



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE INTERNAZIONALISTICHE E STUDI SUL SISTEMA POLITICO ED ISTITUZIONALE EUROPEO

Innovazione e Diritto



**Speciale
2008**

Prof. Raffaele Perrone Capano (direttore)

COMITATO SCIENTIFICO

Prof. Andrea Amatucci
Prof. Carlo Amatucci
Prof. Carlo Amirante
Prof. Gaetano Cuomo
Prof. Elisabetta De Franciscis
Prof. Cesare Dell'Acqua
Prof. Lucio De Giovanni - Preside Facoltà di Giurisprudenza
Prof. Luciana Di Renzo - (coord. Finanza Comunitaria e Territoriale)
Prof. Stefano Fiorentino (coord. area Diritto tributario)
Prof. Massimo Marrelli
Prof. Carlo Panico
Prof. Marilena Rispoli Farina
Prof. Luigi Sico (coord. area Diritto internazionale e comunitario)
Prof. Sandro Staiano
Prof. Mario Tedeschi
Prof. Talitha Vassalli di Dachenhausen

REDAZIONE

Roberta Alfano (coordinamento rivista)
Domenico Ardolino
Debora Cioffi
Elena Cuomo
Anna Maria Di Lieto
Giordano Di Meglio
Olimpia Esposito De Falco
Chiara Fontana
Laura Letizia
Serena Maresca
Maria Pia Nastri
Eduardo Maria Piccirilli
Raffaele Sabato
Leonardo Saviano
Giuseppina Simioli
Dea Squillante
Loredana Strianese

EDITING e GRAFICA

Gianluca Ortiz
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

DIRETTORE RESPONSABILE

Avv. Maurizio Migiarra



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:

<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

INDICE

Attualità e prospettive della Costituzione di Cesare Dell'Acqua.....	1
L'efficacia del diritto OMC all'interno della Comunità europea all'esame della Corte di Giustizia di Angela Di Maio.....	13
La grande partita dei rifiuti: riflessioni su una gestione contraddittoria tra rd, cip6, strumenti finanziari ed illegalità diffusa di Michel S. Fernando Hettiyakandage	25
Evoluzione della tassazione dei Trusts di Antonio Landolfi	55
I profili fiscali del trasferimento in Italia della sede di una società estera di carlo Magri	65
Tutela dell'ambiente tra Stato e sistema delle autonomie territoriali di Massimo Mandara.....	79
Discriminazioni retributive di genere: il problema della diversa età pensionabile fra lavoratori di sesso maschile e femminile di Serena Maresca.....	127
Crimini di guerra e contro l'umanità commessi in Darfur: le origini del conflitto e l'intervento della comunità internazionale di Angela Natale	141
Aiuti di Stato e Federalismo fiscale di Hedy Romanelli Grimaldi	171
La tutela dell'investitore e la rivendita dei <i>bond</i> ai sensi dell'art. 100-bis del D.Lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998 ("TUF") di Gaia Rubba.....	183
La valutazione di impatto ambientale: il contrasto della regolarizzazione a posteriori con il principio di prevenzione del danno ambientale di Ivana Ruotolo	201
Profili comparatistici della class action; il lungo percorso italiano tra luci, ombre ed occasioni mancate di Tiziana Russo.....	227
Il regime tributario dei trasferimenti <i>mortis causa</i> e delle donazioni di Giuseppina Simioli	251
Nozione di tributo e giurisdizione del giudice speciale dopo la sentenza della Corte Costituzionale 335/2008 di Dea Squillante.....	263

Attualità e prospettive della Costituzione

di Cesare Dell'Acqua

1. Dall'assemblea costituente alla transizione elettorale: una premessa. – 2. L'art.49 e la costituzione dimenticata. – 3. Il periodo sismico e la revisione costituente. – 4. Verso una nuova organizzazione costituzionale. – 5. Flessibilità e ideologia della costituzione

1. Dall'assemblea costituente alla transizione elettorale: una premessa

Se il valore di una Costituzione si misura anche e soprattutto sulla sua capacità di influenzare l'evoluzione della società, allora si deve riconoscere che la nostra legge fondamentale ha superato ampiamente la prova. Non parliamo naturalmente di un percorso rettilineo e senza contrasti, ma di una esperienza storicamente complessa e non priva di contraddizioni.

I primi vent'anni di vita repubblicana sono ad esempio caratterizzati da vivaci polemiche sulla mancata attuazione di alcuni istituti fondamentali, quali la Corte costituzionale, l'ordinamento regionale e il referendum abrogativo sulle leggi. È curioso rilevare che la bandiera della lealtà costituzionale divenne in molti casi il principale segno distintivo di una sinistra destinata dopo il 1948 ad un ruolo di opposizione pressoché permanente. La maggioranza parlamentare preferì invece rifugiarsi in una tattica dilatoria che tuttavia non si spinse mai fino alla delegittimazione formale dei principali contenuti programmatici e organizzativi della Carta.

Solo a partire dagli anni settanta comincia ad emergere una vera cultura della revisione costituzionale, destinata a rafforzarsi negli anni ottanta sino all'impetuosa e talora incontrollata accelerazione degli anni novanta. Alla prassi delle modifiche episodiche e puntuali subentra una strategia mirata alla modifica della forma di Governo, ritenuta inefficiente e ormai inadeguata ai compiti e agli obiettivi di una moderna democrazia rappresentativa. La causa principale dell'ingovernabilità è in gran parte ricondotta all'eccessiva frammentazione del quadro politico, a sua volta originata dal prevalere degli apparati di partito sull'indirizzo legislativo, amministrativo ed economico (la c. d. partitocrazia). In effetti la necessaria trasparenza dell'indirizzo politico viene troppo spesso oscurata da pratiche consociative fra maggioranza e opposizione. Come

necessario antidoto alle patologie del sistema parlamentare comincia ad affacciarsi l'idea di una democrazia immediata capace di eludere l'intermediazione soffocante del sistema dei partiti, anche attraverso l'elezione diretta del vertice del potere esecutivo (peraltro secondo una modellistica fino ad oggi mai completamente chiarita). Si deve peraltro osservare che per un lungo periodo il tema della governabilità ha comunque assunto un rilievo prevalente rispetto all'esigenza di assicurare in ogni caso l'equilibrio dei poteri attraverso un ponderato sistema di pesi e contrappesi.

D'altra parte la debolezza dell'esecutivo veniva e viene tuttora addebitata dalla prevalente dottrina e dagli storici delle istituzioni al "complesso del tiranno", inteso come inevitabile reazione alle degenerazioni parlamentari dell'epoca fascista. Tale lettura tuttavia non considera a sufficienza lo stretto legame che unisce l'attività di governo alla vita delle assemblee legislative, e che in ogni caso il regime parlamentare si è rivelato storicamente il più idoneo a collegare l'indirizzo governativo con quello della maggioranza parlamentare. Sul piano della forma di Stato, inoltre, si rimette in discussione la riforma regionale del 1970 considerata ormai superata e non in grado di recepire le nuove istanze autonomistiche provenienti dalle aree più industrializzate del Paese.

Alle ricorrenti tensioni del sistema politico-costituzionale, si aggiungono, specialmente negli ultimi anni, polemiche crescenti con la magistratura in occasione di procedimenti che vedono coinvolti esponenti di primo piano della vita pubblica nazionale. Il tema cruciale della riforma del sistema giudiziario accompagna costantemente il cammino delle ultime legislature, senza mai trovare un necessario punto d'incontro fra le ragioni della sicurezza e la necessaria garanzia dei diritti e delle libertà dei cittadini.

Proprio l'obiettivo di chiudere la forbice fra una Costituzione ancora troppo lontana dai cittadini ed una Costituzione materiale di incerta definizione, ha favorito l'avvento nell'ultimo quindicennio di un "nuovismo costituzionale" spesso privo di solide basi teoretiche. Troppe volte si è accreditata l'impressione che il mito della Grande Riforma costituisse un comodo alibi per le inadempienze della politica. D'altra parte non ha certo contribuito a fare chiarezza il continuo alternarsi di progetti oscillanti tra revisione parziale e riscrittura integrale delle norme. Anche la dichiarata volontà di limitare alla sola parte organizzativa ogni intervento riformatore è stata parzialmente vanificata dall'inserimento di nuovi principi e istituti (ad esempio in tema di sussidiarietà verticale e orizzontale). Questo processo è stato in realtà anticipato dal messaggio del Presidente Cossiga alle camere nel 1991, ove si ipotizzava l'elezione con metodo proporzionale di un'Assemblea costituente incaricata di dar vita ad un testo costituzionale

interamente rinnovato. Il Parlamento ha tuttavia fino ad oggi evitato la soluzione più radicale a vantaggio di interventi sistemici di aggiornamento della Carta: dalla Commissione Bozzi del 1985 alle due Bicamerali del 1993 e del 1997, costituite entrambe in deroga della procedura aggravata prevista dall' art. 138.

La scorsa legislatura è stata in gran parte caratterizzata dalla discussione parlamentare di un ampio progetto di riforma costituzionale, condizionato nella sua approvazione dall'accordo intervenuto fra i partiti della maggioranza in materia elettorale. L'esito negativo del referendum 2006 ha tuttavia imposto una salutare pausa di riflessione, indirizzando nuovamente l'attenzione delle forze politiche verso le tematiche classiche della rappresentanza. Sul piano del diritto costituzionale positivo, l'esigenza primaria sembra oggi quella di correggere l'attuale bicameralismo perfetto garantendo nello stesso tempo un ruolo più incisivo del premier e dello stesso esecutivo in Parlamento, come necessario contrappeso al completamento del sistema delle autonomie avviato con la legge costituzionale n.3/2001. È tuttavia opinione diffusa che solo un sistema di voto stabile ed efficiente possa assicurare alle future modifiche costituzionali la coerenza necessaria, al di là delle sterili polemiche che periodicamente contrappongono i fautori di un "bipolarismo imperfetto" ai nostalgici del vecchio proporzionalismo.

Non sembra però che lo strumento più idoneo a sciogliere questo nodo sia l'iniziativa referendaria in corso, finalizzata essenzialmente alla rimozione del potere di coalizione delle forze politiche minori attraverso il trasferimento del premio elettorale dalla coalizione vincente alla lista elettorale maggioritaria. Si teme in sostanza da più parti che l'esito favorevole del referendum possa indurre quest'ultima a conservare una rendita di posizione così facilmente ottenuta, e ad abbandonare ogni residuo proposito di riforma elettorale secondo le indicazioni della stessa Corte costituzionale (sentt. nn. 15, 16 e 17/2008). Senza considerare il fatto che il ritaglio auto-applicativo del Comitato promotore consentirebbe alla lista vincente di raggiungere agevolmente il quorum dei due terzi dei componenti delle due Camere previsto in seconda lettura per la revisione costituzionale (art. 138, III comma Cost.). D'altra parte l'invito all'astensionismo, ove accolto, sottrarrebbe al corpo elettorale la scelta dei governi, dopo che ai cittadini era stata preclusa ogni scelta sulla rappresentanza dal sistema delle liste bloccate previsto dalla legge n. 272/2005. Attorno alla questione elettorale fioriscono atti, comportamenti e rituali già in auge nella Prima repubblica. In qualche caso affiora il sospetto che la transizione italiana sia solo apparente e destinata prima o poi trasformarsi in una fuga da fermo. Anche per questi motivi sarebbe assai grave ignorare la volontà di partecipazione

popolare riemersa in occasione dell'ultima consultazione referendaria, e successivamente ribadita nei processi fondativi delle due principali formazioni politiche nazionali. Si tratta di segnali che rivelano l'esistenza di un patriottismo costituzionale di cui molte forze politiche ignoravano l'esistenza, a riprova del fatto che la vitalità di una Costituzione non si misura certo sulla sola età anagrafica.

2. L'art.49 e la costituzione dimenticata

Nel contesto appena descritto qualsiasi riforma di sistema non può che agire contemporaneamente su un duplice livello, quello delle norme formali che presiedono all'assetto organizzativo dei poteri e delle funzioni costituzionali, e quello delle regole materiali che condizionano le dinamiche interne ed esterne dei principi di regime. In effetti l'unica via di uscita dalla transizione in atto risiede nella decisione politica di porre fine all'alternanza diacronica di due spinte riformatrici prive di un reciproco coordinamento. Sino ad oggi questa continua oscillazione non ha prodotto altro che un'accentuata instabilità su entrambi i versanti considerati. Ogni qualvolta si verifica un'accentuata divaricazione tra le due strategie istituzionali, si alimenta nel corpo sociale l'impressione di vivere all'interno di una duplice realtà costituzionale in perenne conflitto e alla continua ricerca di un'impossibile integrazione. Non si vede come una situazione così fortemente polarizzata possa dar vita ad un progetto di revisione organico e condiviso da un ampio schieramento parlamentare.

Il percorso virtuoso da seguire per correggere questa singolare forma di strabismo costituzionale naturalmente esiste, e si riassume nell'esigenza di dare finalmente attuazione al dimenticato art. 49 della Carta fondamentale. La piena legittimazione del sistema politico passa dunque per la via stretta della regolamentazione della forma partito come necessario presupposto di ogni ulteriore modifica del testo costituzionale. Parliamo naturalmente di un progetto organico, comprensivo degli aspetti organizzativi e funzionali più rilevanti (dalle norme statutarie alle fonti di finanziamento, fino alle norme che dovrebbero garantire il rinnovo degli organismi interni e degli stessi incarichi di vertice). Come tuttavia è facile constatare, il tema continua ad essere oggetto di una singolare congiura del silenzio, con poche lodevoli eccezioni. Eppure la dottrina più attenta aveva già nell'immediato dopoguerra sottolineato la centralità del tema, offrendo anche in seguito contributi originali e innovativi anche sul piano operativo (a partire

dall'intervento di Leopoldo Elia al Convegno DC di San Pellegrino del 1963). Di fatto il ricorrente tentativo di modificare, anche in via informale, l'assetto dei poteri e delle funzioni apicali dell'ordinamento viene vanificato da regole e regolarità materiali sedimentate nel tempo e sempre più distanti dall'ispirazione originaria del 1948. Accade così che un sistema politico (meglio sarebbe dire partitico) destrutturato al suo interno e fortemente polarizzato cerchi nella materia costituzionale una qualche forma di legittimazione formale. Naturalmente la fuga del politico nel costituzionale se può fungere da comodo alibi e da facile diversivo per le inadempienze programmatiche delle maggioranze di governo, è destinata a provocare conseguenze assai negative sul sistema delle garanzie fondamentali dell'ordinamento. Si accredita così l'impressione che la materia costituzionale altro non sia che un terreno privilegiato di sperimentazione di nuovi accordi interni ed esterni all'esecutivo. Se la prassi recente troverà conferma nel prossimo futuro, il confronto istituzionale non potrà che farsi sempre più difficile e apertamente conflittuale. Del resto è innegabile che la questione istituzionale torni in primo piano proprio nelle fasi di maggiore instabilità parlamentare, per ritornare poi nell'ombra nei periodi di maggiore produttività dell'azione di governo (Onida). Qui sta il fondamento del ben noto paradosso denunciato da Gustavo Zagrebelski sin dal 1985, e non ancora rimosso dai fautori di una nuova governabilità sistemica. È del tutto evidente che il circolo vizioso può essere spezzato solo a partire dalla ricomposizione delle regole della politica attorno al metodo democratico espressamente richiamato dall'art. 49 del patto costituzionale. Naturalmente non si possono ignorare le ragioni che ne hanno scongiurato l'attuazione normativa nei primi anni dell'esperienza repubblicana, così come è innegabile la difficoltà di declinare in termini giuridici positivi i suoi molteplici contenuti materiali.

Rimane il fatto che "senza buone norme è difficile che ci siano buoni partiti, e senza buoni partiti non possono esserci buone politiche". Senza dimenticare inoltre gli effetti negativi che il passaggio epocale dai partiti ideologici di massa a quelli carismatici (caratterizzati dall'identificazione diretta con il leader) potrebbe provocare sulla loro dialettica interna e sulla definizione degli obiettivi programmatici.

Nonostante i precedenti tutt'altro che incoraggianti in tema di auto-riforma del sistema politico, la fase storica attuale presenta condizioni più favorevoli che in passato ad un intervento normativo organico sull'intera materia. Da questo punto di vista una prima e ancora timida inversione di rotta in ambito parlamentare - dopo l'ormai lontano precedente della Commissione Bozzi del 1985 - sembra profilarsi con la proposta Gitti di

utilizzare il finanziamento pubblico come stimolo per l'adozione di statuti interni in grado di assicurare insieme trasparenza, efficacia di gestione economica e chiarezza nelle scelte degli indirizzi programmatici. C'è da aggiungere che l'esigenza di garantire la democraticità interna dei partiti attraverso carte statutarie moderne ed efficaci comincia ad essere sempre più avvertita dalla base degli iscritti, come dimostra l'ampia dialettica interna che ha accompagnato la nascita del partito democratico e del partito delle libertà.

3. Il periodo sismico e la revisione costituente

L'atteggiamento oggi prevalente in materia di riforme istituzionali sembra caratterizzarsi per un maggiore realismo rispetto al recente passato. Molto chiara è al riguardo la posizione di Quirinale, favorevole ad un aggiornamento della parte organizzativa della Carta nella continuità dei suoi valori fondamentali. Non mancano tuttavia interventi di segno opposto tendenti a riproporre, anche dopo il risultato del giugno 2006, una strategia riformatrice "a blocchi", senza escludere neppure modifiche alla Prima parte e allo stesso preambolo. La spiegazione di questo apparente paradosso è in realtà assai più semplice di quanto non si pensi, ove si rifletta seriamente al periodo sismico appena trascorso (più ampio, a mio avviso, di quello descritto da Leopoldo Elia). Quest'ultimo ha lasciato infatti nell'ordinamento tracce profonde che non è sempre agevole decifrare. Derivanti, in larga misura, da una serie di procedure in vario modo sospensive o derogatorie del principio di rigidità ex art. 138. Sino al punto di modellare un potere di revisione sempre più simile al potere costituente. Non a caso si è parlato, a proposito delle due Commissioni bicamerali del 1993 e del 1997, di un potere costituente "mascherato" destinato a sfociare, sulla scia della revisione maggioritaria del 2001, nel disegno di legge costituzionale respinto dagli elettori nel referendum appena ricordato. Sarebbe forse il caso di utilizzare, per questa lunga fase di oscuramento procedurale, l'ossimoro "revisione costituente" utile a definire un percorso procedurale ricco di contraddizioni e di volute ambiguità. Più che di esaurimento storico della funzione costituente è il caso evidenziarne la capacità mimetica e il singolare polimorfismo giuridico (a sua volta funzionale, come si vedrà meglio in seguito, all'affievolimento della distinzione fra indirizzo politico costituzionale e indirizzo politico di maggioranza). Il ripristino di quest'ultima dovrebbe infatti segnalare, a tutti gli effetti, la fine o almeno la "normalizzazione" del cambiamento costituzionale. È evidente che in un simile contesto

risulta particolarmente difficile per l'interprete individuare gli elementi identificativi della continuità/discontinuità alla luce dei tradizionali parametri logico-deduttivi, magari trascurando l'indubbia rilevanza del principio di effettività in tutti i più significativi passaggi di regime. Tanto più in presenza di una profonda trasformazione della norma fondamentale di chiusura a seguito dell'irruzione del "fatto maggioritario" nel nostro sistema elettorale: da limite negativo all'autorità di governo a clausola di continuità e di integrazione dell'ordinamento. Tale funzione risulta tanto più agevole quanto più si accentua la mobilità della materia costituzionale a seguito della recente prassi delle revisioni maggioritarie. Si aggiunga che la tendenziale equiparazione fra la materia costituzionale e quella ordinaria rappresenta solo l'ultimo atto di un processo evolutivo delle fonti normative avviato già agli albori degli anni novanta. Da tempo ormai la migliore dottrina descrive il progressivo abbandono del principio gerarchico a favore di uno spazio giuridico fluido e flessibile, sempre più caratterizzato da un policentrismo normativo apertamente concorrenziale e conflittuale.

Sotto questo aspetto la nuova formulazione dell'art. 114 Cost. è senza dubbio esemplare, pur nella evidente approssimazione lessicale e concettuale. Importa qui soprattutto rilevare che il generale movimento gravitazionale delle fonti verso il basso (Sorrentino) ha dato vita a veri e propri fenomeni di "decostituzionalizzazione" dell'amministrazione e della giurisdizione.

Nel primo caso è sufficiente menzionare il d.lgs. n. 29/1993 (più volte novellato fino alla definitiva versione del d.lgs. n. 165/2001) emanato in attuazione della legge delega n. 421/1992, le leggi Bassanini (in particolare la legge delega n. 59/1997 che ha consentito la riorganizzazione per decreto dei Ministeri e della Presidenza del Consiglio dei Ministri in deroga all'ultimo comma dell'art.95 Cost.) e la legge Frattini n.145/2001 sulla dirigenza pubblica. Nel secondo vengono invece in rilievo atti e provvedimenti diretti a vincolare l'esercizio della funzione giurisdizionale ai tempi ed alle strategie politiche contingenti (basti ricordare, tra l'altro, le vicende applicative legate alla legge Cirielli e al c.d. lodo Alfano, di nuovo all'esame della Consulta dopo la precedente sentenza n.24/2004 che ne aveva dichiarato la parziale illegittimità). Si tratta dunque di un sommovimento epocale del contesto normativo, rispetto al quale risulta francamente inadeguato il ricorso a concetti e categorie formali tipiche di un sistema giuridico stabilizzato.

Occorre in definitiva prendere atto della mancanza di un parametro certo e obiettivo in grado di misurare, secondo una prospettiva diacronica, l'intensità e l'ampiezza

della transizione in atto, ben al di là dei tradizionali confini che separano i settori materiali dell'ordinamento. Tra l'altro è bene ricordare che una rottura della continuità costituzionale può verificarsi anche nell'apparente rispetto della legalità formale, mentre di converso non è detto che ogni violazione o sospensione delle garanzie costituzionali produca automaticamente un cambio di regime. L'esperienza statutaria e la sua involuzione autoritaria a partire dal 1924 è al riguardo assai indicativa. In tali condizioni ragionare in termini di cicli costituzionali, di regole o regolarità materiali e di rotture o sospensioni una tantum del procedimento di revisione significa inoltrarsi in un gioco di specchi da cui è molto difficile uscire. La via più concreta e realistica sembra quella di sottoporre il procedimento di revisione ai criteri di adeguatezza, proporzionalità e compatibilità con i principi ispiratori della Carta fondamentale, perché ciò equivarrebbe a riconoscere nel preambolo la vera riserva di legittimazione di ogni futura innovazione di sistema.

4. Verso una nuova organizzazione costituzionale

Come sempre avviene nelle fasi di cambiamento costituzionale, le incertezze e le ambiguità del metodo si riflettono sul merito delle singole proposte di modifica. Naturalmente ciò vale sia per la forma di Stato che per la forma di Governo, anche se utili indicazioni di tendenza sono già contenute nella bozza Violante approvata in prima lettura dalla Camera sul finire della passata legislatura. È necessario innanzitutto premettere che non contribuisce certo alla chiarezza della discussione parlamentare l'uso corrente di un lessico tecnicamente generico e impreciso, comunque inadatto a definire nozioni ben più articolate e complesse. Si parla ad esempio di federalismo solidale ignorando i complessi nodi interpretativi connessi al mancato riconoscimento costituzionale di una clausola di solidarietà secondo il modello tedesco, e soprattutto avallando una compiuta trasformazione in senso federale dello Stato contestata invece da una parte assai consistente della dottrina e dalla stessa Corte costituzionale (sent. n.365/2007). In ogni caso l'attuale disegno di legge delega Calderoli sul c.d. federalismo fiscale sembra per il momento contenere solo una pletorica e generica enunciazione di criteri direttivi che non consentono una esatta quantificazione dei costi e neppure una ragionevole previsione dei tempi di approvazione. Su quest'ultima incombe infatti l'incognita rappresentata dalla futura emanazione dei d.lgs. istitutivi delle città metropolitane, finora oggetto di forti

divisioni all'interno dei due principali schieramenti parlamentari.

Per un primo giudizio sui contenuti di una riforma destinata comunque ai tempi lunghi, occorrerà attendere l'iniziativa normativa dell'esecutivo attraverso l'emanazione dei decreti legislativi di attuazione e dei relativi regolamenti. L'orizzonte non appare certo più sereno ove si considerino le diverse opzioni in discussione sulla forma di Governo. La soluzione al momento prevalente dovrebbe ricalcare a grandi linee il modello Westminster, dal momento che maggioranza e opposizione convengono sulla necessità di riconoscere al premier il potere di nominare e revocare i singoli ministri, come pure sull'opportunità di riconoscere per via regolamentare alle minoranze una rete minima di garanzie necessaria a compensare l'affievolimento dei quorum di approvazione delle leggi e di elezione degli stessi vertici istituzionali ad opera delle riforme elettorali del 1993 e del 2005. Solleva invece comprensibili resistenze la richiesta, già prevista dal disegno di legge costituzionale del 2006, di riservare al Presidente del consiglio il potere di "proporre" lo scioglimento anticipato delle Camere, sottraendone di fatto l'esercizio Capo dello Stato. In tal caso saremmo davvero di fronte ad un punto di non ritorno del nostro sistema parlamentare, perché significherebbe affidare al Capo dell'esecutivo non solo le chiavi della legislatura ma anche quelle della sua stessa maggioranza, perché tale strumento potrebbe essere utilmente utilizzato anche e soprattutto nei confronti di quest'ultima. Persino l'avvento di un premierato assoluto diverrebbe un'ipotesi realistica, perché il nuovo potere si aggiungerebbe al tacito diritto all'investitura derivante dall'indicazione del nome del futuro premier sulla scheda elettorale. Il ruolo del Capo dello Stato ne uscirebbe ridimensionato, così come quello di un Parlamento costretto a seguire in ogni caso l'indirizzo politico di Palazzo Chigi come l'intendenza napoleonica. In alternativa all'eccessivo rafforzamento in senso monocratico della forma di governo parlamentare si continua a proporre da settori dell'opposizione l'introduzione della sfiducia costruttiva, nonostante i dubbi diffusi sulla sua effettiva utilità in un sistema parlamentare caratterizzato da un lunga tradizione di crisi extraparlamentari.

Non sembra invece in discussione l'istituzione di una corsia preferenziale per i disegni di legge dell'esecutivo, perché nessuno più contesta in linea di principio il diritto del Governo all'attuazione del programma, senza inutili ostacoli procedurali che lo costringano all'abuso dei decreti-legge e alla prassi deviante dei maxi-emendamenti denunciata dal Presidente della Repubblica. Il capitolo più spinoso e controverso rimane tuttavia quello della riforma dell'attuale bicameralismo perfetto, per la complessità delle implicazioni politiche e per la delicatezza dei profili procedurali. Sotto il primo aspetto

emerge l'evidente riluttanza dell'attuale Senato a rinunciare al proprio tradizionale ruolo politico, che per evidenti ragioni funzionali dovrebbe in futuro spettare alla sola Camera dei deputati. Qualora poi si affidassero al Senato come nel 2006 la competenza sulle leggi-quadro relative alle materie concorrenti tra Stato e Regioni, un'ampia quota di attività legislativa verrebbe trasferita alla Camera dove l'esecutivo non potrà porre la fiducia e dove le maggioranze "regionali" potrebbero anche essere diverse da quella politica nazionale. Un possibile rimedio a tale situazione consisterebbe nell'attribuire al Senato le attuali competenze della Conferenza Stato-Regioni, con la conseguenza di snellire i lavori parlamentari e di rafforzare il ruolo del Governo in Parlamento. Naturalmente l'eventuale soluzione di compromesso, così come l'accordo trasversale sulla riduzione del numero complessivo dei parlamentari, dovrebbe comunque ottenere l'assenso preventivo e tutt'altro che scontato della Seconda camera. Come si può osservare, anche le migliori intenzioni rischiano di perdersi nel labirinto dei veti e degli interessi incrociati, senza produrre risultati concreti a breve termine. Vi è in definitiva il rischio di ripercorrere il cammino già interrotto dagli elettori nel 2006, e di riaccendere antichi rimpianti per la cultura politica e giuridica del periodo costituente.

5. Flessibilità e ideologia della costituzione

Di recente ha trovato nuovo alimento la polemica antica sulle radici ideologiche della Carta del 1948, al fine di evidenziarne i limiti storici e concettuali. L'obiettivo sembra quello di accreditare una lettura minimalista e storicamente datata dell'accordo costituente alla luce delle trasformazioni nel frattempo intervenute nella società italiana. In particolare si è sottolineato il significato prevalentemente negativo del suo presupposto ideologico fondamentale: l'antifascismo. È giusto tuttavia ricordare che il patto fondamentale si realizzò anche e soprattutto sulla base di un ideale positivo, il metodo democratico espressamente richiamato dagli artt. 39 e 49 della nuova Costituzione. La democrazia come metodo rappresentò anzi il vero punto d'incontro e di mediazione tra le varie opzioni politiche presenti nell'Assemblea costituente. Sotto tale profilo il compromesso storico che allora si perfezionò deve ritenersi di alto profilo, perché costituì il terreno comune sul quale confluirono correnti ideologiche e politiche diverse (Togliatti, Tupini). Non si può dunque condividere il tentativo di equiparare la pregiudiziale antifascista della Costituente con l'opzione anticomunista assunta a principio

fondativo del nuovo soggetto politico dello schieramento di centrodestra. Secondo questa interpretazione, l'azzeramento dei due presupposti ideologici negativi potrebbe costituire l'elemento comune capace di dare vita ad un patto costituzionale finalmente libero dai fantasmi del passato (Galli Della Loggia). Verrebbe in tal modo completamente ignorata la sostanziale omologazione delle principali forze politiche nel frattempo intervenuta proprio attorno a quella scelta originaria. Se dunque l'antifascismo è divenuto ormai, con rarissime eccezioni, patrimonio comune dell'intera rappresentanza parlamentare, viene meno la necessità di ricreare uno "spirito costituente" comprensivo degli eredi storici delle ideologie sconfitte nell'ultimo conflitto mondiale. Del pari storicamente discutibili ci sembrano le critiche retrospettive alla formula dell'art. 1 Cost. ("L'Italia è una Repubblica fondata sul lavoro"), oggetto addirittura di una iniziativa parlamentare di revisione promossa dal partito radicale sulla base di un sua presunta estraneità alla tradizione democratica occidentale, fondata sulla libertà "intesa come titolarità dei diritti della persona". Com'è ormai ben noto il reale obiettivo della proposta Fanfani-Moro poi accolta dall'Assemblea non era certo quello di porre il principio lavorista in opposizione al principio di libertà, visto che il valore-lavoro è ritenuto anzi fattore essenziale di realizzazione della persona umana (art. 2 Cost.). Piuttosto è necessario rilevare, ben oltre l'indubbia eccedenza assiologia di una disposizione bersaglio in passato di facili ironie, l'intrinseca dinamicità del principio lavorista in contrasto con la staticità della classica forma di Stato liberale fondata sulla proprietà (Mortati). Tale aspetto è tra l'altro del tutto coerente con le finalità e le aspirazioni di ogni Stato democratico a integrazione sociale, e non può certo considerarsi prerogativa esclusiva delle democrazie popolari di impronta marxista.

Anche il riconoscimento accordato dalla Carta del 1948 ai diritti sociali di prestazione è stato spesso ritenuto eccessivo ed in sostanziale contrasto con principi del liberismo economico che hanno ispirato il processo di integrazione comunitaria (salvo ammettere che la Carta di Nizza del 2000 ha in fondo compiuto un'operazione analoga sulla scia della giurisprudenza più innovativa della Corte di giustizia della Comunità europea). Analoga flessibilità applicativa hanno evidenziato nel tempo i più significativi istituti della Costituzione economica, a partire dai diritti funzionali di iniziativa privata e di proprietà (artt. 41 e 42). Proprio l'indubbia ambiguità sottesa alla loro formulazione tecnica ne ha consentito l'uso più idoneo a sostenere l'indirizzo di politica economica di volta in volta prevalente all'interno delle coalizioni di governo. Lo stesso principio di programmazione, ritenuto per lungo tempo il più vicino all'idea di Stato socialista e il più

lontano dalle libertà di concorrenza e di circolazione dell'Unione, viene oggi riproposto come strumento utile a districare l'aggravato nodo delle competenze concorrenti tra Stato e Regioni nel nuovo Titolo V della Costituzione. Infine l'art. 43 Cost., teatro nei primi anni sessanta di memorabili scontri ideologici, ha indubbiamente svolto anche in seguito un ruolo significativo nella trasformazione del tessuto sociale ed economico della Nazione, soprattutto attraverso l'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità.

In definitiva i "chiaroscuri" della Carta del 1948 sono quelli tipici di una Costituzione presbite (Calamandrei), nella quale anche i silenzi assumono un rilievo assai significativo. La scelta di non formalizzare il principio elettorale proporzionale ha così consentito nel 1993 un passaggio non traumatico al maggioritario, fino al sistema misto del 2005. La notevole capacità evolutiva della legge fondamentale è del resto testimoniata dalla sua apertura ai principi dell'internazionalismo (artt. 10 e 11 Cost.) e del garantismo giurisdizionale (con l'istituzione del primo giudizio di legittimità costituzionale del dopoguerra: artt.134 ss.). È infatti anche grazie alla "clausola europea" dell'art. 11 che l'adeguamento del diritto interno all'ordinamento comunitario ha potuto svilupparsi senza ricorrere al procedimento di revisione, mentre il nuovo giudizio accentrato sulle leggi si è dimostrato forse lo strumento più moderno e vitale del nuovo costituzionalismo. Non è certo un caso che nell'attuale contesto istituzionale sia proprio la Consulta a tracciare con la sua giurisprudenza i labili confini tra i poteri dello Stato. La transizione tuttora incompiuta sembra dunque esaltare il ruolo della Corte fino ai limiti della supplenza legislativa, come ha dimostrato la tormentata applicazione della legge costituzionale n.3/2001. C'è piuttosto da chiedersi oggi se il giudice delle leggi non stia trasformandosi in giudice dei conflitti, e se in definitiva non stia nascendo sotto i nostri occhi quel "superpotere" intuito già negli anni cinquanta da Ferruccio Pergolesi. In questa fondamentale funzione di stabilizzazione dell'ordinamento la Corte è tuttavia affiancata dal Presidente della Repubblica, nella veste di supremo arbitro e moderatore degli equilibri costituzionali. Da un certo punto di vista si potrebbe addirittura affermare che i recenti episodi di contrasto se non di aperto conflitto tra Quirinale e Palazzo Chigi rientrano in fondo nella fisiologia del sistema. Se il costituzionalismo contemporaneo nasce come limite all'invadenza dell'autorità di governo, è naturale che il suo custode cerchi di impedire il superamento di quel confine. L'essenziale è che l'esecutivo non dimentichi in ogni circostanza il monito di Paine: "un governo senza una costituzione è potere senza diritto".

L'efficacia del diritto OMC all'interno della Comunità europea all'esame della Corte di Giustizia

di Angela Di Maio ¹

1. Introduzione – 2. Il riconoscimento della responsabilità extracontrattuale da fatto lecito – 3. La pronuncia della Corte: il rigetto dell'ipotesi della responsabilità extracontrattuale prevista in primo grado e l'ennesima chiusura per il diritto OMC – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Con sentenza 9 settembre 2008, pronunciata nelle cause riunite C-120/06 P e C-121/06 P, FIAMM e Giorgio Fedon & Figli c. Consiglio e Commissione, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha respinto le impugnazioni, proposte da due società italiane, intese ad ottenere il risarcimento del danno subito a causa di una sovrattassa doganale sull'importazione dei loro prodotti, prelevata dagli Stati Uniti, in base ad autorizzazione dell'Organo per la risoluzione delle controversie (ORC) dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), successivamente all'accertamento, da parte dello stesso Organo, dell'incompatibilità del regime comunitario di importazione delle banane con gli Accordi OMC.

La Corte di Giustizia affermando che la Comunità europea non è tenuta a risarcire i danni derivanti da una eventuale violazione degli Accordi OMC da parte delle sue istituzioni, ha confermato quanto deciso dal Tribunale di Primo Grado² e cioè che il giudice comunitario non può controllare la legittimità degli atti delle sue istituzioni, sia rispetto alle norme OMC che alle decisioni dell'ORC, neppure a fini di risarcimento; ha rigettato, invece, la tesi del Tribunale sull'esistenza di un regime di responsabilità extracontrattuale della Comunità derivante da atto lecito.

La sentenza in esame, oltre a costituire un ulteriore capitolo dell'annoso contenzioso che ha interessato CE e USA, comunemente denominato "guerra delle

¹ Dottoranda in "Diritto internazionale e comunitario dello sviluppo socio-economico" presso l'Università di Napoli "Parthenope".

² *FIAMM e FIAMM Technologies c. Consiglio e Commissione*, causa T-69/00, 2005 e *Fedon & Figli e a. c. Consiglio e Commissione*, causa T-135/01, 2005

banane”, riprende un tema da sempre dibattuto all’interno della CE, riguardante la diretta applicabilità delle norme OMC, qui ulteriormente specificato e arricchito da questioni di carattere giuridico in parte inedite.

Infatti, i motivi dedotti dalle parti ricorrenti a sostegno dei loro ricorsi di impugnazione, offrono la possibilità alla Corte di pronunciarsi, per un verso, sugli effetti che una decisione dell’ORC, che constata l’incompatibilità della normativa comunitaria con gli Accordi OMC, produce sulla possibilità di invocare le norme OMC, per l’altro, sul principio e sui presupposti di una responsabilità extracontrattuale della Comunità europea derivante da comportamento lecito.

2. Il riconoscimento della responsabilità extracontrattuale da fatto lecito.

Come sopra accennato, la causa trae origine da un contenzioso tra la Comunità europea e gli Stati Uniti relativo al regime di importazione delle banane istituito dal regolamento (CEE) del Consiglio 13 febbraio 1993, n. 404. A seguito delle denunce presentate da diversi Stati membri dell’OMC, tra i quali gli Stati Uniti, il 25 settembre 1997, l’Organo per la risoluzione delle controversie aveva constatato che il suddetto regime degli scambi con gli Stati terzi, prevedendo disposizioni preferenziali a vantaggio delle banane originarie di alcuni Stati dell’Africa, dei Caraibi e del Pacifico, fosse incompatibile con gli accordi OMC ed aveva raccomandato alla Comunità di procedere alla sua regolarizzazione entro un “periodo ragionevole” (1 gennaio 1999) stabilito in base all’art. 21 par. 3, lett. c) dell’“Intesa sulle norme e procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie”³.

A tal fine, le istituzioni avevano emendato il regime degli scambi con regolamento (CE) del Consiglio 20 luglio 1998, n. 1637.

Considerando tale nuovo regime ancora incompatibile con gli accordi OMC, gli Stati Uniti avevano ottenuto dall’ORC, in data 19 aprile 1999, l’autorizzazione all’adozione

³ L’attuazione delle raccomandazioni e decisioni dell’Organo per la risoluzione delle controversie è affidata, *in primis*, all’esecuzione volontaria da parte degli Stati interessati; in quest’ottica l’art. 21 sopra citato, prevede l’obbligo per lo Stato di informare l’ORC circa le sue intenzioni in merito all’esecuzione delle raccomandazioni e decisioni. Qualora non sia possibile una immediata attuazione, allo Stato soccombente è data la possibilità di ottemperare entro il cd. “periodo ragionevole” la cui determinazione è fissata in base alle procedure indicate dallo stesso art. 21 dell’Intesa. In particolare, il termine può essere fissato su proposta dello Stato interessato, con approvazione dell’ORC (art. 21 par. 3, lett a); in mancanza di approvazione, il termine può essere concordato dalla Parti (art. 21 par. 3, lett b), infine, in assenza di accordo, è possibile ricorrere, come è avvenuto nel caso di specie, ad arbitrato vincolante (art. 21 par. 3, lett. c).

di contromisure, consistenti nell'applicazione di sovrattasse doganali sulle importazioni di alcuni prodotti comunitari⁴.

L'11 aprile 2001, Stati Uniti e Comunità europea sono giunti ad un accordo, di conseguenza, dal 1 luglio 2001 gli Stati Uniti hanno sospeso l'applicazione delle contromisure.

Ritenendo la Comunità europea responsabile del danno che esse avrebbero subito in quanto i loro prodotti sono stati colpiti, tra il 19 aprile 1999 e il 30 giugno 2001, dalla sovrattassa doganale imposta dalle autorità statunitensi, due società, la FIAMM e la Fedon⁵, hanno chiesto al Tribunale di Primo grado, di voler riconoscere la responsabilità extracontrattuale della Comunità europea per i danni sofferti a causa del mancato adempimento della risoluzione dell'ORC.

Richiamando la giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia in materia⁶, dalla quale si evince che, gli Accordi OMC non figurano, in linea di principio, tra le normative alla luce delle quali il giudice comunitario controlla la legittimità dell'operato delle istituzioni comunitarie, il Tribunale di Primo Grado ha respinto il ricorso principale per mancanza di condotta illecita contestata al Consiglio e alla Commissione. Infatti, considerato che le norme OMC non sono idonee ad essere invocate dai privati come parametro di legittimità dell'azione delle istituzioni europee e che, nei casi di specie non rilevavano nessuna delle due eccezioni stabilite nei casi Fediol e Nakajima⁷, il Tribunale ha constatato che non era possibile dimostrare l'illegittimità del comportamento posto in essere dalle istituzioni citate. Mancando tale dimostrazione veniva meno uno dei requisiti essenziali per l'insorgere della responsabilità extracontrattuale della Comunità per condotta illecita dei suoi organi.

Pur basando la domanda di risarcimento principale sul regime della responsabilità extracontrattuale della Comunità, in ragione del comportamento illecito delle sue istituzioni, nei loro ricorsi, le società, hanno fatto valere comunque l'esistenza di una responsabilità extracontrattuale anche in assenza di comportamento illecito.

⁴ La ritorsione posta in essere appartiene alla categoria delle cd. "cross retaliation" (ritorsioni incrociate), miranti a colpire settori diversi da quelli implicati nel contenzioso.

⁵ La Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA e la sua società controllata americana FIAMM Technologies Llc operano nel settore delle batterie industriali, la Giorgio Fedon & Figli SpA e Fedon America Inc. svolgono la loro attività nel campo degli astucci per occhiali e prodotti accessori.

⁶ Sentenze *Portogallo c. Consiglio*, causa C-149/96, 1999; *Omega Air e a.*, cause riunite C-27/00 e C-122/00, 2002; *Petrotub SA e Repubblica SA c. Consiglio*, causa C- 76/00, 2003; *Biret International c. Consiglio*, causa C-93/02, 2003.

⁷ *Fediol c. Commissione*, causa C-70/87, 1989; *Nakajima c. Consiglio*, causa C- 69/89, 1991

La particolare attenzione rivolta alla pronuncia, deriva proprio dal riconoscimento, da parte del Tribunale di Primo Grado, dell'esistenza di una responsabilità extracontrattuale da atto lecito.

Il Tribunale, richiamandosi all'art. 288 secondo comma TCE, nel quale vi è un rinvio espresso ai "principi generali comuni ai diritti degli Stati membri"⁸, ha affermato che «i diritti nazionali della responsabilità extracontrattuale consentono ai singoli, anche se in misura variabile, in settori specifici e secondo modalità diverse, di ottenere in via giudiziale il risarcimento di taluni danni, anche in assenza di un'azione illecita dell'autore del danno». Al Tribunale è apparso irrilevante il fatto che meno della metà degli Stati membri abbia sancito un principio del genere negli ordinamenti giuridici interni. I giudici comunitari si sono limitati a fondare il principio della responsabilità senza colpa della Comunità senza troppe esitazioni e senza procedere ad un'indagine volta a determinare quali ordinamenti giuridici nazionali abbiano sviluppato dei principi—in materia di responsabilità da atto lecito dello Stato, per gli atti posti in essere dai propri organi pubblici. Del resto non è la prima volta che i giudici comunitari adottano tale soluzione⁹.

Condizioni costitutive di una responsabilità conseguente ad atto lecito sono, oltre che l'effettività del danno e il nesso causale tra quest'ultimo e l'atto imputato alle istituzioni, anche il carattere "anormale" e "speciale" del danno stesso. Dal decisum della Corte nel caso Dorsch¹⁰, il Tribunale ha evinto che, il danno può essere considerato "anormale" quando supera i limiti dei rischi economici insiti in una determinata attività, "speciale" quando colpisce una particolare categoria di operatori economici in maniera sproporzionata rispetto agli altri¹¹.

Nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto il danno sofferto non qualificabile come "anormale" dal momento che, il pregiudizio subito non ha ecceduto i limiti dei rischi economici insiti in una attività di esportazione. Secondo il Tribunale la sospensione delle concessioni tariffarie, misura espressamente prevista dagli Accordi OMC, costituisce, nell'attuale sistema del commercio internazionale, una vicenda che qualsiasi operatore, il

⁸ In base all'art. 288, secondo comma, TCE «...la Comunità deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni...».

⁹ Ad esempio, con riferimento all'azione per il risarcimento dei danni nei confronti dei comportamenti illeciti delle istituzioni comunitarie, o ancora, rispetto al riconoscimento nell'ordinamento comunitario, tra i principi generali del diritto comunitario, della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, non risulta che la Corte abbia seguito una comparazione dei dati comuni a tutti gli Stati membri. Piuttosto viene evidenziato come, nei casi suddetti, la Corte abbia proceduto ad una valutazione piuttosto discrezionale; in questi termini Strozzi G., *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2005, p. 255.

¹⁰ *Dorsch Consult c. Consiglio e Commissione* causa C-237/98, 2000, punti 18 e 53

¹¹ Negli stessi termini cfr. anche *Afrikanische Frucht-Compagnie c. Consiglio e Commissione*, cause riunite T-64/01 e T-65/01, 2004, punto 151

quale decida di immettere la sua produzione sul mercato di uno dei Membri dell'OMC, deve necessariamente mettere in conto. Sarebbe erroneo ritenere che non possa essere considerata come un rischio normale l'eventuale applicazione di misure di ritorsione da parte uno Stato terzo a seguito di un contenzioso sorto in un settore diverso da quello dei ricorrenti; un rischio del genere, infatti, deve essere considerato come rientrante nella normale alea del commercio internazionale.

Il Tribunale ha quindi ritenuto che tali considerazioni bastassero ad escludere qualsiasi diritto al risarcimento basato sul regime della responsabilità extracontrattuale della Comunità, in assenza di un comportamento illecito delle sue istituzioni¹².

3. La pronuncia della Corte: il rigetto dell'ipotesi della responsabilità extracontrattuale prevista in primo grado e l'ennesima chiusura per il diritto OMC.

Nel chiedere l'annullamento delle rispettive sentenze, le società sopraccitate hanno invocato due principali motivi di impugnazione, riguardanti, il primo, la mancanza di motivazione relativamente al riconoscimento dell'assenza di effetto diretto delle risoluzioni dell'ORC¹³, il secondo, l'insufficienza della motivazione concernente il mancato riscontro del carattere anormale del danno sofferto dalle stesse ricorrenti.

L'esame della fondatezza di tali differenti motivi ha indotto la Corte a pronunciarsi su due questioni giuridiche di particolare interesse; anzitutto sugli effetti che una decisione dell'ORC, che constata l'incompatibilità della normativa comunitaria, può produrre rispetto al problema della diretta invocabilità delle norme OMC, in secondo luogo, sul principio e i presupposti di una responsabilità senza colpa della Comunità.

In relazione al primo aspetto, la Corte ha proceduto a ricordare che l'elemento decisivo e caratterizzante in materia di attuazione delle decisioni dell'ORC risiede nel fatto che la soluzione delle controversie si basa, in buona parte, su negoziati tra le parti contraenti. Se è certo che la revoca dei provvedimenti dichiarati illegittimi costituisce la

¹² Il carattere cumulativo dei presupposti ai quali è subordinata l'esistenza di una responsabilità da atto lecito, implica infatti che, in caso di mancanza anche di uno solo di essi, la responsabilità extracontrattuale non possa essere dichiarata. Sul punto cfr. Baratta R., *Art. 288*, in Tizzano A. (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 1295.

¹³ Secondo le ricorrenti, la decisione dell'ORC costituisce una eccezione alla regola della non invocabilità degli accordi OMC, diversa ed ulteriore rispetto a quelle di cui alle sentenze *Nakajima* e *Fediol*, che permette quindi ai singoli di avvalersi delle norme OMC per dimostrare l'illiceità del comportamento della Comunità e ottenere il risarcimento del danno causato dallo stesso.

soluzione auspicata dalla normativa dell'OMC, è anche vero che quest'ultima consente l'adozione di altre soluzioni. A sostegno del suo ragionamento la Corte ha richiamato la propria decisione nel caso Van Parys¹⁴, in cui ha ritenuto che, la scadenza del termine concesso dall'ORC per assicurare l'attuazione della sua decisione, non priva la Comunità delle possibilità prospettate dallo stesso ORC per comporre la controversia. Per cui, imporre al giudice comunitario, solo per l'avvenuta scadenza del termine, di controllare la legittimità delle misure comunitarie, potrebbe indebolire la posizione della Comunità nella ricerca di una soluzione reciprocamente accettabile e conforme alle regole.¹⁵

Per quanto riguarda la distinzione prospettata dalle ricorrenti circa l'effetto diretto delle norme OMC che impongono obblighi di natura sostanziale e l'effetto diretto di una decisione dell'ORC, la risposta della Corte è lapidaria. Per i giudici comunitari, infatti, tale distinzione «non ha ragione di esistere», una raccomandazione dell'ORC, che si pronuncia sulla conformità del comportamento di uno Stato membro dell'OMC con gli obblighi contratti in tale contesto, non può essere distinta dalle norme sostanziali che contengono tali obblighi e rispetto alle quali opera il controllo¹⁶.

Il secondo motivo di impugnazione ha indotto la Corte a soffermarsi sulla portata dell'art. 288 secondo comma TCE.

Va detto anzitutto, che tale articolo si limita essenzialmente a richiamare i «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri» ai fini dell'identificazione delle condizioni alle quali è subordinata la responsabilità extracontrattuale della Comunità, lasciando quindi alla Corte di Giustizia l'individuazione dei criteri rilevanti al riguardo. E, da giurisprudenza consolidata emerge che la responsabilità "aquiliana" sussiste laddove vengano accertati i seguenti presupposti: illiceità del comportamento contestato alle istituzioni comunitarie; esistenza del danno e nesso di causalità tra quest'ultimo e il comportamento contestato¹⁷.

¹⁴ *Léon Van Parys NV c. Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, causa C-377/02, 2005, punto 51

¹⁵ La Corte sottolinea che «una tale soluzione, con cui la Comunità ha cercato di conciliare gli impegni derivati dagli accordi OMC con quelli sottoscritti nei confronti degli Stati ACP nonché con le conseguenze inerenti all'attuazione della politica agricola comune, avrebbe potuto essere compromessa dal riconoscimento al giudice comunitario del controllo sulla legittimità delle misure comunitarie controverse...» punto 118 della sentenza in commento.

¹⁶ La Corte afferma che «proprio come le norme sostanziali contenute negli accordi OMC, una raccomandazione o una decisione dell'ORC che constata il mancato rispetto di tali norme non è, a prescindere dalla portata giuridica precisa attribuita a tale raccomandazione o decisione, idonea ad attribuire ai singoli un diritto di farla valere dinanzi al giudice comunitario per ottenere un controllo della liceità del comportamento delle istituzioni comunitarie...», cfr. punto 129 della sentenza in esame

¹⁷ Nella sentenza in commento il richiamo è alle pronunce *Oleifici Mediterranei c. CEE*, causa 26/81, 1982 e *KYDEP c. Consiglio e Commissione*, causa C-146/91, 1994; ma, nella stessa prospettiva, si considerino anche le sentenze *Koelman c. Commissione*, causa T-575/93, 1996 e *Schröder e Thamann c. Commissione*, causa T-340/94, 1997

Ora, se è vero che il principio della responsabilità della Comunità in presenza di un atto illecito costituisce un'espressione del principio generale, riconosciuto negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, in forza del quale l'azione illecita comporta l'obbligo della riparazione del danno arrecato, una tale convergenza degli ordinamenti giuridici interni non è accertata per quanto riguarda l'esistenza di un principio di responsabilità in presenza di un atto lecito della pubblica autorità.

Contrariamente a quanto dichiarato dal Tribunale, secondo la Corte, non è possibile ricavare dalla sua giurisprudenza anteriore un consolidamento di tale regime; nella sentenza *Dorsch*¹⁸, cui il Tribunale fa riferimento, la Corte afferma che «si è limitata a precisare talune condizioni in presenza delle quali tale responsabilità potrebbe sorgere nell'ipotesi di ammissione, in diritto comunitario, del principio della responsabilità della Comunità conseguente a un atto lecito». E' solo a questo titolo che la Corte ha ricordato che, in caso di riconoscimento di tale responsabilità, essa richiederebbe non solo la sussistenza dei tre presupposti suddetti, ma anche il carattere anormale e speciale del danno.

Secondo la Corte, allo stato attuale di evoluzione del diritto comunitario, non esiste un regime di responsabilità della Comunità per un comportamento compreso nella sua sfera di competenza normativa, in una situazione in cui, l'eventuale incompatibilità di tale comportamento con gli Accordi OMC non può essere invocata davanti ai giudici comunitari¹⁹.

4. Conclusioni.

Nel caso esaminato, dunque, la Corte di Giustizia ha ulteriormente consolidato il proprio orientamento giurisprudenziale in materia di efficacia degli accordi OMC all'interno della Comunità europea, escludendo, definitivamente, la possibilità che le istituzioni comunitarie possano essere considerate responsabili per i danni causati dalla mancata esecuzione delle norme OMC.

Questa conclusione appare particolarmente discutibile proprio nei casi, come quello de quo, in cui i ricorrenti, che abbiano subito dei danni a causa di un comportamento tenuto dalle istituzioni comunitarie, operano in settori diversi da quello per cui è

¹⁸ *Dorsch Consult c. Consiglio e Commissione*, causa C-237/98, 2000

¹⁹ Cfr. punto 176 della sentenza in esame

controversia. Proprio nell'intento di assicurare una tutela in casi del genere, il Tribunale di Primo grado ha fatto ricorso al regime di responsabilità da atto lecito, soluzione, quest'ultima, condivisa anche dall'Avvocato Generale Maduro secondo il quale, tale scelta avrebbe consentito alle imprese di aggirare l'ostacolo maggiore al riconoscimento di una responsabilità extracontrattuale della Comunità, vale a dire la mancanza di efficacia diretta delle norme OMC²⁰.

Se è vero che la Corte, nel caso *Biret International*²¹, è apparsa offrire una possibilità che, in presenza di una decisione dell'ORC accertante l'incompatibilità della normativa comunitaria con il diritto OMC e una volta scaduto il periodo ragionevole accordato alla Comunità per conformarsi ai propri obblighi nell'ambito dell'OMC, l'orientamento del giudice potesse modificarsi in modo tale da mutare i risultati di una giurisprudenza consolidata relativa alla mancanza di effetti diretti delle norme OMC²², è anche vero che tale spiraglio è stato presto richiuso dalle successive pronunce nei casi *Léon Van Parys* e *Chiquita Brands International*²³.

Sia la Corte che il Tribunale hanno sino ad oggi negato un'interpretazione diversa degli effetti delle decisioni dell'ORC nell'ordinamento comunitario, di conseguenza, anche nelle ipotesi in cui la Comunità abbia mancato di dare attuazione, entro il termine accordato, ad una decisione dell'ORC che abbia precedentemente constatato l'incompatibilità di un atto comunitario con gli accordi OMC, il giudice comunitario si è limitato ad applicare l'orientamento giurisprudenziale in merito all'azionabilità in sede contenziosa delle norme OMC.

Un orientamento, quest'ultimo, che ha suscitato e continua a suscitare in dottrina, reazioni diversificate. Per cui, accanto a posizioni di aperta adesione²⁴, si registrano altre di forte dissenso, queste ultime, in particolare, espresse da coloro che si

²⁰ Nelle sue conclusioni, l'Avvocato Generale Maduro ha sostenuto che «la consacrazione di un principio di responsabilità senza colpa della Comunità consentirebbe, in un intento di giustizia, di compensare il rigore dei presupposti per l'insorgere della responsabilità per fatto illecito della Comunità, determinato in particolare dall'esigenza di una violazione sufficientemente qualificata di una norma giuridica intesa a tutelare i singoli...nel particolare contesto del caso di specie, la detta soluzione appare ancora più adeguata. In difetto di invocabilità delle norme dell'OMC, i singoli che si trovino a dolersi di un comportamento delle istituzioni della Comunità contrario agli accordi OMC non possono infatti, come si è visto, far valere l'illiceità del medesimo». Ad avviso dell'Avvocato, le cause in questione avrebbero potuto costituire l'occasione giusta per far fare un passo ulteriore alla giurisprudenza della Corte.

²¹ *Biret International c. Consiglio*, causa C-93/02, 2003

²² L'opinione è di Boni D., *Accordi OMC, Norme Comunitarie e Tutela Giurisdizionale*, Milano, 2008, p. 258 ss.

²³ *Léon Van Parys NV c. Belgisch cit.; Chiquita Brands International Inc., e a. c. Commissione*, causa T-19/01, 2005

²⁴ Cfr. Prost O., *L'applicabilité et l'effet potentiel des lois de l'OMC dans le droit interne des Etats membres et communautaire*, in *Free World Trade and European Union*, 2000, p. 35 ss.

sono pronunciati a favore dell'efficacia diretta degli Accordi OMC²⁵, nonché, sostenute da alcuni avvocati generali nelle loro conclusioni²⁶.

Alcune critiche derivano, in particolare, dalla distinzione tra diretta applicazione degli accordi OMC ed efficacia diretta degli stessi nell'ordinamento comunitario.

Al riguardo, qualche precisazione preliminare appare necessaria.

Occorre ricordare che gli accordi stipulati dalla Comunità europea con Stati terzi o con organizzazioni internazionali, dal momento in cui entrano in vigore sul piano internazionale, divengono «parte integrante dell'ordinamento comunitario»²⁷.

Si tratta di una conseguenza automatica dell'entrata in vigore e non di un effetto dell'atto con cui il Consiglio decide la stipulazione di un accordo.²⁸

La circostanza che un accordo con uno Stato terzo, ovvero una decisione adottata nel suo quadro, diventi parte integrante dell'ordinamento dell'Unione, non implica, necessariamente, che le sue disposizioni possano essere invocate in giudizio da parte dei singoli.²⁹ In particolare, per quanto riguarda gli accordi conclusi sulla base delle procedure stabilite dall'art. 300 TCE, questa possibilità è stata condizionata dalla Corte di Giustizia alla sussistenza, nella disposizione invocata, degli stessi requisiti che giustificano l'effetto diretto delle norme del Trattato, o di direttive e decisioni; per cui tale disposizione deve porre un obbligo chiaro e preciso, e la sua esecuzione o i suoi effetti non devono risultare subordinati all'adozione di un atto ulteriore. A ciò la Corte ha aggiunto una ulteriore condizione, per cui, nel caso di disposizioni di origine convenzionale, è necessario esaminare queste ultime «alla luce sia dell'oggetto e dello scopo sia del contesto dell'Accordo»³⁰

La Corte di Giustizia nel negare effetti diretti alle norme OMC. In un primo momento, nel vigore del GATT 1947, ha fondato la propria decisione sulla provvisoria applicazione dell'Accordo, il contenuto assai flessibile degli obblighi previsti e la scarsa efficacia del meccanismo di soluzione delle controversie, dominato da una prospettiva più diplomatica che giurisdizionale (rilevanza del negoziato, impossibilità di adozione dei

²⁵ *Ex multis*, v. Von Bogdandy A., *Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship between International and Domestic Constitutional Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2008, p. 404 ss.

²⁶ V. Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro al caso *Hermès International c. FHT Marketing Choice BV*, causa C-53/96, 1998; dell'Avvocato generale Saggio alla causa *Portogallo c. Consiglio*, cit.; dell'Avvocato generale Alber alla causa *Biret International*, cit. e dell'Avvocato generale Tizzano alla causa *Léon Van Parys*, cit.

²⁷ Cfr. *Haegeman*, causa 181/73, 1974, e più di recente, *Merck Genéricos*, causa C-431/05, 2007.

²⁸ In base all'art. 300, par. 7, TCE ed il combinato disposto dei parr. 5 e 6 dell'art. 24 TUE, un accordo vincola «le istituzioni ... e ... gli Stati membri», operando quindi nell'ordinamento dell'Unione per il solo fatto di essere stato concluso rispettando le condizioni previste negli articoli succitati.

²⁹ Così, Adam R, Tizzano A., *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2008, p. 163

³⁰ Sentenza *Kupferberg*, causa C-104/81, 1982

rapporti finali in mancanza del consensus, procedura basata sulla prassi e non su regole e tempistiche precise). Per cui, il fatto che le norme del GATT fossero vincolanti per la Comunità non veniva ritenuto sufficiente a garantire la prevalenza, in caso di conflitto delle norme stesse rispetto al diritto comunitario derivato, e quindi la loro idoneità a costituire parametro di legittimità³¹. La Corte, infatti, nel caso *International Fruit*³², nel precisare le condizioni affinché la validità di un atto comunitario potesse essere contestata a causa della incompatibilità con una norma di diritto internazionale, le individuò nel fatto che tale norma non solo fosse vincolante per la Comunità, ma anche dotata di effetti diretti, attribuendo ai singoli il diritto di farla valere in giudizio contro un atto comunitario; passando poi alla possibilità di attribuire effetti diretti al GATT, la Corte la esclude in base alle caratteristiche dell'Accordo stesso.

Successivamente, pur riconoscendo i cambiamenti apportati dall'Accordo istitutivo dell'OMC (sistema meno flessibile, norme più precise e dettagliate, quadro istituzionale definito, maggior rigore nell'applicazione delle eccezioni e sistema di soluzione delle controversie maggiormente improntato al rispetto di regole procedurali e temporali), la Corte ha comunque esteso la giurisprudenza precedente ai nuovi accordi multilaterali sorti dai negoziati dell'Uruguay Round. Per la Corte di Giustizia, il sistema di soluzione delle controversie rimane improntato sul negoziato fra le parti³³ e, per questo motivo, imporre agli organi giurisdizionali di escludere l'applicazione delle norme di diritto interno incompatibili con gli Accordi OMC priverebbe gli organi legislativi o esecutivi della possibilità di ricorrere a soluzioni negoziate su base temporanea, così come prevista dallo stesso articolo 22 dell'Intesa sulla soluzione delle controversie. Per la Corte, quindi, gli Accordi OMC restano fondati, come il GATT 1947, "sul principio di negoziati avviati su una base di reciproca convenienza e si distinguono, così, per quanto riguarda la Comunità, dagli accordi conclusi da quest'ultima con Stati terzi che instaurano una certa simmetria

³¹ Cfr. Picone P., Ligustro A., *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002, p. 550

³² Cause riunite 21-24/72, 1972

³³ Una delle obiezioni sollevate, nel dibattito dottrinale, nei confronti della linea giurisprudenziale delineata a partire dal caso *International Fruit Company*, attiene proprio al rilievo, attribuito dalla Corte, agli aspetti negoziali tuttora presenti nel sistema di soluzione delle controversie, al fine di escludere l'efficacia delle norme OMC. Più volte la Corte ha fatto riferimento alla facoltà conferita alle Parti contraenti di mantenere temporaneamente in vigore la misura dichiarata incompatibile dall'ORC, ricorrendo alla compensazione e alla sospensione di concessioni o di altri obblighi. Ad avviso della Corte, tali misure provvisorie, espressamente disciplinate dall'art. 22 dell'Intesa, costituirebbero strumenti equivalenti ed alternativi rispetto all'osservanza delle decisioni e raccomandazioni dell'Organo di risoluzione delle controversie, e per questo motivo, elementi inconciliabili con un sistema giurisdizionale. Critiche al ragionamento della Corte sono state sollevate da quanti hanno osservato che il ricorso a compensazioni o alla sospensione di concessioni, non costituirebbe una "soluzione negoziata" della controversia; l'adozione di tali misure, infatti, non elimina lo stato di anti-giuridicità accertato dall'ORC, non a caso si tratta di misure provvisorie, intese a porre rimedio, non alla violazione posta in essere dallo Stato inadempiente, ma, piuttosto, allo squilibrio dei benefici reciproci successivo alla commissione dell'illecito.

degli obblighi³⁴. Oltre tutto, il fatto che le più importanti controparti commerciali della Comunità (Stati Uniti e Giappone in particolare) neghino agli Accordi OMC lo status di parametri di legittimità dei propri atti di diritto interno, induce, a fortiori, la Corte, a sostenere che l'ordinamento comunitario debba adottare la stessa soluzione. Ciò perché, «la mancanza di reciprocità a tale riguardo rischierebbe di condurre ad uno squilibrio nell'applicazione delle norme dell'OMC»³⁵, privando, di fatto, gli organi legislativi o esecutivi della Comunità del margine di manovra di cui dispongono gli organi analoghi delle controparti commerciali della Comunità.

Una posizione, quella assunta dalla Corte, fondata sì, su motivi di ordine giuridico, ma evidentemente influenzata da motivazioni di carattere politico. Per cui, la scelta effettuata, di negare sia l'efficacia diretta delle norme degli Accordi OMC e delle risoluzioni dell'ORC, sia la possibilità, per gli operatori economici, di ottenere un risarcimento del danno, deriva, ancora una volta, dal preminente interesse della Comunità ad assicurare un'ampia discrezionalità alle sue istituzioni, e nell'applicazione degli obblighi commerciali derivanti dall'appartenenza all'OMC e nella fase di "negoziazione" delle misure idonee a dare esecuzione alle risoluzioni dell'ORC.

Ciò considerato, è d'uopo un breve cenno ai metodi alternativi, pur presenti nell'ambito dell'ordinamento comunitario, diretti ad attribuire una qualche rilevanza interna alle norme OMC.

Il riferimento è alla possibilità di invocare le norme OMC per sindacare la legittimità di misure adottate da uno Stato membro. Nel caso *International Dairy Agreement*, la Corte ha infatti sottolineato il dovere di interpretare le norme di diritto comunitario derivato in maniera conforme agli accordi internazionali conclusi dalla Comunità. In questo modo, l'interpretazione conforme potrebbe costituire uno strumento efficace per attribuire rilevanza interna agli Accordi OMC pur in assenza del riconoscimento dell'applicabilità diretta.

Non bisogna dimenticare, inoltre, le due note eccezioni, stabilite nei casi *Fediol* e *Nakajima*³⁶, in presenza delle quali le norme OMC assumono rilievo nell'ordinamento comunitario, permettendo al singolo di invocarle come parametro di legittimità di un atto comunitario; si tratta dei casi in cui: 1) le norme OMC siano state oggetto di un rinvio

³⁴ Così nella sentenza *Portogallo c. Consiglio*, cit.

³⁵ Cfr. punto 119 della sentenza in commento.

³⁶ *Fediol c. Commissione*, cit., punti 19-22 e *Nakajima c. Consiglio*, cit., punto 31; tali eccezioni sono state ribadite anche dalla giurisprudenza successiva, in particolare cfr. sentenze *Portogallo c. Consiglio* causa C-149/96, 1999, punto 49 e *Biret International c. Consiglio*, causa C-93/02, 2003, punto 53.

espresso da parte di un regolamento comunitario, e si contesti proprio la conformità del medesimo alle norme richiamate; 2) l'atto comunitario, sottoposto a controllo di conformità con gli Accordi OMC, sia stato emanato per dare esecuzione ad un obbligo contemplato dagli Accordi stessi.

Va infine ricordato, che l'OMC è considerato un accordo misto, nel quale vi sono competenze concorrenti fra Comunità e Stati membri, per cui non è da escludere che le corti nazionali attribuiscono all'OMC, limitatamente alle materie di loro competenza, sia l'applicabilità diretta, sia l'efficacia diretta³⁷. La stessa giurisprudenza comunitaria, infatti, non ha escluso, in relazione alle norme dell'accordo rientranti nella competenza degli Stati membri, il diritto dei singoli di invocarle direttamente dinanzi al giudice interno.³⁸ Ma anche quando la scelta è rimessa alle corti dei singoli Stati membri, si evince un atteggiamento piuttosto uniforme, per cui, l'OMC è considerato un accordo al quale, solo in casi particolari, è riconosciuta la diretta applicabilità negli ordinamenti interni.

³⁷ È ciò che è accaduto proprio nella giurisprudenza italiana nel vigore del GATT '47; la Corte di Cassazione italiana, infatti, fino all'inizio degli anni '70, ha proceduto a riconoscere l'idoneità delle norme del GATT '47 ad essere invocate dalle imprese a tutela dei propri diritti dinanzi al giudice ordinario. Tale effetto diretto era riconosciuto principalmente con riferimento alle norme sul trattamento nazionale dei prodotti (art. III del GATT '47) e a quelle riguardanti il divieto di aggravamento tariffario (art. II del GATT '47); cfr. Galgano F., Marrella F., *Diritto del Commercio Internazionale*, Padova, 2007, p. 219 ss.

³⁸Cfr. *Dior e Assco Gerüste GmbH*, cause riunite C-300/98 e C-392/98, 2000; *Merck Genéricos-Produtos Farmacêuticos*, causa C-431/05, 2007.

La grande partita dei rifiuti: riflessioni su una gestione contraddittoria tra rd, cip6, strumenti finanziari ed illegalità diffusa

di Michel S. Fernando Hettiyakandage

1. Introduzione. – **2.** La tarsu. – **3.** La tariffa d'igiene ambientale (tia). – **4.** Il metodo normalizzato per il calcolo della tariffa (dpr n. 158/99) – **5.** La tia come strumento di politica ambientale. – **6.** La "*exit strategy*": la raccolta differenziata porta a porta. – **7.** *Zero waste strategy* nel mondo. – **8.** Inutilità ed assurdità dell'incenerimento dei rifiuti. – **9.** Campa(g)nia dei rifiuti: tra ecomafia ed eco balle. – **10.** Recenti sviluppi.

1. Introduzione

La tematica dello smaltimento dei rifiuti ha spesso trovato una grossa eco sui media locali e nazionali. Specialmente in alcune realtà meridionali si è assistito ad una cronicizzazione dell'emergenza, con il ricorso a gestioni straordinarie, ingenti sprechi e l'opposizione delle popolazioni locali ad impianti come discariche ed inceneritori.

Il tutto in un contesto di palesi violazioni della normativa comunitaria sui rifiuti, come tra l'altro attesta la normativa nazionale sulla promozione delle energie prodotte da fonti rinnovabili (il cd. "*affaire*" cip6).

In questa sede si analizzeranno, brevemente, la disciplina e l'utilizzo degli strumenti finanziari (TARSU e TIA) in materia, la spinosa tematica del finanziamento delle energie rinnovabili, nonché le esperienze virtuose che hanno risolto il problema della gestione dei rifiuti con strumenti alternativi al circuito discariche-inceneritori.

L'azione comunitaria in materia di rifiuti, s'ispira in particolare ai principi di prevenzione, del "*chi inquina paga*" e di precauzione, ponendosi inoltre tre obiettivi fondamentali: prevenire la creazione di rifiuti migliorando la concezione dei prodotti, ridurre l'inquinamento provocato dall'incenerimento dei rifiuti, promuovere il riciclaggio e la riutilizzazione dei rifiuti.¹

In ambito internazionale la Comunità è parte della Convenzione sul controllo dei

¹ Cfr. F. Caroleo Grimaldi- A. Maio, "*La nozione di rifiuto fra normativa comunitaria e normativa Interna*" in *Dir. Giuris. Agraria e Ambiente*, 2004, 4, 2, pag. 217 e ss.

movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e della loro eliminazione (Convenzione di Basilea del 1994). Tale Convenzione si propone di ridurre il traffico dei rifiuti ed istituisce un sistema di controllo delle esportazioni e delle importazioni, stoccaggio e smaltimento di rifiuti pericolosi. Tra l'altro la Comunità ha ratificato un emendamento della Convenzione che vieta l'esportazione dei rifiuti pericolosi dai Paesi dell'OCSE, dell'UE e del Liechtenstein verso i Paesi non membri dell'OCSE.² Per quanto riguarda la gestione dei rifiuti nell'ordinamento interno, il D.Lgs 152/2006 (*Codice dell'ambiente*), prevede che l'attività di recupero e di smaltimento degli stessi, non debba costituire un pericolo per la salute umana, non debba essere fonte di rischi per l'acqua, l'aria, il suolo, la fauna e la flora, non debba causare inconvenienti per immissioni di odori o di rumori, non debba causare danni al paesaggio, salvaguardando in particolar modo quelle zone di particolare pregio ambientale, tutelate dall'ordinamento. Principi informativi dell'intera materia sono quelli di precauzione, prevenzione, proporzionalità, responsabilità, cooperazione dei vari enti coinvolti, efficacia, efficienza, economicità e trasparenza.

2. La tarsu

La Legge n. 366 del 1941 è la prima a considerare la natura di tributo del *quantum* dovuto a fronte del servizio di raccolta dei rifiuti. La normativa viene poi rivista con il D.P.R. n. 915 del 1982 il quale introduce la tassabilità delle aree scoperte. Ulteriori modifiche si hanno con la Legge n. 144 del 1989 che sancisce l'obbligo di coprire le spese del servizio relativo allo smaltimento dei rifiuti con i proventi della riscossione della stessa tassa.

Oggi la TARSU è regolata dal D.Lgs. n. 507 del 1993.

Presupposto d'applicazione della tassa non è la fruizione del servizio e, quindi, l'effettiva produzione di rifiuti ma la potenzialità a produrli, provocata dall'occupazione di locali o aree scoperte situate nel territorio comunale.³

Vi è dunque la presunzione di produzione di rifiuti a causa della detenzione, occupazione o il possesso dei locali o delle aree scoperte tranne naturalmente casi determinati da rendere noti all'Amministrazione comunale in fase di prima denuncia o variazione dal contribuente⁴.

² Cfr. P. Gonnelli, *"La normativa comunitaria sui rifiuti"*, Cedam, 1996, pag. 123 e ss.

³ Non ogni superficie privata può essere indiscriminatamente sottoposta al tributo, giacché ciò equivarrebbe alla surrettizia trasformazione della tassa in imposta (cfr. Trib. Napoli, 25 marzo 1994).

⁴ Cfr G. Troise, *"La denuncia e l'accertamento nella TARSU"*, in *Azienditalia. Finanza e Tributi*, 2000, pag. 1363.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione afferma che il presupposto della tassa è la detenzione dei locali o delle aree e non dell'attività che vi si svolge.

L'attività, insieme alla superficie è soltanto un parametro a cui commisurare la tassa. Dunque, solo i locali oggettivamente inutilizzabili ne sono esclusi; si tratta di quelli situati in luoghi impraticabili, interclusi o in stato d'abbandono. Il regolamento comunale sulla gestione dei rifiuti prevede la classificazione delle categorie dei locali e delle aree che hanno caratteristiche tali da essere considerate omogeneamente tassabili, le tariffe ridotte per casi determinati, nonché le fattispecie agevolate e le relative modalità di trattazione. Sono soggetti passivi della TARSU unicamente coloro che occupano o detengono locali o aree scoperte soggette alla tassa e comunque, sono solidalmente obbligati i componenti del nucleo familiare e coloro che usano in comune gli stessi locali. Esiste, infatti, il vincolo di solidarietà tra i componenti del nucleo familiare o tra coloro che usano in comune i locali o le aree stesse.⁵ Escluse dalla tassazione sono le aree comuni del condominio⁶, tuttavia l'obbligazione grava su tutti coloro che occupano o detengono le parti comuni in via esclusiva. Nel caso di locali in multiproprietà e di centri commerciali integrati, responsabile del versamento è invece il soggetto che gestisce i servizi comuni per tutti i locali di uso comune e per quelli utilizzati in via esclusiva da singoli occupanti o detentori. Per questi ultimi soggetti persistono comunque gli obblighi o i diritti derivanti dal rapporto tributario riguardanti i locali e le aree in uso esclusivo. E' ovvio che i locali destinati ad essere utilizzati come solai e cantine (attesa l'incapacità di produrre rifiuti, stante il mancato collegamento della vita del contribuente con l'uso degli stessi locali) non sono soggetti alla TARSU, a meno di specifiche e diverse situazioni che il Comune ha comunque l'onere di dimostrare.⁷

Generalmente l'ufficio tributi del Comune predispone appositi modelli per la denuncia dei locali ai fini TARSU.

La denuncia di occupazione va presentata entro il 20 gennaio successivo all'inizio dell'occupazione o detenzione, è unica per tutti gli immobili o le aree occupate o detenute da uno stesso soggetto nel Comune⁸ ed è inoltre valida anche per gli anni successivi (a condizione che i presupposti di tassabilità rimangano invariati). Nell'eventualità in cui tali condizioni varino, il contribuente è tenuto a presentare nuova denuncia nelle medesime

⁵ Art. 63 del D.Lgs. n. 507/93.

⁶ Secondo la definizione dell'art. 117 Cod. Civ.

⁷ Sul punto vedi A. Spazi, "Locali ed aree non tassabili ai fini TARSU", in *Azienditalia. Finanza e Tributi*, 1999, pag. 961.

⁸ Si veda l'art. 70 del D.Lgs. N. 507/93.

forme di quella iniziale. Si considera valida la denuncia di occupazione effettuata direttamente dal soggetto passivo, senza l'utilizzo dei modelli appositi, sempre che siano indicati dati essenziali quali: gli elementi identificativi delle persone fisiche componenti del nucleo familiare, i dati anagrafici comprensivi di codice fiscale o partita Iva per le persone giuridiche, l'ubicazione, la superficie e l'uso dei locali e delle aree, le eventuali richieste di esclusione dalla tassazione secondo le disposizioni del regolamento, la data d'inizio dell'occupazione o detenzione.

La dichiarazione deve essere sottoscritta e presentata da uno dei coobbligati (o dal rappresentante legale in caso di persone giuridiche). Il Comune deve rilasciare opportuna ricevuta di avvenuta presentazione (nel caso si utilizzi il mezzo postale, farà fede la data indicata sul timbro postale per il giorno di avvenuta presentazione).

La TARSU può essere ridotta sulla base dei dati contenuti nella denuncia del contribuente (iniziale, di variazione o integrativa), tuttavia l'effetto della riduzione avrà inizio nell'anno successivo alla denuncia.

Sono possibili attenuazioni tariffarie non superiori ad un terzo nei casi di: uso stagionale, limitato e discontinuo di alloggi, (comprovato nei modi previsti dalla legge e dal regolamento ai fini del riconoscimento dell'attenuazione, e riscontrato dal Comune) compresi gli alloggi a disposizione di cittadini all'estero; abitazione con unico occupante o tenuta a disposizione per uso stagionale, per uso limitato e discontinuo; soggetto passivo che risiede o abbia dimora per più di sei mesi all'anno fuori dal territorio nazionale e quindi si trova ad utilizzare l'abitazione in modo stagionale, limitato o discontinuo; locali diversi dalle abitazioni ed aree scoperte, adibiti ad uso stagionale o non continuativo, muniti di licenze ed autorizzazioni per l'esercizio di attività.

La riduzione non deve essere superiore al 30% per gli agricoltori che occupano la parte abitativa della costruzione rurale.⁹

Nel caso della cessazione dei presupposti della riduzione, il soggetto passivo deve farne denuncia entro il 20 gennaio; altrimenti il Comune provvede al recupero del tributo a partire dall'anno successivo alla denuncia che ha dato luogo alla riduzione, ed in più saranno applicate le sanzioni per omessa denuncia.

I Comuni possono, inoltre prevedere agevolazioni per le attività produttive, commerciali e di servizi che dimostrino di aver sostenuto spese d'impianti o interventi tecnici che comportano un'accertata minore produzione di rifiuti o che agevolino lo

⁹ Si rinvia a L. Lovecchio, "Le riduzioni nella tassa smaltimento rifiuti", in *Trib. Loc. e Reg.* 1996, pagg. 74 e ss.

smaltimento o il recupero degli stessi.¹⁰

Sono disciplinate diverse cause obiettive che giustificano una riduzione della TARSU.

Le condizioni sostanziali e formali previste dalla legge per l'ottenimento di tariffe particolari sono subordinate alla dimostrazione da parte del contribuente di produrre rifiuti al di sotto della media ordinaria (fornendo quindi la prova contraria alla presunzione dell'Ente locale). Le agevolazioni generali sono suscettibili di una cosiddetta "personalizzazione" nell'ambito dell'autonomia regolamentare concessa agli Enti locali.

Vi è poi la facoltà dei Comuni di introdurre altre categorie di agevolazioni, oltre a quelle esaminate¹¹, sotto forma di riduzioni della tassa o, in alcuni casi, di esenzioni.

In realtà in tal caso possono sussistere dei limiti soprattutto di carattere finanziario.

Infatti, la riduzione e, in casi eccezionali, l'esenzione dovranno essere applicate in modo strettamente riduttivo, non solo perché inerenti al costo del servizio reso, ma anche perché, per motivi socio-economici, è necessario evitare ogni tipo di discrezionalità volta ad agevolare categorie di contribuenti che non rientrano in condizioni di particolare necessità a discapito di tutte quelle condizioni di disagio economico o d'interesse collettivo-ambientale.

Esclusi dalla TARSU sono: i locali e le aree che per loro natura ed uso non possono produrre rifiuti, oppure in condizioni di non utilizzabilità nel corso dell'anno, le parti comuni dei condomini, salvo che siano utilizzate da un soggetto in via esclusiva, le superfici che producono, in base a lavorazioni industriali, rifiuti speciali, tossici o nocivi al cui smaltimento sono tenuti a provvedere i produttori a proprie spese¹², le aree scoperte pertinenti o accessorie alle civili abitazioni diverse dalle aree verdi,¹³ i fabbricati rurali adibiti ad abitazione, siti in zone agricole, espressamente menzionati mediante una delibera comunale.

I casi d'esonero o esclusione dalla TARSU per la sussistenza di alcune condizioni obiettive che impediscono la presunzione di rifiuti riguardanti la natura o l'assetto delle superfici, sono: luoghi stabilmente muniti di attrezzature che impediscono la rimozione dei rifiuti, superfici destinate o attrezzate esclusivamente per attività competitive o

¹⁰ Cfr. L. Lovecchio, "Le riduzioni nella tassa smaltimento rifiuti", in *Trib. Loc. e Reg.*, 1996, pag. 76 e ss.

¹¹ art. 67 del D.Lgs. 507/93.

¹² Sul punto si veda A. D'Amora, "Sulla applicazione della TARSU sui rifiuti speciali e sulla natura del tributo", in *Dir. e prat. trib.*, 2000, II, pag. 96.

¹³ Cfr. R. Baggio, "Riduzioni, esclusioni ed agevolazioni nel contesto della nuova tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani interni", in *Fin. Loc.*, 1995, pag. 202. Per quanto riguarda l'esclusione delle aree accessorie si veda anche V. Antelmi, "In tema di tassazione delle aree scoperte ai fini TARSU e riparto della giurisdizione tra giudice tributario e amministrativo" in *Gt. Riv. Giur. Trib.*, 2000, pag. 75 ed anche V. Antelmi, "Applicabilità della TARSU ai locali accessori", in *G.T. Riv. Giur. Trib.*, 2000, pag. 1026 e dello stesso autore "TARSU e imponibilità dei locali accessori dell'abitazione principale", in *G.T. Riv. Giur. Trib.*, 1999, pag. 629.

ginniche, sempre che, secondo la comune esperienza, non comportino la formazione di rifiuti in quantità apprezzabile, depositi di materiali in disuso o di uso straordinario, o di cumuli di materiali alla rinfusa, luoghi impraticabili o interclusi o in abbandono, locali non presidiati o con presenza sporadica dell'uomo o di produzione a ciclo chiuso, alloggi non allacciati a servizi a rete oppure superfici di cui si dimostri il permanente stato di non utilizzo.

Le ipotesi di esclusione sono da evidenziare nella denuncia con l'onere della prova a carico del contribuente. Resta ferma la possibilità di produrre le prove anche successivamente alla denuncia ed il diritto allo sgravio o alla restituzione di quanto indebitamente versato.

Si è posto il problema della tassabilità di un alloggio non abitato e non arredato, ma allacciato ai "servizi di rete" elettrica ed idrica.

La Corte di Cassazione, ha confermato che il presupposto dell'occupazione o detenzione, di locali in uso esclusivo o riservato ha carattere di presunzione della potenzialità o attitudine di produzione di rifiuti, e la normativa sancisce disposizioni che consentono di escludere con certezza, in determinate situazioni, la previgente presunzione assoluta di produzione di rifiuti, e quindi esclude l'operatività di tale presunzione con riferimento ai casi in cui si verifica un'obiettiva condizione di non utilizzabilità immediata.¹⁴

La legge esclude dall'imposizione le superfici e le aree dove si producono, di regola, rifiuti speciali non assimilati o pericolosi.¹⁵

E' pacifico che negli stessi locali o aree non si debba escludere la semplice presunzione della formazione di rifiuti urbani, unitamente a quelli speciali. Quindi l'espressione "*di regola*" significa "*non esclusivamente*"; infatti, se la formazione "*di regola*" di rifiuti speciali è accertata, l'esenzione della tassa sussiste nonostante il formarsi presuntivo sulla stessa area anche di rifiuti urbani.

Vige dunque l'intassabilità delle superfici dove si producono "*di regola*" rifiuti speciali, tranne il caso di dichiarata assimilazione di questi ai rifiuti urbani.

Una diversa scelta del legislatore avrebbe determinato una duplicazione di oneri, poiché chi produce rifiuti speciali è tenuto a provvedere allo smaltimento a propria cura e spese, e quindi è escluso dal tributo per le aree dove tali rifiuti si producono.¹⁶

¹⁴ Per un'analisi approfondita delle agevolazioni e delle riduzioni, si rinvia ad A. Spazi, "*Le agevolazioni e le riduzioni in materia di TARSU e di tariffa rifiuti*", in *Azienditalia. Finanza e tributi*, 1999, pag. 1185.

¹⁵ Art. 62 co. 3 del D.Lgs. 507/93.

¹⁶ Cfr. Ielo G. "*Fisco in pratica. Le agevolazioni nei tributi locali*", IPSOA, pagg. 13-36.

3. La tariffa d'igiene ambientale (tia)

L'art. 49, comma 1, del D.Lgs. n. 22/97 ha soppresso con la decorrenza prevista dall'art. 11 del DPR n. 158/99¹⁷, la TARSU, imponendo ai Comuni di provvedere all'integrale copertura dei costi del servizio, mediante l'istituzione di apposita tariffa¹⁸.

L'entrata in vigore del nuovo regime varia in funzione sia del grado di copertura dei costi del servizio che del numero di abitanti dei Comuni.

Per i Comuni che abbiano raggiunto nel 1999 un grado di copertura dei costi superiore al 55% l'obbligo di applicazione della Tariffa sarebbe decorso dal 1° gennaio 2006. Per i Comuni che nel 1999 abbiano raggiunto un grado di copertura dei costi inferiore al 55% e per tutti i comuni fino a 5000 abitanti, qualunque sia il grado di copertura dei costi raggiunto nel 1999, l'obbligo è invece differito al 1° gennaio 2008¹⁹.

E' consentito ai Comuni di applicare, in via sperimentale, la Tariffa anche prima dei termini obbligatori di legge.²⁰

La TIA deve coprire tutti i costi di gestione dei rifiuti (raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti, compresi i controlli su tali operazioni nonché i controlli sugli impianti di smaltimento).

In regime TARSU, invece, non venivano considerati tutti i costi del servizio, come ad esempio i costi di accertamento, riscossione e contenzioso.²¹

La TIA si applica nei confronti di *"chiunque occupi oppure conduca locali o aree scoperte ad uso privato non costituenti accessorio o pertinenza dei locali medesimi, a qualsiasi uso adibiti, esistenti nelle zone del territorio comunale."*²²

Caratteristiche della TIA già presenti nella TARSU sono: la necessità dell'occupazione di locali o di aree scoperte ad uso privato, con esclusione quindi di tutte le superfici scoperte accessorie a locali tassabili, attitudine a produrre in base a presunzioni, i rifiuti urbani ed assimilati in luoghi in cui è individuabile la presenza umana (mentre sono estranei alla TIA i locali che producono rifiuti speciali non assimilati agli urbani).

¹⁷ Così come modificato dall'art. 4 comma 116 della legge Finanziaria 2004 (legge n. 350/2003).

¹⁸ Il valore di copertura del servizio, come anche chiarito dalla Circolare del Ministero dell'Ambiente del 7 ottobre 1999, si ottiene dal rapporto fra i costi del servizio d'igiene ambientale relativi all'anno 1999 (eventualmente al netto di una quota percentuale compresa fra il 5% ed il 15%, stabilita dal Comune a titolo di costi sostenuti per lo spazzamento delle strade) ed il totale degli importi iscritti nel ruolo principale TARSU 1999. Quest'ultimo importo deve essere preso al netto delle addizionali ex ECA e Tributo provinciale di cui all'art. 19 del D.Lgs. n. 504/92.

¹⁹ Art. 1, comma 539, legge 311/2004 (Finanziaria 2005).

²⁰ Art. 49 comma 1-bis del D.Lgs. n. 22/1997.

²¹ Si veda L. Lovecchio, *"La singolare metamorfosi della tassa rifiuti"*, in *Boll. Trib.* 1999, pag. 1114 ed anche E. Spaziani Testa, *"Rifiuti urbani: dalla tassa alla tariffa, con quali risultati"*, in *Il Fisco*, 2000, pag. 6126.

²² Art. 49, terzo comma del D.Lgs. n. 22/97.

La Tariffa è determinata dagli Enti locali, anche in relazione al piano economico-finanziario del servizio predisposto dal soggetto gestore ed è applicata e riscossa dai soggetti gestori del servizio, nel rispetto della convenzione e del relativo disciplinare. Al gestore del servizio, fanno capo tutti i costi e ricavi ed esso è responsabile della redazione del piano economico-finanziario (approvato poi dal Consiglio Comunale) e competente perciò per l'applicazione e riscossione della Tariffa.²³

Il servizio può essere gestito in economia da parte del Comune (il quale determinerà, applicherà e riscuoterà la Tariffa autonomamente).

L'Ente può affidare il servizio²⁴ ad un terzo gestore, pubblico o privato, a cui spetta l'applicazione e riscossione della Tariffa (determinata sempre dal Comune).

Nell'ambito della gestione unitaria del servizio a livello di ATO, (Ambito Territoriale Ottimale)²⁵ la Tariffa dovrà essere determinata da questo nuovo soggetto pubblico sovracomunale (nella sostanza una sorta di authority costituita dagli Enti locali facenti parte dell'ATO stesso).

L'ATO può approvare il piano finanziario e determinare la Tariffa, solo se la convenzione istitutiva fra i Comuni preveda espressamente tale delega di funzioni.²⁶

In prospettiva il Comune non dovrebbe rivestire più il ruolo di soggetto attivo ai fini dell'applicazione e riscossione della Tariffa, pur rimanendo in capo ad esso importanti poteri in merito all'istituzione e regolamentazione dell'entrata, la determinazione della misura della Tariffa nonché i controlli sulla gestione del servizio, sotto l'aspetto sia economico che qualitativo.²⁷ *"La riscossione volontaria e coattiva della tariffa può essere effettuata con l'obbligo del non riscosso per riscosso, tramite ruolo secondo le disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, e del Decreto del Presidente della Repubblica 28 gennaio 1988, n. 43."*²⁸

Il soggetto gestore potrà liberamente optare a favore della riscossione diretta del provento (tramite bollette/fatture), oppure stipulare una specifica convenzione con un concessionario del servizio di riscossione, che in tal caso provvederà ad effettuare la

²³ Circa la definizione di "soggetto gestore" è intervenuta la Circolare del Ministero dell'Ambiente del 7 ottobre 1999, la quale ha affermato la netta distinzione di questa figura dal soggetto titolare del servizio di gestione dei rifiuti, che rimane sempre l'Ente locale.

²⁴ Nelle forme e modalità previste dal nuovo art. 113 del D.Lgs. n. 267/00.

²⁵ Così come prevista dall'art. 23 del "Decreto Ronchi" (cosa che nelle intenzioni del legislatore dovrebbe verificarsi tra qualche anno).

²⁶ Cfr. G. Lorenzon, *La tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani interni (TARSU) e la tariffa per i servizi relativi alla gestione dei rifiuti "interni" ed "esterni"*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2001, I, pag. 201.

²⁷ Vedi anche F. Petroni, *"Da tassa a tariffa nell'evoluzione prevista dal D.Lgs. 5 febbraio 1997 n. 22"*, in *Il Fisco*, 1997, pag. 2699.

²⁸ Art. 49, comma 15 del D.Lgs. n. 22/97

riscossione sia volontaria che coattiva, con gli strumenti e le procedure tipiche del ruolo.

Gli atti amministrativi fondamentali che il Consiglio Comunale (o in un prossimo futuro gli organi rappresentativi degli ATO) deve approvare ai fini del passaggio da TARSU a Tariffa, sono il piano finanziario ed il regolamento comunale d'applicazione della Tariffa stessa.

Questi dovranno essere deliberati prima dell'approvazione del bilancio di previsione relativo all'anno di entrata in vigore. Il piano finanziario ha valenza annuale e dovrà ogni anno essere deliberato dall'organo politico su proposta del soggetto gestore del servizio. La determinazione delle tariffe applicate all'utenza sarà invece stabilita annualmente dalla Giunta comunale, sulla base degli indirizzi e linee guida fissate dal Consiglio comunale in sede di approvazione del piano finanziario.

Il piano finanziario (di competenza del consiglio comunale) è il documento di programmazione economico-gestionale dell'intera gestione integrata dei rifiuti²⁹.

Il piano finanziario, corredato da un'apposita relazione, deve essere presentato annualmente entro il 30 giugno all'osservatorio nazionale dei rifiuti, a decorrere dall'esercizio finanziario che precede di 2 anni l'entrata in vigore della Tariffa. I Comuni obbligati al passaggio alla Tariffa dal 1° gennaio 2005 avrebbero dovuto predisporre e presentare il piano finanziario già a giugno 2003.

Tuttavia tale termine è generalmente ritenuto di carattere ordinatorio e non perentorio, anche in considerazione del fatto che la violazione dell'obbligo³⁰ non è sanzionabile.

Il piano finanziario deve contenere: "*Il programma degli interventi necessari*", "*il piano finanziario degli interventi*" ossia deve indicare le risorse finanziarie necessarie per realizzare gli interventi programmati nel piano, "*la specifica dei beni, delle strutture e dei servizi disponibili, nonché il ricorso eventuale all'utilizzo di beni e strutture di terzi, o all'affidamento di servizi a terzi*", "*il grado attuale di copertura dei costi afferenti alla tariffa rispetto alla preesistente tassa sui rifiuti, relativamente alla fase transitoria*".³¹

Sulla base del piano economico-finanziario l'Ente locale determina poi la Tariffa e ne fissa la percentuale di crescita annua, i tempi di raggiungimento del grado di copertura integrale dei costi nell'arco della fase transitoria.

Con il piano finanziario, l'Ente stabilisce quindi i propri indirizzi e programmi per

²⁹ Si veda la Circolare del Ministero dell'Ambiente del 7 ottobre 1999.

³⁰ Sancito espressamente dall'art. 49, comma 4- bis del D.Lgs. n. 22/ 1997.

³¹ Art. 8 comma 2 del DPR n. 158/99.

la gestione dei rifiuti urbani e gli obiettivi strategici³².

Il regolamento per la gestione della Tariffa dovrà essere adottato in conformità allo Statuto dell'Ente ed ai principi fissati dal D.Lgs. n. 267/00 (TUEL) e dall' art. 52 del D.Lgs. n. 446/97 e dalla legislazione in materia.

Tale regolamento dovrà determinare: norme generali (oggetto del regolamento, presupposti d'applicazione, soggetti passivi, decorrenza dell'obbligazione pecuniaria); norme procedurali per gli utenti (obblighi dei soggetti attivi e passivi, comunicazioni d'attivazione, cessazione e variazione, ecc.); modalità d'applicazione (modalità di predisposizione del piano finanziario, metodologia di calcolo della Tariffa, criteri di assegnazione dei costi alle due macrocategorie d'utenza, domestiche e non domestiche, agevolazioni, riduzioni, esclusioni);³³ modalità di riscossione (procedure relative alla fatturazione, bollettazione, rateizzazione dei pagamenti, rimborsi, sanzioni, modalità di accertamento e riscossione); regolamentazione del contenzioso; classificazione delle utenze; norme transitorie (decorrenza del regolamento e connessa abrogazione del regolamento TARSU); allegati vari (formule di calcolo e di ripartizione dei costi, metodi di pesatura dei rifiuti, ecc.).

4. Il metodo normalizzato per il calcolo della tariffa (dpr n. 158/99)

Il Ministro dell'Ambiente con il DPR 158/99 (di concerto con il Ministro dell'Industria del Commercio e dell'Artigianato, sentita la Conferenza Permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano/Bozen) ha approvato il regolamento sul metodo normalizzato per definire le componenti essenziali del costo e determinare la tariffa di riferimento.

Le tariffe da applicare alle utenze (domestiche e non domestiche) sono articolate in una quota fissa (determinata in relazione ai componenti essenziali del costo del servizio, riferite in particolare agli investimenti per le opere ed ai relativi ammortamenti) ed in una quota variabile (rapportata alla quantità di rifiuti conferita, al servizio prestato, all'entità dei costi di gestione). Si sono prese in considerazione i seguenti parametri: la

³² Cfr. F. Naverio "Il piano finanziario e la relazione per la tariffa rifiuti", in *Azienditalia, Finanza e Tributi*, 1999, pag. 1535. ed anche A. Spazi, "L'elaborazione delle nuove tariffe per la gestione dei rifiuti urbani", in *Azienditalia, Finanza e Tributi*, 1999, pag. 1109.

³³ Gli enti locali non possono in sede regolamentare derogare ai criteri ed ai parametri stabiliti nel metodo normalizzato.

copertura al 100% dei costi di gestione del servizio, l'articolazione della tariffa nelle fasce di utenza domestica e non domestica ed in riferimento alle caratteristiche delle differenti zone del territorio comunale, la modulazione della tariffa per agevolare la raccolta differenziata delle frazioni umide e delle altre frazioni (fatta eccezione per la raccolta differenziata dei rifiuti d'imballaggio, che rimane a carico dei produttori e degli utilizzatori), l'applicazione di un coefficiente di riduzione, determinato dall'amministrazione, proporzionale alle quantità di rifiuti assimilati che il produttore dimostri di aver avviato al recupero, producendo l'attestazione rilasciata dal soggetto che ha effettuato l'attività di recupero.

5. La tta come strumento di politica ambientale

La Tariffa per la gestione dei rifiuti urbani non deve essere vista solo come mezzo per la copertura dei costi del servizio, ma anche come uno strumento di politica ambientale, indirizzando le scelte dei consumatori utenti verso determinati comportamenti virtuosi, (riduzione della produzione di rifiuti e aumento della frazione di essi destinata al riciclaggio). S'introduce in Italia il principio comunitario del "chi inquina paga"³⁴ che significa attribuire alle diverse utenze un costo del servizio proporzionale ai rifiuti prodotti.

Se l'ammontare di questo pagamento è sufficientemente elevato, il cittadino-inquinatore troverà quindi conveniente ridurre la quantità di rifiuti prodotta, adottando riciclo e raccolta differenziata o modificando i propri consumi.

Tale spinta alla riduzione dei rifiuti si trasmetterà poi ai produttori, nei riguardi dei quali aumenterà la domanda per prodotti caratterizzati da scarti minori, a parità di prestazioni.

Affinché la parte variabile della Tariffa produca effetti incentivanti occorre pesare, la quantità di rifiuti prodotti da ogni singolo utente.

In Veneto e nel Trentino Alto Adige-*SudTirolo*, si sono sperimentate delle soluzioni organizzative e tecnologiche volte appunto alla quantificazione dei rifiuti singolarmente prodotti: attribuzione in base a sacchi prepagati o a tagliandi identificativi delle utenze; attribuzione sulla base del numero e delle frequenze degli svuotamenti di contenitori o il numero di sacchi prelevati; individuazione o pesatura del singolo conferimento nel

³⁴ Si vedano gli artt. 130 e 174 del Trattato di Maastricht.

cassonetto/contenitore stradale tramite codici a barre che consentono di registrare e addebitare l'utente in relazione agli svuotamenti effettuati in particolari contenitori. Si è sottolineato come l'applicazione di una Tariffa proporzionale alla quantità stimata di rifiuti prodotti, espliciti un'efficacia ridotta nel guidare il cittadino verso comportamenti virtuosi, anche in considerazione del suo limitato impatto sul bilancio familiare (alcune decine di euro l'anno non rappresenterebbero in sostanza un incentivo economico adeguato). Più efficace, soprattutto da un punto di vista psicologico, sarebbe che il cittadino percepisse, tramite la struttura della Tariffa, i comportamenti socialmente positivi (ad es. la raccolta differenziata) o negativi (la produzione di rifiuti) e che lo spingerebbero di conseguenza verso atteggiamenti virtuosi non perché "convenienti" ma perché "giusti".

A livello europeo la forma di finanziamento prevalente dei servizi ambientali resta quella tributaria, seppure con una tendenza verso la sostituzione dello strumento tributario con quello tariffario (Monaco, Berlino, Stoccolma).

Il sistema tariffario, correlando i costi con i ricavi di gestione, innesca un circolo virtuoso che consente di raggiungere tre obiettivi fondamentali: sostenibilità ambientale (la minore produzione di rifiuti e la maggiore raccolta differenziata determinano anche un minor spreco di risorse naturali); sostenibilità economica (le entrate garantiscono la copertura dei costi consentendo gestioni autosufficienti dal punto di vista economico); equità contributiva (l'utente del servizio paga in funzione del servizio di cui fruisce). Il concetto di equità che tende ad affermarsi è sempre meno basato su criteri relativi alla distribuzione del reddito, e sempre più invece sui livelli di fruizione effettiva del servizio nonché sul costo che l'individuo determina per la collettività.

Attualmente sono già attuate con successo in Paesi come la Germania, la Svezia, l'Austria, la Finlandia ed i Paesi Bassi, tecniche di finanziamento finalizzate a disincentivare la produzione di rifiuti, che prevedono minori tariffe per l'utenza più virtuosa (fino alla totale esenzione dal pagamento per coloro che effettuano la raccolta differenziata).

Il metodo di finanziamento migliore potrebbe essere quella di una commistione Tassa/Tariffa, nell'ambito della quale la prima potrebbe assolvere la funzione di garantire il perseguimento degli obiettivi di equità del prelievo e di riduzione della quantità complessiva dei rifiuti prodotti, finora non realizzati con gli strumenti tributari.

6. La "exit strategy": la raccolta differenziata porta a porta

L'attuale modello di sviluppo economico non è sostenibile anche perchè utilizza nei processi produttivi troppe risorse e non recupera le materie prime dopo la vita utile dei manufatti. Il tutto determina la privazione di disponibilità per le generazioni future. Stiamo, insomma, grattugiando oro sul deserto, senza dimenticare che una parte consistente di quest'oro è costituito da materiali non rinnovabili quali combustibili fossili e loro derivati, metalli vari ed altri materiali rinnovabili in tempi medio-lunghi, come il legno.

Il riciclo è, invece, la strada per un'economia ecologicamente compatibile, ma anche per notevoli risparmi economici.

L'esperienza del consorzio di bacino padova 1 ed altre esperienze virtuose in veneto

Il consorzio di Bacino di Padova 1, per lo smaltimento degli RSU, comprende 26 Comuni dell'alta padovana per un totale di circa 200.000 abitanti.

Il territorio è densamente urbanizzato con alternanza di aree residenziali e rurali. Non è molto diffuso lo sviluppo di palazzi e condomini essendo la casa singola la soluzione prevalente.

Nel 1995 vi era la seguente organizzazione: il cassonetto del rifiuto indifferenziato ed i contenitori stradali per la raccolta differenziata (carta, plastica, vetro, in alcuni casi lattine) più o meno diffusi sul territorio. La raccolta differenziata, nel 1995, non ha superato la soglia del 7%.

Al 7 giugno 1996 tutti i Comuni consorziati hanno attivato il nuovo sistema di raccolta differenziata: 24 Comuni su 26 con il sistema "porta a porta" ed i rimanenti 2 con il "doppio cassonetto" stradale³⁵ (ossia affiancando al normale cassonetto un altro da 240 litri per l'organico e utilizzando inoltre le vecchie campane stradali per il secco riciclabile).

Nella raccolta differenziata "porta a porta", ciascuna frazione (carta e cartoni, vetro, metalli, plastica, frazione compostabile) viene inserita in sacchi di colore diverso e la raccolta avviene in giorni diversi, in modo da facilitare e stimolare le operazioni di separazione da parte delle famiglie. Il tutto viene integrato e supportato da aree attrezzate, centri di raccolta ed ecocentri adibiti alla raccolta differenziata di tutti i materiali riciclabili (compreso il verde: erba e ramaglie). Inoltre la TARSU aumenta

³⁵ *La raccolta differenziata porta a porta. L'esperienza del Consorzio di Bacino Padova 1*, p. 16, 1996, Achab editore.

all'aumentare della quantità di rifiuti indifferenziati prodotti dal singolo utente.

Nel Bacino Padova 1 si è incentivato il compostaggio domestico con apposite riduzioni tributarie³⁶. Ricordiamo che la frazione umida e la frazione verde sono pari a circa 1/3 degli RSU prodotti normalmente da ciascuna persona.

In un anno una famiglia media di 4 persone con un giardino di 300 mq, produce circa 300 kg di rifiuti organici umidi e 1.000 kg d'erba, ramaglie e foglie che possono essere compostati producendo oltre 600 kg di compost. Il consorzio Padova 1 è passato così nel 1996 (in un solo anno), ad una raccolta differenziata del 59%.

Un'esperienza ormai consolidata è quella dei bacini Padova 4 e Treviso 3: comprendono poco meno di 307.000 abitanti e hanno già realizzato nel 2001 traguardi di assoluto interesse, attuando un rigoroso "porta a porta", con una produzione di rifiuti pro capite solo di 1,04 kg/giorno (quasi 30% in meno della media nazionale) e con una raccolta differenziata spinta al 57,1%³⁷.

Anche il Consorzio Priula (Treviso 2, con 201.517 abitanti) nel 2002, ha addirittura superato il traguardo del 60% con circa un 63,68% di differenziazione rispetto ad una produzione pro capite di 1,02 kg giorno³⁸.

Nel Veneto si stanno ottenendo questi risultati, anche grazie all'iniziativa dell'Ecoistituto "Alex Langer" e all'impegno del WWF regionale, che sta portando in tutta la Regione, un piano basato sull'obiettivo strategico "*Tutti i Comuni al 70% di rifiuto raccolto differenziato ed effettivamente riciclato, prima di parlare di qualsiasi nuovo inceneritore o nuova discarica*". Come ormai dimostrato in diversi paesi e città, dall'esperienza ultradecennale, i criteri da rispettare per gestire in modo sostenibile i rifiuti, per i prossimi 1 o 2 anni possono essere:

- alla scadenza dei contratti comunali, implementare nei Consorzi (meglio se in ogni provincia) un metodo unico di RD spinta con almeno 4 – 6 frazioni raccolte a domicilio (porta a porta);
- eliminare i cassonetti e le campane stradali;
- applicare la tariffa puntuale volumetrica o a peso (già attuata in qualche Consorzio della Provincia, es. TV2);
- potenziare l'utilizzo di Centri di Raccolta Differenziata (Cerd) in tutti i Comuni;

³⁶ *La raccolta differenziata porta a porta...*, op. cit. pagg. 18 – 19.

³⁷ Vedi Regione Veneto, Arpa Veneto, *La gestione dei rifiuti urbani 2001*, Venezia 2002, pp. 84 – 85, 104 -105.

³⁸ Vedi Regione Veneto, Arpa Veneto, *La gestione dei rifiuti urbani 2002. Consorzio Treviso 2 – dati ufficiosi*, 2003.

- utilizzare nella Regione, nelle Province, nei Consorzi e nei Comuni gli stessi standard e metodi di raccolta (i migliori sperimentati) in termini di: classificazione delle frazioni raccolte, obiettivi da raggiungere, misuratori condivisi, processi descritti, controlli effettuati;
- Il Consorzio Intercomunale Priula serve un bacino d'utenza di 22 Comuni, della Provincia di Treviso, costituito da circa 80.000 utenze, per un totale di 201.500 abitanti.

Dal dicembre 2000 i Comuni suddetti hanno deciso di uniformare a livello consortile la gestione dei rifiuti urbani, utilizzando lo stesso servizio di raccolta "porta a porta" spinto per tutte le frazioni di rifiuto, applicando a tutte le utenze domestiche, commerciali e produttive, un'unica tariffa calcolata a livello globale partendo da un'analisi integrata dei costi di servizio per tutto il territorio consortile; applicando un unico Regolamento tecnico per i servizi e un unico Regolamento per la gestione della tariffa; applicando in modo omogeneo su tutti i Comuni e riscuotendo le tariffe quale unico soggetto gestore dell'intero ciclo dei rifiuti urbani.

La distribuzione alle utenze dei contenitori per la raccolta differenziata dotati di dispositivo a radiofrequenza ("*trasponder*") e l'avvio della raccolta con mezzi equipaggiati di apposite unità di lettura dei "*trasponder*", hanno permesso di rilevare i singoli apporti di rifiuti prodotti dal singolo utente.

La messa a regime delle letture automatiche del "*trasponder*" ha permesso al Consorzio di slegare la tariffa da parametri presuntivi di produzione di rifiuti, quali il numero di componenti del nucleo familiare per le utenze domestiche o la superficie e il tipo di attività per le utenze non domestiche, ed andare finalmente ad applicare una tariffa legata al reale "consumo" di ogni utente³⁹.

Il Consorzio Priula si è impegnato nell'implementazione del sistema di educazione dell'utenza all'acquisto intelligente, alla riduzione dei rifiuti, al compostaggio domestico, alla raccolta differenziata, da realizzare con strumenti di formazione ambientale quali la comunicazione diretta con gli utenti tramite gli Ecosportelli o il raggiungimento della stessa con l'ecocalendario, gli allegati alle fatture o la pubblicazione periodica del Consorzio; ed, inoltre, nel raggiungimento di un'elevata trasparenza tra servizio reso e determinazione dei costi e relativa applicazione delle tariffe⁴⁰.

³⁹ Consorzio intercomunale Priula, autorità di bacino Treviso 2, "*Modello gestionale del consorzio intercomunale Priula*", Fontane di Villorba (Tv), 2003, pp. 3-4.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 4-5.

Il Consorzio Priula prevede la raccolta "porta a porta" di:

- secco non riciclabile raccolto con contenitori di colore verde dotati di "trasponder";
- frazione organica biodegradabile raccolta con contenitori di colore marrone;
- vetro, plastica, lattine raccolti con contenitori di colore blu;
- carta raccolta con contenitori di colore giallo;
- cartone raccolto a mano (senza fornitura di contenitori) selettivamente presso utenze commerciali e aziendali;
- verde e ramaglie raccolti tramite sacchi bianchi in polietilene da 80L riutilizzabili.

Sono rimasti nel territorio consortile esclusivamente i contenitori stradali destinati alla raccolta di:

- indumenti usati raccolti con cassonetti di colore giallo o bianco (raccolta effettuata su convenzione, da associazioni di volontariato);
- pile e batterie raccolte con contenitori gialli cilindrici presso gli esercenti ed i locali pubblici;
- farmaci e medicinali raccolti con contenitori bianchi metallici presso farmacie, distretti sanitari e ambulatori medici.

Anello fondamentale a completamento del circuito di raccolta è costituito dai Centri di Raccolta Differenziata, dotati di contenitori differenziati, in cui è possibile conferire:

carta e cartone, vetro, inerti, imballaggi in plastica, ferro e metalli, legno, sfalci e ramaglie, beni durevoli e materiale elettronico (computer, lavatrici, televisori, condizionatori e altri beni contenenti schede elettroniche), rifiuti pericolosi di provenienza domestica (contenitori etichettati T & F, pile e batterie, accumulatori di piombo, farmaci e medicinali scaduti), pneumatici usati di provenienza domestica, oli e grassi commestibili, oli minerali di provenienza domestica, rifiuti ingombranti non recuperabili che, per eccessive dimensioni, non è possibile conferire al circuito ordinario di raccolta.

Il Regolamento Consortile pone un limite di quantità massimo pari a 36 mc l'anno, conferibile con i seguenti limiti: 1 mc per giorno di apertura; 2 mc la settimana; 3 mc al mese; 6 mc occasionali (1 volta l'anno, compreso nei 36 mc totali annui). Ai CeRD possono accedere tutti gli utenti domestici residenti nel territorio consortile, presentando all'entrata regolare documento d'identità che attesti la residenza. L'accesso delle utenze non domestiche invece è regolato direttamente dal Consorzio che rilascia su richiesta

della ditta medesima un'autorizzazione al conferimento di validità annuale.

La tariffa è basata esclusivamente sulle quantità di rifiuto conferito e sulla potenzialità di servizio fornito, rientrando nella logica economica di tutti i servizi a rete, con copertura integrale dei costi di gestione, mediante l'applicazione ai contenitori per la raccolta differenziata di un dispositivo a radiofrequenza ("trasponder").

Per le utenze domestiche il consorzio ha scelto di riversare tutti i costi sul servizio del secco non riciclabile.

La quota fissa è commisurata al volume del secco non riciclabile assegnato a ciascuna utenza.

La quota variabile è rapportata alla quantità di rifiuto secco non riciclabile raccolto presso ciascuna utenza con conteggio degli svuotamenti dei contenitori dotati di "trasponder". È concessa una riduzione sulla parte variabile per le utenze che attuano il compostaggio domestico, andando così a premiare un comportamento che tende alla riduzione globale della produzione di rifiuti. Nel Consorzio Priula la tariffa media annua è pari a 50.376 per abitante (famiglie con 3 persone)⁴¹.

Per le utenze non domestiche viene contabilizzato ogni singolo servizio sia per la parte variabile sia per la parte fissa.

La quota fissa è commisurata al volume di ciascun contenitore di rifiuti assegnato.

La quota variabile è rapportata alla quantità di ciascuna tipologia di rifiuto raccolto presso ogni utenza, ma il conteggio effettivo degli svuotamenti viene effettuato solo per il rifiuto secco non riciclabile; per i rifiuti riciclabili invece la quota variabile viene applicata in base al volume del contenitore in dotazione, desumendo in via presuntiva il quantitativo di rifiuto riciclabile conferito.

Invece a Brescia (dove opera il tanto pubblicizzato inceneritore) la tassa annua⁴² per abitante è pari a 41,060 euro per una famiglia di 3 persone con 120 mq di abitazione.

A Brescia, com'è noto, la tassa potrebbe (e forse dovrebbe, nel rispetto della legge) essere notevolmente ridotta o addirittura annullata in relazione ai contributi statali all'incenerimento e quindi ai "non costi" dello smaltimento, ma ciò priverebbe ovviamente l'Asm (e quindi il Comune, Hopa ed altri azionisti privati) dei relativi profitti, togliendo ragion d'essere all'inceneritore stesso.

Infine, bisogna mettere in conto l'impatto culturale dei due sistemi.

⁴¹ Consorzio intercomunale Priula, autorità di bacino Treviso 2, "Gestione della tariffa ed effetti del sistema", Fontane di Villorba (Tv), 2003, p. 4.

⁴² Non si può parlare propriamente di tariffa, perché non vi è alcuna relazione con la produzione reale di rifiuti, ma solo con la dimensione dell'abitazione ed il numero dei componenti della famiglia.

Il "sistema Brescia" è del tutto deresponsabilizzante nei confronti dei cittadini che trovano straordinariamente comoda la "discarica non lontana da casa", ossia il cassonetto, e che vengono indotti a pensare che con il cosiddetto "termovalorizzatore" i rifiuti scompaiano e per magia si trasformino in energia utile e pulita. Ciò significa diseducare rispetto alla "missione" prioritaria della riduzione dei consumi e degli sprechi, non solo per motivi ecologici evidenti, ma anche in nome della solidarietà con le moltitudini diseredate del Sud del mondo che non possiamo indefinitamente condannare all'esclusione dal godimento delle poche risorse del Pianeta.

Agli esempi virtuosi summenzionati fa da contraltare l'esperienza siciliana.

Inspiegabilmente il piano rifiuti della regione Sicilia prevede l'obiettivo di incenerire ben il 65% dei rifiuti (a fronte del 10% dell'Austria, del 22% della Repubblica federale tedesca). Sommando a quest'incredibile cifra il 20% rappresentato dalla FOS (Frazione organica stabilizzata) che dovrà essere conferita in discarica, arriviamo ad una percentuale di rifiuti non riciclatati dell'85%. Si pensi che l'impianto d'incenerimento di Bellolampo (uno dei quattro in progetto) dovrebbe avere una capacità di 546.000 mila tonnellate (a fronte di Vienna, una città con il doppio degli abitanti di Palermo il cui impianto d'incenerimento è di 250.000 tonnellate, ed in cui la raccolta differenziata arriva a circa il 60% a fronte del 3,4% del capoluogo siciliano. I numerosi ATO che si occupano di rifiuti nell'isola, hanno accumulato circa 430 milioni di debiti (a cui si aggiungono i costi per la stabilizzazione dei precari, ivi compresi gli LSU). Dai dati in possesso della Commissione parlamentare d'inchiesta sul ciclo dei rifiuti la raccolta differenziata in Sicilia nel 2007 rappresenta circa l'8% dei rifiuti prodotti (a fronte dell'obiettivo del 65% previsto dalla legge per il 2012) nonostante importi TARSU particolarmente elevati in molti comuni⁴³.

7. Zero waste strategy nel mondo

All'obiezione che queste pratiche virtuose sarebbero più difficili in città di medie dimensioni, è sufficiente rispondere invitando a spingere lo sguardo oltre i nostri confini, ad esempio alla città di Friburgo in Germania, che con i suoi 220.000 abitanti (circa le dimensioni di Brescia) realizza la raccolta dei rifiuti "porta a porta" (non si pagano i

⁴³ Si rinvia sulla questione, all'inchiesta di Roberto Galullo e Giuseppe Oddo, su "*Il sole 24 ore*" del 1 novembre 2008.

sacchetti per la differenziata mentre si paga solo quello per l'indifferenziata)⁴⁴; oppure alla città di Canberra, la capitale federale dell'Australia, con circa 443.000 abitanti, che ha adottato un programma "No waste" (No ai rifiuti) e che è passata da un riciclaggio di rifiuti urbani e speciali del 33,4% nel 1994 al 69,26% del 2002⁴⁵.

La Nuova Zelanda ha adottato la politica "Zero waste" a livello statale.

Lo Stato federale canadese della Nuova Scozia, con oltre 900.000 abitanti è oltre il 50% di raccolta differenziata.

San Francisco, città californiana con quasi un milione di abitanti era al 63% di raccolta differenziata nel 2005, conta di raggiungere il 75% entro il 2010 e lo zero tendenziale entro il 2020.⁴⁶

Rimane, è inutile nasconderselo, in ogni caso un problema residuale (oggi quantificabile in un 30%, domani potenzialmente anche molto meno, fino allo zero tendenziale), di rifiuti difficilmente riciclabili (carte superpatinate, poliaccoppiati, ecc.). Sul punto l'ambientalismo si è diviso in due partiti. Il primo sostiene che è preferibile che questo residuo, non altrimenti riciclabile, venga incenerito con recupero di energia, in alternativa alla discarica, posizione su cui si è attestata una parte di Legambiente⁴⁷.

Il secondo ritiene necessario spingere per un'eliminazione alla fonte di materiali e merci non riciclabili, utilizzando in fase transitoria ancora le discariche, comunque meno pericolose perché ospiterebbero materiale in buona parte inerte.

Sul no agli inceneritori sono impegnate in particolare alcune associazioni come l'Ecoistituto del Veneto "A. Langer", nonché Medicina Democratica, Greenpeace e WWF.

8. Inutilità ed assurdità dell'incenerimento dei rifiuti

I sistemi di raccolta differenziata e quelli di termoutilizzazione dei rifiuti non costituiscono un sistema integrato (come sostiene strumentalmente la *lobby* che sponsorizza gli inceneritori); viceversa essi costituiscono spesso sistemi antitetici ed inconciliabili.⁴⁸

Le carte ed i cartoni rappresentano il 26,5% in peso dei RSU, ma corrispondono a

⁴⁴ Cfr. www.freiburg.de.

⁴⁵ Notizie su questo programma di riduzione e tendenziale annullamento dei rifiuti in www.nowaste.act.gov.au.

⁴⁶ Significativa è anche l'esperienza di RD di Alameda (California). Si rammenti che negli USA 300 progetti di inceneritori sono bloccati e da vari anni non se ne costruiscono più.

⁴⁷Cfr. Legambiente, "Documento preparatorio al VII Congresso Nazionale", settembre 2003, p. 11, www.legambiente.it

⁴⁸ Un'eccezione può forse essere rappresentata dalla Danimarca dove nonostante il 65% circa di RD sono presenti ben 35 inceneritori.

circa il 55% del loro potere calorifico. Pertanto, realizzare con appropriati sistemi la raccolta differenziata delle carte e dei cartoni (così come per altri comparti produttivi le materie plastiche e le altre frazioni combustibili) ed usare questi materiali, come materie prime, nelle cartiere significa privare gli inceneritori del 55% del loro combustibile – espresso come potere calorifico – presente nei RSU.

Ai danni ambientali ed allo spreco delle risorse, insiti nei processi d'incenerimento dei rifiuti, si deve aggiungere la loro inutilità.

È appena il caso di osservare che, riducendo del 55% il potere calorifico dei rifiuti solidi urbani, questi non sono più in grado di autosostenere la combustione di un impianto d'incenerimento.

Quest'ultima dovrà pertanto essere sostenuta alimentando l'impianto con un combustibile (generalmente fossile).

Ancora, se agli inceneritori, oltre alle carte ed ai cartoni sottraiamo, attraverso la raccolta differenziata, anche la frazione delle materie plastiche (11,1% in peso degli RSU), riduciamo di un altro 37,5% l'originario potere calorifico dei rifiuti solidi urbani. In altri termini, togliendo dai RSU le carte ed i cartoni e le materie plastiche, si riduce complessivamente il loro potere calorifico intrinseco di oltre il 90%!

Questa è la dimostrazione inconfutabile della totale inutilità, ferma l'intrinseca pericolosità degli impianti d'incenerimento. Non va poi taciuto che il ricorso all'incenerimento dei rifiuti costituisce altresì un pesante freno all'innovazione tecnologica per la realizzazione dei processi produttivi e cicli di lavorazione puliti a basso consumo energetico, tesi ad affermare nel concreto il "rischio zero" nei luoghi di lavoro e di vita.

Si deve poi considerare che l'incenerimento è la tecnologia di smaltimento dei rifiuti con il più elevato impatto ambientale⁴⁹, con il maggiore spreco di materiali riutilizzabili, con i più alti costi di costruzione e d'esercizio degli impianti, con i più lunghi tempi di messa in opera, con il minor bisogno di manodopera (a causa di un elevato rapporto capitale/addetto).

"The last but not the least" esso necessita delle discariche speciali per tumulare le scorie e le ceneri tossiche derivanti dai processi di combustione (circa il 25 – 30% in peso dei RSU bruciati!) nonché di essere smantellato, a causa dell'usura, dopo circa 15 – 20 anni.

Va inoltre rilevato che, in Italia, nessun impianto d'incenerimento di rifiuti dispone

⁴⁹ L'ENEA ha stimato che in Italia, nel 1995 il 70% circa della produzione di diossina e furani fosse dovuta all'incenerimento.

di un piano per la sua dismissione in sicurezza al termine del suo ciclo di vita e, men che meno, per la bonifica del sito e del territorio inquinato durante la sua attività.

Piano che invece potrebbe prevedere la validazione da parte di un'*authority* indipendente e qualificata, con la copertura delle spese per la sua realizzazione da parte del proprietario/gestore dell'inceneritore.

Un ulteriore *punctum dolens* è che il gestore non è tenuto a stipulare alcuna polizza assicurativa a favore delle persone che, loro malgrado, sono esposte alle emissioni tossico-nocive di tale impianto.

Sarebbe invece auspicabile:

- la realizzazione di programmi permanenti d'informazione dei cittadini interessati, per prevenire rischi e inquinamento;
- la promozione di piani finalizzati di ricerca per sviluppare prodotti e processi produttivi non inquinanti, tecnologie appropriate per il recupero, la riabilitazione e il riciclo di ogni frazione merceologica contenuta nelle diverse matrici di rifiuti, per progettare prodotti e manufatti durevoli, riparabili e riciclabili, favorendo l'uso di materiali non sintetici;
- la promozione, da subito e ad oltranza, della raccolta differenziata di tutte le frazioni costituenti, l'intero complesso dei rifiuti pre e post-consumo, controllando che le frazioni merceologiche raccolte in modo selettivo siano effettivamente inviate agli appropriati impianti di recupero/nobilizzazione/riciclo.

È necessario per risolvere il problema rifiuti opporsi al facile ricorso agli inceneritori anche perché è falsa la pretesa riduzione di gas serra che si avrebbe con essi. Infatti, ad un parziale risparmio delle emissioni di CO₂ corrispondono quelle di altri inquinanti (NO_x, SO_x, CO, PM₁₀, HCL, PCB, diossine, furani, cadmio, nichel, cromo esavalente, piombo, ecc) molti dei quali considerati dalla normativa comunitaria cancerogeni, mutageni e/o teratogeni. Inoltre bruciando materiali (direttamente derivati dal petrolio o la cui estrazione, lavorazione, assemblaggio, trasporto ha richiesto l'utilizzo di fonti energetiche fossili) che potrebbero diversamente essere riciclati non si determinano certo risparmi nel consumo di TEP (tonnellate equivalenti di petrolio), ostacolando così la realizzazione degli obiettivi di Kyoto.

In prospettiva si dovrà rendere la RD obbligatoria per tutti i cittadini, poiché essa potrebbe essere inquadrata nel novero dei doveri pubblici inderogabili di solidarietà (facendo in particolar modo riferimento al secondo comma dell'articolo 2 Cost.).

Di fondamentale importanza appare poi una riscrittura incisiva dell'art. 9 comma secondo Cost. al fine di introdurre al vertice dell'ordinamento il principio dello sviluppo sostenibile, inteso non solo come divenire economico non pregiudizievole per l'ambiente e quindi per la collettività tutta, ma anche come estrinsecazione di un ulteriore aspetto della solidarietà e dell'eguaglianza non più solo orizzontale (tra i soggetti esistenti), ma anche verticale (tra generazioni presenti e future) e cosa ancor più significativa interstatuale, al fine di evitare che il legittimo progresso di alcune Nazioni avvenga a danno delle masse del Sud del mondo.

9. Campa(g)nia dei rifiuti: tra ecomafia ed ecoballe

La Campania è la regione italiana più colpita dall'ecomafia.⁵⁰ Zone problematiche sono: il triangolo Qualiano-Villaricca-Giugliano (la cosiddetta terra dei fuochi), dove di notte vengono bruciati rifiuti anche tossici, con conseguente inquinamento da diossina, ed il "triangolo dei tumori" Acerra-Nola-Marigliano. In queste zone numerosi camion cisterna scaricano il loro contenuto nei tombini dell'area industriale (dando così vita al fenomeno del tombino fumante). Altri camion invece sversano rifiuti in buchi effettuati in terreni agricoli, ricoprendoli poi con terriccio nostrano. Vi sono inoltre società di stoccaggio, intermediazione e compostaggio che simulano la separazione di parte secca ed umida dei rifiuti e poi li sversano nelle cave in ricomposizione ambientale e paesaggistica o in terreni controllati dal gruppo mafioso. Uno studio della prestigiosa rivista medica "*The Lancet Oncology*", del settembre 2004 evidenzia un aumento del 24% dei tumori al fegato nei territori campani vicini alle discariche.

La contraddizione è che vi sono diverse imprese campane che operano nel centro-nord nel settore dei rifiuti che rispettano le regole, mentre al Sud e specialmente in Campania vige un sistema di diffusa illegalità. Strumento fondamentale nella violazione del diritto è rappresentato dal sistema dei consorzi pubblico-privati che in pratica ha creato situazioni di monopolio favorendo la scelta di imprenditori vicini alle organizzazioni criminali.

L'inchiesta giudiziaria Houdini del 2004 evidenzia che il costo di mercato per smaltire correttamente alcuni rifiuti tossici va da 21 a 62 centesimi di euro al

⁵⁰ "Ecomafia, (composto di eco e mafia, 1994) s.f. Settore della criminalità organizzata che gestisce attività altamente dannose per l'ambiente come l'abusivismo edilizio e lo smaltimento clandestino dei rifiuti tossici" - Lo Zingarelli 1999-Vocabolario della lingua italiana.

chilogrammo, mentre la camorra richiede circa 9-10 centesimi al chilo, compreso il trasporto.

L'ecomafia in Campania si avvale di legami con segmenti delle amministrazioni locali, grandi aziende, tecnici ambientali, influenzando sul sistema degli appalti. La tecnica più subdola, è quella del cd. giro delle false bolle (ossia attestare un declassamento cartolare dei rifiuti trasportati, fittiziamente indicati come residui riutilizzabili). In Campania l'ecomafia si è inserita in tutte le fasi del ciclo dei rifiuti (smaltimento, bonifiche ecc.), incentivandone l'afflusso da altre Regioni e coinvolgendo gli imprenditori con il sistema della sopraffatturazione. Per lunghi anni i Comuni hanno violato l'obbligo di pesare i rifiuti che affluivano nelle discariche, come afferma il Decreto Ronchi e le cifre pagate per gli appalti della N.U. erano spesso inferiori al costo di gestione (in quanto vi erano introiti non dichiarati, derivanti dallo smaltimento illegale).⁵¹

La camorra si è inserita poi non anche nel settore delle bonifiche.

L'errore strategico della Regione è stato quello di puntare all'incenerimento del 65% dei rifiuti a fronte di una RD del 35% (obiettivo peraltro non raggiunto, anche se si è passati dal 2000 al 2003 dall'1.8% al 12% circa).

Vi sono però delle eccezioni: Padula (SA), ha raggiunto nel 2003 il 76,1%, Bellizzi il 68,95%, Giffoni Sei Casali (SA) il 66,34%, Mercato San Severino (SA) con il passaggio al sistema tariffario è passato dall'8% al 52%.

E non si dica dunque che al Sud non si può fare la RD!

All'inadeguatezza del Piano Rifiuti della Regione si sono aggiunti: vari incendi dolosi e sabotaggi negli impianti di CDR, l'insufficienza e l'inadeguatezza tecnica degli stessi con file dei camion anche di 15 ore, decine di automezzi rubati e molti non in grado di funzionare, una TARSU che a Napoli è tra le più alte d' Italia, un costo di decine di milioni di euro annui per il trasporto, fino a poco tempo fa, delle ecoballe⁵² o del rifiuto tal quale prima in altre Regioni italiane, poi in Germania, numerosi atti di violenza fisica ad opera della criminalità organizzata nei confronti dei lavoratori dell'ASIA (deputata alla raccolta dei rifiuti), l'evasione della tassa in città da parte di ben 72000 utenze non domestiche (compreso l'ente comunale Mostra d'oltremare), il profluvio di consulenze inutili, subdola forma di corrompimento della vita pubblica, nella seconda repubblica post-tangentopoli⁵³.

⁵¹ Quando molte discariche sono state chiuse, le ditte hanno cominciato a fallire o a rescindere i contratti.

⁵² Cilindri di colore verde del peso di una tonnellata ciascuno, prodotte fino ad oggi in circa 4 milioni di pezzi, che potrebbero essere smaltite negli inceneritori in un periodo compreso tra i 10 e i 50 anni. Vedi anche *// Mattino* del 30 agosto 2005, pag. 35.

⁵³ Il tutto è evidenziato in un bel saggio di Cesare Salvi e Massimo Villone, *"Il prezzo della democrazia"*, Mondadori, 2005, che ha aperto il problema della questione morale a sinistra. A dir poco criticabili sono, infatti,

Si rilevi poi che nel corso del 2005 vi è stato un altro grave problema: il sequestro di numerosi impianti di CDR, ad opera della magistratura per mancato rispetto delle norme contrattuali da parte della FIBE. Infatti, le ecoballe avevano e purtroppo hanno in larga parte ancor oggi, un potere calorifico inferiore a quello stabilito nell'appalto con la Regione, determinata dall'eccessiva umidità, causato dal mancato decollo della RD.

Altro scandalo è stato l'affitto a prezzi inspiegabilmente alti, ad opera del Commissariato Straordinario dei suoli dove stoccare il CDR

L'UE (Direttiva 2001/77, "*Promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità*") ritiene che solo la parte non biodegradabile dei rifiuti industriali e urbani possa essere considerata fonte energetica rinnovabile nella produzione di elettricità. Per l'UE non può essere considerato recupero energetico la combustione dei rifiuti negli inceneritori, ma solo in un impianto in cui i rifiuti fungono da combustibile effettivamente sostitutivo di un combustibile tradizionale che dovrebbe essere comunque utilizzato.⁵⁴

Dunque, un termo(s)valorizzatore al di là della quantità di energia prodotta non fa recupero o risparmio energetico, mentre lo fa per esempio un cementificio dove i rifiuti sostituiscono in parte altri combustibili.

Fortemente contestabile è il cd. Decreto Bersani (D.Lgs. n. 79, 16 marzo 1999, "*Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*", in GU n. 75, 31 marzo 1999), che aveva qualificato i rifiuti come energia rinnovabile. Stesso errore ha commesso il D.Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, in GU, n. 25, 31 gennaio 2004, "*Attuazione della direttiva 2001/77/CE sulla produzione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili*". L'errore risiede nell'ipotizzare che il flusso dei rifiuti continui nel tempo come il vento o le radiazioni solari.

Altri errori del legislatore sono stati: il contributo pubblico per la costituzione degli impianti, fino al 30% in base alla L. 308/82 ed il CIP6 (provvedimento n. 6/92 del Comitato Interministeriale Prezzi) che prevedeva l'obbligo di acquisto da parte dell'ENEL di energia elettrica a lire 243,7 per kWh per i primi otto anni di funzionamento dell'inceneritore contro le 80-100 lire negli altri Paesi europei. Tuttavia soltanto con il comma 1120 lett. d) della legge 27 dicembre 2006 n. 296, viene soppressa la parola "*assimilate*" ed esse vengono escluse dal regime d'incentivazione delle rinnovabili.

la moltiplicazione delle commissioni speciali, la lottizzazione dei primari e dei manager delle ASL (vedi il caso Petrella), le sedi faraoniche a Bruxelles e a New York . In particolare il meccanismo delle consulenze è oggi diventata una sorta di corruzione legalizzata.

⁵⁴ Vedi sentenze della C. di giustizia (V sez.), 13 febbraio 2003, nella causa C-458/00 ed in quella C-228/00.

Si deve evidenziare che la direttiva 2001/77/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 settembre 2001, sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, considera come "*fonti energetiche rinnovabili*" quelle fonti di natura non fossile (eolica, solare, geotermica, del moto ondoso, mareomotrice, idraulica, biomassa, gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas), mentre considera "*biomassa*" la parte biodegradabile dei prodotti, rifiuti e residui provenienti dall'agricoltura (comprendente le sostanze vegetali e animali) e dalla silvicoltura e dalle industrie connesse, nonché la parte biodegradabile dei rifiuti industriali ed urbani.

Il D.Lgs. 387/2003, all'art. 17 continuava però ad includere i rifiuti (anche nella loro parte non biodegradabile) tra le fonti energetiche che potevano beneficiare delle agevolazioni previste per le energie rinnovabili. Il tutto in netto contrasto con la normativa comunitaria, tant'è che l'allora Commissaria europea per i Trasporti e l'Energia, Loyola De Palacio, in risposta ad un'interrogazione dell'europarlamentare verde Monica Frassoni, del 20 novembre 2003 (risposta E-2935/03IT) ha considerato la situazione italiana in palese contrasto con il dettato normativo della direttiva 2001/77/CE.

Tale irregolarità è stata sanata con la legge 296 del 2006 (finanziaria 2007).

Tuttavia con la legge 24 dicembre 2007 n. 244 e la normativa introdotta con l'emergenza rifiuti in Campania, tali incentivi, seppur in forme più limitate, sono stati reintrodotti.

Lo scandalo del sistema introdotto dal cd cip6 è che fino ad ora la maggior parte degli incentivi destinati alle energie rinnovabili è andata agli impianti di incenerimento e non alle fonti rinnovabili propriamente dette.

10. Recenti sviluppi

Forti riserve suscita la legge 6 novembre 2008 n. 172 relativa all'"*Emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella Regione Campania, nonché misure urgenti di tutela ambientale*" convertito in legge il 22 dicembre 2008.

Le criticità sono rappresentate dall'art. 9 che conferma la concessione del cip6 a tutti gli impianti in costruzione o entrati in esercizio prima del 31 dicembre 2008, dalla conferma della quota del 51% per quanto riguarda gli incentivi sotto forma di certificati verdi a tutte le forme d'incenerimento (sia del tal quale che del CDR) a prescindere che si

tratti di rifiuti biodegradabili o meno. È stato calcolato che questi incentivi all'incenerimento, oltre ad alterare il mercato, determineranno una maggiorazione dell'importo delle bollette per i cittadini pari a circa 2 miliardi di euro. Si è calcolato che circa 1.6 miliardi di euro di questi contributi saranno utilizzati per la realizzazione degli inceneritori siciliani. L'art. 9 ter approva poi un "*Piano nazionale Inceneritori*, (quando in Italia ce ne sono già all'incirca una cinquantina). L'art. 9 quater prevede poi inopinatamente la possibilità di immettere in fognatura rifiuti organici "*provenienti dagli scarti dell'alimentazione trattati con apparecchi dissipatori di rifiuti alimentari che ne riducano la massa in particelle sottili*", con inevitabili problemi alle reti fognarie e la creazione di tonnellate di fanghi di depurazione (con conseguenti ingenti costi di smaltimento e conseguente disincentivazione della raccolta differenziata degli scarti organici urbani).

La Commissione Europea in data 20.11.2003 (risposta E-2935/031T all'interrogazione dell'eurodeputato Monica Frassoni) ebbe a ribadire, per voce dell'allora Commissario Loyola De Palacio che "*la frazione non biodegradabile dei rifiuti non può essere considerata fonte d'energia rinnovabile*" ai fini dell'incentivazione delle energie rinnovabili ex direttiva CEE 2001/77.

Il ripristino da parte del legislatore italiano di tali incentivi costituisce a ben vedere un aiuto di Stato illegittimo che altera il mercato a favore dell'industria degli impianti d'incenerimento a detrimento dei veri produttori d'energie rinnovabili (solare, geotermico, idrico, eolico, biomasse), ma anche una forma di concorrenza sleale nei confronti delle imprese che si occupano di prevenzione, riciclo, recupero e trattamento rifiuti anche con produzione d'energia diversa dalla combustione (RD domiciliare, compostaggio, digestione anaerobica con produzione di biogas, trattamento meccanico biologico ecc.).

I principi fondamentali dello Stato di diritto (il regime delle competenze, la separazione dei poteri, le prerogative della PA nei confronti del potere esecutivo) sono stati fortemente compressi nella vicenda emergenziale campana⁵⁵. Si è assistito, infatti, al conferimento di poteri eccezionali ad organi straordinari (come il Commissario delegato all'emergenza rifiuti) determinando senz'ombra di dubbio una sospensione dell'ordine costituzionale delle competenze e delle garanzie dei diritti fondamentali. La stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato ha evidenziato come sia non compatibile con il

⁵⁵ Si veda a tal proposito A. Pierobon "*L'emergenza rifiuti nella regione Campania: primi spunti di lettura dal decreto legge 11 maggio 2007, n. 61 e sue prospettive di conversione in legge*", in "*Diritto all'ambiente on line*".

concetto di emergenza, un intervento di durata pluriennale, che sostanzialmente determina una sovrapposizione di un sistema amministrativo e di gestione alternativo a quello ordinario, consentendo una gestione straordinaria *sine die*⁵⁶. Dal canto suo la Corte costituzionale ha evidenziato con la sentenza n. 127 del 1995 come l'emergenza non legittimi il sacrificio illimitato dell'autonomia regionale e che l'esercizio del potere di ordinanza debba essere circoscritto per non compromettere il nucleo essenziale delle competenze attribuite alla Regione.

Siamo invece di fronte, nel caso di specie, ad una gestione *sine die* di competenze amministrative e non, di spettanza di Regioni ed enti locali (si pensi alla funzione di pianificazione e governo del territorio, nella quale si può senz'ombra di dubbio includere l'individuazione dei siti di smaltimento rifiuti, che vede in varia misura protagonisti gli enti territoriali).

Si può contestare che i D.L. che hanno consentito il ricorso ad una gestione *extra ordinem* dei rifiuti siano stati fondati sul requisito della straordinarietà, in quanto l'emergenza si è per così dire istituzionalizzata nell'arco di un quindicennio.

Eversivo dell'ordine costituzionale appare poi il DL n. 61 del 2007 in quanto prevede l'inoppugnabilità degli atti del Commissario innanzi alla giurisdizione amministrativa (attuando una restrizione di un diritto costituzionalmente garantito, tanto più rilevante in quanto tale diritto di difesa riguarda i primari diritti alla salute ed all'ambiente).

In tal modo potrà essere disattesa la sentenza del Tribunale civile di Salerno sez. I civ, proc. N. 1189/07 del 28 aprile 2007, concernente la discarica di Serre.

L'assetto delineato dal DL in questione (convertito in legge 87/2007) essendo incentrato sul ruolo dominante ed assolutamente sovradimensionato degli inceneritori, viola anche la sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 2007 che condannava l'Italia per non aver realizzato un efficiente sistema di recupero e riciclaggio dei rifiuti, senza utilizzare procedimenti dannosi per la salute e per l'ambiente.

Invece di applicare pienamente i principi comunitari di precauzione, tutela preventiva, incentivo alla rd, al riuso, riutilizzo, recupero, riciclaggio dei rifiuti si opta per la costruzione di quattro impianti d'incenerimento: Acerra (Napoli), Santa Maria La Fossa (Caserta), Salerno e Napoli Est.

In particolare si evidenzia che l'impianto di Acerra, non ha avuto una vera valutazione d'impatto ambientale, ma una cd. "*valutazione di compatibilità ambientale*",

⁵⁶ Si veda Cons ST Sez. V, sent. N. 6280 del 2002 e Cons. St. Sez. V n. 6809 del 2002.

la quale a ben vedere non trova riscontro nella normativa vigente di rango primario, bensì è prevista solo in atti emergenziali⁵⁷.

Si sottolinei poi l'inadeguatezza tecnica della tecnologia utilizzata per l'impianto di Acerra.

Infatti, la *"Relazione territoriale sulla Campania della Commissione parlamentare di Inchiesta sul ciclo dei rifiuti e sulle attività illecite ad esso connesse"*, (della XIV legislatura), ⁵⁸afferma testualmente " ... non vi è stata disponibilità ad accogliere le istanze della migliore tecnologia del settore, se si considera che a vincere la gara relativa alla realizzazione e alla gestione degli impianti per lo smaltimento dei rifiuti residuali della raccolta differenziata è risultato un progetto valutato dalla stessa commissione aggiudicatrice, largamente insufficiente quanto al pregio tecnico con carenze definite addirittura "imbarazzanti" dal Professore Umberto Arena, componente della commissione aggiudicatrice, nel corso dell'audizione resa alla Commissione bicamerale il 29 novembre 2005".

Gli impianti campani sono effettivamente sovradimensionati, per cui dovranno bruciare quantità enormi di CDR (combustibile derivato dai rifiuti), quello che per il grande pubblico è noto come ecoballe) e scoraggiano la RD. In particolare le cd. ecoballe, almeno quelle prodotte finora, non sarebbero idonee alla combustione negli inceneritori, in quanto non conformi ai limiti di umidità stabilite dalle leggi (trattasi in sostanza più che di CDR, di vero e proprio rifiuto tal quale, tritovagliato). Infatti, sempre secondo la relazione della Commissione bicamerale⁵⁹, risulta che dagli impianti di CDR " .. non si ottenga alcun vantaggio, né in termini di quantità, né di qualità, rispetto allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani direttamente in discarica ... i materiali prodotti negli impianti di fatto non presentano specifica identità, ovvero non hanno caratteristiche tali da farli differenziare gli uni dagli altri".

Le scelte politico-amministrative effettuate per la Campania, dunque si collocano in forte contrasto con la normativa UE sui rifiuti. Si fa riferimento in particolare alla direttiva comunitaria n. 74/442/CE, norma quadro in materia di rifiuti, e le sue successive modificazioni ed integrazioni.

In particolare le direttive n. 91/156/CEE e 2006/12/CE obbligano gli Stati membri a perseguire diversi obiettivi, prevedendo che ogni regolamento in materia debba essenzialmente mirare alla protezione della salute umana e dell'ambiente contro gli effetti nocivi della raccolta, del trasporto, del trattamento, dell'ammasso e del deposito dei

⁵⁷ Ossia le ordinanze n. 3370 del 2004 e 3369 del 2004.

⁵⁸ doc. XXIII, n. 17, pag. 51.

⁵⁹ Cfr. pagg. 26 e ss. della stessa.

rifiuti, sottolineando la necessità di favorire il recupero dei rifiuti e l'utilizzazione dei materiali di recupero per preservare, le risorse naturali.

In definitiva le scelte politico-amministrative degli ultimi anni sull'emergenza rifiuti, nonché le surrettizie forme di incentivi agli inceneritori, si pongono in forte contrasto con i principi costituzionali e comunitari, ma anche con la logica ed il buon senso, a dispetto della *vulgata* corrente che presenta la realizzazione degli stessi come la panacea per la questione rifiuti. Il tutto si iscrive in logiche di potere e di governo, fondate sul populismo e la demagogia, che alterando il normale sistema di "*checks and balances*" (magistratura, enti territoriali, Parlamento, Corte Costituzionale) propri di un sistema democratico, alterano inevitabilmente la nostra forma di Governo (come evidenziato negli studi di illustri politologi quali Sartori e Pasquino), accrescendo pericolosamente l'invasività del potere esecutivo, a detrimento dei legittimi spazi di contestazione delle comunità locali e della loro consultazione e partecipazione nei processi decisionali (come in parte previsto dalla Convenzione di Arhus).

Evoluzione della tassazione dei Trusts

di Antonio Landolfi

In un precedente articolo pubblicato su questa rivista a seguito della reintroduzione della imposta sulle successioni e donazioni per il tramite della legge finanziaria 2007 e della successiva Circolare 48/E della Agenzia delle Entrate del 6 agosto 2007, che rese alcuni chiarimenti in merito alla applicabilità delle imposte dirette ed indirette ai Trusts, concludevo principalmente rilevando che fosse veramente sorprendente che la Agenzia non avesse esaminato specificamente la tassazione dei *business trusts*, che hanno alla base esigenze commerciali e non atti di liberalità, considerata la diffusione nella prassi operativa soprattutto dei trusts di garanzia e dei trusts for sale.

Rilevavo, in particolare, che i primi sono istituiti per fare in modo che il trasferimento al trustee integri una forma di garanzia alternativa alle garanzie reali conosciute dal nostro ordinamento, ad esempio in occasione di emissioni obbligazionarie, che i secondi sono in genere utilizzati per gestire piani di riorganizzazione di aziende in crisi o di ristrutturazione del debito, e vanno inclusi in questa categoria i trusts aventi ad oggetto pacchetti azionari o di quote sociali finalizzati a gestire l'unitarietà dei voti dei soci legati da patti di sindacato.

Facevo rilevare che nel primo caso, si sarebbe dovuto ritenere applicabile la disciplina dettata per i trust opachi, non essendo individuati i beneficiari del reddito ed essendo soltanto eventuale l'escussione della garanzia; nel secondo e nel terzo caso, invece, essendo il vincolo istituito a beneficio degli stessi disponenti ed essendo i poteri del trustee equiparabili a quelli di un mandatario, si sarebbe dovuto ritenere applicabile la disciplina del trust-autodichiarato, preferibilmente con prelievo in misura fissa; l'alternativa, che in verità mi sembrava ingenerare effetti fiscali ingiustificati rispetto allo scopo perseguito dalle parti, sarebbe stata quella di applicare l'imposta sulle donazioni, con l'aliquota dell'8% prevista per gli altri soggetti non legati dai vincoli di parentela rientranti nelle franchigie previste dal legislatore.

Inoltre, rilevavo che l'Agenzia non avesse chiarito l'impatto delle espressioni interpretative adottate nel testo della Circolare rispetto alla tassazione degli atti istitutivi degli altri vincoli di destinazione presenti nel ns. ordinamento, come il fondo patrimoniale, l'accettazione d'eredità con beneficio d'inventario ed i vincoli previsti dall'art.2645 ter c.c.,

che hanno sempre beneficiato dell'imposizione in misura fissa e che invece apparivano assoggettabili ad imposta sulle donazioni.

Infine, concludevo rappresentando che il chiarimento reso dall'Agenzia con la Circolare 48/e non fosse soddisfacente e che risultava dunque necessario un intervento legislativo tale da fugare ogni dubbio in merito alla tassazione dei trusts, considerato anche il sempre maggiore utilizzo degli stessi nella prassi quotidiana, ciò in quanto la Circolare 48/e non aveva apportato un significativo contributo per sanare i dubbi interpretativi generati dalla normativa vigente e di seguito elencati:

1. la mancanza di indicazioni in merito ai trusts in cui la qualifica di beneficiario è sottoposta a condizione, nei quali potrebbe ritenersi non operante la tassazione per trasparenza del beneficiario in quanto mancante il presupposto d'imposta fino al verificarsi della condizione;

2. il rischio che il regime introdotto determinasse ipotesi di doppia imposizione, come nel caso del trust che investe i propri beni per trarne un reddito e che attribuisce una rendita vitalizia ai beneficiari; in tal caso, infatti, il beneficiario è esposto al rischio di vedersi tassato due volte, sia sul reddito prodotto dal trust che sulla rendita vitalizia;

3. la stessa formulazione della norma, prevedendo che i redditi prodotti dal trust "in ogni caso" vadano imputati ai beneficiari, se individuati, lascia spazio ad un'interpretazione rigida della norma che vorrebbe la tassazione per trasparenza dei beneficiari quale ipotesi generalizzata e non derogatoria;

4. la tassazione dovrebbe essere imputata direttamente in capo al trust nel caso di trust con beneficiari "finali" individuati che però non percepiscono alcun reddito dal trust nel corso della sua esistenza, in quanto i redditi vengono attribuiti a finalità estranee ai beneficiari, come nel caso di finalità di beneficenza, o a favore di soggetti terzi non coincidenti con i beneficiari finali;

5. in relazione ai trust solutori, nel caso vengano trasferiti beni plusvalenti ad un trust affinché siano venduti a beneficio dei creditori, che assumono la veste di beneficiari individuati, dovrebbero essere questi ultimi a pagare le imposte sulla plusvalenza;

6. per quanto attiene i trust di accumulo, non prendendo la Circolare alcuna espressa posizione sul punto, stando alla regola generale della tassazione dei beneficiari nel caso di trust trasparenti, si dovrebbe propendere per l'applicazione di quest'ultima, anche se i beneficiari non percepiscono nel corso del trust alcun reddito, a meno che non si voglia equiparare l'ipotesi del trust di accumulo a quella dei trust con reddito accantonato di cui all'art.3 della circolare, nel qual caso si dovrebbe tassare direttamente il trust.

Proprio la tematica della tassazione dei redditi prodotti dal trust ha indotto la più autorevole dottrina in materia di trust¹ a ritenere da subito che con la Circolare 48/e del 2007 l'ordinario regime della tassazione dei redditi dei trust dovesse ritenersi quello del trust opaco e che la tassazione per trasparenza in capo ai beneficiari fosse un momento successivo ed accidentale, dipendente dalla circostanza che essi vengano identificati e che, conseguentemente, il reddito prodotto dalla gestione del trust dovesse considerarsi, in prima battuta, reddito del trust, attesa anche la definizione di "beneficiario" fornita dall'Agenzia nella detta Circolare come soggetto "titolare del diritto di pretendere dal trustee l'assegnazione di quella parte del reddito che gli viene imputata per trasparenza".

Lo stesso autore rilevava altresì che pur avendo la Circolare 48/e avuto il merito di risolvere una serie di casi che altrimenti sarebbero rimasti irrisolti, chiarendo in particolare sia che l'onere di determinare il reddito incombe sul trustee sia che tale operazione deve essere eseguita con riferimento alle norme applicabili alla singola tipologia di trust (commerciale o non, residente o non); tuttavia notava come fosse improvvida la qualificazione fornita dall'Agenzia dei redditi dei beneficiari quali "redditi di capitali" e la conseguente imputazione degli stessi ai beneficiari "indipendentemente dalla loro percezione, secondo il principio di competenza economica".

Notava inoltre l'autore, in relazione alla imposizione indiretta, che l'elemento di principale rilievo contenuto nella circolare doveva rinvenirsi nella scissione tra il momento impositivo e quello del trasferimento del fondo ai beneficiari, facendosi coincidere il primo con la costituzione del vincolo (ovvero con l'attribuzione al trustee) e non con la conseguente devoluzione ai beneficiari, che doveva considerarsi priva di rilevanza tributaria (tranne che per le imposte ipotecarie e catastali); da ciò si traeva come conseguenza, anche se non voluta dall'Agenzia, che in caso di mancata individuazione dei beneficiari finali, ab origine, nell'atto istitutivo del trust, la tassazione non poteva avere luogo in quanto la fattispecie impositiva non poteva ritenersi completata e si doveva pertanto rinviare al momento successivo della individuazione dei beneficiari, anche e soprattutto perché le franchigie e le aliquote applicabili dipendono, ai sensi e per gli effetti della neointrodotta imposta sulle donazioni e successioni, dal grado di parentela o affinità sussistente tra il settlor ed i beneficiari.

Rilevava infine l'autore che poiché l'atto dispositivo con il quale il settlor vincola i

¹ Lupoi M., "L'Agenzia delle Entrate e i principi sulla fiscalità dei trust", in *Trusts ed attività fiduciarie*, Ottobre 2007.

beni in trust è definito nella circolare come negozio a titolo gratuito, i criteri dettati dalla stessa in relazione alla tassazione indiretta dei trust liberali non potevano ritenersi applicabili anche ai *business trust* (trust di garanzia, trust finanziari, trust solutori ecc. ecc.), atteso che trattasi di fattispecie dalle quali esulano sia la liberalità che la gratuità.

Tuttavia, già poche settimane dopo, altri² differentemente evidenziavano come l'Agenzia delle Entrate, con la circolare 48/e, avesse effettivamente inteso individuare il momento impositivo nei "trust di scopo" (senza beneficiari individuati) con quello della costituzione del vincolo, con conseguente applicazione della aliquota piena dell'8%, richiedendo, invece, per l'applicabilità delle aliquote ridotte, che il requisito dell'individuazione dei beneficiari fosse integro già all'atto della costituzione del trust; rilevavano, altresì, che non potesse ipotizzarsi alcuna imposizione indiretta nel caso del trust auto-dichiarato ed opaco, non essendovi alcun trasferimento di contenuto patrimoniale dal disponente a terzi e verificandosi, altrimenti opinando, un chiara violazione del principio di capacità contributiva.

Poiché successivamente la Agenzia delle Entrate è ritornata ad esprimersi in più riprese sulla tassazione dei trusts rendendosi, evidentemente conto della opportunità di intervenire nuovamente in quanto la Circolare 48/e non poteva considerarsi esaustiva, si intende con il presente articolo andare ad esaminare la portata dei successivi interventi della Agenzia per verificare quali degli aspetti rimasti dubbi a seguito della Circ. 48/e si possano considerare definitivamente chiariti e quali siano invece ancora oggi le zone grigie della tassazione dei trusts, se ve ne sono ancora, nonostante la innegabile evoluzione che ha caratterizzato la stessa negli ultimi due anni.

In particolare, occorrerà nell'esposizione che segue fare riferimento alla Risoluzione A.E. 278/2007, alla Risoluzione A.E. 4/2008, alla Circolare 3/e del 22.1.08, alla Risoluzione A.E. 81/2008 ed alla Risoluzione A.E. 425/2008, che hanno meglio delineato i margini della attuale fiscalità dei trusts in relazione sia alla applicazione delle imposte dirette sui redditi prodotti dal trust, sia alla tassazione indiretta degli atti dispositivi a favore dei trusts, nonché degli atti di devoluzione del fondo ai beneficiari (siano essi individuati come nel caso del trust "trasparente" ovvero non ancora individuati come in quello del trust "opaco").

La Circolare 3/e del 22.1.08, della quale di seguito si parlerà, ha determinato, già all'indomani della sua pubblicazione, nelle cronache economiche e nei commenti

² Belluzzo L. e Vial E., "Trust discrezionali: imposizione in misura fissa per i beneficiari non individuati", in *Trusts ed attività fiduciarie*, n. 47/2007.

dottrinari un sussulto generalizzato di meraviglia mista ad indignazione.

L'Agenzia scendeva in campo, a gamba tesa, in danno degli interessi delle società fiduciarie, falciando conseguentemente anche i trusts ed introducendo una interpretazione quanto mai severa in merito all'imposizione indiretta ed in particolare alla applicazione della imposta sulle successioni e donazione ai negozi fiduciari ed ai trust, che ha indotto molti operatori, che si sentivano fiduciosi nella possibilità di incrementare il ricorso ai trusts anche a seguito di confortanti commenti alla precedente circolare 48/e, a mutare repentinamente opinione, sebbene già con la precedente Risoluzione 278/2007 le intenzioni della Agenzia potevano intuirsi, atteso che, in relazione al caso di un trust istituito per dare assistenza ad un soggetto disabile ed incapace, anticipava che, dovendosi considerare trust di scopo, il vincolo sui beni dovesse assoggettarsi all'aliquota massima prevista dalla neointrodotta imposta sulle successioni e donazioni³.

Con la circolare in questione l'Agenzia affermava, tra l'altro:

- che l'intestazione fiduciaria dovesse pagare l'imposta di donazione, equiparandosi il ricorso alla stessa alla creazione di un vincolo di destinazione;
- che alla stessa imposta fosse soggetto anche il trust auto dichiarato, o dove non c'è alcun incremento patrimoniale di un soggetto terzo che possa determinare l'applicazione dell'imposta di donazione;
- che dovessero scontare l'aliquota massima prevista per l'imposta sulle donazioni sia i trusts di scopo (appositamente senza beneficiari) che i trusts discrezionali ed opachi (con beneficiari individuabili dopo la costituzione), dove non può certo sostenersi che sia il trustee a godere di un incremento patrimoniale suscettibile di soddisfare il principio di capacità contributiva da porsi a base della eventuale tassazione, atteso che il patrimonio del trust rimane segregato da quello del trustee.

In effetti, si è rilevato immediatamente⁴ il ragionamento contraddittorio dell'Agenzia delle Entrate che, nel mentre esordiva sottolineando come un vincolo di destinazione vada tassato con imposta fissa e non proporzionale quando non vi è alcun trasferimento di diritti da un soggetto ad un altro, come nel caso del fondo patrimoniale non traslativo, tuttavia, arrivava contestualmente a dichiarare l'assoggettamento alla imposta sulle donazioni anche dei trusts auto-dichiarati, giungendo ad una conclusione

³ Fiorentino M., "Disciplina Fiscale del trust: imposte indirette ed adempimenti", in Diritto e Pratica delle Società, n. 7/2008;

⁴ Busani A., "Donazioni: fisco-choc sulle fiduciarie", in il Sole-24Ore del 23.1.08.

evidentemente opposta rispetto alla premessa, fondando il ragionamento sull'assunto, ad avviso di molti non convincente, che il trust si differenzi dagli altri vincoli di destinazione.

Le Entrate, in effetti, affermavano che l'unicità della causa già dichiarata in occasione della precedente Circolare 48/E/2007 (tale per cui il trust si sostanzia in un rapporto giuridico complesso con un'unica causa fiduciaria che caratterizza tutte le vicende ad esso riconducibili) comporti l'applicazione inevitabile dell'imposta sulle successioni e donazioni anche agli atti di segregazione dei beni in trust seppur in assenza di un formale trasferimento della proprietà dei beni.

Tale assunto, benché figlio del timore di un utilizzo elusivo del trust e della intenzione di ostacolare i negozi fiduciari che danno luogo a fenomeni abusivi di liberalità indiretta⁵, è stato subito stigmatizzato come inadeguato e contrario ai fondamentali principi dell'ordinamento tributario⁶ e da più parti ha determinato reazioni di sconcerto, oltre ad aver accentuato la critica per il modo unilaterale con il quale l'Agenzia usa rapportarsi con l'esterno, mediante documenti il cui obiettivo non è evidentemente soltanto quello di fornire indicazioni agli uffici periferici ma anche quello di assurgere al ruolo di chiarimenti ufficiali⁷.

Difronte a tali accuse, la stessa Agenzia ha ritenuto opportuno replicare a mezzo stampa per il tramite di un funzionario che, sul più importante quotidiano economico nazionale, tentò di spiegare che il contenuto della circolare 3/e fosse giustificato dalla scelta dell'Agenzia di attribuire rilievo alla segregazione dei beni quale effetto giuridico comune alle diverse tipologie di trust e dalla causa giuridica unitaria dell'istituto, oltre che dalla intenzione di aderire alla volontà legislativa di non ostacolare la diffusione dei trusts evitando ipotesi di doppia tassazione, prima al momento del conferimento dei beni e poi all'atto della loro retrocessione o devoluzione⁸.

Tuttavia, permane un'evidente disparità di trattamento tributario di situazioni analoghe, non essendo giustificabile che nella stessa categoria dei vincoli di destinazione vi siano trattamenti fiscali differenti, come nel caso del fondo patrimoniale non traslativo, tassato con imposta fissa, diversamente dai trusts auto dichiarato, colpito secondo l'Agenzia da tassazione proporzionale sol perché determinante a suo avviso una segregazione dei beni sia dal patrimonio del disponente che da quello del trustee (che

⁵ Manca M., "Intestazione fiduciaria e imposta sui vincoli di destinazione", in *Il fisco*, n.9/2008.

⁶ D'Imperio R., "Il trust paga come la donazione", in *il Sole-24Ore* del 25.2.08.

⁷ Siciliotti C., "Aprire con l'Agenzia un tavolo di confronto", in *il Sole-24Ore* del 25.2.08.

⁸ Cazzato A., "Trust, l'Agenzia tra due fiducie", in *il Sole-24Ore* del 15.3.08.

invece si spoglia definitivamente dei suoi beni).⁹

La contraddizione massima si raggiunge poi nel testo della stessa circolare 3/e allorquando si dichiara che la peculiarità del trust rispetto agli altri vincoli di destinazione non sia rilevante anche ai fini dell'applicazione delle imposte ipotecaria e catastale, che si ritengono dovute nel caso di trust auto dichiarato in misura fissa ed in misura proporzionale solo nel caso di atti ad effetto traslativo!¹⁰

Sulla imposizione diretta dei trusts l'Agenzia ha ritenuto di intervenire con la Risoluzione 4/2008 e successivamente con altro documento, la Risoluzione 81/E del 7.3.08.

Con la prima si chiariva, in relazione al quesito posto con riferimento ad un trust costituito per soddisfare la massa dei creditori di un concordato, che il reddito prodotto dal trust deve tassarsi secondo le regole previste per gli enti commerciali o non commerciali, come nel caso di specie, in funzione dell'oggetto esclusivo o prevalente dell'attività esercitata dal trust stesso¹¹.

Con la seconda l'Agenzia ha affrontato specificamente la problematica della tassazione applicabile al *trust misto*, che sfugge al rigido binomio previsto dalla Circolare 48/e tra *trust trasparente* e *trust opaco*, in quanto contiene elementi caratteristici dell'uno e dell'altro tipo, essendo una parte del reddito accantonato a beneficio del trust ed altra parte attribuita ai beneficiari a titolo di reddito di capitale imputabile agli stessi.

Chiarisce l'Agenzia che il reddito accantonato sarà tassato direttamente in capo al trust mentre il reddito attribuito ai beneficiari sarà imputato a questi ultimi, qualora ne ricorrano i presupposti, ovvero a condizione che gli stessi siano individuati e che essi risultino effettivamente titolari del diritto alla percezione dei redditi prodotti dalla gestione del trust.

Ne consegue che un trust di scopo non potrà essere un trust misto, in quanto non vi sono beneficiari individuati, e che tutti i redditi dello stesso saranno interamente da imputarsi al trust come autonomo soggetto passivo di imposta.¹²

Inoltre, nell'ipotesi in cui tra i beneficiari individuati vi sia lo stesso disponente, il reddito, secondo quanto chiarisce l'Agenzia, andrà tassato per trasparenza in capo a quest'ultimo, così come il reddito spettante ai beneficiari-eredi, dopo la morte del

⁹ Busani A., "Fisco asimmetrico sui beni destinati", in il Sole-24Ore del 17.3.08.

¹⁰ Mauro A., "I chiarimenti dell'Agenzia delle Entrate sulle imposte di successione e donazione", in Il fisco, n. 5/2008.

¹¹ Fiorentino M., "Disciplina fiscale del trust: le imposte dirette", in Diritto e Pratica delle Società, n.6/2008.

¹² Mauro A., "Qualificazione del trust ai fini delle imposte sui redditi", in Il fisco, n. 11/2008.

disponente, andrà tassato per trasparenza in capo a costoro.¹³

L'Agenzia è altresì intervenuta a chiarire alcuni aspetti attinenti la tassazione dei redditi prodotti dal *trust opaco* con la Risoluzione n. 425 del 6 novembre 2008.

Con tale ultimo documento, l'Agenzia delle Entrate afferma che in caso di *trust discrezionale* la facoltà rimessa al trustee di disporre sulle modalità di erogazione del reddito dei beneficiari rende il trust non trasparente bensì opaco, con la conseguenza che i redditi andranno tassati non in capo ai beneficiari ma in capo al trust stesso; pertanto, affinché vi sia tassazione per trasparenza, è necessario che i beneficiari possano pretendere automaticamente l'attribuzione del reddito del trust senza margini di discrezionalità in capo al trustee né in merito alla individuazione dei beneficiari né in merito alle modalità di distribuzione.

Viene altresì chiarito nella detta risoluzione che il mantenimento del reddito in capo al trust a titolo di "fondo del trust" per un periodo eccessivo senza distribuzione a favore dei beneficiari rende questi ultimi non già beneficiari di reddito individuato ma beneficiari di una distribuzione patrimoniale, per cui la tassazione per trasparenza risulterebbe preclusa ed il reddito andrebbe tassato in capo al trust e soggetto ad Ires.¹⁴

Alla luce di quanto esposto, occorre verificare se gli aspetti evidenziati nei precedenti punti da 1 a 6, relativi a casi irrisolti dalla circolare 48/e, possano considerarsi definiti in forza dei recenti interventi della Agenzia.

Direi immediatamente che la risposta al quesito deve essere positiva, anche se forse le soluzioni offerte dalla Agenzia non sono quelle che gli operatori avrebbero gradito.

In relazione alla questione di cui al precedente punto 1, relativa ai trusts in cui la individuazione del beneficiario è *sub condicio*, propenderei per ritenere applicabile la tassazione dei redditi direttamente in capo al trust, potendosi assimilare l'ipotesi a mio avviso a quella del trust opaco; in merito al caso posto al precedente punto 2, afferente il pericolo di doppia imposizione nell'ipotesi parziale accantonamento dei redditi prodotti e distribuzione di rendita vitalizia per il residuo, direi che il caso è assimilabile a quello del

¹³ Busani A., "Trust misto, Fisco sdoppiato", in il Sole-24Ore dell'8.3.08.

¹⁴ Busani A., "L'opzione rende il trust opaco", in il Sole-24Ore del 7.11.08.

trust misto, per cui sicuramente non potrà tassarsi due volte lo stesso reddito ma il trustee sarà tenuto a pagare le imposte dovute dal trust per la parte di reddito che rimane in capo ad esso e per la restante parte destinata a rendita vitalizia i beneficiari andranno tassati per trasparenza; quanto al dubbio di cui al precedente punto 3, considererei a questo punto infondata l'interpretazione che vuole la tassazione per trasparenza come regime basilare, anzi mi sembrerebbe vero il contrario; passando all'ipotesi di cui al punto 4, in forza dei chiarimenti resi anche con la risoluzione 278/2007, appare evidente che in tale caso la tassazione è da effettuarsi direttamente in capo al trust atteso che i beneficiari non sono titolari di un diritto attuale a pretendere una attribuzione dal trustee ed il trust è da considerarsi trust di scopo; con riferimento ai trust solutori (punto 5), la risoluzione 4/2008 risulta utile nell'identificare che il reddito prodotto andrà tassato in capo al trust come ente non commerciale; infine, riguardo al caso dei trust di accumulo, a seguito dei documenti prodotti dalla Agenzia, mi sembra doversi concludere per la tassazione diretta del trust.

Pertanto, considerati i chiarimenti forniti nel corso dell'ultimo anno dalle Entrate, mi sembra potersi dire che molti dei dubbi sollevati dalla dottrina e dagli operatori possano considerarsi fugati, certamente però con soluzioni che non faciliteranno il ricorso ai trust in quanto basate su interpretazioni eccessivamente penalizzanti e severe, come si è avuto modo di constatare.

Vale solo la pena di rilevare, in conclusione, che ancora appaiono esservi margini tali da far ben sperare che l'accanimento fiscale risparmi i *business trust*, sui quali l'attenzione dell'Agenzia non si è ancora focalizzata, come si è visto dal fatto che praticamente i documenti sopra descritti non hanno specificamente ad oggetto tale tipologia di trust; un orientamento favorevole a questi tipi di trusts, permetterebbe di diffonderne l'utilizzo negli affari finanziari e societari anche in Italia, consentendo alla prassi del nostro paese di conformarsi a quella degli altri paesi anche europei, sdoganando definitivamente l'istituto in questione.

I profili fiscali del trasferimento in Italia della sede di una società estera

di Carlo Magri

Il legislatore non ha disciplinato espressamente la fattispecie del trasferimento in Italia della sede di una società straniera, avendo esclusivamente disciplinato, invece, la fattispecie speculare a quella in esame, relativa all'ipotesi del trasferimento all'estero della residenza di soggetti che esercitano imprese commerciali disciplinata con il meccanismo dell'*exit tax* (art.166 TUIR).

Il problema principale discendente dall'ipotesi in questione è quello relativo al valore fiscale da attribuire alle partecipazioni comprese nel patrimonio della società al momento del trasferimento della sede legale in Italia, anche in considerazione del fatto che il nostro ordinamento non prevede alcuna imposizione all'atto di ingresso della società estera.

A tale proposito si confrontano due tesi principali che fanno capo all'adozione di due distinti criteri di valutazione del valore fiscale dei beni della società trasferenda: il criterio del "costo storico" ed il criterio del "valore corrente" al momento del trasferimento nel territorio nazionale.

Il criterio del costo storico sarebbe utilizzabile nelle ipotesi, come quella del trasferimento di sede, caratterizzate dall'assenza di atti di natura traslativa dei beni da valutare e dall'esigenza di garantire la continuità dei valori fiscalmente riconosciuti.

Il criterio del valore corrente, invece, sarebbe più idoneo a rappresentare situazioni di discontinuità giuridico-tributaria e di fuoriuscita di beni dal patrimonio del soggetto passivo d'imposta, nonché ad evitare fenomeni di doppia imposizione nel caso in cui nello Stato estero fosse prevista la tassazione dei plusvalori latenti fino al momento del trasferimento.

L'Agenzia delle Entrate, con la Risoluzione in esame, la quale esaminava il caso del trasferimento in Italia della sede legale di una holding lussemburghese costituita ai sensi del decreto granducale del 17 dicembre 1938, ha confermato la sussistenza dei suddetti criteri. Infatti, relativamente al valore da attribuire ai beni ricompresi nel patrimonio della società, l'Amministrazione Finanziaria, ricordando che le soluzioni

prospettabili alternativamente sono sostanzialmente quella del costo storico e quella del valore corrente, ha affermato che “il criterio del costo storico, alla base degli ordinari principi di determinazione del reddito di impresa, può essere utilizzato nelle ipotesi caratterizzate dall’assenza di atti di natura traslativa dei beni da valutare e dall’esigenza di garantire la continuità dei valori fiscalmente riconosciuti”, mentre “il criterio dei valori correnti è ritenuto più idoneo a rappresentare situazioni di discontinuità giuridico-tributaria e di fuoriuscita di beni dal patrimonio del soggetto passivo d’imposta, nonché ad evitare fenomeni di doppia imposizione nel caso in cui nello Stato estero fosse prevista la tassazione dei plusvalori latenti fino al momento del trasferimento (cd. Exit taxation)”.

Pertanto, quando come nel caso esaminato dall’Amministrazione Finanziaria, il trasferimento avvenga in regime di continuità giuridico-civile senza atti traslativi nei confronti di altri soggetti e senza tassazione delle plusvalenze latenti nel Paese di origine, i valori fiscali dei beni devono coincidere con quelli basati sul criterio del costo d’acquisto sostenuto dall’impresa.

Con la Risoluzione in esame l’Agenzia delle Entrate ha fornito un ulteriore importante chiarimento in merito ai problemi interpretativi che si sono spesso posti con riguardo al caso del trasferimento di sede legale più volte oggetto di studio da parte della dottrina, a causa dell’assenza in ambito sia comunitario che nazionale di norme volte alla regolamentazione di tale fenomeno.

A tale proposito occorre ricordare che già con la Risoluzione n. 67/E del 30 marzo 2007, l’Agenzia delle Entrate si era pronunciata su tale argomento affermando che il principio per cui i valori da attribuire ai beni in “ingresso” devono ritenersi quelli correnti, è principio generale da preferirsi a quello alternativo basato sui valori storici, in quanto “il più idoneo a salvaguardare il diritto al prelievo dello Stato nel quale si è avuto l’effettivo incremento di valore delle partecipazioni, ma anche il più efficace al fine di evitare sia fenomeni di doppia imposizione che salti d’imposta.

L’agenzia, quindi, ha affermato che il criterio dei valori correnti non è l’unico applicabile e che quello del costo storico è utilizzabile qualora i plusvalori latenti non siano tassabili nel Paese di origine.

Tale impostazione appare, inoltre, in linea con le indicazioni della Commissione Europea, che, nella Comunicazione Com (2006) n. 825 del 19 dicembre 2006, ha rilevato che si potrebbero comunque verificare arbitraggi fiscali finalizzati ad assoggettare a

imposizione le plusvalenze negli Stati con aliquote più basse.

In entrambe le risoluzioni l'assunzione dei beni ai valori correnti risulterebbe condizionata dal pagamento di una exit tax nel paese di origine.

Tuttavia, l'identificazione della sussistenza di exit taxes nell'ordinamento dello Stato di partenza quale condizione necessaria per l'assunzione dei beni in ingresso sulla base dei valori correnti non appare del tutto convincente.

Infatti, in primo luogo appare criticabile il sillogismo exit tax-operazione traslativa e viceversa, in quanto il carattere traslativo dell'operazione è una qualificazione dell'operazione che discende dalla sua natura e che perciò si può escludere per quelle operazioni come il trasferimento extraterritoriale di sede che si svolgono su un piano intersoggettivo; in secondo luogo, l'esistenza di una exit tax estera non può addursi quale criterio soddisfacente tutte le volte in cui alla previsione generica non si accompagna un effettivo pagamento.

A ciò aggiungasi che il soddisfacimento del principio di simmetria richiede che, almeno nel caso di soggetti che svolgono attività di impresa commerciale, vengano tassate unicamente le plusvalenze generatesi nel periodo durante il quale il soggetto ha stabilito la propria residenza in Italia, e non anche quelle generatesi prima, sulle quali sarà lo Stato di provenienza ad esercitare la propria potestà impositiva.

Come precisato, la necessità di assumere il valore corrente quale valutazione dei beni aziendali "in entrata" nel circuito fiscale italiano, non può prescindere dalla applicazione di corretti principi contabili.

Anche prima dell'entrata in vigore della legge 244/2007 ci si era chiesti se fosse possibile, in occasione del trasferimento, rivalutare i beni trasferiti, oltre che dal punto di vista fiscale, anche dal punto di vista contabile.

A tal proposito occorre precisare che se, prima, l'analisi delle due questioni era stata condotta sul presupposto che i risultati raggiunti in un settore non necessariamente fossero vincolanti anche nell'altro, oggi, invece, la tendenza manifestata nella legge finanziaria 2008 a considerare coincidenti i valori fiscali e quelli contabili, impone alla tesi che assegna rilevanza fiscale ai valori correnti dei beni appartenenti alla società trasferita, di tenere adeguatamente conto anche degli aspetti contabili di tale operazione.

Secondo l'orientamento dominante il trasferimento dei beni, non comportando alcuna soluzione di continuità nella vita dell'ente, non giustificherebbe alcuna

discontinuità tra i valori contabili attribuiti ad uno stesso cespite prima e dopo il trasferimento medesimo.

Pertanto, solo laddove si fosse in presenza di una vera e propria estinzione del soggetto che effettua il trasferimento, seguita dalla sua ricostituzione in territorio italiano, sarebbe ammessa l'assunzione, anche a fini contabili, del valore corrente dei beni.

Tuttavia non può non tenersi conto del fatto che, in realtà, la tesi secondo cui la possibilità di operare una rivalutazione contabile dei beni sarebbe condizionata dalla sussistenza di un fenomeno "realizzativo", appare contraddetta in alcune ipotesi nelle quali, nonostante non si dia luogo ad alcuna vicenda traslativa, è comunque ammessa la possibilità di adeguare i valori contabili a quelli correnti.

Si pensi, ad esempio, alla trasformazione di cui all'articolo 2500 ter del codice civile. Secondo il più consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale tale operazione si configura come operazione "neutra" sia dal punto di vista strettamente civilistico sia dal punto di vista fiscale.

Tuttavia, in tal caso, è lo stesso codice civile a prescrivere, sebbene per la sola ipotesi di trasformazione di una società di persone in una società di capitali, la necessaria redazione di una perizia di stima dei valori attuali dei beni aziendali al fine della esatta determinazione del capitale sociale.

Quindi, nella suddetta ipotesi, è la stessa prassi contabile a ravvisare l'opportunità di adeguare i valori contabili a quelli "reali" risultanti dalla perizia di stima.

Sembrerebbe opportuno, quindi, stante l'analogia tra la trasformazione ed il trasferimento della sede sociale, seguire la prassi contabile che vede la necessità di redigere una perizia di stima volta ad accertare il valore corrente dei beni aziendali della società trasferenda.

Ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro il trasferimento della sede sociale in Italia è previsto dall'articolo 4 del D.P.R. n. 131/1986, il quale esplicitamente prevede che il trasferimento della sede sociale nello Stato deve essere oggetto di registrazione nelle seguenti ipotesi:

- nel caso in cui lo Stato di provenienza sia extracomunitario, qualora né la sede legale né quella amministrativa, si trovino nell'Unione europea;
- nel caso in cui lo Stato di provenienza sia comunitario, ma nel suddetto Stato non sia stata assolta l'imposta sui conferimenti di cui alla direttiva CEE n. 335/1969,

oppure nel caso in cui sia trasferita la sede legale mentre la sede amministrativa sia in territorio extracomunitario.

Da quanto sopra specificato si evince che il principio generale è quello di tassare le operazioni societarie nel solo Stato membro in cui la società ha la sede effettiva nel momento in cui viene effettuata l'operazione, così da garantire un'unica imposizione sui conferimenti.

Per quanto riguarda, invece, l'applicazione delle imposte ipotecarie e catastali occorre rilevare che il possesso da parte della società di beni immobili non dovrebbe avere conseguenze rilevanti ai fini dell'applicazione delle imposte medesime.

Infatti, l'articolo 10, comma 2, d.lgs. n. 347/1990, dispone che l'imposta catastale è dovuta in misura fissa, tra l'altro, per le volture eseguite in dipendenza di atti che non importano trasferimento di beni immobili né costituzione o trasferimento di diritti immobiliari e nelle ipotesi di fusioni scissioni di società di qualunque tipo.

Nel caso in esame non vi è alcun trasferimento di beni immobili né la costituzione o il trasferimento di alcun diritto sui medesimi.

Pertanto, non vi sarà soluzione di continuità nella titolarità del diritto in capo alla società, ed il pagamento dell'imposta catastale avverrà in misura fissa, come nelle ipotesi di trasformazione, fusione e scissione, anch'esse assoggettate ad imposta fissa, e solo quando nel patrimonio della società trasferita vi siano beni immobili situati in Italia.

Più specificamente, il caso sottoposto all'esame dell'Amministrazione Finanziaria

Aveva ad oggetto il seguente quesito: "La società ALFA SA è una società anonima di diritto lussemburghese che è stata costituita con la qualifica di "*holding del 1929*" ai sensi della locale legge 31 luglio 1929. A seguito di un provvedimento amministrativo emesso dalla "*Direction de l'Enregistrement et des Domaines*" lussemburghese, la stessa società è stata ammessa a beneficiare del regime fiscale denominato "*régime milliardaire*", regolato dal Decreto granducale del 17 dicembre 1938.

Nel 2006, l'assemblea straordinaria della ALFA SA ha deciso, tra l'altro, di trasferire, in regime di continuità, la propria sede legale dal Granducato di Lussemburgo all'Italia e di cambiare la propria denominazione sociale in ALFA Spa. La stessa assemblea ha condizionato l'efficacia della delibera all'iscrizione della società nel Registro delle imprese italiano.

La successiva assemblea straordinaria della ALFA SA, nel confermare le

precedenti decisioni, ha approvato il nuovo statuto sociale ed ha stabilito di chiudere il primo esercizio, successivo al trasferimento, in data 31 dicembre 2007.

A fine 2006, la società ALFA Spa si è iscritta nel Registro delle imprese di

Tenuto conto della situazione precedente, l'istante chiede di conoscere:

- il corretto valore fiscale da attribuire alle partecipazioni in società quotate alla Borsa valori italiana, tenendo presente che il trasferimento non ha comportato la determinazione o la tassazione di plusvalenze latenti in Lussemburgo;

- il corretto regime fiscale da attribuire alle cessioni di partecipazioni già avvenute a seguito del trasferimento;

- la possibilità di riporto a nuovo delle perdite realizzate in Lussemburgo;

- la possibilità di considerare le eventuali perdite che la società potrebbe realizzare nei primi tre esercizi successivi al trasferimento rientranti nella disciplina dell'articolo 84, comma 2, del TUIR".

Secondo la soluzione prospettata dal contribuente, la società istante ritiene di rientrare tra i soggetti che possono beneficiare del regime fiscale agevolativo previsto dall'articolo 87 del TUIR (c.d. *participation exemption*) per la tassazione delle plusvalenze ottenute dalla vendita di partecipazioni societarie in regime d'impresa.

In particolare, in relazione ai requisiti necessari per l'applicazione del predetto regime, l'istante sostiene che il calcolo della durata del possesso delle partecipazioni [ai fini della verifica del *minimum holding period* di cui al comma 1, lett. a), di tale ultima disposizione] debba tener conto anche del periodo maturato in Lussemburgo prima del trasferimento della sede legale in Italia.

In merito al valore fiscale da attribuire alle partecipazioni detenute, l'istante ritiene di dover valutare, per ragioni di coerenza con il principio di libertà di stabilimento sancito dall'articolo 48 del Trattato UE, le partecipazioni detenute al valore contabile.

Inoltre, per il trattamento delle perdite maturate nel periodo antecedente il trasferimento, la ALFA Spa intende avvalersi della disciplina generale del riporto delle perdite fiscali prevista dall'articolo 84 del TUIR e, per le eventuali perdite che matureranno nei primi tre esercizi successivi al trasferimento, della disciplina prevista dall'articolo 84, comma 2, del TUIR.

In risposta a tale soluzione l'Agenzia delle Entrate, in via preliminare, osserva che le società *holding* di diritto lussemburghese godono di una serie di vantaggi fiscali in virtù

della legge 31 luglio 1929. Tra cui l'esclusione da qualsiasi forma di imposizione diretta sul reddito prodotto.

Nel corso degli anni, la legislazione lussemburghese ha previsto la possibilità di costituire ulteriori forme di *holding* del 1929, tra cui quelle c.d. "miliardarie", previste dal decreto granducale 17 dicembre 1938, che sono delle *holding* caratterizzate da un capitale sociale particolarmente elevato. Il riconoscimento della qualifica di "*holding* miliardaria" consente di ottenere degli ulteriori vantaggi fiscali, aggiuntivi rispetto a quelli riconosciuti alle "*holding del 1929*".

In particolare *"tra le holding 1929 esenti esiste una forma specifica di holding, la cosiddetta «holding miliardaria esente». Questo tipo di holding può essere costituita sia mediante conferimento di azioni di società straniere sia portando il*

capitale sociale versato e le riserve ad un importo pari ad almeno 24 milioni di EUR (1 miliardo di LUF). Le holding miliardarie esenti possono scegliere un regime fiscale nel quadro del quale la tassa di registrazione è sostituita da un'imposta denominata «imposta sul reddito». Conformemente al decreto granducale del 1937 sulle holding miliardarie esenti, questa imposta sul reddito è applicata sugli interessi versati ai titolari di obbligazioni e di titoli, sui dividendi versati agli azionisti e sugli onorari pagati ai dirigenti, ai revisori dei conti ed ai liquidatori di tali società" (cfr. paragrafo 30 della Decisione della Commissione Europea del 19 luglio 2006, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea del 21 dicembre 2006).

In altri termini, le holding miliardarie sono delle holding del '29, che al ricorrere dei citati requisiti, possono optare per un regime fiscale più favorevole rispetto a quello normalmente riservato alla holding del '29.

Per effetto del predetto trattamento fiscale particolarmente favorevole, le *holding* lussemburghesi - comprese quelle miliardarie - sono escluse sia dall'applicazione delle direttive 90/435/CEE (c.d. "madre-figlia") e 2003/49/ CE (c.d. "interessi e canoni"), sia dall'applicazione della vigente convenzione contro le doppie imposizioni tra l'Italia ed il Lussemburgo.

Secondo l'Agenzia delle Entrate, quindi, si ritiene che l'inclusione del Lussemburgo nella *black list* (di cui al D.M. 21 novembre 2001) rilevante ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui agli articoli 167 e 168 del TUIR debba riferirsi a tutte le forme di *holding* lussemburghesi del 1929 anche se costituite ai sensi di un

decreto emesso successivamente al 1929. Peraltro, come chiarito da ultimo nella risoluzione 11 ottobre 2007 n. 288/E, l'eventuale diversa tassazione, determinata su base opzionale, non incide sulla natura della società estera: questa deve essere considerata residente in uno Stato a fiscalità privilegiata anche qualora l'esclusione derivi da una determinazione volontaria del contribuente (opzione) e non dal mancato rispetto dei requisiti previsti dalla legislazione locale.

Un'interpretazione restrittiva dell'ambito soggettivo di applicazione della menzionata *black list*, limitata soltanto alla *holding* "ordinaria", sarebbe poco comprensibile, in quanto escluderebbe dai regimi fiscali privilegiati quelle particolari forme di *holding*, quali le *holding* miliardarie, che costituiscono una mera "variante" delle *holding* del 1929 (cfr. anche documento della Commissione europea C 3/2006, paragrafi da 27 a 35, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea C 78/2 del 31 marzo 2006).

Secondo l'Amministrazione Finanziaria, con riferimento al momento di efficacia del trasferimento della residenza ai fini fiscali da parte della società ALFA SA, occorre, innanzitutto, rilevare che esula dalle competenze esercitabili dalla scrivente in sede di interpello, ogni valutazione sulla sussistenza o meno della residenza fiscale in Italia. Infatti, come chiarito nella risoluzione 12 agosto 2005, n. 123/E, *"tale requisito deve essere valutato sulla base di un'indagine di fatto, di competenza degli organi verificatori"*.

In base agli articoli 73, comma 3, e 76, comma 2, del TUIR, si considera residente la società che ha nel territorio dello Stato la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale dell'attività per la maggior parte del periodo d'imposta, costituito, quest'ultimo, dall'esercizio o periodo di gestione della società o dell'ente così come determinato dalla legge o dall'atto costitutivo. Se la durata dell'esercizio o periodo di gestione non è determinata dalla legge o dall'atto costitutivo, o è determinata in due o più anni, il periodo d'imposta è costituito dall'anno solare.

Al riguardo, la risoluzione 17 gennaio 2006, n. 9/E ha chiarito, tra l'altro, che *"qualora il trasferimento in Italia avvenga in condizioni di continuità giuridica, il periodo d'imposta, costituito dall'esercizio sociale, non si interrompe. Pertanto, in applicazione dell'articolo 73, comma 3, del TUIR, l'ente risulterà residente in Italia per l'intero esercizio se il trasferimento di sede si è perfezionato prima che sia decorso un numero di giorni inferiore alla metà del periodo d'imposta"*. In altri termini, il regime di continuità giuridica

del trasferimento di sede di una società dall'estero implica anche la continuità degli esercizi sociali.

La società in esame, pertanto, deve considerarsi residente in Italia sin dall'inizio dell'esercizio sociale – e, quindi, anche nel periodo antecedente l'iscrizione nel Registro delle imprese – qualora abbia la sede legale, la sede di amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato per la maggior parte del periodo d'imposta.

In merito alla possibilità di usufruire del regime di esenzione delle plusvalenze da realizzo di partecipazioni societarie di cui all'articolo 87 del TUIR, qualora, successivamente al trasferimento della sede legale in Italia, la società ALFA Spa ceda alcune delle partecipazioni da essa detenute, l'Amministrazione Finanziaria fa presente che l'ordinamento tributario italiano dispone l'esenzione sulle plusvalenze realizzate relative a partecipazioni in società con o senza personalità giuridica, sia residenti che non residenti, al verificarsi delle specifiche condizioni previste dal citato articolo 87.

Posto che i requisiti di cui alle lett. *c)* e *d)* della norma in commento attengono alla società partecipata di cui la società istante detiene la partecipazione (c.d. *requisiti oggettivi*), la società istante per poter applicare il regime della "*participation exemption*" dovrà possedere, *in primis*, i c.d. requisiti soggettivi di cui alle lett. *a)* e *b)* dell'articolo 87 oltre che risultare residente in Italia nel periodo di imposta in cui realizza la cessione della partecipazione societaria.

Con riferimento al requisito soggettivo di cui alla lett. *a)* dell'art. 87 del TUIR, esso va verificato tenendo conto anche del periodo in cui le partecipazioni sono state detenute dalla ALFA SA. La ricorrenza nel caso di specie del requisito dell'*"ininterrotto possesso dal primo giorno del dodicesimo mese precedente quello dell'avvenuta cessione considerando cedute per prime le azioni o quote acquisite in data più recente"* appare, in tal caso, confermata dalla circostanza che la fattispecie in esame non dà luogo allo scioglimento (in Lussemburgo) e successiva ricostituzione della società in Italia, ma, piuttosto, presenta profili di continuità giuridica idonei ad assicurare la relativa continuità del periodo di possesso.

Per quanto riguarda, invece, il requisito soggettivo di cui alla lett. *b)* dell'articolo 87 del TUIR, cioè la "*classificazione nella categoria delle immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso*", tale condizione si ritiene soddisfatta solo nel caso in cui le partecipazioni risultino iscritte come tali in un bilancio redatto in

conformità alla legislazione italiana, e comunque nel rispetto degli schemi e principi previsti dalla IV direttiva 78/660/CEE del 25 luglio 1978 o, in alternativa, nel rispetto dei principi contabili internazionali di cui al regolamento (CE) n. 1606/2002.

A tale scopo, quindi, dovrebbe dimostrarsi, con certezza e precisione, che le partecipazioni oggetto di cessione risultano iscritte nella categoria delle immobilizzazioni finanziarie nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso.

Al riguardo, si ritiene che, qualora ne ricorrano le condizioni, possa trovare applicazione, anche al caso in esame, la disposizione transitoria di cui all'articolo 4, comma 1, lettera g), del D.Lgs. 344/2003, per effetto della quale il menzionato requisito del periodo minimo di possesso va verificato *"nel bilancio relativo al secondo periodo d'imposta precedente a quello cui si applicano per la prima volta le disposizioni del testo unico (così come modificato dal menzionato D.Lgs. n. 344, n.d.r.)"*.

Ciò in considerazione del fatto che il primo periodo d'imposta in cui la società si qualifica come soggetto residente rappresenta, a ben vedere, *"..il primo periodo d'imposta cui si applicano le disposizioni del citato testo unico.."*.

Per quanto concerne, invece, il valore fiscale da attribuire alle partecipazioni comprese nel patrimonio della società al momento del trasferimento della sede legale in Italia, considerato che il nostro ordinamento non prevede alcuna imposizione all'atto di ingresso della società estera, le soluzioni prospettabili alternativamente sono sostanzialmente due: quella del costo storico e quella del valore corrente al momento del trasferimento nel territorio nazionale.

Il criterio del costo storico, alla base degli ordinari principi di determinazione del reddito d'impresa, può essere utilizzato nelle ipotesi, come quella del trasferimento di sede, caratterizzate dall'assenza di atti di natura traslativa dei beni da valutare e dall'esigenza di garantire anche la continuità dei valori fiscalmente riconosciuti. Il criterio dei valori correnti, invece, è ritenuto più idoneo a rappresentare situazioni di discontinuità giuridico-tributaria e di fuoriuscita di beni dal patrimonio del soggetto passivo d'imposta, nonché di evitare fenomeni di doppia tassazione nel caso in cui nello Stato estero fosse prevista la tassazione dei plusvalori latenti fino al momento del trasferimento (c.d. *exit taxation*).

Tenuto conto che, nel caso di specie, secondo quanto affermato dall'istante, il trasferimento in esame è avvenuto in regime di continuità giuridico-civile senza atti

traslativi nei confronti di altri soggetti e senza la tassazione delle plusvalenze latenti nel Paese di origine, l'Amministrazione Finanziaria ritiene che i valori fiscali delle partecipazioni appartenenti al patrimonio della società ALFA SA debbano coincidere con quelli basati sul criterio del costo d'acquisto sostenuto dall'impresa.

Come sopra illustrato, la ALFA SA era, prima del trasferimento della sede in Italia, una società localizzata in un Paese a fiscalità privilegiata, per cui le perdite maturate nel corso degli esercizi fiscali potevano essere compensate soltanto con i futuri redditi della stessa società (imputati per trasparenza al controllante residente proporzionalmente alla partecipazione dallo stesso detenuta) ai sensi dell'articolo 167 del TUIR.

Infatti, il soggetto residente che controlla la CFC potrà utilizzare le perdite di quest'ultima soltanto per abbattere i redditi a tassazione separata della medesima entità e non ai fini della determinazione del proprio reddito complessivo da sottoporre a tassazione ordinaria (articolo 2, comma 1, del DM 21 novembre 2001, n. 429). 9

Conseguentemente, le perdite maturate in Lussemburgo non potranno essere portate in deduzione dai futuri redditi eventualmente conseguiti in Italia dalla società ALFA Spa.

Infine, per quanto riguarda le perdite che eventualmente matureranno nei primi tre periodi d'imposta di residenza in Italia, si osserva che l'articolo 84, comma 2, del TUIR consente di riportare illimitatamente le perdite fiscali a condizione che siano realizzate nei primi tre periodi d'imposta decorrenti dalla data di costituzione della società, e che si riferiscano ad un'attività produttiva nuova.

Come da conforme parere del Dipartimento finanze del Ministero dell'Economia e delle Finanze, nel caso in specie appare carente, in primo luogo, la condizione relativa alla data di costituzione.

Va, infatti, osservato che il trasferimento in Italia è avvenuto in regime di continuità societaria e, quindi, non si può ritenere che la data di costituzione cui fare riferimento agli effetti dell'applicazione del citato articolo 84, comma 2, del TUIR sia quella del trasferimento in Italia.

Nella fattispecie, infatti, non si può parlare di costituzione nel nostro Paese in quanto, come peraltro evidenziato dalla stessa società istante, il trasferimento è avvenuto in regime di continuità giuridica.

Va da sé che in assenza della prima condizione richiesta dall'articolo 84, comma

2, del TUIR per il riporto illimitato delle perdite, si ritiene superfluo verificare la sussistenza o meno della seconda condizione relativa all'esercizio di un nuova attività produttiva.

Ciò posto, si ritiene che le perdite eventualmente realizzate dalla società istante nei primi tre periodi d'imposta di residenza in Italia non potranno ricadere nella previsione dell'articolo 84, comma 2, del TUIR, che ne consente il riporto illimitato nel tempo.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

- FICARI V., *Trasferimento della sede all' estero, continuità della destinazione imprenditoriale e contrarietà al trattato CE dell' "exit tax" sulle plusvalenze latenti*, in *Rass. Trib.*, 2004, 2140.
- P. de CAPITANI di VIMERCATE, *The ECJ rules on exit taxes and fundamental freedoms: some thoughts on the perspectives for the tax treatment on the transfer of residence within the European Union*, in *Dir. Prat. Trib. Int.* 2004, 1139.
- MELIS G., *Profili sistematici del trasferimento della residenza fiscale delle società*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2004, 13.
- GALLIO F., FURLAN S., STEVANATO D., LUPI R., *Trasferimento della residenza, exit tax e valorizzazione dei beni nell'ordinamento di arrivo*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2007, 575.
- P. de CAPITANI di VIMERCATE, *Brevi note in tema di trasferimento di residenza ed entrata di beni nella sfera impositiva italiana*, *Dir. Prat. Trib.*, 2008, II, 36.
- RIGHINI A., *Il trasferimento di sede all'estero. Valore fiscale dei beni trasferiti ed iscrizione nel registro delle imprese*, in *Il Fisco*, 2008, 1551 ss. .
- MELIS G., *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi*, Roma, 2008, 587-588.
- MICCINESI M., *Le plusvalenze d'impresa*, Milano, 1993, 151.
- FIORELLI A. – SANTI A., *L'individuazione del valore fiscalmente riconosciuto per il patrimonio estero dell'impresa trasferito in Italia*, in *Rass. Trib.*, 1997, 668.
- ZIZZO G., *L'imposta sul reddito delle società*, in FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario*, parte speciale, Milano, 2005, 541.
- CRISTOFORI, *Il trasferimento di sede in Italia di società di diritto comunitario*, in "Contabilità, finanza e controllo", 2003, 597.
- FURLAN, *Il trasferimento della sede (e della residenza fiscale) in Italia di società di diritto comunitario: profili civilistici, contabili e fiscali*, in *Il Fisco*, 2006, 3264.
- GALLIO F., TERRIN G., *Alcune problematiche di carattere contabile e fiscale che potrebbero sorgere a seguito del trasferimento in Italia della sede di una società*, in *IL Fisco*, 2003, 3943.

Tutela dell'ambiente tra stato e sistema delle autonomie territoriali

di Massimo Mandara

1. L'«ambiente» nella Costituzione italiana del '47. – 1.1. Segue: L'emersione di una organica legislazione di "settore" in materia «ambientale» tra ordinamento "interno" e "comunitario". – 2. Articolazione e riparto delle "funzioni legislative" ed "amministrative" tra Stato e Regioni sull'«ambiente» dalla Costituzione del '47 alla riforma delle autonomie territoriali negli anni '90. 2.1. Segue: Articolazione e riparto delle "funzioni legislative" ed "amministrative" tra Stato e Regioni dalla riforma delle autonomie territoriali del '90 alla novella del Titolo V, Parte II della Costituzione nel 2001, sulle materie «tutela dell'ambiente» e «governo del territorio». – 3. «Governo del territorio» e «tutela dell'ambiente» come "materia" con portata "trasversale" od "orizzontale".

1. L'«ambiente» nella Costituzione italiana del '47.

Con la disamina *funditus* della disciplina in tema di «ambiente» devono analizzarsi, *in primis*, le ragioni proprio della mancanza di un esplicito riferimento a tale nozione nel disegno originario della Costituzione del '47.

Ebbene, tali ragioni possono interpretarsi ermeneuticamente secondo due alternativi piani di valutazione, sulla base della questione pregiudiziale se questa mancanza fosse di ordine puramente formale o invece anche di ordine sostanziale.

La eventuale risoluzione di questa questione nel primo senso (*id est*, come mancanza nella carta del 1947, non già di alcun riferimento esplicito all'ambiente, ma esclusivamente di una considerazione strutturalmente e funzionalmente unitaria di quest'ultimo) impone di stabilire conseguenzialmente sotto quali profili (*recte*, in quali disposizioni ed in riferimento a quale *ratio*) venga ad emersione formalmente tale nozione nel testo normativo fondamentale.

Ebbene, consta, in tal senso, dalla evidente frammentazione del concetto di ambiente attraverso molteplici accezioni semantiche - in base ad una logica di parcellizzazione o articolazione diffusa rispondente chiaramente a determinate finalità applicative ed ordinamentali nonché, appunto, alla sensibilità storica del Costituente (nello specifico, dalla natura essenzialmente "sociale" del testo che ne è derivato)¹ - più

¹ Cfr. B. CARAVITA, *Costituzione, principi costituzionali e tecniche di normazione per la tutela dell'ambiente*, in s. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, Firenze, Leo S. Olschki, 1999, pp. 196-198, il quale attribuisce la mancanza di un esplicito riferimento all'ambiente al fatto che «la Costituzione italiana è - nel bene e nel male - paradigmatica delle costituzioni (della prima fase) dello Stato sociale. Questa forma di organizzazione statale è basata, da un lato, sull'ingresso delle masse popolari nell'organizzazione dello Stato e

esattamente ed in particolare l'effettiva mancanza di un *corpus* (come complesso) di disposizioni sistematicamente organizzato capace di attrarre siffatta nozione in un'unica categoria epistemica in ottemperanza alla tecnica e/o al criterio dell'accorpamento o della "concentrazione normativa".

Tanto ha sospinto la dottrina più attenta alla questione ambientale ad elaborare - nel tentativo di coordinare e ricondurre teleologicamente a sistema le singole disposizioni del testo costituzionale suscettibili di comporre un possibile quadro normativo unitario - alcune ricostruzioni dogmatiche ermeneuticamente afferenti a due alternativi modelli di riferimento sceverabili secondo un duplice approccio definitorio, di carattere macro-categoriale, rispettivamente, di natura monista ovvero pluralista (cfr. *infra*).

Tali modelli, tuttavia, speculari nella "matrice ideologica", convergono - sia pur nella identificazione differenziata di una nozione mono o pluri individuabile di «ambiente» - sulla ricerca (che può, più esattamente, definirsi *ex post* come una "tensione" allo stato irrisolta se non, tendenzialmente, irrisolvibile), dal p.d.v. del diritto "positivo" (ma anche "assiologicamente"), di una definizione unitaria, o, per così dire sufficientemente condivisa, in altre parole, "stipulativa" di «ambiente», sulla scorta di alcune fondamentali disposizioni costituzionali, attraverso le quali, in sede di interpretazione logico-sistematica, enucleare una tutela che, per quanto indiretta, si riveli concretamente efficace:

- art. 32 Cost. : la norma sul diritto alla salute ha rappresentato in questi anni, verosimilmente, il più efficace grimaldello funzionale di escogitazione di una apprezzabile tutela ambientale (chiaramente indiretta), nella assenza di uno o più riferimenti normativi diretti a quest'ultima nel testo costituzionale. Il percorso ermeneutico intrapreso e vieppiù incisivamente tracciato in prosieguo di tempo dalla Corte costituzionale nonché dalla giurisprudenza ordinaria, ha consentito il riconoscimento della sussistenza di una situazione giuridica soggettiva a contenuto precettivo immediato², la cui "giustiziabilità" diretta ad opera di ciascun soggetto *uti singulus* ovvero come interesse diffuso o collettivo a fronte di comportamenti anche solo tendenzialmente lesivi del bene sotteso a tale diritto (la salute, *ex professo*), ha, inoltre, contribuito ad esplicitarne la natura di vero e proprio diritto fondamentale (cioè primario ed assoluto) dell'individuo. Ed, in tal senso, la stessa elaborazione giurisprudenziale del c.d. «diritto all'ambiente salubre» come diritto inerente alle «attività che possono importare in via mediata pericolo o danno alla salute di una generalità indeterminata di persone»³ costituisce - a guisa di virtuale "termine medio"- per così dire il precipitato effettuale della complessa "interferenza" tra il piano della tutela ambientale (privo di un riconoscimento espresso) e il diritto alla salute

sulla definitiva attribuzione a tutti i consociati dei diritti civili e politici e, dunque, dello *status* di *cives pleno iure*. [...] I rapidi mutamenti delle società occidentali e, tra di esse, della società italiana hanno mutato il significato e in parte "invecchiato" il catalogo dei diritti contenuto nella Costituzione italiana» [...].

² Cfr. Corte cost., sent. n. 88/79, *Giur. Cost.*, 1979, p. 656.

³ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, *Enc. Giur. Treccani*, XI, 1989, pp. 20 ss.

(espressamente tutelato dall'art. 32 Cost.);

- artt. 2 e 9 Cost. : tale combinato disposto ha consentito di enucleare, sulla matrice normativa essenziale dei diritti fondamentali dell'uomo di cui all'art. 2 Cost., piuttosto che una situazione soggettivamente tutelabile, una forma di tutela di carattere oggettivo fondata sulla contiguità con il bene cui offre primariamente tutela -garantendone copertura costituzionale - la norma di cui all'art. 9, secondo comma, Cost., cioè il paesaggio, vuoi nella sua accezione più restrittiva (come espressione di valori estetico-culturali relativi alle bellezze naturali e paesistiche), vuoi in quella più estensiva (come "forma del paese", dell'ambiente in senso urbanistico e territoriale).

In seconda battuta, si è anche tentato l'inquadramento dogmatico della nozione di «ambiente» secondo la teoria dei "beni giuridici" (cui sono intimamente connessi, nell'impianto costituzionale, il plesso, rispettivamente, delle finalità sociali e di quelle economico-produttive).

Esattamente, attraverso tale approccio ermeneutico, che, in fin dei conti, rimanda, in linea con la politica legislativa perseguita in sede di Assemblea Costituente⁴, alla eziogenesi mista pubblico/privato, da cui origina, in particolare, il comparto normativo (artt. 41-44, cfr. *infra* nel testo) afferente, più in generale, al Titolo III (Rapporti economici: artt. 35-47) della Carta fondamentale, si è fatto leva su alcune di queste disposizioni costituzionali, non immediatamente riferibili alla nozione di «ambiente», almeno nella sua accezione più ristretta, con l'*intentio* di voler conseguire una più ampia protezione di tale concetto polimorfo, ma di fatto producendo una effettiva divaricazione della complessiva tutela offerta.

Veniamo così agli artt. 41 e 42 Cost. : tale combinato disposto normativo riguardante rispettivamente "l'iniziativa economica privata" (che è libera, ma non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale) e la "proprietà" (cui deve essere assicurata per legge la funzione sociale) afferisce a quelli che sono i c.d. "fini sociali" tutelati in Costituzione ed è stato (anche) complessivamente utilizzato in dottrina⁵ a guisa di "contenitore" all'interno del quale iscrivere le stesse finalità ambientali e paesaggistiche⁶. D'altra parte, come già ebbe modo di sostenere, autorevolmente, R. Perrone Capano - in

⁴ E' ben nota l'essenziale natura "compromissoria" della Costituzione del '47 quale prodotto delle tre principali matrici ideologiche che permeavano di sé l'Assemblea in sede di processo costituente (da una parte, quella cattolica e liberale nelle sue diverse varianti, dall'altra quella marxista).

⁵ R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Bari, 1999.

⁶ Corte Cost., sent. n. 196/98, Giur. Cost., 1998, che ha rigettato la questione di costituzionalità circa il divieto, stabilito con l'art. 16, comma 4, legge della regione Friuli Venezia Giulia 28 novembre 1988, n. 65 (Modifiche alla legge regionale 7 settembre 1987, n. 30 ed ulteriori norme in materia di smaltimento dei rifiuti solidi), di smaltire nel territorio regionale rifiuti provenienti da altre regioni, sollevata con riferimento agli artt. 3 e 41 Cost. Con tale sentenza il *Judex legum* ha valutato l'assenza di contrasto tra la disciplina volta a tutelare interessi ambientali e la libertà di iniziativa economica «perché questa consente l'apposizione di limiti al suo esercizio a condizione che essi corrispondano all'utilità sociale, nel cui ambito sicuramente rientrano gli interessi alla tutela della salute e dell'ambiente»

un saggio fondamentale della letteratura ambientalistica nel quale l'autore analizza, più in generale, l'impatto sulla materia ambientale dello *jus impositionis* (art. 23 Cost.) valutandone (ancor prima della riforma del Titolo V) l'ineludibile embricazione (anche nei differenti livelli territoriali di governo, su cui *infra* nel testo), in uno con la proliferazione degli interessi pubblici pluri-differenziati che entrano in gioco in tale "punto di intersezione" – «è proprio la Costituzione, negli artt. 41 e 42 ad indicare nei limiti al diritto di proprietà e nella funzione di indirizzo e coordinamento [sulla quale, in particolare, sempre *infra* nel testo] delle attività economiche a fini sociali, il metodo e gli strumenti per realizzare il contemperamento tra interessi economici e sociali» [...]»⁷.

Tale contemperamento è, in effetti, il risultato della ineliminabile contraddizione che sconta la tutela sui beni ambientali la cui effettiva (in)esauribilità non ne consente una utilizzazione illimitata ma solo tendenzialmente continuativa.

In altre parole, come si esprime ancora R. Perrone Capano «l'uso gratuito di beni naturali, nel presupposto che essi siano inesauribili ne determina infatti una utilizzazione impropria, che non tiene conto del valore d'uso, cui dovrebbe comunque corrispondere un prezzo, e del fatto che accanto a risorse rinnovabili, ve ne sono altre, quali le fonti energetiche non rinnovabili per le quali avrebbe dovuto attuarsi "ab origine" una politica di utilizzazione differenziata attraverso un articolato sistema di prezzi al fine di contenerne gli sprechi. Nel rapporto tra ambiente ed attività economiche si è quindi in presenza di un caso tipico di "fallimento del mercato", che non può essere risolto se non attraverso una serie di articolati interventi da parte dello stato, con l'obiettivo di controllare le crescenti diseconomie ambientali e di permettere quindi un miglior funzionamento del mercato stesso»⁸.

Soccorre, in tale prospettiva, il ben noto principio di Pigou ("chi inquina paga": coloro che causano danni all'ambiente devono sostenere i costi per ripararli, o rimborsare tali danni)⁹; ma come ancora è stato constatato da R. Perrone Capano¹⁰, «l'ipotesi

⁷ R. PERRONE CAPANO, *L'imposizione e l'ambiente*, in *Trattato di diritto tributario* diretto da A. AMATUCCI con la collaborazione di E. GONZÁLEZ GARCÍA, W. SCHICK, *Il diritto tributario e le sue fonti*, I vol., I tomo, Padova, 1994, pp. 481, 449 ss.

⁸ R. PERRONE CAPANO cit., p. 474.

⁹ Nell'ambito delle cinque Azioni di Programma ambientale - che in seno alla più generale strategia di lungo periodo dell'Unione europea (dal 1973 agli anni '90 del secolo scorso, cfr. *ex multis*, R. PANETTA, *Il danno ambientale*, Torino, 2003, pp. 1 ss., 9) - si colloca anche il principio in tema di responsabilità per danni all'ambiente "chi inquina paga" (v. anche il Libro verde della Commissione del 1993, nonché il Libro bianco del 2000). Esso viene per la prima volta affermato, in particolare, con la prima di tali Azioni (proprio nel 1973) e successivamente recepito dalla norma di cui all'art. 130R dell'Atto Unico Europeo del 1986. La traduzione di tale principio sulla falsariga dell'art. 2043 c.c. viene codificata nell'ordinamento italiano con l'art. 18 della legge n. 349 del 1986 istitutiva del Ministero dell'ambiente (*infra* nel testo), nonché con gli artt. 10 (sulla responsabilità dei produttori e detentori dei rifiuti) e 49 (relativo alle tariffe da applicare all'inquinatore) del Decreto Ronchi (d. lgs. n. 22 del 1997, modificato dall'immediatamente successivo d. lgs. n. 389/1997, *infra* nel testo).

¹⁰ «Una prima proposta organica di intervento correttivo delle diseconomie esterne in campo ambientale fu elaborata in tempi assai risalenti dal Pigou: essa prevedeva l'introduzione di imposte correttive speciali gravanti sulle attività economiche che causino effetti sociali indesiderati, anche occasionali, a terzi estranei ad ogni rapporto economico con l'attività da sottoporre a tassazione» (così R. PERRONE CAPANO cit., *ibidem*). Cfr. ARTHUR. C. PIGOU, *The economics of Welfare*, VI ed., Mamilon, Londra, 1932.

pigouviana, riferendosi ad uno schema di mercato di concorrenza perfetta che difficilmente è dato riscontrare nella realtà è stata sottoposta a notevoli critiche, e riserve perché essa trascura il fatto che l'efficacia dell'imposta [che da essa deriverebbe, n.d.a.] è resa alquanto problematica dalla circostanza che il mercato dei beni ambientali è caratterizzato da forti condizionamenti monopolistici ed oligopolistici e dalla difficoltà di calcolare con precisione i costi sociali dell'inquinamento»¹¹.

- art. 44: tale disposizione preordinata all'attuazione dell'assetto proprietario e dei rapporti sociali in agricoltura si iscrive anch'essa in una logica di tipo prevalentemente economico e produttivo.

Tali differenti interpretazioni dottrinali, ma anche elaborazioni giurisprudenziali, possono essere, da ultimo, accorpate (come accennato sopra), attraverso il criterio (che ha dato impulso primigenio all'indagine sin qui svolta) fondato sulla (supposta) unitarietà ovvero pluralità delle possibili definizioni di «ambiente» - *sub specie juris Constitutionis*, - risalente a due modelli prototipici fondamentali, sceverabili in:

A) Teorie Pluraliste

Nell'ambito di tale modello di riferimento, un primo orientamento risale al celebre studio di M. S. Giannini¹², il quale enuclea un modello al quale sembra corrispondere una nozione per così dire "polidimensionale" di «ambiente», alla quale viene cioè ricondotta una pluralità di interessi diversificati complessivamente classificabili secondo l'ormai classica tripartizione (negli):

- istituti concernenti la tutela delle bellezze paesistiche e culturali (c.d. ambiente-paesaggio);
- in quelli concernenti la lotta agli inquinamenti (c.d. ambiente-salute);
- ed, infine, in quelli afferenti il c.d. "governo del territorio" (c.d. ambiente-territorio).

Nella prima direzione, rileverebbe (sarebbe prevalente) la finalità di conservazione dei beni paesistico-culturali, considerati come "beni pubblici", cioè come aree circoscritte di territorio nei cui confronti la P.A. è titolare di potestà a contenuto dispositivo.

¹¹ R. PERRONE CAPANO cit., pp. 475-76: tuttavia, prosegue l'autore, in termini ancora generali, «se il risultato che si vuole raggiungere è un obiettivo più limitato, di *second best*, che comporti la determinazione di un livello d'*inquinamento accettabile* allora la tassa ecologica, con aliquota che eguaglia al margine i costi di depurazione è uno strumento economico efficiente; quindi specie se la diseconomia è rilevante e la tassa ecologica è istituita con aliquota elevata l'effetto di contenimento dell'inquinamento sarà comunque considerevole. La proposta pigouviana, anche se ha subito nel tempo correttivi e adattamenti, ha avuto il merito, in un'epoca in cui il problema della ricerca di un equilibrato rapporto tra economia e ambiente aveva dimensioni meno impegnative rispetto alla situazione attuale, di affrontare le problematiche legate all'equilibrio ecologico in chiave economico-finanziaria, evidenziando l'obiettivo peculiare dell'azione pubblica di difesa naturale nel raggiungimento di un livello di "ottimo inquinamento residuo"».

¹² M. S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, RTDP, pp. 15 ss., 1973.

Nella seconda direzione, verrebbe ad emersione quella particolare accezione di "ambiente" quale oggetto dell'azione "aggrediva" dell'uomo (in tal senso, rilevarebbe quindi, il fatto giuridico dell'aggressore). Nella terza direzione, l'ambiente sarebbe valutabile in senso "urbanistico" quale oggetto di una attività amministrativa alla cui base vi è quella di pianificazione territoriale.

Altro orientamento, argomentando proprio dagli art. 9 e 32 Cost. (v. *supra*), individua in materia ambientale due aree di "funzioni omogenee" quali la gestione sanitaria e la gestione territoriale-urbanistica, secondo la c.d. "polarizzazione bifocale" (v. ancora *supra*), la cui rilevanza e utilità risiederebbe nelle finalità di ri-aggregazione «delle aree di funzioni attinenti alla salute-servizi sociali (art. 32 Cost.), al suolo o governo del territorio (art. 9 Cost.)»¹³; di talché in relazione a tali finalità la nozione di ambiente verrebbe conestata come "modello unificante" ovvero come integrazione sistemica delle diverse discipline che ne regolamentano i singoli profili, quali urbanistica, beni ambientali etc. Altri identifica l'ambiente nelle "utilità ad esso sottese", cioè individuabili nelle energie e risorse naturali riproducibili e non riproducibili, nelle risorse culturali (artistiche, storiche, archeologiche, paesistiche-culturali), nonché nell'habitat complessivamente inteso¹⁴.

Altri ancora, in luogo di una definizione dogmaticamente "accentrata" (ovvero più o meno "unitaria") in quanto normativamente accorpabile - ricavabile dal sistema o combinato disposto delle norme una volta per tutte - conestano la nozione di "ambiente" attraverso uno schema per così dire "diacronico", cioè attraverso "ipotesi di periodizzazione della legislazione" ovvero attraverso la ricostruzione semantica delle problematiche ambientali quali il prodotto delle tendenze volta a volta avvicinandosi nell'ordinamento positivo¹⁵.

B) Teorie moniste

Tale modello di riferimento rappresenta per così dire l'*acquis* ermeneutico, riscontrabile già *medio tempore*, di quel processo di affinamento e consolidazione su base pretoria - teso al superamento delle impostazioni di matrice pluralista - che la giurisprudenza ordinaria ha innescato in prosieguo di tempo sulla base delle norme costituzionali, sotto la spinta diversificata proveniente da esigenze di carattere sistematico nonché pragmatico e, soprattutto, in ragione della implementazione progressiva della normazione prodottasi in ambito internazionale comunitario e anche nazionale.

Invero, a fronte della impossibilità (cfr. *supra*) di disporre di una normazione "accentrata" e soprattutto immediatamente utilizzabile in vista del perseguimento di un

¹³ E. CAPACCIOLI, F. DAL PIAZ, *Ambiente (tutela dell')*, Noviss.Dig.It, Appendice, 1980, pp. 257 ss.

¹⁴ Come ad es. A. ALBAMONTE, *Il diritto all'ambiente salubre :tecniche di tutela*, Giust. Civ., 1980, II, pp. 479 ss.

¹⁵ P. DELL'ANNO, *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2003.

modulo di tutela concreto ed efficace, la Corte di Cassazione è pervenuta all'elaborazione - mercé l'interpretazione condotta in via sistematica degli artt. 2 e 32 Cost. - del c.d. diritto alla "salubrità ambientale" come diritto assoluto e perfetto direttamente tutelabile da parte del singolo sia nei confronti dei privati che della Pubblica Amministrazione¹⁶. Questo arresto costituisce lo snodo fondamentale dal quale verrà dipanandosi la successiva giurisprudenza di legittimità. In effetti, la Corte di Cassazione perviene a tale conclusione solo al termine di un ragionamento molto complesso e articolato operato in premessa del quale, appunto, la configurazione di tale diritto costituisce l'esito elaborativo: «la protezione non si limita all'incolumità fisica dell'uomo supposto immobile nell'isolamento della sua abitazione o solitario nei suoi occasionali spostamenti [...], ma è diretta ad assicurare all'uomo la sua effettiva partecipazione mediante presenza e frequentazione fisica alle [...] comunità familiare, abitativa, di lavoro e altre, nelle quali si svolge la sua personalità»¹⁷.

Tale tutela, in base al combinato disposto degli artt. 2 e 32, inoltre «si estende alla vita associata dell'uomo nei luoghi delle varie aggregazioni nelle quali questa si articola [art. 2 Cost., *n.d.a.*] e, in ragione della sua effettività, alla preservazione, in quei luoghi, delle condizioni indispensabili o anche soltanto propizie alla sua salute; essa assume in tal modo un contenuto di socialità e sicurezza, per cui il diritto alla salute [art. 32 Cost., *n.d.a.*] piuttosto o oltre che mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, si configura, appunto, come diritto all'ambiente salubre»¹⁸.

Tale modello di riferimento unitariamente inteso è stato enucleato anche in sede dottrinale più di recente sul presupposto (ormai ad oggi pressoché irrefragabile, cfr. *supra*) che anche la nozione tecnico-giuridica del concetto e/o del bene "ambiente" non possa prescindere da quelle caratteristiche di "permeabilità" (che ne ricollegano intrinsecamente la stessa essenza *sub specie juris*) a quella che è la dimensione complessivamente "pre-giuridica".

Sicché, in tale prospettiva, è stato possibile da più parti, da un certo momento in avanti, fare riferimento al contributo delle scienze naturali (cfr. ancora *supra*) quali innanzitutto l'ecologia (che studia le interrelazioni tra organismi e ambiente, facendo ricorso alle categorie proprie di quest'ultima come la biosfera, l'ecosistema, i fattori *biotici* e *abiotici*) elaborando una concezione per così dire "sincretistica" di tale

¹⁶ Cfr. *infra* nel testo Corte Cass. sent. n. 5172/79, in "Le Regioni", ma cfr. anche Cass., sent. n. 4362/1992, www.lexambiente.com che afferma: «L'ambiente in senso giuridico costituisce un insieme che, pur comprendente vari beni o valori, quali la flora, la fauna, il suolo, le acque [...], si distingue ontologicamente da questi e si identifica in una realtà priva di consistenza materiale, ma espressiva di un autonomo valore collettivo costituente, come tale, specifico oggetto di tutela da parte dell'ordinamento, con la legge 8 luglio 1986 n. 349, rispetto ad illeciti, la cui idoneità lesiva va valutata con specifico riguardo a siffatto valore ed indipendentemente dalla particolare incidenza verificatasi su una o più delle dette singole componenti»[...].

¹⁷ Corte Cass. sent. n. 5172/79.

¹⁸ Corte Cass. sent. n. 5172/79.

nozione¹⁹.

Ex adverso, la giurisprudenza della Corte costituzionale non viene attestandosi su di una linea concettualmente altrettanto precisa, ma elabora in *itinere* (in maniera per così dire “diacronica”) una griglia maggiormente diversificata di valutazione degli interessi ambientali.

Nella sentenza n. 641/1987²⁰, la Corte esprime la convinzione che «il fatto che l'ambiente possa essere fruibile in varie forme e differenti ruoli, così come possa essere oggetto di varie norme che assicurano la tutela dei vari profili in cui si estrinseca, non fa venir meno la sua natura di bene unitario che l'ordinamento prende in considerazione. L'elemento unitario è riferito alla qualità della vita, all'habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce, necessario alla collettività e ai cittadini e nel contempo è da escludere che il bene ambiente possa essere suscettibile di una “situazione soggettiva di tipo appropriativo».

Nella sentenza n. 210/1987²¹, la Corte invece - sul terreno di una concezione unitaria del bene ambientale sia in senso oggettivo (come bene giuridico) sia in senso soggettivo (come diritto fondamentale), comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali) - interpreta, riferendosi ai precetti ex artt. 9 e 32 Cost., in modo evolutivo i medesimi principi affermando che «va riconosciuto lo sforzo in atto di dare un riconoscimento specifico alla salvaguardia dell'ambiente come diritto della persona e interesse fondamentale della collettività e di creare istituti giuridici per la loro protezione».

In talune pronunce si parla di “beni rilevanti costituzionalmente”²², poi di “interesse fondamentale”²³, laddove, solo da un certo momento in avanti la Corte, partendo dalla premessa che l'ambiente è un bene immateriale e può considerarsi «unitario anche se è formato da varie componenti ciascuna delle quali può anche costituire isolatamente oggetto di tutela»²⁴, ha definitivamente riconosciuto a tale bene la natura di valore costituzionale parlando, più precisamente, di «valore costituzionalmente garantito e protetto»²⁵.

Ciò avviene, appunto, solo quando viene definitivamente pretermessa la insufficiente configurazione dell'ambiente come situazione giuridica soggettiva o come oggetto di un dovere di protezione da parte dello Stato, ancorando, pertanto, gli interessi afferenti all'ambiente al tessuto dei valori primari (c.d. “nucleo duro”,

¹⁹ Cfr., *ex multis*, B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, pp. 2001.

²⁰ In *Riv. Giur. Amb.*, 1988.

²¹ In *Giur cost.*, 1987, I, pp. 1577 ss., in questa stessa sentenza, la tutela dell'ambiente viene ricollegata «alla protezione di valori costituzionali primari» (il riferimento è, chiaramente, sempre agli artt. 9 e 32 Cost.).

²² Corte Cost., sent. n. 744/1988, www.giurcost.org.

²³ Corte Cost., sent. n. 194/1993, www.giurcost.org.

²⁴ Corte Cost., sent. n. 641/1987, www.giurcost.org.

²⁵ Corte Cost., sent. n. 324/1989, *“Le Regioni”*, 1989, 1420 ss.

“wesengehalt”)²⁶ sui quali si fonda anche la nostra Costituzione.

E' in sede di valutazione comparativa e bilanciamento degli interessi costituzionali primari e pariordinati che diviene, quindi, possibile risolvere i conflitti tra valori concorrenti (*Güterabwägung-prinzip*)²⁷, individuando la soluzione che, tra tutte quelle possibili meglio risponde in termini di adeguatezza al caso concreto.

L'ambiente come valore al pari degli altri valori costituzionali, diventa così uno dei beni fondamentali alla cui stregua è necessario orientare ogni manifestazione della legalità.

Considerare l'ambiente come valore significa che esso non solo può formare oggetto di un diritto o di un “principio” al fine di uniformare l'interpretazione delle leggi o dei trattati, ma che esso costituisce, proprio in quanto valore, uno degli elementi fondamentali che caratterizzano una società in un dato periodo storico e sul quale essa fonda la sua legittimazione.

Tenuti fermi, tuttavia, i valori supremi dell'ordinamento costituzionale, il “valore” «ambiente» non implica in nessun modo l'incondizionata subordinazione di ogni altro valore costituzionale.

Seppure vi sono state alcune pronunce suscettibili di essere equivocate²⁸, in cui si è parlato di «valore primario e assoluto insuscettibile di essere subordinato ad ogni altro»²⁹, nella giurisprudenza costituzionale è parso anche - in un dato momento storico - che «la tutela dell'integrità dell'ambiente e del paesaggio non [fosse] comunque assoluta ma suscettibile di estimazione comparativa nell'ordinamento giuridico, poiché esistono altri valori costituzionali che ben possono legittimare il bilanciamento delle tutele»³⁰.

Un caso esemplare, al proposito, è quello deciso dalla Corte Costituzionale, con una pronuncia (sent. n. 127/90) in cui essa ha operato un bilanciamento tra gli interessi afferenti al valore della salute individuale (art. 32 Cost.), al valore della tutela dell'ambiente (combinato disposto artt. 2, 9 e 32 Cost.) e al valore della libertà

²⁶ Da ultimo, S. STAIANO, *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino, 2006, pp. 21 ss. ha, autorevolmente, curato un rigoroso studio in forma di volume collettaneo, che apporta un notevole contributo su tale tema-chiave del costituzionalismo contemporaneo, analizzando, nello specifico, anche la più rilevante giurisprudenza costituzionale nell'ordinamento italiano ed a livello comunitario.

²⁷ Su di un piano più generale, sul principio della “ponderazione dei valori” (*Güterabwägung*) nonché sulla “wesengehaltgarantie” nell'ambito della concezione dei “diritti fondamentali” nello Stato costituzionale, con approfondita disamina storico-dogmatica nella prospettiva, tuttavia, dell'ordinamento tedesco, cfr. P. HÄBERLE, *Die wesengehaltgarantie des art. 19 Abs. 2 Grundgesetz.*, C.F. Müller Juristischer Verlag GmbH, Heidelberg, 1983, trad. it. ID., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993, pp. 39 ss.

²⁸ Prendendo spunto da tali pronunce, autori come S. BARTOLE in, *La primarietà dei valori costituzionali è giustificazione di interventi di emergenza?*, Le Regioni, 1986, 1284 ss., hanno sostenuto che per effetto del riconoscimento della primarietà del valore ambiente sono stati avallati numerosi interventi legislativi che tendevano a legittimare, sul versante dei livelli di governo territoriale, il ruolo dell'amministrazione statale a scapito delle autonomie regionali e, sul versante del sistema delle fonti del diritto, le frequenti deroghe che in situazioni di emergenza venivano portate al principio di gerarchia degli atti normativi.

²⁹ Corte Cost., sent. n. 437/91, *Le Regioni*, 1992, 1272 ss.

³⁰ Corte Cost., sent. n. 39/1986, *Giur. Cost.*, 1986, 317.

di iniziativa economica (art. 41 Cost.)³¹.

Analizzando complessivamente, pertanto, il percorso ermeneutico tracciato dalla Corte Costituzionale, in questo lasso temporale (*sciliciter*, nel decennio che va dalla metà degli anni '80 all'inizio degli anni '90), ci si accorge che Essa, partendo dall'assenza di un dato positivo nella nostra Costituzione circa l'ambiente - allorché le problematiche connesse alla tutela ambientale hanno avuto immediata rilevanza giuridica in quanto oggetto di disciplina legislativa - ne ha enucleato il riferimento non tanto attraverso il richiamo sopra citato agli artt. 2, 9 e 32 Cost., quanto invocando immediatamente e direttamente tale nozione come "valore costituzionale", da cui poter dedurre alcuni principi generali nella legislazione di riferimento.

Corollario logico indefettibile di tale assunzione di prospettiva diviene, allora, la effettiva emersione di quel "valore costituzionale" - sotteso al testo normativo fondamentale, pur in assenza di una norma di rango costituzionale - concretantesi, in definitiva, nell'esigenza di protezione dell'ambiente che deve ritenersi in collegamento funzionale con il valore fondamentale della persona umana e degli altri diritti e interessi ad essa connessi³².

1.1. Segue: *L'emersione di una organica legislazione di "settore" in materia «ambientale» tra ordinamento "interno" e "comunitario"*.

Il "valore costituzionale" dell'ambiente deve essere inteso, pertanto, come un valore trasversale e di ampia portata nel quale poter ricomprendere non solo il diritto alla qualità della vita, ma anche il concetto di "sviluppo sostenibile" inteso non solo come obiettivo di solidarietà intergenerazionale per la salvaguardia della futura disponibilità delle essenziali risorse naturali, ma anche e soprattutto come esigenza di preservare e ripristinare funzioni ed equilibri ecologici naturali³³.

Tale principio, viene per la prima volta codificato nel rapporto *Brundtland* del 1987: «Lo sviluppo sostenibile è quello sviluppo che soddisfa i bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità per le generazioni future di soddisfare a loro volta i loro bisogni»³⁴.

³¹ Nella sent. n. 127/90, www.giurcost.org, la questione riguardava il concetto di "migliore tecnologia disponibile (m.t.d.)", di cui al D.P.R. n. 203/1988, nella parte in cui la norma ha disposto che "l'applicazione di tali misure non comporti costi eccessivi" per l'attività d'impresa. La Consulta ha stabilito che l'individuazione della migliore tecnologia disponibile sulla scorta di criteri economici avrebbe dovuto operare in concreto solo ricorrendo determinate condizioni (ad es. considerazione congiunta del degrado ambientale e delle risultanze della ricerca tecnologica), volte a proteggere in via prioritaria il livello minimo indefettibile di tollerabilità per la salute umana e per l'ambiente in cui l'uomo vive.

³² Sui diritti fondamentali cfr. P. HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* cit., *ibidem*.

³³ Cfr. V. PEPE, *L'ambiente come valore: le aree naturali protette*, Rivista Ambiente, n. 6, 2004.

³⁴ Viene anche definito dalla direttiva europea IPPC del 1996 (prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento), recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 372/1999, come «la compatibilità tra le

È dalla normativa comunitaria diretta ed indiretta (c.d. *acquis communautaire*), che la più recente legislazione italiana ha tratto alimento, sedimentandosi parallelamente ad essa.

La legge Delega 308/2004 prevedeva il riordino integrale di una pluralità di materie in materia di ambiente attraverso l'emanazione di uno o più decreti di riordino, coordinamento o integrazione. Il D.Lgs. 152/06 che ne è seguito a sua volta ha proseguito tale percorso in continuità con essa nella direzione "della promozione dei livelli di qualità della vita umana" da realizzare attraverso la salvaguardia ed il miglioramento delle condizioni dell'ambiente e l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali. In linea con tale programmatica dichiarazione di principio, il D.Lgs. 152/06 regola:

- 1) i procedimenti di valutazione di procedimenti di impatto ambientale (VIA), di valutazione ambientale strategica (VAS) e quelli volti al rilascio dell'autorizzazione ambientale integrata (IPCC)
- 2) la materia della difesa del suolo, della lotta alla desertificazione, della tutela delle acque, e la gestione delle risorse idriche
- 3) la gestione dei rifiuti e la bonifica dei siti
- 4) la tutela dell'aria e la riduzione delle emissioni in atmosfera
- 5) per ultimo la tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente

Nella parte seconda del D.Lgs. 152/06 (recentemente, integralmente sostituita dal D.Lgs. 4/08) trovano disciplina il procedimento per la valutazione ambientale strategica, il procedimento per la valutazione di impatto ambientale.

Per l'autorizzazione ambientale integrata si fa invece riferimento D.Lgs. 59/05.

I primi due procedimenti - VIA e VAS - derivano entrambi dal diritto statunitense.

Mentre la VIA è più risalente (fa la sua comparsa alla seconda metà degli anni '60, del secolo scorso, cfr. l'art. 103, del *National Environmental Protection Act* del 1969), più recente è la VAS, che origina dai lavori della Commissione delle Nazioni Unite per l'Ambiente e lo Sviluppo (UNCED), nel 1987, il cui prodotto terminale è lo stesso rapporto *Brundtland*.

Entrambi gli istituti hanno sono divenuti *jus receptum* nell'ordinamento comunitario (rispettivamente, la VIA nella Dir. 85/337/CE, la VAS nella Dir. 2001/452/CEE, c.d. direttiva sulla VAS). I principi di matrice comunitaria dai quali essi promanano sono i seguenti:

- 1) Lo stesso "Principio dello sviluppo sostenibile" che abbiamo poc'anzi esaminato.
- 2) Il "Principio della prevenzione o precauzione, (Dir. 85/337/CE: «la migliore politica ecologica nell'evitare fin dall'inizio inquinamenti ed altre perturbazioni, anziché combatterne successivamente gli effetti [...], in tutti i processi tecnici di programmazione e di decisione si deve tener subito conto delle ripercussioni sull'ambiente». Tale principio è mutuato dal già citato art. 174 (comma 2) del trattato istitutivo dell'UE.

esigenze attuali di sviluppo economico e sociale e la necessità di salvaguardare le capacità naturali di riproduzione delle risorse».

- 3) Il “Principio di integrazione”: integrazione delle esigenze ambientali nella definizione e nella attuazione delle politiche ed azioni comunitarie nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile, (art. 6 del Trattato istitutivo dell’UE).
- 4) Il “Principio di partecipazione del pubblico” (che è stato enucleato dalle direttive 2003/35/CE e 2003/4/CE) secondo il quale ciascuna procedura assicura la più ampia partecipazione del pubblico nella elaborazione dei piani e dei programmi in materia ambientale, nonché l’accesso del pubblico all’informazione ambientale.

Procedendo da questo momento in via di anamnesi, se è vero che - almeno in Italia - il dibattito sulle problematiche ambientali si apre a cavallo tra la fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '70 (con l'incipiente “emergenza ambientale” a seguito di una serie di incidenti ecologici avvenuti in quel torno di anni), è solo con il d. l. del 14/12/1974, n. 657 (convertito con modificazioni nella successiva legge del 29/01/1975, n. 5) che viene segnata una svolta in tale direzione mediante l'Istituzione del Ministero per i Beni culturali e per l'Ambiente al quale vengono attribuite le funzioni di promuovere «le iniziative necessarie per la protezione del patrimonio storico ed artistico della Nazione, nonché per la protezione dell'ambiente, con riguardo alle zone archeologiche e naturali»³⁵. Ma, ancor prima, va almeno segnalata la l. del 13/07/1966, n. 615 (c.d. legge antismog) recante “provvedimenti contro l'inquinamento atmosferico”³⁶ con la quale, per la prima volta, si era provveduto ad individuare e classificare le diverse fonti di produzione dell'inquinamento (veicoli a motore, industrie, impianti di riscaldamento), in maniera tale da poter imporre a chi produceva e/o faceva uso di tali fonti inquinanti il rispetto di taluni requisiti minimi volti a limitare l'inquinamento derivante dalle immissioni di gas nell'atmosfera³⁷.

È in questa seconda stagione di riforme, dunque, caratterizzata da un persistente e residuale “accentramento”, ad onta della vocazione al trasferimento che sembrava connotarne ontologicamente l'essenza ed il significato (cfr. *infra* nel testo), che fu avviata una incipiente politica ambientale e in quest'ottica, ad esempio, fu approvata la legge-base in materia di inquinamento idrico o c.d. legge Merli, l. n. 319/76 recante “Norme per la tutela delle acque dall'inquinamento”³⁸, a stretto giro

³⁵ Art. 2 del d. l. 14/12/1974, n. 657. Cfr. anche diffusamente sul punto, sia pur con riguardo (in particolare) alla tematica di ordine privatistico del “danno ambientale”, R. PANETTA, *Il danno ambientale*, cit., pp. 4-5.

³⁶ In seguito modificata dal d.p.r. 24/05/1988, n. 203, decreto di “attuazione delle direttive CEE 80/779, 82/884, 84/360, 85/203 concernenti norme in materia di qualità dell'aria, relativamente a specifici agenti inquinanti e di inquinamento prodotto dagli impianti industriali”.

³⁷ R. PANETTA, *Il danno ambientale* cit., *ibidem*.

³⁸ Come afferma R. PERRONE CAPANO cit., p. 473, essa costituisce «un caso esemplare di regolamentazione inefficace [...]»; in teoria il criterio della Tabella Unica, di estrema semplicità sotto il profilo applicativo doveva favorire una graduale eliminazione degli scarichi non in norma e quindi un'efficace tutela ambientale. La rigidità del sistema che non fa alcuna differenza tra inquinanti biodegradabili e tossici ad alto indice di

modificata prima dalla l. del 24/12/1979, n. 650 e poi dalla l. del 17/05/1995, n. 172, che ha disciplinato il settore idrico predisponendo gli strumenti normativi volti a regolare gli scarichi di qualsiasi tipo.

«Del 1982 è, invece, il primo provvedimento emanato in tema di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani, il d.p.r. n. 915 del 1982 attraverso il quale l'attività di raccolta, smaltimento e riciclaggio dei rifiuti assurge ad attività di pubblico interesse [...] poi medicato ed integrato dal Decreto Ronchi (d. lgs. n. 22 del 1997, a sua volta modificato dall'immediatamente successivo d. lgs. n. 389/1997)»³⁹.

Fino all'istituzione del ministero per l'ambiente - ancorché nell'ambito di una sostanziale "centralizzazione" delle funzioni amministrative - la materia ambientale scontava tale parcellizzazione materiale e di interessi, sicché lo stesso apparato della P.A., complessivamente considerato, era letteralmente frantumato in una fitta rete di ministeri o articolazioni periferiche⁴⁰.

L'istituzione del Ministero dell'Ambiente mediante la legge istitutiva n. 349 del 1986 determinò un mutamento nella ripartizione di competenze: veniva ad imporsi una amministrazione unitaria al plesso dei vari ministeri ed articolazioni periferiche fino ad allora esistenti. In verità, l'istituzione del ministero, non riuscì ciò nonostante, complessivamente, a mantenere un'apprezzabile sfera per così dire di "immunità funzionale" serbando, sostanzialmente, aree di sovrapposizione ed interferenza con i precedenti apparati ministeriali⁴¹.

Va segnalato, come già affermava R. Perrone Capano oltre dieci anni addietro, che «tradizionalmente il primo avvio di una politica di salvaguardia ambientale vede l'impiego da parte dello Stato di strumenti giuridico amministrativi di regolamentazione

accumulo nell'ambiente, e non tiene in considerazione le condizioni ambientali in cui avvengono gli scarichi ha portato, anche per l'inefficienza dei controlli, al sostanziale fallimento della legge».

³⁹ R. PANETTA, *Il danno ambientale* cit., pp. 6-7.

⁴⁰ Da quella dei lavori pubblici cui spettava la competenza ex art. 81, D.P.R. n. 616/1977 per l'individuazione, in sede di indirizzo e coordinamento, delle linee fondamentali dell'assetto del territorio nazionale, (attraverso sinergicamente la tutela ambientale ed ecologica del territorio e la difesa del suolo); passando per l'amministrazione dell'agricoltura e delle foreste (competenza in relazione a trasformazione fondiaria, opere irrigue, foreste, caccia e pesca nelle riserve naturali, ricerca e sperimentazione scientifica di interesse nazionale in materia di ambiente naturale ex art. 71, D.P.R. n. 616/1977); l'amministrazione della marina mercantile (competenza in materia di uso delle spiagge e del mare, protezione dell'ambiente marino, inquinamento del mare e delle coste, riserve marine); l'amministrazione dell'industria (competenze in materia di miniere e cave, coltivazione delle acque minerali, di idrocarburi e risorse geotermiche, impianti di produzione e distribuzione di energia elettrica e di fonti di energia in generale, smaltimento oli usati); amministrazione della sanità (competenze in materia di igiene del suolo e di igiene ambientale in generale, inquinamento atmosferico ai sensi della L. n. 833/1978, per la promozione, il mantenimento ed il recupero del benessere e della salute (endiadicamente intesi) della popolazione e la salvaguardia della salubrità dell'ambiente naturale (ex art. 32 Cost.); fino, ovviamente, all'amministrazione dei beni culturali (competenze in materia di beni di interesse artistico e storico e di bellezze naturali, amministrate tramite delega dalle Regioni, cui poi faceva seguito quella sulla pianificazione paesistica)

⁴¹ Al nuovo ministero vennero devolute, infatti, le funzioni in materia di tutela delle acque dagli inquinamenti e di smaltimento dei rifiuti già esercitate dal ministero dei lavori pubblici (art. 2, lett. a-b, L. n. 349/86), di inquinamento atmosferico e acustico in condominio con il ministero della sanità (art. 10, L. n. 59/1987), di attività estrattive in zone di interesse paesistico (art. 2, lett. d, L. n. 349/86), nonché di parchi e riserve naturali già attribuite al ministero dell'agricoltura e foreste (art. 5, L. n. 349/86), e, più recentemente, in materia di riserve marine.

diretta; il sistema è quello dei *Command and Control* che consente di incidere direttamente ed in modo efficace sul comportamento degli operatori attraverso l'imposizione di limiti e controlli sulle attività inquinanti, realizzando forme di intervento pianificatorio a livello Statale e locale.

Di norma la regolamentazione amministrativa si sostanzia nella fissazione di limiti di accettabilità ovvero nella previsione di *standards* di inquinamento sostenibile.

Attraverso la determinazione amministrativa degli *standards* vengono individuati i limiti di inquinamento compatibili con il livello di qualità ambientale che si intende assicurare minimizzando i costi generali in relazione ai benefici ambientali prefissati.

Le procedure di regolamentazione diretta, per la loro semplicità hanno avuto un'ampia diffusione in tutti i Paesi industrializzati. Esse sono in genere costose e poco efficaci per la difficoltà di conciliare le procedure di regolamentazione amministrativa, facilmente esposte al rischio di una gestione rigidamente burocratica, con le necessità delle politiche ambientali; queste ultime infatti richiedono flessibilità ed integrazione dei diversi strumenti di intervento in relazione agli obiettivi che si intendono perseguire con la regolamentazione diretta.

La tendenza più diffusa, anche per semplificare i controlli che possono essere effettuati a campione, è quella di fissare *standards* uniformi, calcolati in base ad un compromesso tra esigenze di tutela ambientale e costi del disinquinamento. Questa soluzione tuttavia non è priva nel medio periodo di inconvenienti.

In aree particolarmente inquinate gli *standards* sono infatti poco efficaci sotto il profilo della tutela ambientale, perché non introducono alcuna spinta alla delocalizzazione delle attività inquinanti, mentre i costi fissi dell'attività di disinquinamento non incentivano la ricerca di processi meno inquinanti. I sistemi di regolamentazione diretta quindi, ancorché diffusi sono generalmente poco efficienti: di norma infatti le politiche di regolamentazione diretta incidono in misura limitata sul sistema di formazione dei prezzi, non incentivano l'impiego di processi produttivi meno inquinanti e non favoriscono la diffusione di consumi sostitutivi che impiegano minori risorse ambientali.

La regolamentazione diretta si riferisce infatti essenzialmente alle attività produttive e la sua azione incide solo indirettamente sulle abitudini di vita dei cittadini [...].

La stretta connessione tra sviluppo economico, attività antropiche e crescita dell'inquinamento, pone quindi con sempre maggior forza ed urgenza il problema di una politica economica dell'ambiente, in grado di sperimentare nuove possibilità di tutela, attraverso l'applicazione di strumenti economico-finanziari innovativi.

La necessità di un nuovo approccio al problema ambientale in chiave economico-finanziaria ha indotto fin dagli anni '70 gli economisti a prestare maggiore attenzione al problema della stretta connessione tra ambiente ed economia in relazione

agli effetti indotti dalle attività economiche sull'ecosistema che non possono essere internalizzati dal mercato. In materia ambientale sono infatti rilevabili diseconomie esterne connesse con il fatto che gli effetti dannosi collegati ad una specifica condotta economica non causano di norma aumenti di costo per coloro i quali le pongono in essere ma per i terzi: i costi ambientali costituiscono quindi dei veri e propri costi sociali.

La conseguenza di tale diseconomia esterna, frutto dell'attività di produzione e di consumo, un soggetto terzo, diverso dal produttore e dal consumatore del bene, sopporta un disagio non solo economico che dovrebbe invece ricadere sul produttore stesso.

L'inquinamento rappresenta un effetto esterno al mercato, il cui costo è imposto ingiustificatamente alla collettività che è costretta a subirne le conseguenze per effetto della sottovalutazione dei costi ambientali che il produttore non incorpora nel prezzo dei beni prodotti.

I prezzi di mercato, quindi, nella misura in cui non incorporano i costi sociali nei costi marginali privati, non rappresentano uno strumento efficace di prevenzione dell'inquinamento e di tutela ambientale.

Viene quindi in rilievo l'importanza di strumenti economici che consentano al mercato non solo di produrre beni e servizi ai costi più bassi, ma di realizzare questo obiettivo nel rispetto di una serie di limiti e vincoli posti dall'ordinamento per la tutela di interessi generali, quali la protezione dell'ecosistema»⁴².

Dall'analisi della giurisprudenza prevalentemente costituzionale e dalle difficoltà ed aporie interpretative nelle quali si è imbattuta la stessa dottrina, in ragione di una tendenziale "irriducibilità definitoria" del concetto di ambiente, pare opportuno ed utile intraprendere, anche in questa sede, una comparazione sistematica con quelli che sono i correlativi ambiti di afferenza concretantesi rispettivamente nelle materie del "paesaggio e dell'urbanistica".

La nozione del "paesaggio", attiene anch'essa ad un bene primario distinta da quello di «ambiente».

La tutela per esso predisposta dall'art. 9 comma 2, Cost., forma oggetto di una specifica disciplina dettata dal D.Lgs 42/2004 con le modifiche da ultimo recate dal D.Lgs 157/2006.

L'art. 131 di tale combinata disciplina definisce il paesaggio come una parte omogenea di territorio, i cui caratteri derivano dalla natura, dalla storia umana, o dalle reciproche interrelazioni, la cui tutela e valorizzazione salvaguardano i valori che esso esprime quali manifestazioni identitarie percepibili.

Tale concezione costituisce l'esito elaborativo di un meditato percorso enucleativo sia sul piano storico-culturale che su quello giuridico.

In opposizione, da principio, alla teoria cd. della "pietrificazione", che aveva

⁴² Così R. PERRONE CAPANO cit., pp. 471-74.

consentito l'elaborazione di una nozione di paesaggio, cristallizzata all'interno del catalogo della bellezze naturali contenuto nella L. n. 1497/1939, non permeabile per così dire a quella di "valore costituzionale"⁴³, è venuta enucleandosi una differente nozione di "paesaggio" che, in ragione della "contaminazione" con il "principio antropico", è giunta a ricomprendere l'ambiente naturale o artificiale come "forma del paese", evolvendo, successivamente (fino ad identificarvisi) in una radicalmente differente prospettiva interpretativa, nella tutela del paesaggio in quanto concetto assiologicamente fondato, anche nella sua componente di "territorio", in uno con la correlata attività di pianificazione afferente quest'ultimo⁴⁴.

La giurisprudenza costituzionale, pur ferma nel rifiuto della tesi più estensiva, è andata modificando le sue posizioni tradizionali e prima - con la sentenza n. 141 del 1972 - aveva aderito ad una concezione di paesaggio nel senso di bellezze naturali, poi - con la sentenza n. 239 del 1982 - aveva elaborato una concezione di tutela che, in una sorta di interpretazione teleologicamente orientata ex art. 9 Cost., si concretava nella protezione di quei beni che hanno un "valore estetico- culturale" demarcandola dalla differente tutela di tipo urbanistico e paesistico.

Sull'adesione, successivamente, della Corte ad una concezione più ampia di paesaggio ha sicuramente influito la L. 431/1985 (legge "Galasso"), che ha individuato intere categorie di beni direttamente assoggettabili a tutela in forza del loro particolare interesse ambientale.

L'aspetto ambientale-geografico risulta prevalente in tale legge rispetto alla valutazione estetico-culturale e viene avviandosi quel processo teso alla successiva trasformazione del vecchio concetto della "singolarità naturale" nel più ampio concetto di bene paesaggistico, potenzialmente esteso a tutto il territorio nazionale⁴⁵.

Il successivo T.U. n. 490/1999 partendo dal concetto di bellezze naturali elabora quello di "beni ambientali" senza fornirne, però, una definizione puntuale.

Va segnalata in questi anni la sent. della Corte cost. n. 378/2000 che enuclea un concetto ampiamente esteso di tutela nel quale confluivano, a guisa di una "endiadi unitaria", la tutela paesaggistica, quella ambientale e quella urbanistica, pur essendo diverse le finalità in relazione alle quali lo stesso oggetto era riguardato.

Per quello che riguarda la "materia urbanistica", dalla legge urbanistica fondamentale n. 1150/1942, che ne forniva una definizione come attività concernente esclusivamente "l'assetto e l'incremento edilizio dei centri urbani", la nozione ha subito un processo impelmentativo, la cui *vis expansiva* è culminata nel D.P.R. n. 616/77 (in particolare, nell'art. 80, la cui tendenza "pan-urbanistica recidendo la divaricazione tra la componente territoriale e quella edificatoria, ha imposto una effettivo

⁴³ Cfr. Corte Cost. sent. n. 106/1976, *Giur. Cost.*, 1976, I, p. 813.

⁴⁴ A. PREDIERI cit., pp. 506 ss.

⁴⁵ S. C. MATTEUCCI, Il paesaggio nel nuovo titolo V della Costituzione, *Riv. Giur. Amb.* 2003.

appiattimento della prima sulla seconda: cfr. *infra* nel testo). Sicchè, ad es., diacronicamente, facendo ancora un passo indietro, per quanto riguarda la giurisprudenza costituzionale, già nella risalente sent. n. 9/1973, l'urbanistica come materia è un'attività che concerne "l'assetto e l'incremento edilizio dei centri urbani" risultando delimitata in questi termini dalle leggi urbanistiche e dalla legge n. 1150/1942. Di poi, il Giudice delle leggi ne ha solo successivamente riconosciuto la relativa autonomia rispetto alla tutela paesistica («le due funzioni, quella di tutela paesistica e quella di pianificazione urbanistica, restano pur sempre ontologicamente distinte, avendo obiettivi, in linea di principio, diversi, da ricollegare, sostanzialmente per la prima, alla tutela dei valori estetico culturali, per la seconda alla gestione del territorio a fini economico-sociali»)⁴⁶, avendo precedentemente affermato - secondando tale tendenza, ancora in quella temperie storico-culturale (*id est*, sulla stessa falsariga, ma più genericamente) - che l'urbanistica riguarda[va] «la funzione ordinatrice, ai fini della reciproca compatibilità, degli usi e delle trasformazioni del suolo nella dimensione spaziale considerata e nei tempi ordinatori previsti»⁴⁷. In prosieguo di tempo, il D.Lgs. 112/98, in sede di trasferimento a costituzione invariata delle funzioni amministrative alle autonomie territoriali, viene elaborando quel processo di progressiva demarcazione concettuale nella direzione della componente territoriale avviato soltanto (in ragione del suo carattere ancora per così dire residualmente "accentrato") - in sede di secondo trasferimento - con il D.P.R. n. 616/77.

Nel Capo II, infatti, con l'individuazione delle funzioni relative all'assetto del territorio nazionale spettanti allo Stato, le Regioni, gli Enti locali, l'urbanistica viene configurata come settore della più comprensiva materia relativa all'assetto del territorio nazionale, nella quale sono ricompresi i valori naturali ed ambientali, la difesa del suolo etc.

Non è questa la sede appropriata ai fini di un'analisi esaustiva di tale materia sul piano della giurisprudenza costituzionale, ma anche su quello della legislazione ordinaria e della giurisprudenza amministrativa.

Conclusivamente, può, sinteticamente, rilevarsi - sul ben noto presupposto che nel disegno originario della Costituzione del '47 venga configurata la sola materia "urbanistica" - nella transizione dal trasferimento bi-fasico degli anni settanta a quello degli anni novanta della legislazione di settore l'enucleazione rispettivamente di: - una concezione monista ancora "incipite" vuoi cioè di carattere pan-urbanistico (che trova la sua acme concettuale in corrispondenza proprio con il D.P.R. n. 616/77: l'urbanistica come macro-contenitore che ingloba il territorio), vuoi inversamente tesa alla "territorializzazione" della componente urbanistico-edificatoria;

- ed un'altra per così dire "pluralista" di carattere "diairetico" che divide i rispettivi ambiti di attribuzione configurandone l'autonomia semantica ed

⁴⁶ Corte Cost. sent. n. 379/94, www.giurcost.org.

⁴⁷ Corte Cost. sent. n. 151/86, www.giurcost.org

epistemologica.

In verità viene realizzandosi, come vedremo, in questo periodo storico dagli anni settanta ai novanta, una sorta di “crasi” del settore urbanistico-edilizio originario con quello “emergente” afferente il “governo del territorio” ed anche la giurisprudenza amministrativa successiva (in uno, forse, con quella costituzionale) appare disorientata collocandosi, tra l’una e l’altra tendenza dogmatica⁴⁸.

2. Articolazione e riparto delle “funzioni legislative” ed “amministrative” tra Stato e Regioni sull’«ambiente» dalla Costituzione del ’47 alla riforma delle autonomie territoriali negli anni ’90.

Condivisibile appare, *in primis*, l’assunto in dottrina secondo cui «se si vuole comprendere pienamente la portata della riforma del Titolo V Cost. sulla materia ambientale, e segnatamente sull’assetto delle relative competenze istituzionali, non si può non prendere le mosse da una ricostruzione, quanto meno nei suoi termini essenziali, del sistema complessivo di governo dell’ambiente operante sino al momento dell’entrata in vigore di tale novella costituzionale»⁴⁹

Lasciata, dunque, “in bianco” dai costituenti - secondo la famosa e provocatoria metafora del Paladin⁵⁰ - quella pagina che avrebbe dovuto provvedere anche alla definizione della nozione stessa di “ambiente”, ma, soprattutto, in mancanza quindi di

⁴⁸ In Cons. Stato, VI, sent. n. 1001/1997, si è affermato che «l’interesse paesaggistico è funzionalmente differenziato da quello urbanistico, sicché la circostanza che l’autorità deputata alla tutela dei beni ambientali si sia già pronunciata in sede di procedimento urbanistico non esclude che i singoli progetti [...] appaiono in concreto incompatibili con i valori paesaggistici, alla cui tutela sono preordinati atti diversi, scaturenti da procedimenti autonomi».

Successivamente, in TAR Veneto, ord. n. 6118/2002 la disciplina urbanistica deve essere considerata, proprio come una sorta di “contenitore”, nel quale trovano posto molteplici beni tutelabili dall’ordinamento, tra cui la protezione dell’ambiente, intesa come cura dell’assetto del territorio, interferisce inevitabilmente con altri interessi che si localizzano sul territorio stesso, quali il commercio, l’industria nonché la tutela dell’ambiente. Non ha, pertanto, senso, secondo tale orientamento, chiedersi se l’ambiente sia materia inclusa o meno nella disciplina del territorio, perché rappresenta un sistema di organizzazione e razionalizzazione di valori interconnessi.

In Cons. Stato, ord. n. 816/2003 in parziale dissenso rispetto a tali argomentazioni, il Consiglio di Stato ritiene non condivisibile la tesi che ricomprende nel concetto di ambiente tutti gli atti che comportino trasformazioni del territorio poiché ambiente, da una parte, ed urbanistica dall’altra, costituiscono due discipline separate e non confondibili, tanto è vero che una appartiene alla legislazione esclusiva dello Stato mentre l’altra ricade nelle materie di legislazione concorrente.

⁴⁹ A. COLAVECCHIO, *La tutela dell’ambiente fra Stato e Regioni: l’ordine delle competenze nel prisma della giurisprudenza costituzionale* in F. GABRIELE - A.M. NICO (a cura di), *La tutela multilivello dell’ambiente*, Bari, 2005, pp. 1 ss.

⁵⁰ L. PALADIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro amm.* 1971, III, p. 3 e 39; ma sul punto v. anche ID., *Corte costituzionale ed autonomie locali: gli orientamenti giurisprudenziali dell’ultimo quinquennio*, in *Le Regioni* 1981, p. 1238, ove si afferma: «è abbastanza evidente che la Corte non poteva accedere [...] alla tesi della “pagina bianca”. Del resto, è ben noto che questa è soltanto una tesi o una proposizione polemica, insuscettibile, di venire presa alla lettera; poiché, diversamente, non si spiegherebbe la costituzionalizzazione dei vari elenchi delle materie regionali, né avrebbe alcun senso la previsione finale dell’art. 117, 1° comma, Cost., che riserva alla legge costituzionale l’integrazione delle competenze legislative istituzionalmente spettanti alle Regioni».

ogni e qualsiasi riferimento normativo diretto alla tutela ambientale nel testo costituzionale del 1947 (cfr. *supra*), tale sistema «ha preso corpo e si è affermato a livello di Costituzione “vivente”, massimamente *nella ed in virtù della* giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, attraverso una meticolosa e lunga opera di ricostruzione della legislazione statale e regionale e dimostrando una particolare “sensibilità ambientale”, ha sviluppato un modello “sostanziale” di governo dell’ambiente»⁵¹.

Se, da una parte, infatti, in tale modello, «fondato sull’effettivo perseguimento degli obiettivi di tutela e sugli aspetti per così dire “di sostanza” del rapporto tra i diversi livelli territoriali dell’ambiente» l’assenza, infatti, di una rigida e formale distinzione tra ambito della normazione ed ambito dell’amministrazione, in uno con il principio costituzionale del “*parallelismo delle funzioni*” aveva «condotto - proprio in tema di ambiente - ad una continua “osmosi” tra riconoscimento di competenze amministrative e riconoscimento di competenze normative»⁵². Dall’altra, entro una determinata prospettiva interpretativa (c.d. primo pilastro)⁵³, proprio la suddetta mancanza di un esplicito riferimento alla materia ambientale nell’*urtext* di cui all’art. 117 Cost. aveva implicato la necessità - l’effettivo avallo da parte della Corte costituzionale vi è stato solo a partire dalla seconda metà degli anni ‘80 - di una interpretazione teleologica di tale norma nel tentativo di attribuirne, ciò nondimeno, la tutela alle Regioni, giusta il modulo della potestà legislativa concorrente.

In guisa da poter ricavare, sia pur in via indiretta, in riferimento a quelle materie elencate nel primo comma dell’art. 117 Cost., più strettamente riconducibili entro siffatto ambito tematico - quali l’urbanistica, i lavori pubblici, l’agricoltura, la caccia e la pesca, il turismo e l’industria alberghiera, la navigazione e i porti lacuali nonché l’assistenza sanitaria - un fascio di competenze che, ad onta di tale parcellizzazione materiale e di interessi, tenesse luogo, appunto, di un ambito di attribuzione non (ancora) espressamente conferito.

Sicché, come è ormai noto (cfr. *supra*) «in via di prima approssimazione, questo sistema di governo dell’ambiente è risultato fondato sulla qualificazione giuridica dell’ambiente in termini di «valore costituzionale», ossia - in definitiva - di «esigenza costituzionalmente protetta», nella giurisprudenza della Corte deducendosi il “principio costituzionale implicito” con sforzo interpretativo condotto sulla esigua base testuale del combinato disposto degli artt. 2, 9 e 32 Cost. (cfr. le sentenze n. 94 del 1985, nn. 167 e 210 del 1987, nn. 800 e 1031 del 1988, n. 324 del 1989, n. 307 del 1992, n. 356 del

⁵¹ Così A. COLAVECCHIO cit., pp. 1 ss., 4.

⁵² M. CECCHETTI, *Riforma del Titolo V e sistema delle fonti: problemi e prospettive nella materia “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema”*, www.federalismi.it, 13 giugno 2002, pp. 3-4 (ora in *Diritto e gestione dell’ambiente*, 2002, 2, 399 ss., con il titolo *Problemi e prospettive del sistema delle fonti del diritto dell’ambiente dopo la riforma costituzionale del Titolo V*).

⁵³ E’ la nota ricostruzione elaborata da M. CECCHETTI, *Riforma del Titolo V* cit. p. 4 (e poi tralasciamente accolta in dottrina: cfr., per tutti, A. COLAVECCHIO cit., p. 7) scomponibile secondo tre distinte linee di sviluppo storico-ermeneutiche (cfr., diffusamente, *infra* nel testo).

1994); con la conseguenza, innanzitutto, che, ogniqualvolta si debba operare in materia un bilanciamento di interessi, tale valore primario deve essere tenuto presente»⁵⁴. Entro altra prospettiva interpretativa (c.d. secondo pilastro, su cui si è sviluppato il sistema di governo dell'ambiente), affermatasi nel vigore ancora della Carta costituzionale del 1947, si è delineata la «necessità che nell'azione di tutela del fondamentale valore ambientale [fossero] effettivamente coinvolti tutti i livelli territoriali di governo in una logica di effettiva corresponsabilità e che tale concorso (*id est*: concorrenza) di competenze [fosse] guidato dal principio della "leale collaborazione"» [su cui *infra*]⁵⁵.

Infine, entro ancora altra prospettiva interpretativa (il c.d. terzo di tali pilastri) si è imposta la «creazione, in via progressiva, di un sistema di riparto delle competenze ambientali tra i vari enti territoriali fortemente informato a logiche di tipo *sussidiario*, basate, cioè, sul criterio della dimensione territoriale degli interessi e sulla individuazione del livello ottimale di allocazione delle diverse funzioni»⁵⁶ che verrà analizzato più avanti in sede di disamina della riforma che investe la pubblica amministrazione negli anni '90.

Sembra opportuno, a questo punto, un sia pur sintetico percorso diacronico di disamina delle fasi principali dell'attuazione costituzionale all'indomani della entrata in vigore della Carta repubblicana nel 1947.

E' ben noto che tale processo di "attuazione costituzionale" fu assai lungo e tormentato: il Parlamento, esaurita la serie di leggi emanate al solo fine di tamponare, con inutili proroghe, l'urgenza del momento, per l'incapacità di fare fronte seriamente alla prima imminente e poi cronica scadenza del lasso temporale utile per la messa in opera del disegno costituzionale regionale (in ottemperanza proprio al disposto normativo di cui al primo comma della VIII disp. trans.), non riuscì con il varo della «legge Scelba» del 10 febbraio 1953, n. 62 sulla costituzione e sul funzionamento degli organi regionali (l'unico prodotto della prima legislatura)⁵⁷, ancorché questa avesse provveduto a dettare le regole per il funzionamento degli organi regionali, a sbloccare la situazione di stallo venutasi a creare.

Invero, l'amministrazione periferica dello Stato era stata, in precedenza, solo lambita, da una «minimale operazione di decentramento delle funzioni statali d'interesse esclusivamente locale» (v. la legge delega 11 marzo 1953, n. 150), e la stessa legge Scelba poneva anzi effettivamente, anziché una sintetica legislazione di principio, una disciplina «dettagliatissima e molto costrittiva»⁵⁸.

Sebbene, infatti, la legge 11 marzo 1953, n. 150 [cfr., in particolare, l'ampia

⁵⁴ Così A. COLAVECCHIO cit., pp. 5-6.

⁵⁵ M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, pp. 6 ss., 290 ss., nonché A. COLAVECCHIO cit., pp. 9-10. Cfr. sentt. della Corte cost. nn. 219/1984, 344/1987 e 379/1994.

⁵⁶ M. CECCHETTI, *Riforma del Titolo V* cit., *ibidem*, nonché A. COLAVECCHIO cit., pp. 10-11.

⁵⁷ L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004, pp. 239 ss., 95.

⁵⁸ L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana* cit., pp. 95-96.

formula di decentramento di cui all'art. 1)] avesse attribuito la delega al Governo per il conferimento di funzioni statali di interesse esclusivamente locale alle Province, ai Comuni e ad altri enti locali per l'attuazione del decentramento amministrativo, il decreto delegato 10 giugno 1955, n. 987 aveva attuato la delega in senso opposto allo spirito dell'art. 5 Cost., limitandosi ad un decentramento gerarchico all'interno degli organi del ministero, prevedendo l'attribuzione agli uffici periferici provinciali compartimentali e regionali di una più ampia sfera di competenza (sia pure in buona parte per delega del ministro) ed il riordinamento degli uffici distaccati.

Più esattamente, tale forma di decentramento c.d. "autarchico" - quale attribuzione di funzioni specifiche ad enti autonomi locali che le esercitano in maniera vicaria in luogo dello Stato - «si esaurì nel conferimento alle amministrazioni provinciali delle competenze su caccia, pesca nelle acque interne e repressione delle frodi nella preparazione e nel commercio di sostanze di uso agrario e di prodotti agrari ed alle Camere di commercio, industria e agricoltura, di quelle sulla bachicoltura e olivocoltura, materie assai limitate soprattutto in relazione alla diretta e specifica rappresentanza, che le popolazioni rurali trovano nel Consiglio provinciale, ed al contatto costante

in cui l'amministrazione provinciale si trova con i settori dell'agricoltura»⁵⁹. Pertanto, si deve risalire, almeno per le Regioni di diritto comune, proprio alla legge 10 febbraio 1953, n. 62 (la c.d. legge Scelba) che ebbe un ruolo non indifferente nella vicenda dell'attuazione regionale, avendo precluso all'art. 9 - rubricato "*Condizioni per l'esercizio della potestà legislativa da parte della Regione*" - ai Consigli regionali l'esercizio delle proprie funzioni prima dell'emanazione di leggi cornice⁶⁰.

Solo tra il '70 e il '72, con una serie di leggi ed atti aventi forza di legge (ancor prima, alla fine della quarta legislatura, con la l. 17 febbraio 1968, n. 108 sull'elezione dei Consigli), durante quella che viene definita la «seconda fase» dell'attuazione costituzionale - stante anche la mancanza, nel quadro più generale (di inattuazione) dell'ordinamento della Repubblica, di un «organico riassetto» dell'ordinamento comunale e provinciale⁶¹, in ottemperanza al disposto dell'art. 128 Cost. - furono poste

⁵⁹ A. CLARIZIA - M. RAMPINI, in L. GALATERIA (a cura di), *Stato e Regioni. Il trasferimento delle funzioni amministrative*, Torino, 1976 pp. 583 ss., 588.

⁶⁰ A. CLARIZIA - M. RAMPINI, cit., *ibidem*.

⁶¹ A distanza di alcuni anni dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana (1 gennaio 1948) si presentava, non più differibile, la necessità di una nuova regolamentazione dell'ordinamento degli enti locali. Difatti, da una parte vi erano gli artt. 5 e 114 Cost. che sollecitavano l'adeguamento della legislazione statale alle «esigenze dell'autonomia locale e del decentramento», dall'altra, l'art. 128, Cost. che imponeva, diversamente, l'emanazione delle leggi generali determinative delle funzioni da conferire alle Province e ai Comuni. Nella prima direzione si muoveva proprio la IX disp. trans. e fin. della Costituzione, prescrivendo che il suddetto adeguamento della legislazione statale alle esigenze delle autonomie locali e alla competenza legislativa attribuita alle Regioni avvenisse entro tre anni dall'entrata in vigore della Costituzione. Nel medesimo contesto, si poneva, emblematicamente, anche il secondo comma dell'VIII disposizione trans. e fin. della Costituzione, il quale stabiliva che fino a quando non si fosse provveduto al riordinamento e alla distribuzione delle funzioni amministrative fra gli enti locali restavano attribuite alle Province ed ai Comuni le funzioni già in atto e le altre di cui le Regioni delegassero loro l'esercizio. In prosieguo di tempo, tra i tentativi di riforma dell'ordinamento comunale e provinciale che seguirono l'entrata in vigore della Costituzione, può segnalarsi, su un piano

effettivamente in opera, su tutto il territorio nazionale, le autonomie regionali⁶².

Tale “prima fase” - a distanza di più di venti anni dall’emanazione della Costituzione, in ottemperanza anche al disposto della VIII disp. trans. e fin. - per così dire ancora interlocutoria di decentramento istituzionale e/o regionalizzazione sulla base della delega di cui all’art. 17 della l. 16 maggio 1970, n. 281 (Provvedimenti finanziari per l’attuazione delle Regioni a statuto ordinario) e mediante l’emanazione in data 14 gennaio 1972 di undici decreti legislativi (nn. 1-11), realizza il c.d. «primo trasferimento di funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni». Tra di essi vanno ricordati, in particolare, a stretto giro, il decreto delegato 15 gennaio 1972, n. 11 che dispose il trasferimento delle funzioni amministrative in materia di agricoltura e foreste, caccia e pesca nelle acque interne, nonché il n. 4 sulla sanità e il n. 8 sull’urbanistica che, nel delegare alle Regioni per rilevanti funzioni amministrative la “tutela dell’ambiente dagli inquinamenti”, mantenevano ciò nondimeno ferma la competenza in capo allo Stato su tale materia.. Tali decreti, come ebbe a dire autorevole dottrina, trasformavano la tutela dall’ambiente da “funzione occulta, strumentale ed adespota” in una materia nuova, e dunque di competenza statale, in quanto non menzionata nell’elenco dell’art. 117 Cost.⁶³

In questa prima fase di trasferimento delle funzioni amministrative, a fronte di tale indirizzo di politica legislativa vi era stata l’opposizione da parte delle Regioni che negavano, con il sostegno di gran parte della dottrina pubblicistica, che la tutela dell’ambiente fosse da considerare una nuova materia anziché per così dire il risultato effettuale di un più moderno approccio semantico nelle modalità di individuazione di materie di sicura competenza regionale, quali la sanità, l’urbanistica, l’agricoltura e foreste, i lavori pubblici, la caccia e la pesca⁶⁴.

In altre parole, nella prospettiva regionale, rispetto a tali materie l’ambiente avrebbe costituito esclusivamente un insieme di indirizzi ovvero concezioni, in grado,

generale, il progetto dell’allora ministro dell’interno Scelba, presentato al Senato il 31 dicembre 1961, con il n. 1868, avente ad oggetto la riforma della legge comunale e provinciale (risalente al ’34). Si segnalano, successivamente, nel corso degli anni ’70, partitamente, alcune leggi che si collocano *a latere* delle importanti riforme che presero piede in quegli anni: - la l. 3 dicembre 1971, n. 1102, sulla istituzione delle Comunità montane; - la l. 8 aprile 1976, n. 278, che consentiva ai Comuni, in attesa che entrasse in vigore un nuovo ordinamento delle autonomie locali, di istituire i Consigli circoscrizionali; - la legge 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, che prevedeva la costituzione delle unità sanitarie locali.

⁶² Cfr. L. PALADIN *Per una storia costituzionale dell’Italia repubblicana* cit., 250 ss.

⁶³ M. S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici* cit., *ibidem*.

⁶⁴ «[...] Alcune Regioni impugnarono una parte dei decreti presidenziali di trasferimento; ma la vicenda diede ragione alle amministrazioni regionali che si erano astenute dal proporre contestazioni di sorta. La Corte costituzionale, infatti, respinse sistematicamente i ricorsi [sentenze nn. 138-142 del 24 luglio 1972, *n.d.a.*: cfr. L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell’Italia repubblicana* cit., p. 258, nota 43] nell’inespresso ma evidente intento di lasciare agli organi statali di governo il compito di definire i rapporti fra il potere centrale e i poteri periferici. Accanto a ciò, tuttavia, risultò più volte manifesta la diffidenza che la Corte stessa nutriva nei confronti delle Regioni: *per esempio, quando la materia regionale dell’urbanistica venne riferita al solo assetto dei centri abitati, in termini ancor più restrittivi di quelli desumibili dal decreto presidenziale 15 gennaio 1972, n. 8* [corsivo nostro]. [...]. L’atteggiamento filo-governativo assunto dalla Corte nel ’72, senza precedenti nei primi tre lustri della giurisprudenza costituzionale, non poteva non scoraggiare le amministrazioni regionali, quand’anche insoddisfatte nelle loro pretese» (così L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell’Italia repubblicana* cit., pp. 258-259).

verosimilmente, di offrire una nuova chiave di lettura delle attribuzioni regionali, giusta i criteri di organicità che avrebbero dovuto, appunto, informare tale trasferimento.

Una seconda fase (di trasferimento delle funzioni amministrative o per così dire di “regionalizzazione”), coincise con l’emanazione di una seconda legge delega del 22 luglio 1975, n. 382, recante “Norme sull’ordinamento regionale e sulla organizzazione della pubblica amministrazione”.

Ad essa seguì il d. p. r. n. 616 del 1977, con il quale veniva, appunto, attuato un secondo e più ampio trasferimento di funzioni amministrative.

Il d.p.r. n. 616/1977, riprendendo almeno in parte le proposte della commissione “Giannini”, costituita per il completamento dell’ordinamento regionale, fondava il modello istituzionale di tutela dell’ambiente sul principio dell’integrale attribuzione alle Regioni a statuto ordinario della materia ambientale come ambito di competenza propria, con la connessa ulteriore devoluzione, in regime di delega, di diverse altre materie (quali le acque, la protezione della natura e delle bellezze naturali), in quanto ad essa più in generale organicamente connesse.

In tal modo venivano trasferite le funzioni statali già esercitate in ordine all’igiene del suolo ed allo smaltimento dei rifiuti, all’inquinamento atmosferico, idrico, termico ed acustico, agli aspetti igienico-sanitari delle industrie insalubri.

Emblematico di tale tensione pan-urbanistica (destinata in proiezione a culminare nell’art. 34, d.lgs. 80/1998⁶⁵ quale disposizione di portata tendenzialmente omnicomprensiva concernente la totalità del “governo del territorio”) suscettiva di accorpate le funzioni amministrative afferenti la materia urbanistica attorno, complessivamente, al “governo del territorio” è, in questo momento, proprio la norma di cui all’art. 80 D.P.R. n. 616/77 che definisce, appunto, l’urbanistica come «la disciplina dell’uso del territorio comprensiva di tutti gli aspetti conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti le operazioni di salvaguardia e di trasformazione del suolo nonché la protezione dell’ambiente»⁶⁶.

Tale nuovo trasferimento determinava, in effetti, l’ascrizione di fatto della materia ambientale entro il settore organico corrispondente all’assetto del territorio nel quale venivano così aggregate (ovvero unitariamente “assemblate”) una serie di funzioni che erano elencate nell’art. 117 Cost. in modo chiaramente disomogeneo .

In altre parole, l’art. 80 D.P.R. n. 616/77 introduceva comunque un radicale

⁶⁵ La giurisprudenza sembra considerare, in un’interpretazione non strettamente letterale ma di ordine logico-sistematico, l’espressione “urbanistica ed edilizia” una sorta di *endiadi*, in modo da configurare l’art. 34, d.lgs. 80/1998 come una disposizione di portata tendenzialmente omnicomprensiva concernente la totalità del governo del territorio (Cass., sez. un., ord. 11 dicembre 2001 n. 15641) tale cioè da superare ed inglobare tutte le nozioni legislativamente accolte in precedenza (come la stessa nozione di *urbanistica* di cui all’art. 80, d.p.r. 616/1977 già più estensiva di quella recepita dalla legge urbanistica del 1942).

⁶⁶ Art. 80 D.P.R. n. 616/77: «Le funzioni amministrative relative alla materia urbanistica concernono la disciplina dell’uso del territorio comprensiva di tutti gli aspetti conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti le operazioni di salvaguardia e di trasformazione del suolo nonché la protezione dell’ambiente» (cfr. *infra* nel testo).

mutamento di prospettiva determinando una effettiva soluzione di continuità rispetto ai *nomina* ormai tendenzialmente obsoleti e superati afferenti le materie presenti nell'elenco di cui all'art. 117 Cost.

Tale articolo, ricompreso nel titolo V ("assetto ed utilizzazione del territorio")⁶⁷, sembrava in parte conferire - limitatamente alla scelta del legislatore di ricollegarsi incisivamente alla componente del "governo del territorio" - una connotazione per così dire "urbanistica" a quel coacervo di interessi plurimi e diversificati che era la c.d. "tutela ambientale" in quel momento storico, soprattutto laddove precisava che le «funzioni amministrative relative alla materia urbanistica concern[evano] la disciplina dell'uso del territorio comprensiva di tutti gli aspetti conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti le operazioni di salvaguardia e di trasformazione del suolo nonché la protezione dell'ambiente». La conferma veniva fornita anche dall'art. 81⁶⁸ che, in via di

⁶⁷ Artt. 79 ss. D.P.R. n. 616/77. Nell'ambito di tale settore è ricompreso un elenco di "materie": "urbanistica", "tranvie e linee automobilistiche di interesse regionale", "navigazione e porti lacuali", "caccia", "pesca nelle acque interne", "tutela dell'ambiente dagli inquinamenti".

⁶⁸ Cfr. l'art. 81, D.P.R. n. 616/77: «Sono di competenza dello Stato le funzioni amministrative concernenti: a) (Omissis) (1); b) la formazione e l'aggiornamento degli elenchi delle zone dichiarate sismiche e l'emanazione delle relative norme tecniche per le costruzioni nelle stesse. (Omissis) (2). Se l'intesa non si realizza entro novanta giorni dalla data di ricevimento da parte delle regioni del programma di intervento, e il Consiglio dei Ministri ritiene che si debba procedere in difformità dalla previsione degli strumenti urbanistici, si provvede sentita la commissione interparlamentare per le questioni regionali con decreto del Presidente della Repubblica previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro o dei Ministri competenti per materia. I progetti di investimento di cui all'art. 14 della legge 6 ottobre 1971, n. 853, sono comunicati alla regione nel cui territorio essi devono essere realizzati. Le regioni hanno la facoltà di promuovere la deliberazione del CIPE di cui al quarto comma dello stesso articolo. Resta fermo quanto previsto dalla legge 18 dicembre 1973, n. 880, concernente la localizzazione degli impianti per la produzione di energia elettrica e dalla legge 2 agosto 1975, n. 393, relativa a norme sulla localizzazione delle centrali elettronucleari e sulla produzione e sull'impiego di energia elettrica e dalla legge 24 dicembre 1976, n. 898, per le servitù militari.

(1) Lettera abrogata dall'art. 52, d.lg. 31 marzo 1998, n. 112.

(2) Comma abrogato dall'art. 4, d.p.r. 18 aprile 1994, n. 383».

Cfr. anche l'art. 82 D.P.R. n. 616/77: «Sono delegate alle regioni le funzioni amministrative esercitate dagli organi centrali e periferici dello Stato per la protezione delle bellezze naturali per quanto attiene alla loro individuazione, alla loro tutela e alle relative sanzioni. La delega riguarda tra l'altro le funzioni amministrative concernenti: a) l'individuazione delle bellezze naturali, salvo il potere del Ministro per i beni culturali e ambientali (1), sentito il Consiglio nazionale per i beni culturali e ambientali (2), di integrare gli elenchi delle bellezze naturali approvate dalle regioni; b) la concessione delle autorizzazioni o nulla osta per le loro modificazioni; c) l'apertura di strade e cave; d) la posa in opera di cartelli o di altri mezzi di pubblicità; e) la adozione di provvedimenti cautelari anche indipendentemente dalla inclusione dei beni nei relativi elenchi; f) l'adozione dei provvedimenti di demolizione e la irrogazione delle sanzioni amministrative; g) le attribuzioni degli organi statali centrali e periferici inerenti alle commissioni provinciali previste dall'art. 2 della legge 29 giugno 1939, n. 1497 e dell'art. 31 del decreto del Presidente della Repubblica 3 dicembre 1975, n. 805; h) l'autorizzazione prevista dalla legge 29 novembre 1971, n. 1097, per la tutela dei Colli Euganei. Le notifiche di notevole interesse pubblico delle bellezze naturali e panoramiche eseguite in base alla legge 29 giugno 1939, n. 1497, non possono essere revocate o modificate se non previo parere del Consiglio nazionale per i beni culturali (2). Il Ministro per i beni culturali e ambientali (1) può inibire lavori o disporre la sospensione, quando essi rechino pregiudizio a beni qualificabili come bellezze naturali anche indipendentemente dalla loro inclusione negli elenchi. Sono sottoposti a vincolo paesaggistico ai sensi della legge 29 giugno 1939, n. 1497: a) i territori costieri compresi in una fascia della profondità di 300 metri dalla linea di battigia, anche per i terreni elevati sul mare; b) i territori contermini ai laghi compresi in una fascia della profondità di 300 metri dalla linea di battigia, anche per i territori elevati sui laghi; c) i fiumi, i torrenti ed i corsi d'acqua iscritti negli elenchi di cui al testo unico delle disposizioni di legge sulle acque ed impianti elettrici, approvato con R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775, e le relative sponde o piede degli argini per una fascia di 150 metri ciascuna;

specificazione di quanto, appunto, ricompreso ellitticamente nella precedente disposizione, enucleava le funzioni riservate allo Stato in via di competenza sostanzialmente di tipo “residuale” (*id est*, più esattamente, nella potestà di indirizzo e coordinamento, nonché) nella «identificazione delle linee fondamentali dell’assetto del territorio nazionale, con particolare riferimento all’articolazione territoriale degli interventi di interesse statale ed alla tutela ambientale».

Nel contempo, tuttavia, il medesimo decreto legislativo sembrava muoversi nell’opposta direzione nel capo VII, enucleando agli art. 101-105 una vera e propria materia (*rectius*, funzione) rubricata appunto come «tutela dell’ambiente dagli inquinamenti»; in tal modo configurando una differente imputazione materiale di carattere funzionale con effetto “divaricante” rispetto all’urbanistica.

“Divaricante”, in ragione proprio della *interpositio legislatoris*, che realizzava un trasferimento conestato sulla base di una differente *ratio* sistematica, nella misura in cui, da una parte, veniva attuato per “connessione” nelle materie già elencate

d) le montagne per la parte eccedente 1.600 metri sul livello del mare per la catena alpina e 1.200 metri sul livello del mare per la catena appenninica e per le isole; e) i ghiacciai e i circhi glaciali; f) i parchi e le riserve nazionali o regionali, nonché i territori di protezione esterna dei parchi; g) i territori coperti da foreste e da boschi, ancorché percorsi o danneggiati dal fuoco, e quelli sottoposti a vincolo di rimboschimento; h) le aree assegnate alle università agrarie e le zone gravate da usi civici; i) le zone umide incluse nell’elenco di cui al decreto del Presidente della Repubblica 13 marzo 1976, n. 448; l) i vulcani; m) le zone di interesse archeologico (3). Il vincolo di cui al precedente comma non si applica alle zone A, B e - limitatamente alle parti ricomprese nei piani pluriennali di attuazione - alle altre zone, come delimitate negli strumenti urbanistici ai sensi del decreto ministeriale 2 aprile 1968, e, nei comuni sprovvisti di tali strumenti, ai centri edificati perimetrati ai sensi dell’articolo 18 della legge 22 ottobre 1971, n. 865 (3). Sono peraltro sottoposti a vincolo paesaggistico, anche nelle zone di cui al comma precedente, i beni di cui al numero 2) dell’articolo 1 della legge 29 giugno 1939, n. 1497 (3). Nei boschi e nelle foreste di cui alla lettera g) del quinto comma del presente articolo sono consentiti il taglio colturale, la forestazione, la riforestazione, le opere di bonifica, antincendio e di conservazione previsti ed autorizzati in base alle norme vigenti in materia (3). L’autorizzazione di cui all’articolo 7 della legge 29 giugno 1939, n. 1497, deve essere rilasciata o negata entro il termine perentorio di sessanta giorni. Le regioni danno immediata comunicazione al Ministro per i beni culturali e ambientali (1) delle autorizzazioni rilasciate e trasmettono contestualmente la relativa documentazione. Decorso inutilmente il predetto termine, gli interessati, entro trenta giorni, possono richiedere l’autorizzazione al Ministro per i beni culturali e ambientali (1), che si pronuncia entro sessanta giorni dalla data di ricevimento della richiesta. Il Ministro per i beni culturali e ambientali (1) può in ogni caso annullare, con provvedimento motivato, l’autorizzazione regionale entro i sessanta giorni successivi alla relativa comunicazione (3). Qualora la richiesta di autorizzazione riguardi opere da eseguirsi da parte di amministrazioni statali, il Ministro per i beni culturali e ambientali (1) può in ogni caso rilasciare o negare entro sessanta giorni l’autorizzazione di cui all’articolo 7 della legge 29 giugno 1939, n. 1497, anche in difformità dalla decisione regionale (3). Per le attività di ricerca ed estrazione di cui al regio decreto 29 luglio 1927, n. 1443, l’autorizzazione del Ministero per i beni culturali e ambientali (1), prevista dal precedente nono comma, è rilasciata sentito il Ministro dell’industria, del commercio e dell’artigianato (3). Non è richiesta l’autorizzazione di cui all’articolo 7 della legge 29 giugno 1939, n. 1497, per gli interventi di manutenzione ordinaria, straordinaria, di consolidamento statico e di restauro conservativo che non alterino lo stato dei luoghi e l’aspetto esteriore degli edifici, nonché per l’esercizio dell’attività agro-silvo-pastorale che non comporti alterazione permanente dello stato dei luoghi per costruzioni edilizie od altre opere civili, e sempre che si tratti di attività ed opere che non alterino l’assetto idrogeologico del territorio (3). Le funzioni di vigilanza sull’osservanza del vincolo di cui al quinto comma sono esercitate anche dagli organi del Ministero per i beni culturali e ambientali (3) (4).

(1) Ora per i beni e le attività culturali.

(2) Leggasi Consiglio per i beni culturali e ambientali.

(3) Comma aggiunto dall’art. 1, d.l. 27 giugno 1985, n. 312, conv. In l. 8 agosto 1985, n. 431.

(4) V., ora, l’art. 2, l. 8 luglio 1986, n. 349».

nell'art. 117 Cost.⁶⁹, ed in altra parte (“divergente” appunto con la prima) in via di “astrazione” quale precipitato effettuale [nella materia ambientale] di un (ormai) inevitabile processo nomopoietico o per così dire di palingenesi normativa⁷⁰.

In effetti, questa opzione legislativa, non soltanto sembrava confliggere con il dato costituzionale quanto meno in ragione dell'assenza formale (*per tabulas*) della materia in esame (nell'elenco di cui all'art. 117 Cost., come è ormai già noto, mancava una espressa previsione della “tutela dell'ambiente”) e pertanto esporsi a più di un dubbio di legittimità costituzionale, ma appariva anche in sé tutt'altro che inequivoca quanto alla sua formulazione testuale e alla portata ermeneutica per la presenza nel medesimo atto legislativo di una disciplina i cui riferimenti normativi non erano senz'altro univocamente interpretabili.

Evidentemente, l'assenza di un riferimento testuale espresso alla tutela dell'ambiente quale materia oggetto di potestà legislativa nell'elenco di cui all'art. 117, Cost ne consentiva - almeno fino al momento di tale *interpositio legislatoris* (con il D.P.R. n. 616/1977) - l'inquadramento e/o la configurazione esclusivamente attraverso un procedimento di sussunzione logica entro le diverse materie ricomprese in tale elenco giusta il modulo della potestà legislativa ripartita o concorrente.

A meno che non si volesse *ex adverso*, in via di estrazione “in negativo” ed attraverso un differente procedimento - tendente a “reificare” tale attribuzione - ascriverne in tal caso la competenza legislativa allo Stato in via esclusiva.

Verosimilmente, il legislatore con il d.p.r. n. 616/1977 aveva inteso perseguire quel percorso evolutivo che, in linea con il primo trasferimento, ed evitando ogni possibile soluzione di continuità con esso - ciò che poi, in una sorta di eterogenesi dei fini, non sarebbe di fatto avvenuto: cfr. *supra* - gli avrebbe consentito di non introdurre (*formaliter*, cioè altrimenti con legge costituzionale ed) *ex nihilo* una nuova materia senza negare (ciò nondimeno) contestualmente il riconoscimento espresso della tutela ambientale (anche ad un livello di tutela divergente rispetto a quello del governo (*recte*, uso) del territorio.

Tanto, teleologicamente, al fine di dare ugualmente esplicitazione o emersione sostanziale dal p.d.v. funzionale a tale coacervo di interessi plurimi e diversificati complessivamente per così dire “imbricati” con le materie di cui all'elenco del 117 Cost.

In tale prospettiva, l'esercizio della competenza statale veniva pertanto limitato - secondo lo schema della potestà concorrente - esclusivamente entro i confini della potestà di fissare i principi generali della materia, mediante cioè leggi-cornice, nonché all'esercizio dei poteri di indirizzo e coordinamento.

Si è già fatto cenno della difficoltà, anche attraverso una retrospezione piuttosto approfondita, che giunga a scandagliare minutamente la giurisprudenza della

⁶⁹ Cfr. artt. 79/81 e 83, D.P.R. n. 616/1977.

⁷⁰ Art. 101-105 decreto citato.

Corte Costituzionale sulle materie prima richiamate più vicine o contigue *quodam modo* al bene "ambiente", di individuare - ancor prima del problema (invero successivo) della correlativa allocazione competenziale - in maniera per così dire apprezzabile, dal punto di vista "sostanziale", una sia pur primigenia funzione di "tutela ambientale" nell'accezione dianzi considerata (cfr. *supra*).

Ed, in effetti, è solo in un secondo momento che comincia a insinuarsi e a farsi strada, nella elaborazione dogmatica della Corte, quello sforzo speculativo di "aggregazione concettuale" - in riferimento, in particolare, alla materia "urbanistica" - del bagaglio cognizionale (*rectius*, quale capacità di coonestare adeguatamente tale corredo nozionale) precedentemente acquisito.

Anche, pertanto, non volendo ravvisare alcuna "soluzione" di continuità nella giurisprudenza costituzionale a cavallo tra gli anni '80 e '90, è solo al termine di tale affinamento che viene emergendo, da parte del Giudice delle leggi, tale consapevolezza di intenti e di esiti interpretativi. Tale indirizzo giurisprudenziale può, verosimilmente, risalire alla sentenza n. 183 del 1987⁷¹ che, limitatamente alla funzione di "governo del territorio", incardina in capo alla Regione una «competenza costituzionalmente garantita in materia di protezione ambientale, il cui contenuto può essere individuato, in relazione all'assetto del territorio e dello sviluppo sociale e civile di esso, per un verso nel rispetto e nella valorizzazione delle peculiarità naturali del territorio stesso, per altro verso, nella preservazione della salubrità delle condizioni oggettive del suolo, dell'aria e dell'acqua a fronte dell'inquinamento atmosferico, idrico, termico ed acustico» (punto 2 *cons. in dir.*)⁷².

A partire da tale arresto traspare il riconoscimento ad opera del *Judex legum* di un «collegamento funzionale intercorrente fra la materia ora indicata [della protezione ambientale] con quelle che riguardano comunque il territorio⁷³, ma particolarmente con quella dell'urbanistica (funzione ordinatrice, ai fini della reciproca compatibilità, degli usi e delle trasformazioni del suolo nella dimensione spaziale considerata e nei tempi ordinatori previsti)⁷⁴ e con quella del paesaggio (tutela del valore estetico-culturale) ed altresì con la materia dell'assistenza sanitaria (complesso degli interventi positivi per la tutela e promozione della salute umana) (sent. n. 183/1987, punto 2 *cons. in dir.*).

Tuttavia, allo stesso tempo, (anche) in assenza di una norma specificatamente deputata alla tutela dell'ambiente, la Corte costituzionale afferma la distinzione di tale materia (prefigurata *ante litteram*) dalle altre materie attribuite alla competenza

⁷¹ Corte cost., sent. 22 maggio 1987, n. 183, in *Giur. cost.*, 1987, p. 1, pp. 1332 ss., ed anche in *Riv. giur. amb.*, 1987, pp. 305 ss., con nota di M. COLUCCI, pp. 313 ss.

⁷² Cfr. anche A. COLAVECCHIO cit., p. 8.

⁷³ Cfr. la sentenza n. 225 del 1983 in *Giur. cost.*, 1983, pp. 1372 ss.

⁷⁴ Cfr. la sentenza n. 151 del 1986 in *Foro it.*, 1986, I, cc. pp. 2690 ss., con nota di M. R. COZZUTO QUADRI, *Stato, regioni e tutela ambientale: la l. 431/85 supera il vaglio della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1986, I, pp. 2694 ss., ed anche in *Giur. cost.*, 1986, I, pp. 1010 ss., con osservazione di A. ANZON, *Principio cooperativo e strumenti di raccordo tra le competenze statali e regionali*, pp. 1039 ss., nonché in *Le Regioni*, 1986, pp. 1283 ss., con nota di S. BARTOLE, *La primarietà di valori costituzionali è giustificazione di interventi di emergenza?*, pp. 1284 ss.

regionale (urbanistica, sanità, agricoltura, etc.) poiché, sia pur riconoscendo alla prima un collegamento funzionale con quelle - che riguardano comunque il "territorio" - da esse peraltro, la materia della protezione ambientale si distingue per la specificità dell'interesse perseguito.

Appare, pertanto, condivisibile, l'assunto, in dottrina, di un progressivo (ma già *medio tempore* apprezzabile) percorso di avvicinamento da parte della Corte ad una concezione estensiva (ancora fondata sulla matrice comune della funzione di "governo del territorio") del concetto di ambiente, la quale costituisce, prodromicamente, per così dire il nucleo duro - in uno con la considerazione dell'ambiente quale "valore costituzionalmente protetto" - di quella funzione di "tutela ambientale" che, progressivamente, verrà configurandosi *ante litteram* sul piano esegetico, ancor prima della espressa formulazione costituzionale di cui al nuovo testo dell'art. 117 Cost dopo l'intervento correttivo del legislatore con la riforma nel 2001⁷⁵.

2.1. Segue: Articolazione e riparto delle "funzioni legislative" ed "amministrative" tra Stato e Regioni dalla riforma delle autonomie territoriali del '90 alla novella del Titolo V, Parte II della Costituzione nel 2001, sulle materie «tutela dell'ambiente» e «governo del territorio».

Si assiste al principio degli anni '90 ad una vera e propria svolta o inversione di rotta nella pubblica amministrazione cui fornisce impulso primigenio la legge ordinamentale sulle autonomie locali dell'8 giugno 1990, n. 142⁷⁶. Traspare, a partire da questa, se pure ancora in nuce, la necessità di armonizzare il sistema degli enti territoriali, in particolare garantendo agli enti infraregionali maggiore autonomia così da realizzare un modello a struttura essenzialmente poliarchica⁷⁷. Spinte decisive in tale direzione provenivano, verosimilmente, anche dalla evoluzione della materia in sede europea (basti pensare ai principi che sanciva la Carta europea dell'autonomia locale, resa esecutiva con legge 30 dicembre 1989, n. 439, v. art. 9).

⁷⁵ Cfr. A. COLAVECCHIO, pp. 7- 8.

⁷⁶ E' unanimemente riconosciuto che la riforma del 1990 abbia innescato (congiuntamente alla l. n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo che, sincreticamente, lungo la medesima direttrice ha impresso una svolta ancor più radicale, su di un piano più generale, alla pubblica amministrazione, intaccando profondamente la logica autoritativa che ne caratterizzava la struttura ma anche, se non soprattutto, il rapporto con i privati) una svolta fondamentale nel sistema amministrativo a livello di governo locale (ma idealmente su tutto l'apparato della P.A.).

⁷⁷ Il legislatore ha cioè ridefinito il rapporto tra Regioni ed enti locali, nell'intento di realizzare al tempo stesso un più organico raccordo funzionale e di rivedere la collocazione istituzionale delle Regioni, cercando di superare la concezione dualistica del rapporto tra gli enti territoriali che poggia sulla centralità dello Stato nella veste di regolatore delle competenze delle Regioni e degli enti locali e vede un rapporto di reciproco antagonismo fra questi ultimi, così M. PICCHI, *L'autonomia amministrativa delle Regioni*, Milano, 2005, p. 85. Tanto emerge, in particolare dall'art. 2, 5 co., della l. n. 142/1990: «I Comuni e le Province sono titolari di funzioni proprie. Esercitano, altresì, secondo le leggi statali e regionali, le funzioni attribuite o delegate dallo Stato e dalla Regione».

La legge 142 che aveva accentuato il divario istituzionale tra regioni ed enti locali, espressamente delineati come enti “a fini generali”, proprio per quanto concerne il livello territoriale di governo afferente agli enti locali, nel definire i Comuni e le Province come gli enti che rappresentano le rispettive comunità e ne curano gli interessi e ne promuovono lo sviluppo, attribuiva direttamente ai Comuni, rifacendosi al D.P.R. 616/1977, tutte le competenze amministrative che riguardano la popolazione e il territorio comunale precipuamente nei settori organici dei servizi sociali, dell’assetto e utilizzazione del territorio (e dello sviluppo economico) salvo quelle già attribuite ad altri enti con legge statale o regionale. Aveva, inoltre, conferito alla Province le funzioni amministrative di interesse provinciale inerenti a vaste zone intercomunali o l'intero territorio provinciale in ben dieci settori: funzioni amministrative della Provincia: a) difesa del suolo, tutela e valorizzazione dell’ambiente e prevenzione delle calamità; b) tutela e valorizzazione delle risorse idriche ed energetiche; c) valorizzazione dei beni culturali; d) viabilità e trasporti; e) protezione della flora e della fauna, parchi e riserve naturali; f) caccia e pesca nelle acque interne; g) organizzazione dello smaltimento dei rifiuti a livello provinciale, rilevamento, disciplina e controllo degli scarichi delle acque e delle emissioni atmosferiche e sonore; h) servizi sanitari, di igiene e profilassi pubblica, attribuiti dalla legislazione statale e regionale ; i) compiti connessi alla istruzione secondaria di secondo grado ed artistica ed alla formazione professionale, compresa l’edilizia scolastica, attribuiti dalla legislazione statale e regionale; l) raccolta ed elaborazione dati, assistenza tecnico - amministrativa agli Enti Locali.

Il Giudice delle leggi, tuttavia, aveva affermato che «l’avvenuto potenziamento della fisionomia funzionale della provincia» disposto dalla L. n. 142/90 “non opera[ava] a scapito delle competenze regionali” delle quali è assicurata comunque la preminenza sulle funzioni degli enti territoriali “minori”; ma, nel contempo, aveva asseverato il principio che le funzioni attribuite alle province relative a interessi esclusivamente locali (in materie di competenza regionale come l’urbanistica o l’ambiente), «sono subordinate alla preventiva individuazione, da parte delle regioni [...], della localizzabilità dell’interesse a livello provinciale» in quanto privo del carattere unitario a livello territoriale⁷⁸.

Ma, il percorso di riforma della pubblica amministrazione, prima di confluire, invero, in quello costituzionale - il cui esito terminale e più rilevante è rappresentato proprio dalla l. cost. n. 3 del 2001 che, in ossequio alle ordinarie procedure di revisione di cui all’art. 138 della Costituzione, ha riformato il Titolo V della parte II, della Costituzione - riceve, *medio tempore*, sul finire degli anni ‘90, una forte accelerazione con il varo della fondamentale l. 15 marzo 1997, n. 59 (la prima delle leggi «Bassanini»), recante «Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle Regioni ed enti locali, per la

⁷⁸ Corte Cost., sent. n. 343/91, www.lexambiente.com

riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa»⁷⁹. Questa legge costituisce la pietra angolare di quel processo di riforma della pubblica amministrazione - ancora a Costituzione invariata - che condurrà alla suddetta riforma del Titolo V, le cui tappe fondamentali vengono scandite dalle successive leggi nn. 94/1997, 127/1997, 118/1998 e 50/1999 con i loro numerosi decreti legislativi di attuazione, tra cui l'importante d. lgs 31 marzo 1998, n. 112, recante «Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della l. 15 marzo 1997, n. 59», che, in sede di svolgimento della delega di cui alla l. n. 59/1997, provvede all'attribuzione delle funzioni alle autonomie territoriali⁸⁰.

La l. n. 59/1997 introduceva nuove modalità di allocazione delle competenze: una volta definite le competenze indivisibili dello Stato, attribuisce alle Regioni e agli Enti Locali le funzioni residue secondo nuovi criteri, ispirati ai principi indicati dall'articolo 4, comma 3, tra cui figurano - in uno con il ben noto principio-guida della sussidiarietà - :

- a) il principio di completezza, con l'attribuzione alla Regione dei compiti e

⁷⁹ L'art. 4, 3 co., lett. a) dispone che i conferimenti di funzioni alle autonomie territoriali debbano avvenire nell'osservanza del principio di sussidiarietà: «[...] con l'attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai comuni, alle province e alle comunità montane, secondo le rispettive dimensioni territoriali, associative e organizzative, con l'esclusione delle sole funzioni in compatibili con le dimensioni medesime, attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati» cfr. anche *infra* nel testo).

Il riferimento è al principio di sussidiarietà di cui all'art 1, 2 co., della medesima l. n. 59/1997, sulla base del quale: «sono conferite alle Regioni e agli enti locali, nell'osservanza del principio di sussidiarietà di cui all'art. 4, comma 3, lettera a), della presente legge, anche ai sensi dell'art. 3 della legge 8 giugno 1990, n. 142, tutte le funzioni e i compiti amministrativi relativi alla cura degli interessi e alla promozione dello sviluppo delle rispettive comunità, nonché tutte le funzioni e i compiti amministrativi localizzabili nei rispettivi territori in atto esercitati da qualunque organo o amministrazione dello Stato, centrali o periferici, ovvero tramite enti o altri soggetti pubblici» [ma v. anche gli artt. 3, 1 co., lett. b) e 4, 5 co., nei quali viene rispettivamente disciplinato il conferimento di funzioni dallo Stato alle Regioni e l'esercizio del potere legislativo regionale di trasferire competenze agli enti locali].

Come è ormai noto il principio di sussidiarietà è principio *medio tempore* di derivazione comunitaria, enunciato per la prima volta nel Trattato di Maastricht, poi recepito dalla legge n. 59/1997 e dal successivo decreto delegato n. 112/1998. Con la riforma del Titolo V, Parte seconda, della Costituzione (attuata, da ultimo, con la legge costituzionale n. 3/2001) esso assurge al rango di principio costituzionale (art. 118, 1 co., per la sussidiarietà verticale e 4 co., Cost., per la sussidiarietà orizzontale). Sul piano della legislazione ordinaria, l'art. 3, 5 co., del T.u.e.l. stabilisce che «i comuni e le province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della regione, secondo il principio di sussidiarietà. I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonomia iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali». Rinvia al principio di sussidiarietà di cui all'art. 4, 3 co., l. n. 59/1997 anche l'art. 4, 3 co., dello stesso T.u.e.l. : «la generalità dei compiti e delle funzioni amministrative è attribuita ai comuni, alle province e alle comunità montane, in base ai principi di cui all'art. 4, comma 3, della legge del 15 marzo 1997, n. 59, secondo le loro dimensioni territoriali, associative ed organizzative, con esclusione delle sole funzioni che richiedono l'unitario esercizio a livello regionale» (cfr. anche *infra* nel testo).

⁸⁰ Il rovesciamento delle competenze nel rapporto tra Stato e autonomie territoriali si coglie lucidamente in particolare dal secondo comma dell'art. 3 del d. lgs. n. 112/1998: «la generalità dei compiti e delle funzioni amministrative è attribuita ai comuni, alle province e alle comunità montane...con esclusione delle sole funzioni che richiedano l'unitario esercizio a livello regionale».

Fondamentale sulle «funzioni amministrative» ed il principio di sussidiarietà è la sentenza n. 303/2003 con cui la Corte costituzionale ha, complessivamente, respinto nei giudizi di legittimità costituzionale promossi da varie Regioni gran parte delle censure mosse avverso alcune disposizioni della legge n. 443/2001 («Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici») e dei conseguenti decreti delegati (nn. 190 e 198 del 2002), ritenute lesive dell'autonomia legislativa e amministrativa regionale (cfr. *infra* nel testo).

delle funzioni amministrative non assegnati secondo il principio di sussidiarietà, e delle funzioni di programmazione;

b) il principio di efficienza e di economicità, anche con la soppressione delle funzioni e dei compiti divenuti superflui;

c) il principio di cooperazione tra Stato, Regioni ed Enti Locali anche al fine di garantire un'adeguata partecipazione alle iniziative adottate nell'ambito dell'Unione europea;

d) i principi di responsabilità ed unicità dell'amministrazione, con la conseguente attribuzione ad un unico soggetto delle funzioni e dei compiti connessi, strumentali e complementari, e quello di identificabilità in capo ad un unico soggetto anche associativo della responsabilità di ciascun servizio o attività amministrativa;

e) il principio di omogeneità, tenendo conto in particolare delle funzioni già esercitate con l'attribuzione di funzioni e compiti omogenei allo stesso livello di governo;

f) il principio di adeguatezza, in relazione all'idoneità organizzativa dell'amministrazione ricevente a garantire, anche in forma associata con altri enti, l'esercizio delle funzioni;

g) il principio di differenziazione nell'allocatione delle funzioni in considerazione delle diverse caratteristiche, anche associative, demografiche, territoriali e strutturali degli enti riceventi;

Ebbene, se il D.Lgs. n. 143/97 (art. 1) aveva operato il trasferimento alle regioni di tutte le funzioni in materia di agricoltura, foreste, pesca, agriturismo, caccia, sviluppo rurale alimentazione, (ad eccezione dei compiti attribuiti al ministero per le politiche agricole), è solo con il D.Lgs. n.112/98 emanato, come dianzi accennato, in attuazione della delega al trasferimento delle funzioni contenuta nella L. n. 59/1997, che viene apparentemente enucleandosi una differente configurazione dell'ambiente. Tale testo normativo, infatti, - nel tentativo di immettere una *ratio* ordinatrice nel sistema così come era venuto fino a quel momento sedimentandosi - individuava le funzioni conferite a Regioni ed enti locali, sceverando, nel medesimo Titolo III, in una logica, tuttavia, di carattere "diaretico" - senza fornire inoltre di esse delle puntuali definizioni - le diverse materie ivi elencate ("territorio e urbanistica", "protezione della natura e dell'ambiente, tutela dell'ambiente dagli inquinamenti e gestione dei rifiuti"):

Pertanto, anche con il D.Lgs. 112/98 il trasferimento delle funzioni amministrative alle Regioni ed agli enti locali ritenne ancora in capo allo Stato un'ampia area di immunità con la riserva del potere di individuare le linee fondamentali in relazione alle esigenze di tutela dei valori naturali ed ambientali, di difesa del suolo, ed ad interventi di programmazione complessa relative al sistema delle città, delle aree metropolitane, finalizzate allo sviluppo del Mezzogiorno e delle aree depresse.

Con il separare, inoltre, la materia-funzione "tutela dell'ambiente" dalla materia "territorio e urbanistica", operava in sostanziale continuità con il D.P.R. n. 616/77 che, come già noto (cfr. *supra*), da un lato, enucleava la materia urbanistica attraverso il "superconcetto" omnicomprensivo di assetto ed utilizzazione del territorio - in coerenza con la definizione dell'urbanistica «come la disciplina relativa alla salvaguardia e alla trasformazione del suolo nonché alla protezione dell'ambiente» - dall'altro, invece, elaborava su di altro piano, una nozione in sé compiuta (*recte*, divergente) di "tutela dell'ambiente dagli inquinamenti".

In altre parole, la (ri)-sistemazione tassonomica operata dal D.Lgs. 112/98, con il mantenere tale riserva, anziché attribuire allo Stato soltanto compiti specifici e predefiniti non spostava la materia ambientale, ancora attratta alla competenza statale, lasciando, sostanzialmente, inalterato il pregresso assetto delle competenze regionali⁸¹.

Esso avrebbe trovato il suo sbocco naturale nel D.Lgs. n. 300/99, finalizzato al riordino delle attribuzioni ministeriali.

Con tale provvedimento il ministero dell'ambiente veniva sostituito dal ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e alla nuova struttura ministeriale venivano trasferite, sia le funzioni e i compiti spettanti in precedenza al dicastero dell'ambiente e a quello dei lavori pubblici (limitatamente alla difesa del suolo ed alla gestione delle risorse idriche in precedenza gestite in condivisione dai due ministeri, «eccettuate quelle attribuite ad altri ministeri e agenzie e fatte salve le funzioni conferite alle regioni e agli enti locali») ⁸², sia, quelle prima appartenenti al ministero delle politiche agricole in materia di polizia forestale ambientale.

In concreto, tale complessiva devoluzione delle funzioni amministrative «ha escluso dal conferimento al sistema delle autonomie territoriali i soli compiti di rilievo nazionale per la tutela dell'ambiente e della salute (art. 1, comma 4°, lett. c), e, nell'attuazione fattane dal d.lgs. n. 112 del 1998, ha visto chiaramente identificate le competenze ambientali regionali - "inventate", a livello di normazione positiva, dal d.p.r. n. 616/1977 [cfr. *supra*, n.d.a.] - tra quelle riferibili alle «materie di cui all'articolo 117 della Costituzione» (ai sensi di quanto previsto dall'art. 4, comma 1°, legge n. 59/1997)» ⁸³.

Comunque, «tanto la giurisprudenza costituzionale quanto tale più recente legislazione (il riferimento è, appunto, in generale, alla legge n. 59 del 1997 appena evocata, sul c.d. "federalismo amministrativo" nonché, nello specifico, agli artt. da 68 a

⁸¹ Cfr. art. 85, D.Lgs. n. 112/98

⁸² L'art. 35, comma 2, del D.Lgs. n. 300/99 attribuisce al ministero le funzioni e i compiti spettanti allo stato nelle seguenti materie: - tutela dell'ambiente e del territorio; - identificazione delle linee fondamentali dell'assetto del territorio con riferimento ai valori naturali ed ambientali; - difesa del suolo e tutela delle acque; - protezione della natura; - gestione dei rifiuti; - inquinamento e rischio ambientale; - promozione di politiche di sviluppo sostenibile; - risorse idriche.

⁸³ A. COLAVECCHIO cit., *ibidem*.

92 dello stesso d.lgs. n. 112 del 1998) «hanno mostrato di avere piena coscienza delle due ineliminabili tipologie di esigenze destinate a fronteggiarsi nel governo ambientale e che trovano sintesi nei due principi esponenti la logica della sussidiarietà c.d. "verticale" (cfr. anch *infra*) nel campo della tutela dell'ambiente: il principio di azione unitaria del livello territoriale superiore e il principio della tutela più rigorosa del livello territoriale inferiore. Su un fronte, le "esigenze unitarie", il cui soddisfacimento richiede l'intervento dei livelli superiori (Stato e Regioni, il primo nei confronti del livello regionale, le seconde dei livelli locali), soprattutto per assicurare uniformità e omogeneità strategica dell'azione di tutela, oltre che per fissare i livelli minimi di intensità delle misure di protezione; sull'altro fronte, le "esigenze di differenziazione", il cui soddisfacimento richiede l'intervento dei livelli inferiori (Regioni ed enti locali, le prime nei confronti del livello statale, i secondi del livello regionale), per adattare l'azione di tutela ai differenti contesti territoriali, anche con la possibilità di introdurre misure cautelative più intense e severe di quelle adottate al livello superiore»⁸⁴.

Paradigmatica in tale momento storico, anche nella ricostruzione operata *ex post* dalla dottrina, è la sentenza n. 382 del 1999⁸⁵ (in tema di elettrosmog) nella quale viene affermato che «[...] alla funzione di governo del territorio si riallaccia anche una competenza in materia di interessi ambientali, da reputare costituzionalmente garantita e funzionalmente collegata [...] alle altre spettanti alla regione, tra cui, oltre all'urbanistica, quale funzione ordinatrice dell'uso e delle trasformazioni del suolo, quella dell'assistenza sanitaria, intesa come complesso degli interventi positivi per la tutela e promozione della salute umana» (punto 9 del *cons. in dir.*)⁸⁶.

Con la stessa sentenza «la Corte [aveva] riconosciuto alle Regioni, per lo più nell'ambito delle loro competenze in materia urbanistica, la possibilità di legiferare a tutela di interessi ambientali, anche introducendo misure di protezione più rigorose di quelle previste dallo Stato, e segnatamente fissando limiti di esposizione ai campi elettromagnetici e distanze di rispetto dagli elettrodotti più rigorosi di quelli stabiliti a livello statale»⁸⁷.

Successivamente, l'art. 19 del D.Lgs 207/2000 (T.U.E.L.) ha affidato alla Provincia funzioni amministrative nei settori della difesa del suolo, tutela e valorizzazione dell'ambiente e prevenzione della calamità; tutela e valorizzazione delle risorse idriche ed

⁸⁴ Così A. COLAVECCHIO cit., pp. 10-11. Cfr. anche M. CECCHETTI, *Principi costituzionali* cit., pp. 271 ss. e 323 ss., nonché S. GRASSI, *Tutela dell'ambiente e livelli territoriali di governo*, in *Gazzetta Ambiente*, 1995, pp. 6 e 3 ss.

⁸⁵ Corte cost., sent. 7 ottobre 1999, n. 382, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 2941 ss., con nota redaz. di R. D'ALESSIO p. 2951, ed anche in *Le Regioni*, 2000, 163 ss., con nota di S. MANGIAMELI, *Materia ambientale e competenze regionali, con la salvaguardia dei poteri di intervento statale*, pp. 168 ss.

⁸⁶ Cfr. anche A. COLAVECCHIO cit., p. 7.

⁸⁷ A. COLAVECCHIO cit., pp. 11-12. Il principio della derogabilità *in melius* viene confermato anche dopo la riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione con la sentenza n. 407/2002 (in tema di attività a rischio di incidenti rilevanti) che costituisce la seconda pronuncia del giudice costituzionale - dopo la sentenza n. 282/2002 - nella quale si afferma che il legislatore regionale può legittimamente adottare misure di tutela più rigorose rispetto ai limiti fissati dal legislatore statale laddove tali misure siano dirette «ad assicurare un più elevato livello di garanzie per la popolazione ed il territorio interessati» (punto 4 del *cons. in dir.*).

energetiche, valorizzazione dei beni culturali; viabilità e trasporti; protezione della flora e della fauna, parchi e riserve naturali; caccia e pesca nelle acque interne; organizzazione dello smaltimento rifiuti a livello provinciale, rilevamento, disciplina e controllo degli scarichi delle acque e delle emissioni atmosferiche e sonore.

3. «Governo del territorio» e «tutela dell'ambiente» come “materia” con portata “trasversale” od “orizzontale”.

Tra quelli che sono gli “ambiti materiali” di intervento della competenza legislativa esclusiva dello Stato nel nuovo ordinamento costituzionale disegnato dalla riforma del Titolo V, parte II della Costituzione, si colloca, insieme con altri “settori” per così dire “nevralgici”, ed in un più generale “comparto” afferente anche la tutela dell'ecosistema e dei beni culturali rinvenibile alla lettera s) dell'art. 117, II comma, Cost. anche la voce «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali».

Sulla falsariga di una ben precisa scepri interpretativa in tema di riparto delle funzioni legislative, la stessa Corte costituzionale ha fornito una lettura della materia *de qua* in linea con la definizione, pressoché generalizzata di ambito materiale di intervento, non già a carattere tecnico, ma di natura trasversale, tale cioè da permettere la “sovrapposizione” della potestà legislativa esclusiva dello Stato con la potestà legislativa concorrente o residuale delle Regioni. Invero, la configurazione dell'ambiente come “valore costituzionalmente protetto” aveva portato la Corte, già con la giurisprudenza antecedente la nuova formulazione del Titolo V Cost., «a delineare una c.d. materia “trasversale”⁸⁸, caratterizzata dalla contemporanea presenza (*rectius*: sovrapposizione) di competenze statali e regionali, con prevalenza delle prime laddove [si fosse resa] necessaria su tutto il territorio nazionale l'uniformità di *standards* e di prestazioni, nonché l'unitarietà di indirizzi»⁸⁹ (cfr. le sentenze n. 273 del 1998⁹⁰, n. 382 del 1999, nn. 54 e 507 del 2000⁹¹)»⁹².

In altre parole, anche prima della riforma del Titolo V della parte seconda

⁸⁸ Cfr. S. MANGIAMELI, *L'«ambiente» nel riparto di competenza tra Stato e Regioni (dalla configurazione di una materia, all'assetto di un difficile modello)* in ID. (a cura di), *Giornate teramane sull'ambiente*, Atti del convegno di Teramo, 23-24 ottobre 1996, Milano, 1998, pp. 139 ss., 148, il quale ha affermato che la Corte abbia delineato «una competenza *aspecifica* delle Regioni», poiché «salva una certa consistenza di competenze, spetterebbe al legislatore statale ordinario definire il ruolo in tema di “ambiente” dell'ente Regione, e ciò testimonierebbe anche che - nella logica seguita dalla Corte - che è venuta meno la possibilità di dedurre detto ruolo direttamente dalle disposizioni costituzionali che attribuiscono le materie di competenza regionale». Invero, la nozione di materia “trasversale” è stata introdotta da G. FALCON, *Regolamenti statali e leggi regionali. Riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale 376/2000*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003 pp. 7 ss.

⁸⁹ A. COLAVECCHIO cit., pp. 8-9.

⁹⁰ Corte cost., sent. 17 luglio 1998, n. 273, in *Giur. Cost.* 1998, 2125 ss.

⁹¹ Corte cost., sent. 5 febbraio 2000, n. 54, in *Giur. cost.*, 2000, pp. 428 ss., e 18 novembre 2000, n. 507, in *Giur. cost.*, 2000, pp. 3915 ss., con nota redaz. di A. CELOTTO, pp. 3963 ss.

⁹² A. COLAVECCHIO cit., *ibidem*.

della Costituzione, la protezione dell'ambiente aveva assunto una propria autonoma consistenza che, in ragione degli specifici ed unitari obiettivi perseguiti, non si esauriva né rimaneva assorbita nelle competenze di settore⁹³, configurandosi l'ambiente come bene unitario, che può risultare compromesso anche da interventi minori e che va pertanto salvaguardato nella sua interezza⁹⁴.

Tale specificità giustificava la riserva statale non solo a livello legislativo in sede di determinazione dei principi fondamentali, ma anche amministrativo per l'emanazione di atti di indirizzo e coordinamento. In particolare, la Corte Costituzionale in quella che costituisce la prima pronuncia ove viene affrontato il problema delle competenze legislative dello Stato e delle Regioni in materia di ambiente a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione (sent. n. 407/2002, in tema di attività a rischio di incidenti rilevanti)⁹⁵, richiamando i propri precedenti indirizzi, ha affermato - ciò che parrebbe, allo stato della giurisprudenza costituzionale, insegnamento ormai tralatizio (ma v. *infra*) - che «l'evoluzione legislativa e la giurisprudenza costituzionale portano ad escludere che possa identificarsi una "materia" in senso tecnico, qualificabile come "tutela dell'ambiente", dal momento che non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze».

Inoltre, la Corte precisa che «non tutti gli ambiti materiali specificati nel secondo comma dell'art. 117 possono, in quanto tali, configurarsi come "materie" in senso stretto poichè, in alcuni casi, si tratta più esattamente di competenze del legislatore statale idonee ad investire una pluralità di materie».

In sostanza quindi in base alla lettura "valoriale" dell'espressione "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema", contrariamente a ciò che sarebbe desumibile da una interpretazione letterale dell'art. 117, permangono in capo alle Regioni competenze proprie, complementari ed ulteriori rispetto agli standards uniformi sull'intero territorio nazionale definiti a livello statale.

Nella sentenza n. 536/2002 (su cui anche *infra*), in materia di caccia, la Consulta

⁹³ Corte Cost., sent. n. 356/1994, *Riv. Giur. Amb.*, 1994, 874 ss.

⁹⁴ Corte Cost., sent. n. 67/1992, www.lexambiente.com

⁹⁵ La disciplina delle attività a rischio di incidenti rilevanti ha origine in una direttiva comunitaria (85/01) denominata "Seveso I", la quale prende ispirazione dal tristemente noto incidente verificatosi nel 1976 presso l'impianto industriale dell'ICMESA nel comune di Seveso. In Italia la normativa comunitaria è stata implementata prima con il D.P.R. 175/98 (Seveso I) e poi con il D.Lgs. n. 334/99 (Seveso II). Le competenze indicate dal decreto sono molteplici: il ministero dell'ambiente stabilisce le norme tecniche di sicurezza per la prevenzione di rischi di incidenti rilevanti, le modalità di individuazione da parte del gestore dei rischi, l'adozione delle appropriate misure di sicurezza, l'informazione, l'addestramento e l'equipaggiamento dei lavoratori; il ministero dell'ambiente ha, altresì, funzioni di concerto con il ministero dell'interno, della sanità e delle attività produttive al fine di stabilire criteri uniformi per l'individuazione dell'"effetto domino", per l'individuazione delle aree a elevata concentrazione di stabilimenti, per le misure di controllo e per la semplificazione dei procedimenti discendenti dall'istruttoria sui rapporti di sicurezza; come detto, il decreto attribuisce compiti e funzioni amministrative specifiche anche alle regioni.

riconosce nella tutela dell'ambiente un "valore costituzionalmente protetto", distinguendola da quella che può essere una materia in senso stretto. La stessa sentenza, dispone, come è noto, al riguardo che: «in funzione di quel valore (l'ambiente), lo Stato può dettare standards di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale anche incidenti sulle competenze legislative regionali ex art. 117 della Costituzione».

Il percorso logico-argomentativo della Corte che emerge dal combinato disposto delle due sentenze sopra menzionate, pur nella sua contraddittorietà⁹⁶ (il ragionamento è, chiaramente, *a minori ad maius*), viene complessivamente ad asseverare il principio - fermo appunto quello della *derogabilità in melius* (di cui alla sent. n. 407/2002) - della *inderogabilità in pejus* (sent. n. 536/2002) degli *standards* fissati dalla normativa nazionale. Tale apparente contraddittorietà è il portato della concezione della "trasversalità" di alcune materie (come in particolare la tutela dell'ambiente così come ormai tralaticciamente acquisita da dottrina e giurisprudenza costituzionale, che si giustifica non già per la mera "rilevanza macroeconomica"⁹⁷ ma, essenzialmente proprio nella logica del "bilanciamento" degli interessi: *recte*, dei "valori") dalla quale può paradossalmente derivare quella "sovrapposizione" delle competenze che essa era senz'altro in origine destinata a scongiurare.

Nella materia (di potestà) concorrente "governo del territorio", campeggia invece la questione - niente affatto scontata - di una possibile (se non probabile) convergenza delle materie "edilizia" ed "urbanistica" (secondo la Corte comprende le materie "edilizia" ed "urbanistica"⁹⁸, mentre ad avviso di parte della dottrina, al contrario, "edilizia" ed "urbanistica" sono materie a sé, e rientrano nella competenza

⁹⁶ Rileva tale contraddittorietà, da ultimo, D. PORENA, *L'ambiente come "materia" nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: "solidificazione del valore ed ulteriore "giro di vite" sulla competenza regionale*, in www.federalismi.it n. 2/2009.

⁹⁷ Cfr., per quanto attiene alla rilevanza macro-economica - in un più generale "comparto" afferente il sistema economico-finanziario - alla lettera e) dell'art. 117, II comma Cost soprattutto la voce «Tutela della concorrenza»: «Anche la clausola attributiva di competenza legislativa esclusiva statale in materia di "tutela della concorrenza", di cui all'art. 117, 2° comma, lett. e), sarebbe dunque, secondo un'opinione espressa "a caldo", nell'immediatezza dell'entrata in vigore della riforma, e poi spesso ripresa in dottrina, "una competenza ovvero una finalità trasversale rispetto a tutti i settori della vita economica", come tale interferente nelle materie di competenza legislativa regionale concorrente e anche esclusiva», così R. CARANTA, *La Tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione: nota a Corte cost. n. 14/2004*, in *Le Regioni*, n. 4/2004, p. 6. Tuttavia, «al di là della condivisa affermazione circa il carattere " trasversale" della materia "tutela della concorrenza", la dottrina si è divisa nell'individuazione della "portata" della clausola che si riferisce a tale materia», così R. CARANTA, *La Tutela della concorrenza cit., ibidem*. In sostanza, l'autore citato - asseverando l'indirizzo interpretativo (cfr., per tutti, L. AMMANATI, *Concorrenza e regolazione tra Stato e Regioni*, in www.unifi.it, pp. 5 ss.) configurantesi nel nuovo modello di relazioni derivato dal riconoscimento costituzionale del diritto comunitario (e della sua supremazia), che sostituisce alla logica della separazione tra ordinamento interno e comunitario quella dell'integrazione tra gli stessi - giudica non necessaria una lettura estensiva della clausola di cui al 117, secondo comma, lett. e), Cost., in ragione della "idoneità" potenziale del diritto comunitario a fissare esso stesso, direttamente, gli *standard* minimi di tutela nelle materie "trasversali" (cfr. R. CARANTA cit., p. 8).

⁹⁸ Corte Cost., sent. n. 362/2003, www.giurcost.org, secondo cui l'urbanistica e l'edilizia, che la più recente evoluzione della legislazione ordinaria considera unitariamente (viene citato il D.lgs. n. 80 del 1998), appartengono alla materia (concorrente) "governo del territorio". Cfr. anche Corte Cost. sent. n. 196/2004, www.dirittoambiente.com

residuale delle Regioni⁹⁹).

Benvero, la massiccia ed imponente stratificazione o sedimentazione normativa nella legislazione di riferimento - in uno con l'espunzione, in particolare, della materia "urbanistica" dal bacino di cui all'art. 117 Cost. - in sede di attuazione del trasferimento delle funzioni amministrative a partire dalla riforma degli anni '70 determina, nell'ambito di una per così dire spiccata "tensione pan-urbanistica" (soprattutto nella fase del secondo trasferimento con il D.p.r. n. 616/1977: artt. 80-81, il primo dei quali definisce l'urbanistica come l'assetto ed utilizzazione del territorio: cfr. *supra*), la convergenza delle materie urbanistica/edilizia - interpretate endiadicamente - nella per così dire macro o "super-materia" (*recte*, entro il più ampio *genus*) del "governo del territorio".

Ad onta della pregnanza semantica ma anche fattuale di tale "matrice" storica fondamentale nel processo di individuazione di tale ("super"-)materia potrebbe affermarsi, in una logica di tipo "orizzontale", l'equivalenza funzionale di tale *corpus* normativo (di carattere, in tal caso, tri-cefalo : "urbanistica", "edilizia" e "governo del territorio") con la conseguenza, di fatto, di relegare proprio tale materia (*id est*, il "governo del territorio") ad un mero "guscio vuoto".

Diversamente, qualora si scegliesse di propendere per una logica di tipo "verticale" (o, se si vuole, verticistico), capace cioè di realizzare l'accorpamento o accentramento normativo di quei plurimi interessi differenziati ivi convogliati - la cui organizzazione o tassonomia puntuale è assente nel disegno originario della Costituzione italiana (forse, non riduzionisticamente, se si tiene conto anche della temperie storico-culturale di quel periodo: si pensi alla coeva legge urbanistica fondamentale n. 1150 del 1942) - non può che accedersi alla impostazione del legislatore della riforma che - abbandonando la soluzione "monista" o, se si vuole, "monadica" della individuazione della sola materia "urbanistica" (con poche altre: *agricoltura, caccia, pesca*, di potestà concorrente ex art. 117 v.t., primo comma, Cost., che tenevano certamente luogo insieme con quella dell'assenza di un'espressa materia concernente la "tutela dell'ambiente") ha preferito - sulla base, appunto, dell'*humus* storico-normativo formatosi in questi anni - optare, infine, per quella "divaricazione" presente, appunto, nel riformato testo normativo di cui all'art. 117 Cost. tra la materia "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali" di cui al secondo comma lett. s) di potestà esclusiva statale, e il "governo del territorio" (in uno, su di altro piano, con la "valorizzazione" dell'ambiente e dei beni culturali) di cui al terzo comma, di potestà concorrente.

Tale logica risponde alla differente rilevanza che le componenti rispettivamente afferenti al «territorio» da una parte ed all'«ambiente» come "valore" dall'altra hanno acquisito nel corso del tempo dando così luogo a tale processo di differenziazione (cfr. *supra*).

⁹⁹ *Ex multis*, L. TORCHIA, La potestà legislativa residuale delle Regioni, in *Le Regioni*, 2002.

Di talché, siffatta soluzione, a quanto pare codificata a seguito della riforma del Titolo V, consentirebbe di racchiudere le materie contigue (“urbanistica” ed “edilizia”) nella macro-materia “governo del territorio” che avrebbe, in tale prospettiva, effettivamente assorbito le altre due.

Ciò spiegherebbe anche, in tal senso, da parte del legislatore della riforma - anziché l'*intentio* se non la ferma volontà di “resettare” per così dire tale percorso storico-normativo - la difficoltà di racchiudere sempre in una sola materia (in questo caso la “tutela dell’ambiente”) interessi così differenziati stratificatisi nel corso di anni,

Pertanto, come accennato, anche nell’ambito della stessa funzione di “tutela ambientale” di cui all’art. 117, secondo comma, Cost., il legislatore della riforma ha ritenuto di operare una scelta ancora una volta per così dire “diaretica” laddove, adottando un’accezione più ristretta del meccanismo di “tutela” complessivamente considerato ha sceverato la “tutela dell’ambiente”, dell’ecosistema (e dei beni culturali) di cui al secondo comma lett. s) in sede di potestà esclusiva dello Stato, dalla diversa funzione di “valorizzazione” dei beni ambientali (e culturali) di cui al terzo comma in sede di potestà concorrente Stato/Regioni. Tale opzione non deve apparire “singolare” a meno di non intendere le due funzioni di “tutela e “valorizzazione” uno strumento di protezione dell’ambiente “ancipite” cioè meramente “duplicativa”.

Ex adverso, potrebbe ritenersi come tutela in senso lato “divaricante”, ma nell’accezione “positiva” di diversamente articolantesi in riferimento ai beni oggetto di protezione. E’ chiaro, certamente, che la tutela di cui al secondo comma lett. s) sia una tutela di tipo “forte” da intendersi cioè quale stringente meccanismo di difesa del bene ambientale, laddove il concetto di “valorizzazione” - che non deve pertanto ritenersi una diversa forma di tutela “dimidiata” - rientra, verosimilmente, in una differente logica di “ottimizzazione” di tale bene, riconnettendosi alla tutela più generale del patrimonio culturale (art. 9, secondo comma Cost.).

In tal senso, ancora ad avviso di chi scrive, conclusivamente, diviene plausibile spiegare tale bipartizione nei termini di una graduazione della(e) tutela(e) - prima che in via di esegesi logico-sistematica dell’art. 117, secondo e terzo comma, con l’art. 9 Cost. (ambiente ed ecosistema possono considerarsi concettualmente e semanticamente a guisa di endiadi, cioè unitariamente intesi rispetto ai beni culturali) - sulla base di indizi di ordine testuale (“recte”, letterale), in ragione, nella specie, del differente ordine discendente - quasi esattamente speculare - nel secondo e nel terzo comma dello stesso art. 117 Cost. tra i beni rispettivamente oggetto di “tutela” e “valorizzazione”.

Proseguendo nell’analisi diacronicamente ricostruttiva dell’intero percorso ermeneutico tracciato in questi anni dal *Judex legum* (sia pur sinteticamente scandagliato), convergono - dopo le due fondamentali sentenze n. 407/02 e n. 536/02 [laddove, appunto, la Corte Cost. evidenziava (anche) che «già prima della riforma del titolo V della parte II della Cost. la protezione dell’ambiente aveva assunto una propria

autonoma consistenza che, in ragione degli specifici ed unitari obiettivi perseguiti, non si esauriva né rimaneva assorbita nelle competenze di settore con figurandosi l'ambiente come bene unitario] - sulla stessa configurazione dell'ambiente come bene unitario *ex multis* anche le successive sentenze n. 96/03 e n. 259/04 (in quest'ultimo arresto viene evidenziato ancora come sia da escludere la configurabilità di una materia riconducibile in senso tecnico in via esclusiva alla tutela dell'ambiente, trattandosi di materia trasversale).

Nel ribadire il consolidato orientamento circa la rilevanza della tutela dell'ambiente con riferimento alla ripartizione dei compiti amministrativi tra Stato (il potere di dettare *standards* di protezione uniformi validi in tutte le Regioni non derogabili dalle stesse Regioni e la possibilità in capo a queste ultime, nell'esercizio della potestà legislativa concorrente di cui all'art. 117, comma terzo, della Costituzione o della potestà residuale di cui al 117, quarto comma, di assumere tra i propri scopi finalità di tutela dell'ambiente), la Consulta sottolinea che esistono innegabili profili di connessione tra tutela e valorizzazione dei beni culturali, da un lato, e tutela dell'ambiente, dall'altro. A tal riguardo il d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e paesaggistici) offre delle ulteriori e chiare conferme¹⁰⁰.

Ben presto, tuttavia, appare evidente che solo il superamento del principio di competenza/esclusione in favore di quello di leale collaborazione può consentire l'integrazione delle competenze nell'articolazione dei differenti livelli decisionali.

Come il giudice costituzionale ha numerose volte già affermato (v., per tutte, sentenze n. 422 del 2002, in tema di parchi e riserve naturali, e la stessa sent. n. 96 del 2003, in tema di gestione dei rifiuti urbani), «occorre addivenire a forme di esercizio delle funzioni, da parte dell'ente competente, attraverso le quali siano efficacemente rappresentati tutti gli interessi e le posizioni meritevoli».

Questa esigenza trova la sua sintesi appunto nel principio di leale collaborazione che - come sopra annunciato - la Corte invoca in soccorso «quando si abbia a che fare con competenze necessariamente e inestricabilmente connesse» (punto 3 cons. in dir., sent. n. 422/2002) e che - come rilevato dalla stessa Corte - «proprio in materia di protezione di beni ambientali e di assetto del territorio trova un suo campo privilegiato di applicazione» (*ibidem*).

Pertanto, «in presenza di competenze statali e regionali strettamente "embricate" tra loro, che non possono essere esercitate separatamente, ma richiedono l'adozione di "procedimenti nei quali tutte le istanze costituzionalmente rilevanti possano trovare rappresentazione" (punto 3 cons. in dir., sent. 422/2002), il livello di partecipazione delle Regioni alle attività statali può concretizzarsi in forme semplici ed elementari (ad esempio attraverso informazioni, pareri, proposte), oppure - in termini più complessi ed

¹⁰⁰ Cfr. Corte Cost., sent. n. 96/2003 nonché Corte Cost. sent. n. 9/2004, nelle quali la Corte ha precisato che utili elementi per la distinzione tra tutela e valorizzazione dei beni culturali possono essere desunti dagli art. 148, 149, 140 e 152 del D.Lgs. 42/2004, www.dirittoambiente.com.

incisivi - può consistere in vere e proprie intese, da raggiungere talvolta in sede di Conferenza Stato-Regioni, talaltra con singole Regioni o gruppi di Regioni»¹⁰¹.

Ed ancora, secondo le parole del Giudice costituzionale, ricorrenti anche in altre decisioni, il principio *de quo* ha da valere «nei casi in cui, per la loro connessione funzionale, non sia possibile una netta separazione nell'esercizio delle competenze, essendo, peraltro, suscettibile di essere organizzato in modi diversi, per forme e intensità della pur necessaria collaborazione» (così, testualmente, punto 4, *cons. in dir.* della sent. n. 307/2003, in tema di elettrosmog; in senso analogo, cfr. *punto 6, cons. in dir.* della sent. n. 312/2003, sia pur in tema di ordinamento della comunicazione)¹⁰².

In tal senso, va segnalata, *medio tempore*, proprio la succitata sentenza n. 307/2003 (in tema di elettrosmog), nella quale la Corte, occupandosi ancora una volta, ma in termini generali, del riparto di competenze in materia ambientale, ha incisivamente asseverato l'assunto ormai in apparenza già sufficientemente conestato secondo il quale l'attribuzione della «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» alla legislazione esclusiva dello Stato non eliderebbe ogni e qualsivoglia competenza delle Regioni a legiferare per il perseguimento di obiettivi di protezione ambientale, poichè «la "tutela dell'ambiente", più che una "materia" in senso stretto, rappresenta un compito nell'esercizio del quale lo Stato conserva il potere di dettare *standards* di protezione uniformi validi in tutte le Regioni e non derogabili da queste» (punto 5 *cons. in dir.*); pur sussistendo «la possibilità che le leggi regionali, emanate nell'esercizio della potestà concorrente di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione, o di quella "residuale" di cui all'art. 117, quarto comma, possano assumere fra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale» (*ibidem*). Il che, come si vede, ripropone esattamente la stessa contraddizione di principio già rilevata in merito al problema della etero-integrabilità tra le sentt. 407 e 536 del 2002.

Mentre, presupposto indefettibile per così dire *in bonam partem* (che merita cioè di essere salvato) di tale ragionamento diviene, invece, l'applicazione del principio di sussidiarietà declinato secondo la propria vocazione dinamica in collegamento funzionale con il principio di collaborazione (cfr. la fondamentale sentenza n. 303 del 2003). E' proprio il collegamento funzionale fra la norma di cui al testo riformato dell'art. 120, secondo comma, Cost. - che codifica natura, limiti e portata nonché (*per relationem*, in riferimento all'art. 8 della legge n. 131/2003) le procedure di esercizio del c.d. "potere sostitutivo" dello Stato - con il principio di sussidiarietà e con quello di leale collaborazione ad evidenziare la complessità

¹⁰¹ A. COLAVECCHIO cit., p. 95.

¹⁰² Cfr. anche la sentenza n. 331/2003 in cui la Corte precisa come non possa «trarsi in generale il principio della derogabilità *in melius* (rispetto alla tutela dei valori ambientali), da parte delle Regioni, degli *standard* posti dallo Stato» (punto 5.2 del *considerato in diritto*).

del sistema delle competenze nell'attuale ordinamento¹⁰³ : il legislatore costituzionale ha intimamente correlato tale potere sostitutivo anche alla "tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (lep) - altra materia prototipicamente "trasversale" - ma, non si è occupato di stabilire *per tabulas* un rapporto di preordinazione definito tra tale potere e siffatti principi. Al fine, plausibilmente, di mantenere intatta, complessivamente, l'elasticità dell'intero sistema, oltre che per la natura per così dire ontologica della sussidiarietà, i cui mobili confini, così come essa è stata poi enucleata e concepita dal *Judex legum* (cfr. ancora la sent. n. 303/2003) non consentirebbero alcuna cristallizzazione e/o pietrificazione delle competenze.

Inoltre, come è noto, «salvo l'art. 118, 3 co., Cost. che, in riferimento alla *tutela dei beni culturali*, prevede vere e proprie forme di "intesa" (e coordinamento) fra Stato e Regioni, è solo la norma di cui all'art. 116, u. c., Cost. a stabilire espressamente la necessità di un'intesa fra Stato e Regioni, se pure allo scopo di configurare alcune ipotesi "speciali" di autonomia regionale (c.d. regionalismo differenziato)»¹⁰⁴.

Nella sentenza n. 62 del 2005¹⁰⁵ «la Corte innanzitutto chiarisce che la competenza legislativa primaria in materia di "edilizia ed urbanistica", riservata alla Regione dallo Statuto speciale (art. 3, lett. f), non comprende ogni disciplina di tutela ambientale (punto 4 *cons. in dir*). Il Giudice delle leggi, inoltre, fa osservare che essa deve comunque esercitarsi - quando si tratti di ambiti in cui le Regioni ordinarie non abbiano acquisito con il nuovo Titolo V maggiori competenze invocabili anche da quelle speciali in forza dell'art. 10 della legge cost. n. 3/2001 - nei limiti statutari delle norme fondamentali di riforma economico-sociale e degli obblighi internazionali e comunitari (*ibidem*)»¹⁰⁶. In continuità con la sent. n. 307/2003 il *Judex legum* afferma che «in presenza della competenza statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), i poteri della Regione nel campo della tutela della salute non possono consentire, sia pure in nome di una protezione più rigorosa della salute degli abitanti della Regione medesima,

¹⁰³ Cfr. R. CAPUNZO, *Le intese fra Stato e Regioni come specificazione del principio di leale collaborazione. La giurisprudenza della Corte costituzionale dalla sentenza n. 303/2003 alla sentenza n. 31/2006*, in www.innovazioneDiritto.unina.it, n. 4/2006, pp. 1 ss. L'art. 120, 2 co., Cost., viene ad ancorare l'esercizio dei poteri sostitutivi da parte del Governo al rispetto (unitamente al principio di sussidiarietà) del principio di leale collaborazione. Tuttavia, secondo parte della dottrina, la collocazione del principio di leale collaborazione specificatamente all'interno di detta norma lo renderebbe privo di una portata generale, restringendone l'ambito applicativo entro i confini della (sola) fattispecie da essa considerata (*ex multis*, F. MERLONI, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Diritto pubblico*, 2002, p. 865).

¹⁰⁴ «L'art. 118, 3 co., è una delle poche norme, appartenenti al nuovo testo costituzionale, che prevede l'opportunità di disciplinare con legge (statale), sia attraverso forme di *coordinamento* - per le ipotesi di cui all'art. 117, 2 co., lett. b) ed h) - sia attraverso forme di «*intesa e coordinamento*» - in riferimento alla *tutela dei beni culturali* - le relazioni fra i "livelli" di governo rispettivamente di Stato e Regioni» (R. CAPUNZO cit., *ibidem*).

¹⁰⁵ Cfr. M. BETZU, *L'ambiente nella sentenza della Corte costituzionale n. 62 del 2005: le pressioni del caso e le torsioni del diritto*, in www.forumcostituzionale.it

¹⁰⁶ «Sotto quest'ultimo profilo ribadendo l'orientamento già espresso con la sentenza n. 536 del 2002, ove - come si ricorderà - la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge della stessa Regione Sardegna, in materia di protezione della fauna selvatica e di esercizio della caccia, discendeva dalla lesione alla competenza esclusiva statale preordinata ad assicurare *standard* minimi e uniformi di tutela della fauna, trattandosi di "limiti unificanti" dettati da esigenze riconducibili ad ambiti riservati esclusivamente allo Stato» (Così A. COLAVECCHIO cit., p. 84)

interventi preclusivi suscettibili, come nella specie, di pregiudicare, insieme ad altri interessi di rilievo nazionale [...], il medesimo interesse della salute in un ambito territoriale più ampio, come avverrebbe in caso di impossibilità o difficoltà a provvedere correttamente allo smaltimento di rifiuti radioattivi» (punto 4 *cons. in dir.*).

In altre parole, il percorso interpretativo tracciato dalla Corte superando il criterio dell'attribuzione *de plano* in senso tecnico della materia in specie ed, al fine di superare l'interferenza delle competenze, focalizza la propria attenzione sulla dimensione dell'interesse ad essa sotteso volta a volta prevalente nella fattispecie disciplinata. Sicché, mercé la tecnica del bilanciamento degli interessi la "prevalenza funzionale" di quello tra di essi reputabile "assorbente" (in tesi chiaramente quello statale), sulla base di esigenze di carattere unitario, imponendo una disciplina giuridica di tipo uniforme, diviene il criterio differenziale suscettivo di determinare l'effettiva attribuibilità della competenza sulla materia in esame.

Ancora una volta, quindi, il limite tra la competenza statale e quella regionale risulta costituito non tanto dalla riconducibilità del tema in questione all'una o all'altra delle materie indicate nel novellato art. 117 Cost., quanto, piuttosto, dall'interesse che prevale in relazione alla singola attività che di volta in volta viene disciplinata. Qualora nel bilanciamento di interessi prevalgano esigenze di carattere unitario, tali da richiedere una disciplina uniforme, se ne deve dedurre - seguendo il ragionamento della Corte - che la competenza a legiferare in tale materia non possa che essere statale.

Viene effettuato il richiamo alle precedenti pronunce costituzionali relative al riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema (*ex multis*, le sentenze n. 407 del 2002 e le sentenze nn. 307 e 312 del 2003, nonché quella n. 259 del 2004) e «viene confermato che nell'ambito di tale "materia", seppure elencata tra le competenze legislative esclusive dello Stato, può legittimamente darsi la possibilità di contestuali discipline regionali, purché queste, intervenendo in settori di propria competenza, si limitino a giustapporsi - senza pregiudicare - quanto uniformemente disposto a livello centrale»¹⁰⁷.

Ne risulta che la Regione potrà certo intervenire per tutelare il bene ambiente, ma lo potrà fare solo in via riflessa (essendone la tutela in via diretta riservata allo Stato), disciplinando settori di competenza integrati da «interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali»¹⁰⁸.

In altre parole, in continuità con la precedente giurisprudenza costituzionale viene, ancora una volta, postulata la succitata "embricazione" delle competenze che, in uno con l'affermare la pervadenza di quella statale su quella regionale, non nega, tuttavia - ossimoricamente - quella di derivazione regionale, ancorché possa ritenersi

¹⁰⁷ A. COLAVECCHIO cit, p. 87

¹⁰⁸ A. COLAVECCHIO cit, *ibidem*.

ormai asseverato quell'assunto secondo il quale la Regione, pertanto, «non gode di un "titolo di accesso" diretto, bensì, semplicemente, mediato dall'esercizio di altre (sue) competenze che - indirettamente - assumono rilievo (anche) ambientale»¹⁰⁹.

In prosieguo di tempo, è la sentenza n. 214/2005, ad asseverare la concezione della materia in oggetto come un "valore" costituzionalmente protetto che delinea una sorta di materia trasversale, ed investe altre materie che ben possono essere di competenza concorrente regionale, quale la "protezione civile".

Mentre con la sentenza n. 108/2005 la Corte - in uno con la riaffermazione della trasversalità del "valore" ambiente nonché, ribadendo la qualificazione della tutela ambientale come una "non materia"¹¹⁰ o, meglio, una "materia trasversale" capace di investire, seppur nel rispetto dei diversi livelli di governo, le competenze di tutti i soggetti costituenti la Repubblica indicati nell'art. 114 della Costituzione - viene a precisare che l'eventuale intervento del legislatore regionale in ambito ambientale debba ispirarsi a criteri disciplinari più rigorosi rispetto alla normativa statale di riferimento, senza configurare una deroga *in peius* agli standards di tutela imposti uniformemente sull'intero territorio nazionale, il che suona come un ritorno al passato (v. già sent. n. 407/2002)

Successivamente, il Giudice delle leggi nella sentenza n. 232/2005, in tema di "governo del territorio", ha osservato come la materia della tutela dei beni culturali - (anche) inclusa nel secondo comma dell'art. 117 Cost. alla lettera s) tra quelle di competenza legislativa esclusiva dello Stato - sia materia che condivide con altre alcune peculiarità, poichè essa, pur avendo «un proprio ambito materiale» nel contempo «contiene l'indicazione di una finalità da perseguire in ogni campo in cui possano venire in rilievo beni culturali».

Sembra, invece, coonestare, in sostanziale *overruling* rispetto alla interpretazione ormai asseverata, in una ermeneusi cioè di carattere inusitatamente "conservativo" (almeno per la parte in cui distingue e separa i diversi ambiti di attribuzione) l'impianto costituzionale delle competenze legislative emergente *per*

¹⁰⁹ Così N. MACCABIANI, *L'acquis della sentenza n. 62/2005: l'interesse nazionale?*, 9 febbraio 2005 in www.forumcostituzionale.it

Si è anche da parte di alcuni autori (ex multis, A. COLAVECCHIO cit., p. 86) sostenuto che la Corte non sia affetta dalla sindrome "*nimby*" (not in my backyard); altrimenti detto, non sia disposta a far recedere le esigenze sottese agli interessi di ordine locale rispetto a logiche prevalenti afferenti interessi superiori di carattere nazionale: «la comprensibile spinta, spesso presente a livello locale, ad ostacolare insediamenti che gravino il rispettivo territorio degli oneri connessi [...] non può tradursi in un impedimento insormontabile alla realizzazione di impianti necessari per una corretta gestione del territorio e degli insediamenti al servizio di interessi di rilievo ultraregionale» (*ibidem*, punto 4 *cons in dir*). Tanto in contrapposizione con quella differente spinta - sul piano economico - proveniente dal noto fenomeno della "glocalizzazione" per cui «[...] l'ossimoro insito nella crisi dell'espressione *glocal* esprime intermini semantici l'apparente contraddizione tra la dimensione globale dell'economia finanziaria e quella regionale dell'economia produttiva necessariamente legata al territorio» [M. BETZU, *Il riparto delle competenze in "materia" ambientale tra Unione europea, Stato e Regioni* in M. SCUDIERO (a cura di), *Il Trattato nazionale nel processo di integrazione europea*, Napoli, II, pp. 1647 ss., 1660].

¹¹⁰ Cfr. F. BENELLI, *La smaterializzazione delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2006.

tabulas in Costituzione, la successiva sentenza n. 182/2006 affermando che «la tutela tanto dell'ambiente quanto dei beni culturali è riservata allo Stato (art. 117, secondo comma, lettera s, Cost.), mentre la valorizzazione dei secondi è di competenza legislativa concorrente (art. 117, terzo comma, Cost.): da un lato, spetta allo Stato il potere di fissare principi di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale, e, dall'altro, le leggi regionali, emanate nell'esercizio di potestà concorrenti, possono assumere tra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale, purché siano rispettate le regole uniformi fissate dallo Stato» (punto 2 *cons. in dir.*).

Parzialmente in linea con tale assunto può inoltre segnalarsi più di recente la sent. 367/2007 che, richiamata da un ancor più recente arresto (sent. n. 180 del 2008)¹¹¹, viene affermando la "polidimensionalità" degli interessi afferenti la tutela ambientale unitariamente intesa: «sul territorio vengono a gravare più interessi pubblici: da un lato, quelli concernenti la conservazione ambientale e paesaggistica, la cui cura spetta in via esclusiva allo Stato, in base all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost.; dall'altro, quelli riguardanti il governo del territorio e la valorizzazione dei beni culturali ed ambientali (fruizione del territorio), che sono affidati, in virtù del terzo comma dello stesso art. 117, alla competenza concorrente dello Stato e delle Regioni. In definitiva, si tratta di due tipi di tutela, che ben possono essere coordinati fra loro, ma che debbono necessariamente restare distinti» (punto 3 del *cons. in dir.*).

Complessivamente la concezione che di fatto ha elaborato la Corte costituzionale in questi anni, ha delineato peculiarmente la materia dell'ambiente come valore e bene unitario, sicché la disciplina ad esso correlata pur "finalisticamente" intesa, nell'articolato sistema di competenze enucleato dall'art. 117 Cost. in capo per un verso allo Stato, per altro verso alle Regioni ed alle Province autonome, non disgrega il quadro unitario delle competenze come assevera, da ultimo, il Giudice costituzionale nella sent. n. 232 del 2008: «[...] Come questa Corte ha già avuto modo di affermare, la tutela ambientale e paesaggistica, la quale ha ad oggetto un bene complesso ed unitario, che costituisce un valore primario ed assoluto, rientra nella competenza legislativa esclusiva dello Stato (sentenze n. 367 del 2007 e n. 182 del 2006). Ciò, se non esclude la possibilità che leggi regionali, emanate nell'esercizio della potestà concorrente di cui all'art. 117, terzo comma, Cost., o di quella residuale di cui all'art. 117, quarto comma, Cost., possano assumere tra i propri scopi anche indirette finalità di tutela ambientale (sentenza n. 232 del 2005), non consente, tuttavia, che le stesse introducano deroghe agli istituti di protezione ambientale uniformi, validi in tutto il territorio nazionale, nel cui ambito deve essere annoverata l'autorizzazione paesaggistica» (punto 5 del *cons. in dir.*).

Conclusivamente, al termine del percorso condotto fino a questo momento, può

¹¹¹ In tale ultima sentenza la Corte sembra recuperare la valenza forte del principio di gerarchia almeno nell'ambito degli strumenti di pianificazione dei diversi livelli territoriali (espresso dall'art. 145 del d. lgs. n. 42 del 2004).

afferinarsi - come pure è stato anche da ultimo segnalato¹¹² - che «il riparto di competenze tra Stato e Regioni è da sempre un capitolo complesso della giustizia costituzionale, la cui rilevanza è direttamente proporzionale all'aumento di competenze delle autonomie territoriali»; consta, tuttavia, che «nonostante i tentativi della dottrina e della giurisprudenza di inquadrare tali dinamiche nell'ottica della leale collaborazione, l'applicazione quotidiana ha manifestato e manifesta tuttora molte problematiche di cui il preoccupante contenzioso costituzionale costituisce la prova più evidente»¹¹³.

Ed in tal senso «è indubbio che la giurisprudenza costituzionale abbia svolto un ruolo significativo nel processo di identificazione delle regole costituzionali di attribuzione»¹¹⁴.

Non può, tuttavia, allo stesso tempo disconoscersi che in tale apparentemente "piano" contesto, si colloca - espressione invece di una vera e propria gigantomachia tra "materia" e "valore" - giustappunto il fenomeno paradigmaticamente "emblematico" della "smaterializzazione" (cfr. *supra*) delle materie dal quale sembrava, in effetti, che la giurisprudenza anche più recente della Corte costituzionale non avesse voluto (o potuto) recedere.

Ciò che ha condotto, in prosieguo di tempo, ad una riconsiderazione della visione di carattere duale ispirata ad un regionalismo per così dire "contenzionale" (*id est*, caratterizzata dall'enunciazione di una forte separazione/contrapposizione tra enti)¹¹⁵ cui sembra condurre la sentenza n. 104/2008 che, (apparentemente, in tale prospettiva)¹¹⁶ in sostanziale *overruling* con la precedente consolidata giurisprudenza costituzionale (se non in una sorta di vera e propria eterogenesi dei fini rispetto ai primi esiti interpretativi), afferma: «non può dirsi certo che la materia dell'ambiente non sarebbe una materia in senso tecnico poiché al contrario l'ambiente è un bene giuridico che ai sensi dell'art. 117, II comma, lettera s) della Costituzione funge anche da discriminare tra la materia esclusiva statale e le altre materie di esclusiva competenza regionale» (punto 5 *cons. in dir.*).

Conferma la "polidimensionalità" degli interessi afferenti l'ambiente (in tal senso già la sent. n. 367/2007 ed, in linea con essa, la succitata n. 180/2008) la stessa sentenza n. 105/2008 con il rilevare per così dire «l'attitudine di boschi e foreste ad esprimere una multifunzionalità ambientale che sembra protendere (in continuità, da questo punto di vista, anche con la coeva sent. n. 104/2008, *n.d.a.*) ad una divaricazione delle competenze secondo lo schema duale precedentemente delineato, poiché «sullo

¹¹² F. BENELLI, *Separazione vs. collaborazione: due nuove pronunce della Corte costituzionale in tema di tutela dell'ambiente e di materie trasversali*, in *Le Regioni*, 2008.

¹¹³ F. BENELLI, *Separazione vs. collaborazione cit.*, *ibidem*.

¹¹⁴ F. BENELLI, *Separazione vs. collaborazione cit.*, *ibidem*.

¹¹⁵ F. BENELLI, *Separazione vs. collaborazione cit.*, *ibidem*.

Nella prospettiva del regionalismo di tipo duale cfr., *ex multis*, A. ANZON, *I poteri delle regioni dopo la riforma costituzionale cit.*, pp. 195ss., *Un passo indietro verso il regionalismo «duale»*, in (a cura di), S. MANCINI, *Il nuovo Titolo V° della parte II della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione*, Milano, 2002, 227 ss. (F. BENELLI, *Separazione vs. collaborazione cit.*, *ibidem*)

¹¹⁶ F. BENELLI, *Separazione vs. collaborazione cit.*, *ibidem*.

stesso bene della vita, boschi e foreste, insistono due beni giuridici: un bene giuridico ambientale in riferimento alla multifunzionalità ambientale del bosco, ed un bene giuridico patrimoniale in riferimento alla funzione economico produttiva del bosco stesso» (punto 4 *cons. in dir.*).

In questo caso la tutela pare, dunque, rescindersi in relazione alle di-vergenti finalità produttive che pure ineriscono al bene-ambiente.

Ma, a ben vedere, risalendo anamnesticamente ad un solo anno addietro è già a partire almeno dalla sent. n. 378/2007 che viene più chiaramente prendendo forma ed innescandosi una complessiva operazione di “ri-posizionamento giuridico” ad opera della Corte che - in una sorta, altrimenti detto, di operazione di neo-codificazione - in evidente controtendenza rispetto al recente passato (v. sentt. nn. 407 e 536 del 2002, di cui sopra) pare intenzionata a «riconsegnare un *contenuto materiale* al concetto, di “ri-materializzare il valore in un oggetto tangibile»¹¹⁷.

E' in conseguenza di tale apparente mutata “visione di sistema”, che viene, pertanto, diversamente atteggiandosi - come è naturale - anche il concetto e la portata del riparto delle competenze tra Stato e Regioni.

Ma l'apparente discrasia verrebbe risolta - ad avviso già di autorevole dottrina - ricomponendo tale suddivisione coerentemente con quanto fino ad oggi affermato dalla Corte Costituzionale in tema di riparto delle competenze tra Stato e Regioni, sul presupposto della differente configurazione su base paritetica del sistema delle autonomie territoriali componenti la Repubblica, scaturente dalla incisiva pregnanza semantica del dato precettivo, pressoché incontestato, almeno sul piano letterale, di cui all' art. 114 Cost. «che costituisce la ragione di fondo della netta discontinuità tra il nuovo regime e quello precedente»¹¹⁸.

Da esso pare discendere, in contrapposizione con la cosiddetta teoria duale, che «la leale cooperazione configuri un corollario del pluralismo delineato dall'art. 114»¹¹⁹.

Ed inoltre la «netta distinzione all'interno del bene ambiente (sent. n. 105/2008) di autonomi e distinti beni giuridici, che pur sommandosi tra loro, restano ontologicamente distinti sembrerebbe allontanarsi dal principio di unitarietà della tutela ambientale»¹²⁰. In via puramente teorica, « è possibile che con le due decisioni in commento [sentt. nn. 104 e 105/2008, *n.d.a.*] la Corte costituzionale abbia voluto smontare l'architrave da lei stessa edificata a sostegno dei rapporti tra Stato e Regioni ed è anche possibile che al contempo abbia voluto disconoscere l'applicazione del principio costituzionale e comunitario di unitarietà dell'ambiente, ma una tale ipotesi interpretativa pare improbabile

¹¹⁷ Cfr. anche, tuttavia la coeva sent. n. 380/2007 che, alimentando la per così dire “dialettica” tra valore è materia (l'espressione è di D. PORENA cit.) torna sul concetto di ambiente come “valore” e/o “materia trasversale”.

¹¹⁸ F. BENELLI, *Separazione vs. collaborazione* cit., *ibidem*, ivi richiami bibliografici.

¹¹⁹ F. BENELLI, *Separazione vs. collaborazione* cit., *ibidem*, ivi richiami bibliografici.

¹²⁰ F. BENELLI, *Separazione vs. collaborazione* cit., *ibidem*.

perché troppo ardita. E' più plausibile che le due decisioni annotate non abbiano voluto rinnegare il modello di stato regionale consolidatosi dal 2001 ad oggi (così come non si sono discostate dal concetto unitario di ambiente di cui è intessuta la giurisprudenza dell'ultimo ventennio); ma che il rifiuto dell'affermazione per cui "la materia ambiente non sarebbe una materia in senso tecnico" (sent. 104/2008) e l'individuazione di distinti beni giuridici all'interno della stessa materia (sent. 105/2008) rappresentino, invece, il limite posto dalla Corte costituzionale nei confronti di un eccessivo relativismo nell'enunciazione delle linee di confine tra competenze statali e regionali»

BIBLIOGRAFIA

1. **A. ALBAMONTE**, *Il diritto all'ambiente salubre: tecniche di tutela*, Giust. Civ., 1980, II, pp. 479 ss.
2. **L. AMMANNATI**, *Concorrenza e regolazione tra Stato e Regioni*, in www.unifi.it, pp. 5 ss.
3. **A. ANZON**, *Principio cooperativo e strumenti di raccordo tra le competenze statali e regionali*, pp. 1039 ss. *Giur. cost.*, 1986, I, pp. 1010 ss.,
4. **A. BALDASSARRE**, *Diritti Sociali*, Enc. Giur. Treccani, XI, 1989, pp. 20 ss.
5. **S. BARTOLE**, *La primarietà dei valori costituzionali è giustificazione di interventi di emergenza?*, *Le Regioni*, 1986, 1284 ss.
6. **F. BENELLI**, *Separazione vs. collaborazione: due nuove pronunce della Corte costituzionale in tema di tutela dell'ambiente e di materie trasversali*, in corso di pubblicazione in *Le Regioni*, 2008.
7. **F. BENELLI**, *La smaterializzazione delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2006.
8. **M. BETZU**, *L'ambiente nella sentenza della Corte costituzionale n. 62 del 2005: le pressioni del caso e le torsioni del diritto*, in www.forumcostituzionale.it
9. **M. BETZU**, *Il riparto delle competenze in "materia" ambientale tra Unione europea, Stato e Regioni* in M. SCUDIERO (a cura di), *Il Trattato nazionale nel processo di integrazione europea*, Napoli, II, pp. 1647 ss., 1660].
10. **E. CAPACCIOLI, F. DAL PIAZ**, *Ambiente (tutela dell')*, *Noviss. Dig. It.* Appendice, 1980, pp. 257 ss.
11. **R. CAPUNZO**, *Le intese fra Stato e Regioni come specificazione del principio di leale collaborazione. La giurisprudenza della Corte Costituzionale dalla sentenza n. 303/2003 alla sentenza n. 31/2006*, in www.innovazionediritto.unina.it, n. 4/2006.
12. **R. CARANTA**, *La Tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione: nota a Corte cost. n. 14/2004*, in *Le Regioni*, n. 4/2004, p. 6.
13. **B. CARAVITA**, *Costituzione, principi costituzionali e tecniche di normazione per la tutela dell'ambiente*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e Diritto*, Firenze, Leo S. Olschki, 1999, pp. 196-198.
14. **B. CARAVITA**, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, pp. 2001, pp.
15. **M. CECCHETTI**, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000.
16. **M. CECCHETTI**, *Riforma del Titolo V e sistema delle fonti: problemi e prospettive nella materia "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema"*, in www.federalismi.it, 13 giugno 2002, pp.3-4
17. **A. CELOTTO**, *Corte cost.*, sentt. 5 febbraio 2000, n. 54, nota redaz. in *Giur. cost.*, 2000, pp. 3963 ss.
18. **A. CLARIZIA - M. RAMPINI**, in L. GALATERIA (a cura di), *Stato e Regioni. Il trasferimento delle funzioni amministrative*, Torino, 1976 pp. 583 ss, 588.
19. **A. COLAVECCHIO**, *La tutela dell'ambiente fra Stato e Regioni: l'ordine delle competenze nel prisma della giurisprudenza costituzionale* in F. GABRIELE - A.M. NICO (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*,

- Bari, 2005, pp. 1 ss.
20. **M. COLUCCI**, nota redaz. a Corte cost., sent. 22 maggio 1987, n. 183 in Riv. giur. amb., 1987, pp. 313 ss.
21. **M. R. COZZUTO QUADRI**, *Stato, Regioni e tutela ambientale: la l. 431/85 supera il vaglio della Corte costituzionale*, in Foro it., 1986, 1, cc. pp. 2694 ss.
22. **R. D'ALESSIO**, nota redaz. a Corte cost., sent. 7 ottobre 1999, n. 382, in *Giur. cost.*, 1999, pp. 2941 ss.
23. **P. DELL'ANNO**, *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2003.
24. **G. FALCON**, Regolamenti statali e leggi regionali. Riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale 376/2000, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003 pp. 7 ss.
25. **R. FERRARA, F. FRACCHIA, M. OLIVETTI, RASON**, *Diritto dell'ambiente*, Bari, 1999.
26. **F. GABRIELE – A.M. NICO**, *La tutela multilivello dell'ambiente*, Bari, 2005, pp. 1 ss.
27. **M. S. GIANNINI**, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, RTDP, pp. 15 ss., 1973.
28. **S. GRASSI**, Tutela dell'ambiente e livelli territoriali di governo, in *Gazzetta Ambiente*, 1995, pp. 6 e 3 ss.
29. **P. HÄBERLE**, *Die wesengehaltgarantie des art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, C.F. Müller Juristischer Verlag GmbH, Heidelberg, 1983, trad. it., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993, pp. 39 ss.
30. **N. MACCABIANI**, *L'acquis della sentenza n. 62/2005: l'interesse nazionale?*, 9 febbraio 2005 in www.forumcostituzionale.it.
31. **S. MANGIAMELI**, *L'«ambiente» nel riparto di competenza tra Stato e Regioni (dalla configurazione di una materia, all'assetto di un difficile modello)* in id. (a cura di), *Giornate teramane sull'ambiente, Atti del convegno di Teramo, 23-24 ottobre 1996*, Milano, 1998, pp. 139 ss.
32. **S. MANGIAMELI**, *Le materie di competenza regionale*, Milano, 1992, pp. 1 ss.
33. **S. MANGIAMELI**, *Materia ambientale e competenze regionali, con la salvaguardia dei poteri di intervento statale*, in *Le Regioni*, 2000, pp. 163 ss.
34. **S. C. MATTEUCCI**, *Il paesaggio nel nuovo titolo V della Costituzione*, Riv. Giur. Amb. 2003.
35. **F. MERLONI**, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Diritto pubblico*, 2002, p. 865.
36. **L. PALADIN**, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro amm.* 1971, III, p. 3 e 39
37. **L. PALADIN**, *Corte costituzionale ed autonomie locali: gli orientamenti giurisprudenziali dell'ultimo quinquennio*, in *Le Regioni* 1981, p. 1238.
38. **L. PALADIN**, *Diritto regionale*, Padova, 2000.
39. **L. PALADIN**, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pp. 90 ss.
40. **L. PALADIN**, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004, p. 33.
41. **R. PANETTA**, *Il danno ambientale*, Torino, 2003 pp. 1 ss., 4-5.
42. **V. PEPE**, *L'ambiente come valore: le aree naturali protette*, *Rivista Ambiente*, n. 6, 2004.
43. **R. PERRONE CAPANO**, *L'imposizione e l'ambiente*, in *Trattato di diritto tributario* diretto da A. AMATUCCI con la collaborazione di E. GONZÁLEZ GARCÍA, W. SCHICK, *Il diritto tributario e le sue fonti*, I vol., I tomo, Padova, 1994, pp. 481, 449 ss.
44. **M. PICCHI**, *L'autonomia amministrativa delle Regioni*, Milano, 2005.
45. **A. C. PIGOU**, *The economics of Welfare*, VI ed., Mamillon, Londra, 1932.
46. **D. PORENA**, *L'ambiente come "materia" nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: "solidificazione del valore ed ulteriore "giro di vite" sulla competenza regionale*, in www.federalismi.it n. 2/2009.
47. **A. PREDIERI**, *Paesaggio, Enc. Dir., Milano*, 1981, XXXI, 507 ss.
48. **S. STAIANO** (a cura di) *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, pp. 691 ss. Torino, 2006.
49. **L. TORCHIA**, *La potestà legislativa residuale delle Regioni*, in *Le Regioni*, 2002.

Discriminazioni retributive di genere: il problema della diversa età pensionabile fra lavoratori di sesso maschile e femminile

di Serena Maresca

1. Il caso (Inadempimento di uno Stato - Art. 141 CE - Politica sociale - Parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile - Nozione di "retribuzione"). – **2.** Precedenti. – **3.** Situazione dell'occupazione femminile in Italia. – **4.** Politica fiscale per incentivare il lavoro femminile in Italia. – **5.** Conclusioni.

L'età pensionabile di uomini e donne nel pubblico impiego, attualmente diversa in Italia, dovrà essere equiparata.

Il 13 novembre scorso, la Corte di Giustizia Europea ha infatti condannato il nostro paese per la disparità di trattamento tra uomini e donne: la nostra normativa, in base alla quale le donne possono andare in pensione a 60 anni, mentre gli uomini devono aspettare il compimento del 65° anno è stata ritenuta iniqua nei confronti dei maschi oltre che non favorevole alle donne.

Dalla sentenza della Corte di Giustizia deriva l'obbligo dello Stato italiano di parificare l'età pensionabile dei pubblici dipendenti tra uomini e donne.

1. IL CASO

La causa C-46/07 ha ad oggetto un ricorso per inadempimento, ai sensi dell'art. 226 CE, presentato il 1° febbraio 2007 dalla Commissione delle Comunità europee. Col suo ricorso, la Commissione delle Comunità europee ha chiesto alla Corte di dichiarare che, mantenendo in vigore una normativa in forza della quale i dipendenti pubblici hanno diritto a percepire la pensione di vecchiaia a età diversa a seconda se siano uomini o donne, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi di cui all'art. 141 CE.

La legge italiana 23 ottobre 1992, n. 421 fornisce il quadro giuridico del regime pensionistico di cui trattasi nella presente causa. Tale regime si applica ai dipendenti pubblici e agli altri lavoratori del settore pubblico nonché ai lavoratori che in passato

avevano prestato servizio per un ente pubblico, ed è gestito dall'Istituto nazionale della previdenza per i dipendenti dell'amministrazione pubblica (INPDAP).

Ai sensi dell' articolo 5 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503, inoltre, è previsto che i dipendenti pubblici hanno diritto alla pensione di vecchiaia nell'ambito del regime gestito dall'INPDAP alla stessa età prevista dal sistema pensionistico gestito dall'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) per le categorie generali di lavoratori. L'età normale per il pensionamento di vecchiaia nell'ambito di quest'ultimo sistema è di 60 anni per le donne e di 65 per gli uomini. Per taluni dipendenti pubblici per i quali era stata precedentemente stabilita un'età pensionabile più elevata, l'art. 2, n. 21, della legge 8 agosto 1995, n. 335, avente ad oggetto la riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare, dispone che, a partire dal 1° gennaio 1996, i dipendenti pubblici di sesso femminile, cui fa riferimento detto art. 5, nn. 1 e 2, possono percepire la pensione di vecchiaia all'età di 60 anni, senza tuttavia prevedere una facoltà analoga per i dipendenti pubblici di sesso maschile.

Per la determinazione della base imponibile per il calcolo dei contributi di previdenza e assistenza sociale, si considera retribuzione tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro in denaro o in natura, al lordo di qualsiasi ritenuta, in dipendenza dal rapporto di lavoro.

La Commissione, ritenendo il regime pensionistico gestito dall'INPDAP un regime professionale discriminatorio contrario all'art. 141 CE, proprio in quanto prevede per i dipendenti pubblici che l'età pensionabile sia di 65 anni per gli uomini e di 60 anni per le donne, ha espresso le sue preoccupazioni in una lettera amministrativa del 12 novembre 2004 alla quale la Repubblica italiana ha risposto con una lettera in data 10 gennaio 2005 con allegata una relazione dell'INPDAP del 23 dicembre 2004.

La Commissione, il 18 luglio 2005, ha inviato alla Repubblica italiana una lettera di costituzione in mora alla quale tale Stato membro non ha risposto, e con lettera del 5 maggio 2006, la Commissione ha inviato un parere motivato invitando detto Stato membro ad adottare i provvedimenti necessari al fine di conformarsi a tale parere entro due mesi.

La Repubblica italiana ha risposto a tale parere motivato con lettera 17 maggio 2006, cui era allegata una nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, contestando in sostanza la posizione della Commissione relativa alla natura professionale del regime pensionistico gestito dall'INPDAP.

La Commissione, non ritenendo soddisfacente la risposta al parere motivato, ha

deciso di introdurre il presente ricorso.

La Commissione ritiene che il regime pensionistico gestito dall'INPDAP costituisca un regime discriminatorio contrario all'art. 141 CE in quanto fissa l'età pensionabile a 60 anni per i dipendenti pubblici di sesso femminile, mentre la stessa è fissata a 65 anni per i dipendenti pubblici di sesso maschile.

La Commissione sottolinea, a sostegno della propria tesi, in primo luogo, che la Corte ha confermato, nelle sentenze 17 maggio 1990, causa C-262/88, Barber (Racc. pag. I-1889), e 6 ottobre 1993, causa C-109/91, Ten Oever (Racc. pag. I-4879), che una pensione corrisposta da un datore di lavoro ad un ex dipendente per il rapporto di lavoro tra loro intercorso costituisce una retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE, e che la Corte ha dichiarato, nelle sentenze 28 settembre 1994, causa C-7/93, Beune (Racc. pag. I-4471), 29 novembre 2001, causa C-366/99, Griesmar (Racc. pag. I-9383), nonché 12 settembre 2002, causa C-351/00, Niemi (Racc. pag. I-7007), che le pensioni erogate dallo Stato agli ex dipendenti che hanno prestato servizio nel settore pubblico possono costituire una retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE.

All'udienza dinanzi alla Corte, la Repubblica italiana ha sostenuto che la fissazione di un'età pensionabile diversa a seconda del sesso è giustificata dall'obiettivo di eliminare discriminazioni a danno delle donne esistenti ancora nell'evoluzione del contesto socioculturale.

Secondo la Corte di Giustizia : 1) ai sensi dell'art. 141, n. 1, CE, ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore. In base al n. 2, primo comma, di tale articolo, per retribuzione si intende il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo; 2) per valutare se una pensione di vecchiaia rientri nel campo di applicazione dell'art. 141 CE, soltanto il criterio relativo alla constatazione che la pensione è corrisposta al lavoratore per il rapporto di lavoro che lo unisce al suo ex datore di lavoro, ossia il criterio dell'impiego, desunto dalla lettera stessa dell'art. 141 CE, può avere carattere determinante (sentenze citate supra Beune, punto 43; Griesmar, punto 28; Niemi, punto 44, nonché Schönheit e Becker, punto 56); 3) le considerazioni di politica sociale, di organizzazione dello Stato, di etica o anche le preoccupazioni di bilancio che hanno avuto o hanno potuto avere un ruolo nella determinazione di un regime pensionistico da parte di un legislatore nazionale non possono considerarsi

prevalenti qualora la pensione interessi soltanto una categoria particolare di lavoratori, e sia direttamente funzione degli anni di servizio prestati e il suo importo sia calcolato in base all'ultimo stipendio del dipendente pubblico (sentenze citate supra *Beune*, punto 45; *Griesmar*, punto 30; *Niemi*, punto 47, nonché *Schönheit e Becker*, punto 58).

Di conseguenza, secondo la Corte, gli argomenti della Repubblica italiana, relativi al metodo di finanziamento del regime pensionistico gestito dall'INPDAP, alla sua organizzazione ed alle prestazioni diverse dalle pensioni che esso conferisce, diretti a dimostrare che tale regime costituisce un regime previdenziale che non rientra nel campo di applicazione dell'art. 141 CE, non possono essere accolti; ed, inoltre, il fatto che l'età pensionabile sia fissata in maniera uniforme per i lavoratori che rientrano nel regime di cui è causa e per quelli che rientrano nel regime generale, ossia il sistema pensionistico gestito dall'INPS, non è pertinente per la qualificazione della pensione versata dal regime pensionistico gestito dall'INPDAP.

Come risulta da una costante giurisprudenza, l'art. 141 CE vieta qualsiasi discriminazione in materia di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile, quale che sia il meccanismo che genera questa ineguaglianza. Secondo questa stessa giurisprudenza, la fissazione di un requisito di età che varia secondo il sesso per la concessione di una pensione che costituisce una retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE è in contrasto con questa disposizione (v. sentenze *Barber*, cit., punto 32; 14 dicembre 1993, causa C-110/91, *Moroni*, Racc. pag. I-6591, punti 10 e 20; 28 settembre 1994, causa C-408/92, *Avdel Systems*, Racc. pag. I-4435, punto 11, nonché *Niemi*, cit., punto 53).

Come sostiene la Commissione, senza essere contraddetta al riguardo dalla Repubblica italiana, il regime pensionistico gestito dall'INPDAP prevede una condizione di età diversa a seconda del sesso per la concessione della pensione versata in forza di tale regime.

L'argomento della Repubblica italiana secondo cui la fissazione, ai fini del pensionamento, di una condizione di età diversa a seconda del sesso è giustificata dall'obiettivo di eliminare discriminazioni a danno delle donne non può essere accolto.

Anche se l'art. 141, n. 4, CE autorizza gli Stati membri a mantenere o a adottare misure che prevedano vantaggi specifici, diretti a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali, al fine di assicurare una piena uguaglianza tra uomini e donne nella vita professionale, non se ne può dedurre che questa disposizione consente la fissazione di una tale condizione di età diversa a seconda del sesso. I provvedimenti nazionali

contemplati da tale disposizione debbono, in ogni caso, contribuire ad aiutare la donna a vivere la propria vita lavorativa su un piano di parità rispetto all'uomo, compensando gli svantaggi a cui sono esposte le carriere professionali delle lavoratrici, cosa che, secondo la Corte, non fa il provvedimento consistente nella fissazione, ai fini del pensionamento, di una condizione d'età diversa a seconda del sesso.

2. PRECEDENTI

Già prima di quest'ultima pronuncia, la Corte di Giustizia europea aveva emesso sentenze aventi un paritetico contenuto.

Mi riferisco alla sentenza del 21.07.2005, Causa C-207/2004, con la quale la Corte ha decretato l'incompatibilità dell'art.19, co.4 bis, del TUIR con la direttiva del Consiglio 09.02.1976 n°76/2007/CEE, in quanto la norma nazionale non prevedeva il medesimo limite minimo di età per tutti i lavoratori (sia uomini che donne) che volevano beneficiare della tassazione agevolata prevista per il c.d. "incentivo all'esodo".

Il D.Lgs. n°314/97, con l'inserimento del comma 4 bis nell' art.19 del TUIR, aveva previsto per le somme percepite dai lavoratori dipendenti, a titolo di incentivo all'esodo, al momento della cessazione del rapporto di lavoro, la tassazione con l'aliquota Irpef pari alla metà di quella applicata per la tassazione del trattamento di fine rapporto.

Questo vantaggio fiscale era, però, riconosciuto solamente ai lavoratori che, alla data del prepensionamento, avevano compiuto l'età di cinquanta anni, se donne, o cinquantacinque anni, se uomini. Tale disparità di trattamento fra uomini e donne, giustificata solo in base all'età dei soggetti coinvolti, apparve ingiusta e ingiustificata ad un cittadino italiano, il quale, pur avendo usufruito dell'"incentivo all'esodo", non aveva però potuto avvalersi della tassazione agevolata prevista dal comma 4-bis dell'art.19 TUIR, non avendo ancora compiuto, al momento del suo prepensionamento, l'età richiesta dalla previsione di legge (il lavoratore aveva, infatti, compiuto l'età di 51 anni al momento del prepensionamento).

Il contribuente di cui sopra, pertanto, presentò all'Agenzia delle Entrate competente, un'istanza di rimborso del 50% dell'Irpef pagata sulla somma percepita a titolo di "incentivo all'esodo".

L'Ente impositore rifiutò espressamente il rimborso e tale rifiuto è stato impugnato davanti alla Commissione Tributaria Provinciale, deducendone l'illegittimità per

palese violazione della Direttiva della Comunità Europea che tutela il principio di parità fra gli uomini e le donne (Direttiva 09.02.1976 n°76/2007/CEE).

La Commissione Tributaria Provinciale ritenne, nel caso sottoposto al suo giudizio, di non essere in grado di decidere sulla domanda di rimborso presentata dal contribuente, se non dopo aver interpellato la Corte U.E.. In altre parole, il Giudice nazionale subordinò l'accoglimento della richiesta di rimborso alle valutazioni della Corte Europea sulla compatibilità della normativa italiana con il diritto comunitario.

La Corte di Giustizia Europea, investita della questione, con sentenza appena citata, ha decretato l'incompatibilità dell'art.19, c.4 bis, del TUIR con la direttiva del Consiglio 09.02.1976 n°76/2007/CEE in quanto la norma nazionale trattava in maniera diseguale i lavoratori dalle lavoratrici nell' ambito della tassazione agevolata prevista per il c.d. "incentivo all'esodo".

Sulla base del principio espresso dal Giudice comunitario, la Commissione Tributaria provinciale ha accolto la richiesta del contribuente ed ha disposto il rimborso delle ritenute versate in eccedenza. Più precisamente, la Commissione ha ritenuto di disapplicare l'art. 19, co.4 bis, del TUIR nella parte in cui prescriveva il superamento dell'età di cinquantacinque anni per gli uomini e, conseguentemente, ha statuito che la tassazione agevolata andava applicata indistintamente a tutti i lavoratori (sia uomini che donne) che avessero superato i cinquanta anni di età al momento della cessazione del rapporto di lavoro.

È vero che il Governo nazionale non può imporre ai cittadini obblighi che derivano da direttive comunitarie non recepite nell'ordinamento interno, ma è anche vero, però, che le direttive comunitarie fungono da parametro di legittimità della normativa interna e ne condizionano l'interpretazione, che deve essere conforme al senso precettivo delle direttive stesse. A tal fine, poi, risulta decisivo il contenuto della giurisprudenza comunitaria, la quale chiarisce il senso delle direttive, vincolando il Giudice nazionale.

Precisato quanto sopra, preme osservare che la Corte di Giustizia Europea, con la citata sentenza 21.07.2005, resa nella causa C-207/2004, ha ritenuto incompatibile con il diritto comunitario (Direttiva 09.02.1976 n°76/2007/ CEE) la differenza di età prevista tra uomini e donne per usufruire della tassazione agevolata, costringendo il legislatore nazionale ad intervenire per eliminare il contrasto venutosi a creare con l'ordinamento comunitario, intervento che è stato attuato con il D.L. n°223/2006, convertito dalla legge n°248/2006, il quale ha abrogato il comma 4 bis dell'art.19 del TUIR.

Attualmente, pertanto, le somme erogate a titolo di incentivo all'esodo, in quanto

rientranti nella generale disciplina prevista dal comma 2 del menzionato art. 19, sono assoggettate ad imposizione con la medesima aliquota prevista per il trattamento di fine rapporto.

3. Situazione dell' occupazione femminile in Italia

Tre crucialità riguardano le famiglie con figli in Italia: bassa fertilità (1.3 figli per donna), bassa partecipazione femminile (solo il 46% di donne lavora di cui il 56% al Nord e 27% al Sud) e un' alta percentuale di famiglie con bambini sotto la soglia di povertà (il 17% dei minori vive sotto la soglia di povertà: 6.4% al Nord, 10.9% al centro, e 28.8% al Sud). La combinazione di questi fenomeni ha contribuito all' invecchiamento della popolazione con problemi di sostenibilità finanziaria per il welfare state, alla crescente disuguaglianza tra le famiglie, e al crescente spreco di risorse e talento femminili con effetti negativi sui redditi familiari e sulla produttività del paese.

Mentre l'Italia ha un livello di occupazione femminile del 46%, situazione aggravata dalla recente fuoriuscita dal mercato di una larga fetta di lavoratrici potenziali, disilluse dopo vane ricerche di un lavoro, la media dell'Unione europea è del 57% mentre l'obiettivo fissato dalla Strategia di Lisbona è del 60%.

Le statistiche ci dicono che le donne lavoratrici e quelle che vivono nelle aree più dinamiche (Milano in primis) hanno più figli rispetto alle disoccupate o precarie. Quindi questo ci insegna che il sostegno e l'incentivo all'occupazione femminile è la soluzione più facile e immediata che in Italia si può avanzare, per una serie di ragioni.

Aumentare il tasso di occupazione femminile avrebbe un impatto dirompente su una serie di fattori: 1) aumenterebbe la crescita complessiva del nostro paese, 2) aumenterebbero i consumi, 3) si esternalizzerebbero alcuni servizi, 4) aumenterebbe la crescita economica e quindi il tasso di occupazione.

Il secondo salario in famiglia sarebbe una risposta efficace contro l'impoverimento e per far ripartire i consumi. Quindi, la prima delle condizioni perché una misura di questa natura possa essere adottata sarebbe soddisfatta.

Sugli incentivi all'occupazione femminile non ci sarebbero neppure controindicazioni riguardo ai costi di realizzazione.

Questa azione è capace di sostenersi da sola nel medio periodo. A seguito di un esborso iniziale, infatti, l'efficacia dell'intervento provocherebbe un aumento del tasso di

occupazione e l'emersione dal nero di una fetta di popolazione tale da compensare i costi iniziali di avvio.

L'esperienza ci insegna, però, che non basta concentrarsi su un unico aspetto per conseguire gli obiettivi che ci si propone. L'occupazione delle donne può essere aumentata solo se si agisce su diversi fronti. Quello della 1) conciliazione fra lavoro e vita familiare, quello della 2) suddivisione dei compiti all'interno della famiglia, quello della 3) convenienza fiscale. Per questa ragione, sarebbe auspicabile un insieme articolato di elementi: un piano per l'aumento dei servizi, in particolare gli asili nido; **incentivi fiscali per le lavoratrici**; una maggiore flessibilità del regime di organizzazione del lavoro (più ampia diffusione del part time); la detraibilità delle spese di cura per tutte le lavoratrici, a prescindere dalla tipologia contrattuale con cui sono impiegate, misura, questa, che aiuterebbe anche l'emersione del lavoro nero, perché ci sarebbe convenienza a regolarizzare tutte le prestazioni; il credito d'imposta per l'occupazione femminile, in particolare, nel Mezzogiorno.

Un contributo ad incentivare il lavoro femminile lo si è avuto anche grazie agli interventi sull'età pensionabile, quando, negli anni novanta, l'età di vecchiaia delle donne è passata da 55 a 60 anni; da allora l'incremento dell'occupazione della fascia d'età compresa tra 55 e 64 anni è risultato maggiore per le donne che per gli uomini: le donne occupate sono passate dal 16,2 al 21,9%, gli uomini dal 40,4 al 43,7% a dimostrazione che gli interventi sull'età pensionabile, negli ultimi anni più consistenti per le donne, hanno aiutato anche l'aumento dell'occupazione femminile.

4. Politica fiscale per incentivare il lavoro femminile in Italia

Rispetto alle politiche di incentivazione del lavoro femminile ci sono varie proposte in campo. Mentre c'è un vasto consenso sulla necessità di rafforzare le politiche di conciliazione con la costruzione di asili nido aperti anche alla sera, i congedi parentali maschili pagati e i voucher per la baby sitter, *c'è ancora discussione su quale meccanismo di tassazione sia meglio adottare per incentivare il lavoro femminile.*

Per incentivare l'occupazione femminile e la natalità è preferibile un sistema di sussidi alle donne lavoratrici con figli o aliquote Irpef differenziate per uomini e donne?

Due sono sostanzialmente le opzioni: la prima consiste nel far pagare agli uomini un'imposta maggiore delle donne a parità di reddito percepito, la seconda prevede un

sistema simile a quello attuale con la differenza sostanziale di riconoscere un credito d'imposta (o sussidio) a quei contribuenti che si trovano ad avere un totale di detrazioni maggiore dell'imposta a debito.

Tra le due la seconda proposta, quella del sistema dei sussidi alla madri che lavorano (noto anche come imposta negativa), raccoglie la maggioranza dei consensi in quanto si inserisce in un'attività di studio e di riforma del sistema fiscale italiano che dura da anni e si ispira alle migliori esperienze straniere adattandole al contesto italiano, oltre ad essere un sistema più equo, nonché la naturale evoluzione degli assegni al nucleo familiare.

La prima proposta, però, ha il pregio della efficienza e semplicità perché ha costi minimi di amministrazione: implica semplicemente l'imposizione di aliquote Irpef diversificate per uomini e donne. Tale proposta, inoltre, potrebbe essere calibrata in modo da non avere effetti rilevanti sulle entrate tributarie complessive e ,almeno potenzialmente, potrebbe indurre un cambiamento culturale verso una maggiore parità tra i sessi nella società italiana, una sorta di *affirmative action* (una coppia messa di fronte alla scelta di chi debba lavorare e chi debba occuparsi della famiglia, terrà in conto del vantaggio fiscale delle donne).

Secondo i promotori di questa proposta, una volta, ottenute diverse centinaia di migliaia di donne in più nelle nostre forze di lavoro, a quel punto sarà l'intero sistema a esigere la produzione dei servizi necessari per consentire a tante donne di lavorare; e sarà proprio il maggior volume di reddito prodotto a fornire il finanziamento necessario, cosicché si sarà messo in atto un grande gioco a somma positiva, nel quale tutti avranno da guadagnare, anche i maschi. Tuttavia, la proposta in questione ha in sé dei limiti forse insuperabili.

Il limite principale è sul lato dell'equità. Se si considera a titolo d'esempio due famiglie con unico genitore, uguali carichi familiari e reddito, ma in un caso l'unico genitore è uomo e nell'altro è donna, sarebbe contro il principio dell'equità (orizzontale) tassare più la prima famiglia rispetto alla seconda. Così come sarebbe contro il principio dell'equità (verticale) l'ipotesi in cui, posto che la famiglia mono-genitore con capofamiglia donna abbia un reddito maggiore di quella con capofamiglia uomo, le due famiglie paghino un'uguale imposta.

Inoltre, questa proposta andrebbe anche a vantaggio delle donne che vivono in famiglie ricche.

Gli stessi obiettivi di incentivo dell'offerta di lavoro femminile si possono ottenere

con un sistema di crediti d'imposta simile a quello adottato in altri paesi europei e negli Stati Uniti. La cosiddetta imposta negativa prevede un sistema del tutto simile a quello attuale con la differenza sostanziale di riconoscere un credito d'imposta a quei contribuenti che si trovano ad avere un totale di detrazioni maggiore dell'imposta a debito.

Una sperimentazione fiscale è comunque già partita. Il decreto legge 159/ 2007, che ha accompagnato l'iter della Finanziaria 2008, ha fatto un passo nella direzione dell'imposta negativa, avendo introdotto un bonus di 150 euro ai contribuenti con reddito complessivo positivo ma con imposta netta uguale a zero, quindi incapienti. Ad essi è stato inoltre riconosciuto un bonus di 150 euro per ogni familiare a carico. La Finanziaria del 2008 ha previsto poi che due detrazioni Irpef siano riconosciute anche in caso di incapacienza: quella per l'affitto pagato ed una nuova detrazione di 1200 euro per le famiglie con almeno 4 figli. Il bonus di 150 euro è stata, però, una misura una tantum valida solo per il 2007, mentre le detrazioni per affitto e per 4 figli continuano ad essere concesse agli incapienti , rappresentando un primo assaggio di imposta negativa. Restano, però, non soggette a restituzione in caso di incapacienza le detrazioni più rilevanti, cioè quella che produce la no tax area e quelle per carichi familiari, nonché tutte le detrazioni associate a particolari spese. A regime, il sistema potrebbe somigliare a quanto introdotto nel Regno Unito con il Working Tax Credit (WTC) e con il Child Tax Credit (CTC). Con il WTC vengono riconosciuti crediti alle famiglie a basso reddito che lavorano almeno 16 ore se con figli a carico, o almeno 30 ore senza figli a carico. Con il CTC viene riconosciuto un credito a famiglie con figli. I crediti, percepibili come assegno periodico, sono attribuiti in base al reddito congiunto della famiglia e sono di entità rilevante: una famiglia a basso reddito che lavora oltre 30 ore settimanali può ricevere 4.100 sterline l'anno (circa 6.000 euro), con la possibilità di ottenere anche rimborsi dell'80% delle spese documentate per la cura dei figli fino a 300 sterline la settimana. Nel Regno Unito queste misure hanno avuto positivi effetti sia di equità, sostenendo il tenore di vita delle famiglie a basso reddito, sia di efficienza, con un forte incentivo alla partecipazione femminile al mondo del lavoro, senza riflessi negativi sui tassi di fertilità. Sia in UK che negli Stati Uniti i WTC costituiscono il perno delle politiche fiscali e sono al centro delle proposte elettorali soprattutto del Labour Party e dei Democratici americani.

Sempre nel campo delle sperimentazioni effettuate c'è poi da ricordare che oltre alle misure della Finanziaria, il nostro sistema fiscale ha già una forma di imposta negativa: si tratta dell'assegno al nucleo familiare che spetta alle famiglie dei lavoratori

dipendenti a reddito medio-basso anche in caso di incapacità fiscale.

Probabilmente anziché sconvolgere il sistema fiscale oggi vigente sarebbe più utile riformare l'assegno al nucleo familiare, estendendolo a tutte le famiglie con bambini, anche a quelle degli autonomi, che oggi ne sono escluse, e modificarne la struttura per incentivare l'offerta di lavoro di entrambi i partner. Se tra gli obiettivi delle politiche fiscali vi è anche l'incentivo al lavoro femminile esiste infatti un problema di fondo con l'assegno al nucleo familiare: l'assegno decresce rispetto al reddito familiare, quindi si riduce se la donna aumenta l'offerta di lavoro. Si potrebbe ovviare a questo difetto prevedendo un aumento dell'importo dell'assegno se entrambi i coniugi lavorano (proprio come in UK), per rimborsare alla famiglia il forte aumento dei costi di produzione del reddito associato al lavoro di entrambi (trasporti, abbigliamento, soprattutto cura dei figli). Assieme a questa misura di carattere monetario, l'offerta di lavoro femminile dovrebbe essere sostenuta anche con il potenziamento della rete di asili nido, oggi molto carente in quasi tutta Italia.

Con il sistema WTC si può favorire un cambiamento culturale verso una maggiore parità tra i sessi. Essendo poi disposti a variare le aliquote si può anche ovviamente ottenere l'obiettivo di introdurre il nuovo strumento a parità di gettito spostando il carico fiscale verso le famiglie senza figli e/o ad alto reddito. La proposta di WTC avrebbe un ulteriore importante effetto: l'emersione di una parte del lavoro nero, che si concentra ai livelli di reddito inferiore. Con il sistema attuale in Italia, alcuni lavoratori accettano un lavoro irregolare per convenienza, per mettersi in tasca parte delle imposte e dei contributi che dovrebbero altrimenti essere pagati. La convenienza verrebbe meno se fosse introdotto nel nostro Paese un sistema analogo al WTC. In conclusione. Cambiare le aliquote fiscali è sempre un'operazione controversa che richiede la creazione di un vasto consenso.

La differenza principale tra la proposta di differenziare le aliquote d'imposta a favore delle donne e il WTC è il mix di equità, efficienza e semplicità. Con il WTC si può comunque incentivare l'offerta di lavoro femminile magari con minore efficienza e minor semplicità, ma con maggiore equità.

5. Conclusioni

La sentenza dell'Alta Corte di Giustizia del novembre scorso è stata accolta in Italia in maniera molto diversa oltre che dai diversi schieramenti politici dai singoli lavoratori.

Molti temono che la parificazione ordinata dalla Corte si tradurrà nell'ennesimo

svantaggio a carico delle donne lavoratrici: "Attese le note ristrettezze di bilancio, non si può non dubitare che l'età non sarà abbassata per tutti a 60 anni, essendo più verosimile che venga elevata per tutti a 65 anni. Pertanto il risultato è che le donne, che prima potevano lavorare, a semplice richiesta, fino a 65 anni (e lo facevano nella maggior parte dei casi), ora dovranno lavorare fino a 65 anni. Secondo questo schieramento non sembra una grande vittoria, in quanto, di fatto, una volta tanto, la discriminazione si traduceva in un vantaggio a favore delle donne, che avevano una mera facoltà discrezionale di optare per la cosiddetta uscita anticipata al raggiungimento dei 60 anni". Una opzione che si riteneva in qualche modo dovuta alle donne, molto più impegnate nel lavoro familiare e di cura dei figli e che non si è mai tradotta negli anni in una coercizione.

La sentenza è stata, invece, accolta positivamente da chi ha sempre visto con sfavore il fatto che "in Italia esista una legge che stabilisce che una donna debba avere meno anni di contributi di un uomo, comportando così una discriminazione retributiva a tutti gli effetti".

Credo che in questo contraddittorio una cosa è certa: il sesso femminile è ancora oggi discriminato nell'accesso al lavoro oltretutto nel suo svolgimento e nella sua progressione; ma è anche certo che, sebbene quello femminile sia ancora oggi "il sesso debole" nel mondo lavorativo, ciò non può trovare compensazione nell'esistenza di una norma che prevede per la donna la possibilità di pensionarsi cinque anni prima dell'uomo. La donna, insomma, non può essere risarcita della sua condizione personale e professionale attraverso uno "sconto" sull'età pensionabile perché, ammesso anche che questo possa essere ben accetto da alcune lavoratrici, ciò non basterebbe comunque a parificare realmente le condizioni professionali dei due sessi.

Il discorso pensionistico non è assolutamente quello che può risolvere il problema lavorativo della donna soprattutto laddove, in particolare nel Mezzogiorno, poche sono le donne che hanno i requisiti per percepire la pensione, o meglio, l'interesse stesso a percepirla, in quanto la donna inizia a lavorare tardi (40 anni circa) e guadagna poco (in media 600,00), per cui paradossalmente sarebbe addirittura per la stessa più conveniente la pensione sociale che quella contributiva, da cui, come conseguenza naturale, la scelta di lavorare "al nero". Questo ci insegna che la politica che deve essere fatta è a monte, deve essere, cioè, incentrata su altri aspetti precedenti, sia dal punto di vista temporale che di rilevanza, alla questione pensione.

Sono fortemente d'accordo con la Corte di Giustizia Europea quando, pur non

negando l'esistenza di situazioni negative a carico della donna nel mondo del lavoro, afferma che la diversa età pensionabile "non compensa gli svantaggi ai quali sono esposte le carriere dei dipendenti pubblici donne e non le aiuta nella loro vita professionale né pone rimedio ai problemi che possono incontrare nella loro vita professionale". Quindi, non è abbassando l'età pensionabile delle donne che si pone rimedio ai problemi che esse incontrano nel mondo del lavoro.

Per incrementare il lavoro femminile gli obiettivi di politica economica dovrebbero concentrarsi su altri e molteplici aspetti; in primis, su politiche di conciliazione il cui focus principale sia quello di incentivare il lavoro femminile senza disincentivare la fertilità con un sostegno economico delle scelte delle famiglie meno abbienti.

La proposta della detassazione selettiva del reddito di lavoro femminile, cioè di una detassazione che dia un robusto incentivo al lavoro femminile (in funzione del perseguimento dell'obiettivo di Lisbona, cioè di un tasso di occupazione femminile del 60%), va in questo senso ed ha a suo sostegno un argomento economico molto forte: domanda e offerta di lavoro femminile sono molto più elastiche, mediamente, di domanda e offerta di lavoro maschile, per cui cento euro spesi dall'erario per incentivare il lavoro femminile rendono molto di più, in termini di aumento del tasso di occupazione, di quanto non renderebbero se spesi sul lavoro maschile o in modo indifferenziato. C'è, però, un'obiezione da sollevare a questa scelta che è essenzialmente di carattere giuridico: "Non è consentito porre in essere una discriminazione di questo genere e di questa entità fra i due generi".

Questa misura, dal punto di vista macro-economico appare la più semplice ed efficace ma più equa, almeno prima facie, sarebbe l'introduzione della imposta negativa, sul modello anglosassone.

Tralasciando quale sia la proposta di politica fiscale più adeguata e più giusta per il nostro Paese credo che la sentenza in commento sia di fondamentale interesse in quanto la Corte di Giustizia ha dimostrato, secondo me, di volersi porre in una posizione di rottura rispetto al vecchio impianto protettivo del lavoro femminile, acquisendo, così facendo, un enorme merito, quello di porre nuovamente all'attenzione di tutti noi una questione che è importantissima non tanto, o meglio non solo, come potrebbe pensarsi inizialmente, per la questione del lavoro femminile, quanto per la crescita, lo sviluppo e, in questo particolare momento storico, per la ripresa economica del nostro Paese.

Attualmente credo che sia fondamentale raggiungere l'obiettivo di Lisbona, e, per ottenere questo, il nostro Paese dovrebbe rifarsi al principio secondo cui la parità di

trattamento impostaci dalla Comunità Europea, non impedisce agli Stati membri di mantenere o di adottare misure che prevedono vantaggi specifici volti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato oppure a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali", con la precisazione che, tali misure, raggiunto il tasso di occupazione femminile prefissato, potrebbero poi essere gradualmente riassorbite.

Eventuali obiezioni sollevate dalla Comunità Europea potrebbero essere superate se le misure in questione, pensate dall'Italia, venissero impostate e motivate come "azione positiva", finalizzata all'obiettivo di Lisbona, quindi all'adempimento di un obbligo comunitario di superamento di una situazione oggettivamente discriminatoria, quindi come misura a termine.

Crimini di guerra e contro l'umanità commessi in Darfur: le origini del conflitto e l'intervento della comunità internazionale.

di Angela Natale

1. Premessa – **2.** Le origini delle tensioni – **3.** La risposta internazionale – **4.** La giurisdizione della Corte Penale Internazionale – **5.** I casi Harun e Abd-Al-Rahman: i crimini contestati – **6.** Analisi giuridica del conflitto – **7.** Conclusioni.

1. Premessa.

Il Sudan è indipendente dal 1956: undici anni in pace e gli altri segnati da due guerre civili, da limitazioni alle libertà fondamentali e da continue violazioni dei diritti umani.

Per comprendere le ragioni di un tale dramma è importante andare al di là della semplicistica interpretazione del conflitto stesso come scontro tra il governo di Khartoum e il nord musulmano contro il sud cristiano e animista. Sono decisive, infatti, le cause politiche ed economiche: dalla distribuzione delle terre più fertili ai ceti più ricchi di Khartoum, grazie ai prestiti delle banche islamiche, agli intrecci internazionali di interessi per lo sfruttamento del petrolio.

Le radici del divario tra Nord e Sud sono, altresì, da ritrovarsi nella Southern Policy, decretata dai colonizzatori inglesi nel 1930¹, che divideva il Paese in due e chiudeva ogni possibilità di reciproca influenza culturale e religiosa.

In Darfur, regione situata nell'estremo ovest del Sudan, si combatte dal 2003 una guerra che nel corso degli ultimi anni si è inasprita e che ha provocato finora, secondo fonti indipendenti, circa 200 mila vittime. Gruppi paramilitari arabi, denominati "Janjaweed", con l'appoggio del governo, compiono massacri e operazioni di pulizia etnica a danno della popolazione nera della regione.

Il 31 marzo 2005, con la Risoluzione 1593, il Consiglio di Sicurezza rinviava alla Corte Penale Internazionale (CPI) la questione dei presunti crimini di guerra e contro l'umanità commessi in Darfur e contestati, in particolare, all'ex ministro dell'Interno e

¹ La Southern Policy fu abrogata per volere dell'Egitto nel 1946.

attuale ministro degli affari umanitari sudanese Ahmed Harun e al presunto capo della milizia Janjaweed Ali Muhammad Ali Abd-al-Rahaman.

La CPI, come sancito nel Preambolo del suo Statuto, persegue individui che abbiano compiuto atrocità tali da turbare la coscienza dell'umanità, a prescindere che detti individui ricoprano o meno cariche istituzionali all'interno del loro Paese. Tale attività viene svolta allo scopo di prevenire il perpetrarsi di nuovi misfatti e per concorrere, con altre istituzioni internazionali, al mantenimento della pace e della sicurezza nel mondo. Purtroppo, è inimmaginabile che la Corte funzioni senza il sostegno e la cooperazione degli Stati, problema quest'ultimo che permane nonostante sia stato stipulato un "accordo di relazione" con le Nazioni Unite, intesa che ha consentito alla Corte – anche attraverso le missioni di peacekeeping – di ottenere maggiori informazioni e di poter contare su un maggior numero di risorse per svolgere le proprie indagini.

Al tempo stesso, l'intervento della Corte in Darfur potrà sortire degli effetti solo nella misura in cui il Sudan sarà pronto e disposto a cooperare, sia nella fase delle indagini, sia nel processo, sia nell'esecuzione dell'eventuale condanna. La CPI, infatti, non può autonomamente eseguire i mandati d'arresto, raccogliere le prove, forzare gli individui a testimoniare, indagare sui *loci commissi delicti*, ma deve necessariamente rivolgersi alle autorità statali di Khartoum e chiedere loro di intervenire.

2. Le origini delle tensioni.

Dall'inizio del 2003, la regione occidentale del Darfur² è teatro di un sanguinoso conflitto. La stessa zona era già stata devastata da una guerra civile tra il 1985 e il 1988, quando, nel quadro della generale crisi del Sudan che portò al colpo di stato islamico-militare del 1989, i contadini di etnia Fur³ si scontrarono con bande armate arabe

² La regione del Darfur, situata nella zona più ad ovest del Sudan, comprende un'area geograficamente molto vasta (circa 250.000 Km²) e una popolazione di circa sei milioni di abitanti. Nel 1994 il territorio è stato suddiviso in tre stati: Darfur del Nord, del Sud e dell'Ovest, ognuno dei quali è amministrato da un Governatore (*Wal*), nominato dal Governo centrale di Khartoum e coadiuvato da un'amministrazione locale. I maggiori centri urbani sono costituiti dalle capitali dei tre Stati: Nyala (Sud), El Geneina (Ovest) e El Fashir (Nord), che costituisce anche la capitale storica della regione. Ci sono poi una serie di città più piccole sparse su tutto il territorio che assolvono la funzione di centri commerciali e amministrativi. La maggioranza della popolazione, però, vive in piccoli villaggi, composti prevalentemente da poche centinaia di famiglie. L'economia dei tre stati è basata soprattutto sulla sussistenza e su una limitatissima agricoltura industriale, oltre che sull'allevamento del bestiame.

³ La regione è abitata da gruppi tribali che potrebbero essere classificati in modi differenti: alcune tribù sono prevalentemente agricole e sedentarie (i Fur, i Barni, i

provenienti dalla valle del Nilo, i cosiddetti "*Janjaweed*" (i diavoli a cavallo) e con truppe del Ciad e della Libia⁴.

All'origine della questione sudanese vi è il monopolio politico che una ristretta aristocrazia di arabi della valle del Nilo esercita a danno di tutti gli altri gruppi etnici, per motivi economico-politici prima ancora che religiosi o razziali; infatti nel Darfur non ci sono cristiani e gli abitanti arabi non sono stati certo risparmiati dalle violenze della milizia.

Vessati da sempre ed esclusi dalle trattative per il riassetto del paese avviate nel 2002 tra il governo centrale e le province del Sud, gli abitanti delle altre periferie hanno smesso di credere alle promesse del governo ed hanno deciso di alzare il livello dello scontro, vedendo nella lotta armata l'unico mezzo per ottenere attenzione, sia all'interno del paese, sia sul piano internazionale.

La crisi scoppiò il 25 febbraio del 2003, quando due gruppi ribelli – il *Justice and Equality Movement (JEM)* e il *Sudan Liberation Movement/Army (SLM/A)* – attaccarono alcune postazioni governative, reclamando per la Regione e per la sua gente la fine dello stato di emarginazione politica, sociale ed economica portato avanti dal Governo centrale.

Nel quasi totale silenzio della Comunità Internazionale, i cui sforzi erano concentrati sulla guerra nel meridione del paese, il Governo Sudanese, sia con l'aiuto

Tama, i Jebel, gli Aranga e i Masalit), e vivono soprattutto grazie alla raccolta di cereali durante e dopo la stagione delle piogge, tra luglio e settembre. Altre tribù stanziali sono invece formate soprattutto da allevatori di bestiame (Rhezghat e Zaghawa). Ci sono poi tribù nomadi e semi-nomadi che si occupano di allevamento di bestiame e di cammelli (Taaysha, Habaneya, Beni Helba e Mahammed). Tutte le tribù praticano la stessa religione, l'Islam e, anche se alcune di esse possiedono lingue proprie, l'arabo è parlato generalmente da tutti.

⁴ Nel 1983 viene imposta la shari'a. Nel 1985 prende il potere il generale Abdel-Rahman Siwar ad-Dhahab, che sospende, ma non sopprime, la legge islamica, ristabilisce la libertà di stampa e indice nuove elezioni. Nel 1989, un gruppo di ufficiali, guidati da Omar Hassan Ahmed al-Bashir, rovescia il governo instaurando un regime musulmano integralista che aspira ad una totale arabizzazione e islamizzazione del Sudan: sospende la costituzione, scioglie parlamento e partiti e lancia la "strategia nazionale", un piano decennale che presuppone la legge islamica per assicurare l'unità nazionale. Sorgono allora alcuni gruppi di opposizione al nord che vogliono l'unificazione del paese e un governo laico.

Ripetute volte governo e ribelli dichiarano e poi violano diversi cessate-il-fuoco che avrebbero dovuto permettere la distribuzione di aiuti umanitari. Intanto, USA e altri paesi occidentali investono nel petrolio. La difesa dei pozzi è affidata ai cinesi.

Solo anni dopo Khartoum accetta il piano di pace di Libia ed Egitto. L'accordo viene firmato a Naivasha il 9 gennaio 2005. Il 9 luglio dello stesso anno, alla presenza di numerosi Capi di Stato e di Governo africani, del Segretario Generale delle Nazioni Unite Kofi Annan e, per l'Italia, del Presidente della Commissione Esteri della Camera dei Deputati, On. Selva, si è tenuta a Khartoum la cerimonia per l'avvio del periodo interinale, come previsto dagli Accordi di pace. Durante tali celebrazioni si è avuta la nomina di John Garang, leader dell'SPLM/A, a Primo Vice Presidente del Sudan.

La morte improvvisa dello stesso Garang, avvenuta il 31 luglio 2005 a causa di un incidente di elicottero, ha inevitabilmente rallentato l'attuazione del processo di pace: il posto di primo Vicepresidente è passato al suo vice nell'SPLM, Salva Kiir. Il 23 settembre 2005 è stata annunciata la formazione del nuovo governo di unità nazionale, mentre il 24 ottobre dello stesso anno, per la prima volta nella storia del Paese, il Sud ha potuto dotarsi di un Governo autonomo che si è insediato a Juba, nuova capitale del Sud.

dell'apparato di sicurezza statale che delle citate milizie Janjaweed, rispose agli attacchi scatenando una massiccia controffensiva che costrinse i ribelli a trovare riparo sulle colline.

La fine delle operazioni militari è stata proclamata il 9 febbraio 2004, tuttavia sono tuttora in atto scontri tra le truppe regolari che hanno occupato gli abitati ed i ribelli che continuano a colpire dalle campagne.

Nel corso del conflitto la popolazione civile è divenuta il principale obiettivo degli attacchi dei "diavoli a cavallo" che, operando per conto del Governo centrale e talvolta anche con il supporto dell'Esercito, si sono resi responsabili di numerose violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario.

Di tali violazioni alcune possono essere classificate come crimini di guerra, mentre altre, dato il loro carattere diffuso e sistematico rientrano nei crimini contro l'umanità. Tale regolarità negli attacchi alla popolazione civile da parte delle truppe regolari e delle milizie filogovernative dei Janjaweed ha fatto parlare di "pulizia etnica", benché questa espressione rischi di travisare i reali motivi del conflitto.

3. La risposta internazionale.

L'attenzione a livello internazionale inizia a focalizzarsi sul conflitto in Darfur in seguito al rapporto di Amnesty International nel luglio 2003 e del Gruppo di crisi internazionale nel dicembre dello stesso anno. Ma, la copertura dei mezzi di comunicazione non inizia fino a marzo 2004, quando il Coordinatore Umanitario delle Nazioni Unite per il Sudan, Mukesh Kapila, definisce il Darfur la "più grande crisi umanitaria del mondo". A partire da quel momento sono sorti movimenti in molti paesi per chiedere un intervento umanitario nella regione. Gli stati più potenti del mondo hanno limitato la propria risposta a frasi di preoccupazione e, pertanto, l'ONU, privo del supporto sia finanziario che militare degli stati ricchi, ha lasciato che l'Unione Africana mettesse in campo il suo simbolico contingente senza nessun mandato per proteggere i civili.

In mancanza di una politica estera che definisca le strutture politiche ed economiche che sottostanno al conflitto, la Comunità Internazionale ha definito il conflitto in Darfur in termini di assistenza umanitaria e discute sulla definizione di "genocidio".

Un esame preliminare dell'azione politica e umanitaria dimostra che la Comunità Internazionale si è dimostrata attiva, ma solo dopo una lunga isteresi iniziale. Essa non

ha negato, ma ha indugiato a lungo prima di attivare una risposta sufficientemente decisa e unitaria.

Il 30 luglio 2004 il Consiglio di Sicurezza poneva finalmente fine alle proprie reticenze ed agendo ai sensi del Capo VII della Carta delle N.U. approvava la Risoluzione 1556. In essa veniva ricordato l'obbligo, ricadente "in via primaria" sul Sudan medesimo, del "rispetto dei diritti umani", della tutela dell'ordine e della legalità, nonché della protezione della propria popolazione. Il Consiglio sarebbe stato aggiornato sulla situazione ogni 30 giorni, riservandosi di intraprendere "misure" economiche e diplomatiche in caso di omissione da parte del Governo sudanese; tra gli obblighi rientrava anche il disarmo della milizia Janjaweed e l'arresto dei suoi capi. Ad un iniziale rifiuto della Risoluzione in parola, il Governo sudanese faceva seguire, il 4 agosto successivo, un'accettazione lampo e la stipula di un accordo con le N.U. attraverso il Rappresentante Speciale del Segretario Generale, l'olandese Jan Pronk, seguita dall'apertura di negoziati con la guerriglia. Il governo del Sudan non riuscì però a disarmare le milizie, né a consegnare nessuno alla giustizia. Il Rapporto del Segretario Generale al Consiglio di Sicurezza del 30 agosto 2004 dichiarò in modo risoluto che il Governo del Sudan non aveva rispettato i propri doveri "malgrado gli impegni presi e gli obblighi derivanti dalla Risoluzione 1556". Nonostante queste conclusioni, il rapporto non raccomandava di intraprendere alcuna azione specifica nei confronti del Sudan, ma si limitava a suggerire di accettare la proposta dell'AU di fornire truppe per la protezione dei civili.

Il 18 settembre 2004 veniva adottata dal Consiglio di Sicurezza la Risoluzione 1564. In particolare, il Consiglio richiedeva al Segretario Generale la costituzione di una Commissione internazionale d'inchiesta per i fatti nel Darfur⁵ con lo scopo di stabilire se fossero stati commessi o meno atti di genocidio identificando gli esecutori di tali violazioni.

Il 25 gennaio 2005 veniva presentato al Segretario Generale Kofi Annan il rapporto conclusivo. Secondo la Commissione, le massicce violazioni dei diritti umani commesse dalle forze governative e dalle milizie racchiudevano molti aspetti che

⁵ La Commissione, formata da 4 membri (M. Fayek, H. Jilani, D. Ntsebeza e T. Striggner-Scott) e guidata dal professor Antonio Cassese, sarebbe stata supportata nel suo lavoro da un Segretariato, una squadra di ricerca legale e una squadra investigativa, composta da investigatori, esperti di diritto, analisti militari e investigatori specializzati in violenze di genere, tutti nominati dall'Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Diritti Umani. Per portare a termine il proprio mandato, la Commissione avrebbe dovuto eseguire quattro compiti principali: 1) investigare sulle violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario commesse dalle parti in conflitto; 2) determinare se fosse in corso o meno un genocidio; 3) identificare i responsabili delle violazioni; 4) suggerire i mezzi opportuni per far sì che i responsabili fossero giudicati.

avrebbero potuto rafforzare la tesi del genocidio, come ad esempio l'elevato numero di morti e l'esplicita discriminazione tra "tribù arabe" e "tribù africane", ma sarebbe mancato l'intento di genocidio, ossia la volontà esplicita di "distruggere completamente, o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso"⁶.

In definitiva, il documento in parola, sebbene avesse accertato la presenza di almeno due elementi fondanti il crimine di genocidio, ovvero il c.d. *actus reus* (condotta penalmente rilevante, concretizzatasi in omicidi di massa, in gravi lesioni personali e mentali e nell'infrazione di condizioni di vita da ritenersi dirette alla distruzione degli offesi) e l'esistenza di gruppi specifici di individui, soggetti passivi dei crimini, ha ritenuto la fattispecie penale internazionale in questione non fondata poiché mancante del c.d. "genocidal intent" (*mens rea*). Secondo il prof. Cassese, infatti, dagli atti criminali in parola non si sarebbe potuto desumere lo *specific intent* (elemento psicologico, tradotto comunemente – e in maniera erronea – *dolus specialis*) che caratterizza il genocidio, poiché i medesimi atti sembravano diretti non tanto a "distruggere in tutto o in parte un determinato popolo, gruppo etnico, razziale o religioso in quanto tale", ma "orientati invece ad una strategia di controguerriglia". Come a dire che l'intento genocidiale non possa coesistere con le strategie belliche sul campo e che queste non possono assurgere al rango di finalità ulteriore rispetto a quella della mera distruzione di un gruppo "in quanto tale", tra l'altro difficilissima da provarsi.

Dopo avere escluso il genocidio però, i membri della Commissione aggiungevano di non poter sottovalutare la gravità dei crimini commessi, altrettanto seri e riprovevoli. Tali crimini venivano classificati come crimini di guerra e, dato il loro carattere esteso e sistematico, come crimini contro l'umanità.

A seguito della presentazione del rapporto del prof. Cassese, il **24 marzo 2005** il Consiglio di Sicurezza adottava la **Risoluzione 1590** con cui veniva costituita l'UNMIS (United Nations Mission in Sudan), come forza di *peacekeeping* composta da personale militare nella misura di 10.000 unità, a cui si aggiungevano circa 750 unità di polizia internazionale. Il compito della forza ONU, comandata da un Generale bangladese e alle

⁶ L'art. 2 della Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio del 1948 dispone, infatti, che "per genocidio si intende ciascuno degli atti seguenti, commessi con l'intenzione di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso:

(a) uccisione di membri del gruppo;

(b) lesioni gravi all'integrità fisica o mentale di membri del gruppo;

(c) sottoporre deliberatamente il gruppo a condizioni di vita intese a provocare la sua distruzione fisica, totale o parziale;

(d) misure miranti a impedire nascite all'interno del gruppo;

(e) trasferimento forzato di fanciulli da un gruppo ad un altro.

dirette dipendenze del Rappresentante Speciale del Segretario Generale Jan Pronk, veniva a sostanzarsi nel mantenimento dello status quo e nella vigilanza armata finalizzata al rispetto delle condizioni contenute negli accordi di pace, essendo peraltro autorizzata la forza, oltre che in legittima difesa, anche per proteggere la popolazione civile da gravi minacce alla propria incolumità.

Con la Risoluzione 1591 del 29 marzo 2005 veniva, tra l'altro, istituito un Panel of Experts composto da quattro membri, con sede ad Addis Abeba e con lo specifico compito di monitorare eventuali violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario e di controllare flussi illeciti di finanziamenti.

Il 31 marzo 2005 veniva approvata la Risoluzione 1593, con la quale il Consiglio di Sicurezza rinviava la questione dei crimini in Darfur alla Corte Penale Internazionale (CPI). Il Procuratore capo della CPI, l'argentino Luis Moreno-Ocampo, decideva parimenti di aprire indagini a carico di individui i cui nomi erano stati nel frattempo forniti alla CPI e contenuti nel "*report*" della "*International Commission of Inquiry*" di Cassese. Quest'ultima aveva finora taciuto sull'esistenza di una lista di sospetti per favorire la cooperazione delle parti in causa. L'atteggiamento del Governo sudanese ha conosciuto un'alternanza di reazioni dapprima negative e poi positive alla notizia dell'apertura delle indagini da parte della CPI. Dopo un iniziale secco rifiuto dell'autorità della CPI, si sono avute successivamente aperture, culminate con un formale accoglimento pronunciato dal Ministro degli Esteri Mustapha Osman Ismail. Peraltro, dopo poco tempo, il Ministro della giustizia annunciava l'istituzione di un Tribunale Speciale interno per il Darfur, allo scopo di evitare la giurisdizione della CPI.

Con la Risoluzione 1769 del 31 luglio 2007 veniva poi autorizzata un'operazione congiunta tra ONU e Unione Africana, l'UNAMID, nella quale sono confluite il 31 dicembre 2007, l'UNMIS e l'AMIS.

Più recentemente, il 22 maggio 2008, con la Risoluzione 0238, l'ONU ha condannato vigorosamente il fatto che il Sudan continuasse a non cooperare all'arresto ed alla consegna di Ahmad Harun e Ali Kushayb (rispettivamente ex ministro dell'Interno e attuale ministro degli affari umanitari sudanese e presunto capo della milizia Janjaweed), nonchè a non rispettare i suoi obblighi in materia di diritto internazionale umanitario, dimostrando così una assoluta mancanza di rispetto per le centinaia di migliaia di vittime, per le loro famiglie e per i milioni di persone che sono state costrette ad abbandonare le loro case dall'inizio del conflitto. Il governo del Sudan sembra, infatti, aver totalmente ignorato che nell'aprile 2007 sono stati emessi due mandati di cattura

contro l'ex Ministro dell'Interno del Sudan, Ahmad Harun e l'ex leader della milizia Janjaweed Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman, noto anche come "Ali Kushayb", con 51 capi di imputazione per crimini di guerra e crimini contro l'umanità. Paradossalmente, Ahmad Harun è adesso Ministro per gli affari umanitari, responsabile cioè per il benessere delle stesse vittime dei suoi presunti crimini, oltre ad essere responsabile per il collegamento con la forza di pace internazionale (UNAMID) ed essere stato promosso alla presidenza di una commissione governativa incaricata di occuparsi delle proteste in materia dei diritti dell'uomo. Per tutte le ragioni esposte, l'ONU alla luce della propria dottrina denominata "Responsabilità di proteggere", è tenuta a fornire la protezione necessaria ad una popolazione totalmente abbandonata dalle autorità nazionali. Nondimeno, essa invita l'Unione europea ad esercitare pressioni sulla Cina affinché si unisca agli sforzi internazionali per porre fine al conflitto ed utilizzi la sua considerevole influenza nei confronti del governo sudanese grazie alla sua funzione di principale partner commerciale del Sudan in quanto acquirente di petrolio, cessando anche la fornitura di armi allo stesso paese⁷. Il ruolo dell'Unione europea e degli altri partecipanti internazionali dovrà, altresì, concretizzarsi nell'applicazione di misure idonee contro ogni perpetratore di violenza che non rispetti il cessate il fuoco o che attacchi i civili, le forze di pace e le operazioni umanitarie, adottando tutte le misure necessarie per porre fine all'impunità. Dunque, a partire dal 1° gennaio 2008, come preannunciato dalla riportata Risoluzione 1769, la missione di pace dei paesi africani nella provincia sudanese del Darfur ha lasciato il posto alla missione congiunta di Nazioni Unite e Unione Africana. Un cambio in gran parte simbolico, visto che nonostante gli enfaticati annunci degli anni scorsi i paesi occidentali non hanno ancora inviato i loro promessi contingenti. Attualmente, la missione in Darfur conta circa 8.000 uomini, su un organico previsto di 20.000 uomini. Al tempo stesso, il governo del Sudan ha ostacolato il veloce dispiegamento del contingente in seguito alla mancata approvazione dell'elenco dei paesi aderenti che comprendeva alcuni paesi non africani. Pertanto, l'invito, rivolto al Governo sudanese, è quello di accettare l'accordo raggiunto tra Unione Africana e Nazioni Unite sulla composizione dell'UNAMID, permettere che questa forza sia pienamente equipaggiata per svolgere interamente il suo mandato (anche previo impiego di armi e mezzi di trasporto aereo e di superficie), garantire completa libertà di movimento al suo

⁷ Iran, Cina, Russia, Bielorussia, Polonia e alcune società lituane, ucraine e inglesi sarebbero tra i principali fornitori di armi del governo sudanese (e di conseguenza delle milizie Janjaweed).

personale e mettere immediatamente a disposizione gli spazi per allestire le sue basi. In tale contesto, non va certamente sottovalutata l'emergenza legata ai bambini. Nella Regione sudanese del Darfur sempre più bambini muoiono di fame e, sebbene l'area benefici della più vasta operazione di assistenza umanitaria del mondo, il 16,1% dei bambini coinvolti nel conflitto in atto nella Regione sono affetti da grave malnutrizione. In Darfur sono presenti oltre tredicimila operatori umanitari, al servizio di 13 agenzie ONU e circa 80 Organizzazioni Non Governative, per un spesa annuale di circa un miliardo di dollari. Tuttavia, anche se ci sono molti meno morti che durante il periodo più intenso dei combattimenti (2003-2004), il conflitto tra le parti, nell'ultimo anno, è radicalmente cambiato essendo caratterizzato da forze frammentate e da scontri molto più frequenti. Da ciò consegue che, essendo aumentato il livello di violenza, la possibilità di accesso per le agenzie umanitarie è diminuita.

4. La giurisdizione della Corte Penale Internazionale.

La Corte Penale Internazionale (CPI), istituita con lo Statuto di Roma stipulato il 17 luglio 1998, è un tribunale permanente per crimini internazionali avente sede all'Aja. Essa può esercitare il suo potere sulle persone fisiche limitatamente a crimini che riguardano la Comunità Internazionale nel suo insieme come il genocidio, i crimini contro l'umanità ed i crimini di guerra (*crimina iuris gentium*). Lo Statuto della Corte, costituito da 128 articoli suddivisi in 13 parti, è entrato in vigore il 1° luglio 2002 alla ratifica del sessantesimo Stato. Gli Stati che hanno attualmente ratificato lo Statuto sono 105 (il Sudan non è tra questi). Il primo Procuratore generale della Corte è dal 16 giugno 2003 Luis Moreno-Ocampo.

La Corte, in quanto istituzione permanente costituita dalla Sezione preliminare (Pre-Trial Chamber), Sezione di primo grado e Sezione degli appelli, può esercitare il suo potere giurisdizionale sulle persone fisiche in forma complementare alle giurisdizioni penali nazionali in base al principio del *ne bis in idem*.

Più precisamente, ai sensi all'art. 17 dello Statuto, la CPI non potrà esercitare la propria giurisdizione quando nello Stato competente siano già in corso delle indagini o addirittura sia stato già avviato un procedimento, "a meno che lo Stato sia riluttante o incapace di svolgere le indagini o il processo"; quando lo stesso Stato che ha giurisdizione sul caso, dopo accurate indagini ha ritenuto di non dover procedere, "a meno che ciò non

derivi da riluttanza o dall'effettiva incapacità dello Stato di tenere il processo"; quando, per lo stesso reato, la persona in questione è già stata processata in un altro Stato; quando la scarsa gravità del caso esclude l'intervento della Corte.

Lo Stato che diviene parte dello Statuto accetta con esso la competenza della Corte. Tuttavia, quest'ultima può esercitare il proprio potere giurisdizionale se:

a) uno Stato Parte segnala al Procuratore una situazione nella quale uno o più dei suddetti crimini appaiono essere stati commessi;

b) il Consiglio di Sicurezza (Cds), nell'ambito delle azioni previste dal Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, segnala al Procuratore una situazione nella quale uno o più di tali crimini appaiono essere stati commessi (potere di "referral" del Consiglio);

c) il Procuratore⁸ ha aperto un'indagine sulla base di informazioni relative ai crimini di competenza della Corte⁹.

La Corte può giudicare su atti commessi nel territorio di uno Stato parte; se il fatto si è verificato altrove, la Corte ha competenza solo se l'accusato è cittadino di uno Stato parte o se lo Stato, sul cui territorio è stata commessa la violazione, accetta la competenza della Corte.

Queste limitazioni non valgono se la denuncia viene dal Cds, agente in base al Capitolo VII della Carta. Tale ipotesi è quella ravvisabile nei casi in esame.

Nei limiti consentitigli nell'esercizio della propria funzione di prevenzione o rimozione di minacce o violazioni della pace o sicurezza internazionale, lo Statuto sembra infatti riconoscere al Cds il potere di decidere se iniziare un procedimento presso la CPI anche in riferimento a situazioni concernenti uno o più Stati non vincolati dallo Statuto della Corte.

L'attività del Consiglio in quest'ambito si realizza, dunque, secondo il crisma dell'autoritatività e quindi risulterà libero dai tradizionali vincoli del consenso statale.

Tale possibilità, seppur discutibile, va però letta in un'ottica realistica. La Comunità Internazionale, infatti, difficilmente potrebbe accettare che la giurisdizione penale internazionale operi a prescindere da un'adesione dello Stato coinvolto nella commissione del crimine, ovvero, nell'ipotesi di Stato terzo, senza una valutazione di tipo politico che esprima l'appoggio della Comunità stessa all'azione giudiziale. L'obbligo di collaborazione a carico del Sudan nei confronti della Corte Penale Internazionale,

⁸ Il Procuratore (Prosecutor), organo della Corte operante a livello sovranazionale e munito di competenze generali, assurge ad autentico motore dell'accusa internazionale. In linea generale, il procedimento si sviluppa attraverso una fase iniziale seguita da indagini, l'udienza preliminare e il dibattimento. Il procedimento si conclude con una sentenza.

⁹ Si tratta del c.d. "triggering mechanism" dei soggetti legittimati all'attivazione.

contenuto al punto 2 della Risoluzione 1593 del 31 marzo 2005, è da leggersi pertanto in questa accezione: il Consiglio di Sicurezza e la stessa Corte auspicano che il Governo sudanese collabori fattivamente, indipendentemente dalle mere dichiarazioni di accettazione formale di tali imposizioni.

5. I casi Harun e Abd-Al-Rahman: i crimini contestati.

A seguito delle indagini condotte dalla Commissione d'inchiesta e dal Procuratore generale della CPI, la Camera per le indagini preliminari della stessa Corte ha ritenuto che ci fossero sufficienti prove a carico di Ahmad Harun e Ali Kushayb (pseudonimo di Ali Muhammad Al Adb-Al-Rahman) tali da poter procedere all'incriminazione degli stessi per gravi violazioni del diritto internazionale umanitario, rientranti tra i crimini di guerra e contro l'umanità. In particolare, la Camera per le indagini preliminari, ritenendo non sufficiente una semplice citazione di comparizione a carico dei due imputati, così come richiesto ai sensi dell'art. 58(7)¹⁰ dal Procuratore Generale il 27 febbraio 2007, ha ritenuto di dover procedere all'emissione di due mandati di arresto internazionale, così come previsto dall'art. 58(1)¹¹ dello Statuto.

La Camera ha inoltre riconosciuto che vi fossero i presupposti per ritenere tale conflitto rientrante tra quelli previsti dall'art. 8(2)(f)¹² dello Statuto, conflitto che coinvolgeva da una parte il Governo del Sudan attraverso i combattenti provenienti dal People's Armed Forces (l'Esercito Sudanese) e la Popular Defence Force (la PDF) unitamente alla milizia Janjaweed e dall'altra gruppi ribelli costituiti dal Sudanese Liberation Movement/Army (SLM/A) e il Justice and Equality Movement (JEM).

¹⁰ Il Procuratore può chiedere alla Camera preliminare di rilasciare una citazione di comparizione in luogo di un mandato d'arresto. Se la Camera preliminare è convinta che vi sono fondati motivi di ritenere che la persona ha commesso il reato di cui è imputata e che una citazione di comparizione è sufficiente a garantire che si presenterà dinanzi alla Corte, essa rilascia la citazione con o senza condizioni restrittive di libertà (diverse dalla detenzione) se la legislazione nazionale lo prevede.

¹¹ In qualsiasi momento dopo l'apertura di un'inchiesta, la Camera preliminare, su richiesta del Procuratore, emette un mandato di arresto contro una persona se, dopo aver esaminato la richiesta e gli elementi probatori, o altre informazioni fornite dal Procuratore, essa è convinta: a) che vi siano fondati motivi che tale persona ha commesso un reato di competenza della Corte; e b) che l'arresto di tale persona sembra necessario per garantire: 1) la comparizione della persona al processo; 2) che la persona non ostacoli o metta a repentaglio le indagini o il procedimento dinanzi alla Corte, oppure 3) se del caso, impedire che la persona continui in quel crimine o in un crimine commesso che ricade sotto la giurisdizione della Corte o che avviene nelle stesse circostanze.

¹² Si applica ai conflitti armati non di carattere internazionale e, pertanto, non si applica alle situazioni di tensione e di disordine interne, quali sommosse o atti di violenza isolati e sporadici ed altri atti analoghi. Si applica ai conflitti armati che si verificano nel territorio di uno Stato ove si svolga un prolungato conflitto armato tra le forze armate governative e gruppi armati organizzati, o tra tali gruppi

Gli atti di accusa si riferiscono ai due imputati come responsabili delle azioni condotte rispettivamente dall'Esercito Sudanese e dalla milizia Janjaweed. Essi, secondo la Camera per le indagini preliminari, agendo insieme in una campagna di contro-insurrezione, condussero una serie di attacchi alle città di Kodoom, Bindisi, Mukjar, Arawala e nelle aree ad esse adiacenti per un periodo prolungato compreso tra il 2003 ed il 2004, nonostante queste città fossero prive di attività ribelle e la popolazione civile non avesse preso parte alle ostilità.

Tali azioni, condotte dall'Esercito Sudanese e dai Janjaweed, furono inoltre accompagnate, secondo le informazioni raccolte, da numerose azioni criminali contro i civili appartenenti principalmente alla popolazione Fur, Zaghawa e Masalit. Tra le violazioni commesse si possono annoverare assassinii, rapimenti e oltraggi contro la dignità personale di donne e ragazze, attacchi indiscriminati, distruzioni di proprietà e saccheggio.

Alcuni di questi crimini rientrano nella competenza della Corte come crimini di guerra per violazioni degli artt. 8(2)(c)(i), 8(2)(c)(ii), 8(2)(e)(i), 8(2)(e)(v), 8(2)(e)(vi) e 8(2)(e)(xii); altri, considerando gli attacchi di natura sistematica e diffusa possono rientrare invece tra i crimini contro l'umanità per violazioni degli artt. 7(1)(a), 7(1)(d), 7(1)(e), 7(1)(f), 7(1)(g), 7(1)(h) e 7(1)(k) dello Statuto.

La responsabilità degli imputati, cui si è accennato in precedenza, riguarda gli incarichi e i ruoli dagli stessi ricoperti durante il periodo oggetto d'inchiesta.

In particolare:

- *Ahmad Harun* svolse tra aprile 2003 e settembre 2005 sia l'incarico di Ministro degli Interni nel Governo del Sudan, sia il ruolo di responsabile della "Darfur Security desk". Egli, pertanto, in qualità di coordinatore dei differenti Corpi di Governo coinvolti nella contro-insurrezione, inclusa la Polizia, l'Esercito, la Sicurezza Nazionale, i Servizi Segreti e la milizia "Janjaweed" contribuì ed incoraggiò, presumibilmente, il compimento dei sovra-menzionati crimini contro la popolazione civile, come del resto si evince da alcune sue dichiarazioni e discorsi pubblici. La Camera per le indagini preliminari lo ha ritenuto, di conseguenza, responsabile di crimini di guerra e contro l'umanità ai sensi degli artt. 25(3)(b)¹³ e 25(3)(d)¹⁴ riferibili a ben 51 capi di imputazione;
- *Ali Kushayb*, membro di spicco nella gerarchia tribale nel Wadi Salih e del

¹³ "Una persona è penalmente responsabile e può essere punita per un reato di competenza della Corte quando ordina, sollecita o incoraggia la perpetrazione di tale reato, nella misura in cui vi è perpetrazione o tentativo di perpetrazione di reato".

¹⁴ "contribuisce in ogni altra maniera alla perpetrazione o al tentativo di perpetrazione di " un reato di competenza della Corte " da parte di un gruppo di persone che agiscono di comune accordo".

PDF, tra agosto 2003 e marzo 2004 ricoprì il ruolo di comandante della milizia Janjaweed. Inoltre, in qualità di mediatore tra i leaders della milizia e il Governo del Sudan, implementò la strategia governativa di contro-insurrezione che prevedeva, con il supporto da parte dell'Esercito sudanese, l'esecuzione di attacchi durante i quali furono commessi crimini contro la popolazione civile del Darfur. La Camera per le indagini preliminari, a seguito di testimonianze che lo vedevano anche personalmente coinvolto in tali attacchi, lo ha ritenuto responsabile di crimini di guerra e contro l'umanità ai sensi degli artt. 25(3)(a)¹⁵ e 25(3)(d).

Gli atti di accusa ad essi attribuiti possono essere così di seguito sintetizzati:

a. Crimini di guerra

Sono costituiti da quella classe di crimini internazionali che comprende qualsiasi seria violazione del diritto internazionale umanitario commessa nel corso di un conflitto armato internazionale o interno (sia contro civili che contro combattenti) che comporti una responsabilità criminale individuale della persona che abbia violato la legge. I crimini di guerra comprendono, ad esempio, gli attacchi indiscriminati contro i civili, i maltrattamenti o le torture ai prigionieri di guerra o ai combattenti nemici imprigionati, lo stupro di civili, nonché l'uso di metodi di combattimento illegali.

I crimini in oggetto risultano perpetrati nei villaggi e nei dintorni delle città di Kodoom, Bindisi, Mukjar e Arawala e si concretizzano nei seguenti reati:

1) *Omicidio* di cui all'*art. 8(2)(c)(i)* dello Statuto.

a) *Descrizione della violazione:* gli omicidi, accertati nel periodo considerato dalla Corte, riguardano nel dettaglio alcuni delitti perpetrati nei dintorni della città di Kodoom, l'uccisione di almeno 100 individui nei dintorni della città di Bindisi, di 73 persone nei dintorni della città di Mukjar e di ulteriori 26 persone nei dintorni della città di Arawala. Tali violazioni sono state commesse nonostante la popolazione non avesse preso direttamente parte alle ostilità.

Molti rapporti provenienti da diverse fonti documentano, infatti, dall'inizio del conflitto nel 2003 uccisioni di civili su vasta scala in tutta la Regione. Le morti hanno riguardato soprattutto gli uomini in quanto potenziali combattenti, ma non sono state risparmiate neanche donne e bambini. La maggioranza degli omicidi sono stati commessi da persone che testimoni oculari indicano essere Janjaweed, talvolta in uniforme e a dorso di cammello.

¹⁵ “quando commette tale reato a titolo individuale o insieme ad un'altra persona o tramite un'altra persona, a prescindere se quest'ultima è o meno penalmente responsabile”.

Sono proprio le uccisioni compiute dalla milizia araba ad essere riportate come le più efferate e crudeli: si sono verificate esecuzioni arbitrarie, sparatorie, omicidi di donne e bambini i cui corpi venivano mutilati e bruciati. Peraltro, anche le forze governative e i ribelli sono stati causa di numerose perdite civili: i primi hanno ucciso soprattutto attraverso bombardamenti aerei, mentre i dati riguardanti i secondi sono molto più contenuti e considerati, il più delle volte, accidentali.

b) Analisi dottrinale: tali omicidi contravvengono alle norme contenute sia nella Convenzione internazionale sui diritti civili e politici sia nella African Charter on Human and People's Rights, che proteggono il diritto a non essere privati arbitrariamente della vita. Inoltre, l'uccisione di civili che non prendono parte attivamente ad un conflitto armato è proibita sia dall'art. 3¹⁶ comune alle Convenzioni di Ginevra che dalle corrispondenti norme di diritto internazionale consuetudinario, come sancito nell'art. 4(2)(a)¹⁷ del Secondo Protocollo Aggiuntivo. Tali violazioni, così come dimostrato dagli statuti dei vari tribunali internazionali, a volte possono essere considerate facenti parte dei crimini di guerra, altre volte dei crimini contro l'umanità, a seconda delle circostanze in cui vengono commesse. Nel caso in esame, le trasgressioni al diritto internazionale umanitario sono state considerate rientranti in entrambe le categorie criminose. È importante ricordare, a questo punto, che la presenza di forze ribelli non sottrae il carattere "civile" alla popolazione. Per questo, anche se venisse provato che combattenti erano presenti nei villaggi al momento degli attacchi, o che essi utilizzavano la popolazione civile come "scudo", come dichiarato più volte dal Governo, tale circostanza non giustificerebbe comunque l'uccisione della popolazione non parte attiva alle ostilità. Le uccisioni di massa, il vasto numero di perdite, il clima di impunità in cui questi crimini sono stati commessi dimostra che gli omicidi sono stati eseguiti in modo diffuso e sistematico e perciò sono stati compresi nella categoria delle *persecuzioni*.

2) Attacchi contro la popolazione civile di cui all'**art. 8(2)(e)(i)** dello Statuto.

a) Descrizione della violazione: gli attacchi contro la popolazione civile, esaminati dalla Corte, sono stati compiuti da forze governative e dalla milizia Janjaweed

¹⁶ Sono e rimangono vietate, in ogni tempo e luogo, nei confronti delle persone (che non partecipano direttamente alle ostilità, compresi i membri delle forze armate che abbiano depresso le armi e quelle messe fuori combattimento da malattia, ferita, detenzione o qualsiasi altra causa) le violenze contro la vita e l'integrità corporale, specialmente l'assassinio in tutte le sue forme, le mutilazioni, i trattamenti crudeli, le torture e i supplizi.

¹⁷ Sono e resteranno proibite in ogni tempo e in ogni luogo nei confronti delle persone (che non partecipano attivamente alle ostilità) le violenze contro la vita, la salute e il benessere fisico o psichico, in particolare l'omicidio, così come i trattamenti crudeli quali la tortura, le mutilazioni o ogni genere di pene corporali.

bruciando e distruggendo centinaia di villaggi, nonostante gli abitanti non avessero preso attivamente parte alle ostilità.

b) *Analisi dottrinale:* il diritto internazionale vieta qualsiasi attacco diretto deliberatamente contro civili, cioè contro persone che non prendano parte direttamente alle ostilità, così come contro qualsiasi area o luogo in cui possano trovarsi sia civili che combattenti e che non sia specificatamente un obiettivo militare. Per assicurare che tali attacchi non esponano i civili ad alcun pericolo, il diritto impone due obblighi fondamentali: per prima cosa, l'obbligo di prendere tutte le precauzioni possibili per poter ben distinguere le persone e gli obiettivi civili da quelli militari. Il belligerante, secondo il diritto consuetudinario, deve: (i) fare tutto il possibile per verificare che gli obiettivi da attaccare non siano di tipo civile; (ii) prendere tutte le precauzioni possibili, nella scelta dei mezzi e dei metodi di combattimento, affinché si evitino o si minimizzino i danni accidentali a civili e ad obiettivi non militari; (iii) dare in anticipo l'avvertimento di un imminente attacco che potrebbe interessare la popolazione civile, attraverso volantini lanciati dagli aerei o comunicazioni radio. Il secondo obbligo imposto dal diritto internazionale è il rispetto del "principio di proporzionalità" nel caso di attacchi che interessino i civili. Secondo questo principio un belligerante, attaccando un obiettivo militare, ha il dovere di non causare danni alla popolazione civile "sproporzionati" rispetto al concreto vantaggio militare preventivato. Spesso il Governo sudanese ha giustificato i propri attacchi ai villaggi sostenendo la presenza di ribelli al loro interno, o che gli abitanti del villaggio stessero fornendo sostegno alle attività dei ribelli stessi, perdendo di conseguenza il loro status legale di persone protette. In realtà, anche secondo il parere del Tribunale Speciale per la ex-Jugoslavia, la presenza di ribelli, attivamente coinvolti nel conflitto, non dovrebbe escludere il carattere civile della popolazione; e, ancora, il Tribunale Speciale per il Ruanda ha dichiarato che, anche se ci sono individui, all'interno di una popolazione civile, che non possono essere definiti come "civili", questa circostanza non priva la popolazione del suo carattere civile. Secondo varie fonti, in Darfur, gli aggressori non hanno predisposto nessuna delle precauzioni imposte dal diritto; per di più l'impatto degli attacchi dimostra che la forza militare utilizzata è stata largamente sproporzionata rispetto all'effettiva minaccia posta dai ribelli. Gli attacchi erano spesso diretti intenzionalmente contro popolazioni e obiettivi civili e il modo in cui essi sono stati condotti dimostra che uno degli obiettivi principali era quello di seminare il terrore tra la gente per costringerla ad abbandonare i propri villaggi. A tutto ciò si deve aggiungere che, nella maggioranza dei casi, le vittime degli attacchi appartenevano alle

tribù "africane" dei Fur, Masalit e Zaghawa.

3) Distruzione di proprietà civili di cui all' *art. 8(2)(e)(xii)* dello Statuto.

a) Descrizione della violazione: la distruzione di proprietà civili esaminata dalla Corte risulta comprendere incendi di abitazioni della città di Kodoom, incendi di magazzini di cibo, abitazioni e la moschea della città di Bindisi; incendi di abitazioni, coltivazioni e fattorie della città di Mukjar, nonché la distruzione di gran parte della città di Arawala.

I dati relativi alla distruzione di villaggi sono piuttosto confusi: secondo alcuni sarebbero 600 i villaggi completamente distrutti, a cui andrebbero aggiunti 100-200 villaggi distrutti parzialmente, mentre secondo altre fonti, il numero raggiungerebbe le 2000 unità. La maggior parte di tali devastazioni è stata causata deliberatamente nel corso degli attacchi dei Janjaweed, agendo da soli o con l'ausilio delle forze governative. E' rilevante notare che sebbene in molti degli incidenti le forze del governo possono non aver partecipato direttamente alle distruzioni, la complicità negli attacchi, durante i quali le devastazioni hanno avuto luogo e la loro presenza sulla scena, sono sufficienti per ritenerli congiuntamente responsabili. Le devastazioni hanno riguardato, oltre alle case, tutte le strutture e gli arnesi necessari alla sopravvivenza della popolazione: frantoi, pozzi e pompe, raccolti, vegetazione e pressoché tutti gli utensili casalinghi sono stati trovati bruciati o frantumati. Sono inoltre stati distrutti mercati, scuole, ambulatori e numerose altre strutture civili. Una tale devastazione può essere interpretata solo come un modo per cacciare la popolazione ed evitarne il ritorno, distruggendo tutti i mezzi di sopravvivenza e sostentamento.

b) Analisi dottrinale: l'art. 11 della Convenzione sui diritti economici, sociali e culturali dichiara che "tutti gli Stati contraenti riconoscono il diritto di ognuno a [...] cibo, vestiario ed abitazione". Inoltre, il diritto penale internazionale vieta e criminalizza "la distruzione di proprietà di una parte ostile compiuta da un belligerante nel corso di un conflitto armato interno o internazionale e non giustificata da necessità militari".

Risulta evidente che le massicce distruzioni attuate dai Janjaweed e dalle forze governative non erano giustificate da tali necessità: i villaggi erano abitati da civili e il fatto che alcuni ribelli vivessero lì o avessero cercato riparo in alcune abitazioni, non giustifica la completa distruzione dei villaggi. Anche in questo caso, pertanto, la violazione presenta le caratteristiche per essere considerata rientrante sia nei crimini di guerra che, dato il modo sistematico e diffuso in cui è stata commessa, nei crimini contro l'umanità.

4) Stupro di cui all'*art. 8(2)(e)(vi)* dello Statuto.

a) Descrizione della violazione: gli stupri, accertati nel periodo in esame, sono stati perpetrati nei confronti di donne e ragazze di etnia Fur nei dintorni delle città di Bindisi ed Arawala. Secondo tali fonti, questi atti sono stati commessi in gruppo ed accompagnati da gravi forme di violenza, quali bastonate e percosse. In alcuni casi, le donne sono state ripetutamente violentate in pubblico, umiliate e chiamate "schiave". Tali aggressioni a donne e ragazze, inclusi gli stupri collettivi, hanno avuto luogo prevalentemente durante gli attacchi ai villaggi, ma molte volte si sono verificate anche durante le fughe dai villaggi e nei momenti in cui le stesse erano costrette ad uscire dai campi o dalle città in cui avevano cercato rifugio, per procurarsi legname e acqua. In molte occasioni, inoltre, le vittime sono state sequestrate, recluse per molti giorni e ripetutamente violentate.

b) Analisi dottrinale: le punizioni e i trattamenti crudeli, disumani o degradanti sono severamente vietati da molti strumenti internazionali a tutela dei diritti umani di cui il Sudan fa parte (la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, la Convenzione sui diritti del bambino e la African Charter on Human and People's Rights). Inoltre, la Convenzione sui diritti economici, sociali e culturali tutela il diritto di ognuno al godimento del più elevato standard di benessere fisico e mentale, incluso il benessere sessuale e riproduttivo.

L'art. 3 Comune alle Convenzioni di Ginevra, tra le altre cose, proibisce la violenza contro la vita e la persona, i trattamenti crudeli, la tortura, gli oltraggi alla dignità personale e i trattamenti umilianti e degradanti.

Infine, anche se il Sudan non è parte del Secondo Protocollo Aggiuntivo, alcune delle sue norme, come il divieto di stupro, quello di prostituzione forzata ed ogni altra forma di aggressione indecente, fanno parte del diritto internazionale consuetudinario.

5) Saccheggio di cui all'*art. 8(2)(e)(v)* dello Statuto.

a) Descrizione della violazione: i saccheggi accertati nel periodo considerato riguardano proprietà appartenenti alla popolazione Fur delle città di Bindisi, Mukjar e Arawala, con particolare riferimento alle abitazioni, ai magazzini ed al bestiame.

6) Oltraggio di cui all'*art. 8(2)(c)(ii)* dello Statuto.

a) Descrizione della violazione: gli atti di oltraggio accertati riguardano almeno 10 donne e ragazze appartenenti alla popolazione Fur della città di Arawala.

b. Crimini contro l'umanità

Sono costituiti da reati particolarmente esecrabili, da seri attacchi alla dignità

umana o gravi umiliazioni nei confronti di uno o più esseri umani (omicidio, sterminio, schiavitù, deportazione o trasferimento forzato della popolazione, tortura, persecuzione, stupro ed altre forme di violenza sessuale). Ciò che distingue questa categoria di reati da quella precedente è che essa non riguarda violazioni sporadiche o isolate, ma violazioni che possono aver luogo sia in tempo di pace che in tempo di guerra e che sono parte di una pratica più *estesa* o *sistematica* di atrocità o attacchi contro la popolazione civile.

I crimini in oggetto risultano perpetrati nei villaggi e nei dintorni delle città Kodoom, Bindisi, Mukjar e Arawala e si concretizzano nei seguenti reati:

1) Persecuzione di cui all'**art. 7(1)(h)**¹⁸ dello Statuto.

a) Descrizione della violazione: il reato *de quo*, accertato nel periodo in esame, è stato posto in essere attraverso omicidi, attacchi alla popolazione civile, distruzione di proprietà, trasferimenti forzati, rapimenti, atti inumani, tortura, saccheggio, imprigionamenti e severe privazioni della libertà.

2) Omicidio di cui all'**art. 7(1)(a)** dello Statuto, in virtù della duplice veste di crimine di guerra e contro l'umanità. Per tale violazione restano valide le considerazioni precedentemente riportate.

3) Trasferimento forzato della popolazione¹⁹ di cui all'**art. 7(1)(d)** dello Statuto.

a) Descrizione della violazione: i trasferimenti, accertati nel periodo in esame, riguardano almeno 20.000 civili dalla città di Kodoom, 34.000 dalla città di Bindisi e 7.000 dalla città di Arawala. In particolare, dopo la distruzione dei propri villaggi e a causa delle minacce dirette delle milizie e delle forze governative, gran parte della popolazione ha lasciato le proprie case per cercare maggiore sicurezza nelle grandi aree urbane della Regione o oltre il confine con il Ciad. Neanche i campi di accoglienza, purtroppo, sono riusciti ad assicurarle un minimo di sicurezza: molti di essi sono stati attaccati direttamente ed in molte occasioni si sono verificate aggressioni a persone (soprattutto donne), uscite dal campo per fare rifornimento di acqua e cibo.

b) Analisi dottrinale: l'art. 12 della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici stabilisce che "chiunque si trovi legalmente all'interno del territorio di uno Stato deve, all'interno di quel territorio, avere [...] la libertà di scegliere la propria

¹⁸ Per persecuzione s'intende la intenzionale e grave privazione dei diritti fondamentali in violazione del diritto internazionale, per ragioni connesse all'identità del gruppo o della collettività. L'art. 7(1)(h) specificatamente si riferisce alla "persecuzione contro un gruppo o una collettività dotati di propria identità, ispirata da ragioni di ordine politico, razziale, nazionale, etnico, culturale, religioso o di genere sessuale o da altre ragioni universalmente riconosciute come non permissibili ai sensi del diritto internazionale".

¹⁹ Per deportazione o trasferimento forzato della popolazione s'intende la rimozione delle persone, per mezzo di espulsione o con altri mezzi coercitivi, dalla regione nella quale le stesse si trovano legittimamente, in assenza di ragioni previste dal diritto internazionale che lo consentano.

residenza". Questa norma protegge dunque la libertà di movimento e il diritto di non essere trasferito arbitrariamente. Anche il diritto internazionale consuetudinario proibisce tali spostamenti di popolazione, sia in tempo di pace che in tempo di guerra.

4) Tortura²⁰ di cui all'**art. 7(1)(f)** dello Statuto.

a) Descrizione della violazione: nel periodo considerato sono stati rilevati almeno 60 casi di tortura nei dintorni della città di Mukjar. Le torture e i trattamenti disumani costituiscono una parte integrante e consistente degli attacchi portati a compimento dalle milizie e dall'esercito: stupri, ustioni, percosse, abusi verbali e umiliazioni si sono verificati frequentemente nel corso degli attacchi. Molti sono stati i casi in cui i bambini sono stati strappati dalle braccia delle loro madri e bruciati vivi davanti ai loro occhi, le case bruciate con all'interno gli abitanti, le donne denudate, umiliate e stuprate, fino ad arrivare, in un paio di casi, ad omicidi tramite crocifissione.

b) Analisi dottrinale: molti strumenti di diritto internazionale vietano l'uso della tortura: la Dichiarazione universale dei diritti umani, la Convenzione sui diritti del bambino e la Carta Africana solo per citarne alcuni di cui il Sudan è firmatario. Tutti i suddetti strumenti contengono divieti assoluti e non derogabili in nessuna circostanza. Il divieto di tortura è inoltre considerato una norma perentoria di *jus cogens* ed in quanto tale esso non può essere derogato da accordi internazionali o leggi nazionali in contraddizione. La tortura è, inoltre, proibita dall'art. 3 Comune alle Convenzioni di Ginevra, sia nei conflitti armati internazionali che in quelli interni. In Darfur, la tortura è stata attuata su così larga scala ed in modo così sistematico, non solo durante gli attacchi ma anche nei centri di detenzione, da costituire un crimine contro l'umanità.

5) Stupro di cui all' **art. 7(1)(g)** dello Statuto in virtù della duplice veste di crimine di guerra e contro l'umanità. Per tale violazione restano valide le considerazioni precedentemente riportate.

6) Atti inumani di cui all'**art. 7(1)(k)** dello Statuto.

a) Descrizione della violazione: gli atti inumani oggetto dell'accusa riguardano l'inflizione di grandi sofferenze e ferite fisiche e mentali alla popolazione civile.

7) Imprigionamenti e severe privazioni della libertà di cui all'**art. art. 7(1)(e)** dello Statuto.

a) Descrizione della violazione: nel periodo in esame è stato accertato

²⁰ Per tortura s'intende l'infliggere intenzionalmente gravi dolori o sofferenze, fisiche o mentali, ad una persona di cui si abbia la custodia o il controllo; in tale termine non rientrano i dolori o le sofferenze derivanti esclusivamente da sanzioni legittime, che siano inscindibilmente connessi a tali sanzioni o dalle stesse incidentalmente occasionati.

l'imprigionamento indiscriminato di almeno 400 civili residenti nella città di Mukjar.

Al fine di concludere l'analisi dei crimini contestati ad Ahmed Harun e Ali Kushayb, si sottolinea come anche in questo caso sia mancata la contestazione del crimine di genocidio, così come anticipato dal "*report*" della Commissione Internazionale di Inchiesta presieduta dal prof. Cassese. Infatti, pur essendo stati individuati due elementi fondanti il crimine di genocidio consistenti nella condotta penalmente rilevante e l'esistenza di soggetti passivi appartenenti a specifici gruppi di individui, si è ritenuto non configurabile la fattispecie in oggetto poiché mancante dell'elemento soggettivo o psicologico del reato. Anche per la Camera per le indagini preliminari, pertanto, tale condotta non sembrava diretta a distruggere in tutto o in parte un determinato popolo, gruppo etnico, razziale o religioso in quanto tale, ma era finalizzata ad una strategia di controguerriglia.

Peraltro, non va tralasciato che nel luglio 2008 i giudici della Corte Penale Internazionale hanno incriminato il presidente del Sudan Omar Al-Bashir che è alla guida del paese dal colpo di Stato militare del 30 giugno 1989. Vi è però da sottolineare che l'iniziativa presa dalla Corte nei confronti del Sudan si differenzia da quelle intraprese contro altri paesi. Nel caso di Al-Bashir, infatti, era stato il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, nel 2005, a chiedere alla Corte di indagare sui crimini commessi. Questo aspetto modifica sensibilmente le aspettative della Comunità Internazionale in merito alla cooperazione con i giudici riguardo alle decisioni che prenderanno sul Sudan. Al-Bashir è accusato, in particolare, per aver personalmente istruito le proprie forze affinché distruggessero tre gruppi etnici i fur, i masalit e gli zagawa che abitano il Darfur con «l'alibi di combattere la ribellione». Le accuse contro di lui sono di crimini contro l'umanità (uccisione, sterminio, trasferimento forzato, tortura e stupro), crimini di guerra (attacchi internazionali contro la popolazione civile e saccheggio) e genocidio. Tuttavia, un portavoce del presidente, Mahjoub Fadul Badry, ha dichiarato che il Sudan non riconosce l'autorità del tribunale dell'Aja, non avendone sottoscritto lo Statuto che ne ha sancito la nascita e che, quindi, non accetterà, in caso di condanna, alcuna estradizione.

Analogamente, i ministri della Giustizia della Lega Araba hanno definito immotivate le accuse rivolte al presidente Al-Bashir perchè la legge sudanese non contempla i reati di genocidio e di crimine di guerra. La stessa richiesta di arresto è stata criticata da Cina, Iran e diversi paesi arabi che hanno accusato la Corte dell'Aja di agire in

maniera strumentale rispetto agli interessi degli Stati Uniti²¹. Qualora in futuro, in base alle suddette incriminazioni, venisse spiccato dalla Corte un mandato di arresto contro il presidente sudanese Omar Al-Bashir, si tratterebbe della prima volta in cui un tribunale internazionale processa un capo di Stato in carica. Lo statuto della CPI, non lascia dubbi in questo senso: secondo l'articolo 27, infatti, anche un presidente in carica può essere giudicato. Accusare Bashir implica, tuttavia, una responsabilità sia per lo Stato che per il governo. Siccome l'accusa è di genocidio, il quadro si fa piuttosto complesso.

Infatti, è probabile che la CPI accolga le imputazioni di crimini di guerra e contro l'umanità e respinga quella di genocidio. La decisione sarebbe conforme con quanto sostenuto in questi anni da molti rapporti dell'ONU sulla tragedia del Darfur.

Come già rimarcato, diverse commissioni dell'ONU, a partire dalla prima presieduta dal giurista italiano Antonio Cassese, hanno escluso che quello in atto in Darfur potesse essere definito genocidio, basandosi la Corte su un'analisi strettamente giuridica delle singole fattispecie di reato²².

6. Analisi giuridica del conflitto.

Definire la natura del conflitto in corso in Darfur è fondamentale per determinare l'applicabilità o meno delle norme di diritto umanitario internazionale. La distinzione da fare è tra conflitto armato internazionale, conflitto non-internazionale o conflitto armato interno e situazioni di tensione o disordine domestico. L'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra e il Secondo Protocollo Addizionale alle Convenzioni fissano i pre-requisiti affinché si possa parlare di conflitto armato internazionale. La definizione, però, è una definizione in negativo: "1. Il presente Protocollo, che sviluppa e completa l'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 (...), si applicherà a tutti i conflitti armati che non rientrano nell'art. 1 del Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati nazionali (Protocollo I). (...) 2. Il presente Protocollo non si applicherà alle situazioni di tensioni interne, di

²¹ Giova chiarire che in caso di mandato di arresto, la CPI sarà tenuta a trasmettere "immediatamente" al Sudan, agli stati membri della Corte ed ai membri del Consiglio di sicurezza dell'Onu la richiesta di cooperazione per l'arresto e il trasferimento del presidente. La responsabilità di arrestarlo e trasferirlo spetta agli stati in quanto la Corte non dispone di una forza di polizia.

²² Tuttavia, i ribelli del Darfur, nonché le organizzazioni per la tutela dei diritti umani sostengono che il governo di Al-Bashir abbia portato avanti una sorta di "genocidio complesso" tendente ad una islamizzazione forzata della regione e ad uno sfruttamento illimitato delle risorse del territorio (soprattutto petrolio).

disordini interni, come le sommosse, gli atti isolati e sporadici di violenza ed altri atti analoghi, che non sono considerati come conflitti armati". Se ne deduce quindi semplicemente che è da considerarsi conflitto armato internazionale un conflitto che coinvolga due o più Stati. Anche la giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali si è pronunciata in merito: un conflitto armato sussiste ogni qual volta ci sia il ricorso a forze armate tra Stati o violenze armate protratte tra autorità governative e gruppi armati organizzati o tra i suddetti gruppi all'interno di uno Stato. Disordini e tensioni interne come le sommosse, gli atti isolati e sporadici di violenza ed altri atti analoghi sono in genere esclusi dalla nozione di conflitto armato. Il conflitto in Darfur oppone il Governo del Sudan ad almeno due gruppi armati organizzati di ribelli: il Sudan Liberation Movement/Army (SLM/A) e il Justice and Equality Movement (JEM). Dal 2003 i ribelli esercitano uno stretto controllo *de facto* su alcune zone del Darfur. Il conflitto, di conseguenza, non può essere semplicemente annoverato come situazione di disordine e tensione interna, sommosse, atti isolati e sporadici di violenza o altri atti analoghi. Piuttosto, la presenza di gruppi armati organizzati contro le autorità centrali, il controllo dei ribelli su parte del territorio ed i combattimenti protratti, fanno sì che questa situazione possa essere considerata un conflitto armato interno secondo l'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra e, come tale, è stato riconosciuto anche dalle parti coinvolte.

Per caratterizzare legalmente i fatti che si sono svolti in Darfur, bisogna innanzitutto determinare le norme di diritto internazionale umanitario e di diritto internazionale dei diritti dell'uomo di fronte alle quali questi fatti dovrebbero essere valutati. Risulta, quindi, fondamentale esporre quali siano gli obblighi internazionali a cui le parti in conflitto sono vincolate.

Due importanti sistemi normativi si applicano al Sudan contestualmente alla crisi in Darfur: il diritto internazionale dei diritti dell'uomo (o, più semplicemente, "diritti dell'uomo") e il diritto internazionale umanitario. I due sistemi risultano spesso complementari: ad esempio, entrambi sono rivolti alla protezione della vita e della dignità umana, alla protezione contro la tortura o contro qualsiasi trattamento crudele, inumano e degradante e alla proibizione della discriminazione in vari campi. Entrambi cercano di garantire la salvaguardia delle persone soggette a procedimenti penali e di assicurare i diritti di base riferiti alla salute, al cibo e all'alloggio. Ancora, entrambi includono disposizioni per la protezione delle donne e dei gruppi vulnerabili come i bambini e i profughi. La differenza fondamentale tra i due sistemi normativi risiede nel fatto che, mentre i diritti dell'uomo proteggono l'individuo sempre, il diritto internazionale

umanitario costituisce la *lex specialis* che si applica solo in situazioni di conflitto armato. In base alla normativa sui diritti umani gli Stati sono responsabili nel garantire la protezione e la conservazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali sempre, sia in tempo di pace che in tempo di guerra. L'obbligo dello Stato di evitare qualsiasi condotta che violi i diritti umani, così come il dovere di proteggere coloro che vivono sotto la propria giurisdizione, fanno riferimento a questo principio. Anche il Secondo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra richiama la protezione dei diritti umani e questo fa sì che il dovere degli Stati di salvaguardarli si debba applicare anche alle situazioni di conflitto armato. Quindi, al di là delle diverse origini e dei diversi sviluppi, tra i due sistemi normativi si è ormai realizzato un avvicinamento, una interrelazione e, perfino, sotto certi aspetti, una convergenza e una sovrapposizione (*overlap*): ciò in ragione tanto dell'ingresso dell'ideologia dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale, quanto del fatto che sempre più nei conflitti armati vengono coinvolti in modo attivo attori non statali. In effetti, se il diritto internazionale umanitario era un tempo volto a limitare l'uso della violenza militare dando una protezione solo ai militari di una parte belligerante dalla violenza del belligerante nemico, il diritto umanitario attuale considera spesso come beneficiario della protezione non più soltanto l'individuo cittadino-nemico, ma anche l'individuo *tout court*. Tale avvicinamento tra i due sistemi normativi, con riguardo al beneficiario della tutela, ha dunque prodotto una sovrapposizione, una convergenza per i principi fondamentali di umanità: è così che entrambe le discipline contengono una parte comune volta alla protezione dei diritti essenziali della persona umana in ogni circostanza, diritti che sono riaffermati in tutti gli accordi internazionali relativi all'una e all'altra disciplina e che sono riconosciuti anche a livello di diritto internazionale generale. Indice della sovrapposizione di questi diritti nei due sistemi normativi sono, per l'appunto, le disposizioni degli accordi volti alla tutela dell'uomo come tale, che non permettono la deroga ad alcuno dei diritti fondamentali, neppure per esigenze di ordine pubblico e sicurezza nazionale. Si tratta di quei diritti che vanno, dunque, rispettati anche in tempo di conflitto armato tanto internazionale che interno, nonché in situazioni rivoluzionarie o di disordine generalizzato o di qualsiasi emergenza nazionale: diritti che non possono essere mai sospesi.

In ambito internazionale esiste una cospicua giurisprudenza relativa alle violazioni del diritto internazionale umanitario, soprattutto per crimini di guerra e contro l'umanità. Ciò è comprovato dall'istituzione di numerosi Tribunali ad hoc, quali quello per la ex-Jugoslavia, per il Ruanda e per la Sierra Leone, nonché dal deferimento alla CPI di alcuni casi simili (Uganda, Repubblica Centro Africana e Congo).

Al fine di individuare i possibili sviluppi dell'iter processuale in corso presso la Corte Penale Internazionale relativamente al "caso Darfur" e prevederne verosimili esiti futuri, è opportuno fare riferimento alla giurisprudenza dell'ultimo degli organismi internazionali di tipo giudiziale costituito dalle Nazioni Unite: la "*Corte Speciale per la Sierra Leone*".

Il 16 gennaio 2002, le Nazioni Unite ed il Governo della Repubblica della Sierra Leone siglarono un accordo per la costituzione di un tribunale internazionale, con il compito di investigare e giudicare in merito alle gravi violazioni del diritto internazionale umanitario e delle norme del diritto interno della Sierra Leone, commesse in quel territorio a partire dal 30 novembre 1996.

La natura giuridica della Corte Speciale per la Sierra Leone, così come per ogni organismo internazionale, è determinata dal suo atto costitutivo. Essa è un ibrido giuridico di natura pattizia, un tribunale *sui generis* e, diversamente sia dall'ICTY che dall'ICTR, organismi del Consiglio di Sicurezza appositamente costituiti con delle Risoluzioni, quest'ultima è nata da un accordo bilaterale tra l'Organizzazione delle Nazioni Unite ed il Governo della Sierra Leone.

Si rileva, in via generale, il maggior grado di legittimazione che l'accordo bilaterale conferisce alla Corte Speciale per la Sierra Leone, rispetto al ricorso ad una Risoluzione unilaterale del Consiglio di Sicurezza. Tale Corte, infatti, ottiene una legittimazione più bilanciata, mutuata da una parte dalla legittimazione dell'azione del Consiglio di Sicurezza e, dall'altra, dal potere giurisdizionale conferitole direttamente dalla Sierra Leone, seppur nei termini e nei limiti del mandato.

Tale caratteristica la rende diversa anche rispetto alla Corte Penale Internazionale che, come già detto, è il primo tribunale penale internazionale a carattere permanente, istituito mediante accordo tra Stati aderenti ad uno Statuto.

Lo Statuto della Corte Speciale per la Sierra Leone, inoltre, al pari dell'ICTY e del ICTR, le conferisce una giurisdizione concorrente, ma prioritaria sulle Corti nazionali della Sierra Leone, fino a prevedere che la Corte possa, con discrezionalità, decidere di avocare a sé procedimenti eventualmente in corso presso le suddette Corti nazionali, stante ovviamente il rispetto della competenza sostanziale. Inoltre, pur sussistendo il principio del *ne bis in idem*, la Corte Speciale ha il potere di intraprendere nuovi processi qualora valuti che i relativi procedimenti conclusi presso le Corti nazionali fossero fittizi od imparziali, ovvero i crimini internazionali in oggetto abbiano ricevuto in quella sede una diversa qualificazione.

La competenza sostanziale della Corte Speciale per la Sierra Leone comprende sia

crimini afferenti al diritto internazionale umanitario, sia alcune fattispecie criminose trattate dal diritto interno nazionale della Sierra Leone. La differenza rispetto alla competenza della CPI nel caso Darfur, in questo caso, è solo parziale: per entrambe le Corti, i principali crimini oggetto di inchiesta continuano ad essere i crimini contro l'umanità e i crimini di guerra. Altra analogia risulta essere anche l'esclusione del crimine di genocidio che, però, per la Sierra Leone, è avvenuta con decisione non assunta in sede giurisdizionale, ma direttamente a monte dal Consiglio di Sicurezza.

Analogamente alla Corte Penale Internazionale anche la Corte Speciale per la Sierra Leone ha potuto perseguire i soggetti con la più elevata responsabilità nella pianificazione, l'istigazione, l'ordine, l'esecuzione, nonché la complicità o il favoreggiamento nella pianificazione, nella preparazione o nell'esecuzione delle violazioni al diritto internazionale. L'eventuale posizione ufficiale dell'accusato, sia pur un capo di Stato o di Governo, non lo esime da responsabilità individuali, né mitiga la portata della pena in caso di colpevolezza. Allo stesso modo, il superiore gerarchico è ritenuto responsabile per i crimini in oggetto anche se commessi da un proprio subordinato, qualora fosse stato a conoscenza dell'azione o dell'intenzione criminosa del subordinato, mancando tuttavia di attivarsi per prevenire l'evento o reprimere il responsabile di tale condotta. Da ultimo, il fatto che il responsabile abbia agito in ossequio ad un ordine di un'autorità superiore non ne elimina la diretta responsabilità, pur potendo essere motivo di una possibile mitigazione della pena.

A seguito delle indagini condotte dalla Corte Speciale sono stati accusati per crimini contro l'umanità, violazioni dell'art. 3 Comune alle Convenzioni di Ginevra, violazioni del II Protocollo e di altre violazioni del diritto internazionale umanitario, come previsto dagli artt. 2, 3 e 4 dello Statuto della stessa Corte Speciale, ben 11 individui. Per alcuni di essi morti o dichiarati tali non si è giunti ad una condanna, mentre per altri, tra i quali spiccano i nomi di Alex Tamba Brima, Santigie Borbor Kanu e Brima Bazzy Kamara sono state comminate pene variabili dai 45 ai 50 anni.

Per quanto riguarda il caso "Darfur" ci troviamo ancora nella fase preliminare dell'iter processuale e, sebbene, come visto, vi siano alcune differenze di fondo tra le due Corti, per quanto concerne le modalità in cui sono state costituite, la competenza *rationae materiae* di entrambe e soprattutto il riconoscimento a livello nazionale della Corte Speciale per la Sierra Leone, se ne può ipotizzare un epilogo simile.

Peraltro, è inimmaginabile che tali Istituti funzionino senza il sostegno e la cooperazione degli Stati.

7. Conclusioni.

La guerra in Sudan è la più lunga guerra civile combattuta nel mondo: il conflitto continua ininterrottamente dal 1983. Più di 2 milioni di sudanesi sono morti per cause riconducibili alla guerra. Il costo in vite umane di questo conflitto è superiore anche a quello del conflitto in Bosnia, Kosovo, Afghanistan, Cecenia, Somalia, Sierra Leone e Indonesia.

A distanza di due anni dalla firma dell'*Accordo di pace per il Darfur*, siglato nel maggio 2006 tra il Governo di Khartoum e i ribelli del *Sudan Liberation Army* (SLA), le speranze di pace hanno lasciato il posto a un crescente stato di insicurezza di scontri e violenze continue, di cui vittime principali restano le popolazioni civili.

La guerra civile sudanese lascia dietro di sé uno strascico di violenze, discriminazioni, limitazioni delle libertà fondamentali e genocidi.

Solo a Khartoum si contano 14 ghost house: case di detenzione di cui il governo ha sempre negato l'esistenza e nelle quali il regime rinchioda e tortura gli avversari politici. Secondo un emendamento del dicembre 2002 alla legge di sicurezza nazionale del 1999, i servizi di sicurezza possono trarre in arresto, senza accusa né processo, chiunque sia sospettato di "cospirazione contro lo stato", per un periodo di 123 giorni rinnovabile.

Le libertà di espressione e di associazione sono state limitate, nonché denunciate le restrizioni imposte ai mezzi di comunicazione e alla società civile. Nelle corti di appello e nei tribunali penali di Karthoum i diritti alla difesa sono stati limitati o negati e le testimonianze rilasciate sotto coercizione sono state ammesse come prove.

Nel Darfur i processi presso i Tribunali speciali, istituiti nel 2003, non hanno rispettato gli standard internazionali di equità processuale ed hanno riguardato soprattutto reati ordinari, non collegati a reati che ricadono nel diritto internazionale.

La giustizia sudanese ha purtroppo dimostrato di non essere in grado, o di non volere, investigare e perseguire i presunti responsabili dei crimini di guerra e contro l'umanità commessi.

Oggi il Sudan è chiamato non solo a rispettare il diritto internazionale, ma anche ad assicurarne il rispetto. Esso ha fallito nel proprio dovere di proteggere i diritti del proprio popolo e le misure intraprese per affrontare la rivolta si sono rivelate

palesemente in contrasto con il diritto internazionale. L'intervento della Comunità Internazionale si è reso necessario per ristabilire la pace, garantire il rispetto dei diritti umani e per individuare i responsabili dei crimini commessi.

L'avvenuto deferimento alla Corte Penale Internazionale delle presunte violazioni al diritto internazionale umanitario commesse in Darfur, come la costituzione di un organismo internazionale a carattere giudiziale in Sierra Leone, è tuttavia sottoposto al quesito della legittimità stessa di siffatti organismi.

Sul "caso Darfur" la Corte gioca la propria credibilità: se le indagini perverranno ad un mandato d'arresto nei confronti degli imputati, in particolare del presidente Al-Bashir, la sua credibilità sarà difficilmente messa in discussione in futuro. Un fallimento, di contro, vedrebbe ulteriormente compromessa l'autorità e l'autorevolezza della massima espressione della giustizia penale internazionale.

In Darfur, in altri termini, se la Corte dimostrerà di poter essere uno strumento efficace ed effettivo di giustizia, contribuirà attivamente al processo di riconciliazione in questo paese e sarà, altresì, in grado di fornire il chiaro ed universale monito della non impunità dei maggiori crimini di diritto internazionale commessi contro l'individuo, principio il cui potenziale preventivo pare a tutt'oggi non essere stato ancora pienamente compreso dalla Comunità Internazionale.

BIBLIOGRAFIA

- **AA. VV.**, *War in Darfur and the Search for Peace*, ed. Global Equity Initiative, Harvard University, 2007;
- **ARANGIO-RUIZ**, *Sulla dinamica della base sociale nel diritto internazionale*, Milano 1954;
- **ARANGIO-RUIZ**, *Diritto internazionale e personalità giuridica*, Bologna;
- **BALLADORE PALLIERI**, *Diritto bellico*, Padova, 1954;
- **BERNARDINI**, *Diritto internazionale*, in *Enciclopedia Feltrinelli- Fischer*, vol. Diritto, I, Milano, 1972;
- **BURR & COLLINS**, *Darfur: The Long Road to Disaster*, ed. Markus Wiener, 2006;
- **CONSACCHI**, *Nozioni di diritto internazionale bellico*, Torino, 1954;
- **CONFORTI**, *Diritto internazionale*, Napoli, 1997;
- **CONFORTI**, *Le Nazioni Unite*, CEDAM, 1996;
- **DALY**, *Darfur's Sorrow: A History of Destruction and Genocide*, ed. Cambridge University Press, 2007;
- **DE SANCTIS**, *Il processo di istituzione di una Special Court per i crimini della guerra civile in Sierra Leone*, *CI*, 56, 2001, p. 475 ss.;
- **DONISI**, *La tutela dei diritti umani*, in *La tutela delle persone e dei popoli nelle*

- Convenzioni di Ginevra, ed. Simone, 2003;
- **FLINT & DE WAAL**, Darfur: A Short History of a Long War, ed. Zed Books, 2006;
 - **HAMILTON JOHNSON**, The Root Causes of Sudan's Civil Wars, ed. Indiana University Press, 2003;
 - **KAHN**, Darfur: Twenty Years of War and Genocide in Sudan, ed. powerHouse Books, 2007;
 - **LANZARO**, Crimini di Guerra: giurisdizioni nazionali, tribunali ad hoc e la CPI, in *La tutela delle persone e dei popoli nelle Convenzioni di Ginevra*, ed. Simone, 2003;
 - **LATTANZI**, Assistenza umanitaria e consenso del sovrano territoriale, 1995;
 - **LAWRENCE**, A handbook of Public International law, New York – London, 1938;
 - **McDONALD**, Sierra Leone's Shoestring Special Court, in *Rev. Int. Croix Rouge*, 2002, vol. 84, p.121, ss.;
 - **OPPENHEIM**, International law, London, 1953;
 - **PICONE**, Interventi delle Nazioni Unite e Diritto Internazionale, CEDAM, 1995;
 - **PIERANTONI**, Darfur, Chimienti Editore, 2008;
 - **PRUNIER**, Darfur: The Ambiguous Genocide, ed. Cornell University Press, 2007;
 - **QUADRI**, Diritto internazionale pubblico, Napoli, 1968;
 - **RONZITTI**, Diritto internazionale dei conflitti armati, Torino, 1998;
 - **STEIVLE & WALLACE**, The Devil Came on Horseback: Bearing Witness to the Genocide in Darfur, ed. PublicAffairs, 2007;
 - **TOTTEN & MARKUSEN**, Genocide in Darfur: Investigating the Atrocities in the Sudan, ed. Routledge, 2006;
 - **VEDOVADO**, Diritto internazionale bellico, Firenze, 1946.

SITI WEB

- www.africa-union.org – sito dell'Unione Africana
- www.amnesty.org – sito di Amnesty International
- www.cri.it – sito della Croce Rossa Italiana
- www.cnn.com – sito della CNN
- www.equilibri.net – sito che propone notizie ed approfondimenti sulla politica estera, suddivisi per area geografica
- www.fidh.org – sito dell'International Federation of Human Rights
- www.hri.ca – motore di ricerca specializzato in diritti umani
- www.huridocs.org – sito web sui sistemi internazionali per la documentazione e l'informazione sui diritti umani
- www.hrw.org – sito di Human Rights Watch
- www.icc-cpi.int – International Criminal Court
- www.icrc.org – sito del Comitato Internazionale della Croce Rossa
- www.savedarfur.org – notizie sul Darfur
- www.sudantribune.com – notizie sul Darfur
- www.un.org – sito delle Nazioni Unite

ABBREVIAZIONI

- **AMIS** African Union Mission in Sudan
- **AU** African Union
- **Cds** Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite
- **CI** Comunità Internazionale
- **CPI** Corte Penale Internazionale
- **CRC** Convenzione sui diritti del bambino
- **ICCPR** Convenzione internazionale sui diritti civili e politici
- **ICERD** Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale
- **ICESCR** Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali
- **ICTR** International Criminal Tribunal for Rwanda
- **ICTY** International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
- **JEM** Justice and Equality Movement
- **PDF** Popular Defence Force
- **ONU** Organizzazione Nazioni Unite
- **SG** Segretario Generale delle Nazioni Unite
- **SRS** Rappresentante Speciale del Segretario Generale delle Nazioni Unite
- **SLM/A** Sudan Liberation Movement / Army
- **UNAMID** Missione "ibrida" Nazioni Unite e Unione Africana in Sudan
- **UNMIS** United Nations Mission in Sudan

Aiuti di Stato e Federalismo fiscale

di Hedy Romanelli Grimaldi

1. Premessa. – **2.** Aiuti di Stato: nozione e deroghe. – **3.** La fiscalità di vantaggio. – **4.** La selettività e gli aiuti regionali. – **5.** Fiscalità di vantaggio nell'autonomia regionale: premessa.

1. Premessa

L'imminente approvazione in via definitiva da parte del Parlamento della legge di delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione, rende attuale una rivisitazione di alcuni principi.

Il federalismo fiscale promuove l'autonomia e la responsabilizzazione finanziaria di tutti i livelli di Governo, attribuendo poteri alle Regioni ed agli Enti locali che coinvolgono le entrate e le spese ed è destinato a realizzare nuovi livelli di autonomia nella ripartizione delle competenze legislative fra Stato e Regioni sul coordinamento tra finanza pubblica e sistema tributario.

Le Regioni potranno istituire tributi regionali e locali, determinare variazioni delle aliquote e disporre agevolazioni che Comuni, Province e Città metropolitane potranno, fra l'altro, applicare nell'esercizio della propria autonomia, così come avranno facoltà di istituire a favore degli enti locali compartecipazioni al gettito dei tributi e compartecipazioni regionali.

Le Regioni ed gli Enti locali potranno disporre di meccanismi di accertamento e di riscossione che assicurino modalità di accreditamento diretto del riscosso agli enti titolari del tributo.

Sembra che la legge delega attribuisca alle Regioni ed agli Enti territoriali una particolare autonomia in materia fiscale ben più ampia di quella pregressa e che possa configurarsi quale autonomia istituzionale, decisionale e finanziaria.

Seppure l'entrata in vigore dell'intera riforma richiederà tempi medio lunghi, appare sin d'ora chiaro che le innovazioni contenute potranno apportare un radicale mutamento nella gestione dell'intero sistema fiscale quanto meno in una diversificazione delle aliquote per taluni tributi ovvero nell'istituzione di agevolazioni fiscali che potranno

variare tra Regione e Regione.

Si potrebbero configurare fiscalità di vantaggio con il rischio di incorrere nel divieto degli aiuti di Stato di cui all'articolo 87 del Trattato, dovendosi, comunque, l'autonomia esercitare nei limiti e secondo criteri fissati non solo nella legislazione statale, ma anche e soprattutto nel rispetto della normativa comunitaria.

Il lavoro che qui si intende sviluppare si articolerà, pertanto, in una prima parte in cui si cercherà di definire il concetto di aiuti di Stato e di fiscalità di vantaggio, anche regionale, per poi, in una seconda parte, da pubblicare in seguito, cimentarsi nell'individuazione dei limiti che l'autonomia concessa alle Regioni ed agli Enti locali incontra in relazione ai criteri fissati dalla normativa comunitaria.

2. Aiuti di Stato: nozione e deroghe

L'articolo 87¹ del Trattato CE sancisce il divieto degli aiuti di Stato quale salvaguardia della libera concorrenza per garantire parità di condizioni fra gli operatori economici ed evitare che taluni di essi possano essere favoriti².

Il divieto in esame, insieme al divieto di non discriminazione³, è il limite cui gli ordinamenti nazionali devono conformarsi nell'esercizio della sovranità.

La nozione di aiuto di Stato è stata oggetto di elaborazione da parte della Commissione⁴, della Corte di Giustizia delle Comunità Europee e del Tribunale. Secondo tali organi rappresenta aiuto di Stato⁵ "ogni misura che conferisce un vantaggio

¹ P. LAROMA JEZZI, *Principi tributari nazionali e controllo sopranazionale sugli aiuti fiscali*, in *Riv. It. Pubbl. com.*, 2004, pp. 91 ss.

² La norma in esame è finalizzata non solo ad assicurare garanzie di pari trattamento ai soggetti non residenti che avviano attività produttive nel territorio di uno Stato, evitando penalizzazioni a loro carico, ma anche a reprimere, o quanto meno controllare, la prassi degli Stati di porre norme agevolative destinate ad attrarre capitali ed attività sul loro territorio (cd. *Subsidy shopping*). Entrambi le tipologie di normative, inducendo le imprese potenzialmente beneficiarie alla dislocazione strumentale da uno Stato membro ad un altro, sono considerate in conferenti rispetto agli obiettivi dell'Unione Europea. Cfr. L. DEL FEDERICO, *Agevolazioni fiscali nazionali ed aiuti di Stato, tra principi costituzionali ed ordinamento comunitario*, Relazione svolta nell'ambito del V convegno di fiscalità internazionale "Spring in Naples", tenutosi a Napoli e Caserta nei giorni 4-5 maggio 2006 per iniziativa del Dipartimento di Scienze Giuridiche della Seconda Università di Napoli sul tema "Aiuti di Stato, fiscalità di vantaggio e potestà tributaria nazionale", dattiloscritto.

³ F. AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998.

⁴ P. PICCOCCHI, *Gli effetti delle decisioni della Commissione europea*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2003, pp. 926 ss.; L. RAIMONDI, *Osservazioni in merito ai rapporti tra procedimento di controllo degli aiuti di Stato e procedura di infrazione*, in *Dir. Un. Europea*, 2002, pp. 349 ss.

⁵ AA.VV. (a cura di L. Salvini), *Aiuti di Stato in materia fiscale*, Padova; G. BELOTTI, *Il nuovo regolamento di procedura degli aiuti di Stato*, in *Dir. Comm. Sc. Int.*, 2000, pp.535 ss.; C. BUZZACCHI, *Gli aiuti di Stato tra politica della concorrenza e politica sociale*, in *Dir. Ec.*, 2004, pp.629 ss.; F. CAPELLO, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di aiuti di Stato (1956-2006)*, in *Dir. Prat. trib.*, 2006, pp. 803 ss.; G. FRANSONI, *Gi aiuti di Stato tra autonomia locale e capacità contributiva*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2006, pp. 249 ss.; A. TERRASI, *Aiuti*

economico al beneficiario, falsando così la concorrenza tra gli Stati membri, sia imputabile allo Stato o a risorse statali, investa quale beneficiario un'impresa o una produzione e sia selettiva favorendo solo alcune imprese o alcune produzioni'.

L'ampiezza della nozione⁶ ricomprende qualsiasi vantaggio apprezzabile sotto il profilo economico che viene attribuito ad un'impresa attraverso un intervento pubblico, indipendentemente dalla forma attraverso cui viene conferito.

Nel divieto sono, quindi, da ricomprendere non soltanto le sovvenzioni, ovvero quelle prestazioni in danaro o in natura per sostenere un'impresa, ma anche – secondo la Corte di Giustizia delle Comunità Europee⁷ – tutte quelle misure che hanno la stessa natura e producono i medesimi effetti.

Nella nozione di aiuti di Stato⁸ vanno, dunque, ricomprese non solo le prestazioni positive, ma anche le prestazioni negative; determinando le prime un'erogazione in danaro, le seconde una riduzione dei costi. Conseguenze che costituiscono aiuti di Stato anche le misure di natura fiscale, idonee a determinare in capo al beneficiario un vantaggio, sia pure indiretto, in termini di riduzione di pressione fiscale, così come chiarito dalla Commissione⁹ in tema di tassazione diretta delle imprese che afferma *"una perdita di gettito fiscale è equivalente al consumo di risorse statali sotto forma di spesa fiscale"*.

Il Trattato e le interpretazioni fornite dalle Istituzioni Comunitarie privilegiano la salvaguardia della libera concorrenza¹⁰ all'interno del mercato unico rispetto ad eventuali interessi ed a valutazioni con esso configgenti, sancendo l'incompatibilità con il mercato comune di ogni misura che possa rinforzare la posizione di una impresa consentendole una posizione di privilegio.

Pur tuttavia il medesimo articolo 87¹¹ prevede un regime di deroghe¹² alla

di Stato: la questione del recupero degli aiuti illegalmente concessi, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2002, pp.1081 ss.

⁶ A. FANTOZZI, *Problemi di adeguamento dell'ordinamento fiscale nazionale alle sentenze della Corte europea di giustizia ed alle decisioni della Commissione CE*, in *Rass. Trib.*, 2003, pp. 2249 ss.; C. QUIGLEY, *The Notion of State aid in the EEC*, in *Eur. law rev.*, 1988, pp. 242 ss.; G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, 2005.; M. ANTONIOLI, *Le comunicazioni della Commissione fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 1995, pp. 51 ss.

⁷ M. COCCIA, *Le partecipazioni statali italiane davanti alla Corte di Giustizia: aiuti di Stato o aiuti di status?*, in *Riv. Dir. Int.*, 1992, pp. 967 ss.

⁸ A. BUONOMO, *Aiuti di Stato alle imprese pubbliche e obbligo di recupero*, in *Giur. It.*, 1995, pp. 1777; A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003.

⁹ M. ANTONIOLI, *Le comunicazioni della Commissione fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 1995, pp. 51 ss.; M. ANTONIOLI, *Comunicazioni della Commissione Europea e atti amministrativi nazionali*, Milano, 2000.

¹⁰ G. BERNINI, *Le regole di concorrenza nei trattati comunitari*, Rimini 1982.

¹¹ J. WINTER, *Redefining the notion of State aid in article 87 of the EC Treaty*, in *C. m. I. rev.*, 2004, pp. 475 ss.

¹² S. DORIGO, *L'efficacia delle decisioni della Commissione in materia di aiuti di Stato secondo la Corte di Cassazione: nuovi orizzonti tra ordinamento comunitario e nazionale*, in *Rass. Trib.*, 2003, pp. 1099 ss.; G. FURCINITI – E. PALLARIA, *Illegittimità degli aiuti di Stato concessi mediante agevolazioni di natura fiscale:*

incompatibilità nella consapevolezza che interventi nei settori dell'economia potessero essere comunque utili a promuovere uno sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche nell'insieme della Comunità, di qui la previsione di un articolato regime di deroghe al principio di incompatibilità di cui al 2 e 3 paragrafo del citato articolo, tutte finalizzate al rafforzamento del mercato in situazioni particolari, deroghe talune *de iure*¹³ ed altre discrezionalmente concesse¹⁴ dalla Commissione.

Tra i tratti caratterizzanti la nozione di aiuto di Stato occorre, sin da ora, soffermarsi sul requisito della selettività che esclude dalla nozione di aiuto le misure generali di politica economica dirette a sostenere non una certa attività o un gruppo di imprese, ma lo sviluppo del sistema nel suo insieme, requisito da verificare di volta in volta, esaminando se la misura trovi giustificazione in una logica di sviluppo nell'insieme del sistema economico o, al contrario, rappresenti una deviazione rispetto alla generalità per ridurre gli oneri finanziari a vantaggio di specifici settori.

Come detto è irrilevante sia lo strumento tecnico utilizzato¹⁵ (si pensi ad esempio alle partecipazioni al capitale di imprese private, alle concessione di anticipi, ai prestiti di partecipazione, alle erogazioni di crediti preferenziali, alla concessione di pagamenti differiti ed ancora – nell'ambito fiscale – alla riduzione di imposta, alle agevolazione in

principali problematiche applicative dell'azione di recupero, in *Il Fisco*, 2005, pp. 696 ss.

¹³ Fanno parte delle deroghe *cd. de iure*:

- a. Gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti;
- b. Gli aiuti destinati ad ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali;
- c. Gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica Federale di Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione;

Anche se compatibili di diritto con il mercato comune, le deroghe *de iure* costituiscono comunque aiuti di Stato e sono, pertanto, sottoposte all'obbligo di notifica ex art. 88 par. 3 del Trattato. Il tratto fondamentale che caratterizza tale categoria è che, nonostante il suddetto obbligo, la commissione non ha alcun potere discrezionale nella valutazione di un aiuto che rientri tra le previsioni dell'art. 87 par. 2 del Trattato.

¹⁴ Fanno parte delle deroghe discrezionali:

- a. Gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso oppure si abbia una grave forma di disoccupazione;
- b. Gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro;
- c. Gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse;
- d. Gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nella comunità in misura contraria all'interesse comune;
- e. Le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione.

¹⁵ D'AGOSTINO, *Aiuti di Stato: ultime pronunce della Commissione Europea*, in *Il Fisco*, 2006, pp. 7163 ss.; G. D'ALFONZO, *Sistemi fiscali dei nuovi Stati membri U.E.*, in *Il Fisco*, 2004, pp. 4305 ss.; M. DANÍ, *Razionalizzazione e riqualificazione strategica degli aiuti di Stato alle imprese: indirizzi emergenti da alcuni recenti regolamenti della commissione in materia di "aiuti di Stato orizzontali"*, in *Dir. Pubbl. comp. Eur.*, 2001, pp. 948 ss.; G. DE BELLIS, *Aiuti di Stato mediante misure fiscali: l'esperienza italiana, relazione presentata al convegno di studi "aiuti di Stato nel diritto comunitario e misure fiscali"*, in *Rass. Trib.*, 2003, pp. 2299 ss.

senso lato, ai crediti di imposta, alle esenzioni¹⁶, alla riscossione dilazionata di imposta) che la forma giuridica che riveste l'aiuto che può essere erogato attraverso un atto di diritto privato, una legge, un provvedimento amministrativo.

3. La fiscalità di vantaggio

La dottrina precisa che l'aiuto di Stato si qualifica come fiscale laddove l'origine pubblica della misura abbia una matrice fiscale ovvero sia tale la tipologia del vantaggio¹⁷ o la connotazione della selettività.

Le Istituzione Comunitarie e la Commissione¹⁸, in particolare, hanno proceduto ad una ulteriore elaborazione posto che i criteri ed i principi sanciti per i casi in cui uno Stato intervenga nel mercato con strumenti di diritto privato, non sempre possono essere trasposti nel settore pubblico tributario in cui è arduo individuare quando una norma fiscale conferisca un vantaggio economico al beneficiario falsando la concorrenza tra le imprese degli Stati membri.

La Commissione chiarisce che una riduzione del peso fiscale può essere concessa o attraverso una riduzione della base imponibile o attraverso una riduzione totale o parziale dell'ammontare dell'imposta ovvero un differimento oppure un annullamento o una rinegoziazione del debito fiscale.

Nella consapevolezza che non tutte queste misure possono configurare aiuto di Stato in quanto la loro legittimità può risiedere nella normalità e possono trovare giustificazione nei principi fondamentali o direttivi del sistema fiscale dello Stato, occorre individuare il limite di normalità dei singoli sistemi tributari.

In funzione del criterio di meritevolezza degli interessi contrapposti – che privilegia, a livello comunitario, la salvaguardia del principio di concorrenza – si configura aiuto fiscale, indipendentemente dallo scopo o dalla causa sottesa, ogni provvedimento che riduce i costi gravanti sull'impresa beneficiaria rafforzandone la posizione rispetto alle altre imprese presenti sul mercato; ipotesi questa non ricorrente qualora trattasi di misure aventi il requisito di generalità e quindi destinate a tutte le imprese sulla base

¹⁶ C. FONTANA, *Tutela giuridica in materia di progetti di aiuti di Stato ed esenzioni in tema di tasse*, in *Riv. Dir. Trib.*, I, 2005, pp. 158 ss.

¹⁷ A. E. LA SCALA, *Il divieto di aiuti di Stato e le misure di fiscalità di vantaggio, nel quadro della politica regionale dell'Unione Europea e degli Stati membri*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2005, pp. 54 ss.

¹⁸ B. J. M. TERRA, e P.J. WATTEL, *European tax law*, in *l'Aja*, 2005.

della parità di accesso e con ambito di applicazione non limitato dal potere discrezionale dello Stato. Deve, quindi, trattarsi di misure accessibili a tutti di modo che le stesse possano considerarsi nel loro insieme la tassazione normalmente gravante sul bilancio delle imprese e possano costituire un parametro di valutazione per i regimi fiscali di volta in volta introdotti da quel medesimo Stato.

È aiuto fiscale di Stato, quindi, ogni misura che si attegga quale eccezione in favore di talune imprese sulla base della disciplina adottata dai singoli Stati che conservano la sovranità nella individuazione di ciò che è ordinario e di ciò che è derogatorio.

Nella comune accezione possono entrare in conflitto con la disciplina degli aiuti di Stato due istituti fiscali e precisamente le agevolazioni fiscali¹⁹ ed i tributi di scopo²⁰; in ordine alle prime è appena il caso di sottolineare che, nell'ambito del diritto interno italiano, trattandosi di norme di natura eccezionale, costituiscono una deroga al principio di generalità e di progressività dell'imposizione trovando fondamento in specifiche norme costituzionali che ne legittimano il perseguimento di fini extra fiscali riconosciuti e tutelati dall'ordinamento. Non così il diritto comunitario che, come detto, per effettuare la valutazione di compatibilità di una misura con l'articolo 87, prescinde dalla finalità che la misura stessa persegue, avendo optato per la preminenza della tutela della concorrenza.

Il contrasto tra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento interno²¹ renderebbe invocabile la teoria dei contro limiti" elaborata dalla Corte Costituzionale.

Circa i tributi di scopo²² ed i tributi parafiscali, le Istituzioni Comunitarie²³ ne

¹⁹ M. BASILAVECCHIA, *Agevolazioni ed esenzioni tributarie*, in *Noviss. Dig. It., App.*, Torino, 1980, pp. 153 ss.; M. BASILAVECCHIA, *Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni (dir. Trib.)*, in *Rass. Trib.*, 2002, pp. 421 ss.; F. BATTISTONI FERRARA, *Agevolazioni ed esenzioni fiscali*, in *AA.VV. (diretto da Cassese-Napoletano), Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp.175 ss.; F. BATOCCHI, *Agevolazioni fiscali e Aiuti di Stato*, bozze.; P. RUSSO, *Le agevolazioni e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari in materia di aiuti di Stato: i poteri del giudice nazionale*, in *Rass. Trib.*, 2003, pp. 330 ss.e in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2004, pp. 225 ss.; G. SELICATO, *Profili teorici e lineamenti evolutivi degli strumenti agevolativi a carattere fiscale e non fiscale per la promozione e lo sviluppo sostenibile*, in *Riv. Dir. Trib. Int.le*, 2004, pp. 399 ss.

²⁰ C. BUZZACCHI, *Principio di concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Giur. Cost.*, 2004, pp.277 ss.; L. DEL FEDERICO, *Agevolazioni fiscali nazionali ed aiuti di Stato, tra principi costituzionali ed ordinamento comunitario*, Relazione svolta nell'ambito del V convegno di fiscalità internazionale "Spring in Naples", tenutosi a Napoli e Caserta nei giorni 4-5 maggio 2006 per iniziativa del Dipartimento di Scienze Giuridiche della Seconda Università di Napoli sul tema "Aiuti di Stato, fiscalità di vantaggio e potestà tributaria nazionale", dattiloscritto; G. M. ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Padova, 1997; C. VERRIGNI, *Tributi di scopo, tutela ambientale e divieto di esecuzione degli aiuti di Stato*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2006, II, pp. 8 ss.

²¹ C. BUZZACCHI, *Principio di concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Giur. Cost.*, 2004, pp.277 ss.; F. GALLO, *L'inosservanza delle norme comunitarie sugli aiuti di Stato e sue conseguenze nell'ordinamento fiscale interno*, in *Rass. Trib.*, 2003, pp. 2271 ss.; F. GALLO, *Ordinamento comunitario e principi costituzionali tributari*, in *Rass. Trib.*, 2006, pp. 407 ss.

²² R. FRANZE, *I tributi di scopo nella disciplina comunitaria degli aiuti di Stato alle imprese*, in *Dir. Pubbl. comp. Eur.*, 2005, pp. 865 ss.

²³ F. BESTAGNO, *Il controllo comunitario negli aiuti di Stato nel recente regolamento di procedura*, in *Dir. Com. int.*, 1999, pp.339.; A. BIONDI – P. ECKOUT – J. FLINN, *The law of State aid in European Union*, Oxford University Press 2004, pp.17 ss.

hanno evidenziato l'astratta idoneità ad entrare in conflitto con la disciplina degli aiuti di Stato in quanto riguardano un settore specifico che di norma serve a finanziare talune operazioni del settore medesimo.

Il modello di tale tributo evidenzia un fine extra fiscale con vincolo di destinazione del gettito al finanziamento di determinate spese, utile a derogare al principio di unità del bilancio secondo cui tutte le entrate sono destinate a finanziare tutte le spese.

Il tributo di scopo costituisce, quindi, aiuto di Stato allorché si tratti di un tributo che colpisca indistintamente imprese o produzioni e riguardi solo imprese o produzioni assoggettate al tributo stesso, costituendo quindi un aiuto selettivo con un nesso diretto ed inscindibile tra il tributo e l'aiuto di Stato con esso finanziato.

Quanto sopra induce a ritenere che gli estensori del Trattato, nel rispetto della sovranità degli Stati Membri abbiano voluto fissare i valori dell'Unione indicando gli obiettivi primari da perseguire attraverso una formazione secondaria (regolamenti e direttive) al fine di limitare una competizione, anche fiscale, tra gli Stati producendo nei singoli ordinamenti regimi fiscali differenziati in violazione del principio di non discriminazione, idonea a determinare distorsioni della concorrenza configurabili come aiuti di Stato.

Se il principio di non discriminazione impone agli Stati Membri una verifica esterna in ordine all'esercizio delle libertà garantite dal Trattato, il divieto degli aiuti di Stato obbliga gli Stati Membri ad una verifica interna sulla rispondenza della norma circa la coerenza di questa con i principi generali dell'ordinamento interno ovvero se, creando un privilegio in favore di una impresa o di una produzione, si alteri la concorrenza.

L'interpretazione fornita dalle Istituzioni comunitarie è stata improntata a criteri fortemente pragmatici e su una casistica della potenzialità di una misura agevolativa a creare un effetto discriminante o l'alterazione del mercato, appiattendo le proprie valutazioni essenzialmente sul requisito della selettività secondo il quale si può ritenere aiuto di Stato una misura soltanto se favorisce talune imprese o produzioni.

Al contrario il requisito della selettività andrebbe esaminato a seguito della qualificazione della misura come derogatoria dei principi fondamentali degli ordinamenti interni e comunque non coerente con la concezione di finanza pubblica recepita nelle Costituzioni di cui il sistema tributario si pone come essenziale strumento di realizzazione.

Un mero approccio pragmatico improntato alla tutela prioritaria ed esclusiva della concorrenzialità del mercato unico, rischia di limitare fortemente il conseguimento di principi e di valori, anche fondamentali – che costituiscono essenziale pregio di importanti

Carte Costituzionali dei Paesi Membri – con il pericolo di provocare conflitti tra gli ordinamenti nazionali e comunitario; ciò si auspica che induca gli organi comunitari a pronunzie che possano consolidare una evoluzione del sistema comunitario verso l'apertura a valori solidaristici.

4. La selettività e gli aiuti regionali

Il criterio di selettività o specificità, già sopra illustrato in via generale, quale elemento costitutivo della nozione di aiuto di Stato, va ora qualificato in rapporto all'ambito territoriale, regionale o locale entro il quale la misura è destinata ad applicarsi.

Con riferimento ad un aiuto che si traduca in una misura di carattere fiscale, sia essa agevolazione, esenzione o trattamento differenziato, si evidenzia il particolare rilievo che la questione assume sia nell'ambito del diritto interno, prioritariamente costituzionale, sia nell'ambito del diritto comunitario²⁴ per effetto della riforma del Titolo V della Costituzione (articoli 117 e 119 Cost.) e della ormai prossima approvazione della legge di delega al Governo in materia di federalismo fiscale con l'attribuzione di ampi spazi normativi in materia tributaria alle Regioni ed agli Enti Locali; autonomia che comprende disposizioni non soltanto meramente attuative di norme primarie, ma anche derogatorie a queste²⁵.

L'analisi di tali elementi, che sarà oggetto di approfondimento nella seconda parte del presente scritto, non può prescindere dalla individuazione dei punti fondamentali affinché una eventuale fiscalità di vantaggio che l'autonomia regionale o locale potrebbe ritenere opportuno introdurre non ricada nell'ambito degli aiuti di Stato incompatibili con la legislazione comunitaria, dovendo uniformarsi a criteri fissati dalla legge statale e dalla normativa comunitaria²⁶.

Particolarmente ardua è la definizione della cd. selettività regionale dovendosi prioritariamente definire in quali casi un determinato trattamento fiscale applicabile limitatamente ad un'area geografica del territorio possa ricadere nella nozione di aiuto di Stato.

Una consolidata prassi della Commissione era incline nel ritenere aiuti di Stato i

²⁴ R. LUPI, *Concorrenza tra ordinamenti, comunità europee e prelievo tributario*, in *Rass. Trib.*, 2004, pp. 989 ss.; G. MELIS, *Coordinamento fiscale nell'Unione europea*, in *Enc. Dir.*, agg. 2006, Milano.

²⁵ A. FANTOZZI, *L'Europa ipotoca il federalismo fiscale*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 settembre 2006, p. 25.

²⁶ A. FANTOZZI, *Armonizzazione fiscale tra modelli comunitari e autonomia normativa degli stati, relazione al convegno di studio su "le ragioni" del diritto tributario in Europa – giornate di studio per Furio Borsella*, Bologna, 2003, dattiloscritto; P. FATTORI, *Aiuti di Stato: processi di privatizzazione e tutela della concorrenza*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1995, pp. 591 ss.; F. FICHERA, *Fisco ed Unione Europea, l'acquis communautaire*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2003, pp. 427 ss.

regimi fiscali applicabili in determinate Regioni o territori che sono favorevoli rispetto al regime generale di uno Stato Membro in quanto “solo le misure il cui ambito si estende a tutto il territorio dello Stato non soddisfano il criterio di specificità di cui all’articolo 87, par. 1, del Trattato”.

L’assunto si fonda, da un lato, sulla considerazione che alcune imprese ricevono un trattamento vantaggioso ed altre no e, dall’altro, sotto il profilo normativo, sulla considerazione che l’articolo 87, par. 2, individua cinque ipotesi tassative in cui gli aiuti concessi dagli Stati possono, in deroga al divieto, essere considerati compatibili con il mercato comune²⁷.

La posizione ricomprende anche il caso di assenza di selettività materiale cioè senza differenze di trattamento a favore di uno o più settori ed anche quando le misure siano adottate da organi territoriali nell’esercizio di una specifica competenza ad essi riservata dal diritto nazionale.

La stessa Corte di Giustizia, pronunziandosi conformemente alla Commissione²⁸, attribuiva scarso valore all’autonomia dell’ente infra statale in materia fiscale, soffermandosi precipuamente sugli effetti dell’aiuto piuttosto che sulla natura del soggetto erogatore o delle sue competenze alla luce della legislazione interna, ribadendo che il concetto di aiuto comprende tutti gli interventi che diminuiscono gli oneri normalmente gravanti sul bilancio di una o più imprese, indipendentemente dalla loro finalità, dalla loro giustificazione, dal loro obiettivo e dallo *status* dell’autorità pubblica che li istituisce o il cui bilancio sostiene l’onere, con l’effetto impeditivo di considerare i benefici di portata territoriale limitata come misure generali.

D’altro canto, se si dovesse dare rilievo ad un dato meramente formale, uno Stato potrebbe agevolmente evitare l’applicazione delle disposizioni comunitarie²⁹ in materia di aiuti di Stato apportando modifiche alla ripartizione interna delle competenze in determinate materie in modo da evitare la natura generale per un determinato

²⁷ Tra esse, per quanto qui specificamente interessa, occorre menzionare gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle Regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di disoccupazione (lett. a) e gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune Regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse (lett. c).

²⁸ G. DELLA CANANEA, *Il ruolo della Commissione nell’attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 1993, pp. 410 ss.; V. DI BUCCI, *Aiuti di Stato e misure fiscali nella recente prassi della Commissione CE e nella giurisprudenza delle giurisdizioni comunitarie*, in *Rass. Trib.*, 2003, pp. 2315 ss.; C.D. EHLERMANN, *Politique actuelle de la Commission en matière de concurrence*, in *Revue du Marché commun et de la Union Européenne*, n. 371, septembre-octobre 1993, pp. 700 ss.

²⁹ V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario vivente*, in *riv. It. Dir. Pubbl. Comm.*, 1998, pp. 1259 ss.; C. COSCIANI, *Problemi fiscali del mercato comune*, Milano, 1958.

territorio della misura in questione³⁰. Questa tesi è stata oggetto di varie critiche osservandosi, in primo luogo, che non è idonea a cogliere la differenza fondamentale fra strumenti normativi concettualmente e tecnicamente diversi ed, in secondo luogo, basandosi su una erronea interpretazione del requisito di selettività, in relazione ad un concetto giuridico di riferimento; ciò in quanto l'articolo 87, par. 1, del Trattato CE non attiene necessariamente ai limiti del territorio dello Stato ben potendo, quindi, un provvedimento concedere il beneficio solo in una parte del territorio nazionale senza incorrere nel divieto in quanto selettivo, riferendosi a tutte le imprese operanti nell'area determinata.

La questione investe, quindi, un contesto giuridico di riferimento, la definizione e la circoscrizione di un sistema generale in relazione ai quali valutare la natura derogatoria della misura regionale.

La Corte di Giustizia ha sempre verificato la ricorrenza di due presupposti affinché una misura possa essere definita aiuto non consentito dal Trattato. Il primo in relazione all'eccezione o deroga al sistema tributario generale³¹ ed il secondo che il beneficio non deve essere giustificato dalla natura e struttura del sistema medesimo, negando la legittimità della misura ancorché la stessa sia limitata territorialmente, realizzando un criterio selettivo.

Il superamento di questa impostazione era stato più volte auspicato sia nel "rapporto Hockmark", in cui si sottolineava la necessità di un approccio più efficiente agli aiuti regionali³², sia nella risoluzione del Parlamento Europeo nella quale si osserva che le politiche di coesione e quelle degli aiuti di Stato sono complementari perché queste ultime si sono dimostrate un efficace strumento verso una effettiva convergenza dei redditi delle varie Regioni dell'Unione Europea.

La sentenza 6 settembre 2006 (C-88\03) della Corte di Giustizia rappresenta un importante punto di partenza verso una rivisitazione della precedente giurisprudenza in tema di selettività territoriale. La decisione, pur rigettando il ricorso della Repubblica portoghese, relativa alla censura della Commissione di parte del regime contenente l'adeguamento del sistema fiscale nazionale alla specificità della Regione autonoma delle Azzorre ed in particolare le riduzione dell'aliquota dell'imposta sul reddito, rappresenta

³⁰ Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese (98/C e 384/03) del 10 dicembre 1998.

³¹ A. BERLIRI, *Principi di diritto tributario*, Vol. I, Milano 1957; P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2005.

³² L. ANTONINI e M. BARBERO, *Dalla CGCE un'importante apertura verso la fiscalità di vantaggio a favore delle imprese*, in *Riv. dir. fin. e scienze delle finanze*, 2006, p. 118.

una svolta in quanto rimodella i principi di selettività territoriale in rapporto all'autonomia.

La Corte precisa che, ai fini dell'apprezzamento del carattere selettivo di benefici fiscali con ambito limitato ad una parte del territorio nazionale, occorre distinguere tre situazioni diverse.

Una prima situazione si verifica allorché lo Stato nazionale decida unilateralmente una misura di vantaggio con riguardo ad un'area geografica delimitata; in questo caso la misura è selettiva in relazione all'autorità che l'ha adottata ed alla delimitazione territoriale.

Una seconda situazione attiene al caso in cui tutti gli Enti territoriali possano in modo autonomo, nell'esercizio di una facoltà ad essa attribuita, stabilire l'aliquota di imposta per il territorio di loro competenza, con riferimento o meno all'aliquota di imposta nazionale: le misure adottate non sono selettive anche qualora un ente adotti aliquote più basse rispetto a tutti gli altri.

L'assenza di selettività consiste nel fatto che non possa configurarsi l'eccezione o la deroga in quanto non sussiste una regola di portata nazionale, potendo ciascuna autonomia locale disporre del potere di fissare le aliquote.

Una terza situazione si configura qualora il trattamento di favore sia concesso da un Ente infra statale-territoriale³³ con riguardo ad un tributo erariale nell'esercizio di una autonomia speciale alla quale non partecipano gli altri Enti di pari livello in virtù di una scelta di politica costituzionale legata a circostanze particolari di carattere storico ed economico. In questa ultima ipotesi rilevante per valutare la selettività è la effettiva autonomia rispetto al Governo centrale dello Stato membro.

La Corte, quindi, delinea un concetto di autonomia effettiva sotto diverse graduazioni:

1. autonomia istituzionale: decisione adottata da un'autorità regionale o territoriale dotata sul piano costituzionale di uno Statuto politico ed amministrativo distinto da quello del Governo centrale;
2. autonomia decisionale: decisione adottata senza possibilità di un intervento diretto da parte del Governo centrale in merito al suo contenuto;
3. autonomia finanziaria: l'onere che l'Ente subisce nell'adozione della misura non deve essere compensato da sovvenzioni o contributi provenienti da altre Regioni o dal Governo centrale.

³³ A. CARINCI, *Autonomia impositiva degli enti sub statali e divieto di aiuti di Stato*, in *Rass. Trib.*, 2006, pp. 1760 ss.; A. CARINCI, *Autonomia tributaria delle regioni e vincoli del Trattato dell'Unione europea*, in *Rass. Trib.*, 2004, pp. 1201 ss.

L'orientamento, testè delineato, è quello di evitare che le misure agevolative possano essere adottate aggirando il divieto di aiuti di Stato facendo in modo che l'Ente territoriale adotti il provvedimento ma che il relativo onere, determinabile in un minor gettito, sia compensato da un trasferimento di risorse dal centro. In tal senso, la Corte ha rigettato il ricorso proposto dalla Repubblica portoghese vista la costituzionalizzazione del principio di solidarietà nazionale, con la conseguenza che i due profili della politica fiscale³⁴ del Governo regionale che decide di diminuire la pressione tributaria grazie al potere di riduzione delle aliquote e l'adempimento della missione di correzione delle disparità sono indissolubilmente legati e dipendono dal punto di vista finanziario dai trasferimenti di bilancio gestiti dal Governo centrale.

5. Fiscalità di vantaggio nell'autonomia regionale: premessa

Di particolare interesse è valutare in che modo la sentenza sopra citata ed i principi comunitari possano influire sulle prerogative delle Regioni italiane³⁵ in materia di fiscalità di vantaggio, alla luce dell'autonomia riconosciuta alle Regioni ed agli Enti locali ai sensi degli articoli 117 e 119 della Costituzione.

I principi costituzionali delineano forme di prelievo compatibili³⁶ con il requisito dell'autonomia decisionale quali tributi propri e partecipazioni. Occorre, però, precisare che per effetto della giurisprudenza costituzionale³⁷ "ad oggi non si danno ancora, se non in limiti ristrettissimi, tributi a pieno titolo propri delle Regioni e degli Enti locali, nel senso che essi siano frutto di una loro autonoma potestà impositiva"; di conseguenza – in assenza di attuazione completa dell'articolo 119 Cost. – lo *status* dell'autonomia finanziaria regionale non si poteva ritenere in armonia con gli orientamenti della Corte di Giustizia con la necessaria illegittimità di misure eventualmente adottate.

La futura legge di delega in tema di attuazione dell'art. 119 Cost. potrebbe delineare un nuovo interessante scenario circa eventuali fiscalità di vantaggio che le Regioni potranno andare autonomamente ad emanare.

³⁴ R. BRACCINI, *Parafiscalità*, in *Dig. Disc. Priv. sez. comm.*, pp. 456; M. INGROSSO, *Parafiscalità e teoria giuridica dell'imposta*, in *Rass. Fin. Pubbl.*, I, 1956, pp. 233 ss.

³⁵ L. DANIELE, *Aiuti pubblici alle imprese e competenze regionali*, Milano, 2003.

³⁶ F. CARRARINI – A. IORIO, *Unione europea: compatibilità delle agevolazioni fiscali statali con il mercato unico*, in *Il Fisco*, 1999, pp. 4809 ss.; CHIEFFI, *Compatibilità di misure statali di intervento sui mercati con la disciplina comunitaria della concorrenza*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2003, pp. 385 ss.

³⁷ Corte Costituzionale, sentenza 37/2004.

La tutela dell'investitore e la rivendita dei *bond* ai sensi dell'art. 100-bis del D.Lgs. n. 58 del 24 febbraio 1998 ("TUF")

di Gaia Rubba

Premessa. – **1.** L'introduzione e l'ambito di applicazione dell'art. 100-bis del TUF. – **2.** La disciplina della prestazione dei servizi di investimento. – **3.** Le disposizioni sull'Offerta al pubblico risparmio e l'obbligo di prospetto informativo. – **4.** La violazione dell'art. 100-bis del TUF ed i rimedi a disposizione dell'investitore. – Conclusioni.

Premessa

L'art. 11 della Legge n. 262 del 28 dicembre 2005 (cd. "Legge sul Risparmio"), così come modificata prima dall'art. 3 del D.Lgs. n. 303 del 29 dicembre 2006 e successivamente dall'art. 3 del D.Lgs. n. 51 del 28 marzo 2007, ha introdotto diverse importanti modifiche al TUF.

Tra queste si ricordano:

- l'abrogazione, ai sensi dell'art. 11, comma 2, lett. b), della lettera f) del comma 1 dell'art. 100 del TUF, che prevedeva l'esenzione dall'obbligo di prospetto per le sollecitazioni aventi ad oggetto, tra l'altro, prodotti finanziari emessi da Banche diversi dalle azioni o dagli strumenti normativi che permettono di acquisire o sottoscrivere azioni.

In conseguenza di tale modifica, tutti i prodotti finanziari emessi da Banche sono attualmente assoggettati alla disciplina sulla sollecitazione agli investimenti – ora offerta al pubblico di prodotti finanziari, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. t) del TUF – con la permanenza in capo alla Consob del potere (previsto dall'art. 100, comma 2, del TUF, che rimaneva in vigore) di individuare, a mezzo di previsione regolamentare, tipologie di sollecitazioni esenti dalla suddetta disciplina;

- l'estensione, in base all'art. 11, comma 3 - che introduce nel TUF l'art. 25-bis – dell'applicazione degli artt. 21 e 23 del TUF (relativi alle norme di correttezza e trasparenza nello svolgimento dei servizi e delle attività di investimento) alla sottoscrizione ed al collocamento di prodotti finanziari emessi da Banche, con conseguente attribuzione alla Consob in detto ambito

dei poteri di vigilanza regolamentare, informativa e ispettiva;

- l'introduzione, ex art. 11, comma 2, lett. c), dell'art. 100-bis del TUF, in base al quale, in caso di offerte al pubblico di strumenti finanziari e di prodotti finanziari destinate ad investitori qualificati e più in generale a tutte le sollecitazioni esenti dall'obbligo di pubblicare un prospetto informativo, la successiva rivendita costituisce un'autonoma offerta al pubblico, non solo se sussistono autonomamente i requisiti propri dell'offerta, ma anche se realizzata sistematicamente con destinatari diversi dagli stessi investitori qualificati nei dodici mesi successivi e non ricorra alcuna ipotesi di inapplicabilità dell'obbligo del prospetto informativo.

Tale norma non vale, invece, per i titoli di Stati OCSE che posseggano determinati requisiti di *rating*¹.

E proprio su tale ultima modifica si soffermerà l'attenzione, dal momento che nonostante l'art. 100-bis del TUF abbia comportato conseguenze rilevanti in ordine alla circolazione dei prodotti finanziari, l'interpretazione dello stesso non ha trovato una così diffusa attenzione in dottrina.

1. L'introduzione e l'ambito di applicazione dell'art. 100-bis del TUF

L'articolo 100-bis del TUF prevede che "la successiva rivendita di prodotti finanziari che hanno costituito oggetto di un'offerta al pubblico esente dall'obbligo di pubblicare un prospetto costituisce ad ogni effetto una distinta e autonoma offerta al pubblico nel caso in cui ricorrano le condizioni indicate nella definizione prevista all'articolo 1², comma 1, lettera t), e non ricorra alcuno dei casi di inapplicabilità previsti dall'articolo 100³".

Il comma 1 dell'articolo in parola amplia, dunque, (secondo l'impostazione seguita dall'art. 3 della Direttiva Prospetti) la fattispecie dell' "offerta al pubblico"

¹ Per *rating* si intende quella valutazione a carattere obiettivo, compiuta da agenzie specializzate nell'apprezzamento del merito di credito.

Si segnala, in proposito, che anche a seguito del fallimento della Lehman, la cui situazione di crisi creditizia non era stata segnalata in tempo dalle Agenzie di *rating* è in corso l'esame di una modifica al regolamento delle Agenzie medesime.

² Ai sensi del TUF si intende per offerta al pubblico di prodotti finanziari "ogni comunicazione rivolta a persone, in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo, che presenti sufficienti informazioni sulle condizioni dell'offerta e dei prodotti finanziari offerti così da mettere un investitore in grado di decidere di acquistare o di sottoscrivere tali prodotti finanziari, incluso il collocamento tramite soggetti abilitati".

³ Sui casi di inapplicabilità dell'obbligo di pubblicare il prospetto informativo ci si soffermerà nel paragrafo successivo.

ricomprendendovi qualsiasi successiva rivendita (nel mercato secondario) di prodotti finanziari inizialmente esenti dall'obbligo del prospetto purchè siano rispettate le seguenti condizioni:

- l'ulteriore circolazione dei prodotti sia avvenuta in presenza dei presupposti indicati dall'art. 1, comma 1, lett. t) del TUF, vale a dire tramite una comunicazione rivolta a persone che presenti sufficienti informazioni sulle caratteristiche dell'offerta e dei prodotti finanziari ovvero tramite collocamento ad opera di soggetti abilitati;

- non ricorra alcuno dei casi di inapplicabilità previsti dall'art. 100 del TUF (e dall'art. 33 del Regolamento Emittenti).

Se sussistono entrambe queste circostanze si realizza un'autonoma ipotesi di offerta al pubblico, con conseguente applicazione della relativa disciplina (artt. 93 bis e ss. del TUF).

Ciò vuol dire anche che viene reso uniforme il regime di circolazione degli strumenti finanziari nel mercato primario e in quello secondario: la disciplina dell'appello al pubblico risparmio non trova applicazione soltanto quando l'offerta o la ri-offerta dei titoli ricada in uno dei casi di inapplicabilità previsti dall'art. 100 del TUF.

Risultano viceversa attratti nell'obbligo del prospetto i prodotti inizialmente esenti, e quindi privi di prospetto, che vengano successivamente rivenduti in condizioni tali da non potere più usufruire di esonero alcuno.

L'art. 100-bis prosegue stabilendo, al comma 2, che "si realizza una offerta al pubblico anche qualora i prodotti finanziari che abbiano costituito oggetto in Italia o all'estero di un collocamento riservato a investitori qualificati siano, nei dodici mesi successivi, sistematicamente rivenduti a soggetti diversi da investitori qualificati e tale rivendita non ricada in alcuno dei casi di inapplicabilità previsti dall'articolo 100".

Per quanto all'enunciato comma 2 si rileva che, in conformità al primo, anche detta previsione non incide sui casi di inapplicabilità dell'obbligo del prospetto informativo, che vengono espressamente fatti salvi; mentre lo stesso delimita più compiutamente i confini della fattispecie dell'offerta al pubblico.

Il comma 2 dell'art. 100-bis specifica, infatti, che viene ricompresa nella nozione, e quindi necessita della pubblicazione del prospetto informativo, la rivendita sistematica ad investitori non professionali di prodotti che nei dodici mesi sono stati oggetto, in Italia o all'estero, di un collocamento riservato ad investitori qualificati.

Ciò significa che, a differenza del primo comma, in questo secondo caso l'unica esenzione è quella riconducibile all'art. 100, lett. a) del TUF. Di conseguenza, il comma 2

sembrerebbe delineare una fattispecie speciale cui viene conferita una valenza autonoma rispetto all'ambito di applicazione del comma 1. L'elemento distintivo sarebbe costituito dalle modalità con cui viene descritto il segmento finale della catena distributiva: la rivendita sistematica di cui al comma in oggetto pare, invero, nozione generica e difficilmente individuabile in concreto⁴, formalmente svincolata dalla definizione-base di offerta al pubblico e, dunque, dalle condizioni richieste dal citato art. 1, comma 1, lett. t) del TUF.

Il legislatore sancisce, inoltre, al comma 3 del medesimo articolo che "Nell'ipotesi di cui al comma 2, qualora non sia stato pubblicato un prospetto, l'acquirente, che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale, può far valere la nullità del contratto e i soggetti abilitati presso i quali è avvenuta la rivendita dei prodotti finanziari rispondono del danno arrecato".

A riguardo si rileva che il contenuto del comma 2 dell'art. 100-bis non si comprende appieno se non leggendolo in combinato disposto con il comma 3, che ne costituisce il necessario complemento: in caso di successiva rivendita di prodotti inizialmente oggetto di un *private placement*⁵, se il loro acquisto da parte dell'investitore non professionale ha luogo per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata, la mancata pubblicazione del prospetto è di per sé causa di nullità del contratto stipulato e l'investitore può domandare ai soggetti abilitati il risarcimento del danno.

Affinchè possa operare la particolare tutela di cui al comma 3 (della quale meglio si dirà nel paragrafo 4) si considera sufficiente che l'intermediario nel periodo di riferimento abbia con una certa regolarità negoziato, anche per conto terzi, il prodotto con investitori retail, come accaduto proprio nei ricordati casi dei titoli Cirio e Parmalat, magari includendolo nel paniere di titoli da offrire alla propria clientela.

Infine, al comma 4, è previsto, come anticipato in Premessa, che "Il comma 2 non si applica alla rivendita di titoli di debito emessi da Stati membri dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) con classamento creditizio di qualità bancaria (rating investment grade) assegnato da almeno due primarie agenzie internazionali di classamento creditizio (rating), fermo restando l'esercizio delle altre

⁴ Si noti come sul generico concetto di "sistematicità" si siano svolte le maggiori difficoltà interpretative in sede di contenzioso.

⁵ Per Private Placement si intende l'offerta rivolta a singoli e ben individuati soggetti, che per le modalità con cui viene effettuata non necessita della pubblicazione del prospetto informativo: "since a private placement is offered to a few, select individuals, the placement does not have to be registered with the Securities and Exchange Commission. In many cases detailed financial information is not disclosed and a the need for a prospectus is waived. Finally since the placements are private rather than public, the average investor is only made aware of the placement usually after it has occurred".

azioni civili, penali e amministrative previste a tutela del risparmiatore”.

Per capire le ragioni che hanno condotto all'adozione di tale norma bisogna partire da esperienze di crisi finanziarie di recente accadimento.

I casi più conosciuti e che hanno riscosso maggiore clamore sono evidentemente quelli relativi alle emissioni di obbligazioni effettuate dallo Stato argentino e da società appartenenti ai gruppi Cirio e Parmalat, emissioni che non sono state adeguatamente rimborsate, cagionando danni ingenti agli investitori.

Molti risparmiatori sono stati toccati da tali scandali e la prima risposta agli stessi è stata di tipo giudiziario.

Si è aperto, invero, un ampio contenzioso fra clienti e banche che tuttora non si è esaurito e che ha offerto numerosi spunti di riflessione anche in dottrina⁶.

Inoltre, si è avuto l'intervento del legislatore il quale, partendo proprio dalle istanze di protezione e ristoro provenienti dagli acquirenti dei cd. *junk-bond*, ha concentrato l'attenzione sull'individuazione di possibili forme di tutela dell'investitore *retail*.

Il problema in trattazione risulta, tuttavia, complesso, in quanto legato a profili diversi.

In primo luogo, va considerato che la maggior parte dei detti investimenti in “obbligazioni-spazzatura” ha trovato origine in una violazione delle regole di comportamento prescritte agli Intermediari dall'art. 21 del TUF (sul quale si ritornerà nel paragrafo successivo), il quale prevede i criteri generali che devono improntare l'attività di prestazione dei servizi e delle attività di investimento, ovvero:

- 1) la diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati;
- 2) l'acquisizione delle informazioni necessarie dai clienti e la trasmissione adeguata delle informazioni;
- 3) l'utilizzazione di comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti;
- d) il dotarsi di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività.

Le quali regole di comportamento vanno poi ad integrarsi con le disposizioni attuative di cui al Libro III (avente ad oggetto “Prestazione dei servizi e delle attività di investimento e dei servizi accessori”) del Regolamento recante norme di attuazione del

⁶ Cfr. sul punto, tra gli altri, Pellegrini, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova 2007 e Bombelli-Iato, *Obbligazioni Argentina e Cirio: responsabilità dell'istituto bancario intermediario*, 2006, 1403 e segg..

decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 in materia di intermediari, adottato con delibera Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007 e successivamente modificato con delibera n. 16736 del 18 dicembre 2008 (“Regolamento Intermediari”).

Le disposizioni richiamate hanno, invero, il fine di porre dei limiti di ordine generale ai comportamenti che i soggetti autorizzati devono rispettare nei rapporti con i propri clienti. Inoltre, esse rivestono una fondamentale importanza sia dal punto di vista giuridico che economico.

Si deve notare, infatti, che il rispetto dei criteri sopra indicati giova all'efficienza del mercato mobiliare e al buon andamento delle negoziazioni. D'altra parte, il cliente che viene correttamente e completamente informato si sentirà tutelato e sarà attratto più facilmente dall'investimento in strumenti finanziari, che potrà essere esercitato in modo consapevole. Così che se l'intermediario finanziario presta i propri servizi con la diligenza dovuta l'investitore sarà certo che i propri ordini saranno eseguiti nel miglior modo possibile; in questo modo egli acquista fiducia e continua ad impegnare i suoi risparmi nell'investimento in valori mobiliari aumentando la liquidità, l'efficienza e la perfezione del mercato mobiliare.

In secondo luogo, la problematica della rivendita dei *bond* di cui all'art. 100-bis del TUF, si ricollega alla disciplina dell'offerta al pubblico di prodotti finanziari (su cui ci si soffermerà nel paragrafo 3), quale impone, tra gli altri, l'obbligo di redazione del prospetto informativo, eccetto i casi in cui è la stessa legge a ritenerne non necessaria l'applicazione, ai sensi dell'art. 100 del TUF e dell'art. 33⁷ del Regolamento Emittenti.

2. La disciplina della prestazione dei servizi di investimento

I criteri generali di comportamento stabiliti dall'art. 21 si applicano a tutti i soggetti abilitati sia per la prestazione di servizi di investimento, che per la prestazione di servizi accessori. Tali regole generali possono essere interpretate come regole normative generali cogenti, o come norme di protezione, laddove la dottrina prevalente propende per tale seconda lettura. Le norme in oggetto, infatti, prescindono da un'attività negoziale intesa in senso stretto, regolando la vita e l'attività dell'intermediario in ogni sua

⁷ Si segnala in proposito che è in atto una consultazione sul Documento Consob del 28.12.2007, in ordine alle modifiche da apportare al Regolamento Emittenti per completare il recepimento in ambito nazionale della Direttiva Prospetti. Pertanto, si attendono a breve delle modifiche al Regolamento Medesimo.

manifestazione. Di conseguenza, dalla loro violazione discende una responsabilità contrattuale od extracontrattuale a seconda che l'illecito si verifichi nell'adempimento di un contratto o nell'attività prenegoziale.

I vecchi principi stabiliti dalla legge n. 1/1991 erano regolati in una prospettiva di protezione dell'interesse individuale del cliente; non si inserivano, dunque, in un disegno unitario di tutela dei mercati finanziari e dei risparmiatori, ma affrontavano questa problematica dal punto di vista particolare della tutela dell'investitore.

La normativa introdotta in materia dal T.U.F., al contrario, si pone un obiettivo di più ampia veduta ovvero di proteggere gli interessi dei clienti dei soggetti abilitati e dei risparmiatori, e di assicurare nel contempo la stabilità e l'efficienza dei mercati finanziari; il che comporta un importante cambiamento di prospettiva.

Si è anticipato che l'art. 21 del T.U.F. impone agli intermediari l'obbligo di comportarsi secondo diligenza, correttezza e trasparenza. Questi tre principi sono, dunque, le clausole generali che fanno da linea guida a tutta la regolamentazione dell'attività dei soggetti abilitati e dei loro rapporti con il pubblico.

Sinteticamente si descrivono i detti principi.

La diligenza è costituita dallo sforzo che il debitore deve osservare per evitare l'inadempimento o l'inesatto adempimento dell'obbligazione. Essa si identifica con quello standard di precisione a cui ci si deve uniformare per assicurare al creditore la corretta esecuzione della prestazione. Tale clausola generale di comportamento deve rappresentare un criterio oggettivo di adeguatezza. E' chiaro che la diligenza mostrata dal debitore nel caso specifico sarà diversa a seconda della sua personale esperienza, ma dovrà comunque uniformarsi ad uno standard minimo ed oggettivo di precisione nell'adempimento.

Nell'esecuzione di particolari tipi di obbligazione inerenti all'esercizio di attività professionali la diligenza minima da usare non può essere commisurata a quella dell'uomo medio. E' questo il caso delle prestazioni dovute dall'intermediario verso il cliente; infatti, il primo dovrà adempiere alle sue obbligazioni con la professionalità richiesta dal particolare ambiente in cui opera. Il requisito della professionalità, dunque, ha la funzione di specificare quello generale della diligenza; esso racchiude in sé quel patrimonio di esperienze tecniche e competenze che è proprio di un determinato settore di attività.

La clausola generale della correttezza richiama la disposizione dettata dall'art. 1175 c.c. secondo cui entrambe le parti devono agire secondo correttezza

nell'adempimento dell'obbligazione.

Il problema di maggior rilievo che la dottrina si è posta in materia ha per oggetto la definizione dei rapporti tra la nozione di correttezza e quella di buona fede⁸, ovvero specificamente di chiarire il coordinamento⁹ tra la regola generale della correttezza, richiamata in materia di disciplina generale delle obbligazioni, e quella di buona fede, usata per i contratti.

Nel caso particolare di contratto tra soggetto prestatore di servizi di investimento e cliente la correttezza si configura come principio integrativo dell'obbligazione principale di esatto adempimento. Essa è fonte di obblighi di protezione ulteriori non espressamente previsti dal contratto. Alla correttezza si ricollega, inoltre, il divieto per il soggetto abilitato di perseguire interessi propri a scapito di quelli del cliente. Tale divieto è poi specificatamente regolato dalle norme concernenti il conflitto di interesse dell'intermediario¹⁰.

Per quanto, infine, al principio di trasparenza¹¹ questo consiste nel mettere a disposizione del cliente informazioni complete, facilmente intelligibili ed obiettive in ordine al servizio prestato e agli strumenti finanziari in ogni fase del rapporto ed anche prima che esso si instauri; questa è la differenza dai comuni principi di correttezza e diligenza nell'adempimento del contratto regolati dal codice civile.

Le informazioni devono, infatti, essere fornite al cliente a prescindere da una sua specifica richiesta. A questo proposito si può notare un'altra diversità tra principio di correttezza e trasparenza: il primo è biunivoco, grava cioè su entrambe le parti per tutta la durata del rapporto; il secondo, al contrario, è univoco e deve essere rispettato dal

⁸ Quest'ultimo principio viene, come noto, richiamato in più parti del codice civile, ed impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.), durante la pendenza della condizione (art. 1358 c.c.), nell'interpretazione del contratto (art. 1366 c.c.) e nella sua esecuzione (art. 1375 c.c.).

⁹ Secondo la maggior parte degli Autori correttezza e buona fede sono termini equivalenti e l'art. 1175 c.c. ha il solo fine di estendere la disciplina della buona fede a tutti i tipi di obbligazione. Debitore e creditore, dunque, hanno il dovere di comportarsi secondo buona fede anche quando la loro obbligazione non ha origine contrattuale. La dottrina che segue questa impostazione nota che avrebbe poco senso limitare l'applicazione del principio di buona fede ai soli contratti, poiché non sono che una *species* del più ampio *genus* delle obbligazioni.

¹⁰ A questo proposito si deve ricordare, in via generale, che l'Autorità di vigilanza ha individuato regole di comportamento che specificano il contenuto del principio di correttezza in determinate situazioni. Le dettagliate disposizioni emanate in attuazione delle norme del T.U.F. limitano notevolmente il campo di applicazione della clausola generale in oggetto. La sua operatività, pertanto, viene alquanto ridotta ed assume un valore solamente residuale.

¹¹ Si ricordi a riguardo che alcuni autori intendono questa disposizione in senso "largo" o, come anche si è detto, "debole". Secondo questa dottrina la trasparenza non sarebbe null'altro che una specificazione del principio di correttezza nei rapporti contrattuali con gli investitori. La dottrina prevalente, però, interpreta in senso "forte" la clausola della trasparenza prevista dall'art. 21 del T.U.F., facendone un principio di comportamento autonomo da quello della correttezza. Tale soluzione appare maggiormente adeguata ed attenta al testo normativo; infatti, una diversa visione del problema porterebbe a giudicare pleonastica la specifica previsione di un autonomo obbligo di trasparenza.

solo intermediario sia prima della conclusione del contratto che durante la fase negoziale.

Si può dire, pertanto, che la *ratio legis* su cui si basa il principio in argomento è quella di eliminare le asimmetrie informative che sono tipiche del mercato mobiliare e che ne ostacolano il corretto funzionamento.

La previsione di uno specifico obbligo di trasparenza da parte del legislatore del T.U.F. sottolinea, dunque, ancora una volta la necessità, per il mercato finanziario in generale e per il mercato mobiliare in particolare, di basare la propria attività su informazioni complete, veritiere e corrette. La trasparenza è garanzia di efficienza per il mercato e di tutela per il cliente che decide di investire i propri risparmi.

Infine, si rileva che evidentemente i principi qui richiamati si inseriscono nelle linee tracciate a livello comunitario al fine di assicurare all'investitore trasparenza, veridicità e completezza dell'informazione e di tutelare l'investitore in tutte le fasi dell'operazione: dalla pubblicità, al contatto col soggetto che propone o presta il servizio, all'esecuzione del contratto.

3. Le disposizioni sull'Offerta al pubblico risparmio e l'obbligo di prospetto informativo

Prima di soffermarsi sul nuovo dettato normativo, appare opportuno ripercorrere brevemente la fattispecie della sollecitazione all'investimento che, *ante* recepimento della Direttiva Prospetto in Italia, era definita dall'art. 1, 1° comma, lettera *t*) del TUF come "ogni offerta, invito a offrire o messaggio promozionale, in qualsiasi forma rivolti al pubblico, finalizzati alla vendita o alla sottoscrizione di prodotti finanziari".

Tale nozione è stata negli anni passati approfonditamente esaminata dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dalla CONSOB.

Va, infatti, rilevato che la sollecitazione all'investimento costituiva, insieme all'offerta pubblica di acquisto o scambio, una delle due forme dell'appello al pubblico risparmio presenti nel nostro ordinamento: la dottrina ha rilevato come il TUF avesse realizzato una netta separazione tra la disciplina delle offerte di vendita e sottoscrizione e le offerte di acquisto e scambio, escludendo queste ultime dalla definizione di sollecitazione all'investimento" e formulando in proposito regole del tutto distinte¹².

¹² Cfr. ANNUNZIATA, il quale evidenzia, in merito alla definizione di sollecitazione all'investimento, che la prima parte della definizione viene a sostituirsi al previgente art. 18-*ter* della legge 7 giugno 1974, n. 216 (come

Autorevole dottrina ha poi correttamente evidenziato come le due specie di appello al pubblico risparmio abbiano un contenuto economico diverso.

Infatti, mentre nella sollecitazione all'investimento agli oblati viene proposto di trasferire all'offerente una somma di danaro in cambio di prodotti finanziari già sul mercato (offerta pubblica di vendita) o da immettere sul mercato (offerta pubblica di sottoscrizione), nell'offerta pubblica di acquisto o scambio viene proposto agli oblati di ricevere danaro in cambio dei prodotti finanziari dagli stessi posseduti (offerta pubblica d'acquisto) o di ricevere altri prodotti finanziari in cambio di quelli che l'offerente si impegna ad acquistare (offerta pubblica di scambio)¹³.

Delle due categorie d'offerta la prima presenta un grado di pericolosità per il pubblico dei risparmiatori maggiore della seconda, perché il risparmiatore trasferisce un valore certo (la somma di danaro) in cambio di un prodotto finanziario di valore non altrettanto certo; nel secondo caso il risparmiatore riceve una prestazione certa (la somma di danaro) in cambio di un prodotto finanziario di più incerto valore (offerta di acquisto) o quanto meno opera uno scambio fra i beni di valore non certo (offerta di scambio).

Accanto alla dottrina, sono stati, inoltre, rilevanti gli interventi della Consob sul tema (cfr. Comunicazione Consob n. DEM/7007352 del 25-1-2007): quest'ultima, nel corso degli anni, ha chiarito il perimetro della fattispecie; è stato a riguardo rilevato che elemento dirimente circa l'esistenza o meno di una sollecitazione è lo svolgimento di attività di carattere promozionale rientrante nella nozione di sollecitazione all'investimento.

La Commissione ha poi sottolineato che per potersi considerare quale offerta rivolta al pubblico" ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera *h*), del decreto, come tale soggetta all'obbligo di redazione e pubblicazione di un prospetto informativo, l'operazione in esame dovrebbe avere determinate caratteristiche quali, essenzialmente, l'esistenza di condizioni contrattuali standardizzate e la connessa impossibilità, da parte del potenziale aderente, di pattuire condizioni diverse da quelle originariamente previste; mancando tali elementi, e potendosi al contrario considerare il contratto concluso da codesta società

modificata dalla legge 23 marzo 1987, n. 77), che comprendeva nella definizione di sollecitazione" tanto le offerte di vendita e sottoscrizione quanto le offerte di acquisto; tale soluzione aveva a sua volta condotto alla formulazione di una disciplina di base, applicabile a tutte le operazioni sollecitatorie, sulla quale venivano poi a saldarsi regole specifiche, emanate in epoca successiva, relative alle offerte di vendita e sottoscrizione di valori mobiliari con diritto di voto (legge 18 febbraio 1992, n. 149, Capo I), ed alle offete pubbliche di acquisto o scambio di valori mobiliari con diritto di voto, quotati in Borsa o negoziati sul mercato ristretto (legge 18 febbraio 1992, n. 149, Capo II).

¹³ Così Costi.

con l'interessato quale espressione di un rapporto commerciale di natura strettamente bilaterale" (come sembra desumersi nel quesito) verrebbe a mancare il carattere "Pubblico" dell'offerta e pertanto la sua stessa riconducibilità alla definizione di sollecitazione all'investimento sopra ricordata¹⁴.

Notevole è stato poi l'intervento della giurisprudenza, che di recente ha rilevato come nell'emanazione del TUF il legislatore non definisce in che cosa consista un'offerta pubblica, nè detta criteri alla stregua dei quali giudicare se una sollecitazione all'investimento sia rivolta o meno al pubblico.

È stato poi evidenziato in diverse pronunce come la legge non ponga distinzioni in base al numero di sollecitazioni, all'ammontare offerto o al tipo di investimento sollecitato, nè in base alle modalità della sollecitazione stessa. Così come è stato rilevato che il TUF non dà neppure indicazioni circa il momento in cui un'offerta sia da considerarsi rivolta al pubblico.

La normativa si limita ad esentare le sollecitazioni con determinate caratteristiche dall'osservanza delle regole d'offerta pubblica.

La medesima giurisprudenza si è sforzata, dunque, di riassumere e per quanto possibile di chiarire la posizione della Consob su tali temi, affermando che secondo la Consob un'offerta è pubblica quando è caratterizzata da termini di offerta standardizzati e viene effettuata ad *incertam personam*.

Tuttavia, non è necessariamente vero che le offerte indirizzate a persone specifiche siano private. Secondo l'orientamento formalistico "un'offerta è pubblica quanto è diretta a più di 200 persone", come suggerito dall'art. 33 del Regolamento Emittenti. Secondo l'orientamento sostanzialistico, invece, "un'offerta può essere qualificata pubblica" se è ad *incertam personam*, con la conseguenza che un'offerta diretta a più di 200 (oggi 100) persone non sarebbe un'offerta pubblica" e quindi non costituirebbe sollecitazione all'investimento quando i destinatari sono determinati¹⁵.

Altro tema discusso nella vigenza della sollecitazione all'investimento è stata poi la definizione di concetto di "pubblico": a riguardo, la Consob (cfr. CONSOB, Comunicazione n. DIN/1055860 del 19-7-2001) ha più volte sostenuto che il fatto che il fruitore del servizio... sia o meno qualificato non rileva al fine di stabilire se tale servizio sia o meno prestato nei confronti del pubblico e che la nozione di pubblico, invece, è configurabile anche quando una attività finanziaria è indirizzata ad una pluralità di

¹⁴ Comunicazione n. DIN/1055860 del 19-7-2001

¹⁵ Trib. Milano, 20 marzo 2006, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/260.htm>.

persone che sono individuabili soltanto per effetto della loro mera appartenenza ad una determinata categoria di soggetti¹⁶.

In dottrina si era al riguardo evidenziato come la nozione di pubblico non fosse individuata direttamente dal Legislatore, ma andasse ricavata a livello essenzialmente interpretativo. A tal proposito si è ritenuto che il carattere pubblico dell'operazione si manifesti quando essa è rivolta ad una pluralità di soggetti, che non siano esattamente individuabili *ex ante*.

Attualmente invece si è passati dalla nozione di sollecitazione all'investimento a quella di offerta al pubblico di prodotti finanziari.

La Direttiva Prospetto¹⁷ ha, infatti, introdotto, come anticipato, la previsione dell'offerta al pubblico di prodotti finanziari, ovvero "ogni comunicazione rivolta a persone, in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo, che presenti sufficienti informazioni sulle condizioni dell'offerta e dei prodotti finanziari offerti così da mettere un investitore in grado di decidere di acquistare o di sottoscrivere tali prodotti finanziari, incluso il collocamento tramite soggetti abilitati".

Si conclude a riguardo che la nuova nozione non sembra modificare nella sostanza il principio anteriore, in quanto i confini della fattispecie risultano essere i medesimi della sollecitazione all'investimento.

Infatti, guardando al dato letterale, è venuta meno la previsione dell'invito ad offrire, ma nella pratica la casistica delineata per la sollecitazione all'investimento non muta con riferimento alla nuova nozione di offerta al pubblico: continuano pertanto a rientrare nella categoria dell'offerta al pubblico le operazioni di aumento di capitale a pagamento e le altre offerte pubbliche di vendita.

Tuttavia, non si rientra nella descritta disciplina qualora sussista un caso di inapplicabilità dell'obbligo del prospetto informativo.

Ciò è di rilievo ai fini dell'esatta comprensione dell'art. 100-bis, che a dette ipotesi si ricollega. Di conseguenza se ne tratterà nel paragrafo che segue.

¹⁶ Cfr. anche CONSOB, Comunicazione n. DIN/1055860 del 19-7-2001.

¹⁷ Cfr. l'art. 2, comma 1, lettera *b* della Direttiva Prospetto, che definisce per l'appunto la predetta offerta come "una comunicazione rivolta a persone, in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo, che presenti sufficienti informazioni sulle condizioni dell'offerta e degli strumenti finanziari offerti così da mettere un investitore in grado di decidere di acquistare o di sottoscrivere tali strumenti finanziari. Questa definizione si applica anche al collocamento di strumenti finanziari tramite intermediari finanziari".

4. La violazione dell'art. 100-bis del TUF ed i rimedi a disposizione dell'investitore

Chiaritosi il quadro normativo di riferimento e l'ambito applicativo dell'art. 100-bis del TUF, ci si soffermerà sulle forme di tutela - nullità del contratto e risarcimento del danno ai sensi del comma 3 art. in parola - predisposte dal legislatore, a beneficio dell'investitore.

In primo luogo la legge ha previsto una nuova ipotesi di nullità testuale e di protezione, anche se in riferimento alla sola fattispecie di cui al comma 2 dell'art. 100-bis del TUF.

Se è vero che il rimedio caducatorio risulta circoscritto alla detta ipotesi, la sua introduzione rappresenta comunque una prima forma di rimedio nei confronti del cd. "risparmio tradito", che potrebbe aprire la strada ad ulteriori forme di tutela di carattere reale.

Invero, fino ad oggi si è più che altro affermato il principio della cd. "nullità virtuale" più volte invocata, anche con risultati positivi, dinanzi ai giudici di merito dai risparmiatori danneggiati in seguito a comportamenti scorretti degli intermediari finanziari.

Ci si riferisce alle decisioni di merito che hanno affermato la nullità ex art. 1418, comma 1, c.c., dei contratti di acquisto di strumenti finanziari stipulati in seguito a comportamenti scorretti e neglienti degli operatori coinvolti.

Il ragionamento condotto dalla giurisprudenza¹⁸ è stato quello di considerare le regole di condotta prescritte dal TUF e dai relativi regolamenti attuativi quali norme imperative poste a presidio di interessi di carattere generale - l'integrità del mercato mobiliare e la tutela del risparmio, riconducibile all'art. 47 Cost. - da cui fare discendere la nullità dei contratti stipulati in deroga agli stessi.

La nullità virtuale dei contratti di acquisto di prodotti finanziari viene, dunque, fatta derivare, ai sensi del citato art. 1418, comma 1, c.c., dall'infrazione di doveri di buona fede precontrattuale ed *in executivis*.

Tale impostazione sembra, tuttavia, confliggere con il principio di non interferenza tra regole di validità e regole di responsabilità, il quale ha rappresentato un principio cardine del sistema contrattuale, cosicché la distinzione in questione è stata

¹⁸ Cfr. tra gli altri Trib. Brindisi, 21 luglio 2006, in *Danno e resp.*, 2007 p. 565 e ss.; Trib. Firenze, 21 giugno 2006, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2007, I p. 545 e ss.; Tribunale Mantova, 1° dicembre 2004, in *Danno e resp.*, 2005, p. 614 e ss.

sempre tracciata in modo piuttosto rigoroso¹⁹.

Appunto per questo la soluzione indicata non trova il particolare favore della dottrina, che tende a ribadire la distinzione tra norme la cui violazione comporta la nullità degli e norme che disciplinano la condotta delle parti. D'altra parte, la stessa giurisprudenza è ritornata in seguito sulla strada dapprima intrapresa, preferendo riconoscere agli investitori il solo diritto a sciogliersi dal contratto e/o chiedere il risarcimento del danno conseguente al comportamento scorretto e lesivo tenuto dall'intermediario finanziario²⁰.

La fattispecie oggetto dell'art. 100-bis, comma 3, del TUF è diversa, ed è appunto testuale, poiché in tale ipotesi il legislatore non sanziona la violazione di norme di comportamento, bensì la strutturazione di un'operazione fraudolentemente finalizzata a vendere prodotti finanziari a investitori non qualificati (ovvero ai *retail*).

Inoltre ai sensi del comma in parola la nullità del contratto ed il risarcimento del danno non possono essere richiesti da qualunque acquirente, ma solo dall'acquirente "che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale".

²¹L'approccio ricalca quello seguito nel codice del consumo, in cui si distingue fra "consumatore o utente" e professionista.

Ciò in quanto l'obiettivo che il legislatore intende perseguire non è quello di tutelare tutti gli investitori nello stesso modo; bensì di approntare gli idonei rimedi per gli acquirenti che si valutino come "soggetti deboli"²².

Pare esistere, tuttavia, un vuoto di tutela per quegli investitori non qualificati che agiscono per scopi (non estranei) ma attinenti all'attività imprenditoriale o professionale e che non possono fare affidamento sulla disposizione in parola. Di conseguenza, tali soggetti, una volta che abbiano acquistato dei prodotti finanziari da investitori qualificati, non potrebbero invocare la nullità del contratto, anche se manchi alla base un prospetto informativo che illustri le caratteristiche fondamentali dei prodotti medesimi.

La nullità, di cui al comma 3 dell'art. 100-bis, è, inoltre una nullità "relativa" proprio per la circostanza che può essere azionata solo dai soggetti indicati nella norma e non da chiunque.

¹⁹ Cfr. sul tema della "nullità virtuale", tra gli altri, Mariconda, *Le cause di nullità*, in *I contratti in generale*, a cura di Alpa-Bessone, IV, Torino, 1991, p. 368 e ss.; Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1997, p.158 e ss; Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 339 e ss..

²⁰ Si richiama in proposito la Cass., 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Corriere giur.*, 2007, p.631 e ss..

²¹ Cfr, art. 3 Codice del consumo.

²² Il che costituisce una più rispondente lettura del principio di ragionevolezza e di uguaglianza sostanziale, ai sensi dell'art. 3, comma 2, della Costituzione.

Se, infatti, si fosse adoperata la previsione dell'art. 1421 c.c., per il quale "la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse", si sarebbe avuto evidentemente l'effetto che il legislatore invece ha proprio inteso evitare, ovvero che la nullità potesse essere invocata dagli investitori qualificati.

Tali soggetti dispongono, invero, di un proprio bagaglio di conoscenze ed esperienza tali da non potere essere considerati "parti deboli" del contratto.

Al rimedio caducatorio si aggiunge poi quello risarcitorio: i soggetti abilitati presso i quali è avvenuta la rivendita sono chiamati altresì a rispondere del danno arrecato al cliente.

Va considerato a riguardo che la nullità del contratto impone alle parti prestazioni restitutorie e, quindi, il cliente deve riconsegnare i titoli sottoscritti e l'intermediario restituire il capitale investito, maggiorato dagli interessi legali maturati dal giorno del pagamento (ex art. 2033 c.c.). La malafede dell'accipiens è, infatti, in tali casi insita nella consapevolezza o nella conoscibilità da parte dell'intermediario della mancata pubblicazione del prospetto. Pertanto, non sembrano configurabili altri danni risarcibili, salva l'ipotesi in cui l'investitore riesca comunque a fornire la prova che, in alternativa al contratto rilevatosi nulla, avrebbe investito i propri risparmi in modo più lucroso.

Inoltre, è evidente che in sede interpretativa saranno sollevate molteplici problematiche circa la corretta individuazione del *quantum debeatur*, nonché dei soggetti coinvolti nell'obbligazione risarcitoria.

Infine, va rilevato che tra i due rimedi alternativi per l'investitore quest'ultimo sarà orientato ad invocare la nullità del contratto, che è uno strumento più efficace del risarcimento.

D'altra parte, l'esperimento dell'azione di nullità è vantaggiosa in quanto la stessa non richiede l'adempimento di particolari oneri probatori. Nel caso di risarcimento del danno può invece essere difficile la prova del danno nonché, in particolare, del nesso di causalità fra il comportamento degli investitori qualificati ed il pregiudizio subito dall'investitore.

Probabilmente il pregiudizio sta nella differenza fra il prezzo pagato per il prodotto finanziario ed il suo reale valore; ma la prova che il danno sia derivata proprio dall'omessa pubblicazione del prospetto non è semplice in concreto da darsi per l'investitore.

Pertanto, si prevede che le azioni che saranno intentate ai sensi dell'art. 100-bis, comma 3, del TUF mireranno ad ottenere la nullità del contratto. In aggiunta, e quindi

come rimedio concorrente e non alternativo, l'attore richiederà il risarcimento del danno per il mancato guadagno.

Conclusioni

La tutela dei risparmiatori si presenta attualmente come un valore fondamentale da perseguirsi.

Infatti, è stata ormai avvalorata l'idea che il sistema economico si fonda, oltre che sulle leggi che regolano il mercato, su di una componente del tutto diversa anche se altrettanto fondamentale: la fiducia.

La fiducia dell'investitore nella correttezza dell'agire dell'intermediario finanziario alimenta così il ciclo economico, poiché lo induce ad investire di più e meglio il proprio risparmio.

Tuttavia, le forme di tutela a favore dei *retail* devono anche essere predisposte nel modo più opportuno, ovvero nel senso di garantire un effettivo beneficio per l'investitore.

In tale senso, si nota sempre più spesso che le norme sull'offerta al pubblico di prodotti finanziari rischiano di danneggiare i risparmiatori, piuttosto che proteggerli, escludendoli da obbligazioni estere, in particolare quando esse siano oggetto di un piano di ristrutturazione.

Tale circostanza è stata anche più volte evidenziata dalla stampa di settore (cfr., tra gli altri "Il Sole 24 Ore" del 18.12.2008, "*La trappola dei bond senza prospetto*") e trova il suo esempio più evidente nel noto caso della General Motors.

In questi casi (cd. "operazioni di scambio transfrontaliere"), l'esclusione degli investitori italiani deriverebbe dalle rigide norme italiane sulla sollecitazione che spingerebbero gli emittenti esteri ad evitare di svolgere l'offerta in Italia, per evitare possibili contenziosi legali con i regulator e per non incorrere nell'obbligo di redigere un prospetto informativo.

Pertanto, un'ulteriore riflessione sull'impianto normativo dell'offerta al pubblico risparmio può risultare un'occasione positiva di ripensare i principi di cui si è detto, soprattutto dal momento che sono attese nuove modifiche alla normativa primaria (TUF) e secondaria (Regolamento Emittenti) sul tema.

Bibliografia essenziale

- Alpa G., *Criteri generali*, in *La disciplina degli intermediari e dei mercati finanziari*, a cura di Capriglione, 1998, Padova;
- Belli F. Mazzini F. Tedeschi R., *Il Testo Unico della Finanza*, Milano, 1998;
- Bianca C., *Diritto Civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1987;
- BOCHICCHIO, *Considerazioni sul concetto di sollecitazione del pubblico risparmio alla luce della l. 2-1-1991, n. 1 (c.d. legge Sim)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, 423;
- BOCHICCHIO, *Sollecitazione al pubblico risparmio. Profili civilistici*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, 133; D'ALESSANDRO, *L'attività di sollecitazione al pubblico risparmio*, in *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Milano, Giuffrè, 1986;
- Bombelli-Iato, *Obbligazioni Argentina e Cirio: responsabilità dell'Istituto bancario intermediario*, 2006, 1403 e ss;
- Bulfaro, *La responsabilità contrattuale dell'intermediario per violazione del dovere di informazione*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2008, II, 391 e ss..
- Campobasso G.F., *Diritto delle società*, Torino, 1992;
- CHIAPPETTA, *I contratti di investimento, la violazione della disciplina sulla sollecitazione del pubblico risparmio ed il problema della nullità cd. virtuale*, nota a Trib. Torino, 19 dicembre 1989, in *Riv. dir. comm.*, 1991, fasc. 1-2, 80 ss.;
- FERRARINI, *I modi della sollecitazione del risparmio*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1991, 15;
- LENER, *I provvedimenti della Consob in materia di sollecitazioni televisive del pubblico risparmio*, in *Dir. inform.*, 1991, 49;
- Pellegrini, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007;
- Rabbitti Bedogni C., *Criteri generali*, in *Il Testo Unico della Finanza. Commentario*, cura di Rabbitti Bedogni C., Milano, 1998;
- Recine F., *Altre regole di comportamento*, in *Il Testo Unico della Finanza. Commentario*, a cura di Rabbitti Bedogni C., Milano, 1998;
- ROPPO, *SIM di distribuzione e promotori finanziari nel regime delle attività di sollecitazione del pubblico risparmio*, in *Contr. imp.*, 1992, 47;
- Sepe M., *I servizi di investimento*, in *Il Testo Unico dei Mercati Finanziari*, a cura di Lacaita L. e Napoleoni V., Milano, 1998;
- Viglione, *Circolazione dei prodotti finanziari privi di prospetto: nuove forme di tutela del risparmio*, in *Leggi civ. comm.*, 2008, 43 e ss.; Id., *Nullità e risarcimento del danno nell'art. 100-bis TUF: quale tutela per l'investitore non professionale?*, in *Contratto e Impresa*, 2008, 55 e ss.; Id., *La tutela dell'investitore retail nel nuovo art. 100-bis TUF*, in *Studium iuris*, 2007, 779 e ss.;

La valutazione di impatto ambientale: il contrasto della regolarizzazione a posteriori con il principio di prevenzione del danno ambientale.

di Ivana Ruotolo

La Corte di Giustizia delle Comunità europee, con una recente decisione¹, si è pronunciata sull'inadempimento, da parte dello Stato irlandese, degli obblighi derivanti dalla Direttiva 85/337/CEE, successivamente modificata dalla Direttiva del Consiglio 3 marzo 1997, 97/11/CE, in tema di valutazione di impatto ambientale.

In particolare la Corte, aderendo alla richiesta della Commissione delle Comunità europee, ha statuito che l'Irlanda è venuta meno agli obblighi che ad essa, in quanto stato membro, incombono in forza degli artt. 2, 4 e 5-10 della Direttiva del Consiglio 27 giugno 1985, 85/337/CEE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, nella sua versione precedente e successiva alle modifiche dettate dalla direttiva del Consiglio 3 marzo 1997, 97/11/CE.

In particolare, la Commissione, al termine del procedimento precontenzioso, ha proposto ricorso lamentando, in primo luogo, l'incompletezza della trasposizione, nell'ordinamento irlandese, della Direttiva 85/337 modificata dalla Direttiva 97/11/CE, e la conseguente scorretta attuazione della stessa.

Le argomentazioni sollevate dalla Commissione in relazione a questa prima censura si articolano in tre profili.

In primo luogo, la Commissione lamenta la mancata adozione delle disposizioni che assicurino la verifica della assoggettabilità a VIA, sulla base della previsione delle implicazioni ambientali che si ritiene possano conseguire ai progetti da realizzarsi; ciò, al fine di imporre, in caso di previsione di un notevole impatto, prima del rilascio dell'autorizzazione, l'avvio del procedimento di valutazione dell'impatto ambientale contemplato dalla Direttiva 85/337 all'art. 2, n. 1.

Un altro elemento su cui si fonda la prima censura della Commissione è rappresentato da una disposizione della normativa irlandese sulla pianificazione del territorio e lo sviluppo (art. 32, n. 1, lett. b del Planning and Development Act 2000), alla stregua della quale è consentito ottenere, in via successiva - dopo l'esecuzione totale o parziale di un progetto non autorizzato -, un permesso volto a regolarizzare progetti di

¹ Corte di Giustizia, 3 luglio 2008, causa c-215/06, Commissione contro Irlanda.

pianificazione territoriale che non siano stati autorizzati, con pregiudizio degli obiettivi di prevenzione sanciti dalla Direttiva stessa.

Infine, in relazione alla prima censura, la Commissione valuta inidonee, ai fini dell'effettiva applicazione della Direttiva, le misure repressive disposte dall'Irlanda, in quanto non compensano l'assenza di disposizioni che impongano il rispetto dei precetti in materia di valutazione dell'impatto ambientale prima della realizzazione dei progetti: ne deriva la violazione dell'obbligo generale derivante dall'art. 249 CE.

In sostanza la Commissione non rileva, nell'ordinamento irlandese, la previsione dell'obbligo di sottoporre ad uno studio sull'impatto ambientale i progetti prima della loro realizzazione, sia perchè, in base alla normativa nazionale, è possibile valutarne l'incidenza sull'ambiente anche a seguito della realizzazione - con la conseguenza di pregiudicare l'effetto utile della Direttiva, il cui obiettivo è di tener conto preventivamente dell'impatto ambientale di tutti i processi di pianificazione e di decisione -, sia perchè gli strumenti coercitivi, di fatto, non sollecitano la condotta dei committenti nel senso di un effettivo conseguimento degli obiettivi della normativa in materia di VIA.

Quanto alla posizione dell'Irlanda sulla censura in questione, essa si riassume nel ricondurre sul piano dell'eccezione alla regola generale la previsione del permesso di regolarizzazione ottenibile in via successiva; nel ritenere che la Direttiva non indica espressamente che la valutazione debba essere fatta esclusivamente prima dell'inizio dei lavori; ed infine nell'attribuire al permesso di regolarizzazione la funzione di strumento utile di recupero ragionevole di quei progetti avviati prima del rilascio di un'autorizzazione, evitandone l'abbandono che potrebbe anche non rappresentare, ad avviso dell'Irlanda, la misura più adeguata a tutela dell'ambiente, tanto più se si tratti di strutture la cui realizzazione sia valutata, a seguito del permesso di regolarizzazione, compatibile con uno sviluppo sostenibile.

Quanto alle misure sanzionatorie, l'Irlanda contesta le censure della Commissione sia sulla base della considerazione che la scelta in materia rientra nella discrezionalità degli Stati membri, in mancanza di armonizzazione a livello comunitario dei controlli inerenti alla pianificazione del territorio e all'ambiente, sia affermando la completezza ed efficacia del regime sanzionatorio adottato.

La Corte di Giustizia, dal canto suo, non ha accolto le argomentazioni dell'Irlanda ed ha invece evidenziato l'obiettivo della Direttiva 85/337, che si evince dall'art. 2 n. 1, consistente nell'assicurare che i progetti per i quali si preveda un notevole impatto

ambientale, siano sottoposti a valutazione prima del rilascio dell'autorizzazione, vale a dire della decisione dell'autorità competente che conferisce al committente il diritto di realizzare il progetto. In mancanza di valutazione dell'impatto e della autorizzazione non si può dare avvio al progetto.

La Corte precisa che tale procedura si applica sia ai progetti dell'allegato I della Direttiva, per i quali la procedura di VIA è obbligatoria, sia ai progetti dell'allegato II, per i quali la sottoposizione a VIA è subordinata ad una previa verifica dell'impatto che si prevede possa derivare da un determinato progetto.²

² La Direttiva riserva agli Stati membri una certa discrezionalità in ordine alla sottoposizione dei progetti dell'allegato II alla valutazione di impatto ambientale. Tuttavia, come precisato dalla Corte di giustizia nella causa C-72/95 *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. contro Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland* (nota anche come causa delle dighe olandesi), e come ricordato dalla Commissione nella Relazione quinquennale della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'applicazione e sull'efficacia della direttiva VIA (direttiva 85/337/CEE, modificata dalla direttiva 97/11/CE) punto 2.2.10, "i poteri discrezionali concessi dalla Direttiva non devono essere utilizzati a discapito delle disposizioni generali stabilite dall'articolo 2, paragrafo 1 della Direttiva stessa, secondo il quale tutti i progetti dell'allegato II per i quali si prevede un notevole impatto ambientale devono essere sottoposti a VIA. In pratica ciò significa che tutti i progetti dell'allegato II devono essere soggetti a una procedura di selezione o screening (con il ricorso all'applicazione di soglie e/o all'esame caso per caso)". Si ricorda che la DIRETTIVA 85/337 conferiva agli Stati un margine di discrezionalità piuttosto ampio, se si considera che ai sensi dell'art. 4, comma 2, era disposto che "I progetti appartenenti alle classi elencate nell'allegato II [formassero] oggetto di una valutazione ai sensi degli articoli da 5 a 10 quando gli Stati membri [ritenevano] che le loro caratteristiche lo [richiedessero]". A tal fine, gli Stati membri potevano, tra l'altro, specificare alcuni tipi di progetti da sottoporre ad una valutazione d'impatto o fissare criteri e/o soglie limite per determinare quali dei progetti appartenenti alle classi elencate nell'allegato II dovessero formare oggetto di una valutazione di impatto.

A proposito della discrezionalità, la Corte di Giustizia ha cercato di limitarne la manifestazione precisando che, "se è vero che l'art. 4, n. 2, secondo comma, della direttiva 85/332 conferisce agli Stati membri un margine di discrezionalità per specificare taluni tipi di progetti da sottoporre a valutazione d'impatto o per fissare criteri e/o soglie limite da adottare, il detto margine trova però i suoi limiti nell'obbligo, enunciato all'art. 2, n. 1, di tale direttiva, di sottoporre ad una valutazione d'impatto i progetti per i quali si prevede un impatto ambientale importante, segnatamente per la loro natura, le loro dimensioni e la loro ubicazione (sentenza pronunciata nella causa C-72/95 *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. contro Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland* (nota anche come causa delle dighe olandesi, cit., punto 50).

Il legislatore comunitario ha poi ritenuto di dover porre un freno all'eccessiva discrezionalità degli Stati membri e di armonizzare e rendere più efficace l'applicazione della Direttiva in ordine ai progetti dell'allegato II, apportando delle modifiche alla Direttiva. In particolare, come ricorda la Commissione, nella Relazione quinquennale punto 2.2.10: "A seguito delle problematiche sollevate in materia di selezione dei progetti dell'allegato II da tali cause e dei risultati emersi nel corso del riesame del 1993 sul funzionamento della direttiva VIA, nella direttiva 97/11/CE sono stati inseriti l'articolo 4, paragrafo 3 e l'allegato III. Il nuovo allegato contiene i criteri sui quali devono basarsi le soglie e altri criteri di selezione." In effetti è stato riscritto l'art. 4 espungendo il riferimento all'ampia valutazione discrezionale degli Stati ("...quando gli Stati membri ritengono...") ed introdotto il meccanismo dell'esame caso per caso in alternativa a quello dei criteri e soglie. Sull'eccessiva discrezionalità derivante dall'interpretazione del combinato disposto degli artt 2 e 4 della Direttiva non modificata, si veda ANDREA FUSARO, *V.I.A., opere pubbliche e infrastrutture: una convivenza difficile*, in http://www.ambienteditto.it/dottrina/Dottrina_2008/via_fusaro.htm

Con riferimento allo spazio discrezionale che emerge invece dalla Direttiva modificata, si veda in giurisprudenza Corte di Giustizia 25 luglio 2008, causa c-142/07, punto 38, secondo cui "se, come l'art. 4, n. 2, della direttiva 85/337, la stessa disposizione della direttiva modificata conferisce agli Stati membri un margine di discrezionalità per stabilire se un progetto compreso nelle categorie elencate all'allegato II di quest'ultima direttiva deve essere sottoposto a una valutazione dell'impatto ambientale, detto margine trova i suoi limiti nell'obbligo, enunciato all'art. 2, n. 1, della direttiva modificata, di sottoporre ad una valutazione d'impatto i progetti che possono avere un notevole impatto ambientale, segnatamente per la loro natura, le loro dimensioni e la loro ubicazione" La sentenza rinvia, poi, per quanto riguarda la direttiva 85/337, alle sentenze, Kraaijeveld e a., punto 50, nonché Abraham e a., punto 37 per poi precisare che "Nell'applicare il loro margine di discrezionalità, gli Stati membri devono tenere conto di ciascuno di questi criteri per stabilire se dei progetti

Anche il quinto “considerando” della Direttiva 97/11 ribadisce il concetto di fondo della normativa in tema di VIA, affermando che «per lo sviluppo dei progetti per i quali si richiede una valutazione si dovrebbe prevedere un’autorizzazione [e] la valutazione dovrebbe precedere il rilascio dell’autorizzazione».

La Corte, pur riconoscendo che nel diritto irlandese la valutazione dell’impatto ambientale e il permesso urbanistico, laddove necessari, devono, in linea di principio, essere rispettivamente effettuata ed ottenuto prima della realizzazione dei lavori, tuttavia ritiene che l’Irlanda abbia violato i precetti della Direttiva attraverso la previsione del permesso di regolarizzazione, che, infatti, producendo gli stessi effetti dell’autorizzazione urbanistica che sia stata rilasciata prima della realizzazione dei lavori, può indurre i committenti a non compiere le operazioni finalizzate alla preventiva valutazione dell’impatto ambientale, ponendosi in contrasto con il primo “considerando” della Direttiva 85/337, da cui si evince la necessità di accertare, il prima possibile, gli effetti sull’ambiente, in un’ottica di prevenzione del danno.

La seconda censura.

Nella sentenza si affronta, inoltre, il caso specifico della costruzione di una centrale eolica e della realizzazione delle attività ad essa connesse, con particolare riferimento al mancato o quantomeno lacunoso svolgimento della valutazione di impatto ambientale.

Le questioni che sono state esaminate attengono, in primo luogo, all’ambito temporale di applicazione della Direttiva 85/337 modificata dalla Direttiva 97/11 ed, in secondo luogo, all’applicabilità della Direttiva anche alle attività connesse al progetto principale.

Quanto al primo aspetto, la questione è sorta in ragione del fatto che le due domande di autorizzazione delle prime due fasi del progetto di costruzione della centrale eolica sono state presentate prima che trovasse applicazione la Direttiva 85/337 nella sua versione modificata nel 1997, e dunque prima che gli impianti di produzione energetica mediante lo sfruttamento del vento fossero contemplati tra quelli dell’allegato II per i

possono avere un impatto ambientale” e rinviare alla sentenza 16 marzo 2006, Commissione/Spagna, cit., punto 77.

quali è richiesta - in presenza di certe condizioni - la previa valutazione dell'impatto ambientale³.

La Corte, a tal proposito, precisa che, in base all'art. 3 della Direttiva 97/11, alle domande di autorizzazione di un progetto presentate prima del 14 marzo 1999 si applica il regime normativo della Direttiva 85/337 precedente alla modifica intervenuta nel 1997. Da ciò deriva che le due domande di autorizzazione di realizzazione della centrale eolica non erano di per sé oggetto di valutazione ambientale, tuttavia – e qui la Corte affronta il secondo aspetto relativo all'applicabilità della Direttiva anche alle attività connesse - i lavori che si sono resi necessari in relazione al progetto di realizzazione della centrale – tra cui lavori di estrazione di torba e di minerali diversi da quelli metallici ed energetici, nonché la costruzione di strade – figuravano già nell'allegato II, rispettivamente al punto 2, lett. a) e c), e al punto 10, lett. d).

La Corte quindi conclude nel senso che l'Irlanda era tenuta a sottoporre i progetti di lavori ad uno studio sul loro impatto, al fine di accertare se per essi si prevedesse un notevole impatto ambientale, in particolare per la loro natura, le loro dimensioni o la loro ubicazione, così come previsto dall'art. 4 della Direttiva 85/337. La Corte ha respinto, sul punto, l'obiezione dell'Irlanda secondo cui si trattava di lavori di importanza secondaria rispetto al progetto di costruzione della centrale in quanto, pur ammettendo che si trattasse di lavori di importanza secondaria, non poteva di certo escludersi che avrebbero potuto incidere in modo rilevante sull'ambiente. In realtà, a giudizio della Corte, non si trattava affatto di lavori di scarso rilievo, anzi dovevano essere considerati capaci di esplicare un notevole impatto ambientale e dovevano di conseguenza essere sottoposti ad una valutazione del loro impatto ambientale.

In sostanza, anche le attività connesse al progetto principale sono suscettibili di essere assoggettate alla procedura di VIA, in particolare quando per la loro rilevanza possono influire sullo stato dell'ambiente. Si tratta di una conclusione pienamente coerente con l'esigenza avvertita a livello europeo e di cui, in particolare, si fa ampiamente espressione la Corte di Giustizia attraverso le sue decisioni, da cui emerge la necessità di non tradire lo spirito della Direttiva.

L'inadempimento dell'Irlanda emerge, infine, anche con riferimento alla domanda

³ La Direttiva 97/11 ha incluso gli Impianti di produzione di energia mediante lo sfruttamento del vento (centrali eoliche) nell'Allegato II, numero 3, lett. i. Dunque, per tali impianti l'attuazione della VIA non è obbligatoria bensì subordinata alla preventiva verifica di cui all'art. 4, paragrafi 2 e 3.

di autorizzazione relativa alla terza fase di costruzione della centrale eolica, e alla domanda di autorizzazione a modificare le prime due fasi di costruzione inizialmente autorizzate, presentate in vigenza della Direttiva modificata, in quanto le autorizzazioni non sono state precedute dalla valutazione di impatto ambientale, così come richiesto, per la nuova domanda, dal punto 3, lett. i), e per la modifica delle precedenti domande, dal punto 13 dell'allegato II della direttiva 85/337 modificata nel 1997. Gli articoli citati, rispettivamente, contemplano, ai fini della valutazione di impatto ambientale, gli impianti di produzione di energia mediante lo sfruttamento del vento (centrali eoliche) e tutte le modifiche o estensioni dei progetti di cui al medesimo allegato, già autorizzati, realizzati o in fase di realizzazione, che possono avere notevoli ripercussioni negative sull'ambiente⁴. Ne deriva, dunque, anche per tali ragioni l'inadempimento dell'Irlanda agli obblighi derivanti dalla Direttiva modificata.

La valutazione di impatto ambientale nell'ordinamento comunitario.

L'introduzione della valutazione d'impatto ambientale -VIA- nell'ordinamento comunitario, con la Direttiva del Consiglio 85/337, rappresenta senza dubbio un forte segnale di attenzione della Comunità europea alle problematiche ambientali connesse alle attività umane di modifica del territorio, ad opera sia di soggetti pubblici che privati. La Direttiva precede la svolta comunitaria nella direzione di una più intensa politica ambientale, segnata, dapprima, dall'Atto Unico europeo del 1986 che, integrando il Trattato istitutivo della Comunità europea, colloca l'ambiente tra le politiche comunitarie e successivamente dal Quinto Programma d'azione per l'ambiente che pone in evidenza la

⁴ La questione delle modifiche o delle estensioni dei progetti già autorizzati era già stata affrontata dalla Corte nelle cause C-431/92 (Grosskrotzenburg), e C-72/95 (dighe olandesi) e risolta nel senso della loro sottoposizione alla VIA se le loro dimensioni, scala o altri fattori rispondono ai requisiti VIA fissati per un nuovo progetto di quel tipo. Queste sentenze, così come altre, hanno fornito suggerimenti ai fini della modifica della Direttiva 85/337, in particolare, per quel che qui interessa, esse hanno fornito lo spunto per l'introduzione nella Direttiva 85/337, ad opera della Direttiva 97/11, del punto 13 dell'allegato II che riguarda le modifiche o estensioni di progetti di cui all'allegato I o all'allegato II.

Prima dell'adozione della Direttiva 97/11, in Italia ci si era preoccupati del tema delle modifiche ed estensioni, come risulta dal testo della Circolare del Ministero dell'Ambiente del 7 ottobre 1996, che partendo dai casi di scomposizione dell'opera in più segmenti e muovendo dalla "logica intrinseca alla valutazione di impatto ambientale" consistente nel "prendere in considerazione, oltre ad elementi di incidenza propri di ogni singolo segmento dell'opera, anche le interazioni degli impatti indotte dall'opera complessiva sul sistema ambientale, che non potrebbero essere apprezzate nella loro completezza se non con riguardo anche agli interventi che, ancorché al momento non ne sia prospettata la realizzazione, siano poi posti in essere (o sia inevitabile che vengano posti in essere) per garantire la piena funzionalità dell'opera stessa", giunge a riconoscere che "in questa prospettiva, particolare attenzione deve essere posta nella effettuazione della procedura di V.I.A., allorché ci si trovi in presenza di iniziative che tendano a modificare sostanzialmente, ai sensi del comma secondo dell'art. 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 377/1988, le caratteristiche di opere già esistenti non sulla base di un progetto di unitaria attuazione, ma in via di progressivo adeguamento".

necessità di integrare la politica ambientale in tutte le politiche comunitarie.

Fino a quel momento i primi tre programmi d'azione europea in materia ambientale avevano certo indicato taluni principi fondamentali in materia di tutela dell'ambiente ma, in mancanza di un'espressa previsione della tutela dell'ambiente tra le politiche comunitarie, era necessario darvi rilievo attraverso interpretazioni ed argomentazioni fondate su dati normativi non direttamente attinenti ad essa. Il Primo Programma d'azione comunitaria ambientale, ad esempio, giunge a legittimare la tutela ambientale muovendo dall'art. 2 del Trattato istitutivo della Comunità europea, peraltro attribuendole una funzione essenzialmente strumentale rispetto al compito di promuovere uno "sviluppo armonioso delle attività economiche... e una espansione continua ed equilibrata"⁵.

Dalla Direttiva 85/337 CE si evince con chiarezza che la tutela dell'ambiente non ha certamente carattere strumentale bensì rappresenta un obiettivo, il cui raggiungimento condiziona le modalità di realizzazione di talune attività idonee ad incidere, più o meno intensamente, sull'ambiente, per le quali viene dunque previsto – obbligatoriamente o a discrezione degli Stati ma sulla scorta di criteri formulati dalla normativa comunitaria⁶- lo svolgimento della valutazione di impatto ambientale.

La Valutazione d'Impatto Ambientale, come precisa la stessa Direttiva, è volta a individuare, descrivere e quantificare gli effetti diretti e indiretti di un progetto su specifici fattori quali l'uomo, la fauna e la flora, il suolo, l'acqua, l'aria, il clima e il paesaggio, i beni materiali ed il patrimonio culturale nonché l'interazione tra i medesimi fattori.

Naturalmente la individuazione, descrizione e quantificazione degli effetti di un progetto è finalizzata a verificarne la sostenibilità sotto il profilo ambientale, in un'ottica di prevenzione del possibile danno all'ambiente e, dunque, al fine di "proteggere la salute umana, contribuire con un migliore ambiente alla qualità della vita, provvedere al mantenimento della varietà delle specie e conservare la capacità di riproduzione dell'ecosistema in quanto risorsa essenziale di vita"⁷

Il principio di prevenzione non può non costituire, dunque, l'elemento cardine della normativa comunitaria in tema di valutazione di impatto ambientale, come emerge in modo inequivoco dal tenore del primo considerando della Direttiva, che, infatti, sottolinea che "la migliore politica ecologica consiste nell'evitare fin dall'inizio

5 A tal proposito, il Programma, riferendosi allo sviluppo armonioso ed alla espansione continua ed equilibrata dice che " ciò non si può più concepire senza una lotta efficace contro gli inquinamenti e gli altri fattori nocivi né senza il miglioramento qualitativo delle condizioni di vita e la protezione dell'ambiente " .

⁶ Cfr nota n. 1.

⁷ Così è formulato l'undicesimo considerando della Direttiva 85/337.

inquinamenti ed altre perturbazioni, anziché combatterne successivamente gli effetti". In questa ottica, il Consiglio afferma che "in tutti i processi tecnici di programmazione e di decisione si deve tener subito conto delle eventuali ripercussioni sull'ambiente".

Il medesimo concetto si rileva dal sesto considerando della Direttiva, secondo cui l'autorizzazione di progetti pubblici e privati, che possono avere un impatto rilevante sull'ambiente, va concessa solo previa valutazione delle loro probabili rilevanti ripercussioni sull'ambiente⁸.

Se questo è lo spirito che regge la scelta comunitaria, sembra evidente che la normativa irlandese, nel prevedere il permesso di regolarizzazione, si ponga in contrasto con le finalità di prevenzione che giustificano l'attivazione di una procedura di valutazione dell'impatto ambientale che, viceversa, sarebbe fine a se stessa se non avesse il ruolo fondamentale di prevenire il danno all'ambiente - complessivamente considerato - incidendo sul processo decisionale, attraverso le informazioni acquisite mediante la VIA⁹.

La stessa Direttiva impone che le informazioni raccolte a norma degli articoli 5, 6 e 7 nonché - a seguito delle modifiche apportate dalla Direttiva 97/11 - i risultati delle consultazioni debbono essere presi in considerazione nel quadro della procedura di autorizzazione¹⁰. Il riferimento al fatto che tali informazioni debbano semplicemente "essere prese in considerazione" non deve indurre a sminuire la loro idoneità ad incidere in modo significativo sull'adozione delle decisioni, in quanto la norma deve essere letta nel più ampio contesto della Direttiva, alla luce dell'obbligo generale di assicurare la prevenzione del danno.

Il legislatore comunitario, con la Direttiva 85/337, ha inteso solo "completare e coordinare", attraverso principi generali di valutazione dell'impatto ambientale, le procedure di autorizzazione dei progetti pubblici e privati che possono avere un impatto rilevante sull'ambiente, volendo preservare le autonome determinazioni degli Stati membri in materia di procedure di autorizzazione di progetti degli Stati membri.

⁸ Secondo una giurisprudenza ormai ben consolidata, gli Stati membri, nell'attuare la Direttiva in materia di VIA, devono tener "conto del suo obiettivo essenziale che, come si evince dal suo art. 2, n. 1, consiste nel garantire che, prima della concessione di un'autorizzazione, i progetti idonei ad avere un impatto ambientale rilevante, segnatamente per la loro natura, le loro dimensioni o la loro ubicazione, siano sottoposti a una valutazione del loro impatto" (v. in tal senso, Corte di Giustizia 25 luglio 2008 nel procedimento C-142/07, punto 33, nonché, sentenze 19 settembre 2000, causa C-287/98, Linster, punto 52, e 23 novembre 2006, causa C-486/04, Commissione/Italia, punto 36).

⁹ Nella relazione quinquennale della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sull'applicazione e sull'efficacia della Direttiva Via (direttiva 85/337/CEE, modificata dalla direttiva 97/11/CE), punto 3.5.1, si legge "La VIA è concepita per dare, ai responsabili delle decisioni, informazioni sulle conseguenze ambientali di un'azione prima che la decisione venga adottata, per fare in modo che le informazioni riescano ad influenzare il processo decisionale".

¹⁰ B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, terza edizione, Il Mulino 2005, pag. 296 precisa che "questa disposizione conferma il carattere di procedimento istruttorio attribuito dalla Direttiva alla valutazione di impatto ambientale".

Ed infatti l'art. 2, comma 2, della Direttiva prevede la possibilità di integrare la procedura di VIA nelle procedure esistenti di autorizzazione dei progetti negli Stati membri ovvero, in mancanza di queste, in altre procedure. Tuttavia, la discrezionalità nella scelta delle procedure è attenuata dall'obbligo di perseguire le finalità della Direttiva, come chiaramente risulta dall'ultimo periodo dell'art. 2, comma 2, che rinvia anche a "procedure da stabilire per raggiungere gli obiettivi della presente direttiva"¹¹.

D'altra parte, anche a livello giurisprudenziale, emerge il *favor* per una interpretazione teleologica della Direttiva; infatti, è tale l'attenzione per una efficace applicazione della normativa in materia di VIA che la Corte di Giustizia ha, in più occasioni, osservato che l'ambito di applicazione della direttiva 85/337 e quello della direttiva modificata sono molto ampi¹², tanto che non può prescindere dall'obiettivo della Direttiva più che dal tenore letterale della stessa¹³. In questa prospettiva, ciò che si evince dalle decisioni della Corte di Giustizia è che i singoli Stati membri e le autorità competenti non devono ridurre lo scopo al momento dell'applicazione pratica né devono ledere lo scopo. Di conseguenza, non è conforme alla normativa comunitaria, una normativa nazionale alla cui stregua, "nel caso dei permessi di costruire sulla base di un progetto preliminare con approvazione successiva degli aspetti riservati, una valutazione può essere effettuata solo nella fase iniziale del rilascio di tale permesso e non nella fase successiva dell'approvazione degli aspetti riservati"¹⁴. Analogamente, la Corte ha tenuto a precisare che "l'obiettivo della direttiva modificata non può essere aggirato tramite il frazionamento di un progetto e che la mancata presa in considerazione dell'effetto cumulativo di più progetti non deve avere il risultato pratico di sottrarli nel loro insieme all'obbligo di valutazione laddove, presi insieme, essi possono avere un notevole impatto ambientale ai sensi dell'art. 2, n. 1, della direttiva modificata"¹⁵. Il frazionamento dei progetti e la valutazione del cumulo degli effetti sull'ambiente costituiscono, unitamente al livello di soglie di ammissione alla VIA e al controllo di qualità del procedimento di VIA,

¹¹ L'espressione "da stabilire" rinvia ad un obbligo per gli Stati membri di prevedere talune procedure che siano in linea con gli obiettivi della Direttiva.

¹² (Si vedano, in tal senso, sentenze 24 ottobre 1996, causa C-72/95, Kraaijeveld e a., punto 31; 16 settembre 1999, causa C-435/97, WWF e a., punto 40, nonché 28 febbraio 2008, causa C-2/07, Abraham e a., punto 32).

¹³ Nella sentenza Corte di Giustizia UE - III Sez. - sentenza del 25 luglio 2008 nel procedimento C-142/07, punto 28, la Corte così si esprime: "Sarebbe pertanto contrario allo stesso obiettivo della direttiva modificata sottrarre al suo campo di applicazione tutti i progetti relativi a una strada urbana per il solo motivo che tale direttiva non menziona espressamente tra i progetti elencati agli allegati I e II quelli che riguardano tale tipo di strada".

¹⁴ Sentenza della Corte (Prima Sezione) 4 maggio 2006 - Commissione delle Comunità europee / Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord (Causa C-508/03)

¹⁵ Su tale aspetto, si veda, da ultimo, la sentenza della Corte di Giustizia 25 luglio 2008, C-142/07, punto 44. Inoltre in tal senso si confrontino anche, per quanto riguarda la direttiva 85/337, le sentenze 21 settembre 1999, causa C-392/96, Commissione/Irlanda, punto 76, e Abraham e a., punto 27.

i principali problemi applicativi della Direttiva rilevati dalla Commissione nella Relazione quinquennale al Parlamento Europeo e al Consiglio sull'applicazione, sull'efficacia e sul funzionamento della direttiva 85/337/CEE, modificata dalla direttiva 97/11/CE (Risultati ottenuti dagli Stati membri nell'attuazione della direttiva VIA). La Commissione, esaminando anche la giurisprudenza della Corte ne ha ricavato che "gli Stati membri devono dare un'interpretazione ampia dei concetti di "cumulo con altri progetti", "modifiche ed estensioni" ed "effetti diretti e indiretti". Queste considerazioni si applicheranno anche nel caso di un progetto di grandi dimensioni costituito da molti singoli progetti che, se individualmente rimangono al di sotto delle soglie fissate per la selezione, presi nel loro complesso producono un notevole impatto ambientale"¹⁶.

La rilevanza della finalità della Direttiva, quale canone di risoluzione delle questioni, emerge, con tutta evidenza, da quanto afferma la Corte di Giustizia, a proposito della valutazione degli effetti dei singoli lavori previsti e degli effetti derivanti dall'uso e dallo sfruttamento delle opere realizzate con i lavori stessi; a tal proposito, la Corte giudica riduttivo non valutare l'impatto ambientale di tale uso e sfruttamento, in quanto la Direttiva fa riferimento ad una valutazione globale dell'impatto ambientale dei progetti¹⁷. Ciò vuol dire che il progetto va esaminato non solo in una prospettiva "statica", vale a dire valutando le implicazioni ambientali che l'opera in sé determina ma anche con un approccio "dinamico" che tenga conto degli effetti che conseguono all'impiego effettivo dell'opera.

In conclusione, si deve osservare che le finalità di prevenzione della normativa comunitaria in tema di VIA e gli indirizzi provenienti dai diversi livelli istituzionali comunitari, volti a sollecitare le azioni degli Stati membri nella direzione della prevenzione del danno, richiedono, affinché non venga lesa l'effetto utile della Direttiva, una convinta adesione degli Stati membri. Si vuol cioè dire che il supporto degli Stati membri - attraverso azioni preventive, corrette trasposizioni della normativa comunitaria, interpretazioni coerenti con gli obiettivi di prevenzione e controlli con finalità preventive più che repressive - riveste un ruolo di straordinario rilievo in funzione di una effettiva tutela dell'ambiente da perseguirsi, in particolare, attraverso l'istituto della valutazione di impatto ambientale: un accorto impiego dell'istituto che, per sua natura, deve operare ex

¹⁶ Cfr Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sull'applicazione, sull'efficacia e sul funzionamento della direttiva 85/337/CEE, modificata dalla direttiva 97/11/CE (Risultati ottenuti dagli Stati membri nell'attuazione della direttiva VIA), punto 4.3.2.

¹⁷ Il concetto è espresso da Corte di Giustizia 25 luglio 2008, C-142/07, punto 39 e, per quanto riguarda la direttiva 85/337 non modificata, da Corte di Giustizia 28 febbraio 2008, causa C-2/07, Abraham e a.,

ante costituisce un punto di avvio per evitare che vengano poste in essere azioni la cui lesività si traduce in degenerazioni ambientali, in genere, irreversibili. D'altra parte, l'impiego di tale strumento non deve risolversi in un limite allo sviluppo economico, agli interventi infrastrutturali, alla modernizzazione del paese ed alla competitività; in relazione a tale necessità, il carattere "limitante", intrinseco a tale strumento, viene mitigato da considerazioni che si fondano sulla prospettiva dello sviluppo sostenibile, che sollecita, infatti, la ricerca di soluzioni innovative che contemperino esigenze che possono essere in contrasto.

CORTE DI GIUSTIZIA

delle Comunità Europee,

SENTENZA DELLA CORTE (Seconda Sezione) - 3 luglio 2008

«Inadempimento di uno Stato - Assenza di valutazione dell'impatto ambientale di progetti rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 85/337/CEE - Regolarizzazione a posteriori»

Nella causa C-215/06,

avente ad oggetto un ricorso per inadempimento, ai sensi dell'art. 226 CE, proposto l'11 maggio 2006,

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dalle sig.re D. Recchia e D. Lawunmi, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo,

ricorrente,

contro

Irlanda, rappresentata dal sig. D. O'Hagan, in qualità di agente, assistito dal sig. J. Connolly, SC, e dal sig. G. Simons, BL, con domicilio eletto in Lussemburgo convenuta,

LA CORTE (Seconda Sezione),

composta dal sig. C.W.A. Timmermans, presidente di sezione, dai sigg. L. Bay Larsen, J. Makarczyk (relatore), P. Kuris e J.-C. Bonichot, giudici,

avvocato generale: sig. J. Mazák

cancelliere: sig. B. Fülöp, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 14 febbraio 2008,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con il suo ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che:

- non avendo adottato tutte le disposizioni necessarie ad assicurare che, prima di essere eseguiti in tutto o in parte, i progetti rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva del Consiglio 27 giugno 1985, 85/337/CEE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati (GU L 175, pag. 40), nella sua versione precedente o successiva alle modifiche intervenute con la direttiva del Consiglio 3 marzo 1997, 97/11/CE (GU L 73, pag. 5), vengano esaminati al fine di stabilire se occorra effettuare una valutazione d'impatto ambientale e, se per essi si prevede un notevole impatto ambientale per la loro natura, le loro dimensioni o la loro ubicazione, vengano sottoposti ad una valutazione del loro impatto conformemente agli artt. 5-10 della direttiva 85/337, e

- non avendo adottato tutte le disposizioni necessarie ad assicurare che il rilascio delle autorizzazioni relative alla costruzione di una centrale eolica e alle attività connesse a Derrybrien, nella contea di Galway, nonché l'esecuzione dei lavori fossero preceduti da una valutazione dell'impatto ambientale del progetto conformemente agli artt. 5-10 della direttiva 85/337, l'Irlanda è

venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza degli artt. 2, 4 e 5-10 della suddetta direttiva.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

2 Con il suo ricorso, la Commissione intende far constatare l'inadempimento dell'Irlanda agli obblighi che ad essa incombono in forza della direttiva 85/337, sia nella sua versione iniziale, sia nella versione risultante dalle modifiche intervenute con la direttiva 97/11.

La direttiva 85/337

3 L'art. 1, nn. 2 e 3, della direttiva 85/337 è così formulato:

«2. Ai sensi della presente direttiva si intende per:

progetto:

- la realizzazione di lavori di costruzione o di altri impianti od opere,
- altri interventi sull'ambiente naturale o sul paesaggio, compresi quelli destinati allo sfruttamento delle risorse del suolo;

committente:

il richiedente dell'autorizzazione relativa ad un progetto privato o la pubblica autorità che prende l'iniziativa relativa a un progetto;

autorizzazione:

decisione dell'autorità competente, o delle autorità competenti, che conferisce al committente il diritto di realizzare il progetto stesso.

3. L'autorità o le autorità competenti sono quelle che gli Stati membri designano per assolvere i compiti derivanti dalla presente direttiva»

4 Ai sensi dell'art. 2, nn. 1-3, primo comma, della direttiva 85/337:

«1. Gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie affinché, prima del rilascio dell'autorizzazione, i progetti per i quali si prevede un impatto ambientale importante, segnatamente per la loro natura, le loro dimensioni o la loro ubicazione, formino oggetto di una valutazione del loro impatto.

Detti progetti sono definiti nell'art. 4.

2. La valutazione dell'impatto ambientale può essere integrata nelle procedure esistenti di autorizzazione dei progetti negli Stati membri ovvero, in mancanza di queste, in altre procedure o nelle procedure da stabilire per raggiungere gli obiettivi della presente direttiva.

3. Gli Stati membri, in casi eccezionali, possono esentare in tutto o in parte un progetto specifico dalle disposizioni della presente direttiva».

5 L'art. 3 della direttiva 85/337 così dispone:

«La valutazione dell'impatto ambientale individua, descrive e valuta, in modo appropriato, per ciascun caso particolare e conformemente agli articoli da 4 a 11, gli effetti diretti e

indiretti di un progetto sui seguenti fattori:

- l'uomo, la fauna e la flora;
- il suolo, l'acqua, l'aria, il clima e il paesaggio;
- l'interazione tra i fattori di cui al primo e secondo trattino;
- i beni materiali ed il patrimonio culturale».

6 L'art. 4 della suddetta direttiva è così formulato:

«1. Fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 3, i progetti appartenenti alle classi elencate nell'allegato I formano oggetto di valutazione ai sensi degli articoli da 5 a 10.

2. I progetti appartenenti alle classi elencate nell'allegato II formano oggetto di una valutazione ai sensi degli articoli da 5 a 10 quando gli Stati membri ritengono che le loro caratteristiche lo richiedano.

A tal fine, gli Stati membri possono, tra l'altro, specificare alcuni tipi di progetti da sottoporre ad una valutazione d'impatto o fissare criteri e/o soglie limite per determinare quali dei progetti appartenenti alle classi elencate nell'allegato II debbano formare oggetto di una valutazione ai sensi degli articoli da 5 a 10».

7 Ai sensi dell'art. 5 della direttiva 85/337:

«1. Nel caso dei progetti che, a norma dell'articolo 4, devono formare oggetto di una valutazione dell'impatto ambientale ai sensi degli articoli da 5 a 10, gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che il committente fornisca, nella forma opportuna, le informazioni specificate nell'allegato III, qualora:

- a) gli Stati membri ritengano che le informazioni siano appropriate ad una determinata fase della procedura di autorizzazione ed alle caratteristiche peculiari d'un progetto specifico o d'un tipo di progetto e dei fattori ambientali che possono subire un pregiudizio;
- b) gli Stati membri ritengano che si possa ragionevolmente esigere che un committente raccolga i dati, tenendo conto fra l'altro delle conoscenze e dei metodi di valutazione disponibili.

2. Le informazioni che il committente deve fornire conformemente al paragrafo 1 comportano almeno:

- una descrizione del progetto con informazioni relative alla sua ubicazione, progettazione e dimensioni;
- una descrizione delle misure previste per evitare, ridurre e possibilmente compensare rilevanti effetti negativi;
- i dati necessari per individuare e valutare i principali effetti che il progetto può avere sull'ambiente;
- una sintesi non tecnica delle informazioni di cui al primo, secondo e terzo trattino.

3. Gli Stati membri, qualora lo reputino necessario, provvedono affinché le autorità mettano a disposizione del committente le informazioni appropriate di cui dispongono».

8 L'art. 6 della direttiva 85/337 è così formulato:

«1. Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché le autorità che possono essere interessate al progetto per la loro specifica responsabilità in materia di ambiente abbiano la possibilità di esprimere il loro parere sulla domanda di autorizzazione. Gli Stati membri designano a tal fine le autorità da consultare, in generale o caso per caso, all'atto della presentazione delle domande di autorizzazione. Queste autorità ricevono le informazioni raccolte ai sensi dell'articolo 5. Le modalità della consultazione sono fissate dagli Stati membri.

2. Gli Stati membri vigilano affinché:

- qualsiasi domanda di autorizzazione nonché le informazioni raccolte ai sensi dell'articolo

5 siano messe a disposizione del pubblico;

- al pubblico interessato sia data la possibilità di esprimere il parere prima dell'avvio del progetto».

9 L'art. 7 della direttiva 85/337 dispone:

«Qualora uno Stato membro constati che un progetto può avere un impatto importante sull'ambiente di un altro Stato membro, o qualora uno Stato membro che potrebbe essere considerevolmente danneggiato ne faccia richiesta, lo Stato membro nel cui territorio si intende realizzare il progetto trasmette le informazioni raccolte ai sensi dell'articolo 5 all'altro Stato membro e contemporaneamente le mette a disposizione dei propri cittadini. Dette informazioni costituiscono la base per qualsiasi consultazione che si renda necessaria nell'ambito delle relazioni bilaterali tra i due Stati membri su un piano di reciprocità e di parità».

10 Ai sensi dell'art. 8 della direttiva 85/337:

«Le informazioni raccolte in conformità degli articoli 5, 6 e 7 debbono essere prese in considerazione nel quadro della procedura di autorizzazione».

11 L'art. 9 della suddetta direttiva è formulato nei termini seguenti:

«In caso di decisione, la o le autorità competenti mettono a disposizione del pubblico interessato:

- il tenore della decisione e le condizioni che eventualmente l'accompagnano;
- i motivi e le considerazioni su cui la decisione si fonda, ove ciò sia previsto dalla legislazione degli Stati membri.

Le modalità di informazione sono definite dagli Stati membri.

Un altro Stato membro che sia stato informato conformemente all'articolo 7 è informato anche della decisione in causa».

12 L'art. 10 della suddetta direttiva prevede quanto segue:

«Le disposizioni della presente direttiva fanno salvo l'obbligo delle autorità competenti di rispettare le restrizioni imposte dalle disposizioni regolamentari ed amministrative nazionali e dalle prassi giuridiche esistenti in materia di segreto industriale e commerciale, nonché in materia di tutela dell'interesse pubblico.

In caso di applicazione dell'articolo 7, l'inoltro d'informazioni ad un altro Stato membro ed il ricevimento di informazioni da un altro Stato membro sono soggetti alle restrizioni vigenti nello Stato membro in cui il progetto è proposto».

13 L'allegato II della direttiva 85/337 elenca i progetti di cui all'art. 4, n. 2, di tale direttiva, ossia quelli per i quali la valutazione d'impatto ambientale è necessaria soltanto qualora gli Stati membri ritengano che le caratteristiche dei progetti stessi lo richiedano. Sono pertanto indicati, al punto 2, lett. a), di tale allegato, i progetti di estrazione di torba e, al medesimo punto 2, lett. c), i progetti di estrazione di minerali diversi da quelli metallici ed energetici, come marmo, sabbia, ghiaia, scisto, sale, fosfati, potassa.

14 Al punto 10, lett. d), del suddetto allegato figurano in particolare i progetti di costruzione di strade.

La direttiva 97/11

15 L'art. 3 della direttiva 97/11 è così formulato:

«1. Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro e non oltre il 14 marzo 1999. Essi ne informano immediatamente la Commissione.

(...)

2. Per le domande di autorizzazione sottoposte all'autorità competente anteriormente allo scadere del termine fissato al paragrafo 1, continuano ad applicarsi le disposizioni della direttiva 85/337/CEE nella versione originaria».

La direttiva 85/337, come modificata dalla direttiva 97/11 (in prosieguo: la «direttiva 85/337 modificata»).

16 Per ragioni di chiarezza sarà fatta menzione delle sole modifiche apportate alla direttiva 85/337 che presentano un interesse diretto rispetto al presunto inadempimento. Non saranno pertanto menzionate le modifiche apportate dalla direttiva 97/11 agli artt. 5-10 della direttiva 85/337, non essendo queste ultime di natura tale da influenzare il giudizio sul presente ricorso che la Corte è chiamata ad esprimere.

17 Ai sensi dell'art. 2, nn. 1, 2 e 3, primo comma, della direttiva 85/337 modificata:

«1. Gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie affinché, prima del rilascio dell'autorizzazione, per i progetti per i quali si prevede un notevole impatto ambientale, in particolare per la loro natura, le loro dimensioni o la loro ubicazione, sia prevista un'autorizzazione e una valutazione del loro impatto. Detti progetti sono definiti nell'articolo 4.

2. La valutazione dell'impatto ambientale può essere integrata nelle procedure esistenti di autorizzazione dei progetti negli Stati membri ovvero, in mancanza di queste, in altre procedure o nelle procedure da stabilire per raggiungere gli obiettivi della presente direttiva.

(...)

3. Fatto salvo l'articolo 7, gli Stati membri, in casi eccezionali, possono esentare in tutto o in parte un progetto specifico dalle disposizioni della presente direttiva».

18 L'art. 3 della suddetta direttiva dispone quanto segue:

«La valutazione dell'impatto ambientale individua, descrive e valuta, in modo appropriato, per ciascun caso particolare e a norma degli articoli da 4 a 11, gli effetti diretti e indiretti di un progetto sui seguenti fattori:

- l'uomo, la fauna e la flora
- il suolo, l'acqua, l'aria, il clima e il paesaggio;
- i beni materiali ed il patrimonio culturale;
- l'interazione tra i fattori di cui al primo, secondo e terzo trattino».

19 L'art. 4 della direttiva 85/337 modificata recita:

«1. Fatto salvo il paragrafo 3 dell'articolo 2 i progetti elencati nell'allegato I sono sottoposti a valutazione a norma degli articoli da 5 a 10.

2. Fatto salvo il paragrafo 3 dell'articolo 2 per i progetti elencati nell'allegato II gli Stati membri determinano, mediante:

a) un esame del progetto caso per caso;

o

b) soglie o criteri fissati dagli Stati membri,

se il progetto debba essere sottoposto a valutazione a norma degli articoli da 5 a 10.

Gli Stati membri possono decidere di applicare entrambe le procedure di cui alle lettere a) e b).

3. Nell'esaminare caso per caso o nel fissare soglie o criteri ai fini del paragrafo 2 si tiene conto dei relativi criteri di selezione riportati nell'allegato III.

4. Gli Stati membri provvedono affinché le decisioni adottate dall'autorità competente di cui al paragrafo 2 siano messe a disposizione del pubblico».

20 Al punto 3, lett. i), dell'allegato II della direttiva 85/337 modificata sono menzionati gli impianti di produzione di energia mediante lo sfruttamento del vento (centrali eoliche).

21 In forza del punto 13 di tale medesimo allegato, qualsiasi modifica o estensione dei progetti di cui all'allegato I o all'allegato II già autorizzati, realizzati o in fase di realizzazione, che può avere notevoli ripercussioni negative sull'ambiente (modifica o estensione non inclusa nell'allegato I) deve essere considerata come un progetto rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 4, n. 2, della direttiva 85/337 modificata.

22 Nell'allegato III della direttiva 85/337 modificata, relativo ai criteri di selezione di cui all'art. 4, n. 3, di tale medesima direttiva, viene precisato che le caratteristiche dei progetti devono essere considerate tenendo conto, in particolare, dell'inquinamento e dei disturbi ambientali, nonché del rischio di incidenti, per quanto riguarda, in particolare, le tecnologie utilizzate. Lo stesso allegato indica che la sensibilità ambientale delle aree geografiche che possono risentire dell'impatto dei progetti deve essere considerata tenendo conto, in particolare, della capacità di carico dell'ambiente naturale, con particolare attenzione a determinate zone, tra cui le zone montuose e forestali.

La normativa nazionale

23 I precetti della direttiva 85/337 modificata sono stati trasposti nel diritto interno segnatamente con la legge del 2000 sulla pianificazione del territorio e lo sviluppo (Planning and Development Act 2000), come modificata (in prosieguo: il «PDA»), e con il regolamento del 2001 sulla pianificazione del territorio e lo sviluppo (Planning and Development Regulations 2001).

24 L'art. 32, n. 1, lett. a), del PDA impone un obbligo generale di ottenere l'autorizzazione per qualsiasi progetto di pianificazione del territorio di cui agli allegati I e II della direttiva 85/337

modificata, poiché la domanda di autorizzazione deve essere depositata e l'autorizzazione deve essere ottenuta prima dell'inizio dei lavori. Peraltro, l'art. 32, n. 1, lett. b), della medesima legge prevede la possibilità di ottenere un permesso al fine di regolarizzare una siffatta pianificazione non autorizzata.

25 Una volta ricevuta la domanda di autorizzazione, l'autorità competente per la pianificazione del territorio deve stabilire se il progetto proposto debba essere sottoposto ad una valutazione dell'impatto ambientale.

26 L'art. 151 del PDA dispone che chiunque abbia eseguito o realizzato un progetto non autorizzato commette un illecito.

27 Dagli artt. 152 e 153 della stessa legge emerge che le autorità competenti in materia di urbanistica, qualora ricevano una denuncia, sono tenute, in linea di principio, a inviare una lettera di preavviso, poiché le suddette autorità dovranno in seguito pronunciarsi sull'opportunità di una diffida. L'inosservanza delle disposizioni stabilite nella diffida rappresenta un illecito.

28 Ai sensi dell'art. 160 del PDA:

«1. Qualora un progetto non autorizzato sia stato realizzato, sia in corso di realizzazione ovvero stia per essere realizzato o proseguito, la High Court o la Circuit Court possono, su domanda dell'autorità competente per la pianificazione del territorio o di chiunque altro, indipendentemente dal fatto che questi abbia o meno un interesse rispetto al terreno in questione, richiedere con ordinanza a chiunque di effettuare, astenersi dall'effettuare o cessare di effettuare, a seconda dei casi, quanto la Corte ritenga necessario e specifica nell'ordinanza, al fine di garantire, se del caso, quanto segue:

a) che il progetto non autorizzato non sia realizzato o proseguito;

b) che si proceda, per quanto possibile, al ripristino del terreno allo stato in cui esso versava prima dell'inizio di qualsiasi progetto non autorizzato;

c) che il progetto sia realizzato in conformità all'autorizzazione che gli è stata accordata o alle condizioni inerenti all'autorizzazione.

2. Con l'ordinanza di cui al paragrafo 1 la Corte può, se del caso, chiedere la realizzazione di qualsiasi lavoro, ivi compresa la rimessione in pristino, la ricostruzione, la rimozione, la demolizione o la modifica di qualsiasi struttura o altro elemento».

29 L'art. 162 del PDA specifica che la domanda di permesso di regolarizzazione non comporta la sospensione o l'abbandono di un procedimento coercitivo avviato.

Il procedimento precontenzioso

30 Dopo l'invio della lettera di diffida del 5 aprile 2001, la Commissione ha inviato all'Irlanda un parere motivato in data 21 dicembre 2001.

31 Il 7 luglio 2004 la Commissione ha inviato al suddetto Stato membro una lettera di diffida complementare.

32 Un parere motivato complementare è stato inviato all'Irlanda il 5 gennaio 2005, in seguito al ricevimento delle osservazioni di quest'ultima formulate nella lettera 6 dicembre 2004.

33 Poiché la Commissione ha reputato insoddisfacente la posizione assunta dall'Irlanda in risposta al suddetto avviso motivato nelle lettere 8 marzo, 17 giugno e 1° dicembre 2005, essa ha proposto il presente ricorso ai sensi dell'art. 226, secondo comma, CE.

Sul ricorso

Sulla prima censura

34 La Commissione addebita all'Irlanda di non aver adottato tutte le misure necessarie per conformarsi agli artt. 2, 4 e 5-10 della direttiva 85/337, sia nella sua versione iniziale sia nella versione modificata dalla direttiva 97/11. Tale censura sarà esaminata, in primo luogo, alla luce della direttiva 85/337 modificata.

35 La prima censura, secondo cui la trasposizione della direttiva 85/337 modificata sarebbe incompleta e porterebbe ad una scorretta attuazione di quest'ultima, si fonda su tre motivi.

36 La Commissione sostiene, in primo luogo, che l'Irlanda non ha adottato le disposizioni necessarie per assicurare che siano effettuate verifiche al fine di stabilire, conformemente all'art. 2, n. 1, della direttiva 85/337 modificata, se per i progetti da realizzarsi si preveda un notevole impatto ambientale, e al fine di imporre, in quest'ultimo caso, prima del rilascio dell'autorizzazione, l'avvio del procedimento di valutazione dell'impatto ambientale previsto dalla suddetta disposizione.

37 In secondo luogo, la Commissione ritiene che le disposizioni legislative irlandesi che consentono di presentare una domanda di regolarizzazione dopo l'esecuzione totale o parziale di un progetto non autorizzato arrechino pregiudizio agli obiettivi di prevenzione della direttiva 85/337 modificata.

38 In terzo luogo, la Commissione sostiene che le misure repressive adottate dall'Irlanda non garantiscono l'effettiva applicazione della citata direttiva e che, in tal modo, l'Irlanda è venuta meno all'obbligo generale che ad essa incombe in forza dell'art. 249 CE.

39 A sostegno di tale ultimo motivo, la Commissione richiama alcuni esempi che, a suo avviso, illustrano le lacune nell'attuazione del regime sanzionatorio.

Sui primi due motivi

- Argomenti delle parti

40 La Commissione asserisce che, dal momento che è possibile, in base alla normativa nazionale, ottemperare agli obblighi imposti dalla direttiva 85/337 modificata durante o dopo la realizzazione di un progetto, ciò significa che non esiste alcun chiaro obbligo di sottoporre i progetti, prima della realizzazione, ad uno studio sul loro impatto ambientale.

41 Ammettendo che il controllo dei progetti nell'ambito di uno studio sull'impatto ambientale possa essere realizzato dopo la loro esecuzione, mentre l'obiettivo principale perseguito dalla direttiva 85/337 modificata è quello di tenere conto, il prima possibile, dell'impatto ambientale di tutti i processi di pianificazione e di decisione, la normativa nazionale riconosce una possibilità di regolarizzazione che comporta la conseguenza di pregiudicare l'effetto utile di tale direttiva.

42 La Commissione aggiunge che le norme relative al permesso di regolarizzazione sono contenute nelle disposizioni generali applicabili all'autorizzazione ordinaria in materia di urbanistica; nulla indica che le domande di permesso di regolarizzazione e il rilascio del suddetto permesso siano riservati a casi eccezionali.

43 L'Irlanda afferma che la Commissione non interpreta correttamente la normativa irlandese che traspone la direttiva 85/337 modificata. Essa precisa infatti che il diritto irlandese richiede espressamente che, per ogni nuovo progetto, sia ottenuto un permesso prima dell'inizio dei lavori e che, trattandosi di progetti che devono essere sottoposti ad uno studio sull'impatto ambientale, quest'ultimo sia effettuato prima dei lavori. L'inosservanza di tali obblighi integra del resto un illecito penale e può comportare l'adozione di misure coercitive.

44 L'Irlanda sostiene inoltre che il permesso di regolarizzazione, introdotto dal PDA e dal regolamento del 2001 sulla pianificazione del territorio e lo sviluppo, costituisce un'eccezione alla regola generale che impone l'ottenimento dell'autorizzazione prima dell'inizio di un progetto, e risponde nel migliore dei modi agli obiettivi perseguiti dalla direttiva 85/337 modificata, nonché, in particolare, all'obiettivo generale di tutela dell'ambiente, in quanto l'abbandono di un progetto non autorizzato può anche non rappresentare la misura più adeguata dal punto di vista della suddetta tutela.

45 Ad avviso di tale Stato membro, la direttiva 85/337 modificata, i cui precetti sono meramente procedurali, nulla prevede in merito all'esistenza di un'eccezione in forza della quale la valutazione d'impatto ambientale potrebbe, in determinati casi, essere effettuata dopo l'inizio dei lavori. L'Irlanda sottolinea a questo proposito che in nessuna parte di tale direttiva viene espressamente indicato che la valutazione possa essere effettuata esclusivamente prima dell'esecuzione del progetto, e trae spunto dalla definizione della nozione di «autorizzazione» fornita dalla citata direttiva per sostenere che l'impiego del termine «realizzare» è significativo, in quanto quest'ultimo non si limita soltanto a designare l'inizio dei lavori, ma comprende altresì la prosecuzione di un progetto di pianificazione del territorio.

46 L'Irlanda sostiene poi che il permesso di regolarizzazione rappresenta uno strumento di recupero ragionevole, di cui è possibile avvalersi in circostanze eccezionali, volto a tenere conto del fatto che taluni progetti sono inevitabilmente avviati, per ragioni diverse, prima del rilascio di un'autorizzazione ai sensi della direttiva 85/337 modificata.

47 A tale proposito l'Irlanda si basa sulla sentenza 7 gennaio 2004, causa C-201/02, Wells (Racc. pag. I-723), per sostenere che una valutazione correttiva può essere effettuata in un momento successivo, quale eccezione al principio generale secondo cui la valutazione deve essere effettuata il prima possibile nel corso del processo decisionale.

48 Tale Stato membro considera inoltre che sarebbe sproporzionato imporre l'abbandono di certe strutture nei casi in cui, dopo l'esame di una domanda di permesso di regolarizzazione, la suddetta regolarizzazione sia ritenuta compatibile con una corretta pianificazione del territorio ed uno sviluppo sostenibile.

- Giudizio della Corte

49 Gli Stati membri devono attuare la direttiva 85/337 modificata in modo pienamente conforme ai precetti da essa stabiliti, tenendo conto del suo obiettivo essenziale che - come si evince dall'art. 2, n. 1, della direttiva medesima - consiste nel garantire che, prima del rilascio di un'autorizzazione, per i progetti per i quali si prevede un notevole impatto ambientale, in particolare per la loro natura, le loro dimensioni o la loro ubicazione, sia prevista un'autorizzazione e una valutazione del loro impatto (v., in tal senso, sentenze 19 settembre 2000, causa C-287/98, Linster, Racc. pag. I-6917, punto 52, e 23 novembre 2006, causa C-486/04, Commissione/Italia, Racc. pag. I-11025, punto 36).

50 Inoltre, secondo l'art. 1, n. 2, della direttiva 85/337 modificata, l'autorizzazione è costituita dalla decisione dell'autorità o delle autorità competenti che conferisce al committente il diritto di realizzare il progetto.

51 Poiché la formulazione relativa al conferimento di un diritto è scevra da qualsiasi ambiguità, l'art. 2, n. 1, della suddetta direttiva deve necessariamente essere inteso nel senso che, se il richiedente ha ommesso di presentare domanda e di ottenere quindi l'autorizzazione necessaria, e se non ha precedentemente proceduto allo studio dell'impatto ambientale laddove richiesto, egli non può iniziare i lavori inerenti al progetto in questione, a pena di violare i precetti della direttiva 85/337 modificata.

52 La suddetta analisi vale per tutti i progetti rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 85/337 modificata, sia per quelli di cui all'allegato I di tale direttiva, che devono di conseguenza formare oggetto di una valutazione sistematica in applicazione degli artt. 2, n. 1, e 4, n. 1, della stessa, sia per quelli di cui all'allegato II della citata direttiva, che a tale titolo e in conformità all'art. 4, n. 2, di quest'ultima sono oggetto di uno studio sul loro impatto, soltanto se, rispetto alle soglie o ai criteri fissati dallo Stato membro e/o sulla base di un esame caso per caso, per essi si prevede un notevole impatto ambientale.

53 Una siffatta analisi letterale del suddetto art. 2, n. 1, è peraltro conforme all'obiettivo perseguito dalla direttiva 85/337 modificata, rammentato in particolare al quinto 'considerando' della direttiva

97/11, secondo il quale «per lo sviluppo dei progetti per i quali si richiede una valutazione si dovrebbe prevedere un'autorizzazione [e] la valutazione dovrebbe precedere il rilascio dell'autorizzazione».

54 Allo stato attuale della normativa irlandese è pacifico che la valutazione dell'impatto ambientale e il permesso urbanistico, laddove necessari, devono, in linea di principio, essere rispettivamente effettuata ed ottenuto prima della realizzazione dei lavori. Per il diritto irlandese l'inosservanza di tali obblighi integra una violazione delle norme urbanistiche.

55 Ciò nondimeno, è altrettanto pacifico che la suddetta normativa introduce un permesso di regolarizzazione assimilando i suoi effetti a quelli dell'autorizzazione urbanistica ordinaria anteriore alla realizzazione di lavori e di pianificazioni del territorio. Detto permesso può essere rilasciato anche nel caso in cui il relativo progetto, per il quale è necessario uno studio sull'impatto ambientale in applicazione degli artt. 2 e 4 della direttiva 85/337 modificata, sia stato realizzato.

56 Inoltre, il rilascio di tale permesso di regolarizzazione, di cui l'Irlanda ammette di essersi comunemente avvalsa in materia di urbanizzazione in assenza di qualsiasi circostanza eccezionale, porta a ritenere, nel diritto irlandese, che gli obblighi imposti dalla direttiva 85/337 modificata siano stati effettivamente rispettati.

57 Orbene, se il diritto comunitario non può ostare a che le norme nazionali vigenti consentano, in determinati casi, di regolarizzare operazioni o atti irregolari rispetto a quest'ultimo, tale possibilità dovrebbe essere subordinata alla condizione che essa non offra agli interessati l'occasione di aggirare le norme comunitarie o di disapplicarle.

58 Invero, un regime di regolarizzazione come quello vigente in Irlanda può comportare l'effetto di indurre i committenti a tralasciare di verificare se i progetti previsti soddisfino i criteri fissati all'art. 2, n. 1, della direttiva 85/337 modificata e, pertanto, a non intraprendere le operazioni necessarie all'individuazione dell'impatto ambientale dei suddetti progetti e alla loro valutazione preventiva. Orbene, secondo il primo 'considerando' della direttiva 85/337, a livello di processo decisionale è necessario che l'autorità competente tenga conto il prima possibile delle eventuali ripercussioni sull'ambiente di tutti i processi tecnici di programmazione e di decisione, dato che l'obiettivo consiste nell'evitare fin dall'inizio inquinamenti ed altre perturbazioni piuttosto che nel combatterne successivamente gli effetti.

59 Infine, l'Irlanda non può addurre utilmente la citata sentenza Wells. La suddetta sentenza rammenta infatti, ai punti 64 e 65, che, in forza del principio di leale collaborazione previsto dall'art. 10 CE, gli Stati membri hanno l'obbligo di eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario. Le autorità competenti sono pertanto tenute ad adottare i provvedimenti necessari al fine di rimediare alla mancata valutazione dell'impatto ambientale, ad esempio revocando o sospendendo un'autorizzazione già rilasciata al fine di effettuare una tale valutazione, nel rispetto dei limiti dell'autonomia procedurale degli Stati membri.

60 Non se ne può evincere che lo studio correttivo sull'impatto ambientale, effettuato al fine di rimediare alla mancata valutazione così come prevista e organizzata dalla direttiva 85/337 modificata, essendo il progetto già stato realizzato, sia equivalente allo studio sull'impatto ambientale antecedente al rilascio dell'autorizzazione, richiesto e disciplinato dalla suddetta direttiva.

61 Dalle considerazioni che precedono risulta che, conferendo al permesso di regolarizzazione, che può essere rilasciato anche in mancanza di qualsivoglia circostanza eccezionale dimostrata, gli stessi effetti dell'autorizzazione urbanistica antecedente alla realizzazione dei lavori e delle pianificazioni del territorio, mentre i progetti per i quali è richiesta una valutazione dell'impatto ambientale devono, in forza degli artt. 2, n. 1, nonché 4, nn. 1 e 2, della direttiva 85/337 modificata, essere individuati e formare oggetto, prima del rilascio dell'autorizzazione e di conseguenza necessariamente prima di essere realizzati, di una domanda di autorizzazione e della

suddetta valutazione, l'Irlanda ha violato i precetti della direttiva summenzionata.

62 Pertanto, i primi due motivi sono fondati.

Sul terzo motivo

- Argomenti delle parti

63 Secondo la Commissione, la normativa irlandese e la conseguente prassi in materia di misure repressive comportano lacune che compromettono la corretta trasposizione ed attuazione della direttiva 85/377 modificata, allorché quest'ultima impone necessariamente un sistema di controllo e di repressione efficace.

64 In primo luogo, la Commissione asserisce che le misure repressive previste dalla normativa irlandese in materia di urbanistica non compensano l'assenza di disposizioni che impongono il rispetto dei precetti in materia di valutazione dell'impatto ambientale prima della realizzazione dei progetti.

65 In secondo luogo, la Commissione afferma che la prassi in materia di misure repressive compromette la corretta trasposizione della direttiva 85/337 modificata. La Commissione cita quindi situazioni particolari che, a suo avviso, illustrano le carenze della normativa irlandese in materia di controllo del rispetto delle norme stabilite da tale direttiva.

66 Riguardo alla procedura seguita in materia di sanzioni, l'Irlanda sostiene che la questione della scelta e della forma di queste ultime rientra nella discrezionalità degli Stati membri, dato che i controlli inerenti alla pianificazione del territorio e all'ambiente non sono stati armonizzati a livello comunitario.

67 In ogni caso l'Irlanda sottolinea che il regime sanzionatorio previsto dalla normativa irlandese è completo ed efficace. A questo proposito, tale Stato membro specifica che, nel diritto ambientale, le norme vigenti sono giuridicamente vincolanti.

68 Infatti, tale normativa impone alle autorità competenti per la pianificazione del territorio di inviare una lettera di preavviso allorché siano informate del fatto che un progetto non autorizzato è in corso di realizzazione, salvo che esse reputino che tale progetto rivesta scarsa importanza.

69 Una volta inviata la lettera di preavviso, le autorità competenti in materia di urbanistica devono pronunciarsi sull'opportunità di una diffida.

70 La lettera di preavviso è volta a consentire ai responsabili di progetti non autorizzati di intraprendere un'azione di recupero prima della diffida e delle altre fasi del procedimento sanzionatorio.

71 Nel caso di diffida, quest'ultima fissa obblighi, e l'inosservanza delle disposizioni da essa stabilite integra un illecito.

72 L'Irlanda aggiunge che il regime sanzionatorio deve tenere conto dei diversi diritti di cui nella fattispecie sono titolari i committenti, i proprietari dei terreni, il pubblico e i singoli direttamente interessati dal suddetto progetto, dovendo tali diversi diritti essere bilanciati al fine di pervenire ad un risultato equo.

73 L'Irlanda contesta infine gli esempi adottati dalla Commissione, dato che la prova del presunto inadempimento non è stata prodotta, essendosi la Commissione limitata ad affermazioni generiche.

- Giudizio della Corte

74 È pacifico che in Irlanda si può rimediare alla mancanza dello studio sull'impatto ambientale richiesto dalla direttiva 85/337 modificata tramite l'ottenimento di un permesso di regolarizzazione che consente, in particolare, di lasciar sussistere un progetto non regolarmente autorizzato, a condizione che la domanda per il rilascio di tale permesso sia presentata prima dell'avvio di un procedimento sanzionatorio.

75 Tale possibilità può, come riconosciuto del resto dall'Irlanda, portare le autorità competenti a non agire per sospendere o far cessare un progetto rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva 85/337 modificata, in corso di realizzazione o già realizzato in violazione dei precetti

relativi all'autorizzazione e allo studio dell'impatto ambientale antecedente al rilascio della suddetta autorizzazione, e ad astenersi dall'avviare il procedimento coercitivo previsto dal PDA, riguardo al quale l'Irlanda sottolinea che la competenza in tale materia è discrezionale.

76 È quindi dimostrata l'inadeguatezza del sistema coercitivo predisposto dall'Irlanda, in quanto l'esistenza del permesso di regolarizzazione lo priva di qualsiasi efficacia, essendo tale inadeguatezza la conseguenza diretta dell'inadempimento accertato in sede di esame dei due precedenti motivi.

77 Un siffatto accertamento non è rimesso in discussione dal fatto che, secondo l'Irlanda, il regime sanzionatorio deve tenere conto dei diversi diritti di cui nella fattispecie sono titolari i committenti, i proprietari dei terreni, il pubblico e i singoli direttamente interessati dal progetto in questione. Infatti, la necessità di una composizione di tali interessi non può giustificare, di per se stessa, l'inefficacia di un sistema di controllo e di repressione.

78 Diviene quindi superfluo analizzare i diversi esempi apportati dalla Commissione per illustrare le carenze nell'attuazione delle misure repressive, in quanto tali carenze derivano direttamente dalle lacune della stessa normativa irlandese.

79 Pertanto, anche il terzo motivo è fondato e, di conseguenza, la prima censura deve essere accolta in toto.

80 Occorre infine rilevare che la prima censura è fondata tanto rispetto alla direttiva 85/337 modificata, quanto alla direttiva 85/337. Infatti, sia in vigore della versione iniziale di tale direttiva, sia in vigore della sua versione modificata, i progetti per i quali si prevede un notevole impatto ambientale devono formare oggetto di valutazione del loro impatto prima del rilascio dell'autorizzazione, dato che, d'altro canto, la definizione di quest'ultima è rimasta invariata. Inoltre, le caratteristiche del permesso di regolarizzazione fissate dalla normativa irlandese sono rimaste le stesse.

81 Dalle considerazioni che precedono emerge che, non avendo adottato tutte le disposizioni necessarie ad assicurare che, prima di essere eseguiti in tutto o in parte, i progetti rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 85/337, nella sua versione precedente o successiva alle modifiche intervenute con la direttiva 97/11, vengano esaminati al fine di stabilire se occorra effettuare una valutazione d'impatto ambientale e, se per essi si prevede un notevole impatto ambientale per la loro natura, le loro dimensioni o la loro ubicazione, vengano sottoposti ad una valutazione del loro impatto conformemente agli artt. 5-10 di tale direttiva, l'Irlanda è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza degli artt. 2, 4 e 5-10 della suddetta direttiva.

Sulla seconda censura

82 Tale censura verte sulle condizioni per la costruzione di una centrale eolica a Derrybrien, nella contea di Galway, per la quale occorre che siano rammentate, in via preliminare, le diverse autorizzazioni ottenute.

83 Come risulta dai documenti del fascicolo, il 4 e il 18 dicembre 1997 sono state depositate alcune domande di autorizzazione relative alle prime due fasi del progetto, ognuna concernente 23 turbine a vento. In data 23 gennaio 1998 sono state depositate nuove domande, in quanto le domande precedenti non erano state ritenute valide. Il 12 marzo 1998 è stata rilasciato un permesso. In data 5 ottobre 2000 è stata presentata una domanda di autorizzazione relativa ad una terza fase di lavori concernente, in particolare, 25 turbine e corsie di servizio, domanda accolta il 15 novembre 2001. Il 20 giugno 2002 il committente ha chiesto l'autorizzazione per modificare le prime due fasi del progetto, autorizzazione che gli è stata concessa il 30 luglio 2002. Durante il mese di ottobre 2003, poiché l'autorizzazione concessa per le prime due fasi dei lavori era scaduta, il committente ha chiesto il rinnovo della suddetta autorizzazione, che è stato accordato nel corso del mese di novembre del 2003.

Argomenti delle parti

84 Con tale censura la Commissione sostiene che l'Irlanda non ha adottato tutte le disposizioni necessarie affinché il rilascio delle autorizzazioni relative alla centrale eolica e alle attività connesse, nonché l'esecuzione dei lavori ad essa inerenti, fossero preceduti da una valutazione dell'impatto ambientale del progetto, in conformità agli art. 5-10 della direttiva 85/337 e della direttiva 85/337 modificata.

85 A tale proposito la Commissione asserisce che, in applicazione della normativa irlandese, erano stati effettivamente realizzati studi sull'impatto ambientale per diversi elementi costitutivi del progetto in questione, ma i suddetti studi presentavano delle lacune.

86 In particolare, lo studio sull'impatto ambientale effettuato nel corso del 1998 non avrebbe trattato correttamente i rischi ambientali relativi alla realizzazione dei diversi elementi costitutivi di tale progetto. Lo studio sull'impatto realizzato per la terza fase del progetto summenzionato presenterebbe le stesse carenze.

87 La Commissione fa presente inoltre che la centrale eolica è il progetto più vasto di produzione di energia eolica terrestre mai proposto in Irlanda, nonché uno dei più importanti in Europa.

88 La Commissione sostiene altresì che la costruzione della centrale eolica ha richiesto l'eliminazione di ampie zone di foreste di conifere della superficie di ha 263, per la quale è stata rilasciata un'autorizzazione all'abbattimento in data 20 maggio 2003. Tuttavia, per tale operazione non è stata effettuata alcuna valutazione dell'impatto ambientale, contrariamente a quanto prevede la stessa normativa irlandese.

89 La Commissione aggiunge che, in seguito ad uno smottamento di terreno verificatosi il 16 ottobre 2003 e al disastro ecologico che esso ha comportato, poiché la massa di torba distaccatasi da una zona di costruzione della centrale eolica ha inquinato il fiume Owendalulleegh provocando la morte di circa 50 000 pesci e danneggiando in modo permanente i siti di riproduzione delle specie, l'Irlanda non ha realizzato alcuna nuova valutazione dell'impatto ambientale di tale costruzione prima che il committente riprendesse i lavori sul sito nel corso del 2004.

90 L'Irlanda precisa che, nel momento in cui sono state richieste le autorizzazioni per le prime due fasi di costruzione della centrale eolica nel 1997 e nel 1998, né l'allegato I né l'allegato II della direttiva 85/337 menzionavano tale categoria di progetti tra quelli rientranti nel suo ambito di applicazione. Pertanto, l'autorizzazione non doveva essere preceduta dalla valutazione d'impatto ambientale come disciplinata dalla suddetta direttiva. Essa aggiunge che le domande presentate nel corso del 1998 erano comunque corredate da una dichiarazione d'impatto ambientale, conformemente alla normativa irlandese.

91 Essa ritiene peraltro che sia artificioso tentare di suggerire che attività assimilabili ad aspetti connessi del progetto di costruzione della centrale eolica, quali la costruzione di una strada, l'estrazione di torba, lo sfruttamento di cave o il trasporto di elettricità, rivestirebbero un'importanza tale da rendere necessaria una valutazione dell'impatto ambientale ai sensi della direttiva 85/337.

92 L'Irlanda considera inoltre che una domanda di proroga della validità di un permesso non costituisce «autorizzazione» ai sensi della direttiva 85/337 modificata.

93 L'Irlanda afferma infine che lo smottamento di terreno è stato provocato dai metodi di costruzione impiegati e che non si tratta in tal caso di difficoltà che avrebbero potuto essere individuate in anticipo grazie ad uno studio sull'impatto ambientale, ancorché conforme alle norme comunitarie. Tale Stato membro precisa d'altro canto che, onde garantire il completamento della centrale eolica in tutta sicurezza, i metodi di costruzione sono stati modificati in seguito alla sospensione dei lavori di costruzione e allo svolgimento di un'indagine.

Giudizio della Corte

94 Per quanto concerne, in primo luogo, le condizioni alle quali sono state rilasciate, il 12 marzo 1998, le autorizzazioni relative alle prime due fasi di costruzione del progetto della centrale eolica

richieste con domande depositate il 23 gennaio 1998, occorre pronunciarsi, in via preliminare, sull'applicabilità della direttiva 85/337.

95 A tale proposito, dall'art. 3 della direttiva 97/11 risulta che, se una domanda di autorizzazione è stata sottoposta all'autorità competente prima del 14 marzo 1999, continuano ad applicarsi le disposizioni della direttiva 85/337.

96 Peraltro, se è pacifico che gli impianti di produzione di energia mediante lo sfruttamento del vento non compaiono né all'allegato I né all'allegato II della direttiva 85/337, l'Irlanda non contesta che le prime due fasi della costruzione della centrale eolica hanno richiesto numerosi lavori, tra cui lavori di estrazione di torba e di minerali diversi da quelli metallici ed energetici, nonché la costruzione di strade, lavori questi che figurano al suddetto allegato II, rispettivamente al punto 2, lett. a) e c), e al punto 10, lett. d).

97 Pertanto, la direttiva 85/337 doveva applicarsi alle prime due fasi di costruzione della centrale eolica, in quanto esse comportavano in particolare il ricorso a progetti di lavori citati nell'allegato II di tale direttiva.

98 Ne consegue che l'Irlanda era tenuta a sottoporre i progetti di lavori ad uno studio sul loro impatto, se per essi si prevedeva un notevole impatto ambientale, in particolare per la loro natura, le loro dimensioni o la loro ubicazione (v., in tal senso, sentenze 24 ottobre 1996, causa C-72/95, Kraaijeveld e a., Racc. pag. I-5403, punto 50, nonché 28 febbraio 2008, causa C-2/07, Paul Abraham e a., non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 37).

99 L'Irlanda afferma tuttavia che, secondo le autorità competenti, la fattispecie non rientrava nell'ambito dell'allegato II della direttiva 85/337, in quanto i lavori connessi di estrazione di torba e di costruzione di strade presentavano una minore rilevanza rispetto al progetto di costruzione della centrale eolica stessa.

100 Di conseguenza, le autorità competenti hanno ritenuto che non fosse necessario indagare se per i progetti previsti si prevedesse un notevole impatto ambientale, né pertanto far precedere alle autorizzazioni una valutazione d'impatto ambientale conforme ai precetti della direttiva 85/337.

101 Orbene, il fatto che i progetti rientranti nell'allegato II della suddetta direttiva, enumerati supra, presentassero un'importanza secondaria rispetto al progetto di costruzione della centrale eolica considerato nel suo insieme non implicava che, per questo stesso fatto, i suddetti progetti non avrebbero potuto esplicitare un impatto ambientale rilevante.

102 A tale proposito occorre rilevare che i progetti previsti di estrazione di torba e di minerali nonché di costruzione di strade non erano trascurabili in termini di dimensioni rispetto alla superficie totale del progetto della centrale eolica che si estendeva per ha 200 di torbiere e costituiva il progetto più importante di questo tipo in Irlanda, ed erano d'altronde indispensabili per l'installazione delle turbine, come per lo svolgimento di tutti i lavori di costruzione. Si deve parimenti rilevare che i suddetti lavori sono stati effettuati sul versante della montagna Cashlaundrumlahan, sul quale si trovano giacimenti di torba che possono raggiungere i 5,5 m di profondità e che sono abbondantemente ricoperti di foreste.

103 Da tali elementi, che l'Irlanda non contesta, emerge che l'ubicazione e la dimensione dei progetti di lavori di estrazione di torba e di minerali nonché di costruzione di strade e la prossimità del sito ad un fiume rappresentano altrettante caratteristiche concrete che dimostrano che i suddetti progetti, inscindibili dall'installazione di 46 turbine a vento, dovevano essere considerati capaci di esplicitare un notevole impatto ambientale e dovevano di conseguenza essere sottoposti ad una valutazione del loro impatto ambientale.

104 La realizzazione di uno studio sull'impatto ambientale conforme ai precetti della direttiva 85/337 è infatti volta ad individuare, descrivere e valutare in maniera adeguata gli effetti diretti e indiretti di un progetto su fattori quali la fauna e la flora, il suolo e l'acqua, nonché l'interazione tra tali diversi fattori. Nella fattispecie si può rilevare, a questo proposito, che le dichiarazioni d'impatto

ambientale fornite dal committente presentavano certe lacune e non esaminavano, segnatamente, la questione della stabilità del suolo, benché fondamentale quando si prevedono lavori di scavo.

105 Pertanto, non avendo adottato tutte le disposizioni necessarie affinché il rilascio delle autorizzazioni relative alle prime due fasi di costruzione della centrale eolica fosse preceduto da una valutazione d'impatto ambientale ai sensi degli artt. 5-10 della direttiva 85/337, e limitandosi ad allegare alle domande di autorizzazione dichiarazioni d'impatto ambientale non conformi a tali precetti, l'Irlanda è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza della suddetta direttiva.

106 Per quanto attiene, in secondo luogo, alla domanda di autorizzazione relativa alla terza fase di costruzione della centrale eolica, depositata il 5 ottobre 2000, e alla domanda di autorizzazione a modificare le prime due fasi di costruzione inizialmente autorizzate, depositata il 20 giugno 2002, occorre esaminare la censura alla luce della direttiva 85/337 modificata, in quanto le domande di autorizzazione relative a tali modifiche sono state depositate dopo il 14 marzo 1999.

107 È pacifico, da un lato, che le autorità competenti hanno autorizzato il cambiamento del tipo di turbine a vento inizialmente previsto senza richiedere una valutazione d'impatto ambientale ai sensi della direttiva 85/337 modificata e, dall'altro, che l'autorizzazione concessa per la terza fase di costruzione non è stata neanche essa corredata da tale valutazione. Inoltre, l'operazione di disboscamento autorizzata nel corso del mese di maggio 2003 non è stata preceduta da tale medesima valutazione, contrariamente a quanto previsto dalla normativa irlandese.

108 Orbene, al punto 3, lett. i), dell'allegato II della direttiva 85/337 modificata figurano gli impianti di produzione di energia mediante lo sfruttamento del vento (centrali eoliche) e, al punto 13 di tale allegato, tutte le modifiche o estensioni dei progetti di cui al medesimo allegato, già autorizzati, realizzati o in fase di realizzazione, che possono avere notevoli ripercussioni negative sull'ambiente.

109 Inoltre, tra i criteri di selezione pertinenti citati nell'allegato III della direttiva 85/337 modificata, applicabili ai progetti elencati nell'allegato II di tale direttiva e ai quali rinvia l'art. 4, n. 3, della stessa, figura il rischio di incidenti per quanto riguarda, in particolare, le tecnologie utilizzate. Tra tali medesimi criteri occorre citare la sensibilità ambientale dell'area geografica, che deve essere considerata tenendo conto, in particolare, «della capacità di carico dell'ambiente naturale», riservando una particolare attenzione alle zone montuose e forestali.

110 L'installazione di 25 nuove turbine, la costruzione di nuove corsie di servizio, nonché il cambiamento del tipo di turbine a vento autorizzate inizialmente e dirette ad aumentare la produzione di elettricità, in quanto progetti di cui all'allegato II della direttiva 85/337 modificata e per i quali, alla luce delle particolarità del sito rammentate al punto 102 della presente sentenza e dei criteri menzionati al punto precedente della presente sentenza, si prevedeva un notevole impatto ambientale, dovevano, per questo motivo e prima di essere autorizzati, formare oggetto di una domanda di autorizzazione ed essere sottoposti ad una valutazione del loro impatto ambientale conformemente alle condizioni stabilite agli artt. 5-10 della direttiva 85/337 modificata.

111 Di conseguenza, non avendo adottato tutte le disposizioni necessarie ad assicurare che il rilascio delle autorizzazioni di modifica e di quella relativa alla terza fase di costruzione della centrale eolica fosse preceduto da tale valutazione, e limitandosi ad allegare alle domande di autorizzazione dichiarazioni d'impatto ambientale non conformi a tali precetti, l'Irlanda è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza della direttiva 85/337 modificata.

112 Dalle considerazioni che precedono risulta che, non avendo adottato tutte le disposizioni necessarie ad assicurare che il rilascio delle autorizzazioni relative alla costruzione di una centrale eolica e alle attività connesse a Derrybrien, nella contea di Galway, nonché l'esecuzione dei lavori, fossero preceduti da una valutazione dell'impatto ambientale del progetto, in conformità agli artt. 5-10 della direttiva 85/337, nella sua versione precedente o successiva alle modifiche intervenute

con la direttiva 97/11, l'Irlanda è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza degli artt. 2, 4 e 5-10 della suddetta direttiva.

Sulle spese

113 A norma dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione ha chiesto la condanna dell'Irlanda, che è risultata soccombente, quest'ultima deve essere condannata alle spese.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara e statuisce:

1) Non avendo adottato tutte le disposizioni necessarie ad assicurare che:

- prima di essere eseguiti in tutto in parte, i progetti rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva del Consiglio 27 giugno 1985, 85/337/CEE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, nella sua versione precedente o successiva alle modifiche intervenute con la direttiva del Consiglio 3 marzo 1997, 97/11/CE, vengano esaminati al fine di stabilire se occorra effettuare una valutazione d'impatto ambientale e, se per essi si prevede un notevole impatto ambientale per la loro natura, le loro dimensioni o la loro ubicazione, vengano sottoposti ad una valutazione del loro impatto conformemente agli artt. 5-10 della direttiva 85/337, e

- il rilascio delle autorizzazioni relative alla costruzione di una centrale eolica e alle attività connesse a Derrybrien, nella contea di Galway, nonché l'esecuzione dei lavori, fossero preceduti da una valutazione dell'impatto ambientale del progetto, in conformità agli artt. 5-10 della direttiva 85/337, nella sua versione precedente o successiva alle modifiche intervenute con la direttiva 97/11, l'Irlanda è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza degli artt. 2, 4 e 5-10 della suddetta direttiva.

2) L'Irlanda è condannata alle spese.

Profili comparatistici della class action: il lungo percorso italiano tra luci, ombre ed occasioni mancate.

di Tiziana Russo

1. Premesse. – **2.** Origini storiche della class action. – **2.1.** Dal sistema anglossassone di equity a quello statunitense – **2.2.** Le condizioni di procedibilità. La certification. – **2.3.** Il duty of notice. – **2.4.** Il Class Action Fairness Act. – **3.** Le proposte di legge francesi sull'azione collettiva risarcitoria. – **4.** L'azione collettiva per il risarcimento del danno in Italia. – **4.1.** Le proposte di legge presentate. – **5.** Legislazione europea in tema di Class Action. – **6.** Conclusioni.

1. Premesse

Sullo scorcio degli anni novanta, con numerosi interventi normativi, molti dei quali in attuazione di direttive comunitarie, si è avvertita l'esigenza di rafforzare, con azioni più mirate, la tutela dei consumatori e degli utenti.

Nel nostro paese, l'idea e la necessità dell'introduzione di azioni di gruppo simili all'istituto della Class Action di stampo statunitense, costituiscono, in verità, esigenze avvertite soltanto di recente. Nel 2004 alcuni investitori istituzionali hanno cercato di capire come tutelarsi al meglio dalle note vicende come Parmalat o Cirio. Considerate le dimensioni che il crack ha mostrato da subito, lo strumento di azione collettiva si è dimostrato il più idoneo per la tutela dei diritti dei singoli soggetti danneggiati.

Infatti, nel 2005 oltre ottocento persone divise tra, tra azionisti ed obbligazionisti Parmalat, si sono costituiti nel primo processo civile dinanzi al tribunale di Milano.

Il progetto di introdurre un nuovo meccanismo simile allo strumento processuale della Class Action di stampo statunitense, ha suscitato di recente una rinnovata attenzione da parte del legislatore italiano.

Sin dall'inizio il progetto non presentava una portata generale, essendo rivolto ad uno specifico settore all'interno del quale si era avvertita con maggiore forza la necessità di incrementare, anche attraverso l'azione privata, l'applicazione del diritto sostanziale.

Questo sistema di partecipazione collettiva troverebbe maggiore applicazione nell'ambito della responsabilità civile, e la finalità della riforma processuale sarebbe

indirizzata al miglioramento dei due principi cardini della materia sostanziale: la riparazione del danno e la deterrenza.

La sentenza che è considerata una vera e propria svolta epocale nell'ambito dell'azione risarcitoria collettiva, è stata quella emessa dalla Corte di Appello di Roma, il 9 marzo del 2005, nella quale la stessa Corte aveva liquidato in favore degli eredi di un uomo stroncato dal cancro, la cifra di duecentomila euro.

La fonte di responsabilità per la morte dell'uomo, che per tutta la sua esistenza aveva consumato un pacchetto di sigarette al giorno, fu rinvenuta nei confronti di un noto produttore di tabacco, il quale successivamente propose ricorso.

Il 5 novembre del 2007 la Cassazione confermò l'orientamento della Corte precedentemente adita, ribadendo l'obbligo per il produttore di risarcire il danno cagionato al soggetto defunto nei confronti degli eredi di quest'ultimo.

La sentenza in questione, oltre a costituire un vero e proprio precedente in materia, aprirebbe la strada a molteplici richieste di risarcimento del danno.

A ben vedere, il pensiero della Corte si focalizza su un principio che è utile richiamare in questa sede, vale a dire che l'attività di commercializzazione e produzione di tabacco sono considerate attività pericolose con tutte le possibili conseguenze in ordine alla responsabilità civile, così come recita il nostro codice civile all'art. 2050.

Nel nostro sistema mancava, prima dell'introduzione dell'art. 140 del Codice del Consumo, la possibilità di esperire un'azione collettiva. Un vuoto che il nostro legislatore ha sentito di colmare.

In effetti, la sentenza emessa dalla Corte di Appello di Roma, come ribadito precedentemente, costituì il primo caso in cui un produttore di sigarette venisse punito per la morte di un fumatore, ponendosi così come decisione giurisprudenziale di notevole importanza.

Ci si chiede allora se la sentenza in questione e il successivo orientamento confermativo della Cassazione, possano essere considerati come precedente giuridico in grado di poter essere utilizzato da tutti i consumatori di tabacco per dare fondamento alle proprie pretese. Saranno quindi sufficienti i precedenti giurisprudenziali per rivendicare nuove azioni risarcitorie in tema di danni da fumo?

Il dato che ne scaturisce, al di là dell'importante precedente giudiziario costituito dalla sentenza emessa dalla Corte di Appello, lascia alquanto perplessi. Nelle ipotesi di danni sopra descritti così come in tante altre situazioni, la tutela individuale si dimostra senza dubbio inadeguata e controproducente: il singolo consumatore non troverebbe

alcun ristoro nell'affrontare un processo costoso, dall'esito incerto, tenuto anche conto delle lungaggini giudiziarie.

Senza contare il fatto che, l'azione individuale, laddove venga comunque intentata, porta spesso alla soccombenza del consumatore stesso, che magari non può permettersi di ingaggiare un legale specialista della materia o comunque, non rientrando in alcuna lobby, non ha la possibilità di far sentire la propria voce. Ciò determinerebbe l'ulteriore vantaggio per l'impresa vittoriosa che rafforzerebbe la propria immagine e la propria economia.

Il paradosso che ne scaturisce è che, il cittadino troverebbe più conveniente rinunciare al risarcimento del torto subito, piuttosto che accollarsi il rischio di un'eventuale azione giudiziaria.

Proprio al fine di dirimere questo disagio, nasce l'esigenza della creazione di un istituto ad hoc che permetta di tutelare, nel medesimo giudizio, un fascio di situazioni soggettive che siano tra di loro distinte ma allo stesso tempo omogenee.

Tale istituto, che trae le sue origini dall'esperienza anglosassone per essere poi recepito nel processo civile nordamericano, prende il nome di Class Action, azione con la quale si consentirebbe lo svolgimento di una pluralità di procedimenti individuali nella particolare ipotesi in cui da un unico fatto dannoso scaturisca la lesione di più eventi lesivi facenti capo ad una molteplicità di soggetti.

A ben intenderci, attraverso la Class Action, un individuo oltre ad agire per interessi propri, promuove un'azione legale anche nell'interesse di tutti coloro che si trovino nella medesima situazione e che vantino le stesse pretese risarcitorie.

Il vivace dibattito in materia, che ha interessato il nostro Paese solo negli ultimi anni, sottolinea la necessità che tale istituto sia supportato anche da un quadro giuridico adeguato, al fine di non incorrere nel rischio di un'eventuale sopravvalutazione o, al contrario, di una mancata utilizzazione dell'istituto stesso.

Per tale ragione, la presente ricerca tenterà di sgombrare il campo da possibili equivoci, mettendo in luce gli aspetti più significativi e determinanti di tale istituto.

Da un'attenta analisi di quest'ultimo, appare evidente come la Class Action rappresenti una logica eccezione ad uno dei principi cardini del nostro codice, per il quale può agire in giudizio soltanto colui che difenda un diritto proprio o che sia stato espressamente delegato dal soggetto titolare.

In ragione di quanto precedentemente affermato, la Class Action, invece, consente di riunire le azioni di tutti i soggetti danneggiati in un'unica causa la cui

sentenza estende i suoi effetti tanto nei confronti dei soggetti che effettivamente abbiano preso parte al processo, quanto nei confronti di tutti gli appartenenti alla medesima azione giudiziaria, che non vi abbiano preso parte.

La ratio dell'istituto è facilmente intuibile in quanto finalizzata a favorire il risparmio di tempo e di risorse nonché di spese processuali, scongiurando, altresì, il pericolo di sentenze fra loro contraddittorie.

Pertanto, lo strumento della Class Action così come strutturato, rende effettiva la garanzia costituzionale dell'azione civile (art. 24 della Costituzione), norma cardine in un ordinamento che si definisca democratico, la quale sancisce il diritto individuale di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi.

Oltre agli aspetti già menzionati, dall'applicazione della Class Action discendono anche conseguenze non del tutto positive.

Sappiamo che nel nostro Paese, ad esempio, il giudice non è titolare di investiture sociali o politiche necessarie ad assumere, in modo consapevole, decisioni sulla base di valutazioni di carattere squisitamente politico. Inoltre, l'obiettivo di allargare l'accesso alla giustizia sociale sarebbe frustrato dal fatto che l'azione collettiva avrebbe come finalità quella di ottenere provvedimenti inibitori, restando comunque, ferma la necessità per il singolo consumatore di esperire un'azione individuale per il riconoscimento del risarcimento del danno patito.

Dopo queste brevi, ma essenziali, premesse è opportuno chiarire che, la ricerca che qui si introduce è pensata sulla base di un approccio essenzialmente comparativo, il quale sia in grado di evidenziare alcuni aspetti che interessano l'utilità o meno di uno strumento di azione collettiva quale è costituito dalla Class Action, e di coglierne, altresì, le similitudini e le differenze rispetto alla regolamentazione dello stesso in altri ordinamenti.

Da troppi anni, oramai, si discute sia in merito all'opportunità di adottare soluzioni quanto più simili possibili ai risultati pervenuti negli altri ordinamenti, sia sulla necessità di pervenire ad una chiave di lettura che consenta di evidenziare le zone d'ombra e gli eventuali correttivi da applicare all'istituto.

Per tali ragioni, l'impianto strutturale della ricerca, è suddiviso in due parti: la prima, si preoccupa di individuare le origini e lo sviluppo storico dell'istituto della Class Action passando per un'attenta disamina dello stesso nell'esperienza anglosassone e in quella francese, mentre la seconda parte ha ad oggetto l'analisi specifica e gli interventi normativi registrati in Italia di un istituto certamente affascinante ma allo stesso tempo

complesso.

2. Le origini storiche della Class Action

La comprensione dei problemi menzionati richiede un'analisi ponderata dell'istituto che prenda, necessariamente, le mosse dalle origini storiche delle azioni di massa.

Gli albori della Class Action devono essere ricercati nell' Inghilterra dei primi due secoli successivi alla nascita del Common law, nel periodo cronologicamente anteriore al cambiamento introdotto dall'ingresso delle corti d'**Equity**.¹ Recenti studi, tuttavia, hanno messo in luce come delle forme embrionali di azioni di classe fossero in realtà presenti nel periodo precedente alla nascita dell'Equity. Le prime azioni rappresentative furono promosse dinanzi alle Corti feudali locali inglesi, le quali giudicavano applicando un diritto consuetudinario eminentemente locale. A partire dal XII secolo, e nell'ambito della giurisdizione d'Equity, è avvenuta l'evoluzione dell'istituto delle azioni di massa e il loro relativo consolidamento, ma certamente non la nascita di quest'ultime. In virtù del consolidarsi della giurisdizione esercitata dalle corti stesse, si sviluppò l'idea giuridica di un'azione di massa, che poi culminerà nell'istituto della Class Action.

La caratteristica principale del sistema del Common Law era rappresentata dalla rigidità degli schemi processuali delle form of action, le quali si dimostrarono ben presto inadeguate ai crescenti bisogni sociali. Per tale ragione, a partire dal XIV secolo si determinò una significativa crisi delle Corti di Common Law, spingendo molti dei ricorrenti rimasti insoddisfatti a richiedere l'intervento del Sovrano, affinché potesse rimediare al cattivo funzionamento delle Corti e giudicasse secondo aequitas.

¹ E' utile chiarire il significato di corti di equity. Con tale espressione si intende riferirsi alla giurisprudenza originariamente sviluppatesi presso la corte del Lord Cancelliere in alternativa a quella del Common Law. L'equity, dunque, è il sistema di diritto elaborato dalla Corte di Cancelleria a partire dal XIV secolo, che si affianca al Common Law, imprimendo all'ordinamento inglese un tipico carattere duale ancor oggi riscontrabile, per quanto sostanzialmente modificato dai Judicature Acts degli anni 1873-1875.

Il sistema dell'equity si basa su pochi principi ben precisi. Ve ne sono tre in particolare: anzitutto " equity follows the law". Con tale brocardo si afferma l'intervento del Cancelliere non per sovvertire le regole del Common Law, bensì per mitigarne il rigore nel caso in cui la rigida applicazione delle stesse si risolva in una summa iniuria.

La seconda regola è quella che sancisce il principio della discrezionalità quale affermazione dell'impossibilità di ottenere un diritto dal Sovrano di giustizia secondo equità, così come non è nemmeno configurabile un diritto alla pronuncia della Court of Chancery.

Ultimo principio è quello della asistematicità. Con tale regola si sottolinea come l'Equity non sia un sistema di norme autosufficienti: il Cancelliere interviene sempre in raccordo con il diritto del Common Law per ampliarne la portata ove risulti insufficiente.

Accadeva molto frequentemente che il Re delegasse, per la risoluzione della controversia, il potere di decidere il caso al Cancelliere contribuendo, in tal modo, all'accrescimento e all'autonomia della Cancelleria nei confronti del Sovrano. L'insieme delle decisioni emesse dalla Cancelleria si concretizzarono in un corpo di regole e un insieme di dottrine che prende, appunto, il nome di Equity.

L'istituto dal quale trae origine l'azione di massa è costituito dalle **representative suits**, per le quali, come il significato del nome chiarisce, altro non erano se non azioni rappresentative che traevano il loro fondamento dall'azione solidale di tutti i contadini appartenenti alla medesima comunità.

Fino all'avvento della fusione tra la giurisdizione di Common law e quella di Equity, possiamo individuare tre principali settori nei quali si svilupparono le azioni di massa. Il primo, noto come **bill of peace**, si caratterizzava nella presenza di una pluralità di parti per le quali, per ragioni di economia processuale, si accordava la tutela dell'Equity. Un secondo settore di pronunce si affermò di pari passo all'avvento dell'economia capitalista per la quale, i c.d. **Joint stock companies**, non costituivano altro che questioni riguardanti affari della società.

In ultimo, il terzo settore vide l'affermazione di una branca, fino ad allora rimasta quasi inesplorata, riguardante il problema dell'adeguatezza della rappresentanza. I creditori, infatti, erano legittimati ad agire esclusivamente nell'interesse di coloro che godevano dei loro stessi privilegi, in quanto, in presenza di un rapporto di natura associativa si poteva agire anche nei riguardi degli assenti purché, quest'ultimi, fossero titolari di situazioni giuridiche soggettive tra loro omogenee. In virtù di quanto detto, nacquero i **creditor's bills, i legatee bills e i vessel's cases**.

Il venir meno del dualismo tra le giurisdizioni di Common Law e di Equity, determinò anche il necessario abbandono delle representative suits, contribuendo all'istaurazione anche di un unico litisconsorzio necessario.²

L'attuale fonte normativa costituita dalla **Rule of Supreme Court**, costituisce senza dubbio una norma discendente dalla regolamentazione delle representative suits, in virtù delle quali si rappresentano, per l'appunto, in giudizio una molteplicità di situazioni soggettive legate tra loro dal medesimo interesse.

² Cfr. Giussani A., Studi sulle Class Action, Padova, 1996, pag. 20: "Una volta uniformato il regime del litisconsorzio necessario, ridottosi esclusivamente ad una serie molto limitata di situazioni giuridiche comuni (joint), l'ambito di applicazione della necessità del litisconsorzio, la presenza di un common interest inteso in senso forte (vale a dire restrittivo), ossia come con titolarità della situazione soggettiva e coincidenza dell'interesse ad ottenere un medesimo provvedimento, sicchè ne risultano eliminate le fattispecie legate a bills of paece e ai creditor bills..

Nell'Inghilterra degli ultimi tempi, invece, si è affermato l'istituto delle **Group Litigation**, profondamente modificate dalla riforma del 1998, le quali differiscono significativamente dal modo di concepire la Class Action di stampo nord-americano, di cui si parlerà in seguito.

In questa sede occorre solo ricordare che, i principali elementi che caratterizzano la procedura collettiva delle Group Litigation possono essere sintetizzate nel modo che segue: anzitutto, la presenza sufficiente di un certo numero di istanti, costituisce un tratto significativo, in secondo luogo, nota distintiva è anche la comunanza tra gli stessi soggetti di una medesima situazione sia in fatto che in diritto ed infine, dato più importante, è rappresentato dalla possibilità di emettere una decisione, in relazione alla petizione presentata dagli stessi soggetti, la quale funga da criterio di orientamento per la risoluzione di controversie future.

Gli anni novanta hanno registrato numerosi interventi di azioni collettive di massa. Oltre all'America da sempre attenta ai problemi sociali quali la qualità della vita o come la tutela dell'ambiente³, anche in Inghilterra si è avvertita una certa sensibilità verso problematiche quali l'inquinamento atmosferico o la responsabilità del produttore sul danno cagionato da dipendenza di farmaci. Quest'ultima fattispecie dannosa ha determinato la richiesta di un gruppo costituito da oltre 17.000 componenti, di risarcimento del danno patito nei confronti dell'impresa farmaceutica produttrice del farmaco.

Tali petizioni non hanno riscontrato, però, esiti positivi. Il **Legal Aid Board**, infatti, ha deciso di non continuare più a sovvenzionare con spesa pubblica, le domande degli istanti in quanto, secondo una discrezionale analisi delle richieste presentate dal gruppo, la maggior parte di esse non hanno meritato accoglimento. Per tale ragione, in Inghilterra costituisce, oramai, prassi comune quella che dalle azioni di gruppo vengano sovvenzionate soltanto quelle che siano idonee a costituire criteri guida per eventuali petizioni future.

Possiamo concludere che, grazie al contributo della giurisprudenza della Corte Suprema e della dottrina locale, l'istituto delle azioni di massa venne esportato e si sviluppò negli Stati Uniti. E' questa la ragione per la quale erroneamente si è ritenuto che

³ Cfr. Quadri G., Gli interessi della collettività nelle esperienze giuridiche straniere (problemi di giustizia amministrativa), in Quaderni legislativi, 2003, pag 1 "Gli Stati Uniti d'America hanno per primi avvertito, nella loro avanzata forma di convivenza civile, tutta l'importanza di certi problemi sociali, come la tutela dell'ambiente e della qualità di vita, l'ordine urbanistico, i diritti del consumatore, la protezione del risparmiatore e del piccolo azionista e così via. Giurisprudenza e legislazione sono state tempestive e sensibili nell'avvertire la necessità di intervenire per risolvere questi problemi e le controversie giuridiche che ne derivano".

le azioni di massa, così come vengono concepite oggi, siano state create nell'ordinamento statunitense.

2.1. Dal sistema anglosassone di Equity a quello statunitense

Le prime embrionali manifestazioni di azioni di massa negli Stati Uniti d' America risalgono al 1938. A dire il vero, l'ingresso dell'istituto nell'ordinamento statunitense non fu esente da vivaci dibattiti e numerose critiche in materia.

Una rielaborazione dell'istituto si ebbe nel 1964 anche se, la **Legge n. 23 del 1966** ne consacra il successo definitivo. Le azioni collettive vennero, così, considerate un valido strumento sia in termini di economia processuale, rinvenendo nel medesimo giudizio situazioni giuridiche soggettive accomunate dal medesimo interesse, sia ponendosi come forme di tutela, senz'altro più incisiva, accordate al consumatore nei confronti dei grandi colossi industriali.

Tra le battaglie vinte negli USA grazie al contributo della Class Action, si ricordano le importanti cause intentate contro le grandi multinazionali del tabacco, o quelle nei confronti del mercato monopolistico della Microsoft o, infine, a causa della pubblicità ingannevole, quelle promosse nei confronti di grandi realtà nel settore dell'industria come Apple, in virtù dell'ingresso sul mercato di un prodotto fiore all'occhiello della stessa multinazionale rappresentato dall'IPod.

È opportuno precisare che l'ingresso dell'istituto della Class Action negli Stati Uniti sollevò accesi dibattiti anche in merito alla conciliabilità di quest'ultimo con i due principi cardini di un ordinamento che si definisca democratico, rappresentati dal principio di giustizia e quello di opportunità. Con il primo, si intende riferirsi al duplice diritto di cui è titolare ciascun soggetto nei confronti della propria causa, ad essere validamente informato nonché a poterne prendere parte attivamente. Il principio di opportunità, invece, è animato da una diversa finalità, quella di estendere gli effetti del giudicato, qualora una causa presenti una pluralità di parti, anche nei confronti di soggetti ai quali è stata negata sia la partecipazione che l'informazione.⁴

⁴ Peraltro, il diritto di partecipazione ai procedimenti amministrativi e giurisdizionali, rimanda ad un altro principio noto come due process of law. Questo, infatti, secondo la giurisprudenza anglosassone, il cui contributo all'elaborazione del principio è stato determinante, si compone di tre elementi fondamentali: " The essential elements of due process of law are notice, an opportunity to be heard, and the right to defend in an orderly proceeding". Si veda, in merito, *Fiehe v. R.E. Householder CO.*, 125 So.2, 7 (1929). Questa sentenza è peraltro citata ripetutamente nelle decisioni dei giudici statunitensi.

Come già si è avuto modo di affermare in questa sede, l'azione di massa costituisce una logica eccezione al principio per cui una decisione debba necessariamente estendere i propri effetti soltanto nei confronti di coloro che vi abbiano preso parte.

Per scongiurare il pericolo di procedimenti eccessivamente lunghi, che certamente si verificherebbero qualora si rendesse effettiva la portata del principio di giustizia, si è preferito riconoscere la priorità di quello di opportunità, con il relativo sacrificio del primo. Tanto ciò è vero, che dalla giurisprudenza americana provengono numerosi contributi che confermano questo orientamento. Nella sentenza successiva al 1937, anno particolarmente significativo per la rielaborazione, da parte della Corte Federale, delle regole di procedura civile (**Federal Rule of Civil Procedure**), sono contenute disposizioni ben precise in tema di Class Action. Nel caso **Hansberry v. Lee** infatti⁵, si consacra il definitivo trionfo del diritto di opportunità su quello di giustizia, affermando la necessità di operare un bilanciamento tra l'esigenza di ascoltare ciascun individuo che vanta un interesse nell'azione promossa, e la finalità di pervenire ad una rapida conclusione della vicenda. Ciò spiega la ragione per la quale, in taluni casi, si possa giungere ad una conclusione della vicenda processuale anche in assenza di tutti i soggetti coinvolti.

Numerosi appaiono i tratti distintivi della Class Action così come regolata negli Stati Uniti. È opportuno, in questa sede, cercare, sia pure schematicamente, di menzionarne alcuni. Il principio della **Numerosity**, ad esempio, sottolinea la necessità che l'azione di massa veda la partecipazione di una molteplicità di componenti, così come, con quello di **Commonality**, come la stessa parola indica, si intenda fare riferimento alla presenza di caratteristiche di fatto e di diritto comuni alle parti in causa.

L'espressione **Typically**, è il termine con il quale si indica l'esigenza che le richieste avanzate, nonché le domande presentate, costituiscano tipiche espressioni provenienti da quella determinata classe, mentre il concetto di **Adequacy of representation**, impone al rappresentante della classe, portavoce degli interessi di tutti i partecipanti, di tutelare equamente ed adeguatamente i diritti di quest'ultimi.

Tratto distintivo dell'ordinamento statunitense, è costituito dalla presenza di una particolare categoria di danni, completamente sconosciuta nel nostro ordinamento, definiti **Punitive damages**, i quali, in aggiunta ai **compensatory damages**, consentono di punire un soggetto danneggiante per aver commesso, con malafede, un

⁵ Oltre che sul sito della Corte Suprema, è possibile rinvenire alcune interessanti informazioni su questo caso su wikipedia.org.

fatto grave e riprovevole, con conseguente finalità deterrente per comportamenti dello stesso tipo.

La popolarità della Class Action negli Usa è anche legata al sistema di remunerazione degli avvocati, in base al quale la vittima versa al professionista un'elevata percentuale dei risarcimenti in caso di vittoria, ma non paga nulla in caso di sconfitta. Tanto ciò vero che, il c.d. **contingency fee**, anch'esso elemento caratteristico del sistema americano, riguarda proprio la percentuale del risarcimento che spetta allo studio legale in caso di vittoria. Tale peculiarità del sistema legale americano fa sì che gli studi investano ingenti risorse in una Class Action indipendentemente dalle capacità economiche del proprio assistito, qualora prevedano, nel caso di concessione dei danni punitivi, di poter con buoni margini di certezza, ripagarsi del loro investimento.

2.2 . Le condizioni di procedibilità. La certification.

Dopo questo breve excursus sulle origini storiche della Class Action, può essere interessante approfondire le condizioni procedurali.

Il primo problema da affrontare riguarda la **certification** della Class Action, intendendo con ciò la necessità che la corte adita si pronunci nel più breve tempo possibile in ordine alla possibilità di prosecuzione dell'azione promossa.

Ebbene, in virtù di ciò, bisogna operare una distinzione tra due particolari momenti storici: quello antecedente alla novella del 2003 e quello successivo ad essa.

Potrebbe essere utile richiamare la Federal Rule of Civil Procedure, la quale, al comma primo, al titolo " Prerequisites" , dispone che : a) One or more members of a class may sue or sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties will fairly and adequately protect the interest of the class".

Tenuto conto della disposizione normative, possiamo distinguere un periodo che va fino al 2003, nel quale il giudice statunitense godeva di margini di discrezionalità molto ampi, potendo subordinare il proseguimento dell'azione anche alla presenza di determinate condizioni.⁶

⁶ V. Giuggioli P.F. ,Class Action e azione di gruppo, Padova, 2006, pag. 33: "Si consentiva infatti che la certification potesse essere conditional, cioè subordinata al verificarsi di precise condizioni; ad esempio, il

Dal 2003 in poi, invece, si è introdotta una significativa modifica che ha sensibilmente ridotto i poteri del giudice, al quale viene soltanto concesso di consentire o, al contrario, negare la prosecuzione dell'azione.

Una volta concessa la certification non è più possibile tornare indietro. Il giudice non dispone cioè del potere di decertification, il che determina maggiormente l'importanza della decisione iniziale. Per questa ragione, nel provvedimento di certificazione vengono anche definiti gli aspetti più importanti relativi alla causa come, ad esempio, la definizione del tipo di classe, o l'individuazione degli elementi distintivi, l'indicazione delle domande svolte dalla medesima, o le argomentazioni difensive proposte. In ultimo, ma non per importanza, la nomina dell'avvocato.

2.3. Il duty of notice.

Momento fondamentale della regolamentazione della Class Action negli Stati Uniti, è costituito dalla notifica alla quale il giudice federale è tenuto nei confronti di tutti i soggetti interessati.

Infatti, quest'ultimo, dopo aver espletato tutte le formalità imposte dalla legge, notifica alle parti coinvolte l'esistenza di un procedimento pendente che è iniziato in forma rappresentativa.

Dunque, non solo il giudice è obbligato a notificare agli interessati l'avvio del procedimento in tutte le ipotesi di damage class action, ovvero quando è consentito al membro della classe di escludersi dal giudizio decidendo di non farsi rappresentare da nessuno, ma deve anche avere premura di curare la miglior forma possibile di notificazione.

Ciò implica che il giudice, ove possibile, sarà tenuto a garantire agli interessati una comunicazione personale della vicenda giuridica (ad esempio a mezzo lettera), oppure tramite gli ordinari mezzi di comunicazione più diffusi, ove non sia possibile la comunicazione personale tout court.⁷

giudice poteva condizionare la prosecuzione della Class Action alla partecipazione al giudizio di altri soggetti la cui presenza avrebbe migliorato l'adeguatezza della rappresentanza della classe".

⁷ Va detto che questa soluzione adottata dal legislatore a partire dal 2003 ha subito numerose critiche da parte della dottrina statunitense. In particolare, numerosi autori hanno lamentato la limitazione del ragionevole sforzo alla mera individuazione dei membri della classe. Ciò, a loro dire, escluderebbe la soluzione delle vere difficoltà relative alla notificazione. Per maggiori approfondimenti si vedano Hazard G.C. , Tait C. , Fletcher S. , Pleading and procedure- State and Federal, Foundation pr., 2005. Si veda poi Giussani A., Studi sulle Class Action,

In merito alle forme della notificazione essa deve essere caratterizzata dai requisiti della brevità, nonché da quello della chiarezza sia quanto alla forma che quanto al contenuto. In particolare, per ciò che attiene al contenuto, devono essere indicati i seguenti elementi: in primis la definizione della classe così come autorizzata, in secondo luogo le domande e le argomentazioni difensive della stessa ed infine la precisazione che il membro destinatario, qualora intenda esercitare il suo diritto a comparire in giudizio, possa farlo anche con l'ausilio di un suo difensore di fiducia.

Appare evidente l'importanza di tali requisiti: in questo modo si offre al soggetto la possibilità di ottenere il maggior numero di informazioni possibili al fine di valutare con più attenzione se sia il caso di escludersi dalla vicenda giudiziaria, esercitando quindi il diritto di autoesclusione, o, al contrario, di intervenire attivamente.

In ultimo, non va trascurato il fatto che la decisione emessa dalla corte farà stato fra tutti coloro che vi abbiano preso parte.

2.4. Il Class Action Fairness Act.

L'esperienza statunitense mostra chiaramente come la certificazione della classe da parte del giudice sia stata sufficiente ad indurre le imprese ad una transazione anche nei casi in cui era addirittura disponibile una chiara manifestazione dell'assenza di un nesso di causalità tra l'utilizzo del prodotto e i danni lamentati dai ricorrenti.

Nel periodo che intercorre dal 1988 al 1996, l'87,6 per cento delle Class Action nel settore finanziario si sono concluse con una transazione⁸.

Gorge Priest spiega il fenomeno in questi termini: " Gli osservatori sono unanimi nel constatare che praticamente ogni Class Action per danni di massa certificata dalla corte, si è conclusa con una transazione stragiudiziale, piuttosto che con un dibattimento in giudizio. Ciò riflette l'immensa incertezza e quindi, il relativo rischio sugli esiti dei

Padova, 1996, pag. 20: " Il terzo fattore è rappresentato dalla stessa possibilità di definire la controversia collettiva in via transattiva con effetti opponibili a tutti i componenti del gruppo. A tal proposito, si deve però anche osservare che tale possibilità, oltre a rendere relativamente meno rilevante l'apparenza di fondatezza della domanda, in realtà spesso avvantaggia le parti abituali ancor più di quelle occasionali: è infatti agevole notare che nell'esperienza applicativa attuale all'istituto negli USA, sovente le parti abituali non si oppongono affatto all'esercizio dell'azione di classe, ed anzi la favoriscono, specialmente in quei casi in cui il valore e l'apparenza di fondatezza delle pretese dei singoli membri del gruppo sono talmente elevate che l'asimmetria delle poste non costituisce più un grave ostacolo alla loro tutelabilità in via individuale".

⁸ Cfr. le fonti citate in Cappiello S., 2006, La vigilanza sui conflitti di interesse nella "banca universale" e il ruolo della Class Action: l'esperienza statunitense e le iniziative italiane.

processi per Class Action affidati alle giurie popolari⁹.

L'insoddisfazione in merito al funzionamento dell'istituto si è diffusa anche nell'opinione pubblica.

Da un sondaggio condotto nel 2003, il 47 per cento della popolazione statunitense riteneva che delle Class Action avessero beneficiato più gli avvocati che non i componenti della classe¹⁰.

Per trovare soluzione al dilagante malcontento, nel 2005 sono stati riformati alcuni aspetti del sistema statunitense, con l'adozione di un atto di estrema importanza qual è stato il **Class Action Fairness Act**. Il principale obiettivo dell'intervento normativo è stato quello di prevenire il c.d. fenomeno dello "shopping forum", ossia il tentativo sistematico da parte dei ricorrenti di ricercare quelle corti statali che avessero dimostrato un atteggiamento di maggior benevolenza nei confronti delle azioni collettive. A tal fine, i criteri di ripartizione della competenza giurisdizionale tra corti statali e corti federali, in materia di Class Action, sono stati modificati in favore di quest'ultime.

C'è di più. In relazione ai casi per i quali i membri della classe abbiano ricevuto un risarcimento dei danni patiti estremamente ridotto, spesso in forma di coupons, a fronte di remunerazioni molto soddisfacenti dei loro avvocati, il Class Action Fairness Act si è impegnato a rafforzare i poteri di controllo dei giudici in merito all'equità degli eventuali accordi transattivi anche per quanto concerne gli onorari degli avvocati¹¹.

Il dato che permane però, nonostante l'apporto senz'altro positivo della riforma, è la persistente incidenza degli abusi riscontrati, i quali attengono non solo ai profili strettamente procedurali ma anche ad aspetti sostanziali del sistema dei tort of law.

Resta, quindi, l'esigenza di un'ampia revisione del sistema che riduca l'incentivazione alla proposizione di azioni pretestuose.

La novità, senza dubbio, rilevante introdotta dalla novella del 2005 è quella che concerne la disciplina del dovere di notifica imposto al convenuto, il quale è stato sottoposto ad un sensibile approfondimento.

In virtù di ciò, il convenuto è tenuto a comunicare il contenuto dell'accordo transattivo nei confronti di un'ampia serie di soggetti, sia pubblici (si pensi all'Attorney general), sia privati.

Il contributo più significativo della riforma è costituito dalla novità che, l'eventuale

⁹ Priest G., 2005, cit. pag. 4.

¹⁰ Cit. Poncibò C., 2006, La controriforma delle class action, in Danno e responsabilità, n. 2, pagg. 124- 133.

¹¹ Tali disposizioni sono state inserite in un apposito "Consumer Class Action Bill of Right".

mancanza di comunicazione da parte del convenuto fa sì che tutti i membri della classe possano godere della piena legittimazione a non concludere la transazione, venendo meno, così, il relativo vincolo a carico di ciascuno dei componenti, alla conclusione necessaria di un accordo stragiudiziale.

L'intervento del legislatore, di fatto, è stato accolto da opinioni divergenti. Molti hanno sostenuto che esso finirebbe per privare anziché incentivare, la possibilità per i cittadini statunitensi di citare in giudizio le grandi multinazionali, tradendo, così, il significato originario dell'intervento del legislatore.

3. Le proposte di legge francesi sull'azione collettiva risarcitoria.

Dopo aver analizzato i principali aspetti e gli elementi caratterizzanti della Class Action negli Stati Uniti è, a mio avviso, utile spostare l'attenzione sull'introduzione dello stesso istituto in un altro ordinamento, a noi vicino, rappresentato da quello francese.

Il nostro sguardo si posa necessariamente sulle interessanti novità introdotte di recente dal legislatore francese al fine di coglierne gli aspetti più significativi e i tratti più salienti dell'istituto.

In verità, con favorevole auspicio dell'ex Presidente della Repubblica Chirac, l'azione collettiva risarcitoria fa il suo ingresso per la prima volta in Francia nel 2005, a seguito della costituzione di un gruppo di lavoro composto da giuristi e da rappresentanti di imprese e di consumatori, il quale poneva degli interrogativi sulla bontà dell'introduzione dell'istituto della Class Action nel sistema francese, analizzando soprattutto i risultati ottenuti dall'ordinamento statunitense.

Nel dicembre 2005 infatti, a seguito di un acceso dibattito, sotto la direzione del Direttore generale della Concorrenza, fu presentato un rapporto proprio in relazione alle azioni di gruppo, dal quale ne scaturì la proposta di due soluzioni alternative: la prima, chiaramente ispirata al procedimento della Class Action di stampo statunitense, la seconda, invece, altro non era se non un'azione di responsabilità da "préjudice de masse".

4. L'azione collettiva per il risarcimento del danno in Italia.

Veniamo ora alla trattazione dell'istituto delle azioni collettive così come disciplinato nel nostro Paese. Ciò che resterà impresso nella memoria di chiunque si sia interessato alla materia in questione è costituito dal, mi sia concessa l'espressione, lungo "calvario" o, per meglio dire, l'infinita odissea che ha visto come protagonista l'istituto dell'azione collettiva.

Nota distintiva del nostro Paese è stata l'impossibilità di conciliare, in un giusto punto d'equilibrio, la tutela del consumatore, molto spesso parte debole del contratto, e quella degli interessi delle imprese le quali, a dire il vero, si trovavano già in una "botte di ferro".

Per tale ragione, l'Italia ha optato per soluzioni a dir poco discutibili. In un primo momento si è ispirata alla trattazione delle azioni di gruppo così come disciplinata negli altri ordinamenti, per poi virare su una normativa che, paradossalmente, finisce per tutelare le imprese.

4.1. Le proposte di legge presentate.

L'obiettivo della presente ricerca ha ad oggetto il tentativo di ricostruire brevemente le principali tappe percorse dall'azione collettiva italiana sin dai suoi primi anni di vita.

Il primo tentativo da parte del Parlamento di tutelare collettivamente i consumatori avvenne nella XIV legislatura, ossia nel periodo che intercorre da maggio 2001 all'aprile del 2006, con un progetto di legge ad iniziativa parlamentare e a firma dell'On. Bonito (DS-Ulivo), ed altri.

Tale progetto non nacque con la precisa finalità di istituire anche in Italia l'istituto delle azioni collettive, uniformandoci così alla legislazione presente nella maggior parte dei paesi nei quali l'istituto era già contemplato, bensì lo scopo fu quello di modificare un articolo della legge, la 281/1998: "Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti", per apportarne il correttivo " (...) il risarcimento dei danni e la restituzione di somme dovute direttamente ai singoli consumatori e agli utenti interessati, in conseguenza degli atti illeciti plurioffensivi (.....) che ledano i diritti di una pluralità di consumatori e degli utenti".

Nonostante le profonde perplessità di un simile intervento legislativo e la relativa approvazione pressoché all'unanimità da parte della Camera dei deputati, il progetto di riforma si arenò al Senato dove non fu nemmeno avviato l'iter che prevede l'esame da parte delle commissioni competenti di Giustizia Industria- Commercio- Turismo.

Il secondo tentativo, invece, è datato luglio 2006 con il disegno di legge dell'allora ministro dello sviluppo economico Bersani, in concerto con i ministri Mastella (Giustizia) e Padoa Schioppa (Economia e Finanze). Un anno e mezzo più tardi, nel dicembre 2007, buona parte della disciplina prevista da tale disegno di legge venne ripresa ed inserita nella Finanziaria del 2008 la quale ha introdotto, nel Codice del Consumo, il novello articolo 140-bis, rubricato con il titolo " Azione collettiva risarcitoria".

L'articolo in questione conferiva la legittimazione ad agire alle associazioni dei consumatori e degli utenti. L'iter giudiziario descritto era quello consigliato dall'UE con due, non trascurabili, peculiarità: il fatto che soltanto gli aderenti all'azione collettiva potessero pretendere il risarcimento dei danni subiti da parte del convenuto (era comunque fatta salva la possibilità di promuovere un'azione individuale da parte di coloro che non avevano aderito all'azione collettiva), e la possibilità per l'impresa convenuta in giudizio, di proporre, entro 60 giorni, una somma da pagare, tenuto conto dell'ammontare minimo stabilito dal giudice.

Questo primo intervento fu oggetto di aspre critiche, specie da parte di Confindustria, la quale lamentava l'inevitabile danneggiamento per le imprese italiane, evidenziando una mentalità senz'altro tutta italiana per la quale le imprese debbano essere necessariamente preferite rispetto all'esigenza di una maggiore trasparenza, o di una migliore regolamentazione del mercato che le associazioni dei consumatori rivendicherebbero.

Le parole con le quali si espresse Confindustria in merito al testo approvato dal Senato in tema di Class Action furono molto gravi. Secondo l'opinione di quest'ultima, il testo rappresenterebbe un grave atto di ostilità per le imprese, costituendo un pesante disincentivo ad investire nel nostro Paese che negli ultimi anni, sullo scenario europeo occupa i gradini inferiori quanto ad attrazione di capitali stranieri. Com'è stato sottolineato dalla stessa Confindustria, il testo porrebbe gravi dubbi di costituzionalità nella parte in cui legittimerebbe qualsiasi associazione ad agire per conto dei singoli senza averne diritto, con la conseguenza spiacevole di esporre le imprese al rischio di subire ogni tipo di ricatto.

Da una recente affermazione di Alpa, Presidente del Consiglio nazionale forense,

invece, si evidenziano gli aspetti positivi che il testo approvato al Senato ha voluto realizzare. I cd. "small claims", secondo il pensiero di Alpa, "richiedono una disciplina a sé, un filtro molto rigido per evitare frivole rivendicazioni, o manovre ricattatorie, e pure evitare che modestissimi danni - pur moltiplicati per migliaia di persone- si convertano nella distruzione di servizi o apparati produttivi utili per il Paese e rilevanti per il mercato".

Con più di qualche perplessità e lacuna legislativa, ai sensi dell'art 2, 447 comma della predetta legge Finanziaria, le disposizioni previste dal testo sarebbero dovute divenire applicabili 180 giorni dopo l'entrata in vigore della Finanziaria e quindi a partire dal giugno 2008.

Il governo Berlusconi, però, decise con l'art. 36 del d.l. n. 112 del 25 giugno del 2008 di far slittare l'appuntamento al gennaio 2009, tempo necessario per assolvere l'esigenza di modificarne l'impianto normativo.

Ecco che si giunge all'ultima tappa prevista in tema di azioni di gruppo. Le modifiche introdotte dal governo Berlusconi con il decreto "Milleproroghe", rappresentano il terzo ed ultimo tentativo registrato dal nostro Governo in tema di azioni collettive.

Il decreto in questione, approvato a dicembre dal Consiglio dei Ministri, prevede la sostituzione dell'art. 140 bis del Codice del Consumo con la disposizione sancita nel nuovo articolo 30 bis del decreto stesso. In verità, mi preme sottolineare che il testo del decreto non è ancora ufficialmente reperibile, anche se l'Unione Nazionale dei Consumatori è riuscita a procuraselo e a pubblicarlo di recente. Ad ogni modo non viene posta in discussione l'esistenza stessa del testo, in quanto lo stesso Ministero dello Sviluppo Economico, con un comunicato stampa del 23 dicembre, ha affermato che il Governo nello stesso giorno ha depositato un emendamento, in tema di Class Action, al disegno di legge oggetto di discussione al Senato, che entrerà in vigore, salvo colpi di scena, il 1 luglio del 2009.

La motivazione di tanta segretezza da parte del Governo si spiega certamente nella necessità di scongiurare il pericolo di clamore mediatico che ha da sempre accompagnato l'istituto sin dalle sue prime applicazioni.

Venendo ora alle principali modifiche apportate dal testo, tra le più significative vi è quella che riguarda la legittimazione ad agire la quale, come accade nell'ordinamento statunitense, viene riconosciuta e concessa a tutti i soggetti e non esclusivamente agli enti collettivi.

Questo tipo di innovazione può essere senz'altro letta come uno degli aspetti indiscutibilmente positivi apportati dalla riforma. C'è però un rovescio della medaglia. Se

da una parte la modificazione apportata dal nuovo testo garantirà interessi collettivi peculiari, i quali vengono spesso trascurati dalle associazioni collettive e sovrastati da interessi più diffusi, dall'altra si concederà alle imprese la possibilità di ottenere transazioni sempre meno trasparenti con il singolo consumatore non appartenente a nessuna forza "lobbistica".

Come volevasi dimostrare, il nostro Paese è da sempre abituato ad ereditare il peggio dall'esperienza statunitense. La legittimazione ad agire, così come disciplinata nella Class Action di matrice statunitense, rappresenta forse l'anello più debole di tutta la normativa in tema di azioni collettive, favorendo, nel nostro Paese, la proliferazione di azioni di gruppo troppo spesso pretestuose ed infondate.

L'Italia avrebbe fatto bene a guardare ad altri aspetti della disciplina americana in tema di Class Action, piuttosto che ignorarle. La trattazione del "silenzio-assenso", così come si è avuto già modo di ribadire, costituisce senza dubbio la parte migliore dell'intera disciplina statunitense.

Infatti nella futura normativa italiana, si è previsto un termine per le adesioni, assegnato dal giudice e successivo alla pubblicità, stabilendo che non saranno proponibili nuove azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine.

Decisione a dir poco singolare considerato che in tutti gli altri paesi della Comunità Europea la sentenza emessa dal giudice per la risoluzione di controversie oggetto di Class Action, permette la possibilità che la stessa possa far stato anche per ulteriori future controversie.

5. Legislazione europea in tema di Class Action.

Prima di entrare nel vivo delle importanti questioni riguardanti le principali normative in ambito europeo in tema di Class Action, è a mio avviso utile comprendere la portata di un fenomeno che ha gettato le basi per l'attuazione dell'istituto delle azioni collettive anche a livello europeo.

Il fenomeno a cui si allude prende il nome di **consumerismo**, nato proprio negli Stati Uniti nel XX secolo con l'esigenza di rispondere al bisogno del consumatore di un minimo controllo, attraverso le leggi federali, su alcuni prodotti di largo consumo.

Già nel 1776, Adam Smith, a solo un anno dalla Dichiarazione dell'Indipendenza,

scriveva nel suo libro: “ La ricchezza delle Nazioni- Il consumo è l'unico fine e l'unico proposito della produzione. Gli interessi del produttore debbono essere tenuti in conto, solo nella misura in cui servono a promuovere quelli del consumatore”.

Il principio alla base dell'opera legislativa nell'emanazione della disciplina antitrust è stato lo Sherman Act del 1890, il quale si prefiggeva l'obiettivo di frenare lo strapotere economico e l'espansione dei grandi monopoli, introducendo il principio della libertà di concorrenza quale cardine del sistema nordamericano.

Successivamente, a partire dagli anni 20 ,in conseguenza dello sviluppo industriale e del fenomeno del consumo di massa, l'attenzione del legislatore si spostò nel campo del controllo qualitativo sui prodotti, focalizzandosi sulla necessità di pervenire ad una corretta informazione per gli stessi consumatori.

Negli anni 60, infatti, assistiamo ad un cambiamento di rotta sull'interpretazione dei diritti del consumatore, attraverso l'introduzione normativa della responsabilità oggettiva nei rapporti tra consumatore e prestatore di servizi.

Questo periodo di sviluppo giunse al suo apice con la dichiarazione del Presidente John Fitzgerald Kennedy, il quale sanciva, per la prima volta, i Bill of Right ¹² dei consumatori.

In Europa, le prime nazioni a riconoscere l'importanza e a sviluppare il tema del consumerismo furono, intorno agli anni 50, la Gran Bretagna e la Danimarca. Il Regno Unito, in particolare, ritenne doveroso per la tutela nei confronti del consumatore, formare proprio una previsione normativa nota come il **Consumer Advisory Council**. In altri paesi, come la Francia e la Svezia, si preferì, invece, seguire il sentiero già tracciato dall'ordinamento inglese e quello danese.

Nel 1975 la Comunità Europea, con il Primo Programma d'Azione, tracciò direttive ed obiettivi precisi da seguire: l'Atto Unico del 1987 allargò il concetto di “ consumatore” , aumentandone l'importanza politica all'interno dell'economia dell'Unione Europea, tant'è che, nel 1993 il Trattato di Maastricht inserì proprio un apposito capitolo destinato alla tutela del consumatore, attribuendone all'Unione specifiche competenze.

A livello comunitario, l'atto di partenza è stata la Risoluzione del Consiglio del 14 aprile del 1975 che poneva l'attenzione su specifici settori. A partire dagli anni 80, infatti, furono emesse una serie di direttive sugli aspetti più importanti del mondo del consumerismo, quali la responsabilità del produttore per i danni da prodotti difettosi, la pubblicità ingannevole, o i contratti stipulati fuori dai locali commerciali.

¹² La carta dei diritti fondamentali dei consumatori nell'ordinamento americano.

La Commissione Europea, proprio in virtù dell'importanza delle tematiche sopra descritte, istituì la **Health and Consumer Protection Directorate General**, per tutelare la salute e la sicurezza dei consumatori con più efficienti programmi di informazione.

In Italia il fenomeno e la discussione sul consumerismo si svilupparono intorno agli anni 80, a seguito della creazione di specifiche associazioni¹³.

Iniziarono, quindi, gradualmente a diffondersi forme di azione che nel dibattito internazionale vengono indicate con l'espressione di consumerismo politico¹⁴.

Dopo questo breve excursus sull'importante tematica del fenomeno del consumerismo in tutta la legislazione europea, entriamo nel vivo delle azioni di massa così come sviluppatasi in tutta l'Unione.

A livello comunitario, il tema dell'accesso dei consumatori alla giustizia e alla soluzione delle controversie con gli stessi sono stati oggetto di un Libro Verde nel 1993¹⁵, e di una successiva pubblicazione nel 2000 di un altro Libro Verde il cui contenuto affrontava la tematica delle controversie civili transfrontaliere cui ha fatto seguito, nel 2003, una direttiva sulle condizioni minime che gli Stati membri devono prevedere per assicurare l'accesso alla giustizia¹⁶.

Per ciò che concerne le previsioni di disposizioni specifiche in tema di associazioni legittimate a rappresentare gli interessi dei consumatori, la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 19-5-98, stabilisce che gli enti legittimati, quali ad esempio le associazioni dei consumatori o Autorità Pubbliche Indipendenti, sono autorizzate ad agire in giudizio per conto di un gruppo danneggiato dalla condotta del convenuto.

La previsione della Comunità Europea è volta a garantire che, entro il 2009, tutti i consumatori potranno beneficiare dello strumento della Class Action così come contemplato dall'Unione.

Il contenuto della normativa delle azioni di gruppo in ambito europeo prevede, infatti, il progetto per la creazione di uno strumento di risarcimento collettivo per il quale, chiunque abbia subito un danno, possa promuovere la propria azione e possa essere quindi risarcito solo a seguito dell'esercizio dell'azione stessa.

Il modello intorno al quale Bruxelles si starebbe orientando, prende il nome di

¹³ Tosi S., a cura di Consumi e partecipazione politica, Franco Angeli, 2006.

¹⁴ Political Consumerism. Si tratta di una traduzione letterale dell'espressione "consumerismo politico". Costituisce termine alternativo al significato di consumerismo critico.

¹⁵ COM(93) 576 def.

¹⁶ COM(2000) 51 def; direttiva 2003/8/CE in GUCE L 26/2003.

Collective Redress segnando un punto di rottura con il modello delle Class Action tipico del sistema statunitense. Quest'ultimo infatti, permette di estendere le tutele riconosciute ad un soggetto-consumatore e di estenderle anche a tutti gli appartenenti del gruppo. Il sistema europeo, invece, vorrebbe piuttosto prevedere che, chiunque abbia subito un danno, possa promuovere la propria azione e possa essere risarcito solo se lo fa.

Bruxelles deciderà se incoraggiare il sistema di " Collective Redress", applicandolo in tutti i 27 Paesi dell'Unione o se, invece, estendere un particolare modello ottenuto con i risultati degli studi sui punti di forza e le debolezze dei sistemi adottati in alcuni stati membri.

Staremo a vedere.....

6. Conclusioni.

Per concludere, ritornando alla Class Action italiana, numerosi sono i dubbi che ancora persistono.

L'introduzione di una siffatta azione collettiva, da un lato rende l'Italia solo formalmente più vicina agli altri Paesi Europei, dall'altro, si spera, che essa possa rappresentare, all'atto pratico, un atto di giustizia in favore dei cittadini consumatori, soprattutto di quelli appartenenti ai ceti sociali meno abbienti che spesso sono costretti a soccombere per la mancanza di strumenti giuridici adeguati alla tutela dei propri diritti.

Tra l'altro, in questo periodo, l'Italia si trova ad affrontare un momento di crisi abbastanza consistente, a causa anche dell'increscioso aumento dei prezzi, causando inevitabilmente problemi economici ai consumatori.

Pertanto, mai come in questo periodo, c'è bisogno di strumenti di tutela più incisivi ma soprattutto più efficienti di quelli attualmente esistenti. C'è bisogno, quindi, di risollevare quel principio di " sovranità popolare" che verbalmente si è tanto esaltato ma che sul terreno pratico non si è mai applicato.

La Class Action dovrebbe, quindi, essere applicata sulla base delle esigenze reali dei cittadini più deboli e soli, costituendo uno strumento di controllo e di tutela in grado di aiutarli a superare alcuni dei tanti problemi che affliggono la nostra società.

E' bene sottolineare, dopo tutto, che si è ancora lontani dal modello di Class Action americano che, grazie alla presenza dei "punitive damages", permette il più delle volte di sollevare controversie in via stragiudiziale, ciò perché le imprese sono terrorizzate

all'idea di dover sborsare ingenti somme come condanna proveniente da un processo giudiziale.

A differenza quindi di quanto accade nell'ordinamento statunitense, la sentenza di condanna nel nostro ordinamento realizza la finalità di determinare soltanto i criteri in base ai quali poi dovrà essere fissata la misura dell'importo da liquidarsi in favore dei singoli consumatori o utenti, con vari passaggi successivi che rischiano di rendere la nuova procedura ancora più lunga di quella ordinaria.

L'Italia, soprattutto in questi periodi, necessiterebbe di strumenti dal carattere persuasivo e frenante, tali da incutere timore nei riguardi delle classi più forti le quali, sino ad oggi, hanno sempre avuto la libertà di agire con disonestà e slealtà nei riguardi dei cittadini, costringendoli a soccombere o, ancor peggio, ad accontentarsi, perché impossibilitati a reagire.

Per farla breve, lo strumento della Class Action poteva costituire validamente l'occasione giusta per tutelare i consumatori nei confronti delle grandi forze imprenditoriali, una chance, quindi, per sottrarre l'utente da una posizione fin troppo di inferiorità.

Occasioni, tutte evidentemente mancate.

BIBLIOGRAFIA

- *Advisory Committee's Notes on Rules Of Civil Procedure for the United States District Courts, 39 F.R.D. 1996.*
- *Advisory Committee's Notes on Rules Civil Procedure for the United States District Courts, 39 F.R.D., 2003.*
- *Alpa G., La legge sui consumatori, in Corr. Giur., 1998, p. 997.*
- *Berlinguer A., La pubblicità dell'avvocato negli Stati Uniti: recenti sviluppi, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ. , 1995, p. 1057.*
- *Bronsteen J., Class Action Settlements: at Opt-in. Proposal, 2005 U. Illinois L. Rev., 2005, p. 904-.*
- *Capponi B., Diritto comunitario ed azioni di interesse collettivo dei consumatori, in Foro it. 1994, IV, P. 439.*
- *Cappiello S., La vigilanza sui conflitti di interesse nella banca universale e il ruolo delle Class Action: l'esperienza statunitense e le iniziative italiane, Padova, 2006.*
- *Fava P., Class Action all'italiana: " Paese che vai, usanza che trovi ", in Corr .giur., 2004,3, p.400.*
- *Giuggioli P.F., Class Action e azioni di gruppo, Padova, 2006-*
- *Giussani A., Prospettive di riforma per le azioni collettive, in Questione giustizia, 2005,2,p. 366.*
- *Giussani A., Studi sulle Class Action, Padova, 1996.*
- *Lanfranchi, Prospettive di ricostruttive in tema di art. 28 dello Statuto dei lavoratori, in Riv. Dir. Proc.civ., 1971, p. 426.*
- *Mattei U., Il modello di Common law, Torino, 1996.*
- *Monateri P.G., I mass torts: dalla r.c. al contratto politico, in Resp.civ. e previd., 2003 ,p. 13.*
- *Poncibò C. ,La controriforma delle Class Action, in Danno e responsabilità, 2006, n. 2, p. 126.*
- *Ponzanelli G., " Class Action", tutela dei fumatori e circolazione dei modelli giuridici, in Foro it., 1995, IV, P. 305.*
- *Ponzanelli G., Mass tort nel diritto italiano, in Responsabilità civile e previdenza, 1994, p. 173.*
- *Priest. G., 2005. p. 4.*
- *Rescigno P., Sulla compatibilità tra il modello processuale della " class action" ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, It. 2000, p. 2224.*
- *Story J., Commentaries on Equity Pleadings, Londra, 1838.*
- *Taruffo M., I limiti soggettivi del giudicato e le " class action", in Riv. Dir. Proc., 1969.*
- *Tosi s., a cura di, " Consumi e partecipazione politica", Franco Angeli, 2006.*
- *The Law Reform Commission, Consultation paper on multi- party litigation, Dublino, 2003.*
- *Vigoriti V., In teressi collettivi e processo, Milano, 1979.*

Il regime tributario dei trasferimenti *mortis causa* e delle donazioni

di Giuseppina Simioli

1. Quadro normativo dell'imposta sulle successioni e sulle donazioni. – **2.** Soppressione dell'imposta con la Legge 18 ottobre 2001, n. 383 e successiva reintroduzione ad opera del D.L. 3 ottobre 2006 n. 262, convertito nella Legge 24 novembre 2006, n. 286. – **3.** Ambito applicativo dell'imposta sulle successioni e donazioni ed esenzioni a seguito della Legge 27 dicembre 2006, n. 296 (c.d. Legge Finanziaria 2007) e della Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (c.d. Legge Finanziaria 2008).

1. Quadro normativo dell'imposta sulle successioni e sulle donazioni

L'imposta sulle successioni e donazioni, originariamente disciplinata dal D.P.R. del 26 ottobre 1972, n. 637, è stata successivamente contenuta nel Testo Unico approvato con D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, in vigore dal 1° gennaio 1991.

Il Testo Unico¹ in esame accorpa tutte le disposizioni in materia ed è stato oggetto di molteplici modifiche.

La disciplina contenuta nel predetto Testo Unico regolava il trattamento tributario dei trasferimenti *mortis causa* e di quelli effettuati per donazione o per altro atto di liberalità ed, inoltre, presentava elementi di connessione importanti, che si ritrovano ancora nell'ambito delle disciplina fiscale relativa ai trasferimenti a titolo oneroso, in materia di imposta di registro e di imposte ipotecaria e catastale².

Con la riforma avvenuta a seguito dell'emanazione della Legge 21 novembre 2000, n. 342, era stata abolita la quota d'imposta commisurata al valore globale dell'asse

¹ Il tributo in oggetto viene applicato, ai sensi dell'art. 1 de1 D. Lgs. n. 346/90, ai trasferimenti di beni e diritti per successione a causa di morte ed ai trasferimenti a titolo gratuito di beni e diritti *inter vivos*.

² Sul punto si veda Luigi Belluzzo, *La nuova imposta sulle successioni, sulle donazioni, sugli altri trasferimenti a titolo gratuito e sui vincoli di destinazione – Una prima analisi delle novità introdotte dalla L. 24 novembre 2006, n. 286 di conversione del D.L. 3 ottobre 2006, n. 262 alla luce delle recentissime novità della Finanziaria per il 2007*, in *Il Fisco*, 6, 2007, fasc. n. 1, p. 840. L'Autore nell'opera osserva come sia rilevante il fatto che il D.P.R. n. 637/1972 incideva sui trasferimenti "a titolo gratuito di beni e diritti", mentre la successiva riforma, avvenuta con il D. Lgs. n. 346 del 1990, limitò l'applicabilità dell'imposta ai trasferimenti per "donazione o altra liberalità tra vivi", limitando, dunque, l'imposizione agli atti gratuiti. Detta disciplina è stata oggetto di modifiche ad opera della Legge 21 novembre 2000, n. 342, però, poi, è stata congelata per effetto della soppressione dell'imposta in esame disposta dall'art. 13 della Legge 18 ottobre 2001, n. 383.

Per confrontare le due discipline relative all'imposta in parola, si consulti N. D'amati, *Commento al Testo Unico delle successioni e donazioni*, Cedam, Padova, 1996.

ereditario, era stata fissata una franchigia di esenzione pari a 350 milioni lire ed erano state stabilite aliquote molto più basse che in passato, non più a carattere progressivo.

Risultando tutto ciò insufficiente, si arrivò alla soppressione dell'imposta sulle successioni e sulle donazioni con la Legge 18 ottobre 2001, n. 383³.

L'imposta *de qua*, come ripristinata dal Legislatore del 2006, nel testo in vigore al 21 ottobre 2001, risulta diversa da quella disciplinata dal D. Lgs. n. 346/1990 e dalle norme che avevano preceduto la Legge n. 342/2000, che, come precedentemente detto, aveva apportato sostanziali modifiche all'impianto normativo che regola l'imposta in parola.

Come è stato sottolineato⁴, il sistema dell'imposta di successione e donazioni sino alla Legge n. 342/2000, che ridisegnò il tributo, era impostato sulla dicotomia tra la c.d. imposta "globale"⁵, che colpiva l'attivo ereditario nella sua integrità al netto delle passività e l'imposta per quote che colpiva le attribuzioni fatte ai vari beneficiari.

L'imposizione poi era di tipo "progressivo" a scaglioni.

Ciò ben si adattava ad una possibile manovra elusiva attraverso la successione di donazioni in vita di importo tale da poter rientrare nel minimo scaglione imponibile in modo da non far operare la progressività al momento della morte.

Al fine di impedire siffatta manovra elusiva da parte del contribuente, nel testo normativo sono collocate norme disciplinanti l'istituto del "coacervo".

Tali norme sono state modificate con il ripristino del tributo in questione e prevedevano, sia in caso di successione che in caso di donazione, che "ai soli fini dell'aliquota" dovesse tenersi conto, sia nella tassazione della successione che di eventuali donazioni, delle donazioni precedentemente fatte ai medesimi soggetti con valore attualizzato al momento del decesso e/o della nuova donazione e per il caso di donazione di nuda proprietà che si tenesse conto del valore della piena proprietà dei beni donati.

La reintrodotta imposta decorre dal 28 novembre 2006.

Secondo quanto stabilito dal comma 47 dell'art 2 del citato decreto, "è istituita

³ Per maggiore approfondimento si veda Sergio Dus, *La reintroduzione dell'imposta sulle successioni e donazioni – Vecchi e nuovi problemi*, in *Il Fisco*, 8, 2007, fasc. n.1, p. 1075. Tale Autore sostiene che caratteristica strutturale dell'imposta sulle successioni e donazioni, come formulata dall'ultimo intervento legislativo, è quella di mantenere l'impianto dell'imposta vigente nell'anno 2001, applicandola, dunque, solo sulle quote pertinenti all'erede o al legatario o sulle donazioni a favore di uno stesso donatario, con l'applicazione al valore delle singole quote o a legati di un'imposta proporzionale con aliquote varianti dal 4% all'8%, con la previsione di franchigie di rilevante importo (di norma euro 1.000.000) per soggetti passivi quali il coniuge ed i parenti in linea retta, mentre di minore importo (euro 100.000), per soggetti quali fratelli e sorelle.

Vi è, poi, la previsione di maggiori franchigie per i portatori di handicap grave, anche se non parenti.

Non è stata, invece, riprodotta quella stabilita nel 2000 per i minori poiché aveva suscitato notevoli perplessità, soprattutto in relazione al cumulo fra donazioni e successioni.

⁴ Ugo Friedmann, *Il coacervo nelle donazioni e nelle successioni*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato – Analisi interpretative e novità della circolare 3/E 2008 dell'Agenzia delle Entrate*, 3, 2008, p. 129.

⁵ Detta anche tassa sul morto.

l'imposta sulle successioni e donazioni sui trasferimenti di beni e diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito e sulla costituzione di vincoli di destinazione⁶.

La norma rinvia al T.U. n. 346/90, nella versione vigente alla data del 24 ottobre 2001, con le modifiche operate dall'art. 69 della Legge n. 342/2000.

La Legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge Finanziaria per l'anno 2007), ha introdotto ai commi 77 e 78 ulteriori integrazioni alla disciplina in esame.

La Legge 24 novembre 2006, n. 286, di conversione del D.L. 262/2006, rivoluziona la disciplina dettata dal citato decreto.

Autorevole dottrina⁷ evidenzia come la novella susciti problemi e ci si chiede se il tributo abbia subito mutamenti rilevanti rispetto alla disciplina anteriore.

Secondo tale Autore risulta necessaria un'analisi della norma nei suoi vari elementi costitutivi ed un confronto con la disposizione di cui al D. Lgs. n. 346/1990.

Tale ultimo decreto definiva l'oggetto del tributo in maniera analoga ed, inoltre, bisogna ricordare che, a mente dell'art. 1, comma 1, del D. Lgs. n. 346/1990, l'imposta si applicava *"ai trasferimenti di beni e di diritti per successione a causa di morte ed ai trasferimenti di beni e di diritti per donazione o altra liberalità tra vivi"*: si tratta dello stesso composto dall'evento ereditario e dall'atto liberale, cioè dal gesto, rivestito di qualunque forma giuridica – con il quale il soggetto disponente elargisce ad un soggetto terzo un vantaggio patrimoniale, volendolo gratificare senza ottenere alcun corrispettivo.

In questa nuova definizione si ritrova parzialmente il testo tradizionale, citando i *"trasferimenti di beni e diritti per causa di morte"* e quelli per *"donazione"*.

Inoltre, viene sostituito il riferimento alle *"liberalità"* con quello agli atti *"a titolo gratuito"* ed estende, infine, il tributo ai *"vincoli di destinazione"* patrimoniale⁸.

⁶ Relativamente ai vincoli di destinazione, il nuovo articolo 2645-ter c.c. introdotto dall'art. 39-novies del Decreto Legge 30 dicembre 2005, n. 273, convertito nella Legge n. 51 del 2006, sancisce che, mediante atto pubblico, determinati beni immobili e mobili registrati possono essere destinati "alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela", la cui durata non superi i novant'anni o la vita della persona fisica beneficiaria.

Tale vincolo, trascritto nei pubblici registri ove sono iscritti i beni oggetto dell'atto di destinazione, isola detti beni dal patrimonio del soggetto titolare per destinarli al perseguimento del fine per cui viene istituito l'atto di destinazione.

⁷ Gianfranco Gaffuri, *Note riguardanti la novellata imposta sulle successioni e donazioni*, in *Rassegna Tributaria*, 2, 2007, p. 450 e ss.

⁸ Sull'applicazione dell'imposta successoria ai vincoli di destinazione si veda Antonio Montesano, *Applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni ai negozi fiduciari*, in *Il Fisco*, 14, 2008, fasc. n. 2, p. 2590. L'Autore esamina nell'articolo la circolare dell'Agenzia delle Entrate del 27 marzo 2008, n. 28/E, con la quale l'Agenzia è ritornata sul trattamento da riservare, ai fini dell'imposta sulle successioni e donazioni, ai vincoli di destinazione e, particolarmente, ai cc.dd. negozi fiduciari, rivedendo l'intervento reso dalla stessa Agenzia con la circolare del 22 gennaio 2008, n. 3/E.

Sul tema si consulti Anita Mauro, *I chiarimenti dell'Agenzia delle Entrate sulle imposte di successione e donazione*, in *Il Fisco*, 5, 2008, fasc. n. 2, p. 859; si veda Mauro Manca, *Intestazione fiduciaria e imposta sui vincoli di destinazione*, in *Il Fisco*, 9, 2008, fasc. n. 1, p. 1541; ancora per maggiori approfondimenti Dario

Per quanto concerne la decorrenza delle recenti disposizioni⁹, secondo quanto stabilito dall'art. 2, co. 60, del D.L. n. 262/2006, dal 3 ottobre 2006 viene applicata nuovamente, ai trasferimenti *mortis causa* e alle donazioni la disciplina contenuta nel D. Lgs. n. 346/90, nel testo vigente alla data del 24 ottobre 2001, non trascurando i cambiamenti intervenuti a seguito dell'emanazione del citato D.L. 262/2006, come risulta modificato dalla Legge di conversione.

Pertanto, resta esclusa l'applicazione delle disposizioni del D.L. n. 262/2006, nella versione anteriore alla sua conversione, alle successioni apertesesi tra il 3 ottobre e il 28 novembre 2006 (rispettivamente date di entrata in vigore del decreto in parola e della relativa legge di conversione), nonché agli atti pubblici formati, agli atti a titolo gratuito fatti, alle scritture private autenticate e alle scritture private non autenticate presentate per la registrazione nel medesimo periodo.

Dunque, la disciplina di cui al citato decreto del 2006 risulterà applicata solo nel caso in cui si fosse provveduto a versare l'imposta *de qua* in detto arco temporale.

Ulteriori modifiche sono state introdotte dalla Legge Finanziaria 2007 (Legge 27 dicembre 2006, n. 296).

L'art. 1, comma 78, lett a), della Finanziaria per l'anno 2007, ha inserito nell'art. 3 del T.U. n. 346 del 1990 il comma 4-*ter*, ampliando l'ambito delle esenzioni in materia di successioni e donazioni.

Per i trasferimenti *mortis causa* l'agevolazione di cui al summenzionato art. 3, comma 4-*ter*, si applica alle successioni apertesesi dal 3 ottobre 2006, mentre nei trasferimenti con atto *inter vivos* detta agevolazione si applica agli atti a titolo gratuito fatti, alle scritture private autenticate ed a quelle non autenticate presentate per la registrazione a decorrere dal 1° gennaio 2007.

Con le Leggi n. 286/2006 e n. 296/2006 sono state introdotte rilevanti novità nell'ambito dell'imposta sulle successioni e donazioni rispetto all'imposta disciplinata nel Testo Unico n. 346/1990).

Tra le novità di maggior si menzionano:

- l'ampliamento dell'ambito oggettivo di applicazione dell'imposta sulle donazioni;
- la rimodulazione delle aliquote applicabili, specie nelle donazioni e negli atti ad esse assimilati;

Stevanato, *Vincoli di destinazione sulle intestazioni fiduciarie di titolo e di immobili* – commento alla Circolare dell'Agenzia delle Entrate del 27 marzo 2008, n. 28/E, in *Corriere Tributario*, 20, 2008, p. 1639.

⁹ Si veda Gianni de Luca, *Compendio di Diritto Tributario*, XVI Edizione, Edizioni Simone 2008.

- il riconoscimento della franchigia solo ad alcuni soggetti beneficiari del trasferimento¹⁰.

2. Soppressione dell'imposta con la Legge 18 ottobre 2001, n. 383 e successiva reintroduzione ad opera del D.L. 3 ottobre 2006 n. 262, convertito nella Legge 24 novembre 2006, n. 286

Come precedentemente esposto, la Legge n. 286 del 2006, che ha convertito il D.L. n. 262 del 2006, ha ripristinato l'imposta di successione e donazione, soppressa dall'art. 13 della Legge n. 383/2001.

L'imposta in esame¹¹ venne disciplinata, a far tempo dal 1° gennaio 1991, dal "Testo Unico in materia di imposte di successione e donazione", contenuto nel D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346.

Con la soppressione di detta imposta ad opera della Legge n. 383/2001, i trasferimenti per successione *mortis causa* non dovettero più pagare l'imposta di successione in nessun caso.

Inoltre, qualora nell'asse ereditario fossero compresi beni immobili, veniva applicata al valore degli immobili in questione l'imposta ipotecaria del 2% e l'imposta catastale dell'1%¹².

I trasferimenti per donazione fatti a favore del coniuge, dei parenti in linea retta e degli altri parenti fino al quarto grado, non scontavano alcuna imposta, salvo il caso che la donazione avesse ad oggetto beni immobili. In tal caso doveva essere applicata al valore catastale degli immobili in questione, l'imposta ipotecaria del 2% e l'imposta catastale dell'1%.

I trasferimenti per donazione fatti a favore di soggetti diversi dal coniuge, dai parenti in linea retta fino al quarto grado, erano soggetti "alle imposte sui trasferimenti ordinariamente applicabili per le operazioni a titolo oneroso se il valore della quota spettante a ciascun beneficiario è superiore all'importo di 350 milioni di

¹⁰ In alcuni casi in misura superiore rispetto al passato (ad esempio per il coniuge e per i parenti in linea retta, nonché per i portatori di handicap), in altri casi in misura inferiore rispetto al passato (per i fratelli e per le sorelle).

¹¹ Si veda Angelo Busani, *Ritorna in vigore l'imposta sulle successioni e donazioni*, in *Corriere Tributario*, 2, 2007, p. 91 e ss.

¹² Nel caso di un'abitazione, per cui ci si poteva avvalere dell'agevolazione "prima casa", le imposte ipotecaria e catastale si potevano applicare nella misura fissa di 168 euro cadauna.

lire. In detta ipotesi si applicano, sulla parte di valore della quota che supera l'importo di 350 milioni di lire, le aliquote previste per il corrispondente atto di trasferimento a titolo oneroso" *ex art. 13, comma 2, Legge n. 383/2001.*

Il D.L. n. 262/2006 ha reso di nuovo applicabili le norme dettate dal T.U. sulle Successioni e donazioni del 1990.

Ha, inoltre, rimodulato i valori delle aliquote e delle franchigie con cui le imposte vengono applicate ed ha esteso l'ambito di applicazione soggettivo dell'imposta di donazione¹³.

Questo ritorno al passato dell'imposta di successione significa, in particolare, che oggetto di tassazione per successione *mortis causa* è la somma algebrica del valore di tutti i beni trasmessi dal defunto ai propri eredi¹⁴, detratti i debiti che il defunto avesse a suo carico all'atto dell'apertura della successione¹⁵.

Con la legge di conversione del D.L. n. 262/2006 sia per le successioni che per le donazioni le aliquote vengono differenziate a seconda che successori (eredi o legatari) siano:

- il coniuge e i parenti in linea retta: l'aliquota è del 4%, con franchigia di 1 milione di euro da moltiplicare tante volte quanti sono i beneficiari;
- i fratelli e le sorelle: l'aliquota è del 6%, con franchigia di 100.000 euro da moltiplicare tante volte quanti sono i beneficiari;
- gli altri parenti fino al quarto grado, gli affini in linea retta e gli affini in linea collaterale fino al terzo grado: anche qui vi è l'aliquota è del 6%, ma senza alcuna franchigia;
- altri soggetti diversi dai precedenti: l'aliquota è dell'8%, senza franchigia.

Qualora soggetto beneficiario del trasferimento fosse una persona portatrice di handicap riconosciuto grave secondo quanto stabilito dalla Legge 5 febbraio 1992,

¹³ Anita Mauro, *I chiarimenti dell'Agenzia delle Entrate sulle imposte di successione e donazione*, op.cit., p. 859.

¹⁴ Fatta eccezione per alcuni particolari cespiti, come i Titoli di Stato, esplicitamente dichiarati esenti dall'imposta.

¹⁵ Più specificamente, oggetto di tassazione per successione sono in particolare:

- a) gli immobili (ai quali si devono applicare pure le imposte ipotecaria e catastale);
 - b) le aziende;
 - c) le azioni e le quote di partecipazione al capitale di società;
 - d) le obbligazioni;
 - e) i crediti, e quindi anche le quote di fondo comune di investimento, per la parte del loro valore non corrispondente al valore dei Titoli di Stato presenti nel fondo;
 - f) il denaro;
 - g) i beni mobili in genere (ad esempio, il mobilio e i gioielli).
- Visto che, come detto, sono tassati con l'imposta di successione anche i crediti, con la legge di conversione si torna dunque anche al "blocco" dei rapporti bancari del defunto in attesa della dimostrazione al debitore (e cioè alla banca) del pagamento del carico fiscale dovuto dagli eredi.

n. 104, l'imposta si applica esclusivamente sulla parte del valore della quota o del legato che supera l'ammontare di 1 milione e 500 mila euro¹⁶.

Per effetto del decreto del 2006 sia per i trasferimenti a causa di morte che per quelli effettuati per donazione veniva applicata l'imposta di registro e, nel caso di immobili, le imposte ipotecaria e catastale.

In entrambi i trasferimenti, le imposte ipotecaria e catastale si applicano con le aliquote, rispettivamente, del 2 e dell'1%¹⁷.

Per quanto concerne l'entrata in vigore, bisogna sottolineare che essa risulta parzialmente retroattiva.

La Legge n. 286 detta una specifica disciplina nell'ambito della sua entrata in vigore, distinguendo tra la tassazione delle donazioni e quella dei trasferimenti *mortis causa*.

Relativamente alle donazioni, la regola è che di norma viene scritta nelle

¹⁶ Si riporta, per comodità, il testo dell'art. 2, commi 47-50, del D.L. n. 262/2006, convertito nelle Legge n. 286/2006, così come modificato dall'art. 1, comma 77, della Legge n. 296/2006, cosiddette Legge Finanziaria 2007:

"47. è istituita l'imposta sulle successioni e donazioni sui trasferimenti di beni e diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito e sulla costituzione di vincoli di destinazione, secondo le disposizioni del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni, di cui al D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, nel testo vigente alla data del 24 ottobre 2001, fatto salvo quanto previsto dai commi da 48 a 54.

48. I trasferimenti di beni e diritti per causa di morte sono soggetti all'imposta di cui al comma 47 con le seguenti aliquote sul valore complessivo netto dei beni:

a) devoluti a favore del coniuge e dei parenti in linea retta sul valore complessivo netto eccedente, per ciascun beneficiario, 1.000.000 di euro: 4 per cento;

a-bis) devoluti in favore dei fratelli e delle sorelle sul valore complessivo netto eccedente, per ciascun beneficiario, 100.000 euro: 6 per cento;

b) devoluti a favore degli altri parenti fino al quarto grado e degli affini in linea retta, nonché degli affini in linea collaterale fino al terzo grado: 6 per cento;

c) devoluti a favore di altri soggetti: 8 per cento.

49. Per le donazioni e gli atti di trasferimento a titolo gratuito di beni e diritti e la costituzione di vincoli di destinazione di beni l'imposta è determinata dall'applicazione delle seguenti aliquote al valore globale dei beni e dei diritti al netto degli oneri da cui è gravato il beneficiario diversi da quelli indicati dall'art. 58, comma 1, del citato testo unico di cui al D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, ovvero, se la donazione è fatta congiuntamente a favore di più soggetti o se in uno stesso atto sono compresi più atti di disposizione a favore di soggetti diversi, al valore delle quote dei beni o diritti attribuiti:

a) a favore del coniuge e dei parenti in linea retta sul valore complessivo netto eccedente, per ciascun beneficiario, 1.000.000 di euro: 4 per cento;

a-bis) a favore dei fratelli e delle sorelle sul valore complessivo netto eccedente, per ciascun beneficiario, 100.000 euro: 6 per cento;

b) a favore degli altri parenti fino al quarto grado e degli affini in linea retta, nonché degli affini in linea collaterale fino al terzo grado: 6 per cento;

c) a favore di altri soggetti: 8 per cento.

49-bis. Se il beneficiario dei trasferimenti di cui ai commi 48 e 49 è una persona portatrice di *handicap* riconosciuto grave ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104, l'imposta si applica esclusivamente sulla parte del valore della quota o del legato che supera l'ammontare di 1.500.000 euro.

50. Per quanto non disposto dai commi da 47 a 49 e da 51 a 54 si applicano, quanto compatibili, le disposizioni previste dal citato testo unico di cui al D. Lgs. del 31 ottobre 1990, n. 346, nel testo vigente alla data del 24 ottobre 2001".

¹⁷ Nel caso in cui il soggetto beneficiario si trovi nella condizione per poter richiedere i benefici dell'acquisto "prima casa", le imposte in parola sono dovute nella misura fissa di 168 euro cadauna.

Leggi di conversione dei Decreti Legge e, pertanto, le nuove disposizioni si applicano alle donazioni stipulate dalla data di entrata in vigore della Legge di conversione¹⁸.

Alle donazioni stipulate dal 3 ottobre 2006 al 29 novembre 2006¹⁹, si applica la tassazione disposta dal D.L. n. 262/2006.

Dunque, detta tassazione troverà applicazione solo per le donazioni stipulate dalla data di entrata in vigore della legge *de qua*.

Per quello che riguarda la tassazione dei trasferimenti *mortis causa*, la Legge n. 286 del 2006 contiene una previsione di retroattività.

Viene sancito, infatti, che le nuove norme recate dalla predetta legge di conversione, generalmente più favorevoli di quelle recate dal D.L. n. 262/2006, si applicano non solo alle successioni che si sono aperte in data successiva alla sua entrata in vigore, ma anche a quelle apertesesi fin dal 3 ottobre 2006²⁰.

Si è osservato in dottrina²¹ che il Legislatore in seguito ad un disperato tentativo effettuato con il D.L. del 2006 di attrarre il fenomeno successorio nel novero dell'imposta di registro, ha scelto di istituire nuovamente l'imposta in oggetto, disciplinandola, ad eccezione di particolari aspetti disciplinati dai commi 48 a 54 dell'art. 2 del citato decreto, come modificato dalla Legge di conversione, attraverso il rinvio al testo del D. Lgs. n. 346/1990, e prevedendo in particolare al comma 50 del citato art. 2 del decreto stesso, che il *corpus* normativo cui è operato il rinvio si applichi "in quanto compatibile" con le disposizioni dei citati commi da 47 a 54.

¹⁸ Non vale la data di registrazione del contratto, ma quella di stipula.

¹⁹ Data di entrata in vigore della Legge di conversione.

²⁰ Si veda Angelo Busani, *Ritorna in vigore l'imposta sulle successioni e donazioni*, op. cit., p. 96, dove viene evidenziato che, per i decessi avvenuti fino a tutto il 2 ottobre 2006 si deve applicare la tassazione disposta dalla legislazione previgente al D.L. n. 262/2006, mentre per le successioni apertesesi dal 3 ottobre 2006 in poi, non si applica la tassazione di cui al predetto decreto, ma quelle stabilite dalla legge di conversione.

²¹ S. Ghinassi, *L'istituto del "coacervo" nella nuova imposta sulle successioni e donazioni*, in *Rassegna Tributaria*, 3, 2007, p. 740. L'Autore nell'opera sostiene che vigente il D. Lgs. n. 346/1990, almeno fino alle novità intervenute a seguito dell'intervento operato con la Legge n. 342/2000, il collegamento tra la tassazione delle donazioni fatte in vita dagli eredi e legatari e l'imposta dovuta sulla successione del donante era attuato dal Legislatore fiscale attraverso l'istituto del "coacervo", disciplinato dalla disposizione di cui all'art. 8, comma 4, del predetto D. Lgs. n. 346/1990.

La citata norma, imponendo il cumulo delle donazioni pregresse "ai fini della determinazione dell'aliquota applicabile" all'attivo ereditario, da un lato rappresentava il più chiaro punto di emersione della necessità di una disciplina unitaria delle liberalità effettuate in vita e della seguente successione, dall'altro e conseguentemente nell'ottica di un'imposta all'epoca sensibilmente progressiva, costituiva un meccanismo antielusivo per evitare che il soggetto passivo, attraverso donazioni frazionate disposte in vita a favore degli eredi e dei legatari, aggirasse gli effetti fiscali sfavorevoli di detta progressività o che potesse giungere ad azzerare il prelievo mediante donazioni singolarmente inferiori al minimo imponibile.

3. Ambito applicativo dell'imposta sulle successioni e donazioni ed esenzioni a seguito della Legge 27 dicembre 2006, n. 296 (c.d. Legge Finanziaria 2007) e della Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (c.d. Legge Finanziaria 2008)

Il nuovo quadro normativo riferito alle successioni, donazioni ed altri atti a titolo gratuito lo si desume dall'art. 2, commi da 47 a 53, del D.L. n. 262/2006, convertito con modificazioni nella Legge n. 286/2006, dall'art. 1, commi da 77 a 79, della Legge n. 296/2006 (Legge Finanziaria per il 2007) e dall'art. 1, comma 31, della Legge n. 244/2007 (Legge Finanziaria per il 2008).

In base al combinato disposto degli artt. 1 del T.U. n. 346/1990 e art. 2, comma 47 del D.L. n. 262/2006, l'imposta in oggetto viene applicata:

- ai trasferimenti di beni e diritti attraverso la successione *mortis causa*;
- alle donazioni o alle altre liberalità tra vivi²²;
- liberalità indirette "...risultanti da atti soggetti a registrazione..";
- "...costituzione di vincoli di destinazione..", quali costituzione di trust²³,

costituzione di fondo patrimoniale, intestazione fiduciaria di beni;

- trasferimento di beni e diritti mediante atti a titolo gratuito;
- "...costituzione di diritti reali di godimento, la rinuncia a diritti reali o di credito e la costituzione di rendite o pensioni".

In riferimento alle esenzioni previste per i trasferimenti di aziende e partecipazioni sociali, l'art. 1, comma 78, lett. a), della Finanziaria 2007, inserendo nell'art. 3 del T.U. n. 346 del 1990, il comma 4-*ter*, ha ampliato la categoria delle fattispecie esenti dall'imposta in parola.

Il comma 4-*ter*, in vigore dal 1° gennaio 2007, dispone che "I trasferimenti, effettuati anche tramite i patti di famiglia²⁴ di cui agli articoli 768-*bis* e seguenti del codice civile a favore dei discendenti, e 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 I, lettera a), del Testo Unico delle imposte sui redditi, di cui al

²² Escluse le erogazioni liberali effettuate per "...spese di mantenimento e di educazione e quelle sostenute per malattia,..quelle ordinarie fatte per abbigliamento o per nozze e le donazioni per modico valore".

²³ Sul trattamento fiscale del Trust si veda Michele Cantillo, *Il regime fiscale del Trust dopo la Finanziaria 2007*, in *Rassegna Tributaria*, 4, 2007, p. 1047.

²⁴ Il Patto di famiglia è stato introdotto nell'ordinamento giuridico italiano a seguito dell'emanazione della Legge 14 febbraio 2006, n.55. L'istituto *de quo* persegue la finalità di regolamentare il passaggio generazionale delle aziende con gli effetti anticipatori della successione.

Secondo il disposto normativo di cui all'articolo 768-*bis* cod. civ., il patto di famiglia è «... il contratto con cui ... l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti».

L'art. 768-*ter* sancisce per detto contratto la conclusione a pena di nullità per atto pubblico.

Il patto di famiglia è riconducibile nell'ambito della categoria degli atti a titolo gratuito.

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".

La Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Finanziaria 2008)²⁵, ha esteso detta agevolazione anche ai trasferimenti di aziende o rami di esse, nonché di azioni o quote sociali effettuati in favore del coniuge del dante causa, con decorrenza dal 1 ° gennaio 2008.

Siffatto regime di favore troverà applicazione per i trasferimenti a favore dei discendenti o del coniuge di aziende o rami di aziende e quote sociali o azioni²⁶.

Qualora oggetto del trasferimento siano quote sociali o azioni emesse dai soggetti di cui alla disposizione di cui all'art. 73, comma 1, lett. A) del Testo Unico delle Imposte sui Redditi e cioè S.p.A., S.a.p.a. e S.r.l. od anche società cooperative e società di mutua assicurazione residenti nel territorio dello Stato, l'esenzione spetta per il solo trasferimento di partecipazioni "...mediante le quali è acquisito o integrato il controllo ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, n. 1), del codice civile".

Nel caso in cui, invece, il trasferimento abbia ad oggetto azioni o quote di

²⁵ L'art. 1, comma 31, della Legge Finanziaria 2008, ha disposto l'estensione dell'agevolazione in questione. Risultano, pertanto, esenti dall'imposta *de qua* i trasferimenti di aziende o rami di esse, di azioni e quote sociali, attuati in favore dei discendenti e del coniuge mediante disposizioni *mortis causa*, donazioni, atti a titolo gratuito o costituzione di vincoli di destinazione, nonché mediante patti di famiglia di cui agli articoli 768-bis e ss. cod. civ.

La norma citata è utile al fine di favorire il passaggio generazionale delle aziende di famiglia e, pertanto, non può considerarsi applicabile al trasferimento di quei titoli che, per loro natura, non permettono di attuare tale passaggio, quali i titoli obbligazionari.

Per la stessa ragione l'esenzione in esame non potrà essere applicata quando il soggetto beneficiario sia un soggetto societario o una persona fisica non "coniuge" o "discendente" del *de cuius*.

²⁶ Si veda Agenzia delle Entrate – Direzione centrale normativa e contenzioso, *Circolare 22 gennaio n. 3 /E – Oggetto: Successioni, donazioni, atti a titolo gratuito e costituzione di vincoli di destinazione, in I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato – Analisi interpretative e novità della circolare 3/E 2008 dell'Agenzia delle Entrate, 3, 2008, p. 159 e ss.*

partecipazioni in società di capitali, detta agevolazione²⁷ viene applicata se il soggetto beneficiario del trasferimento, per effetto dello stesso possa disporre del controllo della società secondo quanto sancito dall'art. 2359, comma primo, n. 1), cod. civ.²⁸.

La novella condiziona la permanenza delle agevolazioni alle ulteriori condizioni della prosecuzione dell'esercizio dell'attività d'impresa ovvero della detenzione del controllo nell'ambito societario per un periodo di cinque anni dalla data di trasferimento²⁹.

Si può decadere dal beneficio di cui sopra anche parzialmente, nell'ipotesi in cui il soggetto beneficiario venda un ramo dell'azienda nel corso dei cinque anni.

Bisogna sottolineare, però, che nell'esempio appena fatto la decadenza opererà limitatamente al ramo di azienda ceduto³⁰.

Il conferimento dell'azienda o della partecipazione in un'altra società non fa decadere automaticamente dall'agevolazione.

In relazione al mantenimento dell'esenzione *de qua*, il conferimento potrà essere equiparato al proseguimento dell'esercizio dell'attività d'impresa.

Il comma 78 dell'art. 1 della Finanziaria 2007, come modificato dal comma 31, dell'art. 1 della Finanziaria 2008, nell'aggiungere il comma 4-*quater* all'art. 3 del T.U. del 1990, ha introdotto una rilevante innovazione, consistente nella sottrazione dalla imposta in esame dei "trasferimenti, effettuati anche tramite i patti di famiglia di cui all'art. 768-*bis* e seguenti del codice civile a favore dei discendenti e del coniuge, di aziende o rami di aziende, di quote sociali e di azioni".

Seppure il trasferimento fosse stato effettuato tramite i patti di famiglia, per poter usufruire dell'agevolazione in oggetto occorrerà in ogni caso che i beneficiari proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa ovvero detengano il controllo per un periodo non inferiore al quinquennio dalla data del trasferimento e che rendano, contestualmente alla stipula del patto di famiglia, una dichiarazione con cui si

²⁷ È necessario evidenziare che per godere dell'agevolazione in questione "...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".

²⁸ Maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria.

²⁹ Massimo Basilavecchia e Adriano Pischetola, *Tassazione dei patti di famiglia e dei trasferimenti di cui all'art. 1 comma 78 Legge 27 dicembre 2006, n. 296 (c.d. Finanziaria 2007)*, Studio n. 43-2007/T del Consiglio Nazionale del Notariato – Approvato dalla Commissione Studi Tributarie il 18 aprile 2008, in *Gazzetta Notarile*, 4/6, 2008, p. 241.

Si consulti anche Basilavecchia, *Trasferimenti di azienda in favore del coniuge, Legge Finanziaria 2008: disposizioni di interesse notarile*. Rassegna coordinata dopo la pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale* in C.N.N. Notizie del 3 gennaio 2008.

³⁰ Purchè per la parte d'azienda non trasferita, il cedente prosegua l'esercizio dell'attività d'impresa.

impegnino al rispetto delle richiamate condizioni³¹.

³¹ Si veda ancora Agenzia delle Entrate – Direzione centrale normativa e contenzioso, *Circolare 22 gennaio n. 3 /E – Oggetto: Successioni, donazioni, atti a titolo gratuito e costituzione di vincoli di destinazione*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato – Analisi interpretative e novità della circolare 3/E 2008 dell'Agenzia delle Entrate*, 3, 2008, p. 162, dove si chiarisce che l'agevolazione di cui all'articolo 3, comma 4-ter, del T.U. n. 346/1990 si applica in modo esclusivo con riferimento al trasferimento realizzato con lo strumento introdotto dalla Legge n. 55/2006 e non concerne anche l'attribuzione di somme di denaro o di beni eventualmente posta in essere dall'assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni sociali in favore degli altri partecipanti al contratto.

Queste attribuzioni saranno assoggettate all'imposta sulle successioni e donazioni.

Ancora si rileva che i partecipanti al patto non assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali possono rinunciare all'attribuzione in denaro o in natura loro spettante, secondo quanto stabilito dall'art. 768-*quater*, comma 2, cod. civ.

Nozione di tributo e giurisdizione del giudice speciale nell'insegnamento della Corte Costituzionale.

di Dea Squillante*

1. Introduzione. – **2.** La nozione di tributo negli ultimi orientamenti della giurisprudenza. – **3.** Sentenza della Corte Costituzionale n. 335/2008: natura della tariffa del servizio idrico integrato. – **4.** Conclusioni.

1. Introduzione.

La confusione normativa e l'assenza di principi chiari riguardo la nozione di tributo e relativa giurisdizione, nonché il caotico ed incoerente allargamento delle materie di competenza delle Commissioni tributarie (oggetto delle evoluzioni legislative), ha determinato, nel tempo, una feconda attività della Corte Costituzionale. Ne sono esempio cardine, infatti, alcune sentenze pronunciate dalla Consulta proprio nel corso del 2008 (in particolare, sentt. n.64 del 14 marzo 2008 in tema di Cosap, n.130 del 14 maggio 2008 sul lavoro nero, e la recentissima sent. 335 del 10 ottobre 2008 sul canone di depurazione), le quali chiariscono innanzitutto il concetto di tributo ed i limiti di competenza dei giudici tributari, da un lato, ma risolvono in parte un contrasto interpretativo con la Suprema Corte sorto già da tempo in tema di processo tributario, dall'altro.

Nel lavoro che segue si vuole ripercorrere il ragionamento della Consulta in tema di nozione di tributo e giurisdizione speciale, mettendo in risalto come sia di fondamentale importanza l'individuazione della natura di una prestazione patrimoniale dovuta da un soggetto in qualità di contribuente o di semplice parte di un rapporto sinallagmatico di diritto privato.

* Dottore di Ricerca presso il Dipartimento di Scienze Internazionalistiche e Studi sul Sistema Politico ed Istituzionale Europeo – Sezione di Finanza Pubblica - dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

2. La nozione di tributo negli ultimi orientamenti della giurisprudenza.

Il linguaggio comune e quello giuridico non sempre coincidono nel loro significato; infatti, termini come tributo, imposta, tassa, tariffa, canone, ecc. vengono usati, molto spesso, con significati equivalenti anche se, giuridicamente, indicano istituti ben diversi. Inoltre, la carenza di una definizione normativa specifica che indichi e spieghi le tassative differenze che distinguono i singoli tributi ha comportato una necessaria interpretazione (sempre in evoluzione) da parte dei giuristi che hanno cercato di formulare definizioni quanto più appropriate e chiare rispetto alla natura e alla funzione dei tributi medesimi.

In linea di principio, possiamo sicuramente affermare che la nozione di tributo ha subito delle profonde evoluzioni; partendo dalle impostazioni degli studi di scienze delle finanze e considerando la forte influenza della dottrina tedesca di diritto pubblico, il tributo è stato da sempre visto quale espressione tipica della sovranità dello Stato. Di qui, l'individuazione di esso come entrata coattiva, autoritativa, nel senso che la sua obbligatorietà deriva dall'autorità dello Stato ed è, dunque, imposta. Ma, se da un lato la coattività distingue il tributo dalle entrate di diritto privato, essa diventa requisito necessario ma non più sufficiente a distinguerlo dalle altre entrate di diritto pubblico (si pensi, ad esempio, alle sanzioni pubbliche). Infatti, la Corte delle leggi e la Corte di Cassazione hanno ricompreso fra le prestazioni patrimoniali imposte fattispecie fra loro diverse e di difficile omologazione, accomunate però dall'essere caratterizzate da un depauperamento coattivamente imposto da una fonte normativa primaria e dall'essenzialità di un atto autoritativo emanante da un soggetto che eserciti una potestà pubblica.

Pertanto, nella nozione di prestazione patrimoniale imposta sono stati ricompresi non solo i tributi ma anche i contributi, le tariffe dovute a soggetti appartenenti all'apparato pubblico generalmente inteso, con riferimento a prestazioni da questi erogate¹.

¹ In particolare, secondo alcune decisioni hanno natura tributaria i contributi agli enti provinciali del turismo, le tasse ed i corrispettivi generici da pagare con riferimento a prestazioni di pubblico servizio, le tasse per il ritiro dei rifiuti solidi urbani, le tasse per l'occupazione di suolo pubblico, i corrispettivi di contratti coattivi, i canoni telefonici, i canoni di abbonamento radiotelevisivo, i contributi previdenziali ed assistenziali obbligatori, i diritti d'imbarco corrisposti per il solo fatto dell'utilizzo di aeroporti aperti al trasporto civile. In particolare, fra le tante, si citano le seguenti decisioni tratte dalla rassegna della Corte Costituzionale:
- in materia di imposizioni tributarie atipiche, quali i contributi agli enti provinciali del turismo, Corte Cost. n. 47/1957;
- in materia di tariffe per servizi comunali di affissione e pubblicità, Corte Cost. n. 36/1959;

In verità, il tema del tributo non ha sempre caratterizzato la Corte Costituzionale e la Suprema Corte per univocità di orientamento. Se, da un lato, la Consulta ha fornito interventi chiarificatori partendo dal concetto di legge tributaria prima ancora che da quello di tributo², dall'altro, la Corte di Cassazione ne ha elaborato un concetto dilatato, sia sotto l'aspetto oggettivo che soggettivo. Si legge, infatti, nella sentenza della Corte, a Sezioni Unite, n. 25551 del 23/10/2007, che *"Per poter affermare la giurisdizione tributaria quando si controverte di un'entrata pubblica, occorre predicarne la natura di "tributo", nozione questa che è comprensiva di imposte e di tasse: le imposte afferiscono a fatti che manifestano la capacità contributiva del soggetto e sono dirette ad approntare i mezzi finanziari per il perseguimento dei fini generali dello Stato o di altri enti impositori; le tasse sono invece legate al finanziamento, in particolare, di un'attività o di un servizio pubblico e riguardano specificamente il contribuente, potenziale o effettivo fruitore dello stesso"*.

Dunque, le imposte sono il mezzo deputato ad alimentare la finanza pubblica in generale per perseguire finalità di interesse pubblico e devono essere rapportate alla capacità contributiva del soggetto passivo dell'obbligazione tributaria; le tasse, invece, costituiscono entrate pubbliche differenziate poiché sarebbero destinate al finanziamento di una funzione o di un servizio pubblico specifico imputabile al reale o potenziale fruitore del servizio medesimo. Secondo la dottrina, le tasse potrebbero rappresentare la linea di confine tra le imposte e le altre entrate patrimoniali extratributarie. Ma ancora, la sentenza prosegue affermando che: *"Deve quindi distinguersi tra tassa, da una parte, che condivide la natura tributaria delle imposte, e, dall'altra, canoni (o tariffe o diritti speciali) e prezzi pubblici, che rientrano nella categoria delle entrate patrimoniali pubbliche extratributarie; distinzione questa che si racchiude in una qualificazione formale prima ancora che contenutistica. E' il legislatore che assegna ad una determinata prestazione del soggetto che fruisce il servizio la qualificazione di tassa, e così la*

- in materia di tasse per il ritiro dei rifiuti solidi urbani, Corte Cost. n. 51/1960, Cass. n. 6954/2003;
 - in materia di tasse per l'occupazione di suolo pubblico, Corte Cost. n. 88/1966;
 - in materia di canoni telefonici Corte Cost. n. 72/1969;
 - in materia di canoni di abbonamento radiotelevisivo Corte Cost. n. 535/1988, Cass. 1441/1996, Corte Cost. 284/2002;
 - con riferimento ai contributi previdenziali ed assistenziali obbligatori Corte Cost. n. 146/1972, Corte Cost. n. 21/1969;
 - in materia di diritti d'imbarco corrisposti per il solo fatto dell'utilizzo di aeroporti aperti al trasporto civile, Cass. SS. UU. 20.5.2003 n.7944.
² **Villani M.**, Il concetto di tributo ai fini dell'individuazione della giurisdizione delle Commissioni Tributarie, in <http://www.fiscoetasse.it>, 11/12/2008.

assoggetta al regime dei "tributi", ovvero di canone o prezzo pubblico; e costruisce alternativamente il nesso tra entrata pubblica ed erogazione del servizio vuoi in termini di para commutatività (tassa), vuoi di commutatività o di vera e propria sinallagmaticità (entrate pubbliche extratributarie); come risultava, ad esempio, dal raffronto tra canone demaniale e tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche la cui sottile linea di demarcazione, in presenza di due fattispecie aventi chiaramente un comune sostrato economico, correva lungo il tracciato della diversa costruzione normativa".

Se ne deduce che una prestazione patrimoniale imposta assume la qualificazione di tassa soltanto se il legislatore lo ha disposto espressamente. Altrimenti, tale prestazione rientrerà nel diverso insieme di entrate extratributarie, a meno che essa non presenti marcate caratteristiche sostanziali che permettano di assimilarla più ad un tributo che ad una prestazione di natura diversa, anche se non espressamente disciplinata dal legislatore.

Diverso l'orientamento della Corte Costituzionale, che esclude la condizione della espressa qualificazione formale normativa. Infatti, la sentenza n. 64/2008, di notevole interesse sul tema trattato, precisa i *"criteri che, indipendentemente dal nomen iuris utilizzato dalla normativa che disciplina tali entrate, consistono nella doverosità della prestazione e nel collegamento di questa alla pubblica spesa, con riferimento ad un presupposto economicamente rilevante"* (si veda anche: sentenze n. 334 del 2006 e n. 73 del 2005). Per cui, si assiste ad una scissione del tributo dal nomen iuris usato dal legislatore. Esso si caratterizzerebbe per la connessione dell'obbligo di prestazione finalizzato alla contribuzione della spesa pubblica, con riferimento ad un presupposto economicamente rilevante.

Strettamente collegato al problema della natura della prestazione pecuniaria coattiva è quello della giurisdizione. Nella citata sentenza la Consulta afferma la competenza del giudice ordinario e non delle Commissioni tributarie in materia di Cosap³, ritenendo di non poter attribuire natura tributaria al suddetto canone e precisando che l'attribuzione di controversie non tributarie alla giurisdizione tributaria comporterebbe la violazione dell'art. 102 della Costituzione, cioè il divieto di istituire giudici speciali. Si legge nel testo della sentenza: *"il difetto della natura tributaria della controversia fa necessariamente venir meno il fondamento costituzionale della giurisdizione del giudice tributario, con la conseguenza che l'attribuzione a tale giudice della cognizione della suddetta controversia si risolve inevitabilmente nella creazione, costituzionalmente*

³ Canone per l'occupazione permanente di spazi ed aree pubbliche.

vietata, di un nuovo giudice speciale".

La corte Costituzionale, rifacendosi al *diritto vivente* espresso dalla Suprema Corte, conferma quanto già detto dalla medesima. Infatti, non è possibile sovrapporre perfettamente Cosap e Tosap⁴, poiché il primo è stato concepito dal legislatore come un quid ontologicamente diverso, sotto il profilo strettamente giuridico, dal tributo Tosap, in luogo del quale può essere applicato; inoltre, risulta disegnato come corrispettivo di una concessione, reale o presunta (nel caso di occupazione abusiva), dell'uso esclusivo o speciale di beni pubblici.

In definitiva, tale sentenza è di rilevante interesse poiché appiana un contrasto giurisprudenziale precedente e chiarisce, con il riferimento esplicito al *diritto vivente* della Corte di Cassazione, alcuni punti importanti sul tema in oggetto. Per cui, l'individuazione della natura di una prestazione è di fondamentale importanza perché da ciò dipende la legittimità del giudice adito, in caso di controversia tra le parti.

La sentenza n. 64/2008 è stata richiamata anche in una sentenza successiva, la n. 130/2008, con cui la Consulta ha dichiarato illegittimo l'art. 2, comma 1, D. Lgs. n.546/92 nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione tributaria le controversie relative alle sanzioni irrogate da uffici finanziari. Con riferimento specifico all'oggetto della questione, le sanzioni in tema di lavoro non hanno natura tributaria e non possono certo acquisirla soltanto perché irrogate dall'ufficio finanziario formalmente competente a farlo (ordinanza n.34/2006). Così, ed è qui il riferimento alla sentenza n.64, la Corte ribadisce la violazione dell'art. 102 Cost. in caso di errata attribuzione alla giurisdizione tributaria di controversie aventi natura non tributaria⁵.

Concludendo, quello che in passato era un ampio campo d'azione della giurisprudenza tributaria, attribuito da un legislatore in certi casi leggero, è stato ridimensionato dalla Corte Costituzionale. In tal modo, il contribuente non potrà adire sempre il giudice tributario per dirimere questioni che riguardano tributi e prestazioni che, invece, non hanno natura tributaria.

⁴ Tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche.

⁵ Dice la Corte Costituzionale nella sentenza: "*Non c'è dubbio che la lettura che dell'art. 2, comma 1, del D.Lgs. n. 546 del 1992, dà il diritto vivente finisce per attribuire alla giurisdizione tributaria le controversie relative a sanzioni unicamente sulla base del mero criterio soggettivo costituito dalla natura finanziaria dell'organo competente ad irrogarle e, dunque, a prescindere dalla natura tributaria cui tali sanzioni ineriscono. Essa, dunque, si pone in contrasto con l'art. 102, secondo comma, e con la VI disposizione transitoria della Costituzione, risolvendosi nella creazione di un nuovo giudice speciale*".

3. Sentenza della Corte Costituzionale n. 335/2008: natura della tariffa del servizio idrico integrato.

Con sentenza n.335 del 10 ottobre 2008, la Corte Costituzionale ha sancito l'illegittimità dell'art. 14, comma 1, legge 5 gennaio 1994, n.36⁶ (disposizioni in materia di norme idriche, Legge Galli) e dell'art. 155, comma 1, primo periodo, del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (norme in materia ambientale) nella parte in cui è previsto l'obbligo, per il contribuente, di versare la relativa quota della tariffa, anche quando gli impianti di depurazione manchino o siano temporaneamente inattivi. La tariffa del servizio idrico integrato è corrisposta a fronte dell'attività diretta alla generale gestione delle acque (da parte del gestore e per conto dei Comuni), e cumula in sé tre distinti elementi: servizio acque potabili, servizio fognatura e servizio trattamento reflui.

Il giudice rimettente (giudice di pace di Gragnano) sollevava questione di legittimità della citata normativa rispetto agli articoli 2, 3, 32, 41 e 97 della Costituzione, affermando soprattutto che la società convenuta aveva richiesto il pagamento del canone di depurazione pur non avendo effettuato il servizio di depurazione delle acque reflue, né potendolo fare, a causa della carenza degli impianti. Inoltre, tale servizio costituirebbe il corrispettivo di una prestazione complessa, correlata all'approvvigionamento idrico,

⁶ Art. 14 - (Tariffa del servizio di fognatura e depurazione) [1] :

1. La quota di tariffa riferita al servizio di pubblica fognatura e di depurazione è dovuta dagli utenti anche nel caso in cui la fognatura sia sprovvista di impianti centralizzati di depurazione o questi siano temporaneamente inattivi. I relativi proventi, determinati ai sensi dell'articolo 3, commi da 42 a 47, della legge 28 dicembre 1995, n. 549, aumentati della percentuale di cui al punto 2.3 della delibera CIPE 4 aprile 2001, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 165 del 18 luglio 2001, affluiscono a un fondo vincolato a disposizione dei soggetti gestori del Servizio idrico integrato la cui utilizzazione è vincolata alla attuazione del piano d'ambito. [2]

1-bis. I comuni già provvisti di impianti centralizzati di depurazione funzionanti, che non si trovino in condizione di dissesto, destinano i proventi derivanti dal canone di depurazione e fognatura prioritariamente alla gestione e manutenzione degli impianti medesimi [3].

2. Gli utenti tenuti all'obbligo di versamento della tariffa riferita al servizio di pubblica fognatura, di cui al comma 1, sono esentati dal pagamento di qualsivoglia altra tariffa eventualmente dovuta al medesimo titolo ad altri enti.

3. Al fine della determinazione della quota tariffaria di cui al presente articolo, il volume dell'acqua scaricata è determinato in misura pari al volume di acqua fornita, prelevata o comunque accumulata.

4. Per le utenze industriali la quota tariffaria di cui al presente articolo è determinata sulla base della qualità e della quantità delle acque reflue scaricate. E' fatta salva la possibilità di determinare una quota tariffaria ridotta per le utenze che provvedono direttamente alla depurazione e che utilizzano la pubblica fognatura.

4-bis. Allo scopo di incentivare il riutilizzo di acqua reflua o già usata nel ciclo produttivo, la tariffa per le utenze industriali è ridotta in funzione dell'utilizzo nel processo produttivo di acqua reflua o già usata. La riduzione si determina applicando alla tariffa un correttivo che tiene conto della quantità di acqua riutilizzata e della quantità delle acque primarie impiegate [4].

Note:

1 Per i chiarimenti in ordine alla disciplina applicabile in materia di canone o diritto dei servizi relativi alla raccolta, l'allontanamento, la depurazione e lo scarico delle acque, vedi la circolare 5 ottobre 2000, n. 177.

2 Comma modificato dall'art. 28, comma 1, L. 31 luglio 2002, n. 179.

3 Comma inserito dall'art. 32, comma 31, L. 23 dicembre 1998, n. 448, a decorrere dal 1° gennaio 1999.

4 Comma aggiunto dall'art. 26, comma 1, D.Lgs. 11 maggio 1999, n. 152 .

civilisticamente rientrante nel contratto di somministrazione. Ma, la società convenuta replicava avvalendosi della espressa previsione di legge (articolo 14 legge 36/94) a norma della quale il canone è dovuto *"anche nel caso in cui la fognatura sia sprovvista di impianti centralizzati di depurazione"*.

Secondo i giudici della Consulta, la tariffa deve essere determinata in base a criteri analoghi a quelli stabiliti per la determinazione delle tariffe dei servizi pubblici locali dall'art. 117 D.lgs. 267/2000 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) e cioè tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari. Ciò comporta che, eliminando la diretta relazione tra pagamento della quota ed effettivo svolgimento del servizio, il primo comma dell'articolo 14 della legge Galli risulta "irragionevole" poiché non trova corrispondenza con il corrispettivo contrattuale richiesto.

Inoltre, la natura di corrispettivo della tariffa è stata riconosciuta anche dalla Suprema Corte, la quale ha ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice ordinario sul presupposto che, nel passaggio dalla disciplina previgente a quella della Legge Galli, i canoni di depurazione delle acque reflue si sono trasformati da tributo in *"corrispettivo privato"*⁷.

Ulteriore conferma di tale tesi sulla natura della tariffa si individua nella lettera b) del quinto comma dell'art. 4 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 (Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto), come modificato dall'art. 31, comma 30, della legge 23 dicembre 1998, n. 448 (Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo), i quali, come si legge in sentenza: *"considerano le quote di tariffa riferite ai servizi di fognatura e depurazione come veri e propri corrispettivi dovuti per lo svolgimento di attività commerciali, «ancorché esercitate da enti pubblici», come tali assoggettate a IVA. Infatti, la qualificazione, anche ai fini di quest'ultima imposta, di dette quote di tariffa come corrispettivi evidenzia ulteriormente la scelta del legislatore di non ricondurre le quote stesse al novero di quei «diritti, canoni, contributi» che la normativa comunitaria (da ultimo, art. 13, paragrafo 1, primo periodo, della Direttiva n. 2006/112/CE del*

⁷ Ex plurimis, Cassazione, sezioni unite civili, sentenze n. 6418 del 2005, n. 16426 e n. 10960 del 2004; tutte precedenti all'entrata in vigore dell'art. 3-bis, comma 1, del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 2 dicembre 2005, n. 248, il quale ha espressamente attribuito alla giurisdizione tributaria le controversie relative alla debenza del «canone per lo scarico e la depurazione delle acque reflue», indipendentemente dalla loro qualificazione come tributo o corrispettivo. Va detto, infatti, che altre sentenze della Cassazione sembrano configurare il canone come imposta, definendolo concorso alla spesa pubblica di un servizio considerato indivisibile e irrinunciabile: esso sarebbe quindi dovuto indipendentemente dalla effettiva fruizione del servizio e dalla istituzione di esso (per esempio, Cassazione 15885/2007).

Consiglio, del 28 novembre 2006) esclude in linea generale dall'assoggettamento a IVA, perché percepiti da enti pubblici per le attività od operazioni che esercitano in quanto pubbliche autorità”.

Concludendo, secondo la Corte Costituzionale la tariffa del servizio idrico integrato si configura, in tutte le sue componenti, come corrispettivo di una prestazione commerciale complessa, il quale, ancorché determinato nel suo ammontare in base alla legge, trova fonte non in un atto autoritativo direttamente incidente sul patrimonio dell'utente, bensì nel contratto di utenza. La connessione di tali componenti è evidenziata dal fatto che, a fronte del pagamento della tariffa, l'utente riceve un complesso di prestazioni, consistenti sia nella somministrazione della risorsa idrica, sia nella fornitura dei servizi di fognatura e depurazione. Ne consegue che la quota di tariffa riferita al servizio di depurazione, in quanto componente della complessiva tariffa del servizio idrico integrato, ne ripete necessariamente la natura di corrispettivo contrattuale, il cui ammontare è inserito automaticamente nel contratto (art. 13 della legge n. 36 del 1994).

Infine, tale sentenza si estende anche alla disciplina di cui all'art. 155⁸, comma 1, primo periodo, del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (norme in materia ambientale), nonostante la questione sia stata sollevata limitatamente alla vecchia disciplina (Legge Galli). Ciò è possibile in virtù di una norma della legge sul funzionamento della Corte (articolo 27, legge 87/53), che permette alla Corte di dichiarare anche quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità è conseguenza della decisione adottata.

⁸ Il testo dell'articolo 155 del d.lgs. n. 152/2006 (T.U. in materia ambientale) così disponeva prima dell'incisione del primo periodo del comma 1 ad opera della sentenza della Corte costituzionale n. 335/2008: “(...) 1. Le quote di tariffa riferite ai servizi di pubblica fognatura e di depurazione sono dovute dagli utenti anche nel caso in cui manchino impianti di depurazione o questi siano temporaneamente inattivi. Il gestore è tenuto a versare i relativi proventi, risultanti dalla formulazione tariffaria definita ai sensi dell'articolo 154, a un fondo vincolato intestato all'Autorità d'ambito, che lo mette a disposizione del gestore per l'attuazione degli interventi relativi alle reti di fognatura ed agli impianti di depurazione previsti dal piano d'ambito. La tariffa non è dovuta se l'utente è dotato di sistemi di collettamento e di depurazione propri, sempre che tali sistemi abbiano ricevuto specifica approvazione da parte dell'Autorità d'ambito. 2. In pendenza dell'affidamento della gestione dei servizi idrici locali al gestore del servizio idrico integrato, i comuni già provvisti di impianti di depurazione funzionanti, che non si trovino in condizione di dissesto, destinano i proventi derivanti dal canone di depurazione e fognatura prioritariamente alla manutenzione degli impianti medesimi. 3. Gli utenti tenuti al versamento della tariffa riferita al servizio di pubblica fognatura, di cui al comma 1, sono esentati dal pagamento di qualsivoglia altra tariffa eventualmente dovuta al medesimo titolo ad altri enti pubblici. 4. Al fine della determinazione della quota tariffaria di cui al presente articolo, il volume dell'acqua scaricata è determinato in misura pari al cento per cento del volume di acqua fornita. 5. Per le utenze industriali la quota tariffaria di cui al presente articolo è determinata sulla base della qualità e della quantità delle acque reflue scaricate e sulla base del principio “chi inquina paga”. È fatta salva la possibilità di determinare una quota tariffaria ridotta per le utenze che provvedono direttamente alla depurazione e che utilizzano la pubblica fognatura, sempre che i relativi sistemi di depurazione abbiano ricevuto specifica approvazione da parte dell'Autorità d'ambito. 6. Allo scopo di incentivare il riutilizzo di acqua reflua o già usata nel ciclo produttivo, la tariffa per le utenze industriali è ridotta in funzione dell'utilizzo nel processo produttivo di acqua reflua o già usata. La riduzione si determina applicando alla tariffa un correttivo, che tiene conto della quantità di acqua riutilizzata e della quantità delle acque primarie impiegate (...)”.

4. Conclusioni.

Fin dalla sua istituzione, la tariffa per il servizio idrico integrato è stata applicata e riscossa nella sua interezza anche nei comuni privi dell'impianto di depurazione, con l'unica condizione che il relativo gettito fosse assoggettato al vincolo di destinazione di realizzazione dell'impianto medesimo. Con la sentenza n. 335/2008 i giudici della Consulta, partendo dalla natura giuridica della tariffa e qualificandola come corrispettivo privatistico e non come tributo, hanno dichiarato illegittima la riscossione della stessa in caso di assenza o mancato funzionamento del depuratore.

Sintetizzando le considerazioni della Corte, possiamo segnalare quattro punti fondamentali: a) la lettera della disciplina di riferimento adotta la locuzione di "corrispettivo del servizio idrico integrato"; b) la tariffa assicura la copertura integrale dei costi del servizio, utilizzando il metodo che, in generale, è usato per remunerare i servizi pubblici, quali, ad esempio, i servizi aeroportuali (diritti aeroportuali), di accertata natura privatistica; d) la disciplina dell'IVA, contenuta nell'articolo 4, D.P.R. n. 600/1973, a mente della quale costituisce attività commerciale l'erogazione dei servizi di fognatura e depurazione, anche se svolta da enti pubblici; e) l'inapplicabilità della riscossione tramite ruolo, che rappresenta una modalità di incasso solitamente riservata alle entrate tributarie.

La pronuncia determina due conseguenze importanti. Da un lato, l'insorgenza in capo ai cittadini stabiliti in comuni privi d'impianto di depurazione del diritto al rimborso della quota indebitamente versata; dall'altro, il passaggio dalle Commissioni tributarie al g.o. della giurisdizione competente sulle liti in materia di quota relativa al servizio di fognatura e depurazione. Tale mutamento di giurisdizione è, di certo, conseguenza dei principi statuiti recentemente dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 64/2008. Infatti, come già approfondito nei paragrafi precedenti, è illegittima l'attribuzione alle Commissioni delle controversie non attinenti entrate tributarie, per violazione del divieto di istituzione di giudici speciali, sancito nell'articolo 102 della Costituzione.

BIBLIOGRAFIA

- De Mita E., *Gli slalom del canone di depurazione*, da *"Il Sole 24 ORE"*, *NORME E TRIBUTI - FISCO E COSTITUZIONE*, Domenica 26 Ottobre 2008
- Villani M., *Il concetto di tributo ai fini dell'individuazione della giurisdizione delle Commissioni Tributarie*, in <http://www.fiscoetasse.it>, 11/12/2008.
- Tesauro F., *Istituzioni di diritto tributario*, UTET Giuridica, 2007.
- *Rassegna Corte Costituzionale e Corte di Cassazione*



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE INTERNAZIONALISTICHE E STUDI SUL SISTEMA POLITICO ED ISTITUZIONALE EUROPEO