa di riferimento in questo settore è contenuta nel D.Lgs. 10/3/2000 n. 74, ove, all'art. 8, co. 1, è disposto che: "E' punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni chiunque, al fine di consentire a terzi l'evasione delle imposte sui redditi o

²⁹ B. Santacroce, *op. citata*, in "<http://www.intesa24.it>".

sul valore aggiunto, emette o rilascia fatture o altri documenti per operazioni inesistenti³⁰.

A questo punto, è opportuno chiedersi se tale disposizione trova applicazione anche nei confronti di colui che emette fatture elettroniche.

L'art. 1 del decreto legislativo sulla normativa penal-tributaria, fornisce, tra l'altro, la definizione delle fatture, operando un espresso rinvio alla specifica disciplina tributaria, ossia, all'art. 21 del D.P.R. 633 del 1972.

Come innanzi visto, a seguito delle riforma intervenuta, l'art. 21, citato, disciplina espressamente la possibilità di emissione di fatture in formato elettronico.

Stante quanto detto, ed essendo in presenza di una norma successiva che, essendo di pari rango rispetto a quella precedente, come chiarito in dottrina³¹, è possibile operare una estensione applicativa di quest'ultima. Da ciò ne deriva che la disciplina penale in materia di falsa fatturazione, contenuta nell'art. 8 del D.Lgs. 74 del 2000, risulta essere applicabile senza dubbio alcuno anche nei confronti del soggetto emittente fatture in formato elettronico³².

A questo punto, però, sarà necessario individuare con particolare precisione quand'è che, nel caso di specie, può dirsi commesso il reato di cui all'art. 8, co.1, citato.

Secondo la migliore dottrina penale³³, un reato può considerarsi commesso quando questo coincide con la sua consumazione, la quale, si ha: "quando se ne realizzano tutti gli elementi costitutivi"³⁴.

La Suprema Corte è concorde nel ritenere che nel caso di falsa fatturazione: "si è in presenza di un reato istantaneo, che si consuma al momento di emissione della fattura"³⁵.

Pertanto, al fine della corretta individuazione del momento in cui il reato potrà considerarsi commesso, e dunque perseguibile, si rimanda alle disposizioni contenute

³⁰ Per un maggiore approfondimento, si veda: R. Bricchetti, *Operazioni inesistenti: da diciotto mesi a sei anni*, in "Guida al Diritto", n. 14/2000, p. 76.

³¹ S. Viviani, *Fatture elettroniche e norme penali*, in "Il Fisco", n. 41/2005, fasc. 1, pag. 6463 e ss.

³² S. Viviani, *op. ult. citata*, p. 6463.

³³ I. Caraccioli, *Manuale di Diritto Penale*, parte generale, II ediz., Padova, 2005.

³⁴ I. Caraccioli, *op. ult. cit.*, p. 80.

³⁵ Cass. Pen., sez. III, 28.5.2002, n. 926, ove è chiarito che: "Il delitto di fatture per operazioni inesistenti di cui all'art. 8 del D.Lgs. n. 74 del 2000, non è reato permanente la cui consumazione cessa al momento dell'accertamento tributario, ma reato istantaneo che si consuma al momento dell'emissione della fattura, o, al massimo, in caso di plurime emissioni relative al medesimo periodo d'imposta, in base al comma 2 dell'art. 8 del D.Lgs. citato, quando è stata emessa l'ultima, giacché non assume rilievo l'obbligo di conservazione delle scritture per un determinato periodo, attività non costituente più reato, e neppure l'abitudine della condotta valutata dal comma 2. Il momento dell'emissione è, infatti, quella in cui si verifica la messa in pericolo dell'interesse finale alla percezione dei tributi, oggetto di una tutela anticipata, mediante la punizione di comportamenti propedeutici all'evasione fiscale..".

nell'art. 3 del D.P.R. 11/2/2005, n. 68, innanzi commentate, contenenti disposizioni in materia di momento di emissione dei documenti informatici.

7. Talune problematiche legate alla normativa civilistica sulla fattura.

Per quanto attiene le disposizioni civilistiche inerenti la tenuta, la validità, la conservazione e l'esibizione dei documenti contabili (*rectius* fattura), la C.M. n. 45 del 2005 ha proposto taluni chiarimenti dei quali si ripropone una rapida ricognizione; per quegli ambiti non considerati, cercheremo di fornire soluzioni interpretative.

Come innanzi accennato, l'apposizione della firma elettronica consente di risolvere le problematiche inerenti la validità e l'efficacia del documento elettronico nei confronti dei terzi ex art. 2702 c.c.

Riguardo alla individuazione del periodo di conservazione, è pacifica la piena validità, anche per la fattura elettronica, del termine decennale di cui all'art. 2220 c.c.

Lo stesso dicasi per la conservazione delle fatture in originale ex art. 2214 del c.c., in quanto, come disposto dall'art. 39, co. 3, del D.P.R. IVA, al mantenimento dei documenti su supporto magnetico e/o elettronico, ancorché all'occorrenza immediatamente stampabili, è riconosciuto il medesimo valore legale della conservazione cartacea; mentre, per quanto attiene "l'originalità" del documento, essa sarà garantita, come visto, con l'apposizione della firma digitale.

Unica fattispecie che suscita qualche perplessità è data dal caso in cui al documento prodotto in forma elettronica è richiesta l'esigenza di assumere valenza probatoria in giudizio, ex art. 2711 c.c.

Dispone, infatti, l'art. 2711 c.c., che ricorrendo talune circostanze (scioglimento della società, comunione dei beni, successione *mortis causa*) il giudice può ordinare alle parti la comunicazione delle scritture e dei documenti contabili in originale, o, comunque ai sensi del co. 2, per qualsivoglia altra circostanza, può ordinarne l'esibizione al fine di estrarne le registrazioni concernenti la controversia in corso.

A tal punto, dunque, occorre individuare la modalità attraverso cui procedere alla comunicazione e/o esibizione del documento formato elettronicamente dinanzi al giudice.

Ai sensi dell'art. 2712 c.c., "Le riproduzioni fotografiche o cinematografiche,....(e) ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime".

Sulla scorta di quanto testé enucleato, e secondo quanto chiarito in Giurisprudenza³⁶, data la riconosciuta legittimità, ex art. 2712, delle rappresentazioni meccanografiche di cose e fatti, l'imprenditore che si è avvalso della fatturazione elettronica potrà esibire in giudizio (o comunicare al giudice) copia cartacea estratta del file in cui è contenuto il documento contabile, conferendole, nel caso, validità giuridica, ex art. 2719, attraverso l'attestazione della stessa da parte di un pubblico ufficiale³⁷.

Conclusioni.

Lo sviluppo continuo dei mezzi tecnologici determina la contestuale esigenza di sviluppare una normativa parallela che consenta agli operatori economici di poter adoperare, nell'esercizio della loro attività, tali tecnologie.

La disciplina inerente la fatturazione elettronica rappresenta un raro esempio in cui il Legislatore ha colto con prontezza le evoluzioni tecnologiche, fornendo agli operatori una disciplina piuttosto organica.

Va da se, che notevoli sono i vantaggi spazio/logisitici e temporali, e di conseguenza economici, che tali procedure consentono di far ottenere agli operatori che decidano di avvalersene.

Tuttavia, almeno allo stato attuale, poche sembrano le possibilità che tale procedura possa coinvolgere la maggioranza delle imprese di medio/piccole dimensioni le quali nel nostro paese ancora poco dialogano con le nuove tecnologie e, sebbene viviamo un periodo di crisi economica, ancora troppo poco sono attente alle possibilità di risparmio e crescita che tali strumenti loro offrono.

E allora vero, a mio sommosso avviso, dunque, che sebbene il rilancio del paese non possa che transitare imprescindibilmente per l'individuazione di politiche economiche di incentivo e di sviluppo che consentano, principalmente attraverso l'incentivo e lo sviluppo della diffusione della tecnologia informatica ed elettronica che rappresenta il vero asset del terzo millennio, il riaggancio del treno della crescita, è anche vero che, tale "rinascita" non può che partire dal "basso".

³⁶ Cass. 24.3.2003, n. 4297: "Gli estratti contributivi su modulo a stampa prodotti in giudizio dall'Inps sono la riproduzione a stampa di un documento elettronico, secondo quanto previsto dall'art. 3. co. 2, del D.lgs. 3.2.1993, n. 29, e come tali non abbisognano per spiegare i loro effetti di alcuna sottoscrizione; ad essi devono quindi essere riconosciuti gli effetti di cui all'art. 2712 c.c., e pertanto, in mancanza di contestazione della controparte, costituiscono piena prova dei fatti in esse rappresentati".

³⁷ Cass. 7.8.92, n. 2437, ove è chiarito che: "L'ordine alla parte di esibire i libri di commercio è dalla legge rimesso alla facoltà del giudice....il quale, nel suo apprezzamento discrezionale, può ritenere sufficiente ai fini della decisione, la produzione dell'estratto notarile".

Ovvero, da una ritrovata volontà di emancipazione da parte degli operatori nostrani medio/piccoli, i quali rappresentano la spina dorsale del sistema produttivo, che consenta loro di poter essere di nuovo all'avanguardia rispetto ai concorrenti; e non arrendersi, come sembra stia accadendo, ad un "inevitabile" declino del sistema paese.

La Turchia, tra lotta al terrorismo ed ambizioni europee.

di Vasco Fronzoni¹

L'aspirazione europeista della Turchia ed il contestuale ruolo di "vigilato speciale" che le viene oramai assegnato da parte del mondo occidentale e dal blocco U.E. in particolare, fanno sì che le vicende interne di questo Paese, soprattutto sul piano legislativo, vengono seguite con attenzione particolare.

Va a tal proposito sottolineato che vi sono conclamati segni di avversione alla prospettiva di ingresso nell'Unione, per lo più fondati sul convincimento di una sostanziale estraneità turca alla storia e alla cultura europee. Oltretutto, le vicende internazionali legate al terrorismo di matrice islamica, non fanno che aumentare, agli occhi di molti, il divario tra il "Vecchio Continente" e la ex "Sublime Porta", nei confronti di un Paese che, attualmente, è costituito da 70.000.000 di abitanti, di cui il 99% è musulmano.

Il presente lavoro si propone di analizzare, sia pur in maniera succinta, la collocazione geo-politica della Turchia e la sua legislazione antiterrorismo, come pietre di paragone per una corretto inquadramento di Ankara, tra mondo occidentale e mondo musulmano.

* * *

A partire dal 1839, l'Impero ottomano si è imposto un costante, progressivo ed ininterrotto processo di modernizzazione e occidentalizzazione, addirittura capace di giungere ad una laicizzazione dello Stato, a detrimento dei valori dell'Islam, strenuamente propugnati per secoli dall'Impero ottomano. Difatti, le tappe della modernizzazione turca possono essere così scandite.

Le grandi difficoltà finanziarie e militari in cui si veniva a trovare l'Impero ottomano, furono le cause principali per convincere i Sultani *Mahmūd II* e *'Abd al Mağīd* a riformare lo Stato, per fare fronte ad una arretratezza generalizzata, ad una corruzione dilagante e dissanguante, nonché ad uno Stato-apparato oramai vecchio, mal organizzato ed improduttivo.

Fu così che ebbe inizio l'epoca delle riforme (c.d. periodo delle *tanzīmāt*),² ufficialmente cominciata con l'emanazione dell'editto imperiale del 3 Novembre 1839. L'obiettivo principale di questo editto era quello di riformare e rinforzare l'Impero, anche aprendo alle potenze europee. L'effetto fu quello di mutare radicalmente il funzionamento

¹ Qualifica

² Voce *Tanzīmāt* in *Encyclopaedia of Islam*.

del vecchio Stato ottomano: introducendo giudizi pubblici per tutte le classi d'individui, indipendentemente dalla confessione religiosa; organizzando un sistema di prelievo delle tasse ad aliquota fissa, mitigando la durata del servizio militare, innalzando il salario dei funzionari ma anche le relative pene per la corruzione. Venne così conferita rappresentanza alle minoranze religiose e vennero innovate molte istituzioni, anche a costo di secolarizzarne alcune, tradizionalmente legate alla religione musulmana, quali il sistema giuridico e l'insegnamento. Nel 1840 furono emanati un nuovo codice penale, organizzato sul diritto *Šaraitico*³ e un nuovo codice di commercio, per regolamentare le controversie tra Ottomani ed Europei. Nel 1848 furono creati Tribunali misti.

L'epoca delle riforme fu attraversata dalla guerra di Crimea (1853 - 1856), che ebbe come notevole conseguenza, durante il trattato di pace negoziato nel Congresso di Parigi del 1856, il fatto che l'Impero Ottomano diventava, così, ufficialmente membro del concerto delle grandi potenze europee e che le stesse riconoscevano il rispetto della non ingerenza negli affari interni della Sublime Porta.

Nel 1856 fu emanato un altro editto fondamentale, che sanciva l'uguaglianza di tutti i soggetti ottomani di fronte alla legge, al pagamento delle tasse, le cariche pubbliche ed il servizio militare, indipendentemente dal credo religioso e dall'appartenenza etnica. Nel 1876 fu ultimata la codificazione della *mağalla*, una generale riorganizzazione del diritto, dei contratti ed obbligazioni, che viene ritrovata ancora oggi alla base di alcune codificazioni di diritto privato di molti Stati Arabi contemporanei. Nel 1876 fu infine promulgata la Costituzione.

Il processo di modernizzazione, attraverso la sostituzione della *Šarī'a* con la legge civile, il divieto della poligamia e l'emancipazione della donna, continuò anche sotto il movimento rivoluzionario dei "Giovani Turchi", che aprì le porte a *Mustafà Kemal (Atatürk)*, il fondatore della moderna Repubblica Turca. Il "Padre dei Turchi" nel 1924 abolì il Califfato, nel 1925 abolì la *Šarī'a*, introducendo nuovi codici di stampo occidentale,

³ La *Šarī'a* è la legge religiosa e costituisce il complesso dei doveri incombenti sul musulmano per orientare la sua vita verso Dio. Il credente deve improntare la propria vita ad una ideale scala di valori che va dalla sottomissione ad obblighi giuridico-religiosi, in senso verticale, al divieto di compiere determinate azioni, in senso orizzontale. Il complesso di questi doveri, l'insieme di questi obblighi, vengono definiti i cinque pilastri dell'Islam (*al-arkan al-Islam*): la *Šahada* (professione di fede), la *Salat* (la preghiera, fatta cinque volte al giorno) la *Zakhat* (l'elemosina legale o religiosa, ricavata in base ai propri guadagni ed alla capacità contributiva) l'*Hagg* (il pellegrinaggio a Mecca) il *Sawm* (il digiuno nel mese di ramadan). Accanto a questi cinque, si tende ad inserire un sesto pilastro, costituito dal *ğihad* (erroneamente tradotto con "guerra santa", il suo corretto significato è "sforzo", inteso come impegno per perseguire un nobile fine, anche e soprattutto in senso intimistico, come resistenza alle pulsioni che possono allontanare il credente dalla retta via) (A. CILARDO, *Il Diritto islamico e il Sistema giuridico italiano*, E.S.I., Napoli, 2002).

nel 1928 eliminò i caratteri arabi nell'alfabeto e li sostituì con quelli latini, nel 1932 aderì alla Società delle Nazioni e nel 1934 riconobbe l'eleggibilità della donna in Parlamento.

Anche dopo l'epoca *Kemalista*, il processo di europeizzazione non si è arrestato; nel 1948 la Turchia ha dato corso alla nascita del pluripartitismo, nel 1952 ha aderito al Patto Atlantico e, successivamente, ha ratificato numerosi Trattati e Convenzioni, di stampo filo-occidentale.

* * *

Passando all'analisi della legislazione antiterrorismo della Repubblica turca e del suo coordinamento alle dinamiche di prevenzione e repressione internazionali, va premesso che la problematica maggiore, in tema di cooperazione internazionale, si ritrova nella definizione delle condotte punite. La necessità di istituire e coordinare strumenti di contrasto omogenei non può prescindere dalla creazione, armonizzazione ed omologazione di una definizione globale e univoca di terrorismo. In mancanza, nessuna strategia e metodologia di contrasto collettivo potrà rilevarsi concretamente efficace. Inoltre, l'assenza di una definizione comune, cede pericolosamente il passo nelle legislazioni nazionali alle interpretazioni dei singoli magistrati, che legittimamente possono essere portati a decidere in senso più garantista.

Nell'ottica dell'armonizzazione si è mossa il Consiglio dei Ministri della Giustizia della Lega degli Stati Arabi,⁴ che il 22 Aprile 1998 ha adottato al Cairo la Convenzione araba per la repressione del terrorismo, entrata in vigore il 7 Maggio 1999. Tale Convenzione, emanata prima dell'11 Settembre 2001 e perciò stesso necessitante di opportuno aggiornamento, è tuttavia addivenuta ad una definizione comune della condotta terroristica, mutuata dall'art. 86 del codice penale egiziano.⁵ Con un certo parallelismo, a livello europeo è stata emanata la Convenzione del Consiglio d'Europa

⁴ La Lega degli Stati Arabi è un'associazione di Stati sovrani nata nel 1945, per iniziativa di sette paesi, fra i quali Egitto e Arabia Saudita, al fine di sviluppare le relazioni culturali, economiche, sociali e finanziarie tra i paesi membri. L'organizzazione si prefigge di mediare le dispute tra Stati arabi e di coordinare le loro politiche, rappresentandoli in alcune trattative internazionali e dialogando con i gruppi regionali. Attualmente è composta da 22 membri: l'Algeria, il Bahrein, le isole Comore, Gibuti, l'Egitto, gli Emirati Arabi Uniti, l'Iraq, la Giordania, il Kuwait, il Libano, la Libia, la Mauritania, il Marocco, l'Oman, l'Autorità Palestinese, il Qatar, l'Arabia Saudita, la Somalia, il Sudan, la Siria, la Tunisia e lo Yemen. Complessivamente riguarda una popolazione di 300 milioni di persone.

⁵ "Ogni atto di violenza o di minaccia di violenza, quali che siano i mezzi e gli obbiettivi, commessi per eseguire singolarmente o in concorso un progetto criminale mirante a seminare il terrore tra le popolazioni, mettendone a rischio ed in pericolo la vita, la libertà, e la sicurezza, o a causa dei danni procurati a edifici, infrastrutture e beni pubblici o privati, o ad occuparli ed impadronirsene, o a mettere in pericolo una delle risorse nazionali". L'imprecisione nella definizione di alcuni termini, quali "terrorismo", "violenza" e "gruppi terroristici" contenuta nel testo, lascia spazio a oggettive difficoltà interpretative e, come detto, necessita di un opportuno adeguamento attraverso una ridefinizione aggiornata della nozione, che tenga conto del mutamento avvenuto dopo l'11 Settembre e dopo tutti gli eventi geo-politici e di cronaca, verificatisi successivamente in Europa e nel mondo arabo-islamico.

sulla prevenzione del terrorismo (Varsavia, 16/05/05), che tuttavia ha solamente sottolineato la necessità di giungere ad una definizione comune della condotta terroristica, senza compiere il passo successivo di una codificazione.

Nel contrasto al terrorismo internazionale, la Repubblica turca si avvale di due principali fonti normative, il codice penale e la legge di lotta al terrorismo n. 3713/1991, modificata dalla legge 4928/2003, oltre che di alcune leggi speciali, di interesse minore.

Nel codice penale turco,⁶ il "fine terroristico" è previsto come aggravante ad effetto speciale di tutti i reati comuni la cui fattispecie è riconducibile all'eversione, interna o esterna (si veda *infra*). Tutte le pene ivi previste, infatti, quando le condotte incriminate sono attuate con finalità terroristiche, vengono elevate della metà.

La maggior parte dei delitti "politici", ivi compresi i reati di opinione, sono ricompresi nel titolo dei reati contro la personalità dello Stato.

La legge anti terrorismo, n. 3713 pubblicata nella G.U. del 12 Aprile 1991, all'art. 1 fornisce la seguente definizione di terrorismo : "ogni atto criminale utilizzando la forza o la violenza, commesso da una o più persone appartenenti ad una associazione,⁷ che utilizzi metodi d'oppressione, d'intimidazione, di dissuasione, di repressione o di minaccia, allo scopo di modificare le caratteristiche della Repubblica prescritte dalla Costituzione, sovvertire l'ordine pubblico, politico, giuridico, sociale, confessionale o economico, di distruggere l'indivisibile unità dello Stato con il suo territorio e la sua popolazione, di mettere in pericolo l'esistenza dello Stato Turco e della Repubblica, di indebolire, distruggere o impadronirsi dell'autorità dello Stato, di violare i diritti e le libertà fondamentali, di attentare alla sicurezza interna o esterna dello Stato, dell'ordine pubblico o della salute pubblica. Il termine associazione include anche le organizzazioni, le

⁶ La promulgazione del nuovo codice penale è recente; la sua entrata in vigore è stata prevista a tappe: una prima parte, il 26 settembre 2004, un'altra il 1° aprile 2005 e l'ultima il 1° aprile 2007. Il nuovo codice, la cui stesura ad opera di un gruppo di giuristi dell'università di Istanbul ha richiesto tempi molto brevi, si è ispirato alla tradizione giuridica tedesca.

Il vecchio codice, adottato con legge n. 765/1926, ha subito nel corso del tempo numerose modificazioni. Questo codice era, nella sua struttura portante e nella filosofia ispiratrice, una copia del Codice Zanardelli, scelto nel 1926 dalla neonata Repubblica alla ricerca di modelli europei per il suo processo riformatore. In realtà l'attenzione per il codice penale e la tradizione giuridica italiana risalgono già all'epoca delle riforme (vedi *supra*), durante la quale il Codice Zanardelli venne tradotto in turco ottomano, dalla versione francese. Fu solamente con la nascita della Repubblica, tuttavia, che esso venne introdotto nel sistema giuridico turco. A partire dal 1936 il codice venne riformato introducendo le modifiche introdotte in Italia con il Codice Rocco.

⁷ Diversamente dal nostro codice penale nel quale, perché venga integrato il reato di associazione per delinquere, la stessa deve essere formata da tre o più persone, il codice penale turco prevede l'unione di due o più persone in adesione al *pactum sceleris*.

formazioni, le bande armate e i clan, così come descritti nel codice penale turco e nelle leggi speciali”.⁸

L’art. 3, nel definire le condotte terroristiche, fa espresso richiamo alle previsioni del codice sostanziale, allorquando queste vengono commesse con finalità terroristica; in particolare, gli artt. 306 (svolgere attività contrarie ai fondamentali interessi nazionali – fino a 10 di reclusione), 220/8 che ha modificato l’art. 169 vecchio codice (propagandare un’organizzazione fondata per commettere reati – fino a 3 anni, se commessa mediante i media si accresce della metà), 216 che ha modificato l’art. 312 vecchio codice (istigare una parte della popolazione appartenente ad una differente classe sociale, razza, religione, setta o regione all’odio e all’ostilità contro un’altra parte della popolazione, in maniera pericolosa per la sicurezza pubblica - fino a 3 anni, se commessa mediante i media si accresce della metà).

Per quanto riguarda le specifiche condotte sanzionate, l’art. 7 prevede la reclusione da 5 a 10 anni e la multa da 200 a 500 milioni di lire turche (10 milioni di vecchie lire turche = 6.18 Euro), per i fondatori, promotori e capi delle organizzazioni descritte dall’art. 3. La pena per gli associati è la reclusione da 3 a 5 anni e la multa da 100 a 300 milioni. Il secondo co. stabilisce la pena della reclusione da 1 a 5 anni e la multa da 50 a 100 milioni per coloro che prestano assistenza agli associati o che incitano alla commissione di atti di violenza o terrorismo. La pena è raddoppiata se l’assistenza o l’incitazione viene fornita con l’ausilio di immobili o uffici pubblici, associazioni, fondazioni, partiti politici, istituzioni professionali o di lavoratori.

All’art. 8, soppresso dalla menzionata legge 4928/2003, era prevista la punizione da 2 a 5 anni di reclusione e la multa da 50 a 100 milioni per coloro che svolgono propaganda, sia per iscritto che oralmente, anche in occasione di pubbliche riunioni, assemblee, comizi o dimostrazioni, tendente a mettere in pericolo l’indivisibile unità dello Stato. Il precetto di questa norma era stato largamente utilizzato come forma di repressione e lotta politica nei confronti degli avversari del Governo, con l’effetto di limitare fortemente, se non addirittura di inibire, la libertà di stampa.

⁸ Testo così modificato dalla legge 4928 del 19 Luglio 2003; il testo originario dell’art. 1 così recitava: “ogni tipo di atto, eseguito da una o più persone appartenenti ad una associazione avente lo scopo di modificare le caratteristiche della Repubblica e specificate nella Costituzione, il suo sistema politico, giuridico, sociale, secolare ed economico, nuocendo all’indivisibile unità dello Stato con il suo territorio e la sua popolazione, mettendo in pericolo l’esistenza dello Stato e della Repubblica Turca, indebolendo, distruggendo o impadronendosi dell’autorità dello Stato, eliminando i diritti e le libertà fondamentali, o ledendo la sicurezza interna o esterna dello Stato, l’ordine pubblico o la salute pubblica, attraverso atti di pressione, forza o violenza, terrore, intimidazione, oppressione o minaccia. Il termine associazione include anche le organizzazioni, le formazioni, le bande armate, i clan così come descritti nel codice penale turco e nelle leggi speciali”.

Nell'art. 9 troviamo alcune norme di carattere procedurale, sempre destinate alle condotte terroristiche. Chi si trova in regime di custodia cautelare può svolgere colloqui difensivi unicamente in presenza di un ufficiale di polizia giudiziaria dell'istituto di pena.

Inoltre, il fermo di polizia giudiziaria è previsto per 48 ore, che possono diventare 15 giorni in caso di "crimini collettivi", cosa che, come è logico supporre, avviene di frequente.

Gli ufficiali di polizia giudiziaria possono interrogare i sospetti e sentire i testimoni, redigendone verbale. Solo se necessario dovranno poi essere a loro volta sentiti sui fatti sui quali hanno indagato (art. 12).

L'art. 16, prevede che chiunque venga condannato ai sensi della legge antiterrorismo, debba scontare la pena in apposite strutture penitenziarie a ciò destinate, in celle al massimo di tre persone.

L'art. 20 introduce poi, all'occorrenza, la possibilità di approntare speciali misure di protezione e vigilanza per inquirenti, giudici, testimoni, appartenenti alle forze armate e dell'ordine, personale degli istituti di pena ed informatori, che abbiano prestato la loro opera in casi di terrorismo.

Infine, la legge antiterrorismo ha commutato la pena capitale⁹ in 30 anni di reclusione e quella dell'ergastolo in 20 anni.

Come ulteriore arma di contrasto al terrorismo, va menzionata la legge 2845 del 1983, che individuava nelle Corti di Sicurezza dello Stato¹⁰ l'unica autorità legittimata a giudicare sui reati di terrorismo.

⁹ Nel 2004 la Turchia ha abolito la pena di morte, per ogni tipo di crimine, dalla sua Costituzione. La legge n. 5170 del 7 Maggio 2004, difatti, ha abrogato il dettame contenuto nell'art. 15 della Costituzione che prevedeva l'applicazione della pena di morte in tempo di guerra ed ha aggiunto un comma all'art. 38 della Costituzione, che vieta così l'applicazione della pena capitale.

Il 14 Luglio 2004, poi, il Parlamento, in linea con l'analoga statuizione per le fattispecie di terrorismo, ha adottato la Legge n. 5218, che sostituisce nel codice penale, alla comminazione della pena di morte, la pena dell'ergastolo.

Già nel 1990 la Grande Assemblea Nazionale turca aveva adottato la legge n. 3679 (entrata in vigore il 29 Novembre 1990), che aveva sensibilmente modificato il codice penale. In particolare, veniva abolita la pena di morte in tempo di pace, sostituendo ad essa, per tutti i delitti per la quale era prevista (artt. 152, 217, 403, 406, 407, 418, 439 e 499 del codice penale), l'ergastolo (l'ultima esecuzione era avvenuta nel 1984).

Recentemente inoltre, in linea con i menzionati provvedimenti legislativi, il Governo turco ha anche manifestato l'intenzione di ratificare il II° Protocollo della Convenzione Internazionale sui Diritti Politici e Civili, del 16 dicembre 1966, e il Protocollo n. 13 della Convenzione Europea sui Diritti umani.

(<http://www.law.qub.ac.uk/humanrts/emergency/turkey/intro.htm>).

¹⁰ Le Corti di Sicurezza dello Stato (*Devlet Güvenlik Mahkemesi*), oltre che sui reati previsti dalla legge antiterrorismo, avevano giurisdizione su tutti i crimini previsti dal codice penale turco, descritti negli artt. da 125 a 139, da 146 a 157, 161, 168, 169, 171, 172, 174, 264, 312 co. 2, 313, 314, 384, 385, 403 e 499; inoltre, sui delitti previsti dalle leggi speciali sulle armi; infine, sui delitti che potevano comportare la dichiarazione dello Stato di emergenza previsto dall'art. 120 della Costituzione.

(http://www.opbw.org/nat_imp/leg_reg/turkey/anti-terror.pdf).

Create nel 1973 e dichiarate incostituzionali nel 1975, le Corti di Sicurezza erano state riabilite con la Costituzione del 1982 e quindi reintrodotte nell'ordinamento con la richiamata legge 2845/1983.

Nei procedimenti e processi innanzi tali Autorità Giudiziarie, i diritti di difesa venivano particolarmente compressi. Questa limitazione trovava conforto nell'art. 13 della Costituzione turca,¹¹ laddove statuisce che libertà e diritti fondamentali possono essere compressi in ragione del superiore interesse per la salvaguardia della indivisibile integrità dello Stato, della sovranità nazionale, della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico nonché della moralità e salute pubblica. E' facile immaginare come, alla luce di un bilanciamento di interessi tra ragioni di Stato e diritti e libertà dei singoli, nei procedimenti innanzi alle Corti di Sicurezza questi ultimi abbiano spesso subito forti limitazioni. A titolo di esempio, la durata della carcerazione preventiva era molto più lunga di quella prevista per la giurisdizione ordinaria e un soggetto sottoposto a fermo o arresto non poteva avere colloqui difensivi se non dopo essere stato interrogato dal giudice.

E' abbastanza evidente che, operando nei confronti di soggetti determinati, per fattispecie particolari, in zone geografiche specifiche del Paese, si trattava di una giurisdizione straordinaria, che esplicava le sue funzioni in palese contrasto con il principio del giudice naturale e con quello del giusto processo, sancito dall'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950; come è noto, tale principio postula che ognuno debba essere giudicato da un Tribunale indipendente, imparziale e istituito in base alla legge.¹²

Dimostrando di recepire i suggerimenti di armonizzazione legislativa ai canoni della U.E., in occasione della riforma del codice penale, nel Settembre 2004 le Corti di Sicurezza sono state definitivamente abolite.

L'analisi di questa legislazione, non può da una parte non sottolineare la chiara ed ultradecennale esigenza di difesa, da parte di Ankara, contro il terrorismo soprattutto interno, con particolare riferimento a quello curdo, armeno e di *Hizbullah*.¹³ Da qui, la comprensibile necessità di ricorso a procedure anche di carattere eccezionale, per contrastare il fenomeno; tuttavia, tali procedure sono sfociate, talvolta, in una sistematica

¹¹ Quella attuale, del 1982, è la quinta Costituzione della Repubblica turca.

¹² Il Presidente della Corte di Appello di Ankara, *Eraslan Özkaya*, alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario del 2003/2004, affermò pubblicamente che le Corti di Sicurezza erano incompatibili con il principio del giudice naturale e che bisognava abolirle (<http://www.fidh.org/IMG/pdf/tr381f.pdf>).

¹³ "Il Partito di Dio", la tristemente nota organizzazione terroristica di impronta Sci'ita, che dai primi anni '80 ha operato con l'intento di creare uno Stato islamico in Libano.

forma di controllo e di repressione nei confronti di quelle minoranze etniche, attraverso prassi giudiziarie certamente non in linea con quella della U.E.

In questa ottica, va inquadrata la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo n. 46221/99, pubblicata il 12 Maggio 2005, con la quale, nella vicenda del leader curdo Öcalan, sono state giudicate contrarie alla C.E.D.U. alcune condotte della Turchia, tra le quali l'arresto in uno Stato estero e all'insaputa di esso, la detenzione in stato di fermo senza giudizio per 7 giorni, la mancanza di un immediato colloquio difensivo, la condanna a morte all'esito di un processo ove non è stato garantito il diritto di difesa, il trattamento carcerario con vessazioni fisiche e psichiche.

Dall'altra parte, e su di un piano squisitamente tecnico-normativo, va posta attenzione sulla necessità di riforma ed aggiornamento di questa legislazione, anche in riferimento ad una diversa definizione stessa del terrorismo, collegata magari a quella in uso in altri Paesi.

La vena europeista di Ankara ha già determinato un notevole sforzo teso alla convergenza legislativa e istituzionale con le norme europee. Si sono succedute due grandi riforme costituzionali, contenute in otto pacchetti legislativi adottati dal Parlamento tra il Febbraio 2002 e il Luglio 2004.

Tuttavia, la strada da percorrere non è ancora terminata. A titolo di esempio, devono ancora essere adottate le decisioni parlamentari sul codice di procedura penale, sulla normativa che istituisce la polizia giudiziaria e la legge sull'esecuzione di condanne e misure di sicurezza; inoltre, dovranno necessariamente essere adottati dei correttivi alle limitazioni della libertà di espressione, alla oppressione delle minoranze ed al più volte denunciato ricorso alla tortura.

Sarà solo insistendo su questo percorso che, secondo l'opinione di molti, la Turchia potrà a pieno titolo pretendere di affermare la sua piena europeizzazione.

GIURISPRUDENZA

SEGNALAZIONI GIURISPRUDENZIALI¹

¹ consultabili, in versione integrale, on line nella relativa sezione del sito della rivista

CGCE, Sezione II, sentenza 23.03.06

Iva - VI Direttiva - Direttiva n. 77/388/CEE del 17 maggio 1977 - Società non residente - Succursale in altro Stato membro - Rapporti giuridico-economici - Assoggettabilità - Condizioni - Artt. 2 e 9 della VI Direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, n. 77/388/CEE - Interpretazione.

Gli artt. 2, n. 1, e 9, n. 1, della VI Direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, n. 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, devono essere interpretati nel senso che un centro di attività stabile, che non sia un ente giuridico distinto dalla società di cui fa parte, stabilito in un altro Stato membro e al quale la società fornisce prestazioni di servizi, non deve essere considerato un soggetto passivo in ragione dei costi che gli vengono imputati a fronte di tali prestazioni.

Cassazione, sentenza n.6204, 20.03.06

Imposte sul reddito - Società - Fusione per incorporazione - Avvisi di accerramento per disconoscimento deduzioni per quote di ammortamento dell'avviamento iscritto in bilancio a fronte del disavanzo di fusione - Redditi dichiarati ai fini Irpeg/Ilor per gli anni 1990, 1991 e 1992 - Disciplina relativa alla deducibilità del disavanzo da fusione - Principio della neutralità fiscale delle fusioni e scissioni introdotto con l'art. 27 della legge 23 dicembre 1994, n. 724 - Art. 123 (ora art. 172) del DPR 22 dicembre 1986, n. 917.

Nella fusione per incorporazione, la disciplina realativa alla deducibilità del disavanzo da fusione - che non è stata sostanzialmente modificata nel passaggio dell'art. 16 del DPR n. 589/1973 all'art. 123 del DPR n. 917/1986, nel testo originario e poi in quello modificato dall'art. 7, comma 6, della legge n. 67/1988 - prevede che, nella determinazione del reddito della società incorporante o di quella risultante dalla fusione, non si tiene conto delle plusvalenze iscritte in bilancio sino a concorrenza della differenza tra il costo delle azioni, o quote, della società incorporata (annulate per effetto della fusione) e il valore del patrimonio netto della società stessa risultante dalle scritture contabili, e che tra le plusvalenze va annoverato anche l'avviamento. Soltanto con l'art. 27 della legge 23 dicembre 1994, n. 724 è stato introdotto il principio di neutralità fiscale delle operazioni societarie di fusione e di scissione, con la conseguenza che, a decorrere dal primo gennaio 1995 - data di entrata in vigore di detta legge - il disavanzo di fusione, ai sensi dell'articolo citato, non è più utilizzabile "per iscrizioni di valori in franchigia d'imposta, a qualsiasi voce, forma o titolo operato".

Cassazione, sentenza n.107, 17.03.06

Imposte sul reddito - Società - Fusione per incorporazione - Avvisi di accerramento per disconoscimento deduzioni per quote di ammortamento dell'avviamento iscritto in bilancio a fronte del disavanzo di fusione - Redditi dichiarati ai fini Irpeg/Ilor per gli anni 1990, 1991 e 1992 - Disciplina relativa alla deducibilità del disavanzo da fusione - Principio della neutralità fiscale delle fusioni e scissioni introdotto con l'art. 27 della legge 23 dicembre 1994, n. 724 - Art. 123 (ora art. 172) del DPR 22 dicembre 1986, n. 917.

Nella fusione per incorporazione, la disciplina relativa alla deducibilità del disavanzo da fusione - che non è stata sostanzialmente modificata nel passaggio dell'art. 16 del DPR n. 589/1973 all'art. 123 del DPR n. 917/1986, nel testo originario e poi in quello modificato dall'art. 7, comma 6, della legge n. 67/1988 - prevede che, nella determinazione del reddito della società incorporante o di quella risultante dalla fusione, non si tiene conto delle plusvalenze iscritte in bilancio sino a concorrenza della differenza tra il costo delle azioni, o quote, della società incorporata (annulate per effetto della fusione) e il valore del patrimonio netto della società stessa risultante dalle scritture contabili, e che tra le plusvalenze va annoverato anche l'avviamento. Soltanto con l'art. 27 della legge 23 dicembre 1994, n. 724 è stato introdotto il principio di neutralità fiscale delle operazioni societarie di fusione e di scissione, con la conseguenza che, a decorrere dal primo gennaio 1995 - data di entrata in vigore di detta legge - il disavanzo di fusione, ai sensi dell'articolo citato, non è più utilizzabile "per iscrizioni di valori in franchigia d'imposta, a qualsiasi voce, forma o titolo operato".

Cassazione, sentenza n.5343, 10.03.06

Dazi doganali - Agevolazioni ottenute sulla base di attestazioni false - Buona fede - Prova specifica di avere agito con diligenza - Spetta all'importatore l'onere della prova - Art. 220 del Regolamento del Consiglio 12 ottobre 1992, n. 2913/92/CEE.

Nell'ipotesi in cui alcune merci vengano importate in regime di agevolazione doganale sulla base di attestazioni rivelatesi false, la mera falsità della documentazione non appare sufficiente a dimostrare la buona fede dell'importatore (che lo esenta da responsabilità per il pagamento dei dazi di confine ai sensi dell'art. 220 del codice doganale comunitario novellato con regolamento CE n. 2700/2000), spettando all'importatore medesimo provare di avere agito "con diligenza per assicurare il rispetto di tutte le condizioni per il trattamento preferenziale".

CGCE, Sezione II, sentenza 09.03.06

IVA-Luogo di prestazione dei servizi - Art. 9, n. 2, lett. C), primo trattino, della VI Direttiva CEE - Prestazione fornita da organizzatore agli espositori in una fiera o in un salone - Rientra.

L'art. 9, n. 2, lett. C), primo trattino della VI Direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, n. 77/388/CEE, deve essere interpretato nel senso che la prestazione globale fornita da un organizzatore agli espositori in una fiera o in un salone si riconduce alla categoria di prestazioni di servizi contemplata da tale disposizione.

Cassazione, SS.UU., sentenza n.4895, 08.03.06

Tariffa di igiene ambientale (TIA) - Controversie relative alla debenza del canone per lo smaltimento dei rifiuti urbani - Spettanza alla giurisdizione tributaria - Eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2, del DLG 31 dicembre 1992, n. 546 - Manifesta infondatezza.

È manifestamente infondata l'eccezione d'illegittimità costituzionale sollevata contro l'art. 2, comma 2, del DLG n. 546/1992, nella parte in cui riconduce alla giurisdizione tributaria "le controversie relative alla debenza del canone per lo smaltimento dei rifiuti urbani", sotto il profilo di una presunta violazione dell'art. 102 e della VI Disposizione transitoria della Costituzione (che vietano l'istituzione di "nuovi" giudici speciali), in considerazione della disciplina sopravvenuta con l'art. 3 bis, comma 1, lettera b) della legge n. 248/2005 (di conversione del DL n. 203/2005), che ha stabilito espressamente l'appartenenza alla giurisdizione tributaria delle controversie riguardanti i canoni in questione e tenuto altresì conto che i canoni suaccennati attengono ad entrate che in precedenza rivestivano indiscussa natura tributaria. (Nel caso di specie, la controversia concerneva il pagamento della tariffa di igiene ambientale, introdotta, con abolizione della TARSU, dall'art. 49 del DLG 5 febbraio 1977, n. 22).

Innovazione e Diritto

rivista on line

Finanziare la ricerca migliora l'Università

Quest'anno è possibile destinare una quota dell'imposta sul reddito alla Ricerca Scientifica e all'Università.

La legge finanziaria 2005, infatti, offre la possibilità di destinare il 5 per mille dell'imposta sul reddito personale (IRE), ad un Ateneo.

Anche grazie al tuo aiuto e a quello della tua famiglia sarà possibile potenziare i servizi agli studenti, migliorare la qualità della didattica, aumentare il numero delle borse di studio destinate ai giovani ricercatori, incrementare le risorse destinate alla ricerca scientifica.

UNA SCELTA CHE NON TI COSTA NULLA



UN IMPEGNO PER LA TUA UNIVERSITÀ

Per destinare il 5 per mille alla Federico II basta inserire nel modulo della dichiarazione dei redditi il numero di codice fiscale dell'Università degli Studi di Napoli Federico II:

00876220633



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA