



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

*I*nnovazione *e* *D*iritto



3

2007

COMITATO SCIENTIFICO

Prof. Raffaele Perrone Capano (direttore)
Prof. Andrea Amatucci
Prof. Carlo Amatucci
Prof. Carlo Amirante
Prof. Raffaele Balbi
Prof. Raffaello Capunzo
Prof. Agostino Carrino
Prof. Benedetto Conforti
Prof. Alfonsina De Felice
Prof. Elisabetta De Franciscis
Prof. Pasquale De Sena
Prof. Luciana Di Renzo
Prof. Marinella Fedeli
Prof. Stefano Fiorentino
Prof. Massimo Iovane
Prof. Francesco Janes Carratu'
Prof. Giovanni Marino
Prof. Roberto Mastroianni
Prof. Paolo Nunziante
Prof. Emilio Pagano
Prof. Flavia Petroncelli Hubler
Prof. Luigi Sico
Prof. Sandro Staiano
Prof. Giuliana Stella
Prof. Mario Tedeschi
Prof. Talitha Vassalli

DIRETTORE RESPONSABILE

Avv. Maurizio Migiarrà

REDAZIONE

Roberta Alfano (coordinamento)
Gino Buonauro
Giordano Di Meglio
Chiara Fontana
Filippo Perriccioli
Loredana Strianese

EDITING e GRAFICA

Vittorio Mostacciuolo
Sebastiano Romitelli

INNOVAZIONE E DIRITTO – rivista on line

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

Registrazione Tribunale di Napoli n. 45 del 22 giugno 2005

ISSN 1825-9871



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

Disciplina attuativa del Codice Unico e potestà normativa delle Regioni alla luce del Titolo V della Costituzione di Paolo Tesaro.....	1
Profili fiscali del patto di famiglia di Stefano Fiorentino.....	11
Metodo romanistico e tecnologie informatiche di Alessandro Manni.....	17
Qualità della regolazione e <i>better regulation</i>: un itinerario intorno ai nuovi processi di valutazione normativa di Katia Castaldo.....	51
La tutela giuridica del <i>software</i> di Wanda D'Avanzo.....	85
Profili evolutivi della disciplina del reverse charge nell'ordinamento fiscale europeo e nazionale di Laura Letizia.....	101

GIURISPRUDENZA

Nota alla sentenza della Corte Costituzionale, 23 maggio 2007, n. 171 di Hedi Romanelli Grimaldi.....	125
La regolarizzazione tra forma e sostanza: dottrina e giurisprudenza a confronto (Nota a Cds, sez. IV, sentenza 11 ottobre 2006 n. 6059) di Cristina Curatoli	134

Disciplina attuativa del Codice Unico e potestà normativa delle Regioni alla luce del Titolo V della Costituzione¹

di Paolo Tesauro

Premessa

Il compito, assegnatomi, di analisi dei profili di costituzionalità del nuovo Codice Appalti, non è sicuramente di facile adempimento.

Siamo, infatti, di fronte ad una "legge" dello Stato (D.lgs n. 163/2006) che interviene a dettare, in recepimento di direttive comunitarie, un'organica riforma dei pubblici appalti, siano essi di lavori, servizi o forniture; il tutto dopo una riforma costituzionale, dalla formulazione infelice, ma vigente, che ha notevolmente "ampliato" la potestà normativa delle Regioni.

In realtà, il fatto stesso che, ancora una volta, ci si interroghi sulla costituzionalità di una legge dello Stato (N.B. dopo la l. cost. n. 3/2001 i ricorsi in via d'azione alla Corte Costituzionale si sono moltiplicati), evidenzia il più forte limite della riforma del 2001: l'essere intervenuta a modificare la sola Parte Seconda della Carta Costituzionale, lasciando impregiudicata la configurazione degli organi del potere centrale, e soprattutto del Parlamento, senza passare (conformemente alle altre realtà in cui vige un'organizzazione di tipo federale: vedi Stati Uniti, Germania) per la necessaria trasformazione di una delle due Camere in una camera rappresentativa delle Regioni (Senato Federale) e senza incidere sul procedimento legislativo nazionale.

Il compito di "correggere" o, quantomeno, di attenuare gli effetti delle appena evidenziate incongruenze della riforma del 2001 è, sostanzialmente, rimesso alla Corte Costituzionale, che, in una giurisprudenza ormai copiosa, anche se non sempre brillante per coerenza, sta cercando di tracciare nuove linee di confine nei rapporti tra legge statale e legge regionale, richiamandosi a quelli che la stessa Corte ha individuato quali

¹ Relazione al seminario "*Luci ed ombre del Codice Unico Appalti*". Roma – 6 e 7 giugno 2006.

"congegni" volti alla chiarificazione delle diverse competenze legislative in ambiti complessi "nei quali coesistono, intrecciate, attribuzioni e funzioni diverse".

Congegni che si risolvono nella individuazione di quei principi giuridici, immanenti nel nostro ordinamento, che trovano sostegno nella proclamazione di unità e indivisibilità della Repubblica; detti principi sono:

- **la sussidiarietà** (verticale) = attribuzione della funzione (amministrativa) al livello di governo più vicino al cittadino a meno che la funzione, per esigenze di unitarietà, non possa essere meglio esercitata "dall'alto" (ex art. 118 cost.);
- **l'adequazione e proporzionalità** = intervenendo trasversalmente, nell'esercizio di una propria competenza legislativa esclusiva, in materie di competenza legislativa esclusiva regionale, lo Stato deve limitarsi a porre "norme-principio", lasciando alla Regioni la disciplina di dettaglio (vedi sentenza n. 272/2004);
- **la leale collaborazione** = valorizzazione, con riferimento alle ipotesi di interferenza tra disposizioni rientranti in materie di competenza esclusiva dello Stato e delle Regioni, delle attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero sia le intese.

Con riferimento al principio di leale collaborazione, una delle "pecche" dell'iter procedimentale seguito dal Governo nell'adozione del Codice Appalti sta proprio nello scarso coinvolgimento delle Regioni, circostanza sottolineata dalla Conferenza Unificata delle Regioni e delle Province Autonome nel parere, obbligatorio, che la stessa era stata chiamata ad esprimere e di fronte alla quale il legislatore del Codice si è giustificato con un richiamo all'urgenza determinata dallo scadere della conferita delega legislativa.

* * * * *

Entrando nel cuore della questione in analisi, punto di partenza obbligato è, ancora una volta, rappresentato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale la quale, analizzando la legittimità della "Legge Obiettivo", su ricorso di diverse Regioni, ha chiaramente affermato che *"la mancata inclusione dei lavori pubblici"* ed in questo caso dei pubblici contratti di lavori, servizi e forniture *"nella elencazione dell'art. 117 co. 2 Cost. non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa (esclusiva) residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti"* (sentenza n. 303/2003; rel. Mezzanotte).

Nell'affrontare, quindi, il tema della costituzionalità del nuovo Codice Appalti si seguirà lo stesso metodo seguito dal Consiglio di Stato nel parere reso sull'allora schema di codice:

- individuare le parti di tale Codice espressione dell'esercizio di **potestà legislativa esclusiva dello Stato**, sulle quali, quindi, non è possibile che le Regioni legiferino diversamente e che, al tempo stesso, si configurano come materie trasversali che legittimano l'intervento del legislatore centrale in ambiti rimessi alla potestà legislativa esclusiva delle Regioni;
- quelle che, invece, sono espressione di **potestà legislativa concorrente** ed in ordine alle quali le norme del Codice sono legittime in quanto leggi di principio, necessitanti di norme di dettaglio a livello regionale;
- infine, quelle che riguardino materie di competenza **esclusiva regionale**, e che, quindi, si configurano come norme statali "cedevoli" rispetto alle future leggi regionali.

Tale distinzione è stata recepita dallo stesso Codice che, all'articolo 4, definisce i rapporti tra legislazione statale e legislazione regionale, con riguardo anche alle Regioni a statuto

speciale, diversificando *ex ante*, e su esplicita indicazione del Consiglio di Stato, le disposizioni soggette o sottratte all'intervento normativo regionale.

* * * * *

Cominciando dalle cd. "materie traverse", come sottolineato anche dal Consiglio di Stato nel parere prima richiamato, nell'elencazione di cui all'art. 117 co. 2 Cost., si rinvencono essenzialmente tre "leve" che legittimano l'intervento normativo statale nel settore in analisi:

- la tutela della concorrenza;
- l'ordinamento civile;
- la giurisdizione e norme processuali, nonché l'ordinamento della giustizia amministrativa.

Per quanto attiene, in particolare, alla tutela della concorrenza, come più volte precisato dalla Corte Costituzionale (sentenze nn. 14/2004 e 272/2004), essa si configura, piuttosto che come una materia in senso stretto, come una competenza che consente al legislatore statale di intervenire trasversalmente in ambiti di competenza esclusiva regionale, non solo in un aspetto statico di garanzia e salvaguardia dei principi *antitrust*, ma anche in quello dinamico che autorizza "*misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali*". La tutela della concorrenza viene, quindi, vista dalla Consulta come una competenza "funzionale", priva di un oggetto certo e determinato, come tale capace di pervadere ambiti e materie spettanti alla potestà residuale o concorrente delle Regioni.

In relazione, però, alle disposizioni del Codice che siano espressione dell'esercizio di tale competenza funzionale, occorre distinguere tra quelle disposizioni che:

- attengono alla tutela della concorrenza in senso stretto, e sulle quali, quindi, non è possibile che le Regioni legiferino diversamente;

- quelle in cui la tutela della concorrenza si configuri come materia “funzione” che interviene trasversalmente in materie di competenza legislativa esclusiva regionale, pervadendole, senza esaurirne tutto l’ambito e lasciando, quindi, un certo margine di intervento alla normativa regionale.

Tra le prime annoveriamo le norme, elencate al co. 3 dell’art. 4, relative alla **qualificazione e selezione dei concorrenti, alle procedure di affidamento** (esclusi gli aspetti strettamente organizzativi), **ai criteri di aggiudicazione, al subappalto e alla vigilanza sul mercato attribuita all’Autorità per i Lavori Pubblici.**

Per quanto attiene, invece, alle seconde, e cioè a quelle disposizioni in cui la tutela della concorrenza si configura come competenza “traversa”, nell’esercizio della quale lo Stato interviene in ambiti di competenza legislativa esclusiva delle Regioni, la Corte Costituzionale ha più volte ribadito che, in questi casi, la legge statale è legittima nella misura in cui pone “norme principio”, lasciando alla Regioni la normativa di dettaglio (sentenza n. 272/2004. QUARTO GENERE DI POTESTA’ LEGISLATIVA REGIONALE??? SI INCONTRANO E SI INTERSECANO DUE COMPETENZE ESCLUSIVE).

[Nella sentenza n. 272/2004, ad esempio, la Corte ha ritenuto che l’art. 35 della finanziaria 2002 fosse legittimo nella parte in cui stabiliva le modalità per l’affidamento dei servizi pubblici locali (gara, gara per il socio e *in house*); fosse illegittimo nello stabilire i criteri di aggiudicazione delle gare, in quanto tale normativa di dettaglio doveva essere rimessa alla Regioni].

Si tratta delle norme strettamente attinenti ai profili organizzativi, procedurali, economici, sulle quali le Regioni possono legiferare nel rispetto dei principi desumibili dal Codice e posti a tutela della concorrenza.

Sono, poi, individuabili ulteriori disposizioni del Codice espressione della potestà legislativa esclusiva dello Stato sulla giurisdizione e sull'ordinamento civile; tra queste vanno annoverate le norme relative alla **stipula ed all'esecuzione dei contratti; alla giurisdizione esclusiva amministrativa; all'arbitrato; all'accordo bonario.**

Su tali materie le Regioni non possono intervenire, salvo per quegli aspetti di dettaglio, come ad esempio nei profili organizzativi relativi all'esecuzione dei contratti, in ordine ai quali è legittimo che le stesse pongano norme di dettaglio nell'ambito delle "norme-principio" statali, secondo lo schema già prima ricostruito.

* * * * *

Ci sono, poi, disposizioni del Codice che si configurano come materie di potestà legislativa concorrente elencate nel comma 3 dell'art. 117 Cost., quali il governo del territorio, la tutela e la sicurezza del lavoro, la valorizzazione dei beni culturali; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto, etc...

Espressioni di tali materie sono le norme, elencate nel comma 2 dell'art. 4 del Codice, e relative a: **programmazione dei lavori pubblici, approvazione dei progetti a fini urbanistici ed espropriativi, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento, sicurezza del lavoro.**

In queste materie le Regioni possono legiferare nell'ambito dei principi generali desumibili dal Codice che, in tal senso, si pone come "legge quadro" o "legge cornice".

Rimangono disposizioni rientranti nelle materie di competenza legislativa esclusiva e residuale delle Regioni; rispetto ad esse il Codice si pone come "legge" cedevole nei confronti della futura legislazione regionale, adottata nell'esercizio di un potere sostitutivo statale diretto ad assicurare l'attuazione del diritto comunitario.

* * * * *

Un problema particolare riguarda, infatti, l'entrata in vigore delle norme del Codice nei vari ordinamenti regionali; a questo proposito l'ultimo comma dell'articolo 4, discostandosi in parte dal parere del Consiglio di Stato, distingue tra Regioni a statuto ordinario e Regioni a statuto speciale, cui sono equiparate le Province autonome di Trento e Bolzano.

Nelle Regioni a statuto ordinario il Codice entrerà in vigore, nella sua interezza e quindi anche per quelle disposizioni ricadenti in ambiti di legislazione concorrente o esclusiva regionale, a far data dal 1 luglio 2006.

La soluzione prescelta dal legislatore statale si fonda sull'art. 117 co. 5 della Costituzione, secondo il quale, nel caso di inadempienza delle Regioni nel recepimento di norme comunitarie, lo Stato può intervenire in via sostitutiva.

Le normativa statale è, però, cedevole rispetto alle future leggi regionali, ovviamente soltanto in relazione a quelle disposizioni sulle quali le Regioni sono legittimate ad intervenire, nell'esercizio di competenze concorrenti o esclusive proprie.

Tale soluzione, non solo ha avuto l'avallo del Consiglio di Stato (VEDI ANCHE PRECEDENTE PARERE N. 2/2002), ma sembra ispirato a esigenze di certezza del diritto e di completezza dell'ordinamento.

E' necessario, infatti, considerare che per espressa previsione dell'art. 10 della l. n. 62/1953 (cd. Legge Scelba), nel caso di mutamento delle leggi cornice, adottate dallo Stato in materie di competenza concorrente, sono automaticamente abrogate le norme regionali che siano in contrasto con la nuova legislazione statale di principio.

Ciò comporta che, ad esempio, le leggi regionali adottate in attuazione della Merloni (l.n. 109/1994, precedente legge quadro in materia di lavori pubblici) saranno abrogate con l'entrata in vigore del Codice (nuova legge quadro), qualora in contrasto con lo stesso.

L'aver previsto l'immediata applicabilità della nuova normativa statale ha, quindi, evitato il crearsi di vuoti nei vari ordinamenti regionali, fino all'adozione delle rispettive leggi.

Situazione diversa si configura per le Regioni a statuto speciale; per queste ultime, infatti, così come per le Province autonome di Trento e Bolzano, l'ultimo comma dell'art. 4 pone semplicemente un obbligo di adeguamento della propria legislazione, già adottata, in materia.

In questo modo il legislatore del Codice ha esteso a tutte le Regioni a statuto speciale le previsioni dettate dall'art. 2 della l.n. 266/1992 per le Province autonome di Trento e Bolzano e per il Trentino Alto Adige; secondo l'art. 2 *"la legislazione regionale e provinciale deve essere adeguata ai principi e norme costituenti limiti indicati dagli art. 4 e 5 dello statuto speciale e recati da atto legislativo dello Stato entro i sei mesi successivi i sei mesi successivi alla pubblicazione dell'atto medesimo nella Gazzetta Ufficiale o nel più ampio termine da esso stabilito. Restano nel frattempo applicabili le disposizioni legislative regionali e provinciali preesistenti. Decorso il termine di cui al comma 1, le disposizioni legislative regionali e provinciali non adeguate in ottemperanza al comma medesimo possono essere impugnate davanti alla Corte costituzionale ai sensi dell'art. 97 dello statuto speciale per violazione di esso..."*.

L'estensione dell'appena ricordato articolo 2 a tutte le Regioni a statuto speciale non sembra in pieno condivisibile, in quanto non tiene in debita considerazione il fatto che, per espressa previsione dell'art. 10 della l. cost. 3/2001, le Regioni a statuto speciale, fino a quando non saranno dotate dei nuovi statuti, da adottarsi in conformità alla novella costituzionale, sono equiparate alle Regioni a statuto ordinario.

Fatto sta che sulla base dell'ultimo comma dell'art. 4, il Codice non entrerà in vigore negli ordinamenti delle 5 Regioni a statuto speciale, neanche per quelle disposizioni

espressione diretta delle competenze esclusive dello Stato, come quelle poste a tutela della concorrenza.

[NON C'E' PREVISIONE DEL TERMINE DI RECEPIMENTO E QUINDI NON C'E' ESTENSIONE DEL MECCANISMO DI RICORSO].

E' appena il caso di ricordare che esistono già esempi di Regioni che hanno dettato proprie norme in materie di appalti pubblici, ancor prima dell'adozione delle nuove direttive comunitarie (n. 17 e n. 18 del 2004); vedi il caso della Sardegna e della legge n. 14/2002, relativa alla qualificazione delle imprese per la partecipazione agli appalti di lavori pubblici che si svolgono nell'ambito territoriale regionale.

La Corte Costituzionale (sentenza n. 65/2005) ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dallo Stato contro tale legge, lamentando l'invasione della competenza esclusiva statale in materia di concorrenza, ritenendo che la difesa erariale si fosse limitata ad affermare che la legge impugnata, per la sua contrarietà alla normativa comunitaria, avrebbe violato *"la norma costituzionale invocata"* art. 117 co. 2 let (e, relativo alla tutela della concorrenza *"senza minimamente argomentare per quale ragione, trattandosi dell'impugnazione di una legge della Regione Sardegna, debba prendersi in considerazione tale parametro in luogo di quello ricavabile dal relativo statuto speciale, il cui art. 3, lettera e), tuttora in vigore, attribuisce alla Regione, entro i limiti ivi stabiliti, una competenza legislativa primaria in materia di lavori pubblici di esclusivo interesse della Regione"*.

E' lecito chiedersi come sia possibile "armonizzare" la pronuncia da ultimo ricordata, con le altre numerosissime sentenze in cui la stessa Consulta ha riconosciuto la tutela della concorrenza come materia funzione in grado di incidere sulla legislazione esclusiva regionale per consentire condizioni di accesso al mercato unitarie su tutto il territorio nazionale.

Applicando l'orientamento della sentenza n. 65 ci si potrebbe trovare, infatti, ad avere sei diversi ordinamenti in materia di qualificazione, uno per ciascuna Regione a statuto speciale, il sesto per le Regioni a statuto ordinario.

A parere di chi scrive, però, essendo la 65 una pronuncia di rito, non è escluso che la Corte possa rivedere l'orientamento in quella sede espresso.

Profili fiscali del patto di famiglia*

di Stefano Fiorentino

Relativamente agli aspetti fiscali del patto di famiglia, è utile premettere che la novità e la peculiarità di questo istituto, tuttora oggetto di un vivace dibattito nell'indagine della dottrina civilistica, impongono un'estrema cautela nell'approfondirne i profili fiscali; da un lato, infatti, il legislatore fiscale ha dettato una disciplina specifica solo per taluni effetti di tale istituto, ai fini dell'imposizione indiretta; dall'altro va considerata la variegata articolazione e qualificazione delle movimentazioni di ricchezza che possono essere generate da questi patti, con il pericolo attuale, per tale istituto, di generare una tassazione non programmata. Tutto ciò nella pacifica consapevolezza che il regime di tassazione può fare la fortuna di un istituto, come è avvenuto per un certo periodo a favore del contratto di leasing, ovvero decretare la sua marginalità nel contesto economico.

Fatta questa premessa, occorre ribadire che la disciplina tributaria che è stata recentemente emanata con la finanziaria 2007, in realtà consente di risolvere agevolmente solo alcune delle problematiche fiscali inerenti tali patti. Questa disciplina però, se interpretata nell'ambito di una serie di riflessioni più ampie può contribuire a fornire un quadro meno incerto anche da un punto di vista fiscale; meno incerto in quanto siamo in presenza di una specifica disciplina tributaria ancora carente e parziale, peraltro priva di interpretazioni ufficiali dell'Amministrazione Finanziaria, se non in misura molto marginale.

Dal punto di vista tributario, ciò che rileva essenzialmente nei patti di famiglia, - volendo essere "brutali"-, è la manifestazione di ricchezza, ed è su tale profilo che è incentrata l'attenzione dell'erario; a tal proposito occorre "stabilire" se essa avviene a titolo oneroso, in parte a titolo oneroso ed in parte a titolo gratuito, ovvero sostanzialmente a titolo gratuito.

Se prevale l'idea che trattasi di un unico negozio con una causa assorbente a titolo gratuito, già questo approccio consente di risolvere preliminarmente tutta una serie di aspetti fiscali che altrimenti, alla stregua della disciplina fiscale vigente, affonderebbero l'istituto definitivamente. Se si ritiene infatti che questo patto possa avere anche solo per

* Il presente articolo riproduce il testo della relazione presentata nell'ambito del Convegno "il Patto di famiglia", tenutosi a Benevento il 24 Marzo 2007

aspetti marginali, quali le liquidazioni ai legittimari non assegnatari, profili di onerosità, allora è dietro l'angolo il pericolo di una tassazione "squilibrata", con la conseguenza che questo istituto nascerebbe già "morto", con "buona pace" dell'interesse per il disponente di assicurare nel passaggio generazionale il controllo futuro dell'impresa. Se si propende, invece, per una ricostruzione complessiva delle movimentazioni di ricchezza generate dal patto nell'ambito dei negozi a titolo gratuito, è possibile delineare l'indagine fiscale alla stregua di due aspetti essenziali: il profilo della imposizione diretta ed il profilo della imposizione indiretta.

Per quanto riguarda il profilo della imposizione diretta, non c'è nessuna norma specifica in materia, neppure nella citata finanziaria; il problema si pone in primo luogo per il trasferimento di azienda in quanto, in via generale, tutti gli atti sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito che determinano la fuoriuscita di cespiti dal regime dei beni d'impresa, implicano normalmente l'applicazione dell'imposta, che viene commisurata, in assenza di corrispettivo, al valore normale dei beni trasferiti. Nella specifica ipotesi però del trasferimento dell'azienda, è possibile rinvenire una soluzione già nella legislazione vigente (Tuir), sempre che si riconduca il trasferimento di azienda che può avvenire attraverso la disciplina del patto di famiglia, a quello che è un negozio a titolo gratuito. Ferma tale premessa, risulterebbe applicabile anche per i patti di famiglia, la speciale disciplina prevista per i trasferimenti di azienda a titolo gratuito contenuta nell'art.58 del Testo Unico, che in deroga alla ordinaria circolazione dei beni d'impresa, a determinate condizioni, non assoggetta a tassazione le plusvalenze latenti in caso di cessione d'azienda a titolo gratuito. Per una maggiore comprensione di quanto detto è opportuno richiamare il comma 1 della norma citata: *"Per le plusvalenze derivanti da cessione delle aziende, le disposizioni del comma 4 dell'articolo 86 non si applicano quando è richiesta la tassazione separata a norma del comma 2 dell'articolo 17. Il trasferimento di azienda per causa di morte o per atto gratuito non costituisce realizzo di plusvalenze dell'azienda stessa; l'azienda è assunta ai medesimi valori fiscalmente riconosciuti nei confronti del dante causa. I criteri di cui al periodo precedente si applicano anche qualora, a seguito dello scioglimento, entro cinque anni dall'apertura della successione, della società esistente tra gli eredi, la predetta azienda resti acquisita da uno solo di essi."*

Il trasferimento avverrebbe quindi a titolo gratuito con un disallineamento tra i valori fiscali ed i valori civili dell'azienda; questa soluzione, che evita l'immediata tassazione dei plusvalori latenti dell'azienda, non ostacola al contempo l'esigenza di delineare con precisione i valori effettivi dei beni sul piano civilistico, anche alla stregua di

una apposita perizia, al fine di evitare possibili controversie inerenti la lesione dei diritti dei legittimari.

E' il caso di precisare che, se il trasferimento a titolo gratuito non viene assoggettato ad imposizione, bisogna conservare da un punto di vista fiscale i valori che i beni avevano prima del trasferimento, determinando, come già detto, una divaricazione dei valori fiscali dei beni rispetto a quelli civili, con una inevitabile complicazione nella gestione di ammortamenti, plusvalenze, ecc.

Procedendo nell'ambito dell'ipotesi descritta, le somme che vengono erogate ai legittimari, anche se pagate dal discendente, non dovrebbero incidere su quello che è il valore fiscale dell'azienda, risultando irrilevanti a tal fine (e quindi non utilizzabili per ridurre eventuali plusvalenze future sui beni aziendali). Non si ritiene, infatti, che attualmente vi sia spazio per una diversa interpretazione, in assenza di una disciplina specifica inerente gli aspetti reddituali dei patti di famiglia.. Riepilogando gli effetti ai fini delle imposte sui redditi, alla stregua della prospettiva interpretativa delineata, si rileva che in caso di patto di famiglia implicante il trasferimento (a titolo gratuito) di azienda, non si pagano imposte sulla plusvalenza, che rimane latente da un punto di vista tributario, conservando i beni aziendali i medesimi valori fiscali che avevano in capo al dante causa. I pagamenti effettuati a favore del legittimario, assorbiti nella causa dell'operazione negoziale complessiva, rilevano quali erogazioni a titolo gratuito e pertanto non sono utilizzabili per ridurre il costo fiscale degli eventuali plusvalori latenti, che, all'atto della loro futura tassazione, andranno calcolati al lordo di tali versamenti.

A margine di tali considerazioni, può osservarsi che oggi, paradossalmente, la disciplina applicabile ai patti di famiglia in merito al trasferimento a titolo gratuito dell'azienda è penalizzante rispetto alla disciplina del passaggio di quote, in quanto il passaggio dell'azienda implica una diretta circolazione dei beni d'impresa; con la conseguenza che, da un punto di vista fiscale, tutte le "fuoriuscite" dei beni dal regime fiscale dei beni d'impresa, anche a titolo gratuito, comportano la tassazione dei plusvalori latenti. Se, invece, il soggetto che dispone dei propri beni non è un'impresa ma un privato, il trasferimento di beni a titolo gratuito non costituisce normalmente reddito imponibile.

Prima di esaminare i profili delle imposte indirette, occorre concludere la disamina concernente l'imposizione sui redditi ed i patti di famiglia con un'ultima osservazione. E' opportuno sottolineare che, volendo procedere in concreto alla stipula di un patto di famiglia, inteso anche come strumento di sistemazione di quello che è il patrimonio

(imprenditoriale e non) del disponente, sarà spesso necessario procedere a tutta una serie di operazioni preliminari che consentano di giungere alla effettiva definizione del patto stesso. Queste operazioni preliminari, che possono essere a titolo esemplificativo: cessioni o conferimenti di partecipazioni societarie e/o di aziende, scissioni, fusioni, operazioni sul capitale di società, ecc., implicheranno una possibile censura fiscale, con particolare riferimento alla potenziale applicazione dell'art. 37 bis del DPR 600 del 1973, ed alla mancanza di valide ragioni economiche. Quindi, l'eventualità di effettuare una o più operazioni preliminari al patto di famiglia, deve essere valutata con attenzione alla luce di questa specifica disposizione, che, se ritenuta applicabile dall'Amministrazione finanziaria, rischia di vanificare i "benefici" sostanziali e quindi anche le finalità del patto di famiglia, pur facendone salvi gli effetti civilistici; si pensi in particolare all'eventualità di una rettifica fiscale delle operazioni prodromiche al patto, con conseguenze economiche che possono essere anche molto onerose. Tutte le operazioni preliminari, pertanto, devono essere pianificate e realizzate con estrema attenzione, magari all'interno di un unico "programma di sistemazione" che includa anche lo stesso patto di famiglia in itinere, al fine di contemperare le ragioni civilistiche con le opportune esigenze di cautela fiscale. Non è esclusa, a tal proposito, l'eventualità di accedere ad un interpello preventivo dell'Amministrazione finanziaria, nelle forme e nei modi previsti dall'ordinamento tributario vigente.

Passando al regime delle imposte indirette inerente i patti di famiglia, l'unica specifica normativa fiscale, peraltro recentissima, che concerne espressamente il patto di famiglia, è contenuta nella **Legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Finanziaria 2007), ai commi 78 e 79**. In particolare, con l'intervento in esame il Legislatore, nel rispetto di indicazioni provenienti dalla Commissione Europea, ha stabilito un regime di esenzione correlato al passaggio generazionale dell'impresa. Questa regolamentazione, più precisamente, correlata alla recente reintroduzione dell'imposta sulle successioni e donazioni (avvenuta ai sensi del D.L. 262/2006 convertito con la Legge 24.11.2006 n.286), disciplina una nuova fattispecie di esenzione all'interno di quella che è appunto la vigente disciplina delle imposte di successione e donazione. La disposizione in particolare recita testualmente: *Al testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni, di cui al decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 346, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:*

a) all'articolo 3, e' aggiunto, in fine, il seguente comma: "4-ter. I trasferimenti, effettuati anche tramite i patti di famiglia di cui agli articoli 768-bis e seguenti del codice

civile a favore dei discendenti, di aziende o rami di esse, di quote sociali e di azioni non sono soggetti all'imposta. In caso di quote sociali e azioni di soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera a), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, il beneficio spetta limitatamente alle partecipazioni mediante le quali è acquisito o integrato il controllo ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, numero 1), del codice civile. Il beneficio si applica a condizione che gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa o detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento, rendendo, contestualmente alla presentazione della dichiarazione di successione o all'atto di donazione, apposita dichiarazione in tal senso. Il mancato rispetto della condizione di cui al periodo precedente comporta la decadenza dal beneficio, il pagamento dell'imposta in misura ordinaria, della sanzione amministrativa prevista dall' articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, e degli interessi di mora decorrenti dalla data in cui l'imposta medesima avrebbe dovuto essere pagata".

Questa norma, in particolare, chiarisce che i trasferimenti di aziende o di rami di esse, di quote sociali e di azioni effettuati a favore dei discendenti, anche se avvenuti per il tramite dei patti di famiglia (la portata dell'esenzione è quindi più ampia), non sono soggetti all'imposta di successione e donazione nonché alle imposte ipotecarie e catastali. Tutto ciò a condizione che i discendenti proseguano l'attività d'impresa per almeno cinque anni, ovvero, se il trasferimento ha per oggetto partecipazioni in società di capitali, detengano il controllo per lo stesso periodo. Questi trasferimenti, quindi, sono esentati dall'imposizione indiretta.

Chiaramente l'interpretazione di questa normativa fiscale pone delle problematiche specifiche, in quanto dalla stesura testuale si evince una differenza tra le partecipazioni che riguardano soggetti IRES e le partecipazioni di altri soggetti. Dalla lettera della norma, infatti, si rileva che per le partecipazioni in soggetti diversi da quelli IRES, cioè in società di persone, non c'è il limite del controllo con un'estensione di fatto del beneficio dell'esenzione. La norma fiscale, inoltre, distingue il beneficio del controllo a seconda che si tratti di aziende o di partecipazioni, nel senso che nel caso di aziende si preoccupa della continuità dell'attività d'impresa, per le partecipazioni occorre detenere le partecipazioni di controllo per almeno cinque anni. A tal proposito esiste una **circolare ministeriale, la n.11 del 16 febbraio 2007**, ampia sulla finanziaria, che rispondendo ad un quesito sull'applicabilità di detti benefici nel trasferimento a favore di tre eredi,

anche a mezzo di patto di famiglia, di una partecipazione di controllo, ribadisce la spettanza del beneficio anche se la partecipazione è ceduta in comproprietà.

Occorre infine segnalare un'ultima particolarità che, almeno ad una prima lettura, appare come una vera e propria svista. La disciplina tributaria prevede il requisito del controllo soltanto per le società di capitali residenti in quanto la norma richiama l'art.73, comma 1, lett. a) del Testo Unico, laddove sono elencate appunto le società di capitali residenti, mentre le non residenti sono disciplinate alla lett. b). Una simile interpretazione, caratterizzata dall'assenza di limitazioni per le partecipazioni in società non residenti e necessità del controllo per almeno cinque anni per le società residenti, determinerebbe una sorta di discriminazione inversa a favore delle società di capitali non residenti, cosa che *prima facie* sembra paradossale. Infatti, nell'ipotesi di cessione a titolo gratuito, anche all'interno di un patto di famiglia, di una partecipazione di una società di capitali non residente, anche in assenza di controllo, spetterebbe il beneficio, che invece non spetterebbe nella cessione a titolo gratuito di partecipazioni di società di capitali residenti. Per tali motivi sembrerebbe più coerente un'interpretazione che estenda la disciplina delle società residenti a quelle non residenti, distinguendo in modo analogo le società di persone dalle società di capitali. E' bene ribadire, tuttavia, che contro una tale interpretazione sussiste un serio ostacolo nella lettera della norma.

Una riflessione finale. Tutte le considerazioni espresse, sia pure problematicamente ed "a prima lettura", presuppongono l'adesione ad un'ipotesi in cui tutte le movimentazioni economiche dei patti di famiglia sono considerate "complessivamente" trasferimenti a titolo gratuito. E' evidente che, se tale profilo viene negato o si complica a livello civilistico, automaticamente può mutare anche sul piano fiscale. Se si considerano, infatti, a titolo esemplificativo, i pagamenti fatti ai legittimari esclusi come atti a titolo oneroso, automaticamente diverrebbero (potenzialmente) applicabili altre norme fiscali; si pensi, per le imposte sui redditi, alla disciplina dei redditi diversi di cui all'art. 67, comma 1, lett. l) del Testo Unico. Questa disposizione, che è una disciplina di "chiusura", attrae nel regime impositivo dei redditi diversi tutte le somme in funzione di obblighi di fare, non fare o permettere, con un disposto molto ampio e agevolmente suscettibile di interpretazione estensiva, che di fatto può ricondurre all'imposizione sul reddito una serie quasi indefinita di fattispecie; tra queste potrebbero anche essere ricondotti anche i pagamenti fatti ai legittimari, se qualificati quali atti a titolo oneroso.

Metodo romanistico e tecnologie informatiche

di Alessandro Manni

1. *Nuovi strumenti, nuovo metodo?* – In quella che viene oramai comunemente definita come l'«era dell'information society» tutte le discipline si devono confrontare con radicali mutamenti negli strumenti di lavoro, tali – in alcuni casi – da rivoluzionare anche la metodologia di alcune di esse.

Per quanto riguarda la storia del diritto, l'utilità dei mezzi informatici è innegabile, basti già solo pensare alla rapidità con cui un sistema elettronico può compiere un'operazione ripetitiva come lo spoglio delle fonti alla ricerca di un termine o di un'espressione (o anche di una famiglia di termini, grazie all'uso dei metacaratteri «*» e «?»¹), per il quale lo studioso avrebbe impiegato intere settimane. Ma queste utilità aggiuntive degli strumenti informatici rispetto a quelli tradizionali sono di qualità tale da influenzare il metodo dello storico del diritto di Roma antica? La risposta può emergere solo da un'analisi delle peculiarità di questi nuovi «ferri del mestiere» e della loro applicazione alla ricerca antichistica.

È nota la crescita esponenziale della letteratura romanistica dal secondo dopoguerra in poi, nonché l'attuale tendenza della ricerca a trascendere i classici limiti della materia, per una considerazione di tutto l'insieme dei dati e delle testimonianze che possano provenire da campi diversi. Gestire una gran quantità di informazioni bibliografiche è la tipica operazione che può essere significativamente semplificata dall'utilizzo di database informatici. «Moltissime ore di spoglio della bibliografia, spesso inutile, ci vengono ora risparmiate! Noi possiamo giungere molto più velocemente ad affrontare i problemi che veramente ci interessano. L'output – i risultati delle nostre ricerche vengono pertanto accelerati» esclamava con entusiasmo già più di dieci anni fa R. Knütel². E – aggiungo – non importa operare una selezione preventiva dei contenuti, la potenza di calcolo della macchina è in grado di vagliare un'immensa mole di materiale in tempi molto ristretti rispetto all'uomo. In questo modo, il ricercatore ha a disposizione una fetta molto più ampia dello scibile umano per portare avanti le sue indagini. Se egli, dunque, sa ben gestire gli strumenti a sua disposizione, può valersi di un potente aiuto.

* Scritto destinati agli *Studi in onore di Luigi Labruna*.

¹ I cd. «caratteri jolly» * (metacarattere di troncamento, sostituisce uno o più caratteri) e ? (metacarattere di mascheramento, in luogo di un singolo carattere) risultano molto utili in caso di ricerche che interessino termini coniugabili, declinabili, alterabili o soggetti a varianti ortografiche.

² *Alcune impressioni in occasione della presentazione dell'archivio FIURIS*, in *Informatica e diritto* 21/2 (1995) 241.

In caso contrario il rischio è quello di essere fuorviato da risposte mal comprese o – addirittura – originate da domande mal poste, perdendosi nella gran mole di materiale.

Un sistema informatico, inoltre, esegue i compiti che gli vengono affidati con standard che rimangono immutati nel tempo: anche dopo molte ore e molte ripetizioni, la medesima operazione verrà svolta ancora allo stesso modo. Questa peculiarità, se per un verso mette al riparo dalla naturale tendenza dell'uomo alla distrazione, alla stanchezza o alla riduzione della soglia dell'attenzione, per un altro non consente (tranne in alcuni, limitatissimi casi) di giovare della capacità di apprendimento (quindi di approccio «creativo» al lavoro) tipica dell'operatore umano.

Le moderne tecnologie di comunicazione e il fenomeno dell'interconnessione in rete dei gruppi di ricerca³, poi, hanno portato all'azzeramento delle distanze, rendendo possibile tipologie lavorative del tutto nuove. Team eterogenei e a composizione internazionale possono agevolmente operare a stretto contatto (anche risiedendo a migliaia di chilometri di distanza) grazie alla videoconferenza, alla posta elettronica, a software collaborativi online⁴, o ai 'blog'⁵. «Si sta formando una struttura elaborativa che tende a fare interagire l'umanità nel suo complesso, simile al cervello umano (anche se di dimensioni planetarie) e che funziona come il cervello umano»⁶. Si pensi, infatti, a come ormai «il sistema nervoso e le comunicazioni planetarie condividono le caratteristiche di velocità, discrezione, precisione, miniaturizzazione, generalizzazione, sensibilità, unità, fluidità, rigenerazione, sistematicità, cibernetica, simultaneità, coordinazione di sistemi di varia natura, ecc.»⁷.

³ Internet nasce proprio con questa vocazione. È noto infatti che ARPANET (Advanced Research Project Agency), la rete antenata di Internet, fu creata (1958) per collegare strutture di ricerca universitarie e militari. Cfr. M. CALVO, F. CIOTTI, G. RONCAGLIA, M. ZELA, *Internet 2004* (versione elettronica del 15 dicembre 2003) 483 ss. Oltre ad essere un classico fondamentale per tutte le problematiche inerenti l'editoria elettronica e in rete (su cui *amplius* si tornerà *infra* § 2), questo volume (pubblicato anche su carta dalla Laterza) è uno splendido esempio di convivenza tra strumenti nuovi e tradizionali di edizione: «La versione elettronica di *Internet 2004* è distribuita con licenza *Creative Commons Attribution-Non commercial-Share alike*, e può essere liberamente duplicata e distribuita purché siano citati i dati bibliografici completi del libro e la distribuzione avvenga per scopi non commerciali. La versione a stampa è coperta dagli abituali diritti di autore ed editore».

⁴ Personalmente ho avuto la possibilità di sperimentare due piattaforme per il lavoro collaborativo online: il software *Hypersession*, sviluppato dalla *Emitting Media Inc.* (www.emitting.com) e il *Blackboard System*, prodotto dalla *Blackboard Inc.* (www.blackboard.com).

⁵ Un «blog» (abbreviazione di «web-log») è un sito Internet su cui vengono pubblicati – in ordine cronologico – brevi messaggi o scritti (detti «post» e aggiornati con grande frequenza) dal carattere più vario (dai reportage giornalistici ai brevi racconti, da – soprattutto – diari personali a cronache di campagne elettorali) e talvolta anche immagini. I lettori possono interagire con commenti o propri post. Per avere un'idea dell'enorme estensione del fenomeno basti considerare che nel febbraio 2005 si è calcolato che in Rete apparisse un nuovo post ogni 5,8 secondi. Cfr. anche *Internet 2004* cit. 269 ss.

⁶ A. VITERBO, A. CODIGNOLA, *L'informazione e l'informatica nella società della conoscenza*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica* 18/1 (2002) 32.

⁷ D. DE KERCKHOVE, *La civilizzazione video-cristiana* (tr. it. Milano 1995) 202.

L'interconnessione in rete delle biblioteche, inoltre, permette l'estensione della ricerca bibliografica che può in pochi istanti coinvolgere i cataloghi delle maggiori biblioteche nazionali e straniere, consentendo al ricercatore di conoscere (e talvolta richiedere in copia fotostatica o prestito) quanto appartiene ai diversi fondi librari. Si è passati dalla ricerca della collocazione in una singola struttura alla consultazione del catalogo di una sorta di 'biblioteca globale'⁸, costituita da tutte quelle interconnesse alla rete.

Allo stato, però, si registra ancora un forte sottoutilizzo di questi strumenti, a partire da quello – peraltro diffusissimo – dell'email⁹. Il suo sviluppo potrebbe, per esempio, influire profondamente sul lavoro redazionale, diffondendo la pratica (già adottata da alcuni editori) dell'invio istantaneo in «attach» (allegato) dei contributi da parte degli autori, con notevole risparmio non solo di carta, inchiostro e spese postali, ma soprattutto in termini di tempo. L'editore potrebbe, poi, rispedire (sempre «a stretto giro di posta elettronica») agli autori e alle redazioni le bozze in un formato non modificabile, ma che consenta solo la stampa (si pensi alle soluzioni in «.pdf» o in tutti quei formati che possono essere protetti) di una versione cartacea su cui apportare le correzioni.

2. *Editoria digitale.* – Vale la pena – a questo punto – di dedicare qualche riflessione alla complessa problematica dell'editoria digitale in campo scientifico. Il primo dei motivi che ne frenano la diffusione è la refrattarietà dell'ambiente accademico ad una conversione dei prodotti della ricerca in formato digitale. Aldilà dell'ingiustificata diffidenza di alcuni nei confronti delle nuove tecnologie e di tutto ciò che sia meno tangibile della carta, va purtroppo osservato che fino a pochissimo tempo fa nei pubblici concorsi erano «valutabili quali titoli scientifici soltanto le pubblicazioni a stampa del

⁸ Si pensi a servizi come il MAI (*MetaOPAC Azalai Italiano*, dove OPAC, a sua volta, è l'acronimo di *Online Public Access Catalog*), che permette di interrogare simultaneamente centinaia di cataloghi in linea di biblioteche e sistemi di biblioteche italiani. La richiesta può essere inviata a tutti i cataloghi, e vengono visualizzate una dopo l'altra tutte le risposte positive (quando cioè è stato trovato almeno un documento rispondente alle richieste). In questa modalità (detta di «ricerca globale» e accessibile alla pagina web <http://www.aib.it/aib/opac/mai2.htm>) vengono interrogati direttamente tutti i [cataloghi attualmente connessi al MAI](#); sono è possibile effettuare anche una [ricerca selettiva](#) per aree geografiche, tipi di biblioteche e tipi di documenti; nonché per regione. «Azalai» è un'antica parola della lingua dei Tuareg che significa «separarsi per poi ricongiungersi di nuovo»: essa indicava le carovane di cammelli che attraversavano il deserto per lunghi mesi, permettendo alle comunità più isolate lo scambio di merci, ed è stato scelto ad indicare il software che permette di interrogare il «metacatalogo» online (come si nota dalla grafica della pagina web che ospita la maschera di ricerca) per le sue peculiari caratteristiche di funzionamento (sulle quali non è questa la sede per soffermarsi, ma per ulteriori informazioni si v. <http://azalai2.cilea.it/metaopac/info.htm>).

⁹ Su questa posizione si v. anche P. SCIUTO, *Internet e diritto romano*, in *Informatica e diritto* 23/1 (1997) 252. Sul tema del sottoutilizzo della posta elettronica come strumento per un pubblico e continuo scambio epistolare dei romanisti si v. F. ZUCCOTTI, *Posta elettronica per romanisti*, in *RDR*. 1 (2001) 515 ss., consultabile anche sul sito internet della rivista (segnalato *infra* in nt. 123).

candidato e non anche i lavori prodotti in manoscritto o dattiloscritto ovvero in bozza di stampa, che non abbiano avuto la diffusione propria del lavoro a stampa»¹⁰. Dovevano, infatti, essere adempiute le formalità stabilite dal combinato disposto dell'art. 1, D.Lgs.It. 31 agosto 1945, n. 660 (in base al quale ogni stampatore ha l'obbligo di consegnare – prima di porli in commercio o in diffusione e senza che alcuna copia sia rimessa al committente o ad altra persona – quattro esemplari di ogni stampato o pubblicazione alla Prefettura della Provincia nella quale ha sede l'officina grafica ed un esemplare alla locale Procura della Repubblica) e dell'art. 5, l. 2 febbraio 1939, n. 347 (secondo cui ogni esemplare delle pubblicazioni e degli stampati soggetti all'obbligo della consegna deve portare, sul frontespizio o sull'ultima pagina del testo, l'esatta e ben visibile indicazione del nome e del domicilio legale dello stampatore e dell'editore, nonché dell'anno di effettiva pubblicazione)¹¹. La giurisprudenza era infatti ferma nel ritenere che in mancanza dei suddetti adempimenti non fossero valutabili le pubblicazioni scientifiche anche se stampate in via provvisoria e con un «principio di diffusione»¹².

Tale limitazione era posta a tutela non solo degli interessi degli autori e dei cessionari dei relativi diritti, ma – in generale – a garanzia dell'interesse pubblico all'effettività e conoscibilità delle opere medesime¹³.

È comprensibile, dunque, come tale situazione scoraggiasse la pubblicazione esclusivamente in formato digitale dei contributi scientifici. In clima di riforme dello *status* dei docenti universitari e delle regole relative al loro reclutamento¹⁴, è stato invocato da più parti un intervento che adeguasse queste ultime ai tempi. Una risposta in tal senso è giunta recentemente dal legislatore¹⁵, che ha varato la l. 15 aprile 2004, n. 106, recante «Norme relative al deposito legale dei documenti di interesse culturale destinati all'uso

¹⁰ Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 1993, n. 248, in *Foro amm.* 69 (1993) 495.

¹¹ Sul punto, si v. spec. V. ANTONELLI, *Le pubblicazioni scientifiche online*, in *Informatica e diritto* 26/2 (2000) 178 ss.; L. MAGGIO, *Un'edizione digitale della letteratura romanistica*, in *Biblioteca Digitale Romanistica. Archivio elettronico della letteratura romanistica I*, dir. scient. N. PALAZZOLO (Catania 2004) 16 nt. 13; anche il volume di F. BRUGALLETTA, *Internet per giuristi*⁶ (Napoli 2003) dedica un capitolo all'argomento *Internet e il valore delle pubblicazioni nei concorsi*.

¹² Corte dei Conti, sez. VI, 14 giugno 1994, n. 981, in *Giur. It.* 146 (1994) parte III, sez. I, 777 ss.

¹³ Lo afferma esplicitamente T.A.R. Lazio, sez. I, 27 dicembre 1993, n. 1827, in *Trib. amm. reg.* 20/1 (1994) 33 ss.; precedentemente, sulla stessa linea, Corte dei Conti, sez. contr., 15 giugno 1989, n. 2142, in *Foro amm.* 66 (1990) 749 ss.; T.A.R. Lazio, sez. I, 21 luglio 1988, n. 1112, in *Trib. amm. reg.* 14/3 (1988) 2499 ss.

¹⁴ Il noto e controverso D.d.l. elaborato dal C.d.M. del 16.1.2004 per la delega al Governo del *Riordino dello stato giuridico e del reclutamento dei professori universitari* (atto camera n. 4735, presentato il 23.2.2004 dal ministro L. Moratti), ora l. 230 del 4 novembre 2005, contenente *Nuove disposizioni concernenti i professori e i ricercatori universitari e delega al Governo per il riordino del reclutamento dei professori universitari* (pubbl. in G.U. n. 258 del 5.11.2005).

¹⁵ L'art. 8, co. 1, lett. a), infatti, abroga «la legge 2 febbraio 1939, n. 374 come modificata dal decreto legislativo luogotenenziale 31 agosto 1945, n. 660», ma solo «a decorrere dall'entrata in vigore del regolamento di cui all'art. 5».

pubblico»¹⁶, teoricamente in vigore dal 12 maggio 2004, ma il cui regolamento di attuazione è stato pubblicato in G.U. solo pochi mesi fa¹⁷.

Si può ragionevolmente ritenere che una buona parte degli autori, in seguito all'adozione di un'adeguata soluzione legislativa ai problemi legati al deposito legale delle pubblicazioni, potrebbero essere attratti dal miraggio di uno scritto che possa non solo esser diffuso in tempo reale (senza le more delle edizioni a stampa), ma anche corretto ed aggiornato in qualunque momento col procedere delle proprie ricerche e sempre al passo col dibattito scientifico.

A queste difficoltà, che hanno lungamente tenuto lontani dalla pubblicazione in formato digitale alcune categorie di autori (non la minoranza!), si aggiunge l'ovvia resistenza delle case editrici che, per evidenti motivi economici, non possono non temere la diffusione di tipologie di supporti le cui modalità alternative di realizzazione e distribuzione rischiano di estrometterle dal mercato. I cd-rom/dvd-rom possono – nella maggior parte dei casi – facilmente (e rapidamente) essere duplicati (su supporti a costo peraltro bassissimo), con risultati più vicini agli originali¹⁸ di quanto non si ottenga, per esempio, con la riproduzione fotostatica dei materiali cartacei. La rapida diffusione casalinga degli strumenti atti a tali operazioni di copia rende concreto il rischio – per chi voglia lucrare sulla produzione e distribuzione di questa tipologia di prodotti – di non riuscire a coprire le spese affrontate in fase di progettazione, editing e pre-editing. Questo il quadro, volendo escludere le ulteriori problematiche legate alla diffusione delle connessioni ad Internet «a banda larga» e dei programmi di 'file-sharing'¹⁹. Senza contare infine che, la pubblicazione sul web, non necessitando di particolari conoscenze tecniche o investimenti economici, rende l'autopubblicazione una realtà molto vicina, che potrebbe mettere in discussione il tradizionale ruolo dell'editore quale intermediario necessario tra autore e lettore²⁰.

¹⁶ G.U. del 27 aprile 2004, n. 98.

¹⁷ D.P.R. 3 maggio 2006, n. 252, contenente il *Regolamento recante norme in materia di deposito legale dei documenti di interesse culturale destinati all'uso pubblico* pubblicato in G.U. del 18 agosto 2006, n. 191.

¹⁸ Non perfettamente uguali. Diversamente da quello che comunemente si crede, infatti, la copia digitale non è quasi mai identica all'originale, ma ne differisce per trascurabili quantità di bit.

¹⁹ La «condivisione» su internet permette infatti lo scambio di file di ogni genere: testi scritti, immagini, ma soprattutto musica, film e interi programmi coperti dal diritto d'autore. Grande scalpore a livello planetario ha destato negli anni scorsi l'annosa questione (e la conseguente battaglia legale) relativa a *Napster*, il primo programma che permetteva la libera condivisione di file di ogni genere. Utilizzato soprattutto per lo scambio di musica in formato compresso («.mp3»), *Napster* è stato duramente attaccato in sede giudiziaria e costretto a chiudere dalle grandi major discografiche ed editrici, con una soluzione che nella sostanza ha condannato uno «strumento» (di per sé neutro) per gli scopi illeciti per i quali era stato utilizzato.

²⁰ Su questo tema si è svolta sabato 26 febbraio 2005 a Napoli, in occasione della XVI edizione della manifestazione *Galassia Gutenberg. Libri e multimedia*, una Tavola rotonda dal titolo *Blog - Scrivere dentro o fuori la rete?*.

D'altro canto va osservato che l'editoria elettronica offre una serie di vantaggi non solo agli autori ma anche agli editori. Questi ultimi, in particolare, sono ben consapevoli del fatto che in un libro tradizionale circa il 45% del costo riguarda il magazzinaggio, la spedizione e i resi. Quanto si potrebbe risparmiare con la dematerializzazione e la distribuzione diretta (via Internet, per esempio²¹) dei prodotti editoriali?

Le realtà aziendali dell'editoria classica su carta, d'altronde, potrebbero guadagnarsi nuovi spazi e un nuovo ruolo grazie a fenomeni come il «print-on-demand»²². La stampa a richiesta permette la pubblicazione di quei libri che normalmente gli editori riterrebbero «rischioso» o comunque «antieconomico» stampare (o ristampare). Le opere nascono in formato digitale e rimangono in questo «stato di quiescenza» (pur essendo subito dotate di un codice ISBN ed inserite nel catalogo della casa editrice) finché un lettore non ne desidera una copia e la ordini (in libreria o via Internet): solo allora si procede alla stampa. Questo meccanismo permette forti riduzioni dei costi e – soprattutto – dei rischi per l'editore, consentendo l'adozione di prezzi inferiori a quelli di una tradizionale edizione a bassa tiratura. Tale soluzione al problema dei prodotti «di nicchia» è strettamente connessa alla questione dell'esaurimento delle copie cartacee di un libro, fenomeno al quale la versione digitale del testo è – tendenzialmente – immune.

Nel campo degli studi romanistici, in particolare, si registra una lentissima obsolescenza del materiale librario, con una conseguente persistente utilità di testi di epoche risalenti. Ciò si scontra troppo spesso con la scarsa disponibilità di tali volumi, che raramente vengono ripubblicati (per comprensibili ragioni economiche) dalle case editrici, a meno che non vengano adottati (o nuovamente adottati) come libri di testo per corsi universitari, o ristampati in apposite collane²³. Chi voglia intraprendere uno studio approfondito in questo campo in molti casi dovrà ancora oggi consultare le opere ritenute fondamentali, rivolgendosi a quelle biblioteche di più antica tradizione che le conservano.

²¹ Si pensi alla promettente soluzione dell'«e-book» (electronic-book), il libro in un particolare formato digitale ideato da Microsoft, che può essere distribuito facilmente tramite Internet e che permette il trasporto e la consultazione di intere biblioteche perfino su palmari e telefoni cellulari di ultima generazione.

²² Nell'ambito scientifico della ricerca storica, un caso esemplare in tal senso è *Reti Medievali. Iniziative on line per gli studi medievistici* alla cui home page (<http://www.rm.unina.it/RM-Home.htm>) si rimanda.

²³ Come *Antiqua*, collana diretta da L. LABRUNA, che dal 1980 ripropone preziosi volumi «ormai rari o rarissimi».

Alla luce di queste considerazioni, l'editoria digitale o l'apporto di progetti come *BD-Rom*²⁴ alla ricerca storico-giuridica appaiono preziosissimi, se non talvolta essenziali.

E proprio laddove non persista più un interesse alla ristampa, motivato dalla mancanza di adeguati volumi di vendita, le case editrici potrebbero permettere (o realizzare in prima persona tramite il descritto sistema del print-on-demand) la ricomparsa in formato digitale di quanto – esaurito – non sia più destinato alla ripubblicazione, ma all'oblio o, nella migliore delle ipotesi, alla circolazione in un ambito ristretto.

3. *L'altra faccia della medaglia.* – Per cogliere a pieno l'impatto dei nuovi strumenti sulla ricerca romanistica occorre valutare con attenzione anche gli svantaggi o gli eventuali pericoli connessi con il loro utilizzo.

Si potrebbe, innanzitutto, temere – anche in considerazione di qualche prodotto informatico orientato in tal senso – che l'utilizzo di versioni digitali delle fonti comporti la perdita dello «spessore critico» proprio di alcune edizioni cartacee. Questo «pericolo di un'acritica cristallizzazione delle varianti testuali delle fonti» non è effetto diretto dell'utilizzo del nuovo mezzo, il quale anzi (per le sue caratteristiche di multimedialità ed enorme capacità di memorizzazione) se utilizzato a pieno²⁵, più delle tradizionali edizioni a stampa può permettere l'istantaneo confronto tra diverse *lectiones*. Alcune banche dati giuridiche permettono già, ad esempio, il passaggio dalla versione vigente e a quella storica di un provvedimento, con un semplice click del mouse. Per quanto riguarda le fonti antiche (giuridiche e non) si potrebbe addirittura corredare la memorizzazione delle diverse ricostruzioni testuali, edizioni ed apografi, con la visualizzazione diretta dei materiali da cui sono state tratte (manoscritti, papiri, ostraka, *tabulae ceratae*, etc.)²⁶. Ad esempio, è facile immaginare la grande utilità per un ricercatore di avere comodamente sul proprio schermo l'edizione (full-text) di un testo contenuto su una tavoletta cerata, con a fianco l'apografo ed una galleria di fotografie del reperto e del luogo di ritrovamento. E gli esempi di tal genere potrebbero moltiplicarsi.

²⁴ Per quanto riguarda il progetto di una *Biblioteca Digitale Romanistica*, si rimanda al mio *Diritto romano in digitale: il progetto BD-Rom*, in *Index* 34 (2006) 728 ss.

²⁵ Come già suggeriva G. PURPURA, *Le nuove tecnologie informatiche applicate alla ricerca e allo studio del diritto romano e del diritto dell'antichità*, in *RDR*. 1 (2001) 11 [=3 nella versione online].

²⁶ Sul punto si v. spec. N. PALAZZOLO, *L'informatica per la ricerca storico-giuridica. Problemi metodologici e prospettive applicative*, in *Cunabula iuris. Studi storico giuridici per G. Broggin* (Milano 2002) 327 e D. MANTOVANI, *Il CD-Rom BIA: note sull'uso e l'architettura del sistema*, in *Index* 24 (1996) 605.

Ancora una volta, dunque, va osservato che il problema non è connaturato al nuovo mezzo, ma piuttosto risiede nel modo in cui esso è utilizzato: se la migrazione delle edizioni delle fonti verso il digitale comporta l'appiattimento acritico, allora certamente costituisce un passo indietro verso la completezza dell'informazione, se, invece, si guida consapevolmente questo processo di digitalizzazione verso un utilizzo completo delle opportunità offerte dai nuovi strumenti, la ricerca antichistica può esserne arricchita.

Per quanto riguarda, poi, lo sfruttamento della rete Internet per le ricerche bibliografiche bisogna essere pienamente consapevoli dei limiti di questa soluzione, la cui affidabilità non è – allo stato – paragonabile a quella della consultazione dei tradizionali cataloghi cartacei. Non sempre, infatti, tutto il patrimonio delle biblioteche interconnesse è schedato elettronicamente²⁷, cosicché un'infruttuosa ricerca in Internet richiede comunque – nella maggioranza dei casi – un successivo ricorso al cartaceo. Si può auspicare che l'impegno e lo sforzo che da alcuni anni viene profuso dagli archivisti e dal personale bibliotecario nella direzione di un progressivo ammodernamento porti infine alla totale consultabilità via Internet.

Sul fronte, poi, del lavoro di redazione, la riduzione dei costi e la semplificazione, che si ottengono lavorando direttamente sulle versioni elettroniche, devono fare i conti con la minore efficacia delle correzioni a video.

Va, altresì, sfatato il falso mito della «consegna all'eternità» di quanto archiviato su disco ottico e magnetico: la durata del supporto, infatti, allo stato non è superiore²⁸ a quella della carta.

Un discorso a parte merita la problematica relativa all'accuratezza dei risultati delle ricerche operate con strumenti informatici. Questa, infatti, più che dai mezzi elettronici, dipende dalle modalità (innanzitutto) di immissione e (poi) di ricerca dell'operatore umano²⁹. Emblematico il caso segnalato da D. Mantovani³⁰ per la prima release di *BIA*: «la monografia di J. Bleicken, *Das Volkstribunat der römischen Republik*

²⁷ Talvolta si registra anche «una inspiegabile reticenza nella indicazione della copertura esatta della catalogazione elettronica rispetto al patrimonio librario globale» da parte delle Direzioni delle biblioteche connesse in rete, come lamenta P. DONATI GIACOMINI, *Innovazione e tradizione. Le risorse telematiche e informatiche nello studio della storia antica* (Bologna 2002) 9.

²⁸ Mediamente al massimo vent'anni per cd e dvd e molto meno per gli hard disks.

²⁹ «Molto dipenderà, come sempre, dalle persone, dall'atteggiamento dello studioso: se egli, anziché attendersi dalla macchina risultati miracolistici, saprà usare sino in fondo la propria razionalità per chiedere alla macchina ciò che essa può dare, i risultati non si faranno certo attendere [...] Lo studioso che interroga la macchina deve anzitutto fare lo sforzo di chiarire a se stesso cosa desidera ottenere, ed in relazione a questo porre le domande pertinenti». Concordo pienamente con queste posizioni di N. PALAZZOLO, *L'informatica per la ricerca storico-giuridica* cit. 316.

³⁰ *Il CD-Rom BIA* cit. 608.

(2ª ed.) diventa *Das Volkstribunal der römischen Republik*, l'incaricato di indicizzare si lascia trarre in inganno e classifica sotto 6.3.1 'iudicia populij'epoca repubblicana'». Sempre in *BIA*, capita di imbattersi talvolta (ancora nella seconda release) in un autore che è registrato nell'archivio *Opera* sotto diversi nomi (o varianti del cognome), problema da imputarsi forse alla mancanza di un coordinamento (o di una supervisione unica) nella fase finale del lavoro di archiviazione³¹.

D'altronde, gli errori sono in agguato in ogni opera dell'ingegno umano, anche nelle edizioni a stampa, ma proprio l'editoria elettronica permette sempre il rapido (o immediato, nel caso di strumenti online) ricorso a correzioni, mediante una nuova release o patch di aggiornamento, anche grazie alla collaborazione dell'utenza.

Pertanto non bisogna tanto diffidare degli strumenti, che possono egregiamente servire agli scopi della ricerca, ma piuttosto dei fruitori inconsapevoli (o maldestri o talvolta dei sottoutilizzatori) degli stessi.

4. *Sindrome dell'«Arca di Noè»*. – Tra i tanti pericoli paventati, non tanto remoto appare quello dell'oblio di quanto non venga trasfuso nei nuovi «contenitori del sapere». Già non pochi anni or sono L. Maggio³² metteva in guardia circa l'«esistenza di un grave rischio, e in ciò la storia è maestra: tutte le volte in cui la tecnica ha prodotto un mutamento del supporto scrittorio (e si pensi al passaggio dal *volumen* al *codex*, sviluppatosi intorno al III secolo d.C., e a quello successivo, avvenuto a cavallo tra il XV e il XVI secolo, dal manoscritto alla stampa), si è determinata una selezione del sapere: soltanto ciò che è stato riversato nel nuovo supporto scrittorio ha avuto modo di essere tramandato, il resto si è perso»³³. Al momento in cui scrivo, però, le risorse digitali si configurano come ulteriori o complementari rispetto alle edizioni cartacee, non permettendo ancora – a mio modesto parere – di prescindere completamente da queste ultime.

La ricerca può indubbiamente prendere le mosse dalla consultazione (allettante per la sua rapidità) dei numerosi database informatici (meglio se di tutti e in modo

³¹ Lo ammette anche uno dei realizzatori, O. LICANDRO, quando parla del «concorso di una pluralità di redattori e una conseguente inevitabile disomogeneità di giudizio». D'altronde, non si può non convenire – riguardo agli errori materiali – che «scendere nei dettagli, data la mole del lavoro [...] sarebbe ingeneroso». O. LICANDRO, D. SPAMPINATO, *Bibliotheca Iuris Antiqui. Bilancio e Prospettive*, in *Informatica e diritto* 23/1 (1997) 193 nt. 12. Sul punto concorda anche D. MANTOVANI, *Il CD-Rom BIA* cit. 607.

³² *BIT-ROM: un archivio ipertestuale su disco ottico della letteratura giuroromanistica*, in *Informatica e diritto* 23/1 (1997) 235 s.

³³ Lo stesso autore, però, poco dopo (p. 237) afferma che: «lo spoglio complessivo dei materiali [...] ha fatto emergere circa 400 scritti, per così dire da 'salvare'». Dunque, l'idea che si conservi solo quanto venga consegnato alle nuove tecnologie di archiviazione è diffuso, anche se a livello inconscio.

incrociato). Ma lo studioso non si può fermare alle risultanze di questa primissima fase, presupponendo che quanto non sia riversato nei nuovi contenitori del sapere non esista. Ci stiamo a tal punto abituando all'utilizzo delle nuove tecnologie che ci sembra strano ed assurdo che su un determinato argomento un motore di ricerca non dia risposte, dimentichi della circostanza che fino a dieci anni fa ne facevano tranquillamente a meno.

In un'utile sintesi operativa, G. Purpura ha riconosciuto come: «risulta facilitato il rinvenimento dei testi da utilizzare ed è agevolato il controllo immediato delle fonti da altri indicate, offrendo così l'importante possibilità di un rapido riscontro, garanzia di maggiore scientificità. Un problema può invece essere costituito dal fatto che nell'immissione del contenuto nella banca-dati inevitabilmente si opera una selezione dei testi, un filtraggio collegato anche alle diverse varianti testuali»³⁴.

Dunque, se, da un lato, è auspicabile (e forse sarebbe doveroso anche contribuirvi) la massiccia migrazione dei contenuti dal cartaceo al digitale, dall'altro, non bisogna cancellare la precedente millenaria esperienza della trasmissione del sapere umano. Altrimenti tutto ciò che non sarà messo al riparo in questa novella «Arca di Noè» dei saperi scientifici rischierà di essere obliato, travolto dai marosi del tempo.

5. *Lo storico del diritto di Roma antica e le nuove tecnologie.* – Alla luce di queste brevi osservazioni non sembra potersi affermare senza tema di smentita che le nuove tecnologie stanno cambiando la metodologia della ricerca romanistica. L'informatica, infatti, è solo un mezzo. Perché considerare «lo strumento (in questo caso il computer) [...] un aiuto anche alla soluzione di problemi che con i tradizionali strumenti cartacei sembravano insolubili»³⁵? Esso aiuta solo a risolvere più rapidamente gli stessi problemi, in quanto più celermente può compiere alcune attività umane³⁶. Non v'è dubbio, inoltre, che i nuovi strumenti rendano possibili operazioni prima di fatto irrealizzabili: non di tipo diverso, ma che probabilmente avrebbero richiesto una quantità di risorse propria solo di grandi gruppi o di tempi lunghissimi. Dunque, credo che si possa essere d'accordo sul punto che «lo sviluppo che hanno conosciuto le applicazioni informatiche e telematiche dedicate alla ricerca, alla didattica e allo studio delle discipline antichistiche ha avviato un

³⁴ G. PURPURA, *Le nuove tecnologie informatiche* cit. 11.

³⁵ *Elementi* cit. 17 s.

³⁶ Anche se guardiamo solo alla fase della scrittura di un testo, dobbiamo osservare che «la velocità di esecuzione, la facilità di correzione e la rapidità di confezione di prodotti formalmente 'puliti' possono determinare, con la riduzione dei tempi materiali di scrittura, un incremento della produttività, almeno dal punto di vista quantitativo». S. VITALI, *Passato digitale. Le fonti dello storico nell'era del computer* (Milano 2004) 29.

processo innovativo del modo di operare in tale ambito»³⁷, se si intende il «modo pratico di operare» nella ricerca e non la metodologia di fondo.

Probabilmente non ha senso neanche domandarsi «se riuscirà il computer ad eliminare quei compartimenti stagni tra storia del diritto e filologia, tra storia del diritto e archeologia, tra storia del diritto e storia sociale»³⁸. Certamente, si stanno aprendo nuovi orizzonti di ricerca anche di taglio interdisciplinare, giacché le potenzialità (*rectius* la potenza) dei nuovi strumenti a nostra disposizione ci permettono oggi – di fatto – di ignorare il problema pratico della delimitazione dell’ambito della documentazione pertinente. Se la prima fase della ricerca è sempre e comunque il reperimento del maggior numero di materiali attinenti il proprio ambito di indagine, oggi bisogna preoccuparsi meno di delimitare le discipline dalle quali attingere, grazie all’aiuto degli strumenti elettronici per il primo vaglio. E più ampia è la nostra base di dati di riferimento, maggiore sarà la possibilità di accedere a risorse informative che potrebbero essere di interesse per la ricerca ancorché provenienti da ambiti disciplinari tradizionalmente molto distanti. La bravura e la capacità di discernimento del ricercatore lo mettono poi in grado di restringere il campo delle risposte a quelle veramente rilevanti ai suoi fini.

Un’illuminante metafora di A. Guarino ben sottolinea la dimensione di mero *instrumentum* dell’informatica: «se posso azzardare il paragone, il meccanismo cibernetico (o diciamo pure il ‘cervello elettronico’) sta insomma al pensiero umano come l’automobile sta all’autista. Chi guida l’automobile è l’autista, ma chi fa il novantanove per cento dello sforzo, moltiplicando la velocità e la resistenza dell’autista, è l’automobile. Il cervello elettronico altro non è, in traslato, che l’automobile del pensiero»³⁹. L’automobile può aiutare, velocizzandoli, gli spostamenti dell’autista, ma – almeno per ora – non può prescindere dalla sua guida (assennata).

A questo punto, volendo rimanere sempre in ambito automobilistico, ci viene in aiuto un’altra notissima immagine guariniana. Accanto, infatti, all’utente consapevole e assennato ci può essere qualcuno che, peccando di «pazienza metodologica», trovi più rapido e facile il ricorso ai soli mezzi informatici, trovando irresistibile l’opportunità di saettare su una sorta di novella «magnifica ‘Ferrari Testarossa’ [...] di cui i cavalli non si

³⁷ Dall’*Introduzione* al volumetto di P. DONATI GIACOMINI, *Innovazione e tradizione* cit. 7.

³⁸ N. PALAZZOLO, L. MAGGIO, *Elementi di informatica romanistica* (Catania 2001) 17 s.

³⁹ Vale la pena di riflettere sulla circostanza che essa appare in *La «giuscibernetica»*, scritto pubblicato in *Labeo* 16 (1970) 104 [= *PDR*. I (Napoli 1993) 138], ben trentasette anni fa!

contano e i carburatori nemmeno»⁴⁰. Concludiamo come già più di trentacinque anni fa A. Guarino: «il pericolo è che il giurista, o perché preso dalla 'frenesia dell'ordigno' o perché dominato dalla sua naturale e umana pigrizia, si limiti alle risultanze emergenti dal ragionamento elettronico, o almeno sopravvaluti quelle risultanze e subordini ad esse ogni sua operazione di pensiero»⁴¹. Ma in questi casi, il problema riguarda il metodo di lavoro dello studioso, piuttosto che i mezzi, i quali possono essere utilizzati con tutte quelle precauzioni che li rendano vantaggiosi e non dannosi per la ricerca.

Ancora una volta, la differenza fondamentale risiede nell'essere «utenti consapevoli» piuttosto che «meri utilizzatori» dei nuovi «ferri del mestiere» del romanista⁴². Altrimenti «si rischia [...] un uso assolutamente inadeguato di essa [la tecnologia], un livellamento verso il basso che rende ancora più profonde le disegualianze tra chi sa controllare le nuove forme di trasmissione della scrittura riempiendole di validi contenuti e chi invece, affetto da un nuovo analfabetismo, non solo non saprà padroneggiare le nuove forme di trasmissione dello scritto, ma finirà per avere interessi culturali più limitati e richiedere una produzione adeguata in tal senso»⁴³.

Tra i cambiamenti che, invece, riguardano la produzione di testi in genere, non solo scientifici, va annoverato il differente approccio dell'autore alla stesura per mezzo della videoscrittura rispetto al tradizionale utilizzo di carta e penna. Secondo recenti studi⁴⁴, infatti, la possibilità di correggere (spostare, cancellare, interpolare, etc.) in ogni tempo quanto si sta elaborando, fa sì che l'autore proceda più liberamente, riducendo la preventiva fase di organizzazione del pensiero. Quando invece si scrive su carta non è ugualmente semplice e rapido operare correzioni e spostamenti radicali, perciò si tende a realizzare un prodotto più organizzato e ragionato, raramente destinato già in partenza ad essere rivoluzionato.

Per qualcuno⁴⁵ nel campo della storia del diritto le applicazioni dell'informatica «non solo sono all'avanguardia, ma hanno conquistato il mondo degli studiosi in misura ben maggiore di quanto non sia avvenuto per le altre discipline giuridiche», dimenticando che per il diritto positivo esistono strumenti molto potenti (penso a *Juris Data*⁴⁶ o

⁴⁰ A. Guarino, *La Ferrari Testarossa*, in *Index* 18 (1990) 71 ss.

⁴¹ *La «giuscibernetica»* cit. 105 [= 139 s.].

⁴² N. PALAZZOLO, *Nozioni fondamentali di informatica documentaria* in N. PALAZZOLO, L. MAGGIO, *Elementi* cit. 25 s.

⁴³ G. PURPURA, *Le nuove tecnologie informatiche* cit. 14.

⁴⁴ Cfr. D. BOLTER, *Lo spazio dello scrivere. Computer, ipertesto e la ri-mediazione della stampa* (Milano 2002) in partic. 45 ss.

⁴⁵ N. Palazzolo, *L'informatica per la ricerca storico-giuridica* cit. 311.

⁴⁶ Software della Giuffrè, la cui versione online (www.iuritalia.com) permette di consultare (in abbonamento) una vastissima banca dati di provvedimenti legislativi sia nazionali (dal 1861), aggiunti quotidianamente, sia

*UTETGiuridica*⁴⁷) che offrono sia allo studioso sia al pratico utilità ulteriori rispetto a quelli tradizionali⁴⁸.

Anche se non cambiano il modo di fare ricerca, le nuove tecnologie impongono, comunque, delle riflessioni relative alle strategie di comunicazione tra studiosi, di pubblicazione dei risultati scientifici, nonché di sfruttamento economico dei risultati acquisiti (si pensi alle formule di abbonamento *online*).

6. *Nuovi media e didattica del diritto romano.* – Ma la vera svolta metodologica è nel settore della didattica. Anche evitando di indagare l'insieme delle possibilità create dai nuovi sistemi di comunicazione a distanza, che non innovano se non nella riduzione⁴⁹ delle distanze tra docente e discente, con gli strumenti informatici un mutamento qualitativo si avverte anche a livello contenutistico (anche se a tal proposito va osservato come troppo spesso si registra la tendenza ad accomunare esperienze anche molto diverse tra loro sotto la comune etichetta della «teledidattica»). Le nuove tecnologie, infatti, permettono di creare esperienze di apprendimento più coinvolgenti, mediante l'utilizzo del multimedia per «entrer dans l'univers secret et fascinant du Droit Romain»⁵⁰. L'uso dell'ipertesto facilita (rispetto al testo tradizionale) l'apprendimento e la ricerca, poiché il percorso da seguire è basato sui livelli associativi, come accade nel cervello umano, in cui non esistono archivi gerarchici, ma catene di relazioni e associazioni

regionali; massime della giurisprudenza (dal 1979) estratte dalle decisioni di ben 64 autorità e aggiornate settimanalmente; sentenze amministrative (dal 1998 con ampliamenti mensili) corredate di riferimenti legislativi; codici annotati (arricchiti quindicinalmente); sentenze complete della Suprema Corte (dal 1986) e del Giudice Costituzionale (dal 1979) aggiunte mensilmente. Infine, il sito permette di consultare gratuitamente le ultime 10 G.U. (serie generale).

⁴⁷ Alla pagina <http://www.utetgiuridica.it/index.jsp> si possono consultare in abbonamento le banche dati, disponibili anche su cd-rom e dvd-rom, relative a 80.000 provvedimenti legislativi (e alle relative dichiarazioni di incostituzionalità) a 700.000 massime e 80.000 sentenze per esteso, e – soprattutto – alle novità legislative e giurisprudenziali non ancora presenti sulle versioni offline. Gli aggiornamenti sono previsti quotidianamente per la *Lex*, settimanalmente per il *Repertorio* e mensilmente per le sentenze per esteso di *Cassazione civile e penale*.

⁴⁸ Basti pensare alla rapida consultazione di immense banche dati di precedenti giurisprudenziali e/o atti sulla base di parole-chiave, o all'istantaneo passaggio dalla modalità vigente a quella storica di visualizzazione del testo di un provvedimento, o ancora alla veloce navigazione tra normative tra loro collegate da rimandi e riferimenti. Elemento di considerazione in più è la mancanza di una copertura del diritto d'autore per quanto riguarda i provvedimenti normativi, che ne permette l'immediata pubblicazione in formato elettronico. I database giuridici possono essere distinti – sulla base del tipo di dato giuridico raccolto – in tre categorie: banche di dati normativi, banche di dati fattuali e banche di dati giudiziari. Cfr. E. GIANNANTONIO, *Unità e pluralità delle banche di dati giuridici*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica* 17/1 (2001) 1 ss.

⁴⁹ O nell'allargamento? Per alcune perplessità su questo genere di iniziative, si v. le riflessioni di A. GUARINO, *L'Università a distanza*, in *PDR*. I cit. 267 s.; Id., *Università televisiva*, in *Labeo* 15 (1969) 401 s. [= *PDR*. I cit. 265 ss.].

⁵⁰ Parafrasando la frase sulla copertina della prima edizione del cd-rom di R. VIGNERON, H. BORN, *Droit Romain. Didacticiel d'apprentissage et d'auto-évaluation pour ordinateurs compatibles MacOSTM* (Université de Liege, Sart-Tilman, 1996), sul quale si v. subito *infra* nel testo.

attraverso le quali si muove il pensiero⁵¹. L'assoluta personalizzazione dell'apprendimento permetterebbe anche di superare alcuni problemi pratici legati alla migliore formula di presentazione della materia ai discenti (nel caso degli istituti di diritto romano si può pensare alla scelta tra metodo di studio sincronico o diacronico)⁵².

Purtroppo, però, i progetti di tipo «educational» dedicati al diritto romano si contano sulle dita di una sola mano. *Droit Romain*, realizzato da R. Vigneron e H. Born presso l'Università di Liegi, è addirittura approdato al traguardo di una seconda release nel 2000, disancorandosi finalmente dalla piattaforma Macintosh, per la quale era nato⁵³. Si tratta della versione elettronica del *Syllabus*, il corso tenuto da Vigneron presso la Facoltà giuridica belga e dedicato ai due centralissimi temi dei diritti reali e delle obbligazioni. L'utente può fruire di una serie di approfondimenti rispetto ai temi trattati nella parte di testo che sta leggendo. In particolare, può visualizzare in altre finestre il testo di una fonte citata e la sua traduzione in francese, un glossario con la spiegazione dei termini tecnici, le biografie dei maggiori giuristi romani o – pregio della multimedialità – filmati in cui l'autore illustra una parte del corso. Inoltre, grazie a circa 450 quesiti a risposta multipla si può autoverificare il proprio grado di apprendimento dei temi trattati secondo tre diverse modalità: secondo l'ordine del *Syllabus* («questionnaire structuré»); casualmente («questionnaire aléatoire»); o in una vera e propria simulazione d'esame, che si conclude anche con una votazione in ventesimi («questionnaire personnalisé»).

Carattere profondamente diverso ha l'iniziativa nata in Spagna, a cura di M. Garcia Garrido e L.G. Eugenio Oliver, dal titolo *Responsa. Casos prácticos de derecho romano planteados y resueltos en hipertexto*⁵⁴. In realtà, siamo di fronte alla semplice migrazione in formato elettronico («.html») dei contenuti dell'omonimo volume⁵⁵ di M. Garcia Garrido dedicato allo studio casistico del diritto romano.

In Italia, al contrario, si doveva registrare l'assoluta assenza di creazioni di tal genere⁵⁶, fino al 2005. È infatti da pochissimo apparso un cd-rom, a cura di A.M. Giomaro e C. Brancati, dal titolo «Percorsi guidati e metodologia di analisi giuridica», allegato

⁵¹ A. ELIA, *Scrivere testi nell'epoca della multimedialità*, in *Costruzione e appropriazione del sapere nei nuovi scenari tecnologici*, cur. A. PIROMALLO GAMBARDELLA (Napoli 1998) 244 ss.

⁵² N. PALAZZOLO, *L'informatica per la ricerca storico-giuridica* cit. 337.

⁵³ Sulla prima edizione e, più in generale, sui temi della didattica multimediale delle materie romanistiche, si v. L. MAGGIO, *Il CD-ROM 'Droit Romain' e l'insegnamento del diritto romano assistito da computer*, in *SDHI*. 65 (1999) 345 ss. Lo stesso autore ha esaminato anche la seconda release di questo software nel capitolo *Strumenti informatici e didattica del diritto romano* degli *Elementi* cit. 127 ss.

⁵⁴ Editorial Centro de Estudios Ramón Areces 1998.

⁵⁵ *Responsa. Cien casos practicos de derecho romano planteados y resueltos*⁹ (Madrid 2002).

⁵⁶ Se si eccettua il cd-rom allegato al *Dizionario Giuridico Romano*³ della Simone (Napoli 2003), comprendente anche una parte dedicata alla storia del diritto italiano ed europeo.

all'omonimo volume edito dalla ES@. Il prodotto, non molto sofisticato sotto il profilo strettamente tecnico, consiste in una serie concatenata di presentazioni in formato «.pps» su argomenti del diritto privato romano (persone, successioni, diritti reali, obbligazioni e contratti, delitti e processo). Non tutte le potenzialità della tecnologia multimediale vengono sfruttate: se, da un lato, all'interno delle singole schermate sono sottolineati i link che conducono ad approfondimenti (in pieno stile ipertestuale), manca, invece, per esempio, ogni utilizzazione del canale audio al fianco di quello video.

L'osservata scarsità di software 'educational' in Italia non può non apparire in stridente contrasto con l'ampia diffusione dello studio dell'esperienza giuridica romana, segno forse di una scarsa fiducia del mondo accademico del nostro Paese nei confronti dell'ausilio delle nuove tecnologie alla didattica. Eppure il sistema dell'ipertesto, più di molti altri, per i motivi già accennati ben si attaglierebbe alla trasmissione di un sapere «complesso»⁵⁷, come quello delle discipline romanistiche.

7. Rassegna essenziale dei nuovi strumenti per la ricerca romanistica. – Gli strumenti informatici oggi a disposizione del romanista sono tali, tanti ed in tale continua e rapida evoluzione che risulta difficile persino dividerli in categorie. Per esempio, da un punto di vista contenutistico, le sole banche dati possono essere distinte in almeno tre grandi famiglie: 1) gli archivi di fonti; 2) i database che contengono informazioni di carattere bibliografico; 3) le raccolte di letteratura di interesse romanistico, a loro volta distinguibili in archivi a testo pieno (full-text) e di riproduzioni facsimilari.

Oltre che su questa tipologia di software, il romanista può contare su una serie di programmi, che potremmo definire «strumentali» rispetto ad altre applicazioni: da quelli per la gestione e consultazione dei suddetti database (strumenti di «information retrieval»), fino a quelli per la creazione e visualizzazione di caratteri (i cd. «font») o di immagini.

In questa sede, si procederà ad un'analisi in cui i nuovi strumenti di ricerca verranno divisi semplicemente in base alle differenti modalità di utilizzo, tra quelli che per funzionare richiedono una connessione ad Internet (strumenti online) e quelli che invece possono farne a meno (offline).

⁵⁷ Cfr. *Strumenti informatici e didattica del diritto romano*, in *Elementi* cit. 138 ss.

8. *Strumenti offline.* – Tra gli strumenti che nascono per un utilizzo svincolato dall'accesso ad Internet (anche se – successivamente – ne sono state create versioni online) spiccano le pratiche raccolte di fonti (giuridiche e non) e bibliografia su cd-rom:

1. *BIA*: non mi dilungherò nell'analisi della *Bibliotheca Iuris Antiqui*⁵⁸, sulla quale c'è corposa bibliografia, alla quale rinvio⁵⁹. In breve, si tratta di un progetto, giunto ormai alla seconda release (*BIA-2000*), che realizza un «sistema informativo integrato sui diritti dell'antichità» grazie al collegamento di tre archivi: *Fontes* (database delle fonti giuridiche romane), *Opera* (bibliografia romanistica dal 1940 al 1998) e *Thesaurus*⁶⁰ (archivio dei «termini controllati»⁶¹).

2. *BD-Rom*: la *Biblioteca Digitale Romanistica*⁶² si propone di raccogliere le riproduzioni in digitale di alcuni «classici» pubblicati tra l'Ottocento e i primi del Novecento. Il primo volume, pubblicato nel 2004 dallo stesso gruppo che ha realizzato *BIA*, contiene trattati e manuali di diritto pubblico e storia del diritto editi tra il 1839 e il 1920. Seguiranno altri sei volumi (per un totale di oltre 100.000 pagine) secondo il seguente piano dell'opera: opere di storia delle fonti giuridiche romane; trattati e monografie sul processo civile romano; trattati e monografie sul diritto e sul processo criminale romano; opere istituzionali di diritto privato romano; infine – in due cd – trattati e opere generali di diritto privato romano.

3. *FIURIS*: il cd-rom dell'*Archivio elettronico per l'interpretazione delle fonti giuridiche romane*⁶³, diretto da P. Catalano e F. Sitzia (realizzato in una prima versione

⁵⁸ *Bibliotheca Iuris Antiqui. Sistema informativo integrato sui diritti dell'Antichità*, dir. N. PALAZZOLO (Catania 1994), giunta alla seconda edizione già nel 2002.

⁵⁹ Sulla prima edizione si v. D. MANTOVANI, *Il CD-Rom BIA* cit. 599 ss.; Id., *Archivi elettronici e antiquitatis reverentia*, in *Informatica e diritto* 21/2 (1995) 249 ss.; M. HUMBERT, *Les réalisations FIURIS, BIA et DRANT: essai de bilan comparatif*, in *Informatica e diritto* 21/2 (1995) 279 ss. Un'altra recensione 'comparativa' tra *BIA* e *FIURIS*, ad opera di JIN-KI LEE e I. REICHARD è apparsa in *ZSS*. 113 (1996) 631 ss. Su *BIA 2000* si v. N. PALAZZOLO, L. MAGGIO, *La Bibliotheca Iuris Antiqui*, in *Elementi* cit. 71 ss.; e la recensione di A. WACKE apparsa in *ZSS*. 120 (2003) 365 ss.

⁶⁰ Sul *Thesaurus* in particolare, si v. N. PALAZZOLO, *Un Thesaurus per la ricerca sui diritti dell'antichità. Esperienze e problemi*, in *Informatica e diritto* 21/2 (1995) 267 ss.

⁶¹ «Ma cosa deve intendersi con tale locuzione? Si tratta di parole mediante le quali è dato rappresentare in modo univoco e preciso un concetto al fine di evitare le ambiguità semantiche proprie delle parole tratte dal linguaggio libero». M.A.L. MAZZOLA, *Thesaurus iuris antiqui. Uno strumento per la ricerca bibliografica sui diritti dell'Antichità*, in *Informatica e diritto* 23/1 (1997) 217.

⁶² Per un'analisi dettagliata del progetto *BD-Rom* si v. il mio *Diritto romano in digitale* cit.

⁶³ Su *FIURIS* si v. P. CATALANO, *Archivio elettronico per l'interpretazione delle fonti giuridiche romane*, in *SDHI*. 51 (1985) 453 ss. Sul meccanismo di funzionamento, si v. G. TADDEI ELMI, *Il sistema Italgire per l'interpretazione del diritto romano*, in *Informatica e diritto* 21/2 (1995) 201; D. MANTOVANI, *Archivi elettronici e antiquitatis reverentia*, in *Informatica e diritto* 21/2 (1995) 249 ss. Per una breve riflessione sulle utilità di questo software (e non solo) si v. R. KNÜTEL, *Alcune impressioni in occasione della presentazione dell'archivio FIURIS* cit. 241.

dall'Università di Roma 'La Sapienza' e dal CNR⁶⁴ nel 1994) contiene uno spoglio di annate (dal 1965 al 2000) delle principali riviste di interesse per il romanista: *AHDE.*, *BIDR.*, *BZ.*, *Iura*, *Index*, *Labeo*, *RHDFE.*, *RIDA.*, *RJ.*, *SDHI.*, *TR.*, *ZSS.* e l'indice delle fonti dei contributi pubblicati (tra il 1965 e il 1980) in una decina di *Studi in onore* e *in memoria di* insigni studiosi⁶⁵. La banca dati riguarda il *Corpus Iuris Civilis*, il *Codex Theodosianus* (con l'*Interpretatio*) e le *Novellae* post-teodosiane, la *lex XII Tabularum*, le *Constitutiones Sirmundinae*, Gaio (con l'*Epitome Gai* e i *Fragmenta Augustodunensia*) e le altre opere cui fa riferimento il *VIR*. L'archivio che ne risulta comprende 8098 documenti per un totale di 336.230 citazioni di fonti. Il programma include l'*Index verborum quae in rubricis Corporis Iuris Civilis continentur*, realizzato dall'Istituto per la Documentazione Giuridica⁶⁶ del CNR, che permette di individuare correttamente, tramite parole testuali o lemmi, la fonte da utilizzare per la ricerca. Per le *Novellae* sono disponibili e utilizzabili per la ricerca anche i titoli originali in greco e le rispettive lemmatizzazioni. La seconda edizione, realizzata grazie anche al contributo dell'ITTIG⁶⁷ e dell'Università di Cagliari⁶⁸, è apparsa nel novembre 2003.

4. *ROMTEXT-Datenbank*: floppy disk per sistemi operativi Ms-DOS, Macintosh e Atari, forniti di programma di ricerca *DBIII*, a cura dell'Institut für Romisches Recht dell'Università di Linz, sotto la guida di J. Menner e M. Meinhart (1994). L'archivio, di circa 14 milioni di caratteri, riguarda: *Leges*, *Senatusconsulta*, *Gai Institutiones*, *Fragmenta Vaticana*, *Ulpiani Epitome*, *Collatio*, *Scholia Sinaitica*, *Breviarium Alaricianum* (con l'*Interpretatio*), *Codex Theodosianus* (con l'*Interpretatio*), *Iustiniani Institutiones*, *Codex Iustinianus (pars latina)*, *Digesta Iustiniani (pars latina et graeca)*⁶⁹.

5. *Lex Romana Wisigothorum*: ultimo in ordine di apparizione (aprile 2005), il database contenente l'edizione di Haenel (Lipsiae 1849) della *Lex Romana*

⁶⁴ Sui profili «tecnici» di questa collaborazione, si v. E. CASOLINO, *Il CD-ROM FIURIS: contributo del CNR all'iniziativa*, in *Informatica e diritto* 21/2 (1995) 295 ss.

⁶⁵ *Studi in onore di B. Biondi* I-IV (Milano 1965); *Scritti in memoria di A. Giuffrè* (Milano 1967); *Studi in onore di A. Segni* I-IV (Milano 1967); *Studi in onore di G. Grosso* I-VI (Torino 1968-1974); *Symptica F. Wieacker, Sexagenario Sasbachwaldeni a suis libata* (Göttingen 1970); *Studi in onore di G. Scaduto* III (Padova 1970); *Studi in onore di E. Volterra* I-VI (Milano 1971); *Studi in onore di G. Scherillo* I-III (Milano 1972); *Studien im römischen Recht. M. Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seinen Hamburger Schülern* (Berlin 1973); *Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag* (München 1976); *Estudios jurídicos en homenaje al profesor U. Alvarez Suárez* (Madrid 1978); *Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlass des 70. Geburtstages von Franz Wieacker* (Ebelsbach 1980).

⁶⁶ V. *infra* nt. 138.

⁶⁷ V. *infra* p. ?? n. 2.

⁶⁸ Come annunciato nel corso della LVI Sessione della SIHDA (Cagliari, 17-22 settembre 2002). Cfr. la cronaca di R. FERCIA pubblicata su *Diritto@Storia* (versione online: <http://www.dirittoestoria.it/cronache2/Fercia-CronacaSIHDA2002.htm>).

⁶⁹ Si v. la recensione di S. TAFARO, «Rom-text» in *Index* 20 (1992) 307 ss.; nonché G. KLINGENBERG, *Die ROMTEXT-Datenbank*, in *Informatica e diritto* 21/2 (1995) 223 ss.

Wisigothorum, realizzato dall'Istituto di Diritto Romano dell'Università degli Studi di Milano (sotto la direzione scientifica di G. Polara) grazie anche al finanziamento del CNR, «permette la ricerca analitica per singole parole e per frasi, sia del testo che dell'*Interpretatio*, con l'indicazione delle pagine della suddetta edizione»⁷⁰.

6. *EpiGraph*: database di iscrizioni romane (compatibile sia con la piattaforma Windows sia con quella Macintosh), curato da E.J. Jory (Melbourne 1991) dell'University of Western Australia. È una raccolta di oltre 40.000 iscrizioni latine trovate nella città di Roma e pubblicate, per iniziativa di Mommsen, fra il 1876 ed il 1933 nel VI volume del *Corpus Inscriptionum Latinarum*. Le iscrizioni, per dimensioni e provenienza, sono probabilmente le più importanti fra quelle raccolte nella monumentale opera mommseniana. *EpiGraph* consente un rapido accesso alle iscrizioni e ne fornisce il testo così come riprodotto nel volume a stampa, ma senza alcuna pretesa di voler sostituire il testo del *CIL*, rispetto al quale è privo delle informazioni supplementari (come l'indicazione del materiale in cui è realizzata l'epigrafe o l'attuale allocazione, o ancora le varianti di lettura e i commenti).

7. *TLG*: il *Thesaurus Linguae Graecae*⁷¹, sviluppato dall'University of California di Irvine (sin dal lontanissimo 1972) da M. McDonald e (per le soluzioni informatiche) D.W. Packard, è un ambizioso progetto che aspira a diventare la raccolta completa di tutti i testi della grecoità fino alla caduta di Bisanzio. Al momento (*release* «E» del febbraio 2000) contiene le opere di oltre 1800 autori, da Omero al 600 d.C., oltre a testi storiografici, lessicografici e gli scolii dal 600 al 1453 d.C., per un totale di più di 6.000 titoli e 76 milioni di parole. Necessita di un programma per la consultazione (come *Antiquarium 2*, *Musaiois*, *Lector* o *TlgWorkPlace* per piattaforma Windows; *Hellespont*, *Pandora* e *SNSGreek&Latin* per Macintosh). La versione online⁷² (disponibile a pagamento dall'aprile 2001 ed aggiornata ogni quattro mesi) permette attualmente di accedere a circa 12.000 opere di 3.700 autori per un totale di 95 milioni di parole.

8. *TLL*: edizione in formato elettronico dell'omonima opera fondamentale per lo studio della lingua e della letteratura latina, realizzata sotto il patronato del *Consortium for Latin Lexicography*, che raggruppa il Dipartimento classico dell'University of California di Irvine, gli editori del *Thesaurus Linguae Latinae* e il Dipartimento informatico dell'Università di Saskatchewan. Il *Thesaurus* attesta tutte le forme citate nei

⁷⁰ Dalla brochure di presentazione dell'opera.

⁷¹ Quest'opera non viene venduta agli utenti, ma solo concessa in licenza d'uso per un periodo da 1 a 5 anni, rinnovabile.

⁷² Vi si accede dalla pagina <http://www.tlg.uci.edu>.

testi in lingua latina fino al 600 d.C. e riporta per ogni parola il significato etimologico ed il suo sviluppo nelle lingue romanze. L'edizione in formato elettronico comprenderà, in tre successive edizioni, l'intera opera pubblicata su carta dal 1900 ad oggi a partire dagli ultimi fascicoli pubblicati; sono previsti successivi aggiornamenti annuali cumulativi. La seconda edizione comprende tutte le voci, già pubblicate a stampa sino alla fine del 2002, dalla lettera «F» alla «M», le lettere «O» e «P» e, come base dati separata, l'*Index Librorum* (edizione 1990). La terza edizione, pubblicata alla fine del 2004, ha completato l'edizione con la copertura retrospettiva di tutti i fascicoli a stampa fino alla lettera «A».

9. *BTL*: l'archivio della *Bibliotheca Teubneriana Latina* comprende l'insieme della letteratura latina classica dalla Repubblica all'Impero e del periodo tardoantico, e i maggiori autori non cristiani dal II sec. al rinascimento carolingio (come Ammianus Marcellinus, Macrobius, Martianus Capella) nelle ottime edizioni della Teubner, prive però della prefazione e dell'apparato critico. Il primo cd (edito nel 1999) contiene le opere di autori di epoca repubblicana e imperiale (dalle origini al II sec. d.C., esclusi i florilegi e i testi di grammatica). Con la seconda uscita (2002), *BTL* è stata arricchita dall'insieme dei testi conosciuti come frammenti, dalle opere dei grammatici e dei commentatori. In seguito alla pubblicazione del terzo cd (2004), il database include oggi anche gli autori medievali e moderni pubblicati nella *Bibliotheca Teubneriana* con 100 nuovi titoli aggiunti e circa 2 milioni di nuove forme (che portano il totale ad oltre 10 milioni di forme latine). In presenza di più edizioni di una medesima opera, il formato elettronico riproduce solo quella ritenuta «migliore» dalla casa editrice in collaborazione con l'istituto del *Thesaurus Linguae Latinae* di Monaco di Baviera.

10. *I Grandi Classici BUR in cd-rom interattivi*: le case editrici Rizzoli e Fabbri hanno intrapreso, a partire dal 2004⁷³, la pubblicazione di una raccolta di classici della letteratura italiana, greca e latina. L'iniziativa coinvolge 163 autori e 285 opere in versione integrale e con testo a fronte. Oltre a queste caratteristiche, proprie anche delle edizioni BUR cartacee, l'edizione digitale offre una serie di utilità aggiuntive: motore di ricerca interno, percorsi tematici e iconografici sugli autori e la loro epoca, apparati critici, nonché (peculiarità del solo strumento multimediale) le letture di brani recitati da attori del Piccolo Teatro di Milano. Anche in questo caso vanno apprezzati gli scarsi requisiti di sistema richiesti e – soprattutto – la progettazione multiplatforma (Win/Mac).

11. *ALB (Aureae Latinitatis Bibliotheca)*: raccolta di testi letterari latini secondo alcune tra le edizioni più accreditate (come quelle tratte dalla *Bibliotheca*

⁷³ A cadenza quindicinale in distribuzione tramite le edicole.

*Teubneriana Latina*⁷⁴ o dalla *Oxford Classical Texts*), curata di P. Mastandrea (1991) e distribuita dall'editore Zanichelli (in collaborazione con la Olivetti Educational), contiene scritti di 43 autori di epoca repubblicana ed alto imperiale (da Plauto ad Apuleio), tra i quali spiccano – per i giusromanisti – alcune assenze eccellenti (Festo e Valerio Massimo, ad esempio). Il cd contiene un programma di interrogazione full-text in cui è possibile la ricerca di parole e radici; si individuano le occorrenze di un termine nel testo o nel titolo di un'opera o nell'indicazione dell'autore, utilizzando gli operatori logici in qualsiasi combinazione. Il programma di consultazione soffre, però, il grave limite di non contemplare un meccanismo di stampa, costringendo l'utente ad un inutile quanto antieconomico (in termini di tempo) ricorso a carta e penna per fissare i risultati della consultazione⁷⁵.

12. *Poesis*: raccolta di testi poetici latini basata sull'edizione Zanichelli, a cura di P. Mastandrea e L. Tassarolo. Contiene l'intera produzione poetica (lirica, epica, tragica) della letteratura arcaica, classica, tardoantica e cristiana fino al VII sec. d.C. Il modulo di ricerca permette di trovare (non solo nell'ambito di specifiche opere o della produzione di singoli autori, ma anche nell'intero database) le occorrenze di parole intere o contenenti caratteri 'jolly', singole o associate secondo molteplici relazioni logiche variamente combinabili e modulabili (insiemi per aggiunta o sottrazione, ricerca di forme vicine, esclusione, scelta dell'intervallo di associazione, opzione sequenza/non sequenza, etc.). Nella seconda edizione (*Poesis 2*) sono stati inseriti anche i testi della commedia di Plauto e Terenzio e in generale della poesia non dattilica di epoca arcaica e repubblicana, oltre che numerosi nuovi autori e testi per la letteratura più tarda fino a comprendere l'intera produzione in versi della letteratura latina (per un archivio di circa 350.000 versi).

13. *PHI*: tra le raccolte di fonti non si possono non menzionare i cd-rom del *Packard Humanities Institute*⁷⁶ di Los Altos in California. Omologo del *TLG* per la letteratura latina, *PHI* #5.3 contiene testi letterari latini dagli inizi fino al 200 d.C., con una selezione di autori posteriori (tra cui Giustiniano), per un totale di circa 350 autori con 95 milioni di caratteri di testo. La copertura della produzione letteraria tardoantica, originariamente prevista per una nuova edizione della banca dati, sembra ora essere stata abbandonata. *PHI* #7, invece, contiene papiri documentari e iscrizioni greche. Realizzato a cura di numerose università americane fra cui la Duke University e

⁷⁴ Sulla quale si v. *supra* n. 9.

⁷⁵ Si v. S. TAFARO, «Rom-text» cit. 307.

⁷⁶ <http://www.packhum.org/phi>.

l'University of Michigan per i papiri e la Cornell e Ohio University per le iscrizioni, raccoglie circa 50.000 elementi (assai eterogenei per tipologia, cronologia e provenienza geografica) tra iscrizioni latine e greche, papiri, ostraka e tavolette, comprendendo i documenti latini dall'età arcaica a quella augustea. Nel cd è compreso il *Duke Databank of Documentary Papyri*, un *corpus* elettronico di testi greci e latini (anch'essi rinvenuti su papiri, ostraka e tavolette) per un totale di oltre cinque milioni di termini.

14. *CLCLT*: la *Cetedoc Library of Christian Latin Texts*, edita dal *Centre de Traitement Électronique des Documents* (Cetedoc) dell'Università Cattolica di Louvain in collaborazione con l'editore Brepols, comprende la quasi totalità dei circa 250 volumi editi nella *Series Latina* e la *Continuatio Mediaevalis* del *Corpus Christianorum*, per un totale di oltre venti milioni di parole su cui effettuare ricerche.

15. *Patrologia Latina*: archivio full text in quattro cd-rom, editi dalla Chadwick-Healey (oggi Proquest), della gigantesca opera (221 volumi) di J.P. Migne (edita tra il 1844 e il 1855), compresi i quattro volumi di indici (1862-1865), nonché gli apparati critici, le prefazioni ed illustrazioni. Raccoglie le opere in lingua latina dei Padri della Chiesa da Tertulliano e Minucio Felice fino ad Innocenzo III.

16. *Gnomon Bibliographische Databank*: database contenente le indicazioni bibliografiche di tutte le opere recensite dalla rivista *Gnomon*, a partire dal 1925, e tutti i contributi schedati nella rubrica *Bibliographische Beilage* dal 1990 in poi.

9. *Strumenti online*. – Le risorse accessibili collegandosi alla rete Internet sono più numerose e varie⁷⁷. Esse hanno il vantaggio di non vincolare all'utilizzo di una specifica piattaforma (hardware o di sistema operativo) o alla disponibilità fisica dei supporti ottici o magnetici su cui sono registrati i dati, ma pongono l'ulteriore problema dell'identificazione certa della fonte e della sua affidabilità. Si pensi all'enorme quantità di pagine web nate con intenti truffaldini o scherzosi o – semplicemente – ai siti amatoriali. Un esempio – come tanti – nel campo antichistico, è *The Tertullian Project*. Si tratta di una collezione di materiali eterogenei sul Padre della Chiesa africano e le sue opere, nata

⁷⁷ Per una panoramica dei siti web di interesse più strettamente romanistico si vedano le (sempre valide anche se ormai un po' datate) rassegne di Z. SŁUŻEWSKA, *Roman law on the Internet*, in *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz II* (Varsavia 2000) 895 ss.; F. BRIGUGLIO, «*Navigare necesse est*», in *Labeo* 44 (1998) 491 ss.; P. SCIUTO, *Internet e il diritto romano* cit. 249 ss. Più ampia e multidisciplinare la guida ai *Siti di riferimento* (aggiornata al gennaio 2002) in P. DONATI GIACOMINI, *Innovazione e tradizione* cit. 117 ss. Anche il volume di G. ALVONI, *Scienze dell'antichità per via informatica. Banche dati, Internet e risorse elettroniche nello studio dell'antichità classica* (Bologna 2002) è ricco di box con veri e propri «indirizzari» di *links* utili per l'antichista, distinti *ratione materiae*. Qualche indicazione, infine, anche se priva dell'indirizzo web, si può ricavare da L. MAGGIO, *Internet e il diritto romano*, in *Elementi* cit. 143 ss.

nel 1999 per volontà di R. Pearse, spinto dall'avvertita mancanza di analoghe iniziative in Rete dedicate al suo beniamino e ispirato da un volume di T.D. Barnes⁷⁸. Per avvertenza dello stesso curatore, un semplice appassionato di questo autore, i materiali tratti dal sito⁷⁹ vanno sottoposti ad attenta analisi. Questi spazi «non istituzionali» possono certamente contenere delle risorse utili, ma la mancata cura da parte di uno specialista della disciplina⁸⁰ impone all'utente una riflessione ed un'attenzione in più sul valore di quanto trovato. E non sempre la provenienza dei dati è correttamente dichiarata, come accade, invece, nel caso appena esaminato.

Un'ulteriore premessa è d'obbligo, quando si ha a che fare con Internet. Visto il rapido ed incontrollabile sviluppo della Rete, l'elenco di seguito proposto è da considerarsi puramente esemplificativo e – soprattutto – legato al momento in cui si scrive. Altre realtà altrettanto interessanti per l'antichista potrebbero essere sorte nel frattempo, come anche è possibile che alcuni siti o progetti qui segnalati siano – al momento in cui si legge – solo un ricordo. Si è giustamente osservato, a tal proposito, che «ogni guida cartacea che non si limiti ad illustrare alcuni caratteri generali del fenomeno è inevitabilmente destinata a divenire inutile pochi mesi dopo la sua pubblicazione»⁸¹.

Iniziamo con i cataloghi online consultabili solo in abbonamento:

1. *JSTOR*: (localizzato in nove lingue, tra cui l'italiano) coinvolge ben 669 titoli di riviste, attualmente suddivisi in 40 aree disciplinari (tra le quali vanno segnalate in questa sede almeno: 'Archaeology', 'Classical Studies' e 'History'). Originalmente concepito da W.G. Bowen, presidente della 'Fondazione Andrew W. Mellon', «come un tentativo di alleviare il sempre più pressante problema che affliggeva le biblioteche, le quali cercavano di fornire un adeguato spazio sugli scaffali per le edizioni di archivio di riviste accademiche»⁸², *JSTOR* è diventato un'organizzazione no-profit indipendente nell'agosto del 1995⁸³. L'idea di base era quella di risparmiare spazi e (quindi) costi di gestione convertendo in formato elettronico le vecchie annate delle riviste,

⁷⁸ *Tertullian: a historical and literary study* (rist. corr. Oxford 1985).

⁷⁹ <http://www.tertullian.org>.

⁸⁰ Come nel caso di *wikipedia*, l'enciclopedia online su cui si v. più diffusamente *infra* p. ?? n. 2.

⁸¹ A. CRISTOFARI, *Orientarsi e tenersi aggiornati*, in *Storia antica e Computer: un approccio*, breve rassegna di strumenti informatici per lo studio della storia antica consultabile alla pagina <http://www.rassegna.unibo.it/appr.html> e pubblicato (in una versione cartacea leggermente modificata) in *I Viaggi di Erodoto* 32 (1997) 22 ss. Cfr. *infra* nt. 139.

⁸² Dalla versione italiana della pagina web di *JSTOR* (<http://www.jstor.org>). Per uno studio del fenomeno *JSTOR*, anche sotto il profilo del risparmio di risorse, si v. K.M. GUTHRIE, *Archiving in the Digital Age*, in *Educause review* 36/6 (2001) 56 ss.

⁸³ I server di *JSTOR* sono ospitati, negli Stati Uniti, presso le Università di Princeton (Princeton, New Jersey) e del Michigan (Ann Arbor, Michigan) e, in Europa, presso il MIMAS (Manchester), soluzione evidentemente tesa a garantire la continuità del servizio.

salvaguardandole allo stesso tempo dalle ingiurie del tempo e della consultazione. Unico limite di questo grandioso progetto (tra l'altro molto intuitivo nel suo funzionamento) è la circostanza che esso, attualmente, non presenta edizioni correnti. Normalmente viene fatto trascorrere un lasso di tempo variabile (da 1 a 5 anni) tra la pubblicazione di un numero di rivista e la sua messa a disposizione su *JSTOR*.

2. *PCI/PIO*: il progetto *Periodicals Contents Index* (oggi diventato il *Periodicals Index Online*) consente la consultazione degli indici completi di oltre 4700 periodici internazionali (in quaranta lingue e dialetti diversi), per un totale di circa 16 milioni di articoli. Di questi, poi, grazie al progetto *PCI Full Text*⁸⁴, sono diventate consultabili le immagini digitalizzate di oltre sei milioni di pagine di più di 350 riviste dalla loro prima annata, per un totale di più di un milione di articoli (in trenta lingue e dialetti). Questa immane mole di materiali è stata suddivisa in 37 aree disciplinari (per lo storico del diritto di Roma antica potrebbero risultare molto utili almeno: 'Ancient Civilisations', 'Anthropology/Ethnology', 'Area Studies – Europe', 'Archaeology', 'History', 'Law', 'Linguistic/Philology', 'Political Science'). Anche *PCI* è nato per fornire agli studenti, alle Facoltà universitarie ed alle biblioteche accesso ad un numero sempre crescente di testate («the most historically respected journals»⁸⁵) nel campo delle scienze umane e sociali. Alla fine del 2005 *PCI Full Text* si è trasformato nel *Periodicals Archive Online*⁸⁶ che abbraccia oltre 500 pubblicazioni periodiche;

3. *Muse*: nato nel 1993 dalla collaborazione tra la Johns Hopkins University Press e la Milton S. Eisenhower Library (presso la John Hopkins University), il progetto *Muse*⁸⁷ offre accesso a versioni full-text di oltre 300 periodici relativi a tre aree: 'Humanities', 'Arts' e 'Social Sciences'. Nell'ottica di un ampliamento sempre crescente delle risorse, il *Muse* è collegato a *JSTOR*⁸⁸, permettendone lo spoglio completo del catalogo e la consultazione delle annate non coperte dal progetto *Muse* relative alle 25 riviste comuni ad entrambi i database;

4. *HeinOnline*: nato dalla collaborazione tra la William Shannon Hein & Co. Inc. e la Cornell Information Technologies (Cornell University), questo database⁸⁹ contiene articoli in full-text tratti da oltre 900 importanti pubblicazioni straniere in ambito giuridico,

⁸⁴ <http://pcift.chadwyck.co.uk>, ma per una variazione si v. *infra* la nt. 86.

⁸⁵ Anche qui cito dalla presentazione del progetto sul sito di *PCI*.

⁸⁶ <http://pao.chadwyck.co.uk>.

⁸⁷ <http://muse.jhu.edu> per il sito nordamericano; <http://muse.uq.edu.au> per quello australiano.

⁸⁸ Sul quale *amplius* si v. *supra* p. ?? n. 1.

⁸⁹ <http://heinonline.org>.

relative a diversi settori (tra cui 'History', 'Law' e 'Political Science'), per un totale di oltre 80 milioni di pagine e vanta abbonati in oltre 150 Paesi.

Passiamo ora a qualche esempio di raccolte di fonti consultabili a pagamento in Rete:

1. *TLGOnline*: per la versione online del *Thesaurus Linguae Graecae* si rimanda *supra* a quanto scritto in margine all'analisi della versione offline⁹⁰. Sul sito è possibile provarne gratuitamente una versione ridotta;

2. *Patrologia Latina*: versione online⁹¹ completa (a pagamento) dei cd con l'opera di J.P. Migne, di cui si è già detto *supra*⁹². È collegato con il sito⁹³ che ospita il database full-text relativo agli *Acta sanctorum*, secondo l'edizione pubblicata in 68 volumi dalla Société des Bollandistes di Antwerp e Brussels e non secondo le successive ma incomplete versioni apparse a Venezia tra il 1743 e il 1760 e a Parigi tra il 1863-1870.

Tra gli strumenti gratuiti *online*:

1. *PERSEUS*: repertorio delle fonti greche, nato nel 1992 come cd-rom da un progetto cui hanno collaborato diverse università e musei e giunto oggi alla versione 4.0, il *Perseus Project* è approdato su Internet nel 1995 con un sito⁹⁴ curato da G. Crane della Tuft University, ed è ormai un «classico» della Rete. Ogni testo può essere visualizzato nella versione originale in caratteri greci, in traduzione inglese o traslitterata in caratteri latini. È anche possibile effettuare l'analisi morfologica di ciascun termine del testo che si sta esaminando e, mediante il «morphological database», verificare in quali altri testi esso compaia. Inoltre, si possono effettuare ulteriori analisi dei testi tramite il collegamento con la più recente edizione di *A Greek-English Lexicon* di H.G. Liddel, R. Scott e H.S. Jhones. Tramite il portale del *Perseus Project* si accede anche al *Duke Date Bank of Documentary Papyri*⁹⁵.

2. *DRANT (DRoits ANTiques)*: prodotto dal «Centre de Documentation des Droits de l'Antiquité» del «Centre National de la Recherche Scientifique» di Parigi diretto da M. Humbert, è un database bibliografico (localizzato in francese e inglese), pubblicato anche in versione offline⁹⁶ su cd-rom per Macintosh. Consente le ricerche per titolo o

⁹⁰ Si v. p. ?? *sub* n. 7.

⁹¹ <http://pld.chadwyck.co.uk>.

⁹² Si v. p. ??.

⁹³ <http://acta.chadwyck.co.uk>.

⁹⁴ <http://www.perseus.tufts.edu>.

⁹⁵ Sul quale *amplius* si v. *supra* p. ??.

⁹⁶ Cfr. M.N. BOURNICHON, *Informatique documentaire: la Banque de données du Centre de Documentation des Droits Antiques de Paris*, in *Informatica e diritto* 21/2 (1995) 233 ss.

autore, per parole-chiave, su specifici nomi di persona o geografici, nonché su fonti. L'aggiornamento è semestrale.

3. *Gnomon Bibliographische Datenbank*⁹⁷: supplemento online al database (pubblicato prima in dodici Fd e poi in cd-rom) contenente le indicazioni bibliografiche ricavate dall'omonima rivista dal 1925, a cura di J. Malitz (Katholische Universität Eichstätt Ingolstadt) e G. Weber (Universität Augsburg). Il sito, che offre circa il 15% delle informazioni contenute nella versione offline (giunta a circa 345.000 titoli nel 2006), è aggiornato con cadenza quasi settimanale. Presente anche un *Thesaurus* ricco di oltre 9.000 descrittori.

4. *DCB: il Database of Classical Bibliography*⁹⁸ è un progetto, diretto da D.L. Clayman, della American Philological Association, con sede nel Graduate Center della City University of New York (USA), realizzato con il supporto del National Endowment for the Humanities (USA), di fondazioni private e donazioni individuali. L'obiettivo del *DCB* («transforming the retrospective volumes of *L'Année Philologique* for the computer age») ha coinvolto le annate 20-63 (1949-1982) de *L'Année Philologique*, ma i suoi contenuti sono ora confluiti nel più ampio progetto «*Aph, L'Année philologique* su Internet» (v. subito *infra*). Due edizioni su cd-rom sono apparse nel 1995 e nel 1997.

5. *Aph: L'Année philologique* su Internet⁹⁹. Ogni anno in primavera un nuovo volume viene aggiunto alla banca dati, mentre la digitalizzazione delle annate precedenti il 1969 viene proseguita a cura dell'equipe della *DCB* (v. subito *supra*). Nel dicembre 2006 risultavano disponibili online (con accesso su abbonamento) le annate da 20 (1949) a 75 (2004).

6. *APIS (Advanced Papyrological Information System)*¹⁰⁰: intende creare un unico catalogo comprendente via via tutte le raccolte papirologiche delle più prestigiose Università statunitensi (solo per citare le prime a partecipare: Berkeley, Columbia, Duke, Michigan, Princeton, Yale), con adesioni più che raddoppiate negli ultimi due anni. Il database comprendeva nel maggio 2006 oltre 25.000 elementi e più di 15.000 immagini.

7. *EDH: progetto* diretto da G. Alföldy, con l'obiettivo di raccogliere iscrizioni latine (dal 2004 anche in lingua greca) provenienti da ogni angolo dell'impero romano (con l'esclusione del territorio italiano) in un unico database. *L'Epigraphic Database*

⁹⁷ <http://www.gnomon.ku-eichstaett.de/Gnomon/Gnomon.html>.

⁹⁸ <http://web.gc.cuny.edu/dept/class/dcb.htm>.

⁹⁹ <http://www.annee-philologique.com>.

¹⁰⁰ <http://www.columbia.edu/cu/lweb/projects/digital/apis/index.html>.

Heidelberg¹⁰¹ si articola in tre archivi: *Epigraphic database*, *Epigraphic Bibliography* e *Photographic Database*. Al momento l'*Epigraphic database* contiene oltre 40.000 iscrizioni con un ampio corredo di bibliografia e di informazioni sulle iscrizioni stesse e sui monumenti o supporti sui quali sono state rinvenute. Sul modello dell'*EDH*, nel novembre 2003, sotto gli auspici della *Commissione epigrafia e informatica* dell'*AIEGL* (*Association Internationale d'Epigraphie Grecque et Latine*) è stato sviluppato il progetto *EAGLE* (*Electronic Archives of Greek and Latin Epigraphy*), che prevede la «confederazione» di tutti gli archivi di fonti epigrafiche antiche (greche e latine) presenti su Internet. Al momento vi aderiscono l'*Epigraphic Database Bari*¹⁰² (*l'EDB*, che raccoglie oltre 23.000 documenti epigrafici di committenza cristiana della città di Roma, compresi sia nella edizione delle *Inscriptiones Christianae Urbis Romae septimo saeculo antiquiores, nova series* sia negli aggiornamenti) e l'*Epigraphic Database Rome*¹⁰³ (*l'EDR*, contenente iscrizioni provenienti da Roma e dal territorio italiano, con l'eccezione del materiale romano di committenza cristiana¹⁰⁴), oltre naturalmente alla banca dati di Heidelberg.

8. *The Imaging Papyri Project*: pagina web¹⁰⁵ che offre l'accesso libero a quattro collezioni: papiri di Ercolano¹⁰⁶, di Ossirinco¹⁰⁷, di Antinopoli e del *Supplementum Magicum* con la possibilità di visualizzarne le immagini in alta o bassa risoluzione.

9. *Roman Law Resources*: sito¹⁰⁸ realizzato presso l'Università di Aberdeen da E. Metzger e interamente dedicato al diritto romano. Consultabile in inglese e tedesco, ospita – tra l'altro – una raccolta di scritti giusromanistici a testo pieno e un discreto catalogo di siti web dove trovare edizioni di fonti. «Appare tuttavia prioritariamente finalizzato a soddisfare gli interessi degli studiosi di area anglosassone, il cui approccio al diritto romano è più storico (politico) che giuridico»¹⁰⁹.

10. *Forum Romanum*¹¹⁰: progetto collaborativo tra docenti e studenti con l'obiettivo di diffondere la cultura classica, mediante la pubblicazione online di un ampio ventaglio di materiali (testi, traduzioni, articoli e strumenti didattici). Fulcro del progetto è il *Corpus Scriptorum Latinorum*, biblioteca digitale che dovrebbe coprire tutta la

¹⁰¹ <http://www.uni-heidelberg.de/institute/sonst/adw/edh>.

¹⁰² <http://www.edb.uniba.it>.

¹⁰³ <http://www.edr-edr.it>.

¹⁰⁴ Questo database si propone l'ambizioso obiettivo della registrazione di tutte le iscrizioni anteriori al VII sec. d.C., greche e latine, secondo la miglior edizione esistente, eventualmente con ulteriori controlli ed emendamenti e con il corredo di alcuni dati fondamentali e di immagini.

¹⁰⁵ <http://163.1.169.40/cgi-bin/library?a=p&p=home&l=en&w=utf-8>.

¹⁰⁶ <http://www.herculaneum.ox.ac.uk>.

¹⁰⁷ <http://www.papyrology.ox.ac.uk/POxy>.

¹⁰⁸ <http://iuscivile.com>.

¹⁰⁹ L. MAGGIO, *Internet e il diritto romano*, in *Elementi* cit. 150.

¹¹⁰ <http://www.forumromanum.org>.

letteratura latina (fino ai neo-latinisti del diciottesimo secolo). Il progetto, aperto ai contributi esterni, è curato da D. Camden dell'Università di Harvard.

Siti delle principali riviste romanistiche:

1. *Index*: l'approdo in Rete dei *Quaderni camerti di studi romanistici* è in via di realizzazione proprio in questi giorni. Sul sito, «gemellato» con quello del Consorzio Interuniversitario 'Gérard Boulvert' per lo studio della civiltà giuridica europea e per la storia dei suoi ordinamenti, si potranno consultare, oltre alle informazioni sulla redazione e sulla storia della rivista, gli utilissimi indici trentennali della rivista;

2. *Annaeus*: l'ultima nata tra le riviste dedicate al diritto romano (la prima in Spagna) si è subito dotata di un proprio sito web¹¹¹. In questo spazio, oltre alle informazioni sulla redazione e sulla struttura in sezioni degli *Anales de la Tradición Romanística*, troviamo un utile «decálogo» di regole per gli autori e i sommari dei numeri usciti.

3. *Labeo*: un indice delle quattro annate 1999-2002 è sul sito della Facultad de Derecho della Universidad de Extremadura¹¹², mentre su *Diritto romano online* si trovano gli indici dal 1965 al 1999¹¹³;

4. *ZSS*: il sito ufficiale¹¹⁴ dell'editore viennese Böhlau contiene solo i sommari delle annate dal 2000 in poi. Per una panoramica completa (dal 1880) si veda lo *Zeitschriftenfreihand-magazin*¹¹⁵ (di S. Jenks e D. Rübsamen); mentre il sito del Max-Planck-Institut für europäischer Rechtsgeschichte¹¹⁶, nell'ambito del progetto *Digitale Bibliothek. Juristische Zeitschriften des 19. Jahrhunderts*¹¹⁷, ospita le riproduzioni digitali di tutti i volumi fino all'annata del 1919 e del *Generalregister* 1-50 (1932), consultabili gratuitamente.

5. *SDHI*: tutti gli indici sommari fino all'annata 53 del 2000 sono sul sito dello *Zeitschriften-freihandmagazin*¹¹⁸, mentre quello dell'ultimo numero è sul sito della Pontificia Universitas Lateranensis¹¹⁹;

¹¹¹ <http://www.editorialtebar.com/annaeus/index.htm>.

¹¹² <http://www.derecho.unex.es/biblioteca/Sumarios/labeo.htm>.

¹¹³ <http://www.geocities.com/Athens/Forum/2582/labeo.html>.

¹¹⁴ <http://www.boehlau.at>.

¹¹⁵ <http://www.phil.uni-erlangen.de/~p1ges/zfhm/zfhm.html>.

¹¹⁶ <http://www.mpier.uni-frankfurt.de>.

¹¹⁷ Il progetto coinvolge la completa digitalizzazione di ca. 1250 annate di 75 riviste. Al momento in cui scrivo già 997 volumi, per un totale di 511.455 pagine sono consultabili, in un doppio formato (800x600 o 1024x768 pixel). Il link alla *Digitale Bibliothek* è <http://www.mpier.uni-frankfurt.de/dlib>.

¹¹⁸ V. nt. prec.

¹¹⁹ <http://cms.pul.it>.

6. *BIDR.*: in Rete sono reperibili i soli indici sommari dei numeri 37-38 (1995-1996) di questa antica rivista italiana sul sito della Facultad de Derecho della Universidad de Extremadura¹²⁰;

7. *Iura*: non esiste un sito web ufficiale di questa rivista: come nel caso di *Labeo* sul sito della Facultad de Derecho della Universidad de Extremadura si trovano gli indici di sole quattro annate (1995-1998)¹²¹;

8. *RIDA.*: sul sito ufficiale¹²² gli indici dal numero 44 del 1997 e – tranne per l'ultima annata – tutti gli articoli a testo pieno in formato «.pdf»;

9. *RDR*: la *Rivista di diritto romano. Periodico di storia del diritto romano, di diritti antichi e della tradizione romanistica medioevale e moderna*, diretta da F. Zuccotti, non dovrebbe a rigore essere accomunata alle precedenti, visto che nasce in formato elettronico, quasi come un portale di utilità per il romanista. Questa scelta si giustifica considerando che all'edizione online dopo un po' se ne affianca una su carta dalla LED, che però non sostituisce completamente la prima, non racchiudendone tutte le utilità. Quanto ai contenuti, essa raccoglie «normali studi di diritto romano, di diritto greco, sui diritti antichi e sulla tradizione romanistica medioevale e moderna, nonché recensioni di lavori relative a tali materie, [...] redazioni di indici, elaborazioni di strumenti di ricerca e traduzioni di opere di particolare interesse». Come già accennato, aspira a diventare per gli studiosi di diritto romano punto di riferimento per la segnalazione dei siti di interesse, di un calendario di manifestazioni romanistiche e di scadenze amministrative universitarie, ma anche per l'elaborazione di un indirizzario email degli studiosi e per l'indicazione «in tempo reale» di volumi appena pubblicati. Sul sito¹²³ sono anche apparsi i sei volumi (con supplementi) dei *Basilica* nell'edizione dei fratelli Heimbach, liberamente scaricabili in formato «.pdf».

Altre riviste di interesse romanistico:

1. *JJP*: il sito¹²⁴ della rivista fondata nel 1946 da R. Taubenschlag è localizzato in inglese e polacco. Nella versione inglese, esso contiene solo indicazioni sulla composizione della redazione, gli indirizzi per contattarla e un'immagine della copertina (peraltro non dell'ultimo volume), mentre la più ricca versione in polacco permette la consultazione degli indici sommari di tutti i volumi.

¹²⁰ <http://www-derecho.unex.es/biblioteca/Sumarios/vittorio.htm#1>.

¹²¹ <http://www-derecho.unex.es/biblioteca/Sumarios/iura.htm>.

¹²² <http://www.ulg.ac.be/vjitor/rida>.

¹²³ <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano>. Si v. la segnalazione di V. GIUFFRÈ, *Diritto romano 'on line'*, in *Labeo* 48 (2002) 313 s.

¹²⁴ <http://www.papyrology.uw.edu.pl/papyrology/papyri/jjpeng.htm>.

2. *ZPE*: ottimo esempio di messa in circolazione del sapere in ambito scientifico, il sito della *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*¹²⁵ mette a disposizione dei cybernauti gli articoli apparsi dal 1988 ad oggi in formato «.pdf». La consultazione degli ultimi fascicoli (dal 2001) è a pagamento: si può scaricare il singolo articolo pagando una piccola cifra, variabile a seconda dell'estensione dello stesso. Oltre alle informazioni sulla rivista, il sito offre la libera consultazione degli indici sommari di tutti i numeri usciti fin qui e segnala links a siti di interesse papirologico-epigrafico.

3. *Bryn Mawr Classical Review*: rivista interamente online¹²⁶ fondata nel 1990 da R. Hamilton (Bryn Mawr College) e J.J. O'Donnel (Georgetown University), specializzata in recensioni nell'ambito degli studi classici.

Portali:

1. *DROL: Diritto Romano On Line*, portale del diritto romano in Rete, creato nel 1996 e gestito da F. Briguglio (del Dipartimento di Scienze Giuridiche A. Cicu dell'Università degli Studi di Bologna). Contiene un calendario degli eventi e un elenco delle principali monografie di interesse romanistico pubblicate ogni anno. Sul sito¹²⁷ è presente anche una sezione che raccoglie contributi in formato audio e video.

2. *IURA*: portale di diritto romano e di diritti dell'antichità dell'Università degli Studi di Palermo. Il sito¹²⁸ nasce nell'ambito di un Progetto di rilevante interesse nazionale del 2001 (coordinato da M. Marrone, con la partecipazione di G. Purpura, F. Arcaria e O. Licandro) e mira a indirizzare «chi intende accedere alla documentazione di interesse storico-giuridico già presente in linea», nonché a favorire «l'immissione in Internet di nuove informazioni e di nuovi documenti fino ad oggi veicolati attraverso il tradizionale supporto cartaceo unitamente ad una serie di servizi telematici che possano costituire un punto di riferimento per la giusromanistica italiana ed internazionale». Preziosa la versione digitale full-text dei *Trucioli di Bottega* guariniani.

3. *Rassegna degli strumenti informatici per lo studio dell'antichità classica*: vera e propria «miniera d'oro» di utili riferimenti per l'antichista, il portale curato da A. Cristofori (ospitato su un server dell'Università di Bologna¹²⁹) si propone di offrire una guida ai nuovi strumenti a disposizione di studenti e studiosi del mondo classico, con brevi descrizioni e valutazioni e accesso diretto alle risorse disponibili on line. L'iniziativa

¹²⁵ <http://www.uni-koeln.de/phil-fak/ifa/zpe/index.html>.

¹²⁶ <http://ccat.sas.upenn.edu/bmcr>.

¹²⁷ <http://web.tiscali.it/drol.it>.

¹²⁸ <http://www.unipa.it/dipstdir/portale>.

¹²⁹ <http://www.rassegna.unibo.it>.

abbraccia le risorse di interesse per lo studio dell'antichità classica greco-romana, nei suoi aspetti letterari, storici ed archeologici. Dall'aprile 2005 è aggiornata grazie al sostegno finanziario del progetto su «Strumenti digitali per la ricerca e la didattica in Storia Antica, tra applicazioni pratiche e riflessioni metodologiche», stanziato dall'Università degli Studi della Calabria. La *Rassegna* è parte integrante della *World Wide Web Virtual Library History Network* (a cura di S. Noiret e I. Lopez Martin presso l'[Istituto Universitario Europeo di Firenze](#)) dal novembre 2004. Il progetto è in fase di costante aggiornamento (le risorse schedate nell'ultimo mese sono segnalate alla pagina «Novità») ed è aperto alla collaborazione di studiosi e studenti di antichità. Per completezza e accuratezza merita uno dei primi posti tra i «preferiti» di chi si occupa di ricerca antichistica.

4. *Ius Romanum*: il sito, parte del più ampio *Juristisches Internetprojekt Saarbrücken*, è localizzato in tedesco, inglese, latino e italiano¹³⁰. Il progetto, ancora in fase iniziale, comprende una (per la verità molto esigua) selezione di passi dei *Digesta* giustiniani accompagnati dalle glosse accursiane, nonché informazioni biografiche relative a giuristi dell'antica Roma (per ora Papiniano e Ulpiano) e del medioevo (al momento solo Accursio e Viviano). «Il concetto che è alla base del *Corpus Iuris* e la Glossa si può ritenere sorprendentemente analogo al concetto moderno dell'Hypertext: parole singole nel testo di legge rinviano alla spiegazione del glossatore e queste spiegazioni a loro volta contengono ulteriori rinvii ad altri passi del digesto»¹³¹. Scopo del progetto è di mettere a disposizione in formato «hypertext» tutto o almeno gran parte del *Corpus Iuris* e della Glossa. Su questo sito sono reperibili anche le istruzioni (in inglese e tedesco) per partecipare all'unica *mailing list*¹³² esistente sul diritto romano.

5. *Archeogate*: anche il (graficamente curatissimo) portale italiano di archeologia¹³³, diretto da A. Roccati (mentre la direzione editoriale è affidata a B. Alberton), ospita una sezione (*Iura*) dedicata ai diritti dell'antichità. Contiene, tra l'altro, utili links a case editrici e università.

Motori specialistici o «a tecnologia LASE (Limited Area Search Engine)»:

¹³⁰ Quest'ultima versione alla pagina <http://www.jura.uni-sb.de/Rechtsgeschichte/Ius.Romanum/italiano.html>.

¹³¹ Dalla home page del sito stesso.

¹³² Per «*mail-list*» o «*mailing-list*» si intende una «lista di utenti interessati allo scambio di informazioni su un argomento comune, utilizzando la posta elettronica. Ogni messaggio spedito alla lista viene distribuito automaticamente a tutti gli utenti che ne fanno parte. La lista è gestita da un listserver» o 'majordomo'. Definizione tratta dall'*Appendice D: Glossario di Internet 2004*.

¹³³ <http://www.archeogate.it> o anche <http://www.archeogate.org>.

1. *Argos*¹³⁴: ideato e sviluppato dal 1996 da H. Sonpal e A.F. Beavers dell'Università di Evansville (USA), era un motore di ricerca limitato ad alcuni siti «associati»¹³⁵ che avessero attinenza con il mondo degli studi antichistici e medievistici. Dal 6 febbraio 2003 è stato chiuso per mancanza di finanziamenti.

2. *La Storia*: realizzato da un consorzio di dieci Università italiane, è un motore di ricerca¹³⁶ che si rivolge solo ai seguenti siti associati indipendenti: *Cromohs*, *Cyber Review of Modern Hystoriography*, *Iura communia. Il sito di Diritto comune*, *Rassegna degli strumenti informatici per lo studio dell'Antichità classica*, *Reti Medievali. Iniziative online per gli studi medievistici*, *Scrineum. Saggi e materiali on-line di scienze del documento e del libro medievali*, *Scriptorium del Polo Informatico Medievistico dell'Università degli Studi di Firenze*, *WWW VL Italian History Index*, *Società italiana degli storici dell'economia*.

Portali di enti italiani che si occupano specificamente di informatica romanistica:

1. *CIR*¹³⁷: il Centro interuniversitario per l'Informatica Romanistica nasce nel 1992 da un'intesa tra le Università di Messina, Catania, Perugia e Reggio Calabria (poi, Catanzaro) e ha tra i suoi fini statuari «la predisposizione e l'attuazione di progetti di applicazione dell'informatica al campo delle ricerche concernenti il diritto romano e la tradizione romanistica, nonché gli altri diritti dell'antichità». Diretto da N. Palazzolo, finora ha portato a termine le grandi imprese della pubblicazione di *BIA* (in due releases) e del primo cd del progetto *BD-Rom*,

2. *ITTIG*: l'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica è un organo del Consiglio Nazionale delle Ricerche¹³⁸, che «svolge attività di ricerca, alta formazione, consulenza e trasferimento tecnico-scientifico nel campo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione applicate al diritto ed alla Pubblica Amministrazione». L'Istituto, diretto – come il già citato CIR – da N. Palazzolo, ha sede a Firenze. Una sezione romana, intitolata a Giorgio La Pira e diretta da P. Catalano, si occupa in particolare dello studio e della documentazione della funzione del diritto romano nel mondo. Tra le risorse messe a disposizione sul sito si segnalano l'archivio *DoGi* (contenente abstract di articoli di riviste giuridiche) e la sezione contenente i link

¹³⁴ <http://argos.evansville.edu>.

¹³⁵ Per un elenco dei siti associati ad *Argos* si v. P. DONATI GIACOMINI, *Innovazione e tradizione* cit. 23 s.

¹³⁶ <http://lastoria.unipv.it>.

¹³⁷ <http://www.lex.unict.it/cir>.

¹³⁸ L'ITTIG è stato costituito, in seguito al riordino del CNR, con decreto del Presidente del CNR del 12.10.2001 ed è operativo dal 1.06.2002. Esso deriva dalla fusione di due preesistenti organi del Consiglio: l'Istituto per la Documentazione Giuridica (IDG), con sede a Firenze, e il Centro di Studio sul Diritto Romano e i Sistemi Giuridici (CSDRSG), con sede a Roma.

alle «Biblioteche d'interesse giuridico in Italia» (distinte nelle categorie: Enti pubblici, Università, Enti di ricerca, Enti privati, Altre guide e MetaOpac).

Altri siti di possibile interesse romanistico:

1. *La coda dell'occhio*: il neo-nato sito¹³⁹ di A. Guarino contiene la riproduzione facsimilare delle sue omonime recenti brevi pubblicazioni, oltre ad una essenziale biobibliografia, corredata di foto.

2. *Wikipedia*: con i suoi circa 60 milioni di accessi quotidiani e i suoi circa 2,5 milioni di articoli, questo progetto (nato appena 6 anni fa, il 15 gennaio del 2001) occupa oggi un posto di primissimo piano tra le risorse «generaliste» disponibili in rete. Si tratta di un'enciclopedia online, multilingue, dal [contenuto](#) liberamente modificabile, redatta in modo collaborativo da volontari e sostenuta dalla *Wikimedia Foundation*, organizzazione [non-profit](#). Pubblicata in oltre 200 [lingue](#) differenti, questa «enciclopedia veloce» ('wiki' in hawaiano vuol dire 'veloce') contiene non solo voci tipiche dell'omologo strumento cartaceo, ma anche materiale normalmente reperibile in almanacchi, dizionari geografici, etc. Questa grande enciclopedia 'vivente' dedica spazio – con tutti i limiti, ma anche i vantaggi insiti in un prodotto non controllato – anche al diritto romano: nella versione italiana¹⁴⁰ sono presenti (settembre 2006) 88 articoli in questa sottocategoria, mentre in quella tedesca¹⁴¹ solo 55.

10. *Brevi osservazioni conclusive*. – Sulla base di questa breve analisi si possono trarre alcune prime conclusioni sul livello di coinvolgimento della comunità scientifica italiana. Essa appare – almeno nel settore degli studi romanistici – per alcuni versi ancora troppo scollegata dal trend internazionale di utilizzo delle nuove tecnologie.

Cominciando dalle note dolenti, le tradizionali riviste cartacee di casa nostra sono scarsamente presenti nel World Wide Web con siti ufficiali. Quando anche si trovano informazioni (solitamente su pagine non gestite direttamente dalle redazioni o dalle case editrici, ma da soggetti terzi), queste per lo più riguardano gli indici sommari e mai i contenuti, che non sono messi a disposizione in formato digitale. Neanche i grandi database online a pagamento (come *JSTOR* o *PCI*, analizzati *supra*) coinvolgono queste pubblicazioni. Questa sorta di «provincialità» della scienza italiana, è una nota stonata in

¹³⁹ <http://www.lacodadellochio.net>. Purtroppo, a riprova di quanto detto *supra* all'inizio del § 9, va segnalato che nelle more della pubblicazione del presente contributo ho dovuto constatare la scomparsa di questa preziosa risorsa online.

¹⁴⁰ http://it.wikipedia.org/wiki/Categoria:Diritto_romano.

¹⁴¹ http://de.wikipedia.org/wiki/Kategorie:R%C3%B6misches_Recht.

un campo (quello romanistico) in cui il nostro Paese detiene tradizionalmente una posizione di leadership, addirittura esportando la propria lingua come lingua di una comunità scientifica.

Sempre con riguardo alla presenza italiana sul web, spiccano – per completezza, ma anche per stile – alcuni «portali», come *Archeogate*, *la Rassegna*, *DROL.*, *RDR.*, *Diritto@Storia*. Certo la tensione verso i modelli dell'editoria tradizionale è ancora molto forte, come dimostra – ad esempio – la destinazione al cartaceo della *RDR*. A proposito di editoria, il nostro paese è ancora lontano dall'affermarsi della prassi dell'autopubblicazione sul web, complice anche un sistema di deposito legale dei lavori scientifici che non permette ancora agli autori di affrancarsi dalla carta, sistema oggi – si spera – prossimo ad una decisiva svolta. Sempre il campo dell'editoria, refrattario ai cambiamenti che mettano in dubbio il ruolo dei classici operatori economici, è restio ad accogliere le possibilità offerte dalle nuove tecnologie (il print-on-demand o la pubblicazione online a pagamento, per citarne solo un paio).

Settore di eccellenza è, invece, quello della pubblicazione di database. *BIA*, *BD-Rom*, *FIURIS*, e da ultimo l'edizione della *Lex Romana Visigothorum*, sono solo alcuni dei prodotti che testimoniano l'impegno della comunità scientifica italiana nel settore dell'information retrieval.

Non manca, invero, neanche una certa attenzione alle tematiche della cd. «Informatica romanistica»¹⁴², oggetto di alcuni studi e addirittura di un manuale a cura di N. Palazzolo e L. Maggio. Quello che però stenta a decollare è un ampio e costante dibattito sulla (eventuale) incidenza della cd. «rivoluzione digitale» sul metodo romanistico, come nel 1988¹⁴³ e nel 1994¹⁴⁴ in occasione di due convegni promossi dal Centro Elettronico di Documentazione (CED) della Cassazione. Ma ogni anno, per

¹⁴² Branca dell'informatica giuridica, considerata come disciplina «che gode di una sua autonomia rispetto sia all'informatica sia al diritto, perché ha un suo oggetto (l'insieme dei problemi giuridici che si intende affrontare e risolvere) ed un suo metodo (l'applicazione del calcolatore elettronico)» (*Elementi* cit. 10). Personalmente non ritengo che si possa parlare di scienza autonoma, quando essa semplicemente ha ad oggetto problemi tipici del diritto, che si intende affrontare con l'ausilio di uno strumento nuovo (i mezzi informatici), senza innovare sotto nessuno dei due aspetti.

¹⁴³ Nel corso del quarto congresso internazionale di informatica giuridica, sul tema *Informatica e regolamentazioni giuridiche*, tenutosi a Roma dal 16 al 21 maggio 1988, un'intera sessione è stata dedicata alla storia ed alla filosofia del diritto.

¹⁴⁴ Il congresso, dal titolo *Strumenti elettronici per l'interpretazione delle fonti giuridiche romane*, si è svolto nella Capitale il 25 e 26 febbraio 1994 e gli atti sono stati pubblicati, a cura di M.P. BACCARI e G. TADDEI ELMI, su *Informatica e diritto* 21/2 (1995) 189 ss. Si v. anche la notizia di P. CATALANO, *Strumenti elettronici per l'interpretazione delle fonti giuridiche romane (Roma, 25-26 febbraio 1994)*, in *Jura* 46 (1995) 202 ss.

l'evoluzione informatica (come insegna la «legge di Moore»¹⁴⁵), costituisce un tempo lunghissimo. Dunque, potrebbe risultare sicuramente utile riconfrontarsi su questi temi, magari periodicamente.

L'auspicio e lo sforzo di tutti dovrebbero essere indirizzati a colmare (o ad evitarne l'insorgenza, secondo le opinioni) un divario con altre realtà più dinamiche sotto questo punto di vista, divario che – alla lunga – potrebbe minare le fondamenta di una partecipazione alla circolazione del sapere scientifico sempre più veicolata attraverso i nuovi media¹⁴⁶.

Cosa vi sia nel futuro della cd. «informatica romanistica» è difficile dirlo, vista l'imprevedibilità dello sviluppo tecnologico degli strumenti fin qui descritti. Condividendo l'affermazione secondo la quale: «fare storia di una tecnologia è impresa complessa, predirne il futuro è un esercizio intellettuale poco saggio, ancorché assai diffuso»¹⁴⁷, mi sembra doveroso rimettere «ai posteri l'ardua sentenza».

¹⁴⁵ Gordon Moore, ingegnere elettronico cofondatore di Intel, nel 1964 osservò che la tecnologia permetteva di raddoppiare ogni dodici mesi il numero di transistor per pollice quadrato presenti su un chip. Comunemente questa «legge» viene intesa – non molto correttamente invero – nel senso che la potenza di calcolo (espressa in MHz) di un processore si raddoppierebbe ogni anno.

¹⁴⁶ Timore già espresso da M. VALENTINO in conclusione del suo breve articolo, *Anche il diritto romano in rete*, apparso su *Labeo* 42 (1996) 315 s.

¹⁴⁷ F. CIOTTI, *La storia di Internet*, in *Internet 2004* cit.

Qualità della regolazione e *better regulation*: un itinerario intorno ai nuovi processi di valutazione normativa

di Katia Castaldo

1. In un contesto economico e sociale sempre più aperto, complesso e diversificato sotto l'influsso di profonde trasformazioni tecnologiche, che hanno accresciuto, da un lato, l'interdipendenza tra dimensione regionale e globale del mercato e hanno favorito, dall'altro, la localizzazione o quasi atomizzazione degli interessi tutelabili, le sfide a cui è chiamato il legislatore per bilanciare interessi concorrenti ed assicurare lo sviluppo della democrazia e dello Stato si fanno sempre più impegnative. Negli ultimi venti anni si è assistito, infatti e non a caso, ad una vera e propria 'esplosione' della funzione regolatrice, che si è fatta ormai il tratto caratteristico proprio della moderna *governance*.¹ Che conseguenza ne siano stati anche, per anni, quei fenomeni che vanno sotto l'etichetta di "ipertrofia" ed "inquinamento" legislativo² è tema non nuovo allo studioso italiano: il formarsi di micro-sistemi normativi logicamente autonomi, il moltiplicarsi di centri di produzione normativa, il proliferare di leggi, leggine e provvedimenti vari, spesso tra di loro scarsamente coordinati, pieni di formulazioni vaghe, equivocate ed ambigue - con tutte le inevitabili ricadute sulla definizione e l'ambito dell'attività giudiziaria - sono tutti fatti e questioni che hanno avuto, nella riflessione filosofico-giuridica italiana, importanti e risalenti riscontri.³ Di fronte ad un tal stato di 'confusione normativa' l'atteggiamento del legislatore italiano, come di molti altri legislatori europei, si è il più

1 L'importanza e l'estensione della 'funzione regolatrice' "discende, dunque, dalla complessa articolazione e rappresentazione degli interessi pubblici, privati, collettivi che caratterizzano la moderna società. Interessi che interagiscono spesso volte in maniera conflittuale, dove favorirne alcuni significa penalizzarne altri con gravi problemi di razionale allocazione delle risorse pubbliche e più in generale di *governance*". Cfr. S. Pacchiarotti, *L'analisi di impatto della regolazione: bisogni informativi e tecniche di analisi*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 4/2001, p. 370.

2 Inflazione ed inquinamento normativo sono, senza dubbio, due fenomeni interconnessi, di cui, tuttavia, è bene precisare gli ambiti di rilevanza e delimitare i confini. Per inflazione normativa si intende quel fenomeno di iperproduzione di norme giuridiche che interessa oggi gran parte dei paesi industrializzati. Negli ultimi decenni sono state pubblicate, ad esempio, diverse stime sul numero degli atti attualmente in vigore in Italia: si va dai 7000 fino ai 300.000 atti. Un dato 'allarmante' e, tuttavia, molto vicino a quello dei principali paesi europei, tenendo conto della diversa catalogazione e del differente conteggio adottato dalle stesse nazioni continentali. Le cause di questi fenomeni possono essere individuate, come accennato *supra* nel testo, alla sempre maggiore pluralizzazione dei bisogni e degli interessi che hanno finito per determinare una frammentazione dei compiti ed una moltiplicazione delle funzioni dello Stato. Per inquinamento legislativo deve, invece, intendersi la cattiva redazione delle leggi dovuta a formulazioni normative a volte ambigue, all'uso di norme intrusive, a rinvii criptici ad altre leggi. I difetti che incidono sulla qualità del testo sono riconducibili, nella maggior parte dei casi, ad una scarsa attenzione nella redazione o all'insufficiente o inesistente coordinamento con il contesto normativo in cui le nuove disposizioni si collocano. Cfr., sul punto, R. Pagano, *Introduzione alla legimatica. L'arte di preparare le leggi*, Milano 2001, p.10 ss.

3 Cfr., fra i tanti, N. Irti, *L'età della decodificazione*, Bologna 1989 e G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino 1992.

delle volte limitato, fino almeno alle porte del terzo millennio⁴, al perseguimento, al limite, di una politica di *deregulation*, definibile quest'ultima, in estrema sintesi, quale soppressione di norme già in vigore e, dunque, come forma di intervento *ex post* meramente "distruttiva" dell'ordinamento giuridico vigente.⁵

Quel che di diverso e di nuovo vi è oggi nell'atteggiamento del decisore politico, come anche nella riflessione dottrinale, è la consapevolezza che "le regole servono", o, meglio, che buone regole servono. Buone regole, infatti, consentono di garantire efficacemente - e solo, come vedremo, ove necessario - i diritti dei cittadini e gli interessi generali della collettività ("interessi collettivi primari"), quali la salubrità dell'ambiente o la sicurezza sui posti di lavoro.⁶ Si è fatta, insomma, spazio la chiara percezione che non ci sono solo troppe regole, ma che, soprattutto, ci sono troppe cattive regole per le quali non è tanto auspicabile la via della rinuncia *tout court* da parte del legislatore ad una qualsiasi forma di intervento, quanto, piuttosto, la via di una scelta ponderata di forme di tutela più efficaci ma al contempo meno onerose per il sistema produttivo. Più che una politica di *deregulation* occorre, dunque, una politica di *regulatory quality*⁷ per mezzo di interventi che non si limitino "alla – pur necessaria – riduzione e codificazione dello stock normativo, ovvero alla – pur indispensabile – semplificazione "giuridico-amministrativa" di

4 La 'svolta' per il legislatore italiano è, infatti, da far risalire alla legge n. 50/1999 che ha introdotto per la prima volta in Italia l'analisi di impatto della regolazione. I rinvii potrebbero farsi numerosi, vista l'ampia letteratura che si è subito sviluppata intorno al tema, pertanto rimando, *ex pluribus*, al volume di V. Ciolo, *La progettazione legislativa in Italia*, Milano 2002, dove è possibile rintracciare in qualche modo, gli antecedenti di quella prima esplicita previsione normativa.

5 Cfr. A. Francesconi, *Drafting, analisi di fattibilità, Air: verso la riforma della regolazione*, in *Rivista trim. Di Scienza dell'Amministrazione*, 4/2000, p. 80. Nel processo di riforma della regolazione il termine *deregulation* sta ad indicare "l'eliminazione, riduzione, snellimento, rilassamento di regole e vincoli di condotta" finendo così per comprendere al proprio interno tecniche di *re-regulation* e legificazione. Cfr., sul punto, A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, p. 127 ss.

6 Cfr. F. Bassanini, S. Paparo, G. Tiberi, *Qualità della regolazione: una risorsa per competere. Metodologie, tecniche e strumenti per la semplificazione burocratica e la qualità della regolazione*, in *Astrid-Rassegna*, 5/2005, p. 5-8.

7 Che questo sia oggi il passaggio chiave nell'approccio al 'problema della legislazione' trova una conferma anche nelle ultime raccomandazioni OCSE. Si legga, infatti, nell'OECD, *2005 Policy Recommendation for Regulatory Quality*, Draft 2005 (SG/SGR(2005)3): "The concept of regulatory reform has changed in the past decade. The focus in the 1990s was on steps to reduce the scale of government, often carried out in isolated initiatives. "Regulatory quality" better captures the thrust of government policy, which now embraces a multi-disciplinary approach to policy coherence, and a whole-of-government approach to implementation. (...) Deregulation remains important, and more needs to be done to improve the market framework for network utilities. But government retains a strong role in the provision of services in the public interest, even when many services are partly or largely market-based. Now that governments provide fewer services directly, public service delivery only increases the need for and scope of regulation". Peraltro già nelle conclusioni generali del primo meeting tra Paesi dell'OCSE e Paesi dell'APEC sulla *Regulatory Reform*, svoltosi a Pechino il 19-20 settembre 2001, si poteva leggere che "participants agree (...) that quality regulation is the ultimate objective of regulatory reform, even if deregulation is part of it. Simplification of regulations and red tape can reduce the burden on businesses, promote entrepreneurship, and eventually enhance economic growth, as well as create a political constituency for further and deeper reforms" (APEC-OECD, *First workshop of the APEC-OECD co-operative initiative on regulatory reform - 19-20 September 2001, Beijing, China: Common general conclusions of the first session: "Designing and sustaining a broad regulatory reform programme*, Paris 2001, p. 15, ora in <http://www.oecd.org/dataoecd/46/19/2506438.pdf>).

fasi procedurali”, ma che mirino alla elevazione della “qualità della regolazione”, con un’analisi più sistematica, anche sotto il profilo economico, dei suoi effetti.⁸

Porsi il problema di una migliore regolazione della qualità delle regole implica, dunque, significativamente lo spostamento della prospettiva di analisi e di intervento: l’*ex post* deve farsi *ex ante* e l’implementazione deve farsi regola per l’attività decisionale del decisore. E, dunque, “non basta intervenire per correggere di volta in volta singole disfunzioni causate da norme sbagliate, sorpassate, inutilmente invasive ed inutilmente rigide”⁹. Occorre, infatti, ben più in profondità, modificare il processo stesso di produzione delle regole per mezzo di strumenti e strategie volte a garantire nella sua precipua specificità la qualità delle regole quale vero e proprio “interesse pubblico autonomo” non identificabile con i diversi interessi di settore coinvolti nell’attività regolatoria (ambiente, produzione, salute, ecc.).¹⁰ L’attenzione per la qualità della normazione deve, quindi, poter accompagnare tutte le principali fasi dell’*iter* procedimentale di formazione dell’atto normativo. Essa, pertanto, deve coerentemente atteggiarsi come:

“*Qualità della progettazione*”: le norme devono essere coerenti fra loro e non contraddittorie.

“*Qualità analitica*”: le norme devono riguardare un obiettivo chiaramente definito. Devono produrre vantaggi superiori ai costi e costituire la scelta più efficace per raggiungere l’obiettivo prescelto.

“*Qualità legale*”: le norme si devono basare su una chiara autorità legale e devono essere redatte in modo tale da incoraggiarne il rispetto e assicurarne l’applicazione.

“*Qualità nei rapporti con l’utente*”: le norme devono essere accessibili a coloro che dovranno osservarle e comunque a coloro su cui in qualsiasi misura sono destinati ad incidere. Pertanto, oltre ad essere facilmente reperibili, devono essere anche scritte in un linguaggio chiaro e semplice, in modo da essere facilmente comprensibili.¹¹

8 Cfr. L. Carbone, *Qualità della regolazione e competitività: ricette diverse ma ingredienti comuni*, in *AstridRassegna*, 44/2007, reperibile all’indirizzo internet <http://www.astridonline.it/rassegna/12-02-2007/index.htm>.

9 Cfr. F. Bassanini, S. Paparo, G. Tiberi, *Qualità della regolazione: una risorsa per competere. Metodologie, tecniche e strumenti per la semplificazione burocratica e la qualità della regolazione*, cit., p. 7.

10 Cfr. Confindustria, *“Guidelines” per la qualità della regolamentazione – Una proposta delle Confindustrie del nord-ovest*, Torino-Roma, 2004, p. 50 ss. (pubblicato sul sito: www.semplicazione.it).

11 Rex Deighton-Smith, *Assicurare la qualità della regolamentazione. I principali risultati del lavoro dell’OCSE*, relazione al Seminario nazionale di Studio *Formazione per le tecniche legislative*, Torino 17 e 18 giugno 1999.

Una 'buona' norma sarà, dunque, in sintesi, "una legge "scritta bene", più chiara, più consapevole del suo impatto su cittadini e imprese, che scelga l'opzione con minori costi e maggiori benefici, che sia accettata dai destinatari delle norme", una legge, dunque, che, nel rispetto dei limiti e degli ambiti di competenza, sia in grado di "reca[re] un beneficio ulteriore – e costi sociali minori – rispetto ai benefici che il suo contenuto "di merito" già prevede".¹²

2. Il concetto di qualità della normazione è oramai diventato una componente fondamentale della riforma della regolazione in un ampio numero di paesi anche molto diversi tra di loro. La forte "trasversalità"¹³ che accompagna lo sviluppo e l'implementazione di politiche volte al miglioramento della regolazione si traduce, anche, in un'ampia convergenza, nelle diverse realtà socio-istituzionali coinvolte, intorno alla definizione di *regulatory quality* e agli strumenti approntati per la sua attuazione.

Una regolazione di alta qualità è, dunque, una regolazione efficiente, effettiva, coerente e semplice, ispirata ai principi di proporzionalità, coerenza, attendibilità, trasparenza, adeguatezza al fine (cd. principi di *good regulation*).¹⁴

I principali strumenti utilizzati dai diversi governi per poter concretamente progettare norme di buona qualità sono:

1. Analisi di impatto della regolazione (AIR).
2. Consultazione, tipicamente, se non esclusivamente nel contesto dell'AIR.¹⁵
3. Semplificazione, spesso supportata da un'analisi di impatto.
4. Accesso alla regolazione.
5. Valutazione *ex post* degli istituti regolatori e degli specifici strumenti (VIR o AIR *ex post*).

12 L. Carbone, *Qualità della regolazione e competitività: ricette diverse ma ingredienti comuni*, cit.

13 La trasversalità del concetto di qualità della regolazione coincide con la sua neutralità rispetto agli assetti politico-costituzionali dei singoli Stati e, dunque, con la capacità di coinvolgere attivamente nella sua implementazione Paesi anche molto diversi tra di loro: Paesi ad ordinamento presidenziale o parlamentare, Paesi di *civil law* e di *common law* e perfino nazioni con tradizioni assai diverse tra di loro come Giappone e Corea. Cfr., sul punto, Confindustria, "Guidelines" per la qualità della regolamentazione – Una proposta delle Confindustrie del nord-ovest, cit., p. 7 ss.

14 Cfr. C.M. Radaelli, *Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment*, in *Journal of European Public Policy*, Ottobre 2005, p. 928.

15 Le consultazioni, infatti, si attecchiscono spesso a vera e propria attività funzionale, propedeutica al corretto esercizio dell'attività di valutazione in cui può dirsi concretizzarsi l'AIR e si svolgono, pertanto, normalmente in vista della eventuale produzione di un atto normativo. Cfr. M. De Benedetto, *Il quasi-procedimento per l'analisi di impatto della regolamentazione*, cit., p. 153.

E' evidente, anche da quest'ultimo breve elenco, come l'AIR costituisca, fra tutti, il più importante strumento nell'esercizio di una politica di *regulatory quality*. Infatti, non solo, in un tale contesto, l'analisi sistematica delle proposte di legge deve passare attraverso l'analisi di impatto, ma anche la consultazione dei destinatari degli atti normativi entra come uno degli elementi 'portanti' dell'analisi di impatto. Inoltre, negli attuali approcci alla semplificazione, sempre più spesso si decide se, come e quando semplificare dopo un'accurata AIR.¹⁶

L'AIR può definirsi, in breve, come uno strumento di politica legislativa (*regulatory policy instruments*) volto alla verifica *ex ante* dell'opportunità di una nuova regolamentazione attraverso la determinazione dei vantaggi e degli svantaggi, dei benefici e dei costi che le opzioni regolatorie individuate comportano per l'organizzazione e il funzionamento delle pubbliche amministrazioni e per l'attività dei cittadini e delle imprese.

Questo tipo di analisi costituisce, senza dubbio, un nuovo e significativo approccio, tipicamente costruttivo, al problema della *governing regulation* ed, in particolare, il principale strumento ai fini della c.d. *better regulation*. E' bene ribadire, anche in questa sede, che quello di 'migliore regolazione' (*better regulation* appunto) è un concetto non perfettamente coincidente ed in qualche misura dotato di maggiore specificità rispetto alla nozione di *regulatory quality*. Quando, infatti, si parla di qualità della regolazione si fa indifferentemente riferimento ad un insieme di categorie, strumenti, tecniche e metodologie che, seppur correlati tra di loro, concorrendo tutti a garantire "un buon ambiente normativo", "sono però distinti quanto ad oggetti, uso e finalità"¹⁷. E' l'aggettivo *best* a gettare, tuttavia, una luce diversa sul particolare ed innovativo approccio al problema della 'cattiva regolazione' che l'analisi di impatto contribuisce in maniera consistente e 'originale' a promuovere e a realizzare. Quando si parla, infatti, di una "migliore" regolazione si intende porre l'accento sui *betterresults*, migliori risultati o prestazioni, e, dunque, far riferimento ad un regolamento efficiente, di per sé né minore né ovviamente maggiore, ma in grado, comunque, di poter soddisfare al meglio gli interessi sui quali si basa l'intervento normativo.¹⁸ 'Risultati migliori' devono, pertanto,

16 Cfr. C.M. Radaelli, *Getting to Grips with Quality in the Diffusion of Regulatory Impact Assessment in Europe*, in *Public Money & Management*, 5/2004, p. 271.

17 M. Raveraira, *Qualità della normazione e better regulation nella governance degli interessi*, in *Federalismi.It. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 24/2006, p. 7.

18 In questa sua funzione, peraltro, l'analisi di impatto si mostra maggiormente utile se riesce ad essere un metodo ben incastonato nella realtà politica, culturale e sociale del paese specifico interessato. Cfr., sul punto,

significare migliorare il benessere sociale, cioè aumentare i benefici netti sociali attraverso minori costi o maggiore protezione o, idealmente, entrambi.¹⁹

Che qui la qualità chiamata in campo sia, in buona misura, diversa rispetto alla qualità invocata ai fini, ad esempio, della chiarezza e coerenza redazionale dei testi, della "fattibilità" della normazione quanto a coperture finanziaria ed amministrativa²⁰, del consolidamento e della codificazione di settore, non potrà certo sfuggire ad un analista attento. In questo caso, infatti, la qualità è il fattore per discernere se un intervento normativo rappresenti la soluzione ad uno specifico problema, ovvero sia la fonte di ulteriori effetti negativi che determinano il cosiddetto "fallimento della regolazione" (*regulatory failure*).²¹ In ballo vi è dunque, e ben più a monte, la valutazione stessa dell'opportunità di una misura regolatoria e, in caso affermativo, la scelta dell'opzione regolativa (o non regolativa) 'migliore'.

Quando si parla di *better regulation* si intende, dunque, fare riferimento ad una nozione di qualità legata al "lato oscuro"²² del processo di produzione normativa e a tutti quei particolari strumenti finalizzati al potenziamento, da parte del legislatore, della capacità di evitare errori.²³ L'analisi d'impatto della regolazione, in particolare, contribuisce alla razionalizzazione del processo di formazione degli atti di regolazione

già i rilievi presenti in OECD, *Regulatory Impact Analysis in OECD countries*, cit., dove è sottolineato come non vi sia un "correct" model of RIA".

19 A tal fine 'migliore' potrebbe in alcuni casi implicare 'minore', ma anche in questo caso tutto dovrà dipendere da un calcolo razionale preventivo dei possibili migliori risultati, non potendosi, dunque, fondare su una sorta di impegno pre-analitico per una minore regolazione in sé. Ed a volte, in effetti, davvero "*less is more*" nel senso che risultati migliori possono essere concretamente raggiunti solo tramite metodi basso-costo e maggiormente semplificati, ma, ancora una volta, questo 'meno' sarà una sorta di itinerario percorso per giungere a "migliore". Cfr. *UK Better Regulation Task Force report, Regulation: Less is More*, Marzo 2005 e J.B. Wiener, *Better regulation in Europe*, October 1, 2006, *Duke Law School Working Paper Series. Duke Law School Faculty Scholarship Series*. Paper 65. <http://lsr.nellco.org/duke/fs/papers/65>.

20 Il riferimento è qui ad altre due diverse metodologie che condividono con l'AIR il termine di "analisi": l'analisi tecnico-normativa (ATN) e l'analisi di fattibilità. La ATN costituisce uno strumento giuridico-formale finalizzato alla risoluzione del problema tecnico-giuridico di come redigere le norme. Con essa i redattori delle norme si trovano non solo a dover dimostrare la coerenza del testo normativo con le regole del *drafting* formale, ma anche a dover giustificare le scelte tecnico-normative, in senso stretto, operate spiegandone la compatibilità con il sistema delle fonti e confrontandole con i principali orientamenti giurisprudenziali e le eventuali iniziative parlamentari nella materia regolamentata. L'analisi di fattibilità riguarda, invece, la "copertura amministrativa" della legge, ossia la possibilità finanziaria, economica e organizzativa per l'amministrazione coinvolta di attuare efficacemente un provvedimento regolatorio. Entrambe queste ultime metodologie si distinguono profondamente dall'AIR, oltre che per i profili di competenza, anche, e soprattutto, per il restare confinate all'interno dell'ordinamento istituzionale, avendo l'una per interlocutore il giudice e l'altra la pubblica amministrazione, mancando, pertanto, di quell'apertura verso l'esterno che è la caratteristica precipua dell'analisi di impatto. Cfr. E. Midena, *Analisi di impatto della regolamentazione e analisi tecnico-normativa. Il commento*, cit., p. 94., V. Di Ciolo, *Il drafting sostanziale nella prassi parlamentare*, in *Rivista trim. di Scienza dell'Amministrazione*, 1/1999, p. 91 ss.

21 Cfr. F. De Francesco, *L'AIR nel processo di riforma della regolazione*, in *Rivista trim. di Scienza dell'Amministrazione*, 4/2004, p. 21.

22 Cfr., per la definizione di "lato oscuro" della legge, P. Costanzo, *Tecniche legislative e informatica giuridica: questo matrimonio s'ha da fare?*, www.lex.unict.it/archivio/cp2001/materiale/costanzo_prolusione.doc.

23 A. Francesconi, *Note sull'impatto dell'analisi della regolazione ed i Consigli regionali*, in *Le istituzioni del Federalismo*, 6/2002, p. 992.

attraverso il rafforzamento delle basi empiriche della decisione e la previsione e valutazione degli effetti probabili di una nuova proposta. In tal modo l’AIR favorisce significativamente la produzione di norme utili e, dunque, effettive ed efficienti: effettive nel senso di essere in grado di realizzare gli obiettivi programmati ed efficienti nel senso di realizzare questi obiettivi con il minor costo.²⁴ Norme ‘inutili’, infatti, producono un eccesso di carichi regolativi (*regulatory cost*) ed accrescono la complessità degli adempimenti burocratici (*compliance cost*) imposti per verificare ed assicurare il rispetto delle regolazioni, finendo, così, per gravare pesantemente sulle attività di cittadini, imprese e amministrazioni pubbliche con evidenti ricadute sulla competitività dei sistemi economici e sullo sviluppo sociale.²⁵

Ma soprattutto l’AIR segna un importante cambiamento nell’atteggiamento culturale di chi progetta norme. Non può, infatti, tralasciarsi di sottolineare come la portata maggiormente innovativa legata all’introduzione di un tal tipo di analisi nei diversi, e sempre più numerosi, contesti politico-istituzionali consista, soprattutto, nella maturata consapevolezza, da parte del legislatore, del profondo rapporto tra norma e società e della necessità di doversi proiettare “verso l’esterno” nel momento in cui elabora un progetto normativo.²⁶ Sono qui i destinatari, in senso ampio, degli atti

24 Cfr. C. Kirkpatrick, D. Parker, *Regulatory Impact Assessment - An Overview*, in *Public Money & Management*, Ottobre 2004, p. 267 ss. Il miglioramento della qualità delle regolazioni ha, dunque, una sua importante matrice nella ormai diffusa esigenza di rinnovare le forme ed i contenuti dell’intervento pubblico nell’economia: le regolazioni, infatti, costituiscono un costo per le imprese, i cittadini e le amministrazioni; la loro riduzione e redistribuzione mirata (e politicamente giustificata) incide favorevolmente sulla legittimazione dell’intervento pubblico. Cfr., sul punto, M. De Benedetto, *L’organizzazione della funzione di regolazione*, Scuola Superiore della Pubblica amministrazione, http://sspa.it/ArchivioCD/RicercheSSPACD4/Area_DIP/DIP_1/Greco/De%20Benedetto.pdf A tale proposito F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio 1994; G. Arena, *L’utente-sovrano*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena 1996, p. 163; Id., *Introduzione all’amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 117/118/1997, p. 29; S. Rodotà, *La sovranità nel tempo della tecnopolitica. Democrazia elettronica e democrazia rappresentativa*, in *Politica del diritto*, 1993, p. 582; E. Casetta, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, 1993, pag. 5

25 Alla base dell’ AIR vi è, dunque, senza dubbio anche, ma non solo, un’opzione di politica economica: aumentare la competitività. Non a caso negli Stati Uniti i maggiori sforzi per dar vita ad una migliore regolazione si sono avuti proprio a partire dagli anni settanta e ottanta del novecento come una sorta di contromisura contro l’inflazione e la recessione. Al pari in Europa si è iniziato a discutere intorno alla qualità della normazione e ad intraprendere azioni concrete ai fini dell’introduzione, in quel contesto, dell’analisi di impatto solo negli ultimi cinque anni quasi a porre rimedio ad una sorta di “economia pigra”, cresciuta solo del 2 per cento l’anno di contro al 3-4 annui degli Stati Uniti e al 10 della Cina. Cfr. J.B. Wiener, *Better regulation in Europe*, cit., p. 9 e F. Bassanini, S. Paparo, G. Tiberi, *Qualità della regolazione: una risorsa per competere. Metodologie, tecniche e strumenti per la semplificazione burocratica e la qualità della regolazione*, in *Astrid-Rassegna*, 5-2005, p. 1 ss.

26 Questa proiezione verso l’esterno significa per l’AIR non potersi chiudere in un approccio *one-size-fits-all*, ma, anzi, dover tenere in conto, nel processo di analisi, delle diverse categorie di *stakeholders* - esperto, burocrate, politico, cittadino e *‘corporate actor’*, impresa o ditta – sul quale l’intervento normativo è destinato, in misura e forme diverse, ad incidere. *Stakeholders* diversi significano, infatti, diverse preferenze e, dunque, diverse logiche e criteri nei meccanismi di garanzia della qualità. L’esperto, ad esempio, vede la qualità come efficienza; il burocrate definisce la qualità come rispetto delle procedure adeguate e legittime. Per il politico qualità può ben significare risposta adeguata ai gruppi di pressione interna o persino risposta alla pressione

normativi che vengono finalmente posti allo scoperto come parti dell'attività di produzione normativa nella sua ormai fondamentale e necessità di porsi come "processo" continuo e circolare di coinvolgimento degli applicatori e dei destinatari delle regole.²⁷ Vi è, in altre parole, la profonda intuizione che progettare una legge significa valutare le esigenze dei destinatari, gli obiettivi dell'intervento e l'impatto sulle imprese e sulla collettività.²⁸

L'analisi di impatto ha, dunque, comportato, o comporta se si preferisce, per i produttori di norme un diverso modo di intendere l'attività decisionale del potere pubblico, la quale si ritrova a non poter più reclamare ai fini della legittimità dei propri atti solo la propria supremazia, la supremazia del soggetto da cui promanano, ma a dover far i conti con la "credibilità" delle proprie decisioni. Credibilità, questa, che va letta come capacità di aderenza ai problemi concreti, oggetto e ragione dell'intervento regolatorio, e che deve, dunque, tradursi nella capacità di dar vita ad un "perspicuo circuito (...) tra cittadini, pubblica amministrazione e sistema politico", per il quale, data la "maggiore interazione tra autorità e *stakeholders*"²⁹ diventa realizzabile una maggiore aderenza tra interessi dei cittadini, delle imprese e delle formazioni sociali.³⁰ L'obiettivo è, dunque, favorire l'accrescersi di un "senso di appartenenza" alle nuove regole, evitando l'imposizione di soluzioni dall'alto (*top-down*) che possono più facilmente portare all'inattuazione e alla disobbedienza.³¹ Gli organi detentori del potere politico devono, allora, da parte loro, giungere al momento della approvazione della legge "a seguito di un meditato giudizio sulla loro opportunità, sulla loro utilità, sul loro impatto economico, giuridico e sociale", per mezzo di una valutazione caso-per-caso che ne verifichi

esterna generata dall'UE, dal Fondo monetario internazionale e così via. Possiamo supporre che il politico usi il consenso come criterio principale e valuti il successo in termini di risultato delle trattative. L'impresa percepisce la qualità in termini di minimizzazione dei costi e definisce il successo in termini di profitto. Il cittadino usa ancora un altro criterio, la protezione efficace dal rischio. La logica di azione è inoltre differente. Il burocrate segue la logica della procedura standard, il politico quella della trattativa, mentre l'esperto si conforma alla logica delle scienze sociali. Il comportamento del cittadino, invece, è informato dalla logica di partecipazione. L'impresa, infine, punta sulla logica di influenza. L'AIR, pertanto, deve far leva su tutti questi diversi criteri e logiche, che, invero, nella realtà finiscono tutti per interagire ed intrecciarsi. L'esperto, il politico, burocrate, il cittadino e l'attore corporativo sono, infatti, tipi ideali. Nella realtà l'AIR mostra donne ed uomini che condividono alcune delle caratteristiche dell'esperto, alcune del politico, altre del burocrate ed altre ancora del comune cittadino. Cfr. C. Radaelli, *Getting to Grips with Quality in the Diffusion of Regulatory Impact Assessment in Europe*, in *Public Money & Management*, Ottobre 2004, p. 272.

27 L. Carbone, *Qualità regolazione e competitività: ricette diverse ma ingredienti comuni*, in *AstridRassegna*, 44/2007, p. 4, reperibile all'indirizzo internet <http://www.astridonline.it/rassegna/12-02-2007/index.htm>

28 Cfr. A. Francesconi, *Drafting, analisi di fattibilità, Air: verso la riforma della regolazione*, cit., p. 87 ss.

29 Per una definizione più ampia di *stakeholders* si rinvia a A. La Spina, S. Cavatorto, *La consultazione nell'analisi di impatto della regolazione*, Soveria Mannelli 2001, p. 11 ss.

30 M. Raveraira, *Qualità della normazione e better regulation nella governance degli interessi*, cit., p. 4-5.

31 Cfr. L. Carbone, *Qualità regolazione e competitività: ricette diverse ma ingredienti comuni*, cit., p. 7.

l'aderenza con gli obiettivi strategici e ne assicuri condizioni di conoscenza diffusa e di effettiva responsabilità.³²

Si richiede, insomma, ai decisori pubblici, nel momento in cui pensano di regolare un settore di interesse pubblico o privato, e prima di giungere ad una decisione, di "conoscere la realtà", nel senso di avere piena e consapevole conoscenza delle esigenze economiche e sociali, anche non rappresentate da corrispondenti gruppi di interesse, cui si intende di dare risposta³³ e, correlativamente, di impostare la regolazione sulla base di tali esigenze. Una 'buona' legge è, infatti, una legge attuata e, dunque, non è solo una legge chiara ed univoca o una legge supportata da un'adeguata struttura amministrativa, ed in questo senso efficace, ma anche, ed in buona parte, una legge che sappia farsi interprete del tessuto sociale sul quale va incidere, una "norma utile".³⁴

3. L'AIR si innesta nell'iter di progettazione, redazione e approvazione degli atti normativi³⁵ e si atteggia a vero e proprio "esercizio di una attività di valutazione delle politiche pubbliche". Tale valutazione investe sia l'an che il comodo dell'esercizio di un potere regolatorio e pone il legislatore in grado di decidere, consapevolmente, se e quale intervento adottare.³⁶

32 *Complessità normativa e ruolo dei parlamenti nell'epoca della globalizzazione*, documento della Conferenza dei Presidenti dei Parlamenti appartenenti all'Unione europea, maggio 1999, 4. Per questo che può essere definito come "un passaggio da un'attenzione al prodotto, cioè la quantità e la qualità delle regole, ad un'attenzione alle modalità di funzionamento del sistema di regolazione nel suo complesso", cfr. E. Midena, *Analisi di impatto della regolamentazione e analisi tecnico-normativa. Il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2001, p. 88 ss.

33 Cfr. A. La Spina, *L'analisi delle politiche pubbliche, l'AIR e le opzioni regolative. Riflessioni sull'applicabilità al livello regionale alla luce della sperimentazione*, in Fornez, *L'analisi di impatto della regolamentazione. Le esperienze regionali*, Roma 2003, p. 15 ss.

34 Cfr. A. La Spina, *Intervento* al convegno *Si possono fare buone norme?*, Forum PA 200, reperibile all'indirizzo internet http://www.forumpa.it/forumpa2000/convegni/5/5.1/antonio_la_spina/antonio_la_spina_51.pdf.

35 È importante sottolineare come l'AIR contribuisca, in qualche modo, a fare del procedimento legislativo un vero e proprio "processo legislativo". Tra procedimento legislativo e processo legislativo corre, in effetti, una "distinzione importante". Con procedimento legislativo, nel senso tecnico-giuridico ormai consolidato, si intende una sequenza predeterminata di atti che devono susseguirsi nell'ordine prestabilito affinché la legge venga ad esistenza e cominci ad essere efficace giuridicamente. Con processo legislativo, invece, "dando per scontato che in questo caso la parola processo non ha un significato tecnico giuridico ma il significato del linguaggio comune, si richiama l'attenzione sul fatto che l'attività legislativa si svolge nel tempo coinvolgendo un numero molto ampio di soggetti, se non addirittura la totalità dei cittadini, toccando un numero indeterminato di interessi sia prima che dopo l'approvazione della singola legge". Cfr. G.U. Rescigno, *Tecnica giuridica e comunicazione nel processo legislativo*, in *Parlamenti Regionali*, 12/2004.

36 In Italia, in particolare, la direttiva del Governo del 27 marzo 2007 definisce esplicitamente l'AIR come attività di "valutazione", che, in quanto tale, finisce inevitabilmente per doversi formalizzare, anche se non espressamente, in un processo preliminare all'adozione di un atto di regolazione. Cfr. N. Greco, *Elementi problematici, definitivi ed evolutivi*, in N. Greco (a cura di), *Introduzione all'analisi di impatto della regolamentazione*, Roma 2003, reperibile all'indirizzo internet www.sspa.it/ArchivioCD/RicercheSSPACD1/Dir%20e%20Istituzioni%20pubbliche/Greco e M. De Benedetto, *Il*

L'AIR poggia concettualmente su sei principi chiave³⁷ :

- 1) giustificazione - chiara individuazione di uno specifico problema ambientale, sociale, economico e giustificazione convincente del valore e dell'efficacia probabile dell'intervento regolatorio;
- 2) consultazione - ampia e 'trasparente' consultazione di tutti i soggetti comunque coinvolti dall'intervento normativo al fine di ampliare il dibattito pubblico e di identificare i costi ed i benefici delle proposte regolatrici e minimizzarne il rischio;
- 3) analisi - analisi sistematica e empirica dei costi, dei benefici e delle alternative che tenga conto dell'impatto reale delle strategie regolatrici sugli *stakeholders*;
- 4) massimizzazione dei benefici - scelta di opzioni regolatorie che elevino il benessere netto generale di tutti i cittadini;
- 5) consistenza - uso di procedure operative standard per accertare la 'consistenza' dell'analisi;
- 6) comunicazione - comunicazione chiara e strutturata ai decisori delle conseguenze della scelta di specifici obiettivi o strategie regolative, tale da garantire non solo la qualità sostanziale dell'atto normativo prodotto, ma anche un nuovo rapporto di comunicazione tra regolatori e 'regolati', cittadini ed imprese.³⁸

Questo tipo di analisi e di approccio al problema della *better regulation* è stato mutuato, nei diversi contesti ordinamentali, dall'esperienza statunitense, in una sorta di consapevole "*legal borrowing*". Questo certo non significa che l'idea di una migliore qualità della normazione sia un'idea americana – vantando, al contrario, una forte tradizione europea -, come non sono americane le idee di una previsione dei rischi futuri, di una costruzione ragionata della decisione, di una rigorosa valutazione delle opzioni di politica pubblica³⁹, anche se gli Stati Uniti sono stati i primi a dar vita ad un sistema altamente sviluppato per l'implementazione di questi concetti.⁴⁰

Ci troviamo, insomma, innanzi ad un perfetto esempio di "*legal hybridization*", da intendersi come un processo in continua evoluzione nel quale elementi provenienti da

quasi-procedimento per l'analisi di impatto della regolamentazione, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 3-4/2004, p. 149 ss.

37 Cfr. European Policy Center, *Regulatory Impact Analysis: Improving the Quality of EU Regulatory Activity*, Settembre 2001.

38 E. Morfuni, *L'introduzione dell'Air in Italia: la prima fase di sperimentazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 7/2002, p. 729.

39 Cfr. T.E. Frosini, *Il drafting legislativo in Italia ed altrove*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1/2000, p. 7 ss.

40 Per una descrizione ed analisi dettagliata del modello AIR statunitense, cfr. C. Radaelli (a cura di), *L'analisi di impatto della regolazione in prospettiva comparata*, Soveria Mannelli 2001, p.

sistemi giuridici diversi vengono scambiati e rimescolati per dar vita ad una nuova versione ibrida (*new hybrid versione*) al fine di rispondere adeguatamente alle particolari esigenze del contesto in cui vengono ad innestarsi.⁴¹ La globalizzazione infondo è anche questo: una complessa, comune e condivisa ibridazione che penetra i diversi sistemi legislativi attraverso la circolazione e conseguente contaminazione di idee e istituti giuridici e la creazione di "nuovi concetti legali ibridi" (*new hybrid legal concepts*).⁴²

A favorire questa sorta di 'trapianto diffuso' è stato, peraltro, a partire dal 1995, il lavoro dell'OCSE. Nel marzo di quell'anno, infatti, il comitato dei Ministri dell'OCSE ha approvato una raccomandazione, *Raccomandation on Improving the Quality of Government Regulation*, contenente una "checklist per l'assunzione di decisioni in materia di normazione", riformulata, poi, nel 1997, con l'obiettivo di attivare un processo continuo di controllo della qualità della regolamentazione.

La Raccomandazione del 1995, redatta sulla base delle *best practices* seguite nei Paesi OCSE, rappresenta il primo standard internazionale sulla qualità delle regolamentazione (Box 1).⁴³

Box 1 - Checklist OCSE 1995

1. *Il problema è stato definito correttamente?*

Il problema da risolvere deve essere definito in modo preciso, con una chiara indicazione della sua natura e dell'ordine di grandezza, spiegando il motivo per cui è sorto tale problema (identificando quali sono gli incentivi delle parti interessate).

2. *L'azione del Governo è giustificata?*

L'intervento del Governo deve basarsi su una chiara dimostrazione del fatto che la sua iniziativa è giustificata, data la natura del problema, sull'indicazione dei possibili costi e benefici dell'intervento (sulla base di una valutazione realistica dell'efficacia dell'azione governativa), e l'indicazione di meccanismi alternativi per affrontare il problema.

41 Un tale processo non è, tuttavia, da intendersi in un'unica direzione: come in ambito europeo, da intendersi con riferimento sia all'Unione europea che ai suoi Stati membri, si è preso a prestito dall'esperienza americana l'AIR, allo stesso modo gli Stati Uniti hanno appreso da noi europei altri principi, istituti e figure giuridiche, primo fra tutti il principio di precauzione. Cfr. J.B. Wiener, *Better regulation in Europe*, October 1, 2006, *Duke Law School Working Paper Series. Duke Law School Faculty Scholarship Series*. Paper 65 reperibile all'indirizzo internet <http://lsr.nellco.org/duke/fs/papers/65>.

42 Per una critica ed un approfondimento sul tema cfr. Ugo Mattei, *A Theory of Imperial Law: A Study on US Hegemony and the Latin Resistance*, in *Indiana J. Global Legal Studies*, 383/2003, ristampa in *Global Jurist Frontiers*, vol. 3, n. 2, art. 1, reperibile al sito www.bepress.com/gj/frontiers/vol3/iss2/art1.

43 Cfr. Rex Deighton-Smith, *Assicurare la qualità della regolamentazione. I principali risultati del lavoro dell'OCSE*, cit.

3. *La regolamentazione costituisce la migliore forma possibile di azione governativa?*

All'inizio del processo di regolamentazione, i funzionari che ne sono incaricati devono confrontare, sulla base di informazioni pertinenti, una serie di strumenti di politica basati sia sulla regolamentazione sia sulla liberalizzazione, prendendo in considerazione aspetti rilevanti come costi, benefici, effetti distributivi e requisiti amministrativi.

4. *Esiste una base legale per la regolamentazione?*

I processi di regolamentazione devono essere strutturati in modo tale che tutte le decisioni relative rispettino rigorosamente la "norma di legge"; vi deve essere cioè un'esplicita responsabilità che assicuri che tutte le regolamentazioni siano compatibili con le norme di livello più elevato e rispettino le obbligazioni derivanti dai trattati, oltre a soddisfare i principi legali rilevanti come la certezza, la proporzionalità e i requisiti procedurali applicabili.

5. *Qual è il livello (o i livelli) di governo competenti per questo tipo di interventi?*

I funzionari addetti alla regolamentazione devono scegliere quale debba essere il livello di governo competente per l'intervento, oppure, nel caso siano coinvolti diversi livelli, devono progettare efficaci sistemi di coordinamento fra i diversi livelli.

6. *I vantaggi della regolamentazione giustificano i costi?*

I funzionari addetti alla regolamentazione devono valutare costi e benefici previsti globalmente per ogni proposta di regolamentazione e per le possibili alternative, e devono mettere le stime a disposizione dei decisori in una forma accessibile. I costi dell'intervento del governo devono essere giustificati dai benefici prima di assumere le iniziative previste.

7. *Vi è trasparenza su quelli che saranno gli effetti distributivi sull'insieme della società?*

Nella misura in cui l'intervento del governo influisce sui valori distributivi e di equità, i funzionari addetti alla regolamentazione devono rendere trasparente la distribuzione fra i vari gruppi sociali dei costi e dei benefici indotti dalla regolamentazione stessa.

8. *La regolamentazione è chiara, coerente, comprensibile e accessibile agli utenti?*

I funzionari addetti alla regolamentazione devono valutare se le norme saranno comprese dai probabili utenti, e a tal fine devono adottare le misure necessarie per assicurare che il testo e la struttura delle norme siano quanto più chiari possibile.

9. *Tutte le parti interessate hanno avuto la possibilità di presentare il loro punto di vista?*

L'elaborazione delle norme deve avvenire in modo aperto e trasparente, con procedure appropriate per consentire un input efficace e tempestivo delle parti sociali interessate, come le imprese e i sindacati coinvolti, gli altri gruppi di interesse, o altri livelli di governo.

10. *Come verrà ottenuto il rispetto delle norme?*

I funzionari addetti alla regolamentazione devono valutare gli incentivi e le istituzioni attraverso cui le norme verranno applicate, progettando strategie di applicazione che consentano di farne il miglior uso.

A partire da quella raccomandazione la *reform agenda* dei paesi dell'OCSE ha cominciato ad ampliarsi includendo una gamma di politiche, di discipline e di strumenti esplicitamente tesi al miglioramento della regolazione.

Nel 1997 il rapporto dell'OCSE sulla riforma della regolazione ed, in particolare, sul grado di diffusione ed esercizio dell'AIR nei paesi membri (*Regulatory Impact Analysis: Best Practices in OECD Countries*) ha inoltre fissato i principi guida in tema di AIR per quanto riguarda gli aspetti istituzionali, organizzativi e contenutistici (Box 2).⁴⁴

Box 2 – Checklist OCSE 1997

- Massimizzare l'impegno politico a favore dell'AIR.
- Disegnare l'architettura istituzionale dell'AIR con grande attenzione.
- Programmare la formazione sulla base dell'analisi dei fabbisogni.
- Usare metodi di analisi coerenti ma flessibili.
- Sviluppare strategie di raccolta dei dati e implementarle in modo efficace.
- Canalizzare l'impegno sull'analisi di impatto verso le proposte regolative di maggiore peso (selettività dell'AIR).
- Integrare l'AIR con il processo di formazione delle politiche regolative, cercando di fare analisi di impatto all'inizio del processo.

⁴⁴ Cfr. *The OECD Report on Regulatory Reform*, OECD, Parigi 1997. Ai tempi della raccomandazione del 1995 soltanto una minoranza degli Stati membri aveva formali politiche regolatrici per accertarsi che tali principi fossero implementati sistematicamente. A partire dal 2000, 24 dei 30 Stati membri dell'OCSE ha adottato *regulatory policies*. Almeno in dieci di quei paesi, un tal tipo di politica era stata introdotta nei cinque anni precedenti. Cfr., su quest'ultimo punto, *Regulatory Policies in OECD Countries: From Interventionism to Regulatory Governance*, OECD, Parigi 2002.

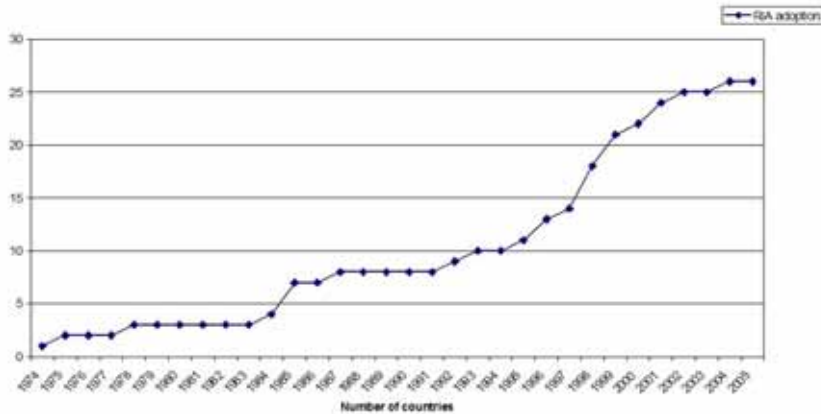
- Coinvolgere cittadini, gruppi e imprese.
- Rendere pubblici i risultati delle consultazioni.
- Applicare l’Air sia alle proposte di nuova legislazione che alla legislazione esistente.

Nel 2005 l’OCSE, a seguito di un esame dei progressi registrati all’interno degli Stati membri, ha peraltro modificato, rivisitandoli, i principi dettati nel 1997 fissando nuovi obiettivi.⁴⁵

L’AIR è, così, diventata un vero e proprio “fenomeno globale” ed ormai più di 25 dei 30 paesi OCSE la hanno formalmente adottata nel processo di *policy-making* (cfr. Tab. 1).

45 Cfr. *OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*, OECD, Parigi 2005. Sette sono i principi ivi dettati: 1) adottare nuove politiche ed ampi programmi di riforma della regolazione comportanti obiettivi chiari e strutture per l’implementazione ; 2) procedere sistematicamente ad un’analisi di impatto e ad un riesame della regolazione per verificare se, in un contesto sociale ed economico complesso ed in costante mutazione, essa risponde ancora con efficienza ed effettività agli obiettivi assegnati; 3) assicurare che la regolazione e le istituzioni incaricate di implementare la regolazione ed i processi regolatori siano trasparenti e non discriminatori; 4) rivedere e rinforzare ove necessario la portata, l’efficacia e l’applicazione della politica di concorrenza; 5) disegnare le regolazioni economiche in tutti i settori in modo da stimolare la concorrenza e l’efficienza ed eliminarle eccetto dove vi è chiara ed evidente dimostrazione che sono il modo migliore per servire i vasti interessi pubblici; 6) eliminare gli ostacoli regolatori inutili al libero scambio e agli investimenti attraverso una costante e continua liberalizzazione e incrementare la migliore integrazione del mercato attraverso il *regulatory process*, rafforzando l’efficienza economica e la competitività; 7) identificare i collegamenti importanti con altri obiettivi di politica e sviluppare le politiche per realizzare quegli obiettivi in modo da sostenere la riforma.

Trends in adoption of Regulatory Impact Analysis



Fonte: Jacobzone, OECD 2006

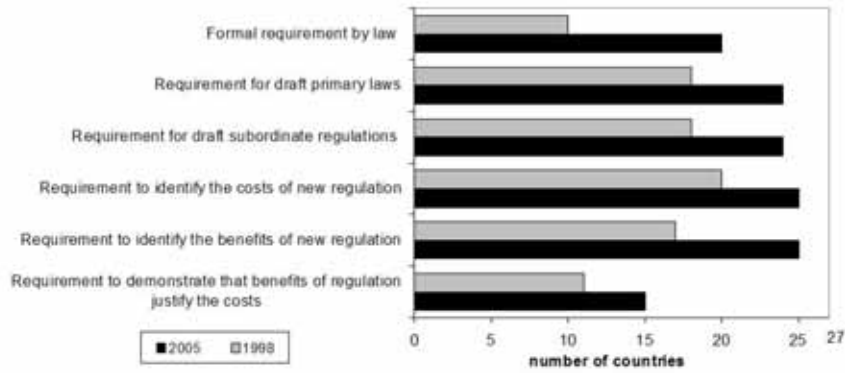
Quest'ampia convergenza nell'uso dell'AIR non significa, tuttavia, come anticipato, necessariamente una convergenza nei contenuti e nelle procedure adottate.⁴⁶ Una prima differenziazione, difatti, si pone con riferimento al significato stesso da attribuirsi nei diversi contesti giuridico-politici al termine "regolazione"⁴⁷ oggetto dell'analisi. A parte, infatti, l'esperienza statunitense, in cui il termine *regulation* è da intendersi in senso stretto, dal momento che l'AIR è prevista solo per le *Executive Branch Agencies*, le scelte operate dagli altri paesi sono estremamente varie potendosi estendere la previsione dell'analisi di impatto sia (solo) alle fonti secondarie sia (solo) alle fonti primarie di tipo parlamentare.⁴⁸ E differenti sono anche i metodi di analisi che a volte prediligono i costi e a volte i benefici della nuova regolazione (cfr. Tab. 2).

46 Come sottolineato da Claudio Radaelli, infatti, "diffusion of a common RIA 'bottle' (...) does not necessarily produce the same 'wine'". Cfr. C.M. Radaelli, *Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of regulatory impact assessment*, in *Journal of European Public Policy*, Ottobre 2005, p. 924-943.

47 Per un esame approfondito del significato di regolazione si rinvia a N. Greco, *Consistenza, articolazione ed ambiguità della "regolazione"*, in N. Greco (a cura di), *L'Air nel quadro della regolazione*, Roma 2006.

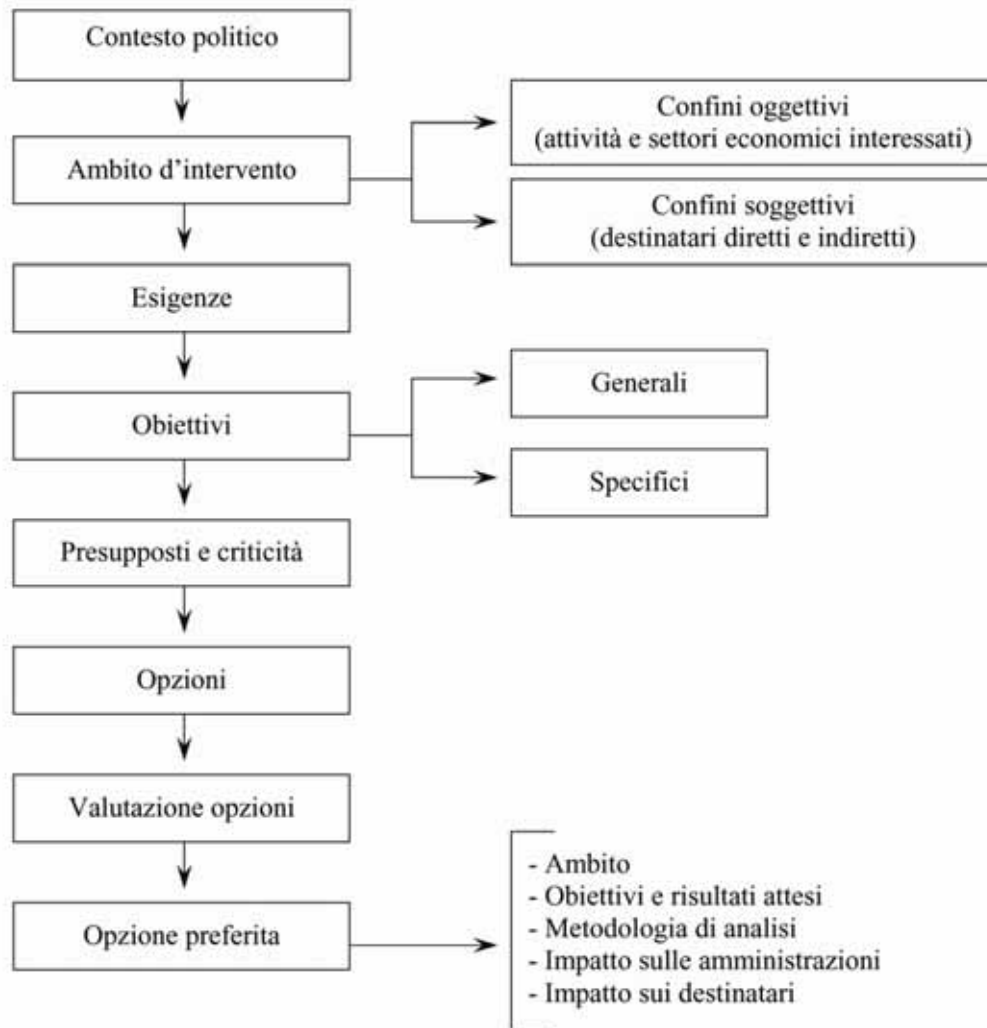
48 Cfr. M. Raveraira, *Qualità della normazione e better regulation nella governance degli interessi*, cit., p. 7. La confusione che può generare il riferimento al termine regolazione nel contesto dell'AIR ha, peraltro, consigliato la sua 'soppressione' nella recentissima riforma inglese che ha introdotto a partire dal 14 maggio un nuovo format per l'analisi di impatto, che, anche nel nome, passa dal precedente *Regulatory Impact Assessment (RIA)* all'odierno *Impact Assessment (IA)*. Per ulteriori informazioni si rinvia al sito del *CabinetOffice* britannico all'indirizzo internet <http://www.cabinetoffice.gov.uk/regulation/>.

Regulatory Impact Analysis: requirements *Recent Trends*



Fonte: Jacobzone, OECD 2006

Nonostante le possibili ed inevitabili divergenze si può, tuttavia, tentare ragionevolmente di tracciare uno schema sintetico delle principali fasi che comunque dovrebbero sempre accompagnare un'analisi di impatto:



Flow-chart AIR

a) *Descrizione del contesto politico*

L’AIR deve iniziare con una descrizione del contesto politico da intendersi come la descrizione del contesto normativo previgente e la definizione, per grandi linee, del problema a cui l’intervento normativo intende dare soluzioni e delle esigenze sociali, economiche e giuridiche che hanno fatto sorgere la necessità di una regolazione. Tali ultime esigenze devono essere descritte sia in termini quantitativi che in termini qualitativi, facendo ricorso alla consultazione degli *stakeholders*. La consultazione consente, infatti, di “predisporre la base informativa necessaria alla formulazione di

politiche pubbliche efficaci” ed, al contempo, di rispondere “alla domanda crescente di partecipazione dei cittadini alla vita pubblica, favorendo la creazione di condizioni di accettabilità di tali politiche”.⁴⁹ Nelle consultazioni, dunque, gli interessi di cittadini e imprese sono letti come immediatamente connessi “con quell’interesse pubblico che l’AIR contribuisce a far emergere e a definire” e sono, per questo, chiamati a partecipare nel procedimento di formazione dell’atto di regolazione. La partecipazione dei privati diventa, così, “vero e proprio strumento per l’esercizio efficace del pubblico potere”⁵⁰ in una sequenza “legittimazione-consenso-legittimità, dove la legittimità dell’atto è il risultato non solo dell’uso del potere da parte dell’autorità (...) ma anche dell’intervento da parte del cittadino nell’esercizio della funzione”.⁵¹

Le più utilizzate tecniche di consultazione per la raccolta di dati, elementi ed opinioni, sono: inchieste campionarie, *focus groups*, grandi *panels*, piccoli *panels*, interviste semistrutturate.⁵²

La consultazione, seppure fondamentale in questa prima fase di rilevazione delle esigenze, deve, tuttavia, coprire tutti i passaggi di elaborazione dell’AIR, dall’avvio alla conclusione del processo.⁵³

b) Individuazione dell’ambito di intervento

Il problema da affrontare in questa fase riguarda la corretta definizione dell’ambito di operatività dell’intervento proposto. Con riferimento ai confini soggettivi occorre procedere alla individuazione di tutti soggetti a qualsiasi titolo coinvolti dall’intervento normativo (*stakeholders*) per procedere poi alla distinzione, fra questi, tra i soggetti destinatari, che sono quelli compresi nelle categorie direttamente menzionate nello schema di intervento normativo, dai soggetti coinvolti, cioè le categorie socio-economiche sulle quali la regolamentazione avrà comunque un effetto.

Per i confini oggettivi bisogna considerare le attività interessate dall’intervento, l’ambito territoriale di riferimento, il settore di attività economica. Le amministrazioni pubbliche

49 M. De Benedetto, *Il quasi-procedimento per l’analisi di impatto della regolamentazione*, cit., p. 152. Cfr. anche S. Rodotà, *La sovranità nel tempo della tecnopolitica. Democrazia elettronica e democrazia rappresentativa*, in *Politica del diritto*, 1993, p. 582.

50 *Ivi*, p. 154.

51 F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia 1994.

52 Cfr., sui diversi metodi di consultazione, S. Cavatorto, *Metodi di consultazione nell’Air*, in *Rivista trim. di Scienza dell’Amministrazione*, 1/2002, p. 137 ss.

53 Cfr., sulla portata ed il significato dell’attività di consultazione, S. Cavatorto, *La consultazione presso le Regioni*, in Formez, *L’analisi di impatto della regolazione. Le esperienze regionali*, cit., p. 73 ss. e A. La Spina, S. Cavatorto (a cura di), *La consultazione nell’analisi dell’impatto della regolazione*, Soveria Mannelli 2001.

vanno poi distinte tra amministrazioni attuatrici, direttamente o indirettamente interessate, e amministrazioni destinatarie.

c) Definizione degli obiettivi

Una volta definito l'ambito dell'intervento vanno individuati gli obiettivi, generali e immediati, e i risultati attesi, con l'indicazione dei tempi necessari per il loro raggiungimento. Per obiettivi generali si devono intendere quelli attinenti complessivamente alla strategia politica; gli obiettivi immediati sono, invece, quelli direttamente collegati all'intervento politico. Ad es. il divieto di fumare ha come obiettivo generale quello di ridurre il livello di morti e malattie legate al fumo, mentre può avere come obiettivo più immediato quello di proteggere i lavoratori dai danni da fumo passivo attraverso l'eliminazione del fumo dal luogo di lavoro.⁵⁴ Gli obiettivi devono, inoltre, essere SMART e, dunque, come ribadito in molte guide AIR di livello internazionale,:

- Specifici
- Misurabili
- Accettati
- Realistici
- Tempo dipendenti

d) Determinazione presupposti

Devono essere precisati i presupposti organizzati, finanziari, economici e sociali che possono influire sull'attuazione e l'applicabilità dell'intervento normativo.

Presupposti organizzativi: condizioni necessarie per una corretta attuazione dell'intervento normativo da parte delle Amministrazioni pubbliche, delle strutture intermedie e dei destinatari.

Presupposti finanziari: disponibilità di bilancio per l'attuazione dell'intervento.

Presupposti economici: esistenza di ricadute su uno o più settori economici non direttamente ricompresi negli obiettivi dell'intervento.

Presupposti sociali: esistenza di ricadute di natura sociale.

e) Identificazione opzioni

⁵⁴ Cfr. Department of Taoiseach, *RIA Guidelines. How to conduct a Regulatory Impact Analysis*, Dublin, October 2005.

Una volta individuate le esigenze socio-economiche e gli obiettivi generali dell'intervento occorre considerare "un ventaglio il più possibile ampio di differenti opzioni regolative".⁵⁵ Le opzioni partono da quelle meno impegnative, sia per l'amministrazione attuatrice sia per i destinatari, fino ad arrivare a quelle più vincolanti e restrittive. Pertanto si hanno:

- opzione zero: consiste nell'ipotesi di non avanzare alcuna nuova proposta di regolazione. L'opzione zero deve essere preferita quando il nuovo intervento pubblico comporterebbe vantaggi inferiori rispetto alla normativa in vigore;
- opzione di deregolamentazione e semplificazione: eliminazione o modificazione di regole esistenti al fine di rendere meno costose le attività dei cittadini e delle imprese;
- opzioni volontarie: mirano ad ottenere la modificazione di condotta desiderata in modo indiretto, senza cioè la previsione di alcun tipo di sanzione;
- opzioni di autoregolazione: sono qui i potenziali destinatari della regolazione pubblica a fissare per mezzo di propri organi le norme e le procedure da seguire. Sono forme di autoregolazione: 1) l'autoregolamentazione del settore secondo norme elaborate da organismi specializzati indipendenti dall'autorità pubblica; 2) i codici di comportamento ad adesione volontaria, vigenti entro associazioni di categoria; 3) i codici deontologici o codici etici che contengono regole di comportamento per operatori di un dato settore; 4) la definizione di standard (sanitari, di sicurezza, ambientali, etc.) il cui rispetto non sia coattivo, ma la cui adozione si fonda sul principio di competizione; 5) i codici di pratiche che abbiano effetti giuridici indiretti;
- opzione di incentivo o opzione quasi-mercato: erogazione di un beneficio o "premio" monetario o monetizzabile. Si parla di opzioni quasi-mercato, ovvero che simulano il meccanismo del mercato, quando alla condotta da modificare viene fatto corrispondere un prezzo, che viene pagato almeno in parte da una autorità pubblica, nel caso del sussidio o di altre forme di agevolazione economica, ovvero dal privato, in casi come le tasse ambientali o l'acquisto di diritti di inquinare;
- opzione di regolamentazione tramite obbligo di informazione (*regulation by information*): presupposto di questa opzione è che esista un rapporto di asimmetria informativa tra i soggetti che erogano un bene o un servizio, che naturalmente dispongono di maggiori informazioni, rispetto ai consumatori/utenti. In questo caso la

55 A. La Spina, *L'analisi delle politiche pubbliche, l'AIR e le opzioni regolative. Riflessioni sull'applicabilità al livello regionale alla luce della sperimentazione*, cit., p. 23.

condotta dei destinatari viene modificata indirettamente attraverso la previsione dell'obbligo di fornire informazioni rilevanti;

- opzione di regolamentazione diretta: consiste nell'individuare ed imporre ai cittadini e alle imprese requisiti, processi, risultati, comportamenti. In questo caso la modificazione della condotta avviene in modo coercitivo attraverso la predisposizione di sanzioni tali da dissuadere i potenziali violatori,⁵⁶

f) *Valutazione opzioni e scelta opzione*

La valutazione delle alternative possibili permette la definizione della migliore opzione e, dunque, dell'opzione in grado di raggiungere al meglio gli obiettivi definiti. Per assicurare una maggiore uniformità dei criteri di valutazione è necessario che i vantaggi e gli svantaggi di ogni opzione siano, se possibile, quantificati in termini monetari. Quando risultino carenti i dati quantitativi o è impossibile calcolarli (ad es. nel settore pubblico la quantificazione dei benefici è difficile perché in genere i beni pubblici non hanno un valore di mercato) la valutazione ricorrerà anche a tecniche di analisi quantitative.

Ai fini della scelta dell'opzione migliore è necessario ricorrere all'analisi benefici-costi (Abc). Tale tipo di analisi economica verifica se i benefici che un'alternativa è in grado di apportare alla collettività nel suo complesso, i benefici sociali, sono maggiori dei relativi costi (costi sociali): in presenza di opzioni alternative di intervento, è giudicata preferibile l'opzione in cui la prevalenza dei benefici sui costi è maggiore. La logica dell'Abc è che le risorse di una collettività sono limitate e il decisore politico deve destinarle agli interventi che massimizzano il beneficio netto per la società⁵⁷.

4. L'analisi di impatto si deve, dunque, costruire intorno ad una precisa sequenza logico-cronologica - vera "struttura portante" della proposta politica - la cui portata ed estensione non può, tuttavia, essere considerata una costante. Non si può, infatti, cadere nell'errore di credere che un'analisi di impatto richieda sempre ed in ogni caso un lungo e dettagliato studio. I programmi AIR meglio riusciti sono, non a caso, quelli che hanno saputo convogliare le scarse risorse a disposizione per un tal tipo di analisi dove

56 Cfr. S. Pacchiarotti, *L'analisi di impatto della regolazione: bisogni informativi e tecniche di analisi*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 4/2001, p.

57 Cfr. M. Martelli *L'analisi di impatto economico e l'analisi benefici costi nella sperimentazione regionale*, in Formez, *L'analisi di impatto della regolamentazione. Le esperienze regionali*, cit., p. 98-100 e Id., *Specificità dell'analisi economica della regolazione*, in N. Greco (a cura di), *Introduzione all'analisi di impatto della regolamentazione*, reperibile all'indirizzo internet <http://www.sspa.it/ArchivioCD/RicercheSSPACD1/Dir%20e%20Istituzioni%20pubbliche/Greco/Parte%20III%20b.pdf>

potessero dare il miglior risultato. La buona riuscita di un sistema orientato al miglioramento della qualità della regolazione deve, dunque, saper bilanciare ed integrare la necessità di una sempre più maggiormente diffusa analisi preventiva dell'impatto di future, eventuali, regolazioni con una più chiara elaborazione dei principi di proporzionalità e di significatività o importanza⁵⁸. Costituisce, infatti, un principio generalmente accettato in tutti i paesi che presentano programmi AIR maggiormente avanzati che tutte le regolazioni con più di un impatto insignificante devono essere sottoposte ad un'analisi sufficiente a "consentire un dibattito informato" o, se si preferisce, ad un'analisi "accurata quanto basta a rendere il processo decisionale informato", ma che, tuttavia, solo per alcune debba essere approntata un'analisi maggiormente dettagliata. La profondità e la portata dell'analisi di impatto devono essere, infatti, determinate sulla base dei probabili effetti dell'azione proposta (principio dell'"analisi proporzionata"⁵⁹): più significativa un'azione è probabile che sia, più grande dovrà essere, allora, lo sforzo di quantificazione e monetizzazione generalmente previsto. Lo scopo è, dunque, di consentire un'analisi generale e generalizzata di natura preliminare e maggiormente informale di tutti i progetti di decisione, destinando, tuttavia, un'analisi maggiormente dettagliata ed a più alto contenuto qualitativo solo ad alcune, poche, regolazioni. In tal modo si favorisce, peraltro, anche la tempestività dell'analisi che costituisce un altro dei pilastri dell'AIR consentendone la realizzazione di uno dei suoi obiettivi fondamentali: ridurre l'uso di regolazione non necessaria attraverso l'esame del possibile uso di alternative.⁶⁰

Un buon esempio del tentativo di coniugare il principio di proporzionalità con l'esigenza della tempestività è la recente esperienza irlandese, nella quale, a partire dall'ottobre 2005, è stato introdotto un approccio all'AIR a due fasi. La prima fase, conosciuta come *Screening RIA*, è applicata in tutti i casi dove l'AIR è richiesta e consiste in un'analisi preliminare meno dettagliata. La seconda fase, o *Full RIA*, è richiesta solo in

58 Cfr. S. Jacobs, *Current Trends in Regulatory Impact Analysis: The Challenges of Mainstreaming RIA into Policymaking*, cit., p. 15.

59 Un tale principio trova esplicito riconoscimento nella nuova procedura di analisi di impatto predisposta dalla Commissione Europea. Cfr. European Commission SEC(2005) 791 IMPACT ASSESSMENT GUIDELINES, 15 June 2005 with March 2006 update

60 Questo punto è stato, ad esempio, chiaramente evidenziato nel rapporto 2004-2005 del *National Audit Office of UK RIAs*. Il rapporto ha, infatti, constatato che l'AIR era riuscita a spiegare la propria 'influenza politica' quando era stata avviata presto nel processo e si era concretizzata in buoni processi di consultazione e buone valutazioni prodotte degli impatti delle proposte di politica coinvolti. Cfr. UK National Audit Office (2005) *Evaluation of Regulatory Impact Assessments Compendium Report 2004-05, Report by the Comptroller and Auditor General*, HC 341 Session 2004-2005, 17 March 2005.

relazione alle proposte più significative e consiste in un'analisi più vasta e rigorosa. In particolare la *Full RIA* trova applicazione ogni volta che:

- (a) possono esserci effetti negativi significativi sulla competitività nazionale;
- (b) ci saranno effetti negativi significativi sui gruppi socialmente esclusi o vulnerabili;
- (c) ci saranno effetti negativi significativi sull'ambiente;
- (d) le proposte coinvolgono un cambiamento di politica significativo nel mercato economico;
- (e) le proposte interferiranno sproporzionatamente sui diritti dei cittadini;
- (f) le proposte imporranno una sproporzionata difficoltà di conformità;
- (g) i costi per il Ministero delle Finanze o per i terzi sono significativi o sono sproporzionatamente sopportati da un gruppo o un settore. Sono considerati significativi i costi iniziali di dieci milioni di euro o i costi cumulativi di cinquanta milioni di euro.⁶¹

E' peraltro da segnalare la recentissima riforma inglese, la quale ha introdotto, a partire dal 14 maggio 2007, una nuova procedura per l'analisi di impatto (IA), che, proprio per favorire la tempestività e la diffusione dell'IA (*Impact Assessment*), ha proceduto in senso inverso rispetto all'esperienza irlandese. Se, infatti, nel precedente modello erano distinguibili tre fasi nell'analisi di impatto (*Initial RIA, Partial RIA, Full RIA*), ora, invece, è stata data vita ad un'unica fase maggiormente semplificata nella quale particolare attenzione è data alla definizione preliminare degli ambiti di intervento e delle finalità dell'analisi di impatto.⁶²

5. Abbiamo già avvertito più sopra di quanto la necessità sempre più sentita di assicurare il buon rendimento della legislazione abbia ormai imposto al potere pubblico un profondo processo di revisione delle forme tradizionali di gestione degli interessi e di intervento nell'economia, "forme precedentemente caratterizzate da modalità di espressione autoritative ed orientate alla segretezza del processo di definizione della decisione formale"⁶³ ed una nuova definizione del ruolo della legge: non più solo fonte

61 Cfr. Department of Taoiseach, *RIA Guidelines. How to conduct a Regulatory Impact Analysis*, cit.

62 Cfr. Better Regulation Executive, *Impact Assessment Guidance*, May 2007. Per una descrizione del precedente sistema RIA si rinvia a C. Radaelli (a cura di), *L'analisi di impatto della regolazione in prospettiva comparata*, cit., p. 163-196.

63 N. Greco, *Consistenza, articolazione ed ambiguità della "regolazione"*, in N. Greco (a cura di), *L'AIR nel quadro della regolazione*, cit., ed *ivi* si legga: "Più in generale lo Stato contemporaneo legge la sovranità popolare attraverso una diversa percezione dell'interesse del cittadino, visto ora anche come utente e come consumatore, mentre hanno sempre più concreto rilievo le formazioni intermedie, specialmente quelle imprenditoriali ed associative, nonché le singole imprese, meglio il loro ruolo. Prendono inoltre forma, consistenza e potere corpi ed uffici deputati o specializzati nella formazione (e nell'applicazione) di norme (o regole) a prevalente contenuto tecnico, di cui è spesso difficile la distinzione e la collocazione nel quadro delle

del diritto, ma anche, o soprattutto, "strumento che i governi possono usare per dare soluzioni ad un problema pubblico, ossia per rispondere a una domanda o a un bisogno, o per cogliere un'opportunità".⁶⁴ Una legge, dunque, pensata e progettata al fine di regolare al meglio la vita sociale e, pertanto, chiamata non solo a "dover rispondere a canoni di «convenienza», di «utilità», che superano quelli tradizionali di mera «legalità»"⁶⁵, ma altresì a doversi sostenere su di un tipo di legittimazione non solo formale, ma anche o soprattutto sostanziale.⁶⁶

In un tipo di legislazione che si è fatta ormai "legislazione per risultati", lo stretto e rimarcato collegamento tra forma e funzione⁶⁷ impone, infatti, a potere e diritto di porsi sempre più alla ricerca di una legittimazione nella funzionalità del loro ruolo, "legittimazione ad un tempo per principi e per risultati, in termini di razionalità sia materiale che formale delle norme che emana sulla base dell'agenda politica dei problemi della società".⁶⁸ Tutta l'attività di produzione normativa si trova, dunque, obbligata a farsi costantemente orientare e guidare dall'esigenza dell'attuabilità e, dunque, a dover sempre collegare in maniera ragionata e culturalmente accettabile i mezzi ai fini dell'azione pubblica.⁶⁹

I soggetti pubblici si trovano, così, a dover in qualche modo scontare un vero e proprio "onere della prova", nel senso della trasparenza e responsabilità, o meglio responsabilizzazione (*accountability*) della propria attività decisionale: è il legislatore, infatti, a dover "dimostrare l'opportunità della nuova normativa".⁷⁰ Un tale onere probatorio si traduce, innanzitutto, per il *decision-maker* nella necessità di rendere espliciti gli intenti sottesi all'intervento pubblico, in modo da giustificarne di volta in volta le ragioni e le modalità, esporne i benefici ed i costi economici e sociali ed i rapporti tra

fonti del diritto, ma per le quali si pone comunque il problema del controllo di attendibilità democratica del processo formativo oltre che quello della loro ordinata e semplice lettura, derivante inevitabilmente dalla necessità, dal numero e infine dalla qualità delle regole in questione".

64 Consiglio Regionale del Veneto, *La valutazione ex ante ed ex post per il miglioramento del processo di formazione delle leggi regionali. Documenti*, 1/2002,

65 Confindustria, *"Guidelines" per la qualità della regolamentazione – Una proposta delle Confindustrie del nord-ovest*, Torino-Roma, 2004, p. 50 ss. (pubblicato sul sito: www.semplicificazione.it).

66 Cfr. C. DELL'ACQUA, *L'analisi di impatto della regolamentazione fra politica e amministrazione*, in N. GRECO, *Introduzione cit.*, pag. 57 e M. De Benedetto, *L'organizzazione della funzione di regolazione*, cit., p. 6.

67 Cfr. R. Bettini, *Drafting sostanziale e copertura amministrativa delle leggi in Italia: riflessione scientifica, tentativi di istituzionalizzazione e perdurante attualità del tema*, in *Rivista trim. di Scienza dell'Amministrazione*, 1/1999, p. 67.

68 Cfr. R. Bettini, *Introduzione: la nuova legalità*, in *Rivista trim. di Scienza dell'Amministrazione*, 1/1999, p. 9.

69 Cfr. R. Bettini, *Drafting sostanziale e copertura amministrativa delle leggi in Italia: riflessione scientifica, tentativi di istituzionalizzazione e perdurante attualità del tema*, cit., p. 72.

70 P. Costanzo, *Tecniche legislative e informatica giuridica: questo matrimonio s'ha da fare?*, ww.lex.unict.it/archivio/cp2001/materiale/costanzo_prolusione.doc

obiettivi e mezzi proposti; esplicitazione, questa, che può avvenire solo per mezzo di un'apertura cognitiva alle indicazioni, ai suggerimenti esterni al sistema giuridico.⁷¹

L'AIR costituisce appunto il "ponte" gettato verso la base reale dell'ordinamento giuridico e la cerniera grazie alla quale mezzi e fini finiscono per includersi l'uno nell'altro in una sorta di incastro perfetto che consente a bisogni, esigenze e fini della collettività di istituzionalizzarsi nelle norme.⁷² Il suo scopo è, pertanto, potenziare le basi empiriche delle decisioni politiche e rendere il processo legislativo più trasparente e responsabile. L'idea non è quella di sostituire la decisione politica democratica con meccanismi tecnocratici,⁷³ ma di garantire una maggiore aderenza del processo decisionale al contesto facendo in modo che elementi di questo concreto entrino in quel processo e di porre "il soggetto pubblico responsabile nella condizione di decidere in modo più informato", proteggendolo da "distorsioni derivanti dagli interessi dei politici e dei burocrati".⁷⁴ Lontano dall'essere un semplice 'attrezzo tecnocratico' che può essere semplicemente aggiunto al procedimento di produzione normativa, l'AIR contribuisce a trasformare la concezione di che cosa è un'azione adeguata ed effettiva - nella quale consiste il ruolo proprio dello Stato - e, contrariamente alla maggior parte delle aspettative, il suo più importante apporto alla qualità delle decisioni non è la "precisione dei calcoli", ma il saper porre le giuste domande, conoscere la complessità dei problemi analizzati e le conseguenze dell'azione intrapresa e sostenere un più ricco e produttivo dialogo pubblico.⁷⁵ Se, dunque, a proposito dell'AIR si può ancora correttamente parlare, guardandola da un punto di vista statico, di uno "strumento tecnico di ausilio, di chiarimento, per le scelte politiche che conducono all'adozione o alla modifica di una regolamentazione"⁷⁶, non si può, tuttavia, incorrere nell'errore di perdere di vista la sua

71 Cfr. R. Bettini, *Drafting sostanziale e copertura amministrativa delle leggi in Italia: riflessione scientifica, tentativi di istituzionalizzazione e perdurante attualità del tema*, cit., p. 77.

72 Cfr. OECD, *Regulatory Impact Analysis in OECD countries. Challenges for Developing Countries*, Parigi 2005.

73 L'AIR non ha, dunque, come scopo "di sostituire i processi di decisione politica o di "incatenarli" ad una sorta di *one way* tecnica" ma, come vedremo, di arricchirli attraverso un processo conoscitivo che innova profondamente il "sistema delle interazioni fra la società, l'amministrazione pubblica e la politica". Cfr. E. Sgroi, *Necessità e strumenti di gestione efficace della regolazione*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 145-146/2004, p.163 ss, in part. p.167 e C. Radaelli (a cura di), *L'analisi di impatto della regolazione in prospettiva comparata*, Soveria Mannelli 2001, p. 326 ss.

74 Cfr., su queste che sono giuste risposte alle obiezioni all'introduzione dell'Air, *Guida alla sperimentazione dell'Air*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, § 1.2 e, a commento, D. Piacentino, in S. Momigliano, F.G. Nuti (a cura di), *La valutazione dei costi e dei benefici nell'analisi dell'impatto della regolazione*, Soveria Mannelli 2001, p. 30 ss.

75 Cfr. S. Jacobs, *Regulatory Impact Assessment and the Economic Transition to Market s*, cit., p. 287.

76 E. Midena, *Analisi di impatto della regolamentazione e analisi tecnico-normativa. Il commento*, cit., p. 91. Nello stesso senso sono, del resto, le raccomandazioni dell'OCSE che definisce l'analisi di impatto della regolazione come "*a decision tool, a method of systematically and consistently examining selected potential impacts arising from government action and of communicating the information to decision-maker*". Cfr. *An overview of Regulatory Impact of analysis in OECD Countries*, OECD, Parigi 1997.

ormai maturata dimensione processuale, "ovvero il suo essere una «decisione in azione» o, meglio ancora, una «politica in azione» (...) parte sostanziale del processo di formulazione di una politica e premessa cognitiva fondamentale per la sua implementazione".⁷⁷

Dal punto di vista funzionale l'AIR deve essere, dunque, vista meno come un metodo analitico in grado di dare una risposta precisa a domande di tipo quantitativo, quanto piuttosto come un processo per: supportare e promuovere in maniera adeguata un dibattito politico più ampio e trasparente; esaminare sistematicamente l'impatto potenziale dell'azione o non-azione governativa; comunicare le informazioni ai *decision-makers* e agli *stakeholders*.⁷⁸ L'AIR finisce così per incrementare un processo di vero e proprio apprendimento sostanziale da parte del settore pubblico come anche da parte dei soggetti direttamente o indirettamente coinvolti dalle nuove proposte di intervento di regolazione (*stakeholders*), che si trovano ad interagire in una nuova dinamica pubblico-privata di risoluzione dei problemi e di responsabilizzazione, dalla quale lo Stato ne può solo uscire rinforzato in quanto in grado di ridefinire, al meglio, le proprie capacità di comprensione di bisogni in continua evoluzione.⁷⁹ Non solo, infatti, l'AIR consente ai diversi *stakeholders* coinvolti nell'emanazione del provvedimento regolatorio di acquisire una più chiara consapevolezza rispetto al passato delle opzioni e delle alternative formulate e delle conseguenze di ogni soluzione - cd. apprendimento sociale -, contribuendo in tal modo allo sviluppo di un più elevato grado di consenso sociale che permette l'assunzione di decisioni politiche pubbliche difficili⁸⁰, ma stimola anche, in maniera preponderante, come visto, l'apprendimento legislativo, strumento essenziale per garantire efficacia all'azione politico-istituzionale.

Se, infatti, le leggi sono o, meglio, incorporano ipotesi nel senso che si fa una legge solo laddove si crede di poter "cambiare qualcosa", allora l'unico modo per sapere se queste ipotesi sono valide sta nel metterle alla prova, nel testarle e nel monitorare la loro implementazione. Valutare *ex ante* una legge, come fonte di una politica pubblica intesa come soluzione di un problema reale, significa proprio cercare di prevedere che

77 Cfr. P. De Nardis, *Drafting sostanziale e scienze sociali empiriche*, in *Rivista trim. di Scienza dell'Amministrazione*, 1/1999, p. 133 ss., in part. p. 136.

78 Cfr. S. Jacobs, *Current Trends in Regulatory Impact Analysis: The Challenges of Mainstreaming RIA into Policymaking*, cit., p. 13.

79 Cfr., sul punto, E. Sgroi, *Necessità e strumenti di gestione efficace della regolazione*, cit., p. 168: "l'Air non può essere ridotta a una semplice quantificazione di pro e di contro, ma è un processo conoscitivo che porta alle scelte politico-amministrative il contributo della teoria delle decisioni, favorendo nel tempo e se perseguito con coerenza e flessibilità, l'apprendimento istituzionale".

80 Cfr. S. Jacobs, *Current Trends in Regulatory Impact Analysis: The Challenges of Mainstreaming RIA into Policymaking*, cit., p. 14.

cosa potrà accadere dopo la sua emanazione e, dunque, chiedersi se qualcosa cambierà, se cambierà nella direzione voluta e se non si verificheranno effetti collaterali indesiderati.⁸¹ Certo non si tratterà qui tanto di eliminare gli errori, che accompagnano in maniera fisiologica ogni processo decisionale, quanto piuttosto di minimizzare la loro presenza.⁸² Minimizzazione che può avvenire sia attraverso la prevenzione che la correzione degli errori stessi. Se è vero, infatti, che “è chiaramente meglio prevenire gli errori che correggerli” è anche vero che l’analisi *ex ante*, anche la più accurata, si basa anch’essa su delle ipotesi. Ipotesi che possono essere confermate o smentite nella fase di applicazione della legge. È a questo punto che, forse, diventa necessario verificare se sono stati raggiunti gli obiettivi proposti nella fase di progettazione legislativa. L’analisi *ex post* consentirà, allora, di verificare se la legge funziona, quali ne sono i difetti e i limiti, di ipotizzare delle modifiche⁸³, rendendo, dunque, possibile l’autocorrezione degli errori eventualmente commessi attraverso la riprogettazione del testo normativo (Fig. 1).

Il processo di apprendimento legislativo è dato proprio dall’interazione dei due momenti della prevenzione e della autocorrezione e, dunque, dall’opportuna integrazione dell’analisi *ex ante* (AIR) con la valutazione *ex post* (VIR o, come vedremo, AIR *ex post*).

Fig. 1 - Apprendimento legislativo



81 Cfr. L. Lanzalaco, *Intervento*, in Consiglio Regionale del Veneto, *La valutazione ex ante ed ex post per il miglioramento del processo di formazione delle leggi regionali*, cit., p. 14-16.

82 Cfr. L. Lanzalaco, *L'apprendimento legislativo: processi, problemi e dilemmi*, Relazione al Seminario nazionale di Studio *Formazione per le tecniche legislative*, Torino 17 e 18 giugno 1999" in *Iter Legis*, 3/1999 e reperibile all'indirizzo internet www.parlamentiregionali.it/documenti/doctecnichelegislativeCD/volume4/1201.htm.

83 Consiglio Regionale del Veneto, *La valutazione ex ante ed ex post per il miglioramento del processo di formazione delle leggi regionali. Documenti*, 1/2002, p. 5.

Fonte: L. Lanzalaco, *La valutazione ex ante ed ex post per il miglioramento del processo di formazione delle leggi regionali*

Del resto è proprio la complessità e dinamicità della società contemporanea e la rapidità con cui si modificano i comportamenti e le aspettative dei cittadini che finisce non solo per imporre ai governanti una maggiore attenzione nella ricerca di informazioni in grado di orientare positivamente le proprie scelte⁸⁴, ma anche, allo stesso tempo, per accentuare la possibilità che le conoscenze acquisite preventivamente risultino obsolete in breve tempo. Può, dunque, accadere che perfino le norme considerate al più alto livello di qualità al momento della loro emanazione, finiscano, poi, per rivelarsi alla prova dei fatti progressivamente sempre meno rilevanti o meno aderenti alle esigenze ed ai bisogni della collettività.⁸⁵ Il poter contare su strategie per assicurare la revisione e la riforma su base regolare delle norme in vigore costituisce pertanto, anch'esso, un presupposto fondamentale per il buon funzionamento di un ordinamento giuridico.

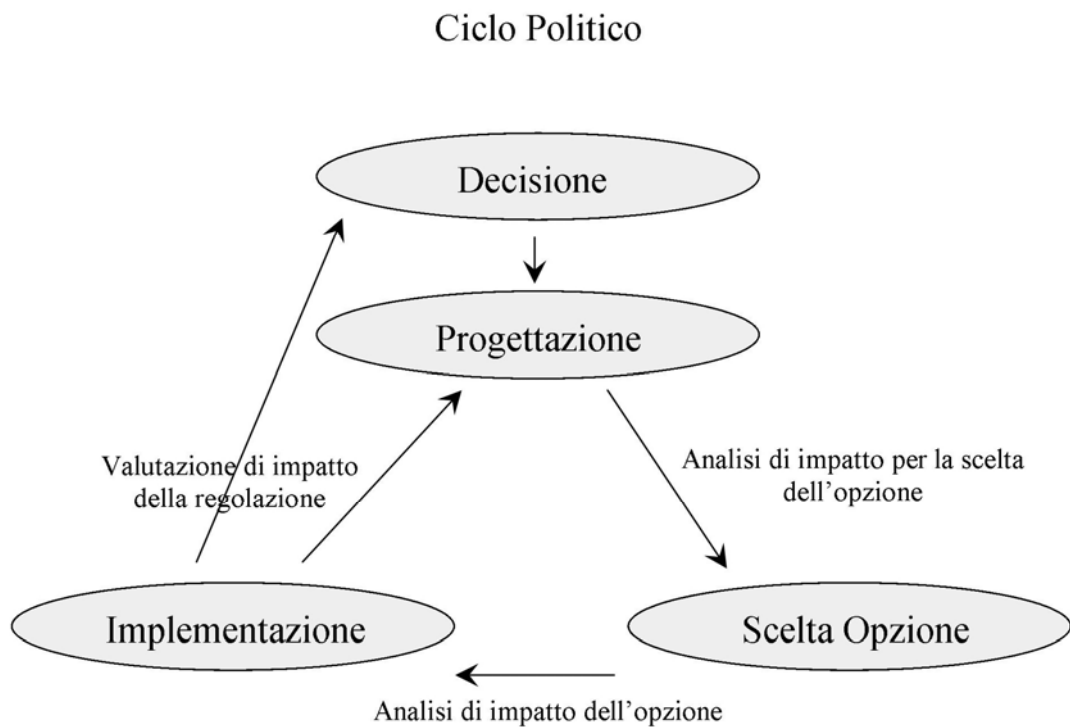
Il processo di apprendimento legislativo nella sua irrinunciabile interezza deve, allora, costituire parte integrante di un processo di *law making* concepito nei termini di un ciclo, il ciclo politico appunto, nel quale ogni fase deve essere accompagnata da un tipo particolare di analisi (Fig. 2), in "una prospettiva in cui il *law making* non è visto come un *evento* che si conclude in sé e per sé con la approvazione di una legge, bensì come un *processo* in cui tutto che avviene *prima* e, soprattutto, *dopo* l'approvazione è più importante e rilevante della deliberazione stessa".⁸⁶

Fig.2 - Apprendimento legislativo e ciclo politico

84 Cfr. S. Pacchiarotti, *L'analisi di impatto della regolazione: bisogni informativi e tecniche di analisi*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 4/2001, p. 374 ss.

85 Rex Deighton-Smith, *Assicurare la qualità della regolamentazione. I principali risultati del lavoro dell'OCSE*, relazione al Seminario nazionale di Studio *Formazione per le tecniche legislative*, Torino 17 e 18 giugno 1999.

86 Cfr. L. Lanzalaco, *L'apprendimento legislativo: processi, problemi e dilemmi*, Relazione al Seminario nazionale di Studio *Formazione per le tecniche legislative*, Torino 17 e 18 giugno 1999 "Iter Legis", III (1999), Novembre-Dicembre.



Adattato da *Improving Policy Instruments through Impact Assessment*, SIGMA Paper, n. 31

6. Scopo essenziale della valutazione *ex post* è confrontare gli effetti reali dell'impatto della legislazione con quelli previsti ed analizzati nella fase di progettazione ed, in particolare, verificare se o in che misura gli obiettivi programmati sono stati concretamente realizzati.⁸⁷

In particolare la valutazione *ex post* delle leggi è effettuata al fine di verificare se:

- gli obiettivi progettati hanno trovato un'efficiente realizzazione;
- ci sono stati e in che misura effetti secondari indesiderabili;
- lo strumento politico prescelto è risultato essere facilmente attuabile;
- è stato raggiunto un alto grado di conformità;
- i benefici ed i costi sono stati distribuiti in modo giustificabile.⁸⁸

⁸⁷ Cfr. K. Patchett, *Preparation, Drafting and Management of Legislative Projects*, SIGMA January 2003.

⁸⁸ Cfr. *Improving Policy Instruments through Impact Assessment*, SIGMA Paper, n. 31.

Una valutazione *ex post* dovrebbe in ogni caso consentire di avere informazioni adeguate sulla necessità o meno di procedere a correzioni o persino all'abolizione dello strumento giuridico sottoposto a verifica.

A tal fine la valutazione deve svolgersi seguendo almeno tre fasi essenziali:

a) *Preparazione*

Durante la preparazione di una valutazione deve essere deciso se tutto o soltanto parte dell'atto normativo deve essere sottoposto a valutazione; devono essere, inoltre, determinati i criteri di valutazione (Box 3) - laddove non già stabiliti nel testo di legge per mezzo, ad esempio, della previsione di una *clausola valutativa* -, provvedendo ad evidenziare le ipotesi e le assunzioni di partenza che devono essere corrette o confermate, a selezionare le variabili da monitorare e ad individuare uno o più *parametri* rispetto ai quali stabilire se e in che misura si sia in presenza di un errore.⁸⁹

Box 3 - Checklist di riferimento nella valutazione di impatto

- Gli obiettivi originari sono stati realizzati nella qualità, nella quantità e nel tempo programmato, una volta misurati sulla base di che cosa sarebbe accaduto senza l'intervento normativo?
- In che misura l'intervento ha determinato il successo degli obiettivi prefissati?
- L'applicazione è stata influenzata, sfavorevolmente o favorevolmente, da fattori esterni?
- Vi sono stati effetti secondari inattesi significativi?
- Tutti gli input richiesti dal governo e dal settore privato sono stati realizzati come previsto?
- Le risorse stanziare sono state sprecate o male adoperate?

⁸⁹ Clausola valutativa è la traduzione dell'inglese *evaluation clause* e sta ad indicare specifico articolo di legge attraverso il quale si attribuisce un mandato informativo ai soggetti incaricati dell'attuazione della stessa legge di raccogliere, elaborare e infine comunicare all'organo legislativo una serie di informazioni determinate ai fini di valutarne gli effetti reali sui destinatari e la collettività. Cfr. G. Giachi, *Le clausole valutative a supporto dell'analisi ex post delle leggi*, OLI, L'Aquila 2003. Ulteriore strumento al fine del controllo sull'attuazione delle leggi e la valutazione degli effetti delle politiche è la cosiddetta *missione valutativa*. In effetti può accadere che le attività informative "a lungo termine" indotte dalle clausole valutative possono non soddisfare interamente le esigenze conoscitive dell'organo legislativo. E' possibile che fatti nuovi o eventi inaspettati facciano sorgere la necessità di approfondire qualche aspetto della legge che la clausola non aveva previsto. Oppure che la legge in questione non contenga alcuna clausola valutativa. Per questo motivo è utile prevedere che l'attività di controllo e valutazione, oltre ad essere innescata dalle clausole, possa essere avviata, nel corso della legislatura, in seguito alla richiesta di una singola commissione oppure di una quota minima di parlamentari o consiglieri. Cfr., per maggiori informazioni, il sito capire.org.

- Quanto efficiente è stata la gestione dello schema normativo?
- Ha, inoltre, prodotto iniquità o svantaggi in alcuni settori della comunità?
- Potrebbe essere usato un metodo più redditizio?
- Che miglioramenti potrebbero essere apportati allo schema normativo al fine di renderlo più efficace ed efficiente?
- E' in generale lo schema ben adattato a conseguire gli obiettivi voluti?

Fonte: K. Patchett, *Preparation, Drafting and Management of Legislative Projects*, SIGMA, January 2003.

b) *Analisi dei dati reali*

L'analisi deve cominciare con la raccolta dei dati sull'impatto reale della regolazione al fine di compararli con gli effetti previsti in sede di analisi *ex ante* e con tutti i dati raccolti precedentemente all'approvazione del testo di legge. Sulla base di un tale confronto è possibile, infatti, stabilire quale tipo di trasformazione è stata indotta nel tessuto socio-economico dall'introduzione della nuova normativa.

c) *Valutazione*

Le informazioni raccolte devono essere valutate in modo comparativo. I criteri di valutazione e la valutazione finale devono essere documentati. Le raccomandazioni, basate sulla valutazione, devono essere motivate per fornire al livello politico le informazioni necessarie per prendere una decisione bene informata sull'azione futura da intraprendere con riferimento all'atto normativo oggetto della valutazione, vale a dire emendarlo, abolirlo o mantenerlo come è.⁹⁰

In vero, mentre per l'AIR *ex ante* si può parlare di una diffusione 'globale' della sua previsione ed applicazione, per la valutazione *ex post* solo in pochi paesi è dato riscontrare la previsione di procedure per la regolare valutazione del funzionamento e dell'efficacia delle leggi in vigore.⁹¹ Molti governi tendono, infatti, al limite, ad intervenire per correggere singole ed immediate 'disfunzioni' senza, tuttavia, intraprendere una politica di continuo e costante controllo della regolazione per verificarne l'effettivo

90 Cfr. *Improving Policy Instruments through Impact Assessment*, cit.

91 Per un quadro generale dello 'stato dell'arte', cfr. OECD, *Regulatory Performance: Ex Post Evaluation of Regulatory Policies*, Parigi 2003.

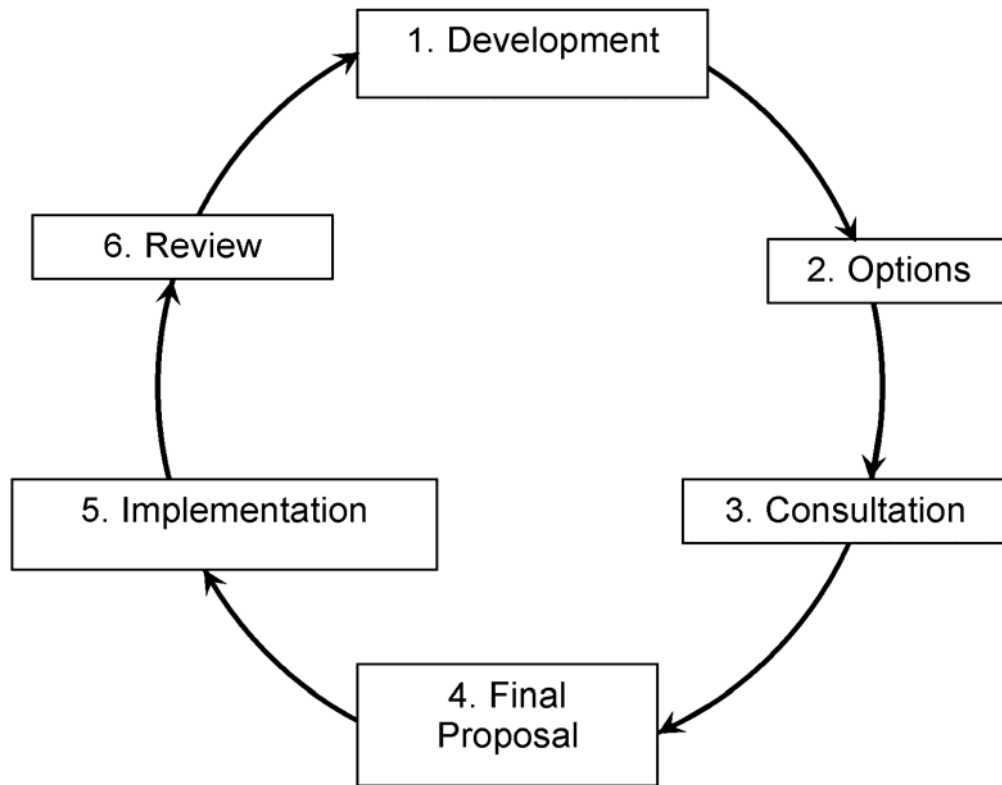
funzionamento ed il reale conseguimento degli obiettivi prefissati. Certo non può negarsi che anche il processo di VIR tende ad essere costoso e dispendioso in termini di tempo. Tuttavia, questa sorta di onerosità, che può ed anzi deve giustificare, anche per la valutazione di impatto, l'applicazione del principio di proporzionalità, non può evidentemente tradursi nella rinuncia ad uno strumento fondamentale ai fini del buon rendimento complessivo della legislazione.⁹² Va, infatti, ribadito che analisi *ex ante* ed analisi *ex post* non possono essere visti come due momenti distinguibili e separabili, ma come tappe di uno stesso processo, il processo di valutazione, nel quale l'analisi *ex post* costituisce, in vero, l'*ex ante* di un nuovo progetto di intervento normativo.

Sarebbe, pertanto, più opportuno, per sottolineare l'unitarietà ed unicità del processo di valutazione, non distinguere nemmeno terminologicamente tra AIR e VIR, ma parlare indifferentemente di un processo AIR di tipo circolare che si snoda attraverso momenti e tappe che riguardano sia la fase *ex ante* della preparazione di un atto normativo sia quella *ex post*, successiva all'applicazione del provvedimento regolatorio.

Ed in tali termini è, appunto, rappresentata l'AIR nella recentissima guida inglese all'analisi di impatto: un unico, continuo processo circolare costruito su di una serie di passaggi chiave (Fig. 2).

Fig. 2 - Passaggi chiave nella produzione di un'Analisi di Impatto

92 Nel contesto internazionale la valutazione di impatto è spesso usata per legislazione di una certa importanza, per esempio perché comporta un investimento di spesa ingente per lo Stato o perché ha implicazioni finanziarie significative per i settori dell'economia. In alcuni paesi, poi, le valutazioni a posteriori sono effettuate controllando una selezione casuale di legislazione su base trimestrale. Le valutazioni a posteriori sono effettuate solitamente quando vi sono "revisioni generali" della legislazione in vigore, per esempio nel contesto di un programma di semplificazione. Cfr. E. Donelan, *Regulatory Impact Assessment (RIA) in the context of Better Regulation: a policy for improving governance and achieving economic growth and development*, SIGMA-OECD, Ankara 2006. Un mezzo particolarmente agile di analisi successiva dell'intervento regolativo è la cd. clausola di *sunset*: dopo un periodo di tempo variabile a seconda del tipo di intervento, la regolazione esistente è sottoposta ad AIR successiva a seguito della quale è prevista la decadenza della regolazione, a meno di un rinnovo dell'intervento perché valutato ancora "utile" (perché è congruente con le finalità del legislatore; perché produce ancora più benefici che costi per i destinatari; e così via). Cfr. A. Francesconi, *Note sull'impatto dell'analisi della regolazione ed i Consigli regionali*, cit., p. 993-996.



Fonte: Better Regulation Executive, *Impact Assessment Guidance*, May 2007

Lo stadio o tappa n. 6, *Review*, è riservato alla verifica e revisione della normativa approvata ed applicata a seguito di un'analisi *ex ante* ed è, dunque, corrispondente a quanto fino ad ora noi abbiamo definito nei termini di valutazione di impatto o analisi *ex post*. Essa rappresenta non solo il parametro di confronto e verifica dell'AIR nella sua fase preventiva⁹³, ma anche il momento in cui è possibile dar vita ad un "processo di retroazione in grado di minimizzare gli errori sulla base dell'esperienza e di adattare il testo normativo e la sua strumentazione attuativa il più possibile alla realtà sociale ed economica sulla quale si intende intervenire".⁹⁴ La sua indispensabilità è segnata, allora, dall'essere lo snodo nel quale non solo è la qualità stessa del processo AIR ad essere costantemente monitorata e, pertanto, garantita, ma è lo stesso sistema giuridico-politico a potersi assicurare nella sua qualità e funzionalità, in un gioco continuo

93 A. Francesconi, *Note sull'impatto dell'analisi della regolazione ed i Consigli regionali*, cit., p. 995.

94 Cfr. L. Lanzalaco, *L'apprendimento legislativo: processi, problemi e dilemmi*, cit.

di chiusura ed apertura nella quale è la concretezza della base reale dell'ordinamento a poter finalmente trovare, o ritrovare se si vuole, le proprie ragioni.

La tutela giuridica del *software*

di Wanda D'Avanzo

Introduzione

Il calcolatore elettronico si compone di due parti: l'*hardware*, che include le componenti fisiche del *computer*, la sua struttura rigida; il *software*, che rappresenta, invece, l'insieme organizzato e strutturato di istruzioni, contenuti in qualsiasi forma o supporto, in grado di far eseguire o far ottenere una funzione, un compito o un risultato particolare per mezzo di un sistema di elaborazione elettronica dell'informazione.

Si distinguono due tipologie di *software*. Il primo, detto di base od operativo, stabilisce le procedure di funzionamento dell'elaboratore; esso è, pertanto, componente imprescindibile di ogni sistema informatico, che risiede stabilmente nella memoria del *computer*. Il *software* applicativo, invece, fornisce quelle istruzioni che permettono al *computer* di compiere specifiche operazioni finalizzate al perseguimento di risultati particolari.

Al fine di essere resa comprensibile alla macchina, l'idea del programmatore che è alla base del *software* viene elaborata, attraverso procedimenti di calcolo matematico, in una serie di *bits*, rappresentati da un flusso di numeri (una sequenza di 0 e di 1). La versione originaria del *software*, ossia l'idea del programmatore, prende il nome di codice sorgente; quella rielaborata nel linguaggio dell'elaboratore è, invece, il codice oggetto.

Orbene, gli elevati costi connessi alla progettazione dei programmi per elaboratore e la relativa semplicità ed economicità con cui possono essere copiati hanno messo in luce, fin dall'ingresso sul mercato di questi nuovi prodotti tecnologici, l'esigenza della loro qualificazione giuridica e di una tutela di tipo esclusivo, in grado di remunerare gli elevati investimenti, sia in termini di risorse umane che finanziarie, necessari per la realizzazione del *software*.¹

Quale bene immateriale, esso avrebbe potuto essere qualificato giuridicamente tanto come opera dell'ingegno e, come tale, ricevere la tutela propria del diritto d'autore, tanto come invenzione industriale e, quindi, essere assoggettato alla tutela brevettuale. L'ampio dibattito, protrattosi per circa un decennio, ha portato, con la Convenzione di Berna del 1978, alla scelta della tutela del diritto d'autore, il che non appare privo di

¹ C. PASTORE, *La tutelabilità del software*, in G. CASSANO (a cura di), *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 1045.

fondamento. Il diritto d'autore, infatti, rende possibile una protezione giuridica immediata, che riceve riconoscimento nel momento stesso in cui l'opera è creata, senza dover adempiere particolari formalità; inoltre, rappresenta lo strumento più idoneo a favorire lo sviluppo tecnologico e gli interessi dei produttori contro la riproduzione illegale e la manipolazione.² In linea con l'orientamento internazionale, la Comunità Europea, con Direttiva 91/250/CEE del 14 maggio 1991 (Guce n. L 122 del 17 maggio 1991), ha disposto che gli Stati membri proteggessero il *software* alla stregua delle opere dell'ingegno.³

Il legislatore italiano, in sede di attuazione della direttiva, con il D. Lgs. del 29 dicembre 1992, n. 518 (Gu n. 306 del 31 dicembre 1992), ha novellato l'impianto originario della legge sul diritto d'autore (L. 22 aprile 1941, n. 633, Gu n. 166 del 16 luglio 1941; di seguito l.a.), introducendo le nuove disposizioni relative ai programmi per elaboratore. Il comma 2 dell'art. 1, introdotto dal D.Lgs. 518/92, stabilisce che "sono, altresì, protetti i programmi per elaboratore come opere letterarie ai sensi della Convenzione di Berna sulle opere letterarie ed artistiche ratificata e resa esecutiva con l. 20 giugno 1978, n. 399".

L'art. 2, n. 8, delimita l'oggetto della tutela, statuendo che sono compresi nella protezione della l.a. "i programmi per elaboratore, in qualsiasi forma espressi purché originali quale risultato intellettuale dell'autore. Restano esclusi dalla tutela [...] le idee ed i principi che stanno alla base di qualsiasi elemento del programma, compresi quelli alla base delle sue interfacce. Il termine programma comprende anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso".

L'ambito di applicazione della norma, che comprende sia il codice sorgente che il codice oggetto del *software*, si estende anche al materiale preparatorio per la progettazione, che è costituito da quegli elementi che individuano il nucleo concettuale che dovrà evolversi nel programma, che siano dotati di una loro organicità e compiutezza (ad esempio, il diagramma di flusso ed il diagramma a blocchi); diversamente, non sono tutelate le idee e i principi che stanno alla base degli elementi del programma e delle sue interfacce, ossia quelle "componenti del *software* idonee a consentire la comunicazione fra

² Si veda, sul punto, *ivi*, p. 1046; ed, anche, L. CHIMIENTI, *Lineamenti del nuovo diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 12.

³ La Direttiva comunitaria, in considerazione della rilevanza del bene *software*, ha espressamente previsto che le disposizioni sul diritto d'autore, in ogni caso, "non ostano all'applicazione di altre eventuali disposizioni giuridiche come quelle in materia di diritti brevettuali, marchi commerciali, concorrenza sleale, segreto industriale, tutela dei prodotti che incorporano semiconduttori, nonché in materia di diritto contrattuale".

programmi *inter se* e con le strutture dell'*hardware*'.⁴ Ai fini della sua tutelabilità, il *software* deve possedere i caratteri della originalità e della creatività. L'individuazione dei soggetti del diritto, il diritto morale d'autore e la durata dei diritti di utilizzazione economica, seguono la disciplina comune agli altri generi di opere dell'ingegno.

I diritti esclusivi dell'autore e le facoltà riservate all'utilizzatore, invece, sono oggetto specifico degli artt. 64-bis, 64-ter e 64-quater, contenuti nella Sezione VI, introdotta nella l.a. dal D.Lgs. 518/92.

Secondo l'art. 64-bis sono precluse a terzi, senza l'autorizzazione del titolare dei diritti, "la riproduzione, permanente o temporanea, totale o parziale, del programma per elaboratore con qualsiasi mezzo o in qualsiasi forma"; "il caricamento, la visualizzazione, l'esecuzione, la trasmissione o la memorizzazione del programma" nella misura in cui richiedano una riproduzione; "la traduzione, l'adattamento, la trasformazione e ogni altra modificazione del programma per elaboratore, nonché la riproduzione dell'opera che ne risulti"; ed infine "qualsiasi forma di distribuzione al pubblico, compresa la locazione, del programma per elaboratore originale o di copie dello stesso".

Questa norma ha introdotto due concetti prima sconosciuti all'impianto della l.a.: la riproduzione temporanea e la distribuzione.

Il diritto di distribuzione rientra nella facoltà di commercializzare l'opera ed è connesso al cd. principio di esaurimento, secondo cui chi acquista legittimamente un'opera dell'ingegno ha il diritto di rivenderla, senza chiedere l'autorizzazione all'autore o ai titolari dei diritti connessi. Nella disciplina del *software* il principio di esaurimento trova applicazione solo in parte, poiché, ai sensi del 64-bis, lett. c), "la prima vendita di una copia del programma nella Comunità Economica Europea da parte del titolare dei diritti, o con il suo consenso, esaurisce il diritto di distribuzione di detta copia all'interno della Comunità, ad eccezione del diritto di controllare l'ulteriore locazione del programma o di una copia dello stesso".

Gli artt. 64-ter e 64-quater disciplinano i diritti dell'utilizzatore. Nella specie, l'art. 64-ter, comma 1, limita la portata generale dei divieti posti a carico dell'utilizzatore del programma per elaboratore dal 64-bis, consentendo, pur in assenza di autorizzazione dal titolare dei diritti esclusivi, le attività indicate nell'art. 64-bis, lett. a) e b), allorché tali attività siano necessarie per l'uso del programma per elaboratore conformemente alla sua

⁴ G. CAPO, *Tutela giuridica del software*, in D. VALENTINO (a cura di), *Manuale di informatica giuridica*, ESI, Napoli, 2004, p. 228.

destinazione da parte del legittimo acquirente, inclusa la correzione degli errori.⁵ I commi 2 e 3, poi, legittimano l'utilizzatore ad "effettuare una copia di riserva del programma, qualora tale copia sia necessaria per l'uso", nonché ad "osservare, studiare o sottoporre a prova il funzionamento del programma".

L'art. 64-quater disciplina il cd. *reverse engineering*, cioè la facoltà dell'utilizzatore di decompilare il programma, al fine di consentirne l'interoperabilità con altri programmi, laddove decompilare significa risalire dal codice oggetto al codice sorgente. L'interoperabilità, invece, rappresenta la connessione funzionale e l'interazione tra i vari programmi per elaboratore o con le componenti *hardware*. Pertanto, ha diritto a decompilare il programma chi abbia acquisito legittimamente il diritto di utilizzarlo. Le informazioni ottenute con la decompilazione non possono, però, essere utilizzate per scopi diversi dal conseguimento dell'interoperabilità, non possono essere comunicate a terzi, né utilizzate per "lo sviluppo, la produzione o la commercializzazione di un programma per elaboratore sostanzialmente simile, o per ogni altra attività che violi il diritto d'autore" (art. 64-quater, comma 2).

I contratti aventi ad oggetto il software

I contratti aventi ad oggetto il *software* disciplinano, in genere, la cessione dei diritti di utilizzazione economica o l'attribuzione del diritto di usare il bene, restando in capo all'autore i diritti esclusivi. Nel primo caso si è in presenza di una vera e propria vendita di *software*, come tale definitiva ed irrevocabile, con cui si attua un trasferimento, dietro pagamento di un prezzo, dei diritti patrimoniali esclusivi dell'autore.⁶ La vendita, in questo modo, determina l'acquisizione del diritto di sfruttare economicamente l'opera dell'ingegno. Nel secondo caso, invece, si è in presenza della cd. licenza d'uso, cioè di un contratto con cui una parte si obbliga a far utilizzare all'altra un programma, per un dato tempo e verso un determinato corrispettivo.⁷ Nel modello di licenza d'uso, quindi, "non si

⁵ La correzione degli errori viene detta *debugging* e comprende quegli errori che il *software* può manifestare o nel momento della sua installazione oppure durante il suo utilizzo; cfr., G. SCORZA, *La tutela giuridica del software*, in E. PATTARO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica e delle nuove tecnologie*, Clueb, Bologna, 2000, p. 40.

⁶ V., sul punto, G. CAPO, cit., p. 252; nonché, G. DI GIANDOMENICO, *Natura giuridica e profili negoziali del software*, ESI, Napoli, 2000, p. 201 ss.

⁷ E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Cedam, Padova, 1997, p. 233.

cede alcun diritto di sfruttamento economico sul bene, ma ci si limita a concedere il solo godimento personale del programma”.⁸

Occorre notare che la disciplina contrattuale del *software* non segue quella tipizzata dalla l.a. nei contratti di edizione e rappresentazione ed esecuzione, ma trae titolo da modelli contrattuali diversi che non sempre trovano riscontro negli schemi giuridici tradizionali.⁹

Gli artt. 64-ter, commi 1 e 2, e 64-quater, comma 3, individuano i limiti posti dalla legge all'autonomia privata, sancendo la nullità delle clausole pattuite in violazione di quanto da essi stabilito.

Pertanto, la licenza d'uso, che è il modello contrattuale più diffuso nella prassi commerciale del *software*, contiene la disciplina convenzionale con cui le parti intendono regolare il loro rapporto, che individua i limiti, le modalità e le condizioni entro cui il licenziatario potrà utilizzare la singola copia del programma concessa in uso dal licenziante.¹⁰

Occorre distinguere, a questo punto, i diversi tipi di licenze che sono state sviluppate, con specifico riguardo, innanzitutto, al *software* a carattere proprietario, il cui utilizzo è subordinato al rilascio di un permesso speciale dell'autore.¹¹

E, in questo ambito, occorre ulteriormente distinguere tra *software* 'pacchettizzati', vale a dire programmi messi in commercio ed acquistabili da qualunque utente, e programmi personalizzati, il cui scopo è quello di soddisfare le esigenze di una determinata, specifica utenza. Nel caso dei *software* 'pacchettizzati', vengono in rilievo le cd. licenze a strappo, così definite perché l'apertura della confezione che sigilla il programma per elaboratore

⁸ LEONE, *La concessione del software tra licenza e locazione*, in G. ALPA, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *I contratti di informatica*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 359. Secondo l'Autore il termine licenza d'uso è improprio, in detto caso, dato che il contratto di licenza si sostanzia nella concessione da parte del licenziante ad un licenziatario non solo della facoltà di godere di una certa idea creativa, ma anche di sfruttarla economicamente (*ivi*, p. 349 ss.).

⁹ Sull'inquadramento dei contratti di diritto d'autore, con riguardo specifico al *software* ed al trasferimento dei diritti patrimoniali d'autore su di esso, v. G. DI GIANDOMENICO, *cit.*, p. 219 ss., spec. nota 51.

¹⁰ G. SCORZA, *Elementi di diritto dell'informatica*, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2004, p. 20.

¹¹ La distinzione che, generalmente, viene fatta tra *software* a carattere proprietario e *software* libero/*open source* si basa sul 'grado di libertà' che l'autore attribuisce ai fruitori della sua opera. Nel *software* proprietario il grado è minimo, visto che il licenziatario non ha la possibilità di venire a conoscenza del codice sorgente. Nella licenza d'uso 'proprietaria' sono contenute le restrizioni poste a carico dell'utilizzatore nell'utilizzo del programma. Il produttore, qui, fornisce il *software* solo in formato eseguibile; v., M. BUCCARELLA, *Software proprietario e free software: le divergenze si giocano sul filo del copyright*, in *Net Jus* (www.netjus.org).

importa accettazione delle condizioni contrattuali della licenza, predisposte unilateralmente da colui che cede in uso il *software*, e, quindi, conclusione dell'accordo.¹²

Oggetto del programma è, esclusivamente, la possibilità di utilizzare il codice oggetto del *software*, senza possibilità di venire a conoscenza del codice sorgente, né di modificare il programma stesso. Inoltre, la licenza autorizza l'uso del *software* su di un'unica postazione e, se le postazioni sono più d'una, il numero deve essere specificato nel contratto; è fatto divieto, poi, di sublicenziare il prodotto o di effettuare altre copie, oltre quella di riserva.¹³

Ulteriori tipologie di licenza sono: la *freeware* e la *shareware*.

Nella *freeware* il *software* è ceduto a titolo gratuito, in genere per motivi promozionali, ma sempre con riserva di *copyright*.¹⁴ La *shareware*, invece, consente di utilizzare liberamente, così come anche di duplicare un *software* completo, ma tale libertà di utilizzo è limitata nel tempo. In questi casi, come nelle licenze a strappo, gli utenti vengono a conoscenza solo del codice oggetto del programma.

Diverso è, invece, il contratto di sviluppo di *software*, in cui le parti hanno la possibilità di negoziare delle condizioni personalizzate, solitamente al fine di creare *ex novo* un programma per elaboratore, per soddisfare specifiche esigenze dei committenti. Questo tipo di contratto viene riportato allo schema dell'appalto o del contratto d'opera intellettuale, a seconda che la creazione del *software* venga affidata ad una impresa o nell'esercizio di una professione.¹⁵

Nella categoria del *software libero/open source* i diritti riconosciuti al licenziatario sono più ampi. La licenza più diffusa, in questo ambito, è la GNU GPL (*General Public License*)¹⁶, che, in sintesi, autorizza il licenziatario ad utilizzare il programma per

¹² L. CHIMIENTI, *La tutela del software nel diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 96.

¹³ Quando l'autore concede al licenziatario il diritto di usare il *software*, concesso in uso, su più postazioni numericamente determinate o da determinarsi nel corso dell'esecuzione del contratto, con progressivo aumento del corrispettivo dovuto, si parla di 'multilicenze'; cfr., sul punto, G. SCORZA, *Elementi...*, cit., p. 22.

¹⁴ G. SISTO, *Le diverse modalità di distribuzione del software: freeware, shareware e trial version*, in G. CASSANO (a cura di), *Diritto delle nuove tecnologie informatiche e dell'Internet*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 1063.

¹⁵ G. CAPO, cit., p. 256; ed, anche, G. DI GIANDOMENICO, cit., p. 249 ss.

¹⁶ M. BERTASI, *Profili giuridici delle licenze di software libero/open source nell'ordinamento italiano*, in www.dirittodautore.it. La licenza GPL, oltre ad altre licenze simili aventi ad oggetto il *software* libero (ad esempio la *Bsd License* e la *Mozilla Public License*), consentono la disponibilità del codice sorgente del programma. Specificamente, il codice aperto da la possibilità di intervenire immediatamente per rimediare a malfunzionamenti eventuali del sistema e offre la possibilità di studiare, modificare, ridistribuire il *software* che si usa. Il *reverse engineering* non è, dunque, necessario. Il programma viene conosciuto nella sua genesi e nelle modalità di

elaboratore accedendo anche al suo codice sorgente, con possibilità di modificarlo e ridistribuirlo anche a fini commerciali. Il *software* libero si basa sul concetto di *copyleft*.¹⁷ Ancora maggiore ampiezza di diritti concessi agli utenti è prevista nel *public domain software*, anch'esso basato sul paradigma del *copyleft*, che viene distribuito liberamente e gratuitamente, senza alcuna annotazione di *copyright*.

La pirateria informatica

La tutela dei diritti esclusivi patrimoniali comporta, necessariamente, che ogni forma di utilizzazione economica delle opere dell'ingegno sia autorizzata dagli autori e dai titolari dei diritti connessi. In mancanza di autorizzazione, a parte alcune eccezioni tassativamente individuate dalla l.a., si versa in ipotesi di utilizzazioni illecite.

L'evoluzione dei mezzi di comunicazione ha facilitato lo scambio di informazioni, comportando un notevole aumento delle possibilità di violare il diritto d'autore, e le originarie forme di tutela si sono dimostrate non più efficaci a fronte della affermazione sia di nuove modalità di diffusione e riproduzione delle opere, sia di nuove forme di espressione della creatività.

Le tecnologie digitali ed Internet, in particolare, sono, oggi, gli strumenti più utilizzati nella struttura della comunicazione. Grazie alla digitalizzazione, ogni tipo di opera può essere scorporata dal suo supporto fisico e trasformata in un flusso di numeri che ne permette la trasmissione e la riproduzione digitale all'infinito. La rapidità di circolazione delle opere smaterializzate, nella rete di telecomunicazione globale, comporta, per gli autori, da un lato, una notevole difficoltà di controllare le fruizioni delle loro opere e, dall'altro, la possibilità di raggiungere direttamente il pubblico.

Il tentativo di controllare e regolamentare questi fenomeni è stato oggetto di numerosi trattati internazionali, con lo scopo specifico di combattere la pirateria, ossia la "pratica di riprodurre e diffondere opere dell'ingegno senza le necessarie autorizzazioni e i dovuti

funzionamento. V., anche, sul punto, G. ZICCARDI, *Open Source e libertà di codice*, in G. CASSANO (a cura di), cit., p. 1069; R. STALLMAN, *La GPL GNU e il modello americano*, in www.gnu.org.

¹⁷ L'idea di *copyleft* rappresenterebbe un 'ribaltamento' del *copyright* tradizionale, definibile come una conversione delle "licenze d'uso, da decalogo di obblighi dell'utente, in una sorta di statuto dei suoi diritti, intoccabili nel tempo e invariabili presso terzi"; cfr., sul punto, S. ALIPRANDI, *L'altra faccia del copyright – diritto d'autore e copyleft nella cultura open content*, in www.creattivismo.openlabs.it.

compensi, in spregio dei diritti patrimoniali o dei diritti connessi degli editori, produttori e interpreti".¹⁸

È stata, in particolare, la diffusione dei brani musicali, attraverso Internet, a porre in evidenza la necessità di tutelare le opere dell'ingegno a fronte della loro incontrollata circolazione nella rete. Ma la pirateria nel *web* comprende tutti i tipi di opere dell'ingegno, *software*, opere cinematografiche, opere multimediali, e la tecnica del *download* permette all'utente di prelevare le opere disponibili *on line* e copiarle sul proprio *computer*.¹⁹

I progressi della tecnologia hanno favorito, ulteriormente, lo sviluppo di contesti virtuali in cui è possibile scambiare, in modo diretto, ogni sorta di contenuto digitale. I sistemi di *file sharing*, basati sul paradigma del *peer to peer*, infatti, consentono la creazione di ambienti di collaborazione e condivisione senza la necessità di far confluire e mantenere le informazioni in un *database* centralizzato.²⁰ Più semplicemente, nei sistemi di *file sharing*, ogni utente condivide qualcosa e preleva dagli altri utenti ciò che essi rendono disponibile.²¹

Relativamente alla pirateria che ha per oggetto il *software*, alcuni autori ne hanno distinto due categorie: la pirateria commerciale, che si realizza mediante la riproduzione di copie di *software* che alimentano un mercato parallelo; la pirateria industriale, consistente nella riscrittura del codice sorgente del programma in maniera analoga a quella del *software* copiato, ma caratterizzato da alcune operazioni mirate per mascherare il plagio.²²

Nel 1994 è stato emanato l'accordo TRIPs sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio, del 1996 sono gli accordi OMPI e i due trattati WIPO (il WIPO *Copyright Treaty* e il WIPO *Performances and Phonograms Treaty*), cui hanno fatto seguito il DMCA (*Digital Millennium Copyright Act*) del 1998, negli Stati Uniti, e la Direttiva Europea 2001/29/CE del 22 maggio 2001 (Guce n. L 167 del 22 giugno 2001), attuata in Italia con D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68 (Gu n. 87 del 14 aprile 2003),

¹⁸ P. ONORATO, *La tutela penale del diritto d'autore. Le fattispecie incriminate dopo la legge n. 248/2000*, in *Cass. Pen.*, 2, 2003, p. 675.

¹⁹ L. TURINI, *La vendita e la circolazione di materiali musicali*, in G. CASSANO (a cura di), *cit.*, p. 1006.

²⁰ Cfr. G. RUFFO, *Protezione della provaci e della proprietà intellettuale: il caso del peer-to-peer in Italia*, in F. BERGADAMO-A. MANTELETO-G. RUFFO-G. SARTOR, *Privacy digitale. Giuristi e informatici a confronto*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 55-58.

²¹ R. DE CARLO, *Pirateria e peer to peer: un binomio indissolubile?*, in *Telèma*, XXIII, 6-13, 2005, p. 90.

²² B. CUNEGATTI -G. SCORZA, *Multimedialità e diritto d'autore. Multimedia, banche di dati, software e MP3 alla luce della Direttiva 2001/29/CE*, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2001, p. 87.

sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

Le violazioni del diritto d'autore: le sanzioni nel sistema della L. 248/2000

In Italia, un primo intervento di modifica della l.a. è intervenuto con la L. 18 agosto 2000, n. 248 (Gu n. 206 del 4 settembre 2000), recante nuove norme a tutela del diritto d'autore, la quale ha determinato un primo inasprimento delle originarie restrizioni poste a tutela del diritto d'autore. La riforma, infatti, ha interessato la parte della Sezione II della l.a. relativa alle difese e sanzioni penali che conseguono ad attività illecite contro il diritto d'autore.

La legge ha novellato, in specie, l'art. 171-bis che disciplina la tutela del *software* e delle banche dati. È punito chiunque abusivamente duplica, per trarne profitto, programmi per elaboratore, o ai medesimi fini importa, distribuisce, vende, detiene a scopo commerciale o imprenditoriale o concede in locazione programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla SIAE, analogamente a chiunque, al fine di trarne profitto, riproduce su supporti non contrassegnati, trasferisce su altro supporto, distribuisce, comunica, presenta o dimostra in pubblico, il contenuto di una banca dati, o esegue estrazione o reimpiego, o distribuisce, vende o concede in locazione una banca dati. L'originaria previsione del 171-bis, prevedeva, perché si configurasse attività illecita, sanzionabile penalmente, che le condotte su elencate fossero commesse "a fine di lucro". La 248/2000 ha sostituito questa dizione con quella dello scopo di "trarre profitto" dalle condotte contraffattorie, con ciò "eliminando ogni questione interpretativa correlata ad ipotesi di vantaggio non immediatamente patrimoniale".²³

Dal dettato dei due articoli citati si evince che il legislatore ha utilizzato i termini "duplicazione" e "riproduzione" per esprimere concetti in parte differenti. La duplicazione comporta la produzione in serie di più copie di un unico originale, identiche fra loro; la nozione di riproduzione, invece, con accezione più ampia, comprende qualsiasi attività tecnica idonea a produrre l'effetto di una nuova destinazione del contenuto del supporto.

In virtù di questa distinzione concettuale, la Corte di Cassazione²⁴ ha osservato come il requisito dell'originalità del *software*, date le sue caratteristiche, vada interpretato in senso soggettivo "nel senso che è sufficiente per il riconoscimento della tutela la

²³ Così, Cass. Pen., Sez. III, 19 settembre 2001, n. 2408, in www.penale.it.

²⁴ Cass. Pen., Sez. III, 24 aprile 2002, n. 15509, in www.lexfor.it.

circostanza che l'opera sia frutto di uno sforzo intellettuale indipendente e che non sia, pertanto, la riproduzione di quanto già realizzato da altri. [...], il *software* è caratterizzato, nella concezione della creatività, dall'essere un ritrovato del progresso tecnologico, diretto alla produzione di un risultato utile, oltre che una creazione intellettuale, sicché sconta del primo aspetto una diminuzione del concetto di originalità, perché l'innovazione tecnologica non è completamente astratta dal precedente, ma costituisce spesso elaborazione, adeguamento e perfezionamento". Inoltre, l'estensione della tutela al codice sorgente ed al codice oggetto, nonché al materiale preparatorio del programma, rivela, secondo la Suprema Corte, come debba essere protetta in sede penale anche la duplicazione parziale.

Uno degli aspetti più rilevanti della 248/2000 è quello dell'obbligo di apposizione del contrassegno SIAE anche sui supporti contenenti programmi per elaboratore e della illiceità dell'assenza del contrassegno o della non originalità di quello eventualmente apposto. Il contrassegno, in questa ottica, si pone come spartiacque tra condotta lecita ed illecita.

Il successivo regolamento di attuazione, intervenuto con DPCM 11 luglio 2001, n. 338 (Gu n. 194 del 22 agosto 2001), ha individuato, oltre alle caratteristiche del contrassegno, tre tipologie di supporto: la prima è costituita dai supporti che devono essere vidimati, obbligatoriamente, con l'apposizione del contrassegno; la seconda categoria comprende quei supporti per i quali tale vidimazione (su richiesta dell'interessato) può avvenire tramite dichiarazione identificativa sostitutiva del contrassegno (tale dichiarazione è ammessa solo per il *software* e non per le opere multimediali); la terza è quella relativa a quei supporti che sono esenti da qualsivoglia vidimazione come i programmi scaricati per via telematica e direttamente installati sul *computer*, gli aggiornamenti distribuiti dal produttore, i *demo*²⁵, i programmi *shareware*.²⁶

²⁵ Con riguardo alle modalità di messa in circolazione del *software*, si parla di *demo* (o *trial version*), quando il programma viene distribuito in versione parziale, o quando è privo di alcune funzionalità; G. SISTO, cit., p. 1058.

²⁶ M. PIZZANELLI, *Tutela delle pagine web*, in www.infouma.di.unipi.it. L'art. 5 del DPCM 338/2001 specifica che per "supporti contenenti programmi per elaboratore o multimediali si intendono i supporti [...] contenenti programmi destinati ad essere posti in commercio o ceduti in uso a qualunque titolo a fine di lucro ed in particolare: a) i programmi aventi carattere di sistema operativo, applicazione o archivio di contenuti multimediali [...], fruibili mediante [...] lettura diretta del supporto, [...], o attraverso installazione mediante il medesimo supporto su un'altra memoria di massa destinata alla fruizione diretta mediante *personal computer*; b) i programmi destinati alla lettura e alla fruizione su apparati specifici per videogiochi, [...] comunque denominati, ed altre applicazioni multimediali quali *player* audio e video". Il secondo comma

La legge affida all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni compiti di prevenzione e controllo ispettivo della proprietà intellettuale; è previsto, inoltre, un coordinamento continuo tra autorità e SIAE, con particolare riferimento alla produzione e alla vendita di supporti multimediali ed alle emissioni radiofoniche e televisive via etere e via cavo. L'autorità, peraltro, ha istituito una apposita unità anti-pirateria informatica e audiovisiva che partecipa, anche in sede internazionale, alle attività di studio e di coordinamento sul tema della protezione della proprietà intellettuale e che ha avviato un programma di consultazione con la SIAE, a supporto dell'azione della magistratura nei casi di accertamento di violazioni.

Con la legge 248/2000, il legislatore nazionale ha, dunque, posto le basi per reagire ad una situazione, legata soprattutto alle tecnologie informatiche, che comporta una notevole diminuzione delle *chances* di esercizio delle privative proprie dell'autore.

La Direttiva 2001/29/CEE ed il D.Lgs. 68/2003

Altro punto di svolta decisivo, nella direzione intrapresa per la tutela del diritto d'autore nella società dell'informazione, è la Direttiva comunitaria 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione. Tale Direttiva, nota anche come EUCD (*European Union Copyright Directive*), nasce con lo scopo di aggiornare ed uniformare la legislazione sul diritto d'autore in vigore nei Paesi membri e, all'art. 2, prevede che gli Stati membri riconoscano ai titolari dei diritti esclusivi "il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte".

La particolare attenzione, rivolta dal legislatore europeo, alla realtà di Internet, ha comportato che si attribuisse un nuovo significato, più ampio, al termine 'riproduzione'. Nella sua nuova accezione, essa non comprende più solo la moltiplicazione di un'opera in forma materiale, ma anche quella effettuata su memorie digitali. Infatti, l'articolo su citato distingue tra riproduzione diretta e indiretta e tra riproduzione temporanea o permanente. Si ha riproduzione diretta quando viene fatta una fissazione su supporto materiale o una memorizzazione digitale o analogica, nel luogo stesso dove avviene la rappresentazione o esecuzione; si ha riproduzione indiretta, invece, quando la stessa è

prevede, poi, che sono ricompresi nell'ambito di applicazione del regolamento "i programmi per elaboratore ovvero multimediali contenenti applicazioni di tipo videogioco, enciclopedia, dizionario, destinati a qualsiasi forma di intrattenimento o per fruizioni da parte di singoli utilizzatori o di gruppi in ambito privato, scolastico o accademico".

effettuata da altra riproduzione o da altra trasmissione a distanza. È permanente, poi, una riproduzione fatta, ad esempio, su supporto riscrivibile; al contrario, è temporanea quella che, decorso un certo lasso di tempo, è destinata a cancellarsi.²⁷ La memorizzazione temporanea avviene, di solito, nella *ram* del *computer*, oppure su una *directory* del disco rigido, oppure ancora sul *server* di un intermediario.²⁸

L'altra rilevante novità, introdotta dall'art. 6 della EUCD, è quella di aver previsto delle norme sulla tutela giuridica delle misure tecnologiche di protezione, ossia dei sistemi che regolano l'accesso e la copia dei materiali coperti dal diritto d'autore. Gli autori, e i titolari di diritti connessi, hanno, così, la possibilità di proteggere con misure tecnologiche i materiali, messi in circolazione tramite Internet, senza limitazioni da parte della legge. E gli Stati membri hanno l'obbligo di prevedere un'adeguata protezione giuridica, non solo contro l'elusione di queste misure, ma anche contro il traffico di dispositivi e servizi atti ad aggirarle.²⁹

La Direttiva è stata recepita in Italia con D.Lgs. 68 del 2003. Gli attuali adeguamenti normativi sono stati apportati modificando od introducendo nella l.a. molti articoli che ne hanno profondamente innovato l'impianto originario. I primi tre articoli del decreto hanno modificato gli artt. 13, 16 e 17 l.a.

Il nuovo testo dell'art. 13 estende il diritto esclusivo di riprodurre ai casi di riproduzione particolari che si rifanno espressamente all'ambiente digitale, quindi la moltiplicazione in copia in qualunque modo o forma, comprensivo di ogni procedimento di riproduzione.

Agli artt. 16 e 17, poi, è stata modificata la disciplina della diffusione e della distribuzione. Anzitutto, non si parla più di diffusione ma di comunicazione al pubblico. L'art. 16 suona, ora, nel testo novellato: "il diritto esclusivo di comunicazione al pubblico su filo o senza filo delle opere ha per oggetto l'impiego di uno dei mezzi di diffusione a distanza [...]; comprende altresì la messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente".

La nuova versione dell'art. 17 prevede che "il diritto esclusivo di distribuire ha per oggetto la messa in commercio o in circolazione, o comunque a disposizione, del pubblico, con qualsiasi mezzo ed a qualsiasi titolo, dell'originale dell'opera o degli esemplari di essa

²⁷ L. CHIMIENTI, *Lineamenti...*, cit., p. 237.

²⁸ M. WRINKLER, *Brevi note intorno alla Direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 3, 2001, p. 705.

²⁹ T. MALAGO, *Diritto d'autore e tutela delle misure tecnologiche di protezione*, in *Interlex* (www.interlex.it).

[...]”. Il diritto di comunicazione al pubblico, differentemente da quello di distribuzione, non è soggetto al principio di esaurimento nella Comunità Europea, se non nel caso in cui la prima vendita o il primo atto di trasferimento della proprietà nella Comunità sia effettuato dal titolare del diritto o con il suo consenso.

La disciplina sulle misure tecnologiche di protezione delle opere, infine, è stata posta dagli artt. 102-quater e 102-quinques, secondo i quali l'autore e i titolari dei diritti connessi possono "apporre sulle opere e sui materiali protetti misure tecnologiche di protezione efficaci che comprendano tutte le tecnologie, i dispositivi o i componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati ad impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti", nonché ad inserire sulle medesime opere "informazioni elettroniche sul regime dei diritti", che possono essere "fatte apparire nella comunicazione al pubblico" delle opere stesse.

Queste informazioni possono, altresì, contenere "indicazioni circa i termini o le condizioni d'uso dell'opera e dei materiali, nonché qualunque numero o codice che rappresenti le informazioni stesse o altri elementi di identificazione". In questo modo, il legislatore ha recepito nel nostro ordinamento i diversi sistemi tecnico-informatici di marcatura digitale e protezione logica, già da tempo in uso nell'industria informatica ed audiovisiva, per una più efficace lotta alla pirateria, avente ad oggetto copie digitali di opere protette diffuse per via telematica.³⁰

Conclusioni

Il 20 febbraio 2002 è stata presentata alla Commissione europea la proposta di Direttiva, COM (2002) 92 (Gu C 151 E del 26 giugno 2002), relativa alla brevettabilità delle invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici, che ha riaperto il dibattito sulla possibilità di tutelare il *software* attraverso lo strumento del brevetto.

Il Parlamento europeo ha formulato il suo parere, in prima lettura, il 24 settembre 2003 (Gu C 77 E del 26 marzo 2004), con il quale ha mostrato un orientamento di favore nei confronti della proposta, nonostante le contestuali richieste di alcune modifiche sostanziali al testo originario, ben lungi però dalla concreta approvazione finale della direttiva.

³⁰ G. SCORZA, *Elementi...*, cit., p. 19 ss.

Anzi, nel 2005, a conclusione dell'*iter* legislativo, con Raccomandazione P6_TA(2005)0275, il Parlamento europeo ha definitivamente respinto la proposta, concludendo così la procedura per la sua approvazione.

Il divieto di brevettazione dei programmi per elaboratore risale ai primi anni settanta, nella specie alla Convenzione di Monaco sul brevetto europeo del 5 ottobre 1973 (CBE) e alla limitazione contenuta nell'art. 52 che nega ai programmi per elaboratore, in quanto tali, la natura di invenzione. Lo stesso principio è stato ripreso dal legislatore nazionale e trasposto nell'art. 12 della legge industriale (DPR 22 giugno 1979, n. 338, Gu n. 215 del 7 agosto 1979). L'esclusione dal brevetto del *software* si basava sulla considerazione che esso, in quanto consistente in un algoritmo, dunque in un metodo matematico, fosse sprovvisto, al pari delle scoperte e delle teorie scientifiche, della natura tecnica propria delle invenzioni.

Il testo della proposta di direttiva ha sollevato, dunque, una questione interpretativa sulla locuzione utilizzata per distinguere la tipologia di invenzioni per i quali si richiedeva il ricorso alla tutela brevettuale e i programmi per elaboratore, considerati in quanto tali, che ne restavano esclusi.

L'invenzione attuata per mezzo di elaboratori elettronici' (*computer implemented inventions*), infatti, veniva definita dall'art. 2 a) della direttiva, come una invenzione la cui esecuzione implica l'uso di un elaboratore, di una rete di elaboratori o di un altro apparecchio programmabile e che presenta una o più caratteristiche realizzate in tutto o in parte per mezzo di uno o più programmi per elaboratori.

Per essere brevettabile, una invenzione attuata per mezzo di elaboratori elettronici deve essere suscettibile di una applicazione industriale, presentare un carattere di novità ed implicare una attività inventiva, ovvero apportare un contributo tecnico inteso quale contributo allo stato dell'arte in un settore della tecnologia, giudicato nuovo (art. 2 b).

Diversamente, non può costituire invenzione brevettabile, un programma per elaboratore in quanto tale (art. 4, comma 1). E, allo stesso modo, una invenzione attuata per mezzo di elaboratori elettronici non è considerata arrecante un contributo tecnico per il solo fatto di implicare l'uso di un elaboratore, di una rete o di un altro apparecchio programmabile. Pertanto, non sono brevettabili le invenzioni implicanti programmi per elaboratori, in codice sorgente, in codice oggetto o in qualsiasi altra forma, che applicano metodi per attività commerciali, metodi matematici o di altro tipo e non producono alcun effetto tecnico oltre a quello delle normali interazioni fisiche tra un programma e

l'elaboratore, la rete o un altro apparecchio programmabile in cui viene eseguito (art. 4, comma 2).

Invero, nonostante la distinzione formale adottata nel testo, l'obiezione principale sollevata nei confronti della proposta di direttiva, scaturiva proprio dalla impossibilità di spiegare la reale differenza esistente tra *software* in quanto tali e *software* che producono un effetto tecnico, alla luce del fatto che nessun componente elettronico programmabile può funzionare senza un programma informatico.⁶ Da qui, è parso che la direttiva volesse aprire la strada verso la liberalizzazione dei brevetti *software*.

Sono stati sollevati, tra l'altro, anche i possibili rischi conseguenti ad una confusione interpretativa tra ciò che è da considerarsi come *software* in sé o in quanto attui una invenzione tecnica, compreso quello di sconvolgere il regime giuridico applicabile ai programmi per elaboratore e alle altre creazioni intellettuali.⁷

La questione sulla brevettabilità dei programmi per elaboratori, però, attiene propriamente alla evoluzione seguita dalla disciplina di tutela del bene *software* e alle problematiche connesse, che, in qualche modo, hanno attenuato sempre più la originaria contrapposizione diritto d'autore/brevetto.

L'impianto normativo del diritto d'autore, all'epoca della Convenzione di Monaco, appariva essere più confacente alle reali esigenze di tutela dei produttori di programmi per elaboratore in quanto meno burocratico e meno soggetto a controlli preliminari e successivi alla creazione. Ma, il riconoscimento dei notevoli investimenti umani, tecnici e finanziari per la creazione di un programma per elaboratore, a fronte del costo minimo per la loro copiatura, ha posto all'attenzione la necessità di una protezione di tali beni attraverso un regime di esclusiva. Si è, dunque, cercato di trovare degli aspetti comuni tra le due normative del diritto d'autore e della tutela brevettuale da applicare al *software*.⁸ Così l'orientamento della giurisprudenza dell'Ufficio Europeo dei brevetti secondo cui, qualora una invenzione sia dotata dei requisiti di brevettabilità, non può essere esclusa dalla brevettabilità solo perché è realizzata nella forma di un programma per elaboratore. Una invenzione, invero, deve essere sempre valutata nel suo complesso e può essere ben costituita da elementi tecnici e non tecnici, a patto che nella sua

⁶ Parere del comitato economico e sociale in merito alla "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla brevettabilità delle invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici" (2003/C 61/25), del 19 settembre 2002 (punto 3.1).

⁷ Parere del comitato economico e sociale, cit., punti 3.3 e 3.15.

⁸ G. De Santis, La tutela giuridica del software tra brevetto e diritto d'autore, Giuffrè, Milano, 2000, p. 77.

globalità essa sia nuova ed inventiva, anche se la novità o l'inventività dipendono da un programma per elaboratore.⁹

Il problema dei reati contro il *software* ha posto all'evidenza il fatto che il diritto d'autore non è in grado di proteggere la funzionalità del *software* o del sistema di cui il *software* sia componente dalla contraffazione e dello sviluppo indipendente da parte dei concorrenti. Da qui, la necessità di riconoscere il brevetto, non come elemento sostitutivo di protezione, ma complementare al diritto d'autore.¹⁰

⁹ Il *software* finora ammesso alla brevettazione in Europa è stato rivendicato sotto forma di procedimenti, sistemi o dispositivi controllati da *software*, quindi solo in via indiretta, mentre il *software* applicativo in quanto tale è rimasto sempre escluso dalla tutela tramite brevetto. Così, C. PASTORE, cit., pp. 1052-53-54.

¹⁰ *Ivi*, p. 1056.

Profili evolutivi della disciplina del reverse charge nell'ordinamento fiscale europeo e nazionale

di Laura Letizia

La Legge Finanziaria per il 2007 ed altri recenti provvedimenti legislativi, estendendo in ambito nazionale la procedura dell'inversione contabile ad una serie di operazioni, hanno introdotto evidenti riflessi innovativi e significative eccezioni rispetto ai modi tradizionali di applicazione dell'imposta sul valore aggiunto, offrendo l'occasione per taluni spunti di riflessione sulle operazioni interessate e sulle iniziative assunte anche da altri Paesi europei e dagli Organi comunitari.

Il Decreto Legge n. 223 del 4 luglio 2006, infatti, convertito con modifiche dalla Legge n. 248 del 4 agosto 2006 e recante <<*disposizioni urgenti per il rilancio economico, il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*>>¹, ha previsto, nel titolo III, che l'art. 35,

¹ Con la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale n.186 dell'11 agosto 2006 della Legge n.248/2006, la manovra-bis è divenuta legge e le misure in essa previste, sono contenute in 52 articoli, suddivisi in quattro titoli, il cui Titolo III contiene talune: *Misure in materia di contrasto dell'evasione ed elusione fiscale, di recupero della base imponibile, di potenziamento dei poteri di controllo dell'amministrazione finanziaria, di semplificazione degli adempimenti tributari e in materia di giochi*. Le linee generali cui si è ispirata la politica fiscale del Governo italiano e l'insieme degli interventi contenuti nella manovra finanziaria, sono stati illustrati dal vice Ministro dell'Economia e delle Finanze, V. Visco, nella sua audizione alle Commissioni riunite IV Camera e VI Senato (*Finanze*), dell'ottobre 2006, dalla quale si evince, tra l'altro, come la lotta all'evasione e all'elusione fiscale rappresenti uno degli obiettivi prioritari dell'azione di Governo. Tra le misure volte a rafforzare la credibilità dell'Amministrazione finanziaria mediante interventi specifici, viene indicata una maggiore incisività nel controllo sull'effettivo versamento dell'IVA che, in Italia: *"nonostante un'aliquota base tra le più alte rispetto agli altri Paesi europei, ha un rendimento assai minore in termini di gettito effettivo. Questo perché l'evasione è massiccia ed, inoltre, i versamenti effettuati sono notevolmente ridotti dalle frodi sul versante dei rimborsi richiesti, delle compensazioni effettuate con crediti e del riporto degli stessi ad annualità successive. Si è, infatti, andata divaricando in modo significativo la forbice tra l'IVA lorda (che è cresciuta in linea con il PIL) e l'IVA netta di competenza (che è cresciuta meno del PIL). In anni recenti, il numero dei contribuenti che presentano un credito è sostanzialmente uguale a quello che dichiarano un debito, evidenziandosi anche una presenza rilevante di contribuenti che strutturalmente, cioè per più annualità consecutive, si trovano in posizione di credito ai fini IVA con l'erario. Sono crediti che nascono sul mercato interno – quindi non dovuti ad operazioni con l'estero, contratti soprattutto nel macro settore altri servizi e, poi, anche nelle costruzioni, strettamente correlati con la fascia dimensionale delle imprese"*. Per tale ragione, precisa V. Visco: *"nel settore dell'edilizia è stato introdotto l'obbligo per l'appaltatore al versamento dell'IVA per conto dell'impresa appaltante"*, pur se, *"non si deve fare demagogia, né semplificare. Una corretta analisi del fenomeno è indispensabile per articolare un ventaglio di misure e per riportarla a livelli normali, ossia quelli caratteristici degli altri Paesi sviluppati. E', infatti, un fenomeno complesso dove, accanto alla diffusione di patologie etiche e carenza di spirito civico si trovano anche sacche di evasione-elusione necessaria, radicatesi come risposta compensativa alle inefficienze di contesto. Il nostro Paese si è progressivamente integrato nel mercato europeo e globale senza realizzare le riforme strutturali necessarie. Tale carenza è stata per un ventennio in parte compensata da evasione fiscale, spesa pubblica improduttiva e svalutazione della Lira. Conclusasi l'insostenibile fase della svalutazione competitiva, sull'evasione si sono scaricati, almeno parzialmente, i costi dei ritardi nelle riforme. Per alcune imprese, l'integrazione senza riforme ha reso irresistibile la spinta all'evasione-elusione"* e, dunque, *"per abbattere l'evasione e l'elusione non sarà mai sufficiente procedere solo per via fiscale. Reprimere è necessario anche se sgradevole ma non sufficiente; è anche necessario accompagnare l'eliminazione degli spazi normativi per l'elusione, il potenziamento dei controlli e l'innalzamento della quota di riscossione effettiva, con*

comma 5, aggiunga un nuovo comma, il sesto, all'art. 17 del D.P.R. n. 633/1972, con il quale il meccanismo del *reverse charge* viene esteso anche alle prestazioni di servizi rese nel settore edile dai subappaltatori nei confronti delle imprese che esercitano attività di costruzione o di ristrutturazioni di immobili, con la conseguenza che tanto il regime dell'IVA applicabile alla disciplina degli appalti che le ritenute fiscali ed i contributi previdenziali/assicurativi dovuti all'Erario ed agli Enti previdenziali/assistenziali da parte del subappaltatore, risultano profondamente innovati².

l'abbassamento delle aliquote e, soprattutto con le riforme strutturali che consentano alle imprese di operare nella legalità'. Cfr. V. Visco, *Audizione Commissioni riunite IV Camera e VI Senato*, 16 ottobre 2006.

² La norma fiscale *antievasiva* del *reverse charge* trova il suo *pendant* attraverso le disposizioni contenute nei commi da 28 a 33, dell'art. 35, D.L. n. 223/2006 nonché nel comma 34, inserito nel disegno di legge di conversione (L. n. 248/2006). Tali previsioni sono *"dirette sia ad incrementare il livello di adempimento degli obblighi fiscali, previdenziali ed assicurativi cui sono tenute le imprese che operano in qualità di appaltatori e subappaltatori sia a migliorare le garanzie per gli enti impositori e previdenziali di riscuotere i propri crediti"*. Cfr. Circolare Agenzia delle Entrate n.28/E del 2007. Rispetto alla responsabilità solidale passiva tra il committente imprenditore (o datore di lavoro) e l'appaltatore, *entro un anno* dalla cessazione dell'appalto, per fini retributivi e contributivi/previdenziali, come è noto, già vi era la previsione ex art. 29, co. 2°, D. Lgs. n.276/2003 (decreto attuativo della *Legge Biagi*), sia per gli appalti pubblici che per quelli privati, *salvo diverse previsioni dei contratti collettivi nazionali di lavoro*. Con l'art. 35, co. 34, la responsabilità in solido viene, quindi, estesa all'effettuazione ed al versamento delle ritenute fiscali sui redditi da lavoro dipendente. La norma ora citata, prevede, infatti, che: *"Le disposizioni di cui ai commi da 28 a 33 si applicano, in relazione ai contratti di appalto e subappalto di opere, forniture e servizi conclusi successivamente all'entrata in vigore del presente decreto, ai soggetti che stipulano i predetti contratti nell'ambito di attività rilevanti ai fini dell'imposta sul valore aggiunto di cui al D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 e, in ogni caso, ai soggetti di cui agli artt. 73 e 74 del T.U.I.R., approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917"*. La ratio delle disposizioni è unica ed è nata dalla necessità del rispetto degli obblighi di cui si tratta, spesso disattesi, senza peraltro che appaltatori e subappaltatori disponessero di un patrimonio in grado di offrire garanzie nell'adempimento verso gli enti impositori e previdenziali, creando inevitabili ricadute distorsive sul regime della concorrenza. La nuova disciplina ha già sollevato numerose perplessità da parte della dottrina (Cfr., C. Calvieri, *Il subappalto, le subforniture ed il nuovo regime di responsabilità introdotto dall'art. 35 della L. 248 del 2006*, in *Lexitalia, articoli e note*, n.12/2006), apparendo meno vincolante ed impegnativa tanto in relazione al modello dell'estensione della responsabilità dell'appaltatore, (sedimentato nell'ordinamento sia dall'art. 118, co. 6°, che dall'art. 29, D.Lgs. n. 273/2006), che in relazione alla figura del committente, il quale risponde per l'inosservanza dei doveri di verifica e pagamento cui sono tenuti appaltatore o subappaltatore solo con una sanzione pecuniaria di natura amministrativa, non potendo essere coinvolto in responsabilità idonee a supportare gli oneri fiscali e/o contributivi in favore dei dipendenti da essi dovuti. Proprio per ovviare a tali *discrasie* è stato aggiunto, dalla L. n. 248/2006, art. 35, il co. 34 in virtù del quale: *"L'efficacia delle disposizioni di cui ai commi da 28 a 33, è sospesa in attesa di un decreto ministeriale da adottarsi in concerto dal Ministero dell'Economie e Finanze ed il Ministero del Lavoro"*. Occorre, però precisare, che non solo tale decreto non è ancora intervenuto sebbene il termine finale avrebbe dovuto essere *"entro il 9 novembre 2006"*, ma si è operata anche: *"una singolare forma di deregolamentazione demandando la disciplina concreta a futuri decreti ministeriali; ulteriormente, da una parte sembra escludersi la responsabilità per i committenti che non esercitano attività commerciale e, dall'altra, appare che se ne estenda l'applicazione per i soggetti indicati negli artt. 73 e 74 T.u.i.r., creando un'evidente incertezza interpretativa sul piano soggettivo ed un rimedio in peius per i lavoratori con tutti i limiti di operatività conseguenti per un disposto nato a garanzia di diritti costituzionalmente sanciti. Unico rimedio ma del tutto incoerente se rapportato alle altre disposizioni dello stesso art. 35 è il rinvio alle disposizioni di cui all'art. 29, Dlgs. n. 276 del 2003, il cui co. 2 estende la responsabilità solidale del committente, nel limite temporale di un anno dalla cessazione del contratto di appalto, alla corresponsione delle trattenute retributive e dei contributi previdenziali"*. Così, C. Calvieri, *Il subappalto, le subforniture*, cit. Peraltro, con la L. F. 2007, co. 912, è stato previsto un aumento del limite temporale - due anni - nel caso dell'appalto di opere o di servizi. Infatti, ai sensi della norma ora citata: *"Il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti in solido con l'appaltatore"*. Sul nuovo regime di responsabilità, cfr., A. Fantozzi & Ass., *Conseguenze della L. 248/2006 e della L.F. 2007 sulle imprese immobiliari*, Aspesi, 11 nov. 2006; AA.VV., *Appalti e lavori pubblici: la responsabilità dell'appaltatore*, Maggioli

L'istituto del *reverse charge*, sul piano della normativa interna, trova la sua disciplina nell'art.17, commi 3 e ss, del D.P.R. n. 633/1972 al quale, il nuovo sesto comma, come ora cennato, estende il meccanismo, già previsto per la cessione di oro e metalli preziosi anche al settore dell'edilizia: il subappaltatore, prestatore di servizi nel settore edile, diviene, dunque, debitore d'imposta e, come tale, obbligato al relativo versamento, se soggetto passivo nel territorio dello Stato³.

L'applicazione dell'inversione contabile, espressione di un regime speciale che realizza un'ampia deroga rispetto alle disposizioni concernenti la soggettività di imposta implica, pertanto, che gli obblighi connessi all'assolvimento del tributo vengano realizzati dal destinatario della cessione o della prestazione, se soggetto passivo nel territorio dello Stato, in luogo del cedente o del prestatore, pur restando ferma la responsabilità di questi ultimi in relazione alla natura e alla effettiva sussistenza dell'operazione di riferimento⁴.

Il campo di applicazione della nuova disposizione è di carattere interno, inserendosi, tuttavia, nel quadro delle misure volte a definire, nella cornice europea, l'adozione rapida di misure contro l'elusione e l'evasione fiscale in alcuni settori per semplificare la riscossione dell'imposta sul valore aggiunto⁵ con la finalità di assicurare il più incisivo

ed., 2007; G. Falasca, *La legge di conversione cambia ancora il regime di responsabilità per appalti e subappalti*, in *Guida Lav.*, n.36, 2006, pp. 26 ss.

³ Sull'estensione del meccanismo dell'inversione contabile per contrastare fenomeni illeciti nel settore edile, cfr. M. Di Capua, *L'attività dell'Agenzia delle Entrate per la prevenzione ed il contrasto dell'elusione e delle frodi*, Convegno, *Le frodi IVA*, Venezia, 12 maggio 2005, *paper*; il quale così si esprime nella sua Relazione: "Spesso accade che i lavori di una commessa siano ceduti in subappalto dall'impresa vincitrice ad un altro soggetto, il quale può, a sua volta, come è noto, affidarne la realizzazione ad un altro imprenditore o realizzare egli stesso le opere ed a copertura dei costi sostenuti in nero, derivanti dall'impiego di lavoratori totalmente o parzialmente irregolari nell'esecuzione delle opere, vengono utilizzate fatture per operazioni inesistenti; in tal modo, le imprese che contabilizzano questi documenti fittizi ottengono il duplice obiettivo di crearsi, da un lato, falsi costi a copertura del lavoro sostenuto irregolarmente e, dall'altro, di abbattere il loro reddito di impresa. Il soggetto, poi, che emette le fatture presenta le caratteristiche del missing trader: manca una struttura aziendale; non vi è adempimento degli obblighi fiscali, il titolare o il rappresentante risultano nullatenenti; la sede operativa è presso l'operazione privata. Cfr., anche, R. Lupi, *Riflessi sistematici delle operazioni antifrode con particolare riferimento al sistema del reverse charge*, Relazione, VI Convegno di Fiscalità Internazionale e Comunitaria, 20 aprile 2007, Nola.

⁴ Cfr. Corte Giustizia UE, 12 gennaio 2006, cause riunite C-354/03, C-355/03 e C-484/03, in G.T., Riv. Giur. Trib., n.4/2006, p. 285

⁵ La crescente internazionalizzazione delle attività imprenditoriali, la volontà di realizzare il mercato unico europeo e la globalizzazione hanno fatto sì che l'Unione europea aprisse in modo sempre più crescente le sue frontiere e se, dagli anni '70, si è cercato di armonizzare la disciplina dell'imposta sul valore aggiunto, la questione appare ancora di rilevante complessità soprattutto per la ricerca di soluzioni volte ad arginare il fenomeno delle frodi. Da ultimo, con la modifica del 24 luglio 2006 dell'art.27 della c.d. sesta direttiva IVA, 77/388/CEE, sono state introdotte misure aventi lo scopo di semplificare la riscossione dell'imposta sul valore aggiunto consentendosi l'abrogazione di talune decisioni che autorizzano misure derogatorie da parte degli Stati membri. (Cfr., Direttiva 2006/69/CE del Consiglio). Il 31 maggio 2006, la Commissione (*Comunicazione*, (COM 82006) 254), aveva già sollecitato una nuova riflessione sulle strategie per combattere le frodi fiscali, aprendo il dibattito su tre adottande misure, le cui proposte, di natura procedurale (ad eccezione della lett. c), sono state: a) migliorare la cooperazione amministrativa tra gli Stati dell'Unione europea attraverso il potenziamento dei

rispetto del principio della trasparenza nel settore edile, caratterizzato, tra l'altro, da ricorrenti fenomeni illeciti realizzati dalle *società cartiere* che attraverso il *carouseul fraudé* consentono al *missing trader*, soggetto interposto, di non provvedere al versamento dell'imposta addebitata all'appaltatore oppure di portare in detrazione un'imposta pur se il committente non ha provveduto a versarla.

Tale modalità fraudolenta, non solo di grandi proporzioni ma anche in espansione nell'Unione europea si realizza attraverso una serie di operazioni che i contraenti attuano ponendo tra il cedente ed il cessionario effettivo, una *società interposta*, definita, a seconda dei casi, *sfinge, filtro, schermo*; ciò può avvenire, inoltre, sia all'interno di uno Stato membro (*con reclamo dell'IVA*) che a livello intracomunitario (*senza reclamo dell'IVA*) e, coinvolgendo, ormai con sempre più frequenza, anche operatori stabiliti in

controlli nazionali utilizzando gli strumenti preesistenti; b) estendere il meccanismo dell'inversione contabile; c) modificare il luogo di tassazione delle operazioni mediante l'adozione di un sistema di imposizione nel Paese di origine piuttosto che in quello di consumo. In relazione alla proposta indicata con la lett. *b)*, si ricorda che essa riprende una precedente (16 marzo 2005), COM (2005) 89, ampliata in base alle sollecitazioni provenienti soprattutto della Germania e dell'Austria di cui si tratta in seguito nel testo ed anticipata nel nostro ordinamento giuridico, dal provvedimento normativo di cui si discute. In dottrina, sull'argomento, tra gli altri, P. Centore, *Alla ricerca di soluzioni contro le frodi IVA*, in *L'IVA*, n.8/2006, IPSOA. Sullo stato di attuazione del coordinamento per le questioni relative all'imposizione indiretta tra sistemi fiscali dei Paesi U.E., cfr., tra gli altri, A. Di Pietro (*coord*), *Lo stato della fiscalità nell'Unione Europea*, Univ. Bologna, *Alma Mater studiorum*, 2003, in [www.finanze/dossier_tematici](#); P. Boria, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2005; V. Uckmar, (*coord.*), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2004, (cap. III - XVIII); A. Comelli, *Iva comunitaria e IVA nazionale. Contributo allo studio della teoria generale dell'imposta sul valore aggiunto*, Padova, 2000; AA.VV., *L'imposta sul valore aggiunto*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, diretta da F. Tesauro, Torino, 2001; A. Comelli, *IVA comunitaria e IVA nazionale*, Padova, 2000.

⁶ Una definizione del *carousel fraud* è fornita dalla Corte dei conti delle Comunità europee nella Relazione annuale sull'esercizio finanziario 2001, in G.U.C.E., n.2002/C59/01, 28.11.2002, par.1.50. Cfr., inoltre, COM (2003) 614 def., 20.10.2003, *Riesame ed aggiornamento delle priorità nella strategia IVA* e COM (2006) 254 def., *Comunicazione della Commissione al Consiglio, Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo sulla necessità di sviluppare una strategia al fine di migliorare la lotta contro la frode fiscale.* (2.1, 5 e 6). Inoltre, nella *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'utilizzo degli accordi di cooperazione amministrativa nella lotta antifrode in materia di IVA*, (3.2.2), COM (2004) 260 def., del 16.4.2004, può leggersi: "Una tipologia di frode che sembra essersi sviluppata in questi ultimi anni e che è attualmente fonte di grande preoccupazione per gli Stati membri è la frode della società fittizia negli scambi intracomunitari (c.d. frode carosello). Si tratta di una tipologia di frode che potrebbe benissimo trarre vantaggio dal prossimo allargamento ed estendersi ai nuovi Stati membri. Questo meccanismo di frode è un chiaro esempio di abuso dell'esenzione IVA nelle transazioni intracomunitarie. La frode si configura nel seguente modo: una c.d. società intermedia (A) effettua una fornitura di merci intracomunitaria esente ad una società fittizia (B) in un altro Stato membro. La società (B) acquista le merci senza pagare l'IVA e poi effettua una fornitura nazionale ad una terza società (C), denominata broker. La società fittizia incassa l'IVA sulle vendite fatte al broker, ma non versa l'IVA all'Erario e scompare. Il broker (C) chiede il rimborso dell'IVA sugli acquisti effettuati presso B. Di conseguenza, la perdita finanziaria per l'Erario è pari all'IVA pagata da C a B. In seguito, la società C può dichiarare una fornitura intracomunitaria esente alla società (A) e quest'ultima può, a sua volta, effettuare una fornitura intracomunitaria esente a (B) ed il ciclo della frode si ripete, e questo spiega l'appellativo di frode carosello. Per sviare le indagini sull'IVA, le merci vengono spesso fornite da (B) a (C) tramite società intermedie, denominate società cuscinetto. Può capitare che la società cuscinetto sia all'oscuro della frode in atto, ma nella maggior parte dei casi è conscia del fatto di essere coinvolta in un tipo di transazione irregolare (data la natura insolita della transazione commerciale). In pratica, questi tipi di frode sono strutturati in modo piuttosto complesso e coinvolgono diversi Stati membri e varie società in ciascuno Stato membro. Cfr., anche, COM (2006) 254 def., *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo ed al Comitato economico e sociale europeo sulla necessità di sviluppare una strategia al fine di migliorare la lotta contro la frode fiscale.* (2.1, 5 e 6)

Paesi terzi. Nonostante la realizzazione di tale meccanismo illecito, tra l'altro, l'amministratore della società interposta non incorre nel reato di cui all'art. 2, D. Lgs. 74/2000, in quanto ha effettivamente sostenuto i costi dell'acquisto dei beni ed, inoltre, sia lo stesso amministratore che il primo cedente non realizzano il reato indicato nell'art. 8, D. Lgs. suddetto, in quanto le cessioni si sono effettivamente realizzate⁷.

Sotto il profilo strettamente fiscale, poi, in materia di IVA, come è noto, non sono previste specifiche disposizioni antielusive come, invece, accade in materia di imposte sui redditi in base alle previsioni contenute negli artt. 37 e 37 bis del D.P.R. n. 600/1972.

Il fenomeno delle *frodi carosello* che si manifesta secondo strutture e variazioni piuttosto complesse causa notevoli perdite per le finanze interne statali e pone, inevitabilmente, riflessi negativi sul bilancio della Comunità. Come cennato, esso si realizza attraverso una serie di operazioni che *consentono* al cedente, una volta emessa fattura con addebito IVA, di *scomparire* senza lasciar traccia, omettendo il pagamento dell'imposta indicata in fattura ed al cessionario, di *concerto* con lo stesso cedente, senza subire l'incisione della rivalsa, di accreditarsi l'importo dell'IVA, chiedendone il rimborso in base alle normali dinamiche applicative previste dalla legge⁸.

⁷ Il Decreto Legislativo 10 marzo 2000, n. 74, *Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'articolo 9 della Legge 25 giugno 1999, n.205*, disciplina nel Titolo II, Capo I, i delitti in materia di dichiarazione, prevedendo, all'art.2, le sanzioni per la *Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti* ed al Capo II, i delitti in materia di documenti e pagamento di imposte, il cui art. 8 indica le sanzioni per l'emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti

⁸ Con la sottoscrizione del 18 luglio 2005, l'Agenzia delle entrate, l'Agenzia delle dogane e il Comando generale della Guardia di finanza hanno definito e formalizzato, un *documento di intesa* volto ad identificare una metodologia comune per il controllo dei *soggetti a rischio* e finalizzata ad individuare e perseguire, nel settore delle frodi all'IVA di carattere comunitario, gli effettivi autori e beneficiari degli illeciti vantaggi economici (*soggetti interponenti*) e non il solo *prestanome (soggetto interposto)*, che appare formalmente responsabile degli omessi versamenti IVA, nonché a migliorare la qualità dell'attività investigativa e dell'azione accertatrice del tributo. Cfr., Circolare Ag. delle Dogane, 17.11.2005, n. 45/D. Occorre, inoltre, ricordare che il co. 386, art. 1, L. n.311/2004, ha introdotto un nuovo regime di corresponsabilità dell'acquirente, il quale - in determinate situazioni - può essere chiamato a rispondere *in solido* con il venditore dell'omesso versamento dell'IVA connessa con operazioni poste in essere con modalità specifiche; inoltre, è stato inserito nel D.P.R. n.633/1972, il nuovo art. 60-bis che, rispetto a specifiche tipologie di beni e cessioni effettuate a condizioni particolari (*prezzo inferiore al valore normale*), prevede - in caso di mancato versamento dell'IVA da parte del venditore (illecito che consente al venditore di «recuperare» la riduzione di prezzo concessa) - che l'acquirente, se soggetto passivo IVA, sia responsabile *in solido* per il versamento dell'imposta, a meno che riesca a fornire la prova documentale che il prezzo è stato stabilito in ragione di eventi o situazioni di fatto oggettivamente rilevabili o sulla base di specifiche disposizioni di legge (e, comunque, non è connesso con il mancato pagamento dell'IVA da parte del venditore). In dottrina, su tale aspetto, cfr., A. Marcheselli, *Presunzioni a catena e motivazioni per relationem sulle cd. frodi carosello nell'IVA*, in *Riv. Giur. Trib.*, n.7/2005, pp.683 ss., n.8/200. In generale, sul fenomeno del *carosel fraud*, Cfr., R. Lupi, G. B. Palumbo, *Frodi carosello, regime del margine e interventi della manovra finanziaria*, in *Dialoghi di diritto tributario*, fasc. 12/2006, pp. 1631-1646; R. Santerno, *Carousel fraud e missing trader nel mirino della UE*, in *Fisco nel mondo*, 16/1/2006; F. Ricca, *Il fisco contro le frodi Iva intra Ue*, in *Italia Oggi*, 7/03/2006, p. 30; P. Centore, *Le frodi IVA*, in *L'IVA*, n.2/2006, Milano, p.5; A. Mignoli, R. Lupi, *Dal condono un'occasione per ragionare di fatture fittizie e frodi IVA*, in *Osservatorio di dir. Trib.*, 21 febbraio 2004; L. Pistorelli, *Le fattispecie di frode fiscale introdotte dal D.Lgs.74/2000: brevi considerazioni a margine della riforma penale tributaria*, in *Diritto pen. trib.*, Aspetti problematici, (a cura di)

La ricerca di una risoluzione volta ad arginare tale meccanismo fraudolento ha sollecitato copiosi interventi sia della Corte di Giustizia⁹ che della Corte dei Conti europea, la quale ultima ha più volte evidenziato l'improrogabile urgenza di potenziare gli strumenti operativi di controllo in materia di imposta sul valore aggiunto attraverso l'adozione integrata di strategie comuni volte ad armonizzare sempre più le normative fiscali di accertamento tra i vari Paesi¹⁰.

In tale ottica si pongono gli ultimi interventi del legislatore nazionale, particolarmente significativi e strettamente collegati anche alle nuove norme del Codice degli appalti in

V.E. Falsitta, Milano, 2001; Circolare Ministero Finanze n.9 del 03.03.06; A. Di Pietro, *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, Milano, 1999. Si rimanda, ulteriormente, alle conclusioni del Convegno promosso dalla DRE del Veneto con il contributo della Dir. Centr. Accert., del 12 maggio 2005, *Le frodi IVA nel mercato interno e negli scambi intracomunitari*, nonché alla *Relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2007*, del P. G. della Repubblica presso la Corte di appello di Roma, sul tema del *carosello fraud.*, S. Vecchione: <<Questo Ufficio è consapevole della attività repressiva compiuta dalla Guardia di Finanza specialmente a fronte dei fenomeni evasivi più insidiosi quali le frodi intracomunitarie (cd. carosello), realizzate nei territori di più Stati da soggetti che utilizzano metodiche raffinate fino a coinvolgere banche e società off-shore. Si confida che gli Alti Comandi sapranno affinare ulteriormente l'organizzazione e utilizzare le migliori forze disponibili per il conseguimento di risultati più concreti e vantaggiosi per le entrate dello Stato, soprattutto in un momento come questo in cui più forte si avverte la gravità di un fenomeno che determina danni ingenti e frena lo sviluppo dell'economia. E' avviso di questo Ufficio che il legislatore, potrà adottare ulteriori iniziative. Si fa riferimento alla Legge n.146/2006 che ratifica la Convenzione e i Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato. Tra l'altro, questa legge prevede la confisca per equivalente rispetto alle cd. frodi carosello, quelle, cioè, aventi carattere transnazionale. Questo istituto, indubbiamente efficace, potrebbe anche essere esteso ai reati tributari: si avrebbero sicuri benefici quanto alla prevenzione delle evasioni fiscali>>.

⁹ Cfr., in particolare, le sentenze della Corte di Giustizia europea: 12 gennaio 2006, procedimenti riuniti C-354/03, C-355/03 e C-484/03; 6 luglio 2006, procedimenti riuniti C-493/ e C-440/04; 12 gennaio 2006, procedimenti riuniti C-354/03, C-355/03 e C-484/03. Inoltre, con la sentenza del 21 febbraio 2006, causa C-255/02, la Corte ha stabilito, tra l'altro, che la VI Direttiva IVA deve essere interpretata come contraria al diritto del soggetto passivo di detrarre l'IVA assolta a monte allorché le operazioni che fondano tale diritto integrano un comportamento abusivo. Tali, appunto, devono essere ritenute: <<le operazioni che, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni, tendono a procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni>>. In altre parole, trattasi della sostanziale introduzione, in via giurisprudenziale, di una clausola generale anti-abuso simile a quella del D.P.R. n.600/1973, anche se per via giurisprudenziale comunitaria, malgrado l'applicazione automatica negli ordinamenti nazionali di tali sentenze, può crearsi una nuova forma di responsabilità penale, ostandovi l'art.25 cpv Cost. Cfr. I. Caraccioli, *Relazione, Convegno, Frodi IVA e frodi esattoriali: metodi di contrasto e strumenti di difesa*, Siracusa, 16.12.2006.

¹⁰ Nella relazione speciale n.9/98 (*Tutela degli interessi finanziari della U.E. in materia di IVA sugli scambi intracomunitari*), la Corte dei Conti europea aveva già sottolineato lo *sviluppo preoccupante delle frodi fiscali*, ravvisando soprattutto in due meccanismi le modalità con cui esse si realizzano: 1) dichiarazioni di cessioni intracomunitarie fittizie. I beni esonerati vengono in realtà venduti sul mercato interno e vi è una frode sull'IVA dovuta sui consumi finali; 2) mancate dichiarazioni relative all'IVA dovuta sugli acquisti intracomunitari. In tal caso può realizzarsi o una frode sull'IVA relativa ai consumi finali nel caso in cui i beni vengano rivenduti da circuiti di commercializzazione occulti oppure un abuso del diritto alla detrazione d'imposta a monte qualora l'acquirente, nella propria dichiarazione IVA, richieda indebitamente il rimborso dell'imposta, in merito ad acquisti per i quali non versa l'IVA. (1.6, 1.7). Tra gli interventi della Corte dei Conti europea appare particolarmente significativo il *Parere* n.8/2005 relativo ad una proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio per la reciproca assistenza amministrativa tra gli Stati membri e per la tutela degli interessi finanziari della Comunità contro la frode ed ogni altra attività illecita, presentato in virtù dell'art. 280, par. 4, Trattato CE (2005/C/313/01). Cfr., anche, *Relazione* di P. Duchon alla Commissione per il controllo dei bilanci del maggio 2005, relativa ad un progetto di risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio in merito alla reciproca assistenza amministrativa per la tutela degli interessi finanziari. (COM 82004) 0509-C6-0125/2004-2004/0172 (COD), nonché, Eurojust, *Relazione annuale per il 2005*.

relazione alla disciplina dei subappalti delle opere e dei servizi¹¹, con la previsione non solo dell'estensione applicativa del *reverse charge* per talune prestazioni, tra le quali quelle relative al settore dell'edilizia, ma anche dell'introduzione di nuove e più stringenti forme di controllo nel trattamento ai fini IVA, permettendo di sanare una *falla* del nostro ordinamento che aveva *consentito* a taluni subappaltatori di porre in essere comportamenti fiscali fraudolenti omettendo il versamento dell'imposta pur avendo emesso fattura ed a taluni appaltatori di detrarla, pur in sua assenza. Ciò, infatti, aveva determinato a carico dell'Erario, un *doppio danno*, aggravato dalla difficoltà di rintracciare il subappaltatore che si rendeva irreperibile cessando, talvolta, l'attività.

Il risultato legislativo, frutto delle indicazioni della Commissione europea contro la lotta alle frodi¹², trae origine da copiose sollecitazioni provenienti anche dalle altre Istituzioni europee, tra le quali, particolare valore ha avuto un *Parere* del Comitato Economico e Sociale del 30 aprile 2004, con il quale si evidenziava, tra l'altro, come la disciplina IVA fosse caratterizzata da: *"un elevato livello di permeabilità alle frodi che risultano favorite dalla possibilità di combinare operazioni che comportano l'applicazione dell'IVA con operazioni per le quali non è previsto il pagamento effettivo dell'imposta"*.

Come è noto, infatti, la procedura relativa alla fatturazione in ambito IVA è concettualmente legata al tema dell'individuazione del soggetto tenuto al pagamento dell'imposta nonché all'adempimento degli obblighi connessi con l'effettuazione di operazioni rilevanti ai fini IVA (*fatturazione, registrazione, etc.*), il cui principio generale è sancito nell'art. 1 del D.P.R. n. 633/1972, *Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto*, che ha introdotto, nel nostro sistema fiscale, un'imposta tesa a realizzare un modello comune per tutti i Paesi dell'Unione europea¹³.

¹¹ L'art. 118, co. 11, D. lgs. n.163/2006, nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, prevede che: *"è considerato subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al due per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare"*.

¹² Cfr., Comunicazione della Commissione (COM (2003) 614 *def.*), al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale in relazione al *riesame ed aggiornamento delle priorità nella strategia IVA* ed, in particolare, alla lotta contro le frodi fiscali (4.2.2).

¹³ Sul tema dell'IVA, *tributo europeo*, e sulle problematiche connesse, cfr., tra gli altri, M. Maré, G. Vitaletti, *La tassazione dei consumi nell'Unione Europea. Effetti economici ed ipotesi di riforma*, in *"il Fisco"*, n. 15, aprile 1996; nonché, M. Keen, S. Smith, *VIVAT an alternative VAT for the EU. The future of value added tax in the European Union*, in *Economic Policy*, n. 23, ott. 1966, i quali con loro lavoro intesero suggerire un percorso realistico per approdare ad regime definitivo dell'IVA superando quello transitorio, entrato in vigore il 1° gennaio 1993 che sarebbe dovuto durare solo pochi anni e divenuto, poi, fondamentale. I due Autori certamente non potevano prevedere ciò che poi avrebbe realizzato l'Agenzia delle entrate con il quadro VT ma, implicitamente, si rifacevano ad concetto analogo allorché suggerirono di stabilire un'aliquota standard, identica per tutti gli Stati membri della UE, da applicare alle operazioni imponibili che vedevano come contraenti i soli

La norma suddetta, rubricata tra le *Operazioni imponibili*, stabilisce che sono soggette ad I.V.A. le cessioni di beni e le prestazioni di servizi, poste in essere nel territorio dello Stato, nell'esercizio di impresa o nell'esercizio di arti e professioni. In tal modo, il presupposto d'imposta viene individuato nella compresenza di tre distinti profili: a) oggettivo (*la cessione del bene o prestazione del servizio*); b) soggettivo (*le operazioni devono essere effettuate nell'esercizio di imprese, arti e professioni*)¹⁴; c) territoriale (*le operazioni devono essere svolte nel territorio dello Stato*).

Un ulteriore ed autonomo presupposto, indicato nello stesso art.1 del D.P.R. del 1972 è rappresentato dalle *"importazioni di beni da chiunque effettuate"* che risponde all'obiettivo di realizzare l'imposizione direttamente nel Paese di destinazione pur se, come è noto, con la realizzazione del mercato unico europeo *per importazioni* devono essere intese solo le immissioni, nel territorio dello Stato, di beni provenienti da Paesi extra Unione europea.

La *ratio* del tributo, da individuarsi nel consumo di beni e servizi, manifestazione indice di capacità contributiva, non riguarda, però, il consumatore finale ma coloro che manifestano la capacità contributiva che l'imposta intende colpire; pertanto, soggetti passivi, debitori nei confronti dell'Erario, sono coloro che *"cedono beni o prestano servizi nell'esercizio di imprese, arti o professioni"*, tenuti ad assoggettare le operazioni effettuate ad imposta, maggiorandone il corrispettivo di un ammontare - l'IVA - addebitata al committente (o al cessionario).

In base a tale disciplina, quindi, l'imposta è dovuta dal soggetto passivo che effettua l'operazione imponibile pur se, l'art. 194 della Direttiva n. 2006/112/CE¹⁵, in deroga a tale principio, attribuisce agli Stati membri la facoltà di individuare il cessionario di un bene o il beneficiario della prestazione come debitore di imposta in riferimento alle cessioni o prestazioni effettuate da un soggetto passivo residente in uno Stato diverso rispetto a quello ove l'operazione si considera effettuata.

soggetti IVA. Ciò equivale, logicamente, a distinguere le vendite imponibili verso soggetti Iva da quelle verso consumatori finali (o equiparati tali). Cfr, anche, A. Majocchi, G. Tremonti, (*a cura di*) *L'Iva verso il '92 ed oltre: un tributo europeo tra esigenze nazionali ed iniziativa comunitaria*, in *Le imposte del 1992. Aspetti fiscali del completamento del mercato interno europeo*, Milano, 1990; L. Carpentieri, *L'imposta sul valore aggiunto*, in A. Fantozzi, *Corso di diritto tributario*, UTET, 2003, pp. 471-473.

¹⁴ Sul presupposto soggettivo, Cfr. S. Sammartino, *Profilo soggettivo del presupposto dell'IVA*, Giuffrè, 1975; P. Chinetti, *L'elemento soggettivo ai fini dell'IVA e dell'imposta sui redditi*, in *Dir. Prat. Trib.*, pp.298 ss; G. Falsitta, *Corso istituzionale di diritto tributario*, Padova, ult. ed.

¹⁵ Come è noto, dal 1° gennaio 2007 la Direttiva n. 77/388/CEE, *VI direttiva IVA*, è stata sostituita dalla Direttiva n. 2006/112/CE per ragioni di chiarezza e razionalizzazione che tengano presenti le numerose modifiche che sono intervenute nel corso degli anni.

Rispetto, poi, alle prestazioni di servizi indicate nell'art. 7, comma 4, lett. d), D.P.R. n.633/1972, relative ai diritti d'autore, alla consulenza ed assistenza tecnica legale, alle operazioni bancarie, finanziarie, assicurative, ai servizi di telecomunicazione, radiodiffusione e televisione ed alle altre fattispecie ivi disciplinate, è previsto che il meccanismo del *reverse charge* debba essere applicato obbligatoriamente anche nelle ipotesi in cui il commissionario abbia nominato un rappresentante fiscale o si sia identificato direttamente.

Per le cessioni intracomunitarie e le importazioni, invece, il tema dell'inversione contabile si pone in termini diversi e gli obblighi di applicazione dell'imposta ricorrono, rispettivamente, in capo al cessionario ovvero sul soggetto importatore, stabilendosi ulteriormente, nel caso delle operazioni effettuate da parte di soggetti non residenti, su chi debba ricadere l'obbligo di applicazione dell'imposta.

In relazione alle sempre più ampie ipotesi di applicazione dell'istituto dell'autofattura nel nostro ordinamento, senza dubbio, occorre ricordare quella connessa alle operazioni internazionali, la cui disciplina è prevista nell'art. 17, comma 3, del D.P.R. del 1972, in applicazione della Direttiva n.2006/112/CE.

In virtù di tale norma, gli obblighi concernenti le operazioni poste in essere nel territorio dello Stato da soggetti non residenti sono adempiuti dal beneficiario (*cessionario o committente*), qualora gli stessi non abbiano provveduto ad identificarsi attraverso una dichiarazione all'Ufficio IVA competente (*art. 35-ter*) e non abbiano nominato un rappresentante fiscale in Italia, in base alle modalità indicate dallo stesso art. 17¹⁶.

Ricorrendo tale ipotesi, comunque, l'applicabilità del *reverse charge* resta esclusa in relazione alle operazioni poste in essere da o nei confronti di stabili organizzazioni in Italia di soggetti residenti all'estero, secondo la previsione di cui all'art.17, comma 4, D.P.R. n.633/1972, con conseguente ritorno allo schema classico, secondo cui soggetto obbligato è colui che effettua l'operazione rilevante ai fini IVA.

Un'altra fattispecie applicativa dell'inversione contabile è disciplinata dall'art. 46, D. L. n.311/1993 e riguarda gli acquisti intracomunitari effettuati in Italia da un soggetto residente, il quale è tenuto ad *integrare* la fattura ricevuta dal suo dante causa, con l'indicazione dei dati necessari alla determinazione della base imponibile e dell'imposta.

In tal caso, comunque, la fattura rilevante è di *fonte estera*, sicchè non sarebbe propriamente corretto parlare di *reverse charge*, fermo restando che, per esigenze

¹⁶ Sulle varie fattispecie relative all'applicazione del meccanismo di cui si discute, Cfr., L. Salvini, *Il reverse charge nell'IVA*, Relazione, *Le novità fiscali per il 2007*, Convegno, Campobasso, 28 febbraio 2007.

strettamente meccanografiche, è consentito che l'integrazione della fattura estera abbia luogo attraverso l'emissione di un documento *ex novo*, realizzandosi, così, un risultato pressochè analogo a quello dell'emissione di autofattura ex art. 17, D.P.R. n. 633/1972. L'eccezione di cui si discute, inoltre, come prima cennato, è stata introdotta nel nostro ordinamento anche dalla Legge n. 7/2000, *Nuova disciplina del mercato dell'oro*¹⁷, attuazione della direttiva 98/80/CE del 12 ottobre 1998, il cui art. 3, comma 4, dispone che: "per le cessioni imponibili di oro da investimento" nonché "per le cessioni di materiale d'oro e per quelle di prodotti semilavorati di purezza pari o superiore a 325 millesimi" al pagamento dell'imposta è tenuto il cessionario, se soggetto passivo nel territorio dello Stato.

Ricorrendo tali ipotesi, la fattura: a) deve essere emessa dal cedente senza addebito di imposta e con l'osservanza delle disposizioni di cui agli artt. 21 e ss. del D.P.R. n. 633/1972; b) deve essere integrata dal cessionario con l'indicazione dell'aliquota e della relativa imposta; c) deve essere annotata nel registro entro il mese di ricevimento ovvero

¹⁷ Il nuovo assetto fiscale del mercato dell'oro introdotto dalla L. n. 7/2000 ha introdotto l'esenzione dal versamento dell'imposta sul valore aggiunto per la cessione di oro da investimento estendendolo sia ai contratti a termine che ai contratti derivati riferiti a tale bene. La legge del 2000 ha, inoltre, introdotto le seguenti misure: a) detrazione dell'I.V.A. a monte sugli scambi di oro da investimento (*esente*) e sulle operazioni afferenti la produzione di oro da investimento (*trasformazione di oro in oro da investimento*); b) una zona di scambio tra imprese (*soggetti passivi semi-franca*, in cui l'I.V.A. è un'imposta contabile concernente le materie prime ed i semilavorati di purezza pari o superiore a 325 millesimi; tale zona, peraltro, inizia fin dall'importazione ed è estesa anche all'argento in lingotti o grani di purezza pari o superiore a 900 millesimi); c) facoltà dei cedenti di oro da investimento di optare per l'imposizione normale. Con la nuova disciplina, tutto ciò che nel settore era acquistato in esenzione può ora essere acquistato senza alcun esborso di imposta utilizzando, appunto, il meccanismo del *reverse charge*, esteso a tutti i semilavorati scambiati con soggetti passivi, precedentemente assoggettati ad imposta. L'utilizzo dell'inversione contabile, in tale settore, è il frutto di un *compromesso*, ottenuto in sede comunitaria, per evitare l'esborso dell'imposta pur comportando, ovviamente, un maggior onere amministrativo-burocratico a carico delle imprese cessionarie operanti nel settore che sono tenute ad integrare le fatture di acquisto con l'I.V.A. e, poi, procedere ad una doppia registrazione. Sul cedente, invece, grava l'obbligo di assicurarsi che il cessionario sia effettivamente un soggetto passivo d'imposta, attraverso la verifica della partita IVA. Il sistema di produzione fondato sull'acquisizione della materia prima *in conto lavorazione* è rimasto invariato nella nuova normativa ed il valore aggiunto della prestazione del servizio rimane soggetto ad imposta nei modi ordinari. Tuttavia, nel caso in cui la lavorazione avvenga in diversi stadi, da parte di imprese diverse, potrebbe esservi convenienza nel trasformare l'acquisizione del materiale da *in conto lavorazione ad acquisto e rivendita* dei semilavorati, senza addebito dell'I.V.A. da parte del subfornitore. □ Per soggetti, invece, che producono oro da investimento o trasformano oro in oro da investimento o in oro greggio, la nuova disciplina non ha introdotto sostanziali differenze rispetto al passato. Questi, infatti, potranno detrarre l'I.V.A. pagata a monte, pur fatturando cessioni esenti (*oro da investimento*). Per il contratto di prestito d'uso, in base alla circolare ministeriale 127/E del 15 maggio 1997, il corrispettivo per la concessione del prestito è esente da I.V.A. per effetto del disposto dell'articolo 16, co. 3, D.P.R. n. 633/72 che assegna alla prestazione di servizi per mezzo del quale si acquisisce un bene, la stessa aliquota del bene. Ricorrendo tale ipotesi, occorrerà verificare se il prestito d'uso ha per oggetto *oro da investimento*, nel qual caso gli *interessi* saranno ancora esenti, dal contratto che ha per oggetto *oro greggio*, classificato come materiale d'oro, nel qual caso gli *interessi* saranno soggetti ad I.V.A. In tale ipotesi, comunque, non sarà possibile utilizzare il *reverse charge* in quanto il meccanismo è utilizzabile solo per le cessioni. Cfr. M. Peirolò, *Applicazione del reverse charge per i manufatti in oro*, in *Corr. Trib.*, n. 48, 19 dicembre 2005; E. Cassese, *La nuova disciplina del mercato dell'oro*, in *Giornale Dir. Amm.*, n. 4/2000; nonché, Agenzia Entrate *Risoluzione*, 11 nov. 2005, n.161/E, *Applicazione del reverse charge per i manufatti in oro*.

anche successivamente ma, comunque, entro quindici giorni dal ricevimento, con riferimento al relativo mese; d) deve essere annotata, per la detrazione, anche *nel registro di cui all'articolo 25* del D.P.R. suddetto¹⁸.

Le norme ora enunciate con l'integrazione delle nuove disposizioni contenute nella manovra del D.L. 223/2006 hanno determinato, dunque, nel corpo della normativa IVA, un ulteriore ampliamento delle categorie dei soggetti passivi anche se, appare opportuno ricordare che le nuove funzioni dell'*autofattura*, finalizzate a realizzare un efficace strumento antifrode, sono state anche oggetto di due iniziative, piuttosto recenti, del Regno Unito e, congiuntamente, dell'Austria e della Germania al fine estendere ulteriormente il meccanismo per le cessioni relative a tutta una serie di beni e con l'obiettivo consueto di porre un'efficace barriera al fenomeno dello *sdoppiamento* tra il soggetto emittente e il destinatario della fattura.

In particolare, il Regno Unito, con lettera protocollata dal Segretario Generale della Commissione il 10 febbraio 2006, ai sensi dell'iter procedurale ex art. 27, par. 2, della Direttiva 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri per le imposte sulla cifra di affari, aveva proposto di estendere la *reverse charge* alle cessioni di beni esattamente *individuati* (*computer palmari, telefoni cellulari, microprocessori, navigatori satellitari, memorie portatili, fotocamere digitali, lettori musicali*), che il Consiglio dell'Unione europea ha accolto con la Decisione 2006/555 del 28 settembre 2006, concedendo la facoltà di applicare l'istituto per le cessioni suddette alla sola condizione del rispetto di una *soglia quantitativa* per le cessioni la cui base imponibile fosse pari o superiore a 1000 sterline¹⁹.

¹⁸ Gli artt. da 21 a 25 del D.P.R. n. 633/1972, contenuti nel titolo III, attengono agli obblighi del contribuente ai fini IVA. In particolare, l'art. 21, disciplina la fatturazione delle operazioni; l'art. 23, le modalità di registrazione delle fatture; l'art. 24, le modalità di registrazione dei corrispettivi; l'art. 25, le modalità di registrazione degli acquisti.

¹⁹ Con la proposta di decisione del Consiglio, presentata dalla Commissione, il Regno Unito aveva richiesto di introdurre una misura particolare di deroga all'art. 21, par.1, lett.a), Direttiva 77/388/CEE, in relazione al sistema di pagamento frazionato in virtù del quale ogni soggetto passivo, nella catena di approvvigionamento, versa una parte dell'IVA finale dovuta per la cessione. La cessione dei prodotti (*telefoni cellulari, circuiti integrati/microprocessori/unità centrali di elaborazione; supporti elettronici di memorizzazione per il computer, apparecchi di telefonia mobile o apparecchi telefonici specifici et alter*), per i quali il Regno Unito intendeva applicare il meccanismo del *reverse charge* era, infatti, causa di forte evasione fiscale che ha dato luogo alle frodi intracomunitarie c.d. dell'*operatore inadempiente*, spesso poste in essere anche da organizzazioni criminali. La Commissione, pur esprimendo perplessità in quanto i soggetti passivi dei settori interessati si sarebbero trovati di fronte a tre diversi regimi fiscali: 1) IVA *classico*; 2) inversione contabile per le cessioni di imprese, ove siano rispettati determinati requisiti; 3) intracomunitario, con conseguenti complicazioni per la contabilità dell'impresa ed oneri supplementari per gli operatori onesti, ha tuttavia ritenuto conforme la richiesta in relazione ai criteri di cui all'art. 27, Direttiva 77/388/CEE. In ogni caso, la Commissione precisando che anche gli altri Stati membri avrebbero potuto richiedere analoghe forme di deroga rispetto alla previsione di cui all'art.21, ha ritenuto che ciò avrebbe necessariamente determinato a carico dei contribuenti una serie di obblighi diversi a seconda degli Stati membri, e, pertanto, non compatibile con i criteri stabiliti per il buon

Le proposte di Austria e Germania, invece, di più ampia portata, non hanno ottenuto il *placet* della Commissione europea che con un'unica decisione, la n. 2006/404 del 19 luglio 2006, le ha rigettate con la motivazione che esse, lungi dal prevedere procedure semplificate avrebbero, invece: a) eliminato una delle fondamentali caratteristiche dell'imposta sul valore aggiunto, ossia la riscossione frazionata dell'imposta ad ogni passaggio della catena commerciale; b) comportato un dispendio di ingenti risorse economiche per il carico maggiore delle procedure cui sarebbero state tenute le Amministrazioni finanziarie degli Stati richiedenti.

Più dettagliatamente, da un lato, l'Austria con una *Comunicazione* del 27 ottobre 2005, aveva segnalato alla Commissione europea la volontà di voler introdurre un sistema di *autofatturazione* per la generalità delle cessioni dei beni e delle prestazioni di servizi tra imprenditori²⁰, nel caso in cui, nel periodo di imposta, alternativamente, l'importo risultante dalla singola fattura eccedesse gli euro 10.000,00 ovvero le cessioni superassero, complessivamente, l'importo di euro 40.000,00; dall'altro, la Germania, con una *Comunicazione* del 18 aprile 2006, pur formulando sostanzialmente le stesse richieste dell'Austria, individuava, però, l'importo minimo di ogni singola fattura in euro 5.000,00 ed intendeva, altresì, imporre al cedente non solo di accertare, in via elettronica e telematica, il numero di partita IVA del cessionario, prima di effettuare la cessione senza applicazione dell'IVA ma anche di notificare all'Amministrazione finanziaria ogni singola cessione non imponibile, specificandone il valore, per via elettronica.

funzionamento del mercato interno. Per tale ultime ragioni, dunque, la Commissione ha limitato la durata dell'autorizzazione ad un breve periodo, sino al 31 dicembre 2009, in quanto: *non esiste alcuna garanzia che gli obiettivi della misura siano raggiunti né è possibile valutarne in anticipo l'impatto sul funzionamento del regime IVA nel Regno Unito e negli altri Stati; sarà, inoltre, stimare adeguatamente l'impatto della misura e della sua attuazione nel funzionamento del mercato interno.* Cfr. [http://ec.europa.eu/taxation-customs/documents/COM\(2006\)555](http://ec.europa.eu/taxation-customs/documents/COM(2006)555).

²⁰ Tale sistema di autofatturazione che regola la cessione di beni virtuali e le prestazioni di servizi che si realizzano integralmente per via telematica tra operatori economici è definito *Business to Business* o *B2B*, entrato in vigore nel nostro Paese con il D. Lgs. n.52 del 20 febbraio 2004, in attuazione della Direttiva 2001/115/CE, volta a semplificare ed armonizzare le modalità di fatturazione in materia di IVA; essa, tra l'altro, ha previsto l'utilizzo di sistemi EDI o della firma digitale per le fatture trasmesse per via telematica in tali rapporti (*Electronic Invoice Presentment and Payment*). Il Dlg. n.52/2004, di notevole portata innovativa, ha operato un profondo riassetto delle norme e delle disposizioni in materia, a volte frammentate ed incomplete, codificando una prassi amministrativa formatasi nel corso degli anni tra gli operatori economici ed ha sostituito integralmente l'art. 21 del D.P.R. n.633/1972 che disciplina l'obbligo della fatturazione delle operazioni; inoltre, ha modificato gli artt. 39 e 52 dello stesso decreto, concernenti, rispettivamente, la conservazione e la tenuta di registri e documenti e l'esecuzione di accessi, ispezioni e verifiche pur lasciando, al tempo stesso e per quanto possibile, inalterata la struttura delle norme che attengono alla fatturazione al fine di evitare eccessive modifiche di coordinamento con le altre norme. Cfr. Circolare Ag. Entrate n.45/E del 19 ottobre 2005; B. Santacroce, S. Ficola, *L'IVA nell'e-commerce e la fatturazione elettronica*, Maggioli Ed., 2005; Atti del Convegno, *Il Sole24ore, Archiviazione ottica e fatturazione elettronica: tutte le novità*, Torino, 6 ottobre 2006; A.M. Ahmed, M. Trueman, *B2B international internet marketing: a benchmarking exercise*, in *International Journal*, 2006, fasc. 1/200; A. Nuzzolo, *Il regime fiscale speciale per il commercio elettronico diretto extra UE*, in *International tax planning*, fasc. n.33, 2006; M. Vitaliano, *Brevi considerazioni sull'applicazione dell'IVA alle attività di commercio elettronico*, in *Dir. e Prat. Trib.*, fasc. n.2, 2005.

Ritornando ai nuovi sviluppi applicativi del meccanismo dell'inversione contabile introdotti nel nostro ordinamento occorre, per completezza di indagine, precisare che la Legge n. 296 del 27 dicembre 2006, ha previsto ulteriori ipotesi inserendole, nel comma 6° dell'art. 17, alle lettere *b*), *c*), *d*), del D.P.R. n.633/1972. Queste attengono alle cessioni relative ad apparecchiature terminali per il servizio pubblico radiomobile terrestre di comunicazioni (e loro componenti ed accessori), i personal computers (e loro componenti ed accessori); i materiali ed i prodotti lapidei direttamente provenienti da cave o miniere; inoltre, è fatta salva la possibilità di individuare, attraverso appositi decreti, ulteriori operazioni da sottoporre alla meccanismo di cui si tratta.

In relazione a tali fattispecie, in ogni caso, l'applicazione del *reverse charge* risulta ancora subordinato ad esplicita autorizzazione comunitaria nel rispetto dell'art. 27, Direttiva 77/388/CE del 17 maggio 1977, che, al capo XV, tra le *misure di semplificazione*, prevede: "*Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione, può autorizzare ogni Stato membro a mantenere o introdurre misure particolari di deroga alla presente direttiva, allo scopo di semplificare la riscossione dell'imposta o di evitare talune frodi o evasioni fiscali. Le misure aventi lo scopo di semplificare la riscossione dell'imposta non devono influire, se non in misura trascurabile, sull'imposta da versare allo stadio di consumo finale...*"²¹.

Per il settore dei subappalti in edilizia, invece, nonostante iniziali incertezze e dubbi interpretativi sulla possibilità di applicare senza autorizzazione comunitaria il sistema dell'inversione contabile che il D. L. n. 223/2006, invece, esplicitamente richiede, il 24 luglio 2006 è intervenuta la Direttiva 2006/69/CE, entrata in vigore il 13 agosto 2006, che ha riconosciuto, in via generale, la facoltà degli Stati membri di designare quale debitore il soggetto passivo nei cui confronti "*siano effettuate determinate prestazioni di servizi nel settore immobiliare*", in deroga alle disposizioni concernenti la soggettività di imposta.

²¹ In ordine alle ipotesi in cui l'appaltatore e/o il subappaltatore siano entrambi soggetti esteri, non stabiliti in Italia, soltanto l'appaltatore, in quanto debitore di imposta in virtù del *reverse charge* è tenuto, ex art. 17, co. 2, D.P.R. n. 633/1972, ad identificarsi in Italia ovvero, in alternativa, a nominare un rappresentante fiscale. Cfr. *Risposta 5.1* Agenzia delle Entrate, Circolare 11/E/2007. Nelle ipotesi in cui, invece, il subappaltatore sia un soggetto comunitario senza stabile organizzazione o abbia effettuato esclusivamente prestazioni di servizi assoggettate al *reverse charge* nell'ambito del settore edile nei confronti di un appaltatore o altro subappaltatore stabilito in Italia, l'Amministrazione finanziaria, in attuazione della VIII Direttiva comunitaria, recepita nell'art. 38-ter, D.P.R. n.633/1972, gli riconosce la possibilità di richiedere il rimborso. Sul *reverse charge* in edilizia, cfr., G. Maugeri, *L'IVA nel settore dell'edilizia*, ed. FAG, 2007; G. Conferente, A. Cusati, *L'IVA in edilizia e negli immobili dopo la Legge Finanziaria 2007*, Il SOLE 24ore, 2007; Camera dei Deputati, *Servizio Studi, Documentazioni e Ricerche*, XV Legislatura, DPEF 2007/13 - *Le politiche di settore*; R. Artina, V. Artina, *Il Reverse charge, L'IVA n.2*, in *Il Fisco*, 1/2/2007, Varese; R. Artina, *Il subappalto; le novità in materia di IVA e ritenute fiscali*, in *Azienda e fisco*, n. 18/2006, Varese, p. 45 e ss.; G. Iannibelli, *Il contratto di appalto nei lavori edili e problematiche relative*, in *Fisco & Tasse.com*, 11/01/07; F. Zanetti, *Manovra Visco. Subappalti nel settore edile. Applicazione dell'IVA*, in *Fisco & Tasse.com*, 5/1/2007.

La suddetta Direttiva all'art.1, punto 7), in buona sostanza, ha liberato dal vincolo di autorizzazione pregiudiziale il *reverse charge* nel settore edile attraverso l'inserimento di una nuova lettera, la *c*), nel par. 2, dell'art. 21 della Direttiva 77/388/CEE, concernente talune misure aventi lo scopo di semplificare la riscossione dell'imposta sul valore aggiunto e contribuire a contrastare la frode o l'evasione fiscale e consente agli Stati membri di adottare il meccanismo in questione per le prestazioni attinenti ai servizi di costruzione, inclusi i servizi di riparazione, pulizia, manutenzione, modifica e demolizione relative a beni immobili nonché alla consegna dei lavori immobiliari considerati *cessioni di beni*.

Ai sensi del *Considerando* (6) della Direttiva 2006/69/CE, il Consiglio dell'Unione europea, ha disposto, infatti, che: "*in determinati casi gli Stati membri dovrebbero poter designare il beneficiario delle operazioni quale soggetto tenuto all'adempimento degli obblighi di versamento e contabili relativi all'imposta sul valore aggiunto. Tale misura dovrebbe aiutare gli Stati membri a semplificare le regole e a contrastare la frode e l'evasione fiscali in determinati settori e per taluni tipi di operazioni*".

Le disposizioni relative al *reverse charge* in edilizia sono entrate in vigore, dunque, in assenza di uno specifico termine di decorrenza, dal 1° gennaio 2007 pur se, la Circolare n. 37/E del 29 dicembre 2006 dell'Agenzia delle Entrate, ha precisato che per tutelare il legittimo affidamento dei contribuenti sulla vigenza della norma indicata nell'art. 35, comma 5, del D.L. n. 223/2006, nelle more della richiesta autorizzazione agli Organi comunitari, prevista dallo stesso art. 35, possano: "*considerarsi emesse correttamente anche le fatture per le quali, a seguito dell'entrata in vigore della Direttiva n. 69 del 2006, le modalità dell'inversione contabile siano state applicate anteriormente al 1° gennaio 2007*".

Significative eccezioni, dunque, si realizzano rispetto ai tradizionali strumenti giuridici della rivalsa e della detrazione²², garanti della *neutralità* dell'imposta²³ volta sia a *colpire*

²² A norma dell'art. 18, D.P.R. n. 633/72: "*Il soggetto che effettua la cessione di beni o la prestazione di servizi deve addebitare la relativa imposta, a titolo di rivalsa, al cessionario o committente*". La rivalsa rappresenta uno degli obblighi principali caratterizzanti l'applicazione dell'IVA, dal momento che chi cede il bene o presta il servizio deve addebitare l'imposta in fattura all'altra parte contraente in aderenza al requisito della trasparenza ed al carattere del tributo destinato, in definitiva, a colpire i consumi; in linea generale, non ha particolari deroghe rispetto al soggetto che la subisce in quanto le eventuali eccezioni sono correlate alla tipologia delle operazioni. Cfr., Risoluzione n. 502911/73 del 25.06.1973 - *IVA - Rivalsa dell'imposta nei confronti dello Stato*; L. Salvini, *Rivalsa detrazione e capacità contributiva nell'imposta sul valore aggiunto*, in *Riv. dir. trib.*, 1993, I, 1287 e ss. Sull'istituto, F. Gallo, sottolinea come: *la rivalsa nel suo operare in stretta ed inscindibile connessione con il diritto di deduzione concorre a soddisfare sia la ratio del tributo che le norme che la prevedono, in quanto determinano l'oggetto della prestazione tributaria e concorrono ad integrare il sistema normativo in cui il tributo, quale istituto giuridico, si identifica*. Cfr., *Profili di una teoria dell'imposta sul valore aggiunto*, Roma, 1974, p. 62. In generale sulla detrazione e la rivalsa quali istituti fondamentali per l'attuazione dell'Iva, cfr., tra

economicamente il consumo finale (pur coinvolgendo, nel prelievo, tutti i soggetti operanti prima dell'immissione del bene o del servizio), che a garantire l'eliminazione delle distorsioni economiche e dei fenomeni di cartellizzazione tra imprese che la previgente *imposta generale sulle entrate* non era riuscita ad assicurare²⁴.

gli altri, A. Comelli, *Iva nazionale e Iva comunitaria*, Padova, 2000; L. Cecamore, *Valore aggiunto (imposta sul)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., XVI, Torino, 1999, p. 353; M. Giorgi, *Detrazione e soggettività passiva nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto*, Padova, 2005. Rispetto ai casi di *rivalsa non obbligatoria* previsti dall'art. 2, D.P.R. n. 633/72, che, in ogni caso, non sollevano dall'applicazione dell'imposta, cfr., F. Buscaroli, M. Magnani, *Il punto sul trattamento fiscale degli "omaggi" agli effetti dell'Iva, del documento di trasporto e delle imposte sui redditi*, in *"Il fisco"*, n.47/1990, p. 11310; S. Mogorovich, *Il regime IVA negli omaggi*, in *Prat. Fisc. e Prof.*, Varese, 2007. In relazione al diritto di detrazione che, come è noto, compete anche se l'attività economica non ha dato luogo ad operazioni attive soggette ad imposta (Cfr. tra le altre, la sentenza del 21 maggio 2005 della Commissione tributaria regionale dell'Umbria che si è conformata al consolidato orientamento della Corte Costituzionale, da ultimo con la sentenza n. 5739 del 16 febbraio 2005), si ricorda anche la sesta Direttiva, il cui art. 18 stabilisce le modalità affinché un soggetto passivo possa esercitare il diritto alla detrazione in ipotesi di *reverse charge*. Sul diritto alla detrazione, in generale, cfr., tra gli altri, L. Salvini, *La detrazione IVA nella sesta Direttiva e nell'ordinamento interno: principi generali*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1988, I, 145 e ss.; E. Frazzini, *Il diritto di detrazione nel tributo sul valore aggiunto*, Padova, 2000; A. Pace, *Il diritto di detrazione*, in AA.VV., *L'imposta sul valore aggiunto*, in *Giur. Sist. Dir. Trib.*, (diretta da) F. Tesauro, Torino, 2001, pp. 299 e ss.; A. Fantozzi, *Corso di Diritto tributario*, Torino, 2005; F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario*, vol. II, 7 ed., Torino, 2005

²³ Il coinvolgimento di soggetti intermedi che coinvolge nel prelievo tutti i soggetti che operano dalla produzione all'immissione in consumo dei beni e dei servizi trova giustificazione, sotto il profilo della capacità contributiva, nell'operatività del duplice meccanismo di cui si è brevemente accennato nella nota 23, della detrazione e della rivalsa, che consente di rendere neutrale l'IVA per i soggetti chiamati ad applicarla, Cfr. L. Carpentieri, *L'imposta sul valore aggiunto*, in A. Fantozzi, *Corso di diritto tributario*, Torino, 2005, pp. 471 e ss. Quanto al problema della neutralità applicativa è necessario tener presente quello strettamente connesso alla condizione d'inerenza, intesa come presupposto per la detrazione dell'imposta addebitata per beni o servizi acquisiti nell'ambito della propria attività economica. Quest'ultima è, infatti, una condizione imprescindibile ai fini della neutrale applicazione dell'IVA nei confronti degli operatori economici assoggettati (giuridicamente) al prelievo. Negare la detrazione d'imposta per difetto d'inerenza o, viceversa, acconsentire alla detrazione per un'imposta assolta a fronte di beni direttamente destinati al consumo personale dell'imprenditore, determinerebbe inevitabilmente un'applicazione del tributo più onerosa per l'operatore economico ed, a ben vedere, una doppia imposizione sul valore aggiunto, ovvero un incentivo tributario ai limiti dell'aiuto di Stato e teoricamente incompatibile, quindi, con la lettera dell'art. 87 del Trattato, qualora il nesso d'inerenza fosse sistematicamente travisato da parte del legislatore di uno Stato membro a vantaggio di un operatore economico localizzato all'interno del suo territorio. Se tutto ciò è sostenibile in linea di principio, tuttavia, non va dimenticato che il concetto di neutralità fin qui reso può avere scarso significato nella materia tributaria, dato il relativismo interpretativo che necessariamente contraddistingue la nozione d'imposta neutrale nel nostro ordinamento e in quello comunitario, più in generale. Quello di neutralità, quindi, è un concetto relativo che, al di là delle semplificazioni fin qui impiegate e delle quali si continuerà a fare uso per esigenze di natura espositiva, dovrebbe essere distinto secondo i contesti di riferimento costituiti dalle operazioni effettuate e dalle finalità di politica fiscale perseguite dal legislatore. Anche in questo caso dunque, i profili di somiglianza con la nozione di inerente non sono di scarso rilievo: anche la neutralità è concetto di relazione, e come tale esige un riferimento a un contesto nel quale il tributo viene calato e nel quale si raffronta con altri istituti e con altri sistemi d'imposta e su questo presupposto la dottrina ha distinto la neutralità del sistema d'IVA in neutralità esterna e interna. In, [www. finanze.it](http://www.finanze.it), *Unione europea*, tomo 1, parte 1, cap.4/1.

²⁴ L'IVA, nasce come tributo *europeo* realizzando il passaggio da un'imposta plurifase a cascata, l'IGE, ad un'imposta plurifase non cumulativa. Le linee di struttura dell'imposta sul valore aggiunto sono disegnate da una serie di Direttive comunitarie, tra le quali assumono particolare rilevanza: la sesta direttiva del 17 maggio 1977, recepita nel nostro ordinamento interno con D.P.R. 29 gennaio 1979, n. 24 e 31 marzo 1979, n. 94 e, per altri profili, con la legge delega n.622 del 1977 e con il D. Lgs. n. 313 del 1977; la direttiva 17 ottobre 2000, n. 2000/65, relativa alla determinazione del debitore di imposta; la direttiva 20 dicembre 2001, n.2001/115, in tema di semplificazione ed armonizzazione delle modalità di emissione delle fatture IVA, di trasmissione elettronica delle stesse e di loro archiviazione; la direttiva 7 maggio 2002, n. 2002/38, riguardante l'Iva sui servizi resi per via elettronica, finalizzata ad eliminare gli svantaggi concorrenziali derivanti, dai vigenti criteri di territorialità IVA, alle imprese europee per i servizi resi nei confronti dei soggetti residenti. Per il tema in argomento, particolare rilevanza, assume la direttiva 2006/69/CE del 24 luglio 2006, (V. nota n.13), la quale ha introdotto nell'art.1, punto 7) una nuova lettera c), al par. 2, art.21 della Direttiva 77/388/CE del 17 maggio

Il subappaltatore, dunque, in base alla nuova disciplina, è tenuto ad emettere fattura nei confronti dell'appaltatore principale o di un altro subappaltatore ovvero dell'impresa che svolge l'attività di costruzione o ristrutturazione di immobili non applicando l'imposta ed inserendo, all'atto della sua emissione, l'esplicita dizione: *fattura senza addebito di IVA ai sensi dell'art.17, comma 6, D.P.R. 633/72, modificato con la Legge n. 248/06.*

Il meccanismo del *reverse charge* non trova, comunque, applicazione per le prestazioni rese da soggetti che operano in regime di franchigia per i contribuenti minimi previsto dall'art. 32-bis del D.P.R. n. 633/1972²⁵, i quali sono esonerati dal versamento dell'imposta e dagli altri adempimenti ad eccezione degli obblighi di numerazione e conservazione delle fatture di acquisto e delle bollette doganali, dell'obbligo di certificazione e comunicazione telematica dei corrispettivi all'Agenzia delle Entrate e degli obblighi previsti per le operazioni intracomunitarie, pur se, in ogni caso, il prestatore è obbligato a certificare il corrispettivo, pur non recando l'addebito di imposta²⁶.

Con la legge n. 248/2006 sono stati aggiunti, con evidente spirito perequativo, nell'art. 35 del D.L. n. 233/2006, due ulteriori commi, il 6-bis ed il 6-ter che hanno modificato le disposizioni relative al rimborso ed alla compensazione dei crediti IVA dei subappaltatori, al fine di rendere meno gravoso l'onere finanziario derivante dalla posizione creditoria originata dall'inversione contabile.

L'art.6-bis, infatti, garantisce un coordinamento tra il sistema del *reverse charge* e la disciplina dei rimborsi di cui al comma 3, *lett. a)*, dell'art. 30, D.P.R. n.633/1972, estendendo la facoltà di richiedere il rimborso dell'eccedenza detraibile risultante dalla dichiarazione IVA anche per i subappaltatori, le cui modalità di esecuzione, disciplinate all'art. 38 bis, sono state oggetto di emendamenti proposti dal Governo alla Legge

1977, che consente agli Stati membri la possibilità di designare come debitore il soggetto passivo nei cui confronti siano effettuate determinate prestazioni di servizi nel settore immobiliare, in deroga alle disposizioni concernenti la soggettività di imposta. In dottrina, tra gli altri., F. Bosello, *L'attuazione delle direttive comunitarie in materia di imposta sul valore aggiunto: l'esperienza italiana*, in *Rivista di diritto tributario*, n. 11, 1997; P. Bosi, M.C. Guerra, *I tributi nell'economia italiana*, Bologna, 1998; P. Centore, *Quadro normativo e strumenti operativi dell'Iva europea*, in *Corr. trib.* n. 2/1993, pp.3 e ss., 1993; P. Centore, *IVA europea. Aspetti interpretativi ed applicativi dell'iva nazionale e comunitaria*, IPSOA, 4 ed., 2006; S. Cnossen, *Tax coordination in the European Community*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publisher, Holland, 1987; R. Fanelli, *IVA nazionale e comunitaria*, IPSOA, 2007; E. Longobardi, *L'Iva verso il '92 e oltre: un tributo europeo tra esigenze nazionali e iniziativa comunitaria*, in A. Majocchi e G. Tremonti (a cura di), *Le imposte del 1992*, Milano, 1992; D. Rizzi, N. Rossi, *Gli effetti redistributivi delle proposte comunitarie di armonizzazione della imposizione indiretta*, in N. Rossi (a cura di), *La crescita ineguale 1981-1991*, Bologna, 1993; F. Vanistendael, *A proposal for a definitive VAT system taxation in the Country of origin at the rate of the Country of destination, without clearing*, *EC Tax Review*, n.1, pp.45 ss, 1995.

²⁵ L'art. 32 bis del D.P.R. n.633/1972 è stato introdotto, dal 1° gennaio 2007, dall'art. 37, commi 15, 16 e 17, D. L. n. 223/2006, convertito dalla L. n. 248/2006.

²⁶ La L. 4 agosto 2006, n. 248 è la legge che ha attuato la conversione del D. L. n. 223/2006.

Finanziaria 2007 con l'obiettivo di ridurre i tempi, non solo lunghi ma spesso incerti, di restituzione dei rimborsi IVA²⁷.

L'art. 6-ter, invece, relativo alla compensazione infrannuale del credito IVA maturato, di cui al comma 3, dell'art. 8, D.P.R. n. 542/1999, consente ai subappaltatori impegnati nel settore edile che, in base alla nuova disciplina, si troveranno normalmente ad avere una posizione IVA a credito non potendo fatturare con tale imposta le prestazioni rese all'appaltatore, di elevare il limite da 516.456,90 euro a 1.000.000,00 euro nel caso in cui il loro volume d'affari, nell'anno precedente, sia determinato, nella misura almeno dell'80%, da prestazioni rese in esecuzione di un contratto di subappalto²⁸.

Per individuare il *settore edile* ed applicare il *reverse charge* occorre ricercare tra le prestazioni di servizi rese da un soggetto subappaltatore uno dei settori elencati nella *sezione F* della tabella di classificazione delle attività economiche *ATECOFIN 2004*, che contiene i codici riferibili alle *attività di costruzioni*, utilizzati dai soggetti interessati negli atti e nelle dichiarazioni presentate all'Agenzia delle Entrate, nei confronti di un altro soggetto IVA, operante nel settore edile, che agisce quale appaltatore o subappaltatore²⁹.

²⁷ Il novellato art. 30 del D.P.R. n.633/72 prevede che le operazioni del settore edile sottoposte al meccanismo del *reverse charge* vengano computate per la determinazione dell'aliquota media ai fini della verifica del presupposto del diritto al rimborso del credito IVA. Pertanto, nel calcolo dell'aliquota IVA relativa alle operazioni attive oltre alle cessioni di metalli preziosi, già sottoposte al meccanismo dell'inversione contabile, con la nuova previsione anche le operazioni relative ai subappalti in edilizia vengono assoggettate allo stesso meccanismo. In particolare, il comma 3, art. 3, D.P.R. del 1972 disciplina le ipotesi in cui il soggetto passivo IVA ha facoltà di richiedere a rimborso l'eccedenza del credito IVA risultante dalla dichiarazione annuale. Per l'aspetto qui trattato, il soggetto passivo IVA ha la facoltà di richiedere tale rimborso nel caso in cui il credito IVA sia superiore ad Euro 2.582,28 ed il contribuente eserciti abitualmente attività volte alla cessioni di beni o alla prestazioni di servizi soggette ad un'aliquota inferiore a quella relativa agli acquisti ed alle importazioni. Per tutti gli altri casi che danno diritto al rimborso del credito IVA occorre tener presente l'art. 30, lettere da b) ad e), comma 3, DPR n.633/72). Sul punto, cfr. Circolare Agenzia delle Entrate n. 28/E/2006; R. Portale, *L'imposta sul valore aggiunto. IVA comunitaria, Il sole 24 ore, norme e tributi*, 2007. Per le nuove modalità di esecuzione dei rimborsi IVA ex art. 38 bis del D.P.R. n.633/1972 la cui operatività è al momento sospesa, occorre ricordare che il DDL n.1183 punta a modificare le norme sulla restituzione dell'imposta al fine di rendere meno incisivo, soprattutto per i subappaltatori, l'introduzione dell'inversione contabile nell'edilizia, in quanto le procedure attualmente in vigore possono produrre effetti particolarmente penalizzanti per questa categoria di contribuenti che hanno un rapporto elevato tra eccedenza di imposta detraibile e volume d'affari. Il Governo, in tal modo, ha accolto le istanze dell'Associazione nazionale Costruttori Edili ed ha proposto, tra l'altro, all'art.40-quater del Ddl suddetto che i rimborsi, sia annuali che infrannuali, debbano essere effettuati in via prioritaria ed in massimo tre mesi. L'individuazione dei contribuenti che potranno effettivamente godere di tale *beneficio* spetterà al Ministero dell'Economia che provvederà con decreto ad attribuire un accesso prioritario ai capitoli di spesa del bilancio dello Stato rispetto ai tempi richiesti normalmente per l'erogazione dei rimborsi.

²⁸ L'appaltatore che riceverà la fattura senza imposta, a sua volta, dovrà calcolare l'IVA secondo le aliquote previste per lo specifico lavoro (4%; 10%; 20%) e registrare la fattura nel registro degli acquisti e in quello delle vendite in modo da rendere neutra l'imposta. Sulla compensazione in generale, cfr., P. Russo, *La compensazione in materia tributaria*, in *Rass. Trib.*, 2002, p. 1895; R. Cordeiro Guerra, *La compensazione*, in *Lo Statuto dei diritti del contribuente*, (a cura di) G. Marongiu, Torino, 2004, p. 23.

²⁹ Cfr. Circolare Agenzia delle Entrate n. 37/E/2006. La Tabella di classificazione delle attività economiche ATECOFIN (2004) è in vigore dal 1° Gennaio 2004 e prevede che i contribuenti debbano indicare negli atti e nelle dichiarazioni da presentare all'Agenzia delle Entrate, quale codice attività, il nuovo codice desumibile da essa "approvata con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate in data 23.12.2003 e pubblicata sulla G.U. n. 301 del 30.12.2003". La nuova tabella sostituisce la precedente approvata con decreto del 9

Non assume rilievo, invece, ai fini dell'applicabilità del meccanismo del *reverse charge* il rapporto appaltante/appaltatore, in quanto per definizione normativa, la nuova regola attiene ai servizi dei *subappaltatori*, non potendosi, pertanto, estendere *sic et simpliciter* anche agli *appaltatori*; al contrario, appare compresa l'ipotesi della prestazione resa direttamente dal subappaltatore nei confronti dell'appaltante in quanto la definizione normativa individua l'appaltatore principale nella *stazione appaltante*, ossia nel committente principale dell'opera che appalta ad altro soggetto le prestazioni il quale, ben può ricevere, anche direttamente, le prestazioni rese da subappaltatori individuati nella sua funzione c.d. di *procurement*.

Il settore economico in cui esso opera, invece, non risulta determinante dal momento che l'art. 17 del D.P.R. n. 633/1972 non ha riguardo al rapporto tra committente ed appaltatore e non richiede, neppure, che il committente principale sia necessariamente un'impresa che operi nel settore delle costruzione/ristrutturazione di immobili, nelle forniture di beni con posa in opera³⁰ e nelle prestazioni d'opera intellettuale rese da professionisti³¹.

In definitiva, ai fini dell'applicazione dell'inversione contabile, i servizi forniti ai soggetti appaltatori o ad altri subappaltatori risultano determinanti solo se resi sulla base di un contratto riconducibile alla tipologia *appalto* e se effettuati in virtù di un contratto di prestazione d'opera ex art. 2222 c.c.³²

dicembre 1991, modificata con decreto del 12 dicembre 1992, che è rimasta in vigore fino al 31.12.2003. L'emanazione della nuova tabella discende dalla nuova classificazione delle attività economiche denominata "ATECO 2002", predisposta dall'Istituto Nazionale di Statistica che costituisce la versione nazionale della classificazione definita in ambito comunitario. L'Agenzia delle Entrate ha, poi, provveduto ad una sottoclassificazione delle attività economiche ATECO 2002 ed ha chiarito definitivamente l'irrilevanza ai fini dell'operatività del meccanismo del *reverse charge* sia della qualità del soggetto che si pone quale committente principale sia del settore economico in cui lo stesso opera.. Infatti, la stessa ha precisato che: "*L'art. 17 del D.P.R. n. 633/1972 non richiede che il committente principale sia necessariamente un'impresa che opera nel settore della costruzione o ristrutturazione di immobili. Affinché il sistema dell'inversione contabile trovi applicazione la verifica dei requisiti soggettivi specifici, relativi all'appartenenza al comparto edilizio, è operata solo in capo ai soggetti appaltatori e subappaltatori e non anche a coloro che risultano committenti degli interventi edill'*". Cfr. *Risposta 5.2*, Circolare Agenzia delle Entrate n. 11/E/2007.

³⁰ In tali operazioni, infatti, la *posa in opera* assume una funzione accessoria rispetto alla cessione del bene e non costituisce *prestazione di servizi*.

³¹ Cfr. Circolare dell'Agenzia delle Entrate n.11/E del 16 febbraio 2007 e n.37/E del 29 dicembre 2006.

³² Cfr. Circolare Agenzia delle Entrate n.37 del dicembre 2006, la quale così può leggersi: "*La differenza fondamentale tra il contratto di appalto e quello d'opera riflette le differenti caratteristiche strutturali dimensionali dell'impresa. Entrambi i contratti hanno in comune l'assunzione, nei confronti di un committente, di un'obbligazione avente ad oggetto la realizzazione, dietro corrispettivo, di un'opera o di un servizio. Sono, inoltre, elementi comuni ai due contratti l'assenza deo vincolo di subordinazione e l'assunzione del rischio da parte di chi esegue la prestazione. La differenza fondamentale tra i due contratti riguarda, invece, la circostanza che nell'appalto l'esecutore si avvale di una struttura organizzata tendenzialmente articolata mentre, nel secondo, il modulo organizzativo è quello della piccola impresa.*"

Quanto descritto fa chiaramente emergere una grande ampiezza di ipotesi rispetto alle definizioni utilizzate nell'art. 35, comma 5, del D.L. n.223/2006 (*prestazioni di servizi e immobili*), rendendo possibile ipotizzare, sin d'ora, uno scenario applicativo addirittura più ampio di quanto previsto e voluto dal legislatore non escludendo, in un prossimo futuro, un necessario ridimensionamento degli effetti normativi dell'applicazione dell'inversione contabile.

Tale riflessione nasce dall'analisi dello spirito delle nuove norme che attraverso le nuove applicazioni del *reverse charge* intendono preservare gli interessi erariali nei confronti di imprese che, per loro dimensioni, non appartengono alla categoria dei grandi operatori che, solitamente, applicano la più rigorosa *compliance* alle disposizioni normative³³.

In relazione, poi, all'esecuzione di lavori edili posti in essere da organismi di natura associativa, quali quelli consortili, nell'individuare l'ambito di applicazione del *reverse charge* bisogna aver riguardo al loro assetto funzionale, tenendo presente che il consorzio tra imprese si sostanzia in un'organizzazione alla quale è rimesso il coordinamento delle attività dei singoli consorziati e che, se assume rilevanza giuridica *esterna* per le prestazioni rese ai terzi in esecuzione di contratti di subappalto, si inserisce nello svolgimento dell'attività tra i consorziati ed i terzi, dovendosi escludere che le imprese consorziate possano fatturare direttamente all'appaltatore o al subappaltatore con il meccanismo dell'inversione contabile.

In ogni caso, occorre parimenti evidenziare che, in virtù della funzione propria dell'organizzazione consortile, le prestazioni rese dai consorziati assumono la stessa valenza delle prestazioni rese dal consorzio a terzi in analogia all'ipotesi del mandato senza rappresentanza ex art. 3, D.P.R. n.6333/1972 ed, in tale prospettiva, se il consorzio agisce sulla base di un contratto di subappalto assoggettabile alle modalità di fatturazione previste dalla disciplina dell'inversione contabile questa investirà anche i rapporti interni e, pertanto, sarà applicabile anche dalle società consorziate semprechè le prestazioni rese da esse al consorzio siano riconducibili alla disciplina prevista ex art.17, comma 6°, D.P.R. n.633/1972³⁴.

³³ Cfr. P. Centore, *Reverse charge nel subappalto edile*, in *Corr. Trib.*, n. 42/2006, pp. 333-337.

³⁴ La Circolare dell'Agenzia delle Entrate n.37, fornendo chiarimenti in merito all'ambito applicativo dell'art.1, comma 44, L.F. per il 2007 aveva, in un primo tempo, escluso l'applicabilità del meccanismo del *reverse charge* per le prestazioni poste in essere all'interno dei rapporti associativi, quali quelli consortili, in quanto non configurabili come subappalti o ipotesi affini. E' poi intervenuta una nuova circolare, la n.19 del 4 aprile 2007, in cui, invece *tenuto conto delle difficoltà operative rappresentate dalle associazioni di categoria ed a parziale rettifica di quanto rappresentato con la circolare n.37*, l'Agenzia ha fornito ulteriori precisazioni oltre ad indicare, a titolo esemplificativo, le ipotesi in cui sicuramente si deve escludere l'applicazione del *reverse charge*: a) *quando la società consortile assume la funzione di coordinamento per la gestione unitaria del lavoro e procede*

Per le prestazioni rese dalle imprese consorziate al consorzio, invece, senza applicazione del meccanismo del *reverse-charge*, in virtù del principio del legittimo affidamento sancito dalla L. n. 212/2000, esse devono intendersi comunque regolarmente fatturate. Pertanto, nel rispetto dell'art. 10, comma 2, dello Statuto del contribuente: *"non sono irrogate sanzioni nè richiesti interessi moratori al contribuente, qualora egli si sia conformato a indicazioni contenute in atti dell'amministrazione finanziaria, ancorché successivamente modificate dall'amministrazione medesima"*.

Le considerazioni sin qui svolte sull'istituto del *reverse charge* hanno evidenziato come, in epoca recente, la disciplina IVA sia stata oggetto di modificazioni, sostituzioni ed integrazioni che hanno notevolmente contribuito ad implementare ed a rendere ancora più articolata una materia da sempre complessa.

Inquadrando, inoltre, il meccanismo dell'inversione contabile nel contesto generale, può notarsi come esso appaia strettamente legato alla necessità di sviluppare una strategia coordinata al fine di ridurre sensibilmente le possibilità di frode ed escludere nuovi rischi di sviluppo relativi a fenomeni posti per realizzarla attraverso l'individuazione di azioni e strategie mirate.

In questo senso, la Commissione europea si è dimostrata particolarmente vigile nei rapporti con gli Stati membri valutando se le proposte avanzate relative all'estensione applicativa dell'istituto rispondano effettivamente a concrete esigenze di controllo e tutela delle politiche fiscali senza effetti negativi con il sistema IVA considerato a livello comunitario, dato che un cambiamento della disciplina solleva problematiche di ampia portata, in particolare rispetto agli effetti ricadenti sulle parti interessate.

Il meccanismo di autofatturazione rappresenta, effettivamente, uno strumento di prevenzione e controllo dell'evasione e dell'elusione, soprattutto quando esiste una concreta possibilità dell'esistenza di raggiri ed artifici diretti al mancato assolvimento dell'imposta sul valore aggiunto e, proprio su tali presupposti si fonda la posizione della Corte di Giustizia che con un importante sentenza del 12 gennaio 2006³⁵ ha ribadito la piena legittimità dell'inversione contabile quale strumento volto a contrastare il fenomeno delle frodi fiscali, rinforzato dall'introduzione della responsabilità solidale e dall'obbligo di una cauzione a carico dell'acquirente per garantire la riscossione del tributo. Il tutto, comunque, nel rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario quali, in particolare, la

a ribaltamento dei costi alle società consorziate, consentendo loro di concorrere alle spese in base alle rispettive quote di partecipazione; b) quando il consorzio di cooperative affidi l'esecuzione dei lavori ai soci. (Cfr. punto 5, *Rapporti associativi*)

³⁵ Sentenza della Corte di Giustizia europea, causa C-384/04.

certezza del diritto e la proporzionalità, la quale mira ad assicurare che le misure adottate per preservare i diritti erariali non vadano oltre quanto è strettamente necessario per raggiungere tali scopi.

In sostanza, il *reverse charge* offre la possibilità di recuperare l'imposta, è facile da amministrare, ha una buona resa nei Paesi in cui è stato introdotto e garantisce che non vi sia traslazione occulta dell'imposta sull'acquirente non essendo l'imposta del venditore recuperabile. Tuttavia, se questi sono gli specifici vantaggi che l'autofatturazione comporta, occorre avere la consapevolezza di eccezionalità rispetto alla disciplina-quadro IVA³⁶.

Per un verso, infatti, l'inversione contabile costituendo una revisione sostanziale della disciplina ed attuando un'ampia deroga al criterio basilare della riscossione frazionata dell'imposta ad ogni passaggio della catena commerciale nonché all'individuazione del soggetto tenuto all'emissione della fattura ed al pagamento dell'imposta relativa, non consente un'adozione standardizzata sconvolgendo il normale sistema di funzionamento dell'IVA. Per un altro verso, l'ampio numero di deroghe che gli Stati membri sono stati autorizzati ad applicare e che la Commissione, già nel 2005, valutava in circa centocinquanta, mina proprio il principio fondamentale della certezza del diritto nei confronti degli operatori economici che si trovano a dover selezionare tre regimi IVA diversi: sistema normale, *reverse charge* selettivo, sistema IVA extracomunitario.

Il fisiologico funzionamento dell'imposta comunitaria, stante le numerose eccezioni vigenti, risulta alterato nei normali criteri di definizione dell'obbligazione tributaria per l'introduzione di meccanismi estranei al sistema comune IVA e per l'individuazione di nuove figure di soggetti obbligati all'assolvimento dell'imposta, precludendo al tramonto del sistema IVA basato sulla detrazione ed al progressivo passaggio della non imponibilità.

Per rendere il sistema comune IVA più semplice, efficiente ed efficace sarebbe, invece, proficuo procedere ad una completa riorganizzazione strutturale della legislazione in materia e ad una maggiore armonizzazione delle norme fiscali, in quanto, a fronte delle complesse problematiche esposte, il *restyling* apportato con la Direttiva n.2006/112 CE costituisce un passo nella giusta direzione a cui dovrebbero far seguito misure destinate alla configurazione di un regime IVA definitivo. Sembra opportuno, infatti, sottolineare

³⁶ Cfr. punti 29-30 della sentenza.

che proprio l'ingiustificata complessità della legislazione comunitaria ne ostacola una applicazione corretta e rapida nonché un'attuazione efficace all'interno degli Stati membri

GIURISPRUDENZA

Nota alla sentenza della Corte Costituzionale, 23 maggio 2007, n. 171

di Hedy Romanelli Grimaldi

1. Cenni sulla sentenza.

La recente sentenza della Corte Costituzionale n. 171 del 2007 costituisce un decisivo passo nel ripristino del rispetto dei principi dello Stato di diritto in tema di decretazione di urgenza circoscrivendo i parametri che costituiscono la condizione essenziale affinché un decreto legge possa essere legittimamente adottato dal Governo.

La pronuncia è stata resa in relazione ad una ordinanza di remissione della Corte di Cassazione, I Sezione civile, in riferimento all'articolo 77, II comma, Cost. avente ad oggetto la legittimità costituzionale dell'articolo 7, I comma, lett. *a)* del D.L. 29 marzo 2004, n. 80 (Disposizioni urgenti in materia di Enti locali), convertito con modificazioni in L. 28 maggio 2004, n.140.

La censura ineriva ad una modificazione apportata all'articolo 58, I comma, lett *b)* (cause ostative alla candidatura) ed all'articolo 59, VI comma (sospensione e decadenza di diritto), del D.Lgs. n. 267 del 2000 Testo Unico in materia di Enti locali.

La Corte di Cassazione già in precedenza, con ordinanza del 17 aprile 2004, aveva rimesso la questione innanzi alla Corte Costituzionale per insussistenza del requisito del "caso straordinario di necessità ed urgenza", con la conseguenza che, essendo nel contempo intervenuta la legge di conversione, risultava modificato il testo del decreto legge con la soppressione dell'articolo 59, VI comma, del Testo Unico.

La Corte di Cassazione, rilevando che il vizio già denunciato si fosse trasferito nella legge di conversione, ha risollevato la questione di legittimità sottolineando che la disposizione censurata "è stata inserita in un decreto che ha ad oggetto materia diversa e, in particolare, aspetti della disciplina della finanza locale e che la valutazione sulla necessità ed urgenza di provvedere nel preambolo del decreto si riferisce a tale disciplina e non anche al comma ed all'alinea dell'articolo 7 impugnato".

La Corte Costituzionale perviene alla dichiarazione di incostituzionalità della norma attraverso un ragionamento giuridico complesso sul quale è certamente opportuno soffermarsi per ricavarne principi di ordine generale applicabili al di là della materia sottoposta all'esame della Corte stessa.

La Corte muove dalla considerazione secondo cui "l'assetto delle fonti normative sia uno dei principali elementi che caratterizzano la forma di Governo nel sistema costituzionale", ritenendo – quindi – che la previsione di cui al I comma dell'articolo 77 Cost. secondo cui "il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria", potrebbe apparire "superflua se non le si attribuisse il fine di sottolineare che le disposizioni dei commi successivi hanno carattere derogatorio rispetto all'essenziale attribuzione al Parlamento della funzione di porre le norme primarie nell'ambito delle competenze dello Stato centrale".

In ordine alla valutazione della effettiva sussistenza delle circostanze di straordinaria necessità ed urgenza in sede di scrutinio di costituzionalità, la Corte non si discosta dalla sua precedente giurisprudenza – già resa con la sentenza n. 29 del 1995 – ove aveva già affermato la propria competenza a sindacarle ritenendo che ciò "non si sostituisce e non si sovrappone al compito iniziale del Governo ed a quello successivo del Parlamento in sede di conversione – in cui le valutazioni politiche potrebbero essere prevalenti – ma deve svolgersi su di un piano diverso, con la funzione di preservare l'assetto delle fonti normative e con esso il rispetto dei valori a tutela dei quali detto compito è predisposto".

La Corte, quindi, svolge valutazioni di ordine squisitamente giuridico che non deve esimerla – nonostante il riconoscimento che il decreto legge sia uno strumento primario di cui dispone l'esecutivo – dal sindacare se l'utilizzo di detto strumento si circoscriva nei limiti consentiti dalla Costituzione stessa (articolo 77).

A tale affermazione consegue il riconoscimento che la declaratoria del difetto dei presupposti di legittimità della decretazione di urgenza è intervenuta positivamente soltanto una volta in presenza dello specifico fenomeno, divenuto cronico, della reiterazione dei decreti legge non convertiti (sentenza n. 360 del 1996) che ha consentito di affrontare la questione, logicamente prioritaria, dell'eventuale efficacia sanante della legge di conversione.

Circa questo ultimo punto la Corte in passato ha seguito due diversi orientamenti: nel primo aveva ritenuto che l'efficacia sanante della legge assorbisse tutti gli eventuali vizi del decreto, ivi compreso l'originario difetto dei requisiti di cui all'articolo 77 Cost.; nel secondo – affermato nella sentenza n. 29 del 1995 e confermato nel caso di specie – aveva ritenuto che il difetto dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza, una volta intervenuta la legge di conversione, si traducesse in un vizio *in procedendo* della relativa legge.

A sostegno di questa ultima interpretazione, la Corte svolge un ragionamento che si articola essenzialmente sui seguenti punti:

- compete alla Corte assicurare effettività alle garanzie di tutela dei diritti individuali che potrebbero essere lesi dall'esecutivo abusando nella decretazione di urgenza mediante il richiamo di insussistenti circostanze di straordinaria necessità ed urgenza;
- attribuire comunque alla legge di conversione efficacia sanante dei vizi originari del decreto significherebbe attribuire al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie;
- le disposizioni della legge di conversione costituiscono un *unicum* normativo con il decreto legge ed assolvono ad una funzione convalidante sul presupposto che il Parlamento si trova a compiere le proprie valutazioni e a deliberare con riguardo ad una situazione modificata da norme poste da un organo cui regola non spetta emanare disposizioni aventi efficacia di legge;
- in una Repubblica parlamentare il Governo deve godere della fiducia delle Camere ed il decreto legge comporta una particolare assunzione di responsabilità;
- le disposizioni della legge di conversione non possono, quindi, essere valutate sotto il profilo della legittimità costituzionale, autonomamente da quelle del decreto stesso;
- conseguentemente, in caso di difetto originario nel decreto dei presupposti di cui all'articolo 77, si configura *error in procedendo* della legge di conversione, sindacabile dalla Corte, avendo tale legge valutato erroneamente l'esistenza dei presupposti di validità, in realtà insussistenti e, quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione;
- l'immediata efficacia del decreto legge lo rende idoneo a produrre modificazioni – anche irreversibili – sia della realtà materiale, sia dell'ordinamento, giustificabili nei limiti del corretto esercizio dei requisiti di cui all'articolo 77 Costituzione.

In conclusione, la sentenza in commento fissa dei principi inerenti il corretto e legittimo ricorso alla decretazione di urgenza, che possono così sintetizzarsi:

- 1) è legittimo il ricorso al decreto legge qualora sussista il requisito della straordinarietà del caso di necessità ed urgenza a provvedere: la ricorrenza o

meno del requisito è sindacabile da parte della Corte non solo sotto il profilo formale, ma anche sotto quello sostanziale;

- 2) il richiamo alla straordinarietà del caso di necessità ed urgenza deve ricorrere in ordine a ciascuna disposizione oggetto di decretazione, essendo costituzionalmente illegittima una norma inserita in un decreto legge che disciplina una diversa materia senza espresso riferimento al requisito di necessità e di urgenza;
- 3) la legge di conversione non sana l'originario vizio del decreto legge, configurandosi *error in procedendo*, in quanto il decreto non poteva essere oggetto di conversione per erronea valutazione sull'esistenza dei presupposti di validità.

2. Considerazioni sull'uso del decreto legge in materia tributaria

La materia tributaria è, nel nostro assetto costituzionale, coperta dalla riserva relativa di cui all'articolo 23 della Costituzione che dispone che "nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge".

Nell'ambito del concetto di legge rientrano gli atti aventi forza e valore di legge e, quindi, oltre alla legge ordinaria anche i decreti delegati ed i decreti legge che trovano la loro legittimazione i primi nella legge delega ed i secondi nella legge di conversione.

Premettendo che, quindi, concordemente dottrina e giurisprudenza ammettono che prestazioni patrimoniali possano essere imposte oltre che in base a leggi *stictu sensu* – cioè atti emanati dal Parlamento con il procedimento e con le caratteristiche di cui agli articoli 71 e 74 della Costituzione – anche con decreti legge e decreti legislativi, va tuttavia rilevato che, già nella fase dei lavori preparatori della Costituzione, buona parte dei componenti della Commissione apparivano convinti della necessità di limitare drasticamente le deleghe legislative ed i decreti legge in materia tributaria per evitare l'eccessiva libertà del Governo nella fase istitutiva dei tributi.

Non può disconoscersi, però, che nella prassi legislativa si sia verificato nel tempo un sempre minore ricorso alla legge ordinaria ed un sempre più spiccato utilizzo della legge delega e, quindi, dei decreti delegati, trattandosi di materie estremamente complesse e di elevato contenuto tecnico, e questo soprattutto in occasione di riforme del sistema.

Particolare attenzione va riservata al ricorso alla decretazione di urgenza il cui uso ed abuso nella materia tributaria ha, sovente, suscitato perplessità in quanto l'intensificarsi del ricorso alla decretazione influisce pesantemente sul normale svolgimento dei lavori

parlamentari, attribuendo *de facto* il potere legislativo ordinario all'organo esecutivo, quasi in concorrenza con il Parlamento.

È indubbio che i decreti legge hanno costituito per anni e continuano a costituire una fonte normativa primaria, se non privilegiata, nell'ambito della disciplina tributaria, giustificati dal fatto che l'utilizzo dello stesso trova ampia motivazione sia nella peculiarità della disciplina, sia in situazioni contingenti cui far fronte con un mezzo rapido ed efficace.

A sostegno del costante ricorso alla decretazione di urgenza si evidenzia la crescente complessità della realtà economico sociale contemporanea, il ruolo neo interventista dello Stato e, quindi, l'opportunità dell'adozione di provvedimenti mirati, rapidi ed incisivi.

Il decreto legge ha trovato ampia utilizzazione nella determinazione di nuove aliquote in materia di imposte di consumo o di accise, ove la celerità dell'entrata in vigore del provvedimento legislativo, non preannunciato, evita accaparramenti e/o effetti antieconomici e distorsivi nell'applicazione del tributo, realizzando una entrata immediata. Egualmente si è riconosciuto la legittimità dell'utilizzo del decreto legge in tema di introduzione di norme antielusive al fine di evitare la corsa all'attuazione dei comportamenti stessi che si intendono scongiurare.

Può, inoltre, prospettarsi la necessità di dover far fronte alle esigenze finanziarie dello Stato che richiedono di essere soddisfatte con urgenza, come quando, ad esempio, debbono essere emanate norme che comportano nuove spese. In tale ipotesi, ove è *in re ipsa* scontata la straordinarietà, la necessità e l'urgenza, è legittimo il ricorso alla decretazione.

Una particolare novità nella legislazione in materia tributaria si rinviene nella Legge 27 luglio 2000, n. 212, contenente disposizioni in materia di Statuto dei diritti del contribuente.

La normativa in questione costituisce principio generale dell'ordinamento tributario, le cui disposizioni possono essere modificate o derogate solo espressamente e mai con legge speciale.

Si è osservato che lo Statuto si colloca in una posizione di preminenza rispetto alle altre fonti del medesimo livello sul piano gerarchico per la propria capacità di esprimere i principi costituzionali fondamentali. In tal senso si parla di legge rinforzata, non tanto in relazione all'articolo 1 dello Statuto stesso, ma in quanto estrinsecazione dei principi costituzionali: la normativa, quindi, sarebbe riferibile direttamente alla Costituzione.

Si è, da parte di altri, altresì, osservato che lo Statuto è pur sempre una legge ordinaria e, quindi, le sue norme non invalidano le leggi che non lo rispettano: si tratterebbe, però, di importanti criteri guida per l'interprete.

Nella parte che qui rileva, l'articolo 4 dello Statuto dispone per i decreti legge il divieto dell'istituzione di nuovi tributi e la previsione di applicazione di tributi esistenti ad altre categorie di contribuenti. Il decreto legge, quindi, non sarebbe utilizzabile vuoi per la determinazione degli elementi essenziali ed accidentali del tributo nel caso di istituzione di nuovi tributi, vuoi per la individuazione di nuovi soggetti passivi per i tributi già esistenti. Si tratterebbe, quindi, di una mera attività di modificazione di elementi non essenziali di tributi già esistenti.

Viene all'attenzione la concreta osservanza dei principi generali contenuti nello Statuto dei diritti del contribuente, nonché di quelli stabiliti dalla Corte Costituzionale nella sentenza in commento, applicabili anche alla materia tributaria, in relazione al decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248, c.d. Decreto Bersani-Visco.

Non può sfuggire che il provvedimento normativo in questione rappresenta un tipico esempio di reiterazione dell'uso-abuso del decreto legge in materia tributaria, la cui prassi di adozione, sia pure affievolitasi nel tempo, pur tuttavia permane.

Come sopra specificato, alla Corte Costituzionale è riservato il sindacato di poter valutare la ricorrenza dei requisiti di necessità ed urgenza, la carenza dei quali travolge anche la successiva legge di conversione per *error in procedendo*.

In primo luogo si osserva che il decreto in questione costituisce una evidente violazione di buona parte dei principi contenuti nello Statuto dei diritti del contribuente non essendosi ritenuto l'esecutivo ad essi vincolato, così come nello stesso senso sembra essersi espresso il Parlamento in sede di conversione del decreto stesso. Risultano, infatti, evidentemente violati i principi in tema di divieto di retroattività nella parte in cui all'articolo 3 si prevede che, relativamente ai tributi periodici, le modifiche introdotte si applicano solo a partire dal periodo di imposta successivo a quello in corso alla data di entrata in vigore delle disposizioni che lo prevedono.

È pur vero che, in questo caso, seguendo l'impostazione della migliore giurisprudenza costituzionale tedesca, non si tratterebbe di retroattività autentica, ma di retroattività non autentica in quanto il presupposto impositivo nelle imposte periodiche si deve ritenere realizzato solo al termine del periodo stesso.

Un chiaro esempio di retroattività autentica, espressamente vietata, è costituito dall'applicazione generale dell'accertamento sulla base degli studi di settore nei confronti degli esercenti attività di impresa, arti o professioni, prescindendo dal regime di contabilità adottato. In questo caso la decorrenza della norma è fissata già dal periodo di imposta 2005 e suscita particolari perplessità non solo in ordine alla violazione dello Statuto dei diritti del contribuente, ma anche in ordine alla sua legittimità costituzionale.

In tutti i casi, oltre alle numerose violazioni dello Statuto del contribuente, il decreto va esaminato alla luce dei principi enunciati della Corte Costituzionale specificatamente con riferimento alla ricorrenza o meno dello stato di necessità ed urgenza che legittima l'adozione del decreto legge. In realtà, il titolo del preambolo del decreto individua la necessità e l'urgenza nel rilancio economico e sociale, nel contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica, nonché nel contrasto all'evasione ed alla elusione fiscale, al recupero della base imponibile, al potenziamento dei poteri di controllo dell'Amministrazione finanziaria ed alla semplificazione degli adempimenti fiscali. Il conseguimento di detti obiettivi, come già riferito, ha sempre costituito – per unanime dottrina – sufficiente giustificazione per la decretazione di urgenza, ma, nel caso specifico, sulla scorta dei principi fissati dalla Corte Costituzionale, va verificato se il conseguimento dei fini prefissi rivesta o meno i requisiti legittimanti la decretazione di urgenza.

Non può sfuggire che la Corte Costituzionale, nella motivazione della sentenza, articoli il proprio ragionamento ritenendo che il decreto legge, in quanto dotato di efficacia immediata, è idoneo a produrre modificazioni, anche irreversibili, sia della realtà materiale, sia dell'ordinamento ed evidenzia la ragione dell'inciso della norma costituzionale che attribuisce al Governo la responsabilità dell'emanazione del decreto, condizionando l'attività del Parlamento in sede di conversione in modo particolare rispetto alla ordinaria attività legislativa. Secondo la Corte, quindi, la necessità e l'urgenza sono da identificare anche in correlazione alla immediata efficacia dei provvedimenti che si presentino come norme indifferibili sia sotto il profilo sostanziale che sotto il profilo procedimentale, tanto che la presentazione del decreto per la conversione comporta che le Camere vengano convocate ancorché sciolte. Deve trattarsi, quindi, di misure improcrastinabili la cui ricorrenza, ovviamente, va verificata non solo sul piano formale, sulla base della enunciazione contenuta nel titolo della norma del decreto stesso, ma soprattutto sotto il profilo sostanziale.

Che dire, quindi, di misure modificative la cui entrata in vigore non è contestuale alla pubblicazione del decreto ma postergata e scadenzata in un tempo successivo? Sussistono in questo caso quelle gravi ragioni di necessità ed urgenza, sindacabili dalla Corte, che la Costituzione richiede per legittimare l'adozione del decreto legge?

Il decreto Bersani-Visco contiene una serie di previsioni quali, ad esempio, quelle relative alla effettuazione dei versamenti di imposta esclusivamente mediante sistemi telematici inizialmente fissati per un periodo successivo e poi in seguito prorogati per evidenti, quante scontate, esigenze operative; per altre norme quali quelle inerenti alle modifiche del trattamento fiscale delle autovetture non utilizzate esclusivamente come beni strumentali delle imprese per le quali non è consentito effettuare un ammortamento anticipato, così come l'ammortamento dei fabbricati, l'entrata in vigore è fissata nel periodo di imposta in corso (violazione dello Statuto dei diritti del contribuente), periodo che si sarebbe esaurito solo alla scadenza dell'anno solare, con evidente carenza della necessità ed urgenza, atteso che il decreto Bersani-Visco è di luglio.

Eguali considerazioni attengono alle modifiche all'ammortamento dei beni materiali ed alla introduzione di taluni obblighi contabili per gli esercenti arti o professioni, per i quali i compensi possono essere riscossi esclusivamente mediante strumenti finanziari tracciabili con limite dei pagamenti in contanti che va gradualmente a ridursi sino a luglio 2008.

Come è agevole constatare trattasi più di misure di razionalizzazione del sistema che, senza voler entrare nel merito di scelte politiche circa la loro opportunità, correttezza legislativa avrebbe imposto di riservare ad un disegno di legge governativo anche in considerazione del fatto della imminenza della presentazione della legge finanziaria e del relativo collegato.

Così operando si sarebbe non solo rispettato lo Statuto dei diritti del contribuente, ma anche il dettato costituzionale.

Il requisito della necessità ed urgenza che la Corte Costituzionale ha inteso individuare per legittimare un evento straordinario, quale è l'assunzione del potere legislativo da parte dell'esecutivo, non può certo essere rinvenuto in norme ad efficacia differita nel tempo venendo meno l'attualità della modifica legislativa che si realizza nella immediatezza di efficacia del decreto legge. Il vizio originario del decreto o di parte di esso non è sanabile in sede di conversione.

Concludendo, quindi, sembra lecito affermare che, anche nell'ambito tributario, la necessità e l'urgenza vanno individuate con riferimento alla concretezza ed attualità della situazione cui far fronte. Il decreto legge è a ciò istituzionalmente finalizzato trattandosi

di provvedimento ad efficacia immediata dovendosi, quindi, escludere l'utilizzo dello stesso per provvedere a modifiche organiche del sistema, con previsioni di entrata in vigore e di efficacia postergate o differite nel tempo rispetto alla pubblicazione del decreto stesso.

La regolarizzazione tra forma e sostanza: dottrina e giurisprudenza a confronto (Nota a Cds, sez. IV, sentenza 11 ottobre 2006 n. 6059)

di Cristina Curatoli

Il Consiglio di Stato interviene sull'impugnazione della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, sez. I, n. 1982 del 3 ottobre 2005, che ha respinto il ricorso proposto dalla società Alpes Costruzioni s.r.l., avente ad oggetto una richiesta di risarcimento del danno ingiusto subito in conseguenza di illegittima esclusione da una gara, per aver prestato, a titolo di cauzione provvisoria, una fideiussione rilasciata da una società di intermediazione finanziaria, non legittimata alla relativa operazione, qualora si verta nell'ambito di gare d'appalto per opere pubbliche. L'illegittimità dell'atto di esclusione e della successiva aggiudicazione era stata precedentemente riconosciuta dallo stesso TAR Sardegna con la sentenza n. 460 del 19 aprile 2000, per poi essere confermata dal Consiglio di Stato, in sede di appello, con la decisione n. 1927 del 3 aprile 2001. In tale sede entrambi gli atti venivano annullati, in quanto pronunciati senza tener conto della presenza di una irregolarità sanabile posta in essere dalla società Alpes Costruzioni s.r.l., come tale insuscettibile di esclusione. Il giudice di primo grado motiva il rigetto della pretesa risarcitoria, sostenendo che difetti nella sentenza n. 1927 del 2001 del giudice di appello un chiaro riferimento al requisito della colpa in capo alla amministrazione appaltante, potendosi rilevare un riscontro di mera illegittimità del provvedimento di esclusione. Tale circostanza sarebbe, ad avviso del TAR Sardegna, avallata dal costante orientamento giurisprudenziale che, in tema di integrazione delle domande di partecipazione irregolari, fa riferimento alle sole offerte incomplete e irregolari, e non alla prova del possesso di un requisito di partecipazione. La presenza dell'elemento psicologico risulta, difatti, essenziale ai fini della configurazione della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c., in assenza della quale la pretesa del privato deve ritenersi limitata alla sola tutela caducatoria. L'appello è accolto dal Consiglio di Stato che contrasta con la decisione di primo grado circa la presenza o meno di un riferimento al comportamento colposo della amministrazione appaltante, in quanto presupposto basilare dell'illegittimità dell'esclusione e dell'annullamento del relativo atto era stato rinvenuto dai giudici di primo e secondo grado proprio nell'affidamento ingenerato nel ricorrente circa l'ammissibilità della fideiussione prestata da una società di intermediazione finanziaria. Era stata, difatti, in più occasioni ammessa, da parte della medesima amministrazione, la

partecipazione di soggetti a gare disciplinate da identici bandi, nonostante la fideiussione provenisse da una società di intermediazione finanziaria piuttosto che da una banca o da una società di assicurazione. E', dunque, riconosciuto al ricorrente il diritto al risarcimento del danno subito, ridotto, tuttavia, in funzione della sua evitabilità ove il concorrente avesse tenuto un comportamento diligente, prestando maggiore attenzione alle prescrizioni contenute nel bando di gara.

La sentenza in commento si inserisce in un contesto giurisprudenziale dai contorni altamente vaghi, data la difficoltà in un ambito quale quello delle gare d'appalto, di individuare un filo conduttore idoneo ad attribuire certezza ed uniformità di disciplina, soprattutto nella fase, di gran lunga più delicata, quale quella della scelta del contraente.

La complessità della questione, che si evince dalle indefinite oscillazioni giurisprudenziali sul tema, è data con una certa probabilità da fattori ineliminabili, o comunque eliminabili con notevole difficoltà, quali in particolar modo il sovrapporsi di fonti regolamentative diverse che disciplinano la procedura di gara, e delle quali, ancor oggi, risulta dubbia la qualificazione. E', difatti, indiscussa la discrezionalità ed il potere della p.a. appaltante di porre a fondamento della scelta del contraente i requisiti ad essa più congeniali, enucleabili da una valutazione da compiersi in concreto sulla base delle esigenze da soddisfare, o comunque in funzione di considerazioni di ordine economico e sociale ad essa rimesse, e variabili in funzione delle circostanze. Risultato di tale operazione è lo stesso bando di gara, che impone il rispetto di un insieme di regole autovincolanti, e al contempo dirette all'osservanza degli aspiranti contraenti della p.a.

Se da un lato, dunque, la *lex specialis* imposta dalla p.a. presenta un ampio margine di autoritatività e discrezionalità, dall'altro lato, tuttavia, l'analisi dei principi comunitari e della normativa dell'evidenza pubblica consentono di delineare una distinta posizione dell'amministrazione appaltante nei confronti dei concorrenti rispetto ai modelli del passato. A limitare la discrezionalità in ordine al bando di gara, ed in particolar modo a quella parte del bando relativa alla determinazione dei requisiti di partecipazione interviene, oggi, in modo sempre più prorompente, l'influenza del diritto comunitario e della valorizzazione di principi, quali

il rispetto della *par condicio* dei concorrenti, la parità di accesso ai contratti della p.a., il principio di salvaguardia della concorrenzialità, l'imparzialità, la correttezza della p.a. che hanno favorito una maggiore attenzione verso gli interessi individualistici dei partecipanti ad una gara, permettendone una tutela rafforzata, e, superando così la posizione dottrinale e giurisprudenziale dominante negli anni addietro, per la quale la normativa

dell'evidenza pubblica era posta ad esclusivo interesse e garanzia della pubblica amministrazione.

Come sottolineato chiaramente da autorevole dottrina, tuttavia, "tra misure a tutela della pubblica amministrazione e misure a tutela della concorrenza non vi è necessariamente coincidenza; possono anzi addirittura collidere"¹. La tutela di esigenze tra loro divergenti, talora incompatibili, genera un nodo problematico non facile da sciogliere; e da qui un interrogativo: A quali esigenze i giudici devono conferire maggiore attenzione? In che modo gli stessi possono realizzare quel temperamento di interessi che in numerose occasioni interviene a dirimere le più controverse questioni? Questi interrogativi trovano il loro massimo referente nell'iter giurisprudenziale, in cui si innesta la vicenda de quo, che ha ad oggetto il potere dell'amministrazione appaltante di soccorrere il privato non in regola con i requisiti richiesti dal bando di gara ai fini della partecipazione, mediante un invito ad integrare la documentazione necessaria per la valutazione delle offerte.

Il difficile bilanciamento tra l'interesse della p.a. a porre requisiti rigorosamente restrittivi in vista del raggiungimento del miglior risultato possibile, previsto e garantito dall'art. 97 della nostra Costituzione e quello dei privati alla tutela della concorrenza, sorretto dal diritto comunitario e rafforzato da meccanismi sanzionatori, pronti a colpire il legislatore nazionale in caso di inosservanza, ha trovato una parziale quanto precaria soluzione con un orientamento giurisprudenziale volto a privilegiare un'interpretazione sostanziale del bando di gara e dei requisiti prescritti dall'amministrazione appaltante.

L'irrisorietà di taluni aspetti meramente formali, che in numerose decisioni continuano a comportare rigide esclusioni dalle gare, ha spinto verso una maggiore apertura alla partecipazione dei concorrenti senza intaccare il corretto svolgimento dell'attività amministrativa.

Il risultato è stato raggiunto con un lavoro giurisprudenziale diretto ad attribuire spessore alla concreta ratio sottesa alla previsione del bando posta dalla p.a. appaltante.

Si evidenzia, dunque, l'opportunità e la convenienza di un sistema giurisprudenziale volto a limitare la concorrenza solo qualora ciò risponda ad una concreta ed effettiva finalità pubblica, rinvenibile solo con un'interpretazione della *lex specialis* che vada oltre il significato rigorosamente letterale della stessa.

Da qui parte della giurisprudenza tende a far discendere un potere-dovere della p.a. di richiedere l'integrazione in corso di gara della documentazione inesatta o incompleta,

¹ F. Satta, *Crisi della giustizia amministrativa?*, in *Foro Amm. Cds*, 2005, 11, 3485.

conseguente ad una mera irregolarità formale, e dunque non lesiva dell'esigenza pubblica sottesa alla relativa previsione.

E' utile riportare il fondamento normativo cui non di rado tale filone giurisprudenziale si appiglia, rinvenibile nell'art.16 del d. lgs. 157/95, che nel disporre che "le Amministrazioni aggiudicatrici invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati", sebbene si riferisca ad appalti pubblici di servizi, e non di lavori, viene talora interpretato quale norma codificatrice di un modo ordinario di procedere della p.a., estensibile anche al di là del suo ristretto ambito applicativo, ed espressiva di una prevalenza della sostanza sulla forma nella valutazione circa la sussistenza dei requisiti necessari per partecipare alla gara².

Ne discende che l'amministrazione appaltante, nel verificare la sussistenza in capo ai partecipanti dei requisiti richiesti dal bando, deve procedere ad un'operazione in concreto che superi il rigoroso profilo formale, conferendo valore all'esito che la predisposizione del requisito di ammissione mira a realizzare. Solo operando in tal senso è lecito configurare, secondo la giurisprudenza riportata, limitazioni ed esclusioni dei concorrenti non ostative al rispetto della par condicio e della par participationis, intesa quale la più ampia partecipazione possibile alla gara nel rispetto delle regole prescritte. La salvaguardia dell'interesse pubblico non subirebbe, del resto, alterazioni, in considerazione del perseguimento del risultato sostanziale che la p.a. intende realizzare.

Quanto disposto dall'art. 16 del d. lgs. n. 157/95 può essere accomunato ad una regola rinvenibile nella stessa normativa generale che regola il procedimento amministrativo, la l. n. 241/90, laddove lo stesso art. 6 prevede che "il responsabile del procedimento può richiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali"³.

L'esercizio del potere di richiedere la regolarizzazione formale non ha, tuttavia, un contenuto ben delineato, e pone una serie di problemi in relazione alle modalità del suo esercizio ed alle ipotesi nelle quali debba essere attivato. La giurisprudenza da tempo si adopera nella ricerca di criteri idonei ad identificare i casi nei quali l'Amministrazione debba invitare i concorrenti alla regolarizzazione formale dei documenti prodotti in sede

² A. Migliore, Il potere della pubblica amministrazione di richiedere le integrazioni e i chiarimenti di cui all'art. 16 d. lgs. 157/95, in www.giustamm.it.

³ I. Pagani, Integrazione documentale e tutela della par condicio, in *Urb. e App.*, 2006, 10, 1185.

di gara, individuando per lo più una serie di presupposti, quali la ricevibilità dell'offerta, la non inammissibilità della stessa per cause estranee alla documentazione ritenuta carente, un comportamento diligente da parte dell'impresa, la non corrispondenza dei certificati rilasciati dalle Autorità al modello del bando, e la non imputabilità di tali evenienze all'impresa concorrente⁴.

L'esigenza di privilegiare il dato sostanziale e l'interesse della p.a. sotteso alla predisposizione dei requisiti di partecipazione è in parte confermata da chi ribadisce l'inapplicabilità del principio di sanabilità delle irregolarità formali qualora l'oggetto della documentazione riguardi elementi essenziali della domanda di partecipazione, potendosi regolarizzare la mera documentazione inesatta o incompleta che abbia ad oggetto prescrizioni secondarie previste dal bando di gara⁵. La totale mancanza di un documento di partecipazione o di una sua parte essenziale, richiesta dalla normativa di gara a pena di esclusione non può, in linea con tale indirizzo, mai considerarsi alla stregua di una mera irregolarità, pena la violazione della par condicio tra i partecipanti⁶. È, del resto, in tale enunciato che trova fondamento la distinzione che la giurisprudenza effettua tra la "regolarizzazione" dei documenti presentati dai concorrenti, che comporta modificazioni meramente formali degli stessi e l'"integrazione documentale" che ha ad oggetto, invece, l'aggiunta in corso di gara di documenti o parte degli stessi, richiesti dal bando quali requisiti di partecipazione. E' unanimemente riconosciuta l'ammissibilità della prima facoltà in capo ai privati concorrenti, mentre si configura una totale violazione del principio della par condicio dei partecipanti nella seconda ipotesi⁷. La sanabilità della domanda di partecipazione in tanto sarà oggetto di invito alla regolarizzazione da parte della p.a. in quanto la sanzione dell'esclusione sia sproporzionata rispetto all'omissione.

Il principio di sanabilità delle irregolarità formali, come del resto appare inevitabile, è connotato da una sensibile flessibilità, in funzione della variabile preminenza degli interessi in gioco rispetto alle mere prescrizioni formali contenute nel bando; nella sentenza in questione il Consiglio di Stato fa leva, nel confermare l'applicabilità del principio, sulla tutela dell'affidamento del privato concorrente ponendo in primo piano

⁴ A. Migliore, op. cit.

⁵ Cons. Stato, IV Sez., 9 dicembre 2002, n. 6684, in Cons. di St., 2002, I, 2694.

⁶ N. M. De Biase, Nelle gare d'appalto non sono sanabili le violazioni dei requisiti essenziali dei documenti prodotti dalle parti, in Cons. St., 2004, f. 2, 233, pt.1.

⁷ Tar Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 3 agosto 2005, n. 1462, in Foro Amm. TAR, 2005, 7/8, 23699; Cons Stato, Sez. IV, 25 marzo 2005, n. 1284, in Foro Amm. Cds, 2005, 3, 783.

l'esigenza che l'ambiguità comportamentale della p.a. appaltante non si spinga ad un punto tale da pregiudicare ingiustamente la partecipazione alla gara⁸.

La vincolatività del bando di gara, predisposto dall'amministrazione appaltante quale regolamento dell'intera procedura di evidenza pubblica, subisce così una deroga in presenza di un significato dubbio in ordine ai requisiti di partecipazione, salva ad ogni modo la sussistenza di un interesse sotteso alla clausola stessa che la stazione appaltante intende preminentemente tutelare⁹.

La tutela dell'affidamento del privato, fine ultimo dell'interpretazione estensiva delle clausole del bando, è posta a fondamento della decisione in commento, laddove il Consiglio di Stato, nel riconoscere la responsabilità della p.a., fa riferimento ad un affidamento che la stessa ha ingenerato nei confronti dei concorrenti con il comportamento di acquiescenza più volte tenuto nei confronti dei partecipanti che presentavano in precedenti gare, regolate da identici bandi, fideiussioni prestate da società di intermediazione finanziaria, nonostante l'inammissibilità prevista nella lex specialis. Sussisterebbe, quindi, ad avviso dei giudici, quello stato di incertezza circa i requisiti richiesti a pena di esclusione, tale da giustificare il potere-dovere di richiedere la regolarizzazione, che in più occasioni la giurisprudenza invoca a sostegno di una responsabilità amministrativa, qualora le clausole d'esclusione previste nel bando siano equivoche o poco chiare¹⁰.

L'affidamento ingenerato nel privato tramite comportamento negligente della p.a. è, per di più, elemento essenziale, nella sentenza de quo, ai fini della configurazione della responsabilità della p.a., e, dunque, del conseguente risarcimento del danno riconosciuto dal giudice d'appello al concorrente pretermesso.

E' questa una conclusione cui approdano non di rado i giudici amministrativi in recenti pronunce giurisprudenziali, dove la valutazione dei singoli casi concreti da luogo il più delle volte a contrasti e incoerenze, risultato della difficoltà degli stessi di svolgere quel ruolo di adeguamento della legge alla realtà sociale e giuridica che cambia, soprattutto per l'influenza del sempre più partecipe diritto comunitario. Le frequenti condanne delle amministrazioni pubbliche appaltanti collidono con il contesto confuso in cui le stesse sono indotte ad operare.

⁸ Cons. Stato, V Sez., 4 luglio 2002, n.3685, in Cons. di St. 2002, I, 1502.

⁹ V. Palmieri, Interpretazione della clausola del bando di gara che impone la presentazione delle offerte tramite il servizio postale, in Foro amm Cds, 2005, 1508.

¹⁰ Cons. Stato, Sez. V, 13 gennaio 2005, n. 82; Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1214.

Il Consiglio di Stato nella sentenza in esame fa riferimento ad una colpa della p.a. per l'affidamento creato circa la convinzione che la cauzione provvisoria costituita a mezzo di fideiussione rilasciata da una società di intermediazione finanziaria fosse conforme alle prescrizioni del bando.

Non si vede, tuttavia, come possa attribuirsi alla p.a. una responsabilità qualora l'incertezza giurisprudenziale che connota le relative scelte sia tale da non permettere la definizione di una linea di condotta da seguire.

Sarebbe auspicabile un intervento legislativo, o comunque il raggiungimento di un'uniformità giurisprudenziale sul tema, anche in vista del complessivo cambiamento in atto in ordine alla disciplina procedimentale amministrativa, che in più settori tende ad abbandonare quel rigido garantismo che la pervadeva approdando a modelli più flessibili ed in grado di privilegiare aspetti sostanzialistici più idonei a raggiungere e soddisfare le finalità pubbliche in conformità alle esigenze dei privati.

L'eccessiva varietà di vizi formali che le domande di partecipazione possono presentare non permette, del resto, un'applicazione omogenea delle sanzioni previste nel bando, essendo ineliminabile l'esigenza che la p.a. diversifichi il comportamento da tenere in concreto a seconda della gravità sostanziale delle irregolarità addotte.

Si assiste, tuttavia, ad un prevalente atteggiamento prudentiale tenuto dalla giurisprudenza, che, nonostante ribadisca consapevolmente la necessità di allontanarsi dai rigidi modelli imperniati su criteri formalistici, persegue in un'interpretazione restrittiva della *lex specialis*, ignorando superficialmente la rilevanza sostanziale e la più complessa significatività dei requisiti di volta in volta prescritti¹¹.

La ragione di tale stasi giurisprudenziale e dell'incapacità di adeguamento a quei modelli più congeniali che si stanno affermando nella realtà giuridica odierna, nazionale e ancor più comunitaria, è da rinvenirsi, forse, nel timore di incrementare quelle incertezze giuridiche già largamente presenti nel quadro giurisprudenziale evidenziato.

In attesa, dunque, di elementi chiarificatori, giurisprudenziali, o ancor meglio legislativi, i giudici ritengono più opportuno attenersi, secondo gli ultimi orientamenti, alle rigide prescrizioni dei bandi, la cui conoscenza è pur sempre garantita ai concorrenti da un comportamento diligente, piuttosto che favorire quell'individuazione del candidato realmente più meritevole, in grado di realizzare il più alto soddisfacimento dell'interesse

¹¹ M. Bombardelli, *Gli errori formali nelle dichiarazioni sostitutive*, *Giorn. Dir. Amm.*, 2007, 1, 31.

pubblico, in linea con le esigenze concrete sottese alle determinazioni delle pubbliche amministrazioni appaltanti.



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA