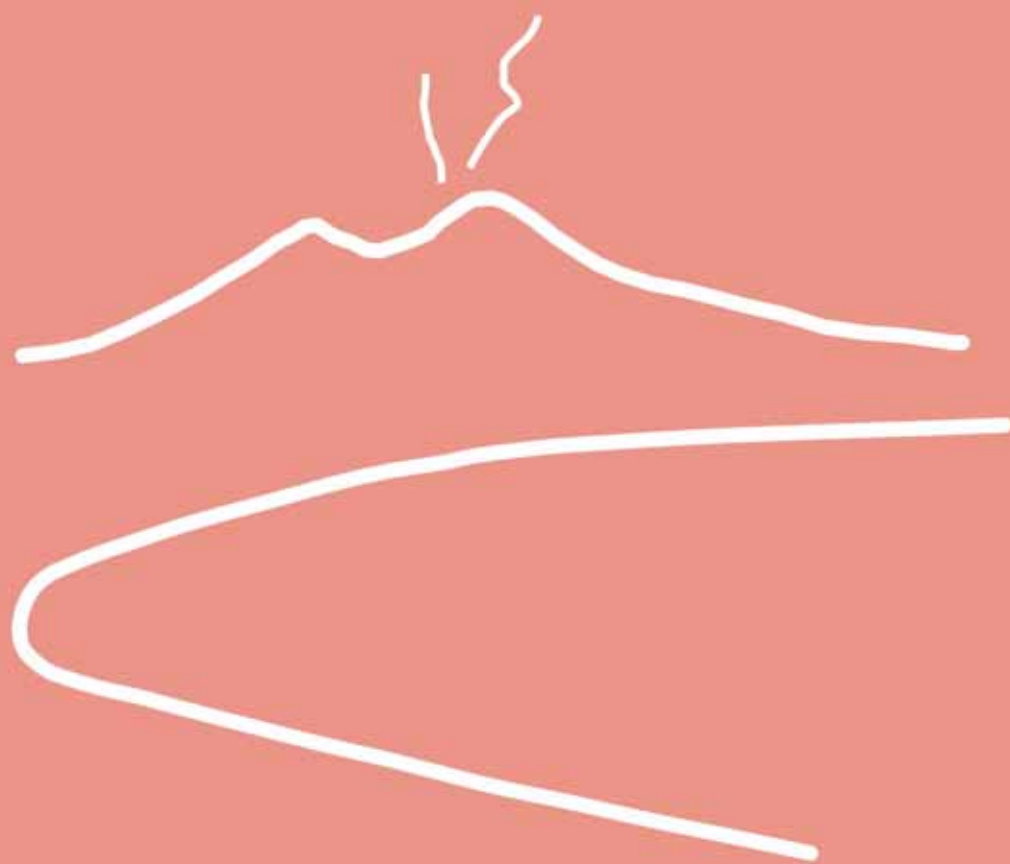




3

Università degli Studi di Napoli Federico II
Facoltà di Giurisprudenza

Innovazione e Diritto



2009

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

Innovazion e Diritto

Innovazione e Diritto 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

- 1 VERSO LA RIFORMA DELLA CONTABILITÀ E DELLA FINANZA PUBBLICA
di Laura Letizia
- 17 FILANGIERI E IL SOGNO DI PHILADELPHIA
di Elena Cuomo
- 35 RIFLESSIONI A MARGINE DEI RECENTI ORIENTAMENTI DELLA CORTE DI CASSAZIONE IN TEMA DI DINIEGO DI AUTOTUTELA
di Maria Pia Nastri
- 43 PROHIBITION TO CORRESPOND INTERESTS BETWEEN ISLAMIC FINANCE AND EUROPEAN SYSTEMS: THE CASE OF FRENCH NORMATIVE ON THE REMUNERATION OF “SIGHT” ACCOUNT
di Gennaro Rotondo
- 53 LA REVISIONE IN SENSO PERSONALISTICO DEL SISTEMA SANZIONATORIO TRIBUTARIO, CON UN’INVERSIONE DI TENDENZA IN TEMA DI RESPONSABILITÀ DEI RAPPRESENTANTI: PRINCIPIO DEL FAVOR REI
di Eduardo Maria Piccirilli
- 63 PRIME RIFLESSIONI SULL’APPLICAZIONE AL PROCESSO TRIBUTARIO DELLE RECENTI MODIFICHE APPORTATE AL CODICE DI PROCEDURA CIVILE
di Michele Di Fiore
- 77 SERVIZI DI INVESTIMENTO E BANCHE.
IL REGIME DELLE AUTORIZZAZIONI ALLA LUCE DELLA MiFID
di Luigi Scipione

GIURISPRUDENZA - CASI PRATICI - DOCUMENTAZIONE

- 99 PROCESSO PENALE E PRESUNZIONI DEL DIRITTO TRIBUTARIO

Verso la riforma della contabilità e della finanza pubblica

di Laura Letizia

SOMMARIO: 1) Introduzione. – 2) Principali innovazioni. – 3) Significative criticità. – 4) Considerazioni conclusive.

1) Introduzione

Il dibattito in corso sul disegno di legge di riforma dell'ordinamento contabile e della finanza pubblica¹ approvato, in prima lettura, dal Senato (A.S. 1397-A)² ed attualmente all'esame dalla Commissione bilancio della Camera dei Deputati (A.C. n. 2555)³, ha segnalato

¹ Il dibattito sul potenziamento degli strumenti finalizzati a monitorare gli andamenti di finanza pubblica e la modifica degli strumenti relativi alle manovre di bilancio, avviato nel corso della XV Legislatura, si è svolto su molteplici temi riguardando l'individuazione delle nuove regole per l'esame parlamentare della legge finanziaria sino ad investire la riclassificazione del bilancio dello Stato. Nel febbraio 2007, le Commissioni bilancio della Camera e del Senato deliberarono un'indagine conoscitiva per individuare le linee di riforma degli strumenti e delle procedure di bilancio. La prima, concludendo i lavori l'8 maggio 2007, approvò un documento in cui segnalò i punti critici del quadro normativo; la seconda, a sua volta, nel *report* finale del 16 maggio successivo, sottolineò in particolare la necessità di procedere ad una ricognizione del livello di efficienza nell'utilizzo delle risorse a legislazione vigente. Entrambe le Commissioni concordarono, in ogni caso, sulla necessità di una riforma che non fosse semplice affinamento della disciplina vigente e sull'importanza di attuarla tenendo presente gli elementi innovativi introdotti con la revisione del Titolo V della Costituzione soprattutto rispetto al federalismo fiscale. La necessità di una legge organica, previa concertazione con le Regioni e gli Enti locali per l'individuazione dei criteri, delle regole e degli obiettivi del Patto di Stabilità Interno, rappresentava, dunque, elemento fondante della riforma soprattutto per consentire l'alleggerimento del disegno di legge finanziaria in modo tale che la stessa potesse contenere: «*la sola definizione degli aspetti quantitativi della materia per il recupero delle potenzialità del bilancio*». Cfr., CAMERA DEI DEPUTATI - SERVIZIO STUDI, in www.camera.it/cartellecomuni/leg15. Una disamina sull'evoluzione della costruzione del ciclo di bilancio si rinviene in G. RIVOSECCHI, *L'indirizzo politico e finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, 2007. Per gli elementi che condizionano il processo evolutivo delle decisioni di finanza pubblica, cfr., F. BATISTONI FERRARA, B. BELLÉ, *Corso di diritto finanziario*, Padova, 2009, 25 ss.; P. DE IOANNA, C. GORETTI, *La decisione di bilancio in Italia: una riflessione su istituzioni e procedure*, Bologna, 2008; R. PERNA, *La rivoluzione silenziosa delle procedure di bilancio*, in *Rass. Parl.*, 4, 2008, 897 ss.; M.V. LUPÒ AVAGLIANO, *Temî di contabilità pubblica: le riforme del bilancio di Stato*, Padova, 2004; R. PEREZ, *La finanza pubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 587 ss.

² Cfr., *Legge quadro in materia di contabilità e finanza pubblica nonché di delega al Governo in materia di adeguamento dei sistemi contabili, perequazione delle risorse, efficacia della spesa e potenziamento del sistema dei controlli*, reperibile in www.senato.it/service.

³ Cfr., *Proposta di legge approvata dal Senato della Repubblica il 24 giugno 2009*. A.S. 1397 - Senatori Azzolini ed altri: «*Legge di contabilità e finanza pubblica*», in www.camera.it/_dati/leg16/lavori/scheda. La necessità di affrontare in maniera unitaria, coerente e sistematica, in relazione alla nuova disciplina apprestata con le leggi nn.15 e 42 del 2009 una materia che, nel tempo, è stata oggetto di continue modifiche e stratificazioni successive, è stata particolarmente sentita dalla Commissione bilancio che ha deliberato di procedere, sulla scia di quanto avvenuto nella corrispondente Commissione del Senato, ad un'indagine conoscitiva nell'ambito dell'istruttoria legislativa per l'esame

l'inequivocabile necessità di definire un insieme organico di regole, procedure e istituzioni più idoneo ad assicurare conti pubblici in equilibrio aventi margini per l'attuazione di interventi di stabilizzazione e favorire un'efficiente allocazione delle risorse pubbliche nonché adeguare normativamente la materia alle recenti innovazioni istituzionali permettendo l'effettivo esercizio della sua specifica funzione di coordinamento tra i vari soggetti delle amministrazioni ed, in particolare, tra i diversi livelli di governo quale premessa fondamentale per l'attuazione del federalismo fiscale⁴.

Tuttavia, l'annunciata attuazione della funzione, garante della competenza legislativa concorrente nel rinnovato sistema costituzionale e strumento delle relazioni finanziarie intergovernative del sistema multilivello⁵, appare non compiutamente impostata nel disegno di legge di riforma. Dalla lettura delle norme dell'«*ambizioso progetto*»⁶ che interviene sulla L. n. 468/1978 s.m.i., infatti, pur se innovazioni significative sono state introdotte emerge un disegno complessivo che sembra volgere – se immutato – verso una prospettiva non pienamente conforme ai profili dinamici determinati dalla rivisitazione dell'assetto dell'autonomia finanziaria e del riparto di competenze tra centro e periferia.

Elemento centrale del sistema di *governance* in via di implementazione è la leale collaborazione tra i diversi livelli di governo, principali attori del decentramento, finalizzato all'abbandono del canone del reciproco condizionamento sì da giungere ad un loro stretto coordinamento tralasciando lo schema tradizionale che, troppo spesso, ha coniugato norme rigide imposte dall'alto con la mancanza di trasparenza prevedendo, nel contempo, vincoli di bilancio estremamente elastici per il sistema delle Autonomie⁷.

del progetto di legge in questione ampliando notevolmente il numero degli esperti e degli studiosi auditi. Le sovrapposizioni e le contraddizioni dell'A.C. 2555 con la legge delega sul federalismo fiscale sono state particolarmente rilevate dal Professore Pietro Boria, ordinario di diritto tributario, audito nella seduta del 24 settembre 2009.

⁴ Cfr., L. n. 42/2009, «*Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione*». In argomento, R. BIFULCO, *Osservazioni sulla Legge n. 42 del 2009 in materia di federalismo fiscale*, in www.astrid-online.it, 28-5-2009; L. ANTONINI, *I principi innovativi del nuovo disegno di legge*, in *I quaderni di Italianieuropei*, 1/2009, 208 ss.; E. JORIO, *La legge delega di attuazione del federalismo fiscale*, in www.federalismi.it, 8/2009. Osservazioni critiche sulla legge si rinviengono in G. RIVOSECCHI, *Autonomia finanziaria e coordinamento della finanza pubblica nella legge delega sul federalismo fiscale: poche luci e molte ombre*, in *Astrid-rassegna*, n. 94/2009; R. PERRONE CAPANO, *Verso il federalismo fiscale tra limiti istituzionali e persistenti criticità del sistema tributario statale*, in www.innovazioneDiritto.unina.it, 1/2009; M. INGROSSO, *Il disegno di legge delega sul federalismo fiscale: diversivo a futura memoria*, in www.innovazioneDiritto.unina.it, 6/2008; E. DE MITA, *Federalismo, un avvio confuso*, *Il Sole 24 ore*, 21 gennaio 2009. Sull'argomento, in generale, F. AMATUCCI, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *I principi comunitari e costituzionali del federalismo fiscale*, Torino, 2008.

⁵ Del resto, nonostante la L. n. 3/2001 nessuna rilevanza costituzionale continua ad assumere il debito pubblico con relativo carico al centro dell'equilibrio dei conti della finanza pubblica. In tal senso, cfr., L. CAVALLINI CADEDU, *Il coordinamento della finanza pubblica dopo la riforma costituzionale*, in <http://joomla.ddp.unipi.it/documenti>.

⁶ Cfr., G. PISAURO, *Verso un nuovo processo di bilancio*, in www.lavoce.info, 24/4/2009.

⁷ Cfr., RAPPORTO ISAE, *Finanza pubblica e Istituzioni*, in www.isae.it, giugno 2009. Sul rapporto tra finanza statale e finanza degli ordinamenti territoriali minori, cfr., A. BRANCASI, *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali: note esegetiche sul nuovo art. 119 Cost.*, in *Le Regioni*, 2003, 41 ss.; G. GIANNI, *Autonomia finanziaria e impositiva di Comuni, Province e Regioni dopo la revisione del titolo V*, in *Amministrare*, 3/2003; G. MARONGIU, *Evoluzione e lineamenti della finanza locale in Italia*, in *Fin. Loc.*, 2005, 31 ss.; P. DE IOANNA, *L'autonomia finanziaria*, in G. CORSO, V. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Milano, 2006; R. PEREZ, *L'autonomia finanziaria degli enti territoriali*, in *Rass. trib.*, 2007, 87 ss.; P. BORIA, *Il sistema tributario*, Milano, 2008, 905 ss. Più specificamente, sui profili di natura fiscale, F. AMATUCCI, *I principi e le competenze in materia tributaria* in *Id.* (a cura di), *Il nuovo sistema fiscale degli enti locali*, Torino, 2008, 27 ss.; A. F. URICCHIO, *Orientamenti della legislazione tributaria: fiscalità locale all'indomani della riforma costituzionale del Titolo V*, relazione, SSPAL Puglia, 16 ottobre 2008, in <http://doc.sspal.it/>; F. TESAURO, *Le basi costituzionali della fiscalità regionale e locale*, in *Fin. Loc.*, 2005, 23 ss.; L. PERRONE, *La sovranità impositiva tra autonomia e federalismo*, in *Riv. Dir. trib.*, 11/2004, 1173 ss.; L. DEL

E' proprio su tali aspetti che si intendono compiere le riflessioni che seguono essendo ormai indispensabile l'attivazione non solo di un'adeguata disciplina del coordinamento della finanza pubblica⁸ ma, più in generale, la razionalizzazione del quadro complessivo delle riforme in materia giungendo così a «*coordinare il coordinamento*»⁹.

2) Le principali innovazioni del disegno di legge

Gli importanti provvedimenti introdotti nel corso dell'ultimo biennio per il controllo della spesa pubblica (*riclassificazione del bilancio dello Stato per missioni e programmi; legge finanziaria e programmazione triennale; flessibilità nella formazione e nella gestione del bilancio*) non sono stati accompagnati, come è noto, dalla previsione di un disegno coerente per la sua pianificazione; del pari, gli strumenti utilizzati per il contenimento del disavanzo pubblico hanno avuto, per lo più, carattere fiscale pur se, data l'esiguità finanziaria delle risorse, era urgente e necessario provvedere all'introduzione di un rinnovato sistema di indicatori in grado di verificare *ex post* il raggiungimento degli obiettivi prefissati dalle politiche pubbliche.

Per le suesposte ragioni, il progetto di riforma si propone di intervenire introducendo e/o modificando una serie di disposizioni contabili e finanziarie direttamente collegate, a *livello interno*, all'evoluzione in senso federale della Repubblica ed, a *livello esterno*, agli imposti vincoli europei¹⁰.

Le norme del disegno di legge, dunque, investono più temi riguardando, come anticipato, il coordinamento della finanza pubblica e l'armonizzazione dei sistemi contabili ma anche la rivisitazione degli strumenti di governo dei conti pubblici (*programmazione e relativi documenti: contenuti e tempistica di presentazione; monitoraggio; copertura delle leggi; bilancio dello Stato*), la tesoreria degli Enti pubblici¹¹, la programmazione dei flussi di cassa¹², il sistema dei controlli.

FEDERICO, *Orientamenti di politica legislativa regionale in materia di tributi locali*, in *Fin. Loc.*, 2003, 517 ss.; Id., *Il rapporto tra principi del sistema tributario statale e principi fondamentali di coordinamento* in V. FICARI (a cura di), *L'autonomia tributaria delle regioni e degli enti locali tra Corte Costituzionale (sentenza n. 102/2008 e ordinanza n. 103/2008) e disegno di legge delega*, Milano, 2009.

⁸ Sul coordinamento definito «*canone fondamentale*» della finanza pubblica e del sistema tributario, cfr. G. M. SALERNO, *Coordinamento finanziario, autonomie speciali e coesione nazionale*, in *Federalismi.it*, 3/12/2008. Sulla nozione «*ampia*» del coordinamento della finanza pubblica, C. CHIAPPINELLI, *La Corte Costituzionale fa il punto sui rapporti tra dimensione del controllo affidato alla Corte dei conti ed esigenze di coordinamento della finanza pubblica*, in *Giust. Civ.*, 7-8, 1617 ss.

⁹ Così, L. CAVALLINI CADEDU, *Il coordinamento della finanza pubblica dopo la riforma costituzionale*, cit., 103. In argomento, G. DELLA CANANEA, *Il coordinamento della finanza pubblica alla luce dell'Unione economica e monetaria*, in *Giur. Cost.*, 2005; M. BASILAVECCHIA, L. DEL FEDERICO, F. OSCLULATI, *Il finanziamento delle Regioni a Statuto ordinario mediante tributi propri e partecipazioni: basi teoriche ed evidenza empirica nella difficile attuazione dell'art. 119 Cost.*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 5/2006, 673 ss.; Sulle questioni più strettamente di natura fiscale, L. ANTONINI, *I principi di coordinamento del sistema fiscale*, in AA. VV., *Verso un nuovo federalismo fiscale*, Milano, 2005; A. F. URICCHIO, *Tributi regionali propri e impropri alla luce della riforma del titolo V della Costituzione e della giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Fin. Loc.*, 2006, 23 ss.; ; L. DEL FEDERICO, *L'autonomia tributaria delle Regioni ed i principi di coordinamento della finanza pubblica: con il progetto Giarda-bis verso l'attuazione dell'art. 119 Cost.*, in www.astrid-online.it.

¹⁰ In tema, cfr., L. DI RENZO, R. PERRONE CAPANO (a cura di), *Diritto della Finanza pubblica europea*, Napoli, 2008.

¹¹ La riforma «*cerca di oltrepassare il perimetro tradizionale del bilancio dello Stato proponendosi di collocare le*

Su alcuni di questi aspetti l'intervento normativo è affidato alla legislazione delegata¹³ mentre, per la verifica della progressiva e concreta attuazione della disciplina, il disegno di legge prevede che, nei tre esercizi successivi alla sua entrata in vigore, sia presentato al Parlamento un «*rapporto*» sullo stato della riforma¹⁴.

Tra gli importanti obiettivi che il progetto intende realizzare occorre segnalare la «*trasparenza e controllabilità della spesa*» con conseguente verifica della sua efficacia¹⁵; a tal proposito, l'art. 4 dispone la costituzione di una *Commissione parlamentare per la trasparenza dei conti pubblici*, seppur riferita ai soli livelli centrali di Governo¹⁶. L'art. 5, a sua volta, disciplina i criteri di nomina del Presidente dell'ISTAT¹⁷ per garantire una personalità qualificata ed indipendente mentre, l'art. 6, è finalizzato a rendere maggiormente accessibili al Parlamento le banche dati «*nonché ogni altra fonte informativa ritenuta utile per il monitoraggio della finanza pubblica*». La stessa norma dispone, poi, al secondo comma, che tutti i provvedimenti relativi al bilancio ed alle risorse finanziarie dovranno essere disponibili in formato elettronico¹⁸.

norme di contabilità della L. n. 468/1978 nella prospettiva più vasta dell'intero comparto delle pubbliche amministrazioni, tentando di superare la divergenza tra la gestione di bilancio e la gestione di tesoreria che ha sempre posto rilevanti difficoltà rispetto alla normativa comunitaria sul calcolo dell'indebitamento netto delle pubbliche amministrazioni. Si procede, dunque, verso «*una concezione ampia del coordinamento della finanza pubblica finalizzata, tra l'altro, ad una rappresentazione contabile complessiva del "saldo di cassa del settore statale" come "risultato del consolidamento tra flussi di cassa del bilancio dello Stato e della Tesoreria statale"*» (art. 43, co. 1). Cfr., G. RIVOCCHI, *Una riforma "federale" (ma statocentrica) della legge di contabilità*, in www.nelmerito.it, 12 giugno 2009.

¹² Cfr., G. RIVOCCHI, *La riforma della legge di contabilità, tra riaffermazione del diritto al bilancio del Parlamento e concezioni statocentriche del coordinamento della finanza pubblica*, in www.forumcostituzionale.it, 8 giugno 2009.

¹³ Ci si riferisce all'adeguamento dei sistemi contabili (art. 2); alle procedure di spesa in conto capitale (art. 31, co. 8); al completamento della riforma del bilancio dello Stato (art. 43); alla riforma del sistema dei controlli (art. 51),

¹⁴ Cfr., art. 3, A.C. 2555: «1. Per i tre esercizi finanziari successivi all'entrata in vigore della presente legge, il Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, insieme alla Relazione sull'economia e la finanza pubblica, presenta alle Commissioni competenti per le conseguenze di carattere finanziario dei due rami del Parlamento un rapporto sullo stato di attuazione della presente legge. Il rapporto è centrato sull'avanzamento e sulla messa in opera della nuova organizzazione del bilancio dello Stato».

¹⁵ Cfr., titolo II - *Misure per la trasparenza e controllabilità della spesa pubblica*.

¹⁶ Art. 4: «2. La Commissione è composta di venti membri designati dai Presidenti delle due Camere in modo da garantire la rappresentanza proporzionale della maggioranza e delle opposizioni. 3. La Commissione esprime indirizzi: a) sul contenuto informativo necessario dei documenti trasmessi dal Governo, con l'obiettivo di migliorare il contenuto informativo e rendere omogenea la prospettazione delle informazioni, al fine della comparabilità nel tempo e tra strumenti; b) sulle metodologie per la quantificazione delle innovazioni legislative con identificazione dei livelli informativi di supporto della quantificazione, nonché sull'eventuale predisposizione di schemi metodologici per settore per la valutazione degli effetti finanziari; c) sulle metodologie per la costruzione degli andamenti tendenziali di finanza pubblica, anche di settore, con evidenziazione delle basi conoscitive necessarie per la loro verifica; sulla definizione dei contenuti minimi di raccordo tra andamenti tendenziali e innovazioni legislative; sui criteri metodologici per la predisposizione di previsioni a politiche invariate; d) sull'identificazione di ambiti per i quali è possibile migliorare la struttura dell'informazione disponibile ai fini della predisposizione dei bilanci, nonché sul monitoraggio e sulla rendicontazione dell'attività pubblica; e) su ogni altra attività istruttoria e metodologica relativa all'informazione nel campo della finanza pubblica. 4. La Commissione trasmette i propri atti alle Presidenze dei due rami del Parlamento e al Ministro dell'economia e delle finanze».

¹⁷ Art. 5: «1. All'art. 16, comma 1, del D. Lgs. 6 settembre 1989, n. 322, dopo il primo periodo sono inseriti i seguenti: "La proposta di nomina è sottoposta al parere delle competenti Commissioni parlamentari. La designazione non può essere effettuata se non in caso di parere favorevole espresso con la maggioranza dei due terzi dei componenti. Le medesime Commissioni possono procedere all'audizione delle persone designate". 2. La disposizione di cui al comma 1 si applica dalla nuova nomina successiva a quella cui procedere alla data di entrata in vigore della presente legge».

¹⁸ Il co. 3 dell'art. 6 dispone, ancora: «I decreti di variazione al bilancio adottati in conseguenza dell'approvazione di provvedimenti legislativi sono resi disponibili, sul sito del Ministero dell'economia e delle finanze, entro trenta giorni dalla data di pubblicazione della relativa legge nella Gazzetta Ufficiale».

Un coordinamento più efficace ed un maggior intervento delle strutture parlamentari di supporto per il controllo della finanza pubblica è disciplinato nell'art. 7¹⁹; il co. 3, dell'art. 4, lett. b) – c) dispone, ancora, che per la costruzione degli andamenti tendenziali di finanza pubblica e per la predisposizione delle previsioni a politiche invariate, gli indirizzi della Commissione parlamentare dovranno avere carattere basilare essendo loro attribuita la definizione delle metodologie per quantificare «*le innovazioni legislative*» ed i relativi effetti finanziari.

L'art. 18 del titolo V interviene, invece, sulla copertura finanziaria delle leggi introducendo disposizioni sulla copertura degli oneri prodotti dalle leggi di delegazione legislativa nonché prevedendo una «*relazione tecnica*» sulla quantificazione delle entrate e degli oneri recati dai disegni di legge con talune specificità in materia pensionistica e di impiego pubblico²⁰.

Ulteriori novità sono contenute nelle norme volte a porre in essere una disciplina organica per la riforma della struttura del bilancio per missioni e programmi, finalizzate per realizzare precisi indicatori di risultato²¹ nonché per garantire la chiarezza dei macro-aggregati di finanza pubblica, per responsabilizzare la decisione annuale e pluriennale sull'allocazione delle risorse, per correlare le decisioni sul merito e sugli obiettivi delle politiche pubbliche, per ripartire le risorse volte a finanziare la loro attuazione²².

La previsione di un piano degli obiettivi riferiti a ciascun programma con i rispettivi indicatori di *performance* da inserire nella nota integrativa al bilancio di previsione²³, norme

¹⁹ Art. 7: «*Gli elementi tecnici funzionali all'esercizio del controllo parlamentare della finanza pubblica sono forniti da un'unica, apposita struttura di supporto, istituita d'intesa tra i Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica*».

²⁰ Sulla questione della copertura finanziaria degli oneri recati da leggi delega è rilevante l'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale che già nella lontana sentenza n. 226/1976 sancì la violazione dell'art. 81 Cost., commi 3 e 4, per le norme di delega non contenenti previsioni sulla copertura delle spese o, quantomeno, carenti dei principi e criteri direttivi ai quali il Governo doveva attenersi per provvedervi esso stesso. In materia fiscale, si ricorda, in particolare la L. n. 80/2003 - *Delega al Governo per la riforma del sistema fiscale* – ove il relativo finanziamento anziché essere previsto nella stessa legge delega è stato rinviato, compatibilmente con i vincoli di finanza pubblica, al reperimento di risorse da iscriverne annualmente nella legge finanziaria sulla base degli andamenti previsti e dei vincoli posti dal DPEF.

²¹ Cfr., artt. 2, 22, 40-42.

²² Su tale aspetto, cfr. F. BASSANINI, G. MACIOTTA, *Prime osservazioni sul disegno di legge A.C. 2555 di riforma della contabilità dello Stato*, in www.astridonline.it, 9 luglio 2009, che sul punto si esprimono auspicando che il Parlamento rifletta «*sull'opportunità di fissare un limite quantitativo massimo al numero dei programmi, onde evitare che l'innovativa scelta compiuta dal Senato venga poi in fatto vanificata nel tempo dalla tendenza alla moltiplicazione e frammentazione dei programmi derivante dalla incapacità di resistere alle pressioni di microinteressi burocratici o sociali*». Ulteriori riflessioni sulle prospettive della riforma sono state espresse da P. DE IOANNA, A. MONTANINO, S. NICOLETTI ALTIMARI, *Il nuovo bilancio dello Stato: obiettivi e tempi della riforma*, in *Queste istituzioni*, 36, 1, 2009, 79 ss.; precedentemente, cfr., G. MACIOTTA, *Riforma del bilancio e della contabilità della Repubblica*, Forum P.A. 14 maggio 2008, in <http://allegati.forumpa.it/forumpa2008>; G. PISAURO, V. VISCO, *Note sulle procedure di bilancio*, in *Pol. Ec.*, 3, 2008, 141 ss.

²³ Cfr., art. 22, *Bilancio di previsione*. «*1. Il disegno di legge del bilancio annuale di previsione è formato sulla base della legislazione vigente, tenuto conto dei parametri indicati, ai sensi dell'art. 10, comma 2, lett. a), nella Decisione di cui al medesimo art. 10. 2. Il disegno di legge del bilancio di previsione espone per l'entrata e, per ciascun Ministero, per la spesa le unità di voto parlamentare determinate con riferimento rispettivamente alla tipologia di entrata e ad aree omogenee di attività. Per la spesa, le unità di voto sono costituite dai programmi quali aggregati diretti al perseguimento degli obiettivi definiti nell'ambito delle missioni. Le missioni rappresentano le funzioni principali e gli obiettivi strategici perseguiti con la spesa. La realizzazione di ciascun programma è affidata ad un unico centro di responsabilità amministrativa, corrispondente all'unità organizzativa di primo livello dei Ministeri, ai sensi dell'art. 3 del D. Lgs. 30 luglio 1999, n. 300. 3. In relazione ad ogni singola unità di voto sono indicati: a) l'ammontare presunto dei residui attivi o passivi alla chiusura dell'esercizio precedente a quello cui il bilancio si riferisce; b) l'ammontare delle entrate che si prevede di accertare e delle spese che si prevede di impegnare nell'anno cui il*

per l'analisi e la valutazione della spesa²⁴, il rapporto triennale sulla sua evoluzione indicante *performance* ed ipotesi di «*possibili riallocazioni*»²⁵, sono altri aspetti significativi su cui

bilancio si riferisce; c) le previsioni delle entrate e delle spese relative al secondo e terzo anno del bilancio triennale; d) l'ammontare delle entrate che si prevede di incassare e delle spese che si prevede di pagare nell'anno cui il bilancio si riferisce, senza distinzione fra operazioni in conto competenza ed in conto residui. Si intendono per incassate le somme versate in Tesoreria e per pagate le somme erogate dalla Tesoreria. 4. Nell'ambito delle dotazioni previste in relazione a ciascun programma di cui al co. 2 sono distinte le spese correnti, con indicazione delle spese di personale, e le spese d'investimento, con indicazione delle acquisizioni di attività finanziarie. Nell'ambito del programma è inoltre indicata la quota delle spese rimodulabili e non rimodulabili. 5. Le spese non rimodulabili sono quelle per le quali l'amministrazione non ha la possibilità di esercitare un effettivo controllo, in via amministrativa, sulle variabili che concorrono alla loro formazione, allocazione e quantificazione. Esse corrispondono alle spese definite «oneri inderogabili». Per oneri inderogabili si intendono le spese vincolate a particolari meccanismi o parametri che regolano la loro evoluzione; tali parametri possono essere determinati sia da leggi che da altri atti normativi. Rientrano tra gli oneri inderogabili le cosiddette spese obbligatorie, corrispondenti ad oneri indeclinabili ed indilazionabili e relative alle seguenti finalità: pagamento di stipendi, assegni, pensioni ed altre spese fisse, interessi passivi, obblighi comunitari ed internazionali, ammortamento di mutui. Sono spese obbligatorie anche quelle, residuali, così identificate per espressa disposizione normativa. 6. Le spese rimodulabili si dividono in fattori legislativi e in spese di adeguamento al fabbisogno. Per fattori legislativi si intendono le spese autorizzate da espressa disposizione legislativa che ne determina l'importo, considerato quale limite massimo di spesa, e il periodo di iscrizione in bilancio. I fattori legislativi sono rimodulabili ai sensi dell'art. 24, co. 3»

²⁴ Cfr., art. 40: «1. Il Ministero dell'economia e delle finanze collabora con le amministrazioni centrali dello Stato, al fine di garantire il supporto per la verifica dei risultati raggiunti rispetto agli obiettivi di cui all'art. 10, comma 2, lett. e), per il monitoraggio dell'efficacia delle misure rivolte al loro conseguimento e di quelle disposte per incrementare il livello di efficienza delle amministrazioni stesse. La collaborazione ha luogo nell'ambito di appositi nuclei di analisi e valutazione della spesa, istituiti senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze sono disciplinate la composizione e le modalità di funzionamento dei nuclei. 2. Nell'ambito dell'attività di collaborazione di cui al co. 1 viene altresì svolta la verifica sull'articolazione dei programmi che compongono le missioni, sulla coerenza delle norme autorizzatorie delle spese rispetto al contenuto dei programmi stessi, con la possibilità di proporre, attraverso apposito provvedimento legislativo, l'accorpamento e la razionalizzazione delle leggi di finanziamento per renderne più semplice e trasparente il collegamento con il relativo programma, nonché sulla rimodulabilità delle risorse iscritte in bilancio. In tale ambito il Ministero dell'economia e delle finanze fornisce alle amministrazioni centrali dello Stato supporto metodologico per la definizione delle previsioni di spesa e dei fabbisogni associati ai programmi e agli obiettivi indicati nella nota integrativa di cui all'art. 22, co. 9, lett. a), e per la definizione degli indicatori di risultato ad essi associati. 3. Le attività svolte dai nuclei di cui al comma 1 sono funzionali alla formulazione di proposte di rimodulazione delle risorse finanziarie tra i diversi programmi di spesa ai sensi dell'art. 24 e alla predisposizione del rapporto sui risultati di cui all'art. 36, co. 2, lett. a). 4. Per le attività di cui al presente articolo, nonché per la realizzazione del Rapporto di cui all'art. 42, il Ministero dell'economia e delle finanze istituisce e condivide con le amministrazioni centrali dello Stato, nell'ambito della banca dati di cui all'art. 14, una apposita sezione che raccoglie tutte le informazioni necessarie alla realizzazione degli obiettivi di cui al co. 1, nonché delle analisi di efficienza contenute nel Rapporto di cui all'art. 42. La banca dati raccoglie le informazioni che le amministrazioni sono tenute a fornire attraverso una procedura da definire con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze. 3. Le attività svolte dai nuclei di cui al comma 1 sono funzionali alla formulazione di proposte di rimodulazione delle risorse finanziarie tra i diversi programmi di spesa ai sensi dell'articolo 24 e alla predisposizione del rapporto sui risultati di cui all'art. 36, co. 2, lettera a). 4. Per le attività di cui al presente articolo, nonché per la realizzazione del Rapporto di cui all'articolo 42, il Ministero dell'economia e delle finanze istituisce e condivide con le amministrazioni centrali dello Stato, nell'ambito della banca dati di cui all'art. 14, una apposita sezione che raccoglie tutte le informazioni necessarie alla realizzazione degli obiettivi di cui al comma 1, nonché delle analisi di efficienza contenute nel Rapporto di cui all'art. 42. La banca dati raccoglie le informazioni che le amministrazioni sono tenute a fornire attraverso una procedura da definire con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze».

²⁵ Cfr., art. 42 - Rapporto sulla spesa delle amministrazioni dello Stato: «1. Ogni tre anni, a partire da quello successivo all'istituzione della banca dati di cui all'art. 40, co. 4, il Ministero dell'economia e delle finanze – Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, anche sulla base delle attività di cui al medesimo art. 40, elabora un Rapporto sulla spesa delle amministrazioni dello Stato. 2. Il Rapporto di cui al co. 1 illustra la composizione e l'evoluzione della spesa, i risultati conseguiti con le misure adottate ai fini del suo controllo e quelli relativi al miglioramento del livello di efficienza delle stesse amministrazioni. 3. Il Rapporto, in particolare, per i principali settori e programmi di spesa: a) esamina l'evoluzione e la composizione della spesa identificando le eventuali aree di inefficienza e di inefficacia, anche attraverso la valutazione dei risultati storici ottenuti; b) propone gli indicatori di performance da adottare; c) fornisce la base analitica per la definizione e il monitoraggio degli indicatori di cui alla lett. b) verificabili ex post, utilizzati al fine di valutare il conseguimento degli obiettivi di ciascuna amministrazione e accrescere la qualità dei servizi pubblici; d) suggerisce possibili riallocazioni della spesa, liberando risorse da destinare ai diversi settori di spesa e ad iniziative considerate prioritarie; e) fornisce la base analitica per la programmazione su

interviene il disegno di legge.

Il «*completamento della riforma del bilancio dello Stato*»²⁶ è disciplinato, poi, in una serie ulteriore di disposizioni sebbene non sia prevista la revisione dei criteri di classificazione delle spese. Nella nuova prospettiva, dunque, la rivisitazione del bilancio è finalmente fondata su grandi aggregati funzionali con un numero esiguo di programmi aventi obiettivi definiti e valutabili sì da rendere trasparenti e responsabili le scelte di finanza pubblica e restituire al Parlamento il suo naturale ruolo di indirizzo e controllo²⁷.

3) *Significative criticità*

Sin dalla definizione dell'ambito di applicazione della nuova disciplina emerge un primo elemento non pienamente convincente del disegno di legge che, pur proponendosi di investire tutte le amministrazioni pubbliche non provvede, però, a richiamare l'elencazione contenuta nel Testo Unico sul pubblico impiego²⁸ ed attribuisce, invece, all'ISTAT il compito di individuare - con cadenza annuale - gli enti ed i soggetti appartenenti al settore delle amministrazioni pubbliche sulla base delle definizioni contenute «*in specifici regolamenti comunitari*»²⁹.

Un altro punto del progetto che pone delicate questioni ed implica necessarie considerazioni attiene al rapporto tra il coordinamento della finanza pubblica e l'armonizzazione delle procedure contabili. Ciò emerge già dai principi e criteri direttivi ove il collegamento appare poco puntuale soprattutto nella parte che prevede, accanto al sistema di contabilità finanziaria, il passaggio «*in via sperimentale*» ad un sistema di contabilità economico-patrimoniale;³⁰ ancora, occorrerà procedere ad integrazioni e specificazioni con riguardo all'ulteriore «*delega al Governo per la riforma e il potenziamento del sistema dei controlli di ragioneria e del programma di analisi e valutazione di spesa*»³¹.

In verità, una riforma compiuta della legge di contabilità pubblica dopo la Legge Costituzionale del 2001 e, soprattutto, dopo la Legge delega di attuazione dell'art. 119 della Costituzione in materia di federalismo fiscale³² - avrebbe dovuto delineare il riordino della

base triennale delle iniziative e delle risorse su obiettivi verificabili, anche basandosi sul controllo di gestione dei risultati. 4. Il Rapporto di analisi e valutazione della spesa è predisposto entro il 20 luglio dell'ultimo anno di ciascun triennio ed è inviato al Parlamento».

²⁶ Per tali aspetti, cfr., il Capo V del titolo VI.

²⁷ In tema, cfr., M. DEGNI, G. SALVEMINI, *L'evoluzione del processo di bilancio dalla legge 468/1978 alla recente riforma* in M.L. BASSI (a cura di), *Le nuove regole del bilancio statale*, Milano, 2001; L. CAVALLINI CADEDDU, *Linee di riforma dei bilanci pubblici*, Torino, 2003; ID., *Il bilancio nella riforma della pubblica amministrazione*, Padova, 2004; C. MANACORDA, *L'attività finanziaria e il bilancio pubblico*, Torino, 2008; L. LETIZIA, *La disciplina del bilancio dello Stato nel processo di innovazione amministrativa*, in G. LICCARDO (a cura di), *Justice, Cooperation, Peace*. Atti e contributi, I, in corso di pubblicazione per ESI, Napoli.

²⁸ Cfr., art. 1, co. 2, D. Lgs. n. 165/2001.

²⁹ Cfr., art. 1, co. 2, A.C. 2555. I criteri di classificazione del SEC 95, del resto, a cui l'ISTAT necessariamente dovrà riferirsi prescindono dalla natura giuridica dell'organismo considerato con una confusione tra le norme di contabilità e le norme di finanza pubblica.

³⁰ Cfr., art. 2 A.C. 2555.

³¹ Cfr., art. 49 del Disegno di legge. In tal senso si esprime G. RIVOSECCHI in *La riforma della legge di contabilità*, cit., 3.

³² Per una disamina dell'intervento della L. n. 42/2009 sul coordinamento della finanza pubblica nelle Regioni a Statuto speciale, cfr. G.C. DE MARTIN, G. RIVOSECCHI, *Coordinamento della finanza territoriale e autonomie speciali alla*

materia nella prospettiva della «*contabilità della Repubblica*»³³.

Se, infatti, l'art. 117 della Costituzione assegna alla competenza legislativa esclusiva dello Stato «*il coordinamento informativo, statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale*»³⁴, è certo che alla competenza legislativa concorrente viene riservata «*l'armonizzazione dei bilanci pubblici*» ed «*il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario*»³⁵.

Dunque, mentre spetta allo Stato la competenza sui principi fondamentali del coordinamento, l'armonizzazione - coerentemente con l'autonomia di entrata e di spesa di ciascun livello di Governo di cui all'art. 119, comma 1, della Costituzione - è sicuramente concorrente. Conseguentemente, sarà necessaria un'attenta verifica per valutare se il progetto di riforma in argomento sia effettivamente rispettoso dei principi costituzionali indicati nel nuovo Titolo V della Costituzione, nelle leggi attuative e, soprattutto, nella legge delega sul federalismo fiscale pur se, l'art. 1, co. 4, del progetto ne sostenga l'assoluta coerenza e qualifichi quali «*principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica ai sensi degli articoli 117 e 119 della Costituzione*» sia le disposizioni della legge di riforma della contabilità pubblica che le norme di attuazione del federalismo fiscale.

Un'attenta e puntuale lettura delle disposizioni successive, in verità, sembra smentire tale assunto mentre il contenuto delle norme della L. n. 42/2009 è sicuramente armonico con i principi costituzionali³⁶ ove il rapporto collaborativo tra lo Stato e gli enti territoriali emerge, soprattutto, sul procedimento di definizione dei decreti legislativi volti ad individuare i principi fondamentali dell'armonizzazione dei bilanci pubblici i cui schemi dovranno essere «*oggetto di intesa da definire in sede di Conferenza unificata*»³⁷. Ancora, la necessaria intesa tra lo Stato e gli enti infrastatali rispetto ai decreti delegati si desume dall'analisi del procedimento istruttorio previsto per la predisposizione degli schemi degli stessi decreti³⁸.

luce della L. n. 42 del 2009, in www.amministrazioneincammino.it. Più in generale, R. BIFULCO, *Osservazioni sulla legge n. 42 del 2009 in materia di federalismo fiscale*, in *Astrid-Rassegna*, n. 93/2009, in www.astridonline.it; nonché, A. BRANCASI, F. MELONI, *Politiche statali, politiche regionale ed autonomia politico-amministrativa e finanziaria degli enti territoriali*, in *Le Regioni*, 2009.

³³ Cfr., F. BASSANINI, G. MACIOTTA, cit.

³⁴ Cfr., art. 117 Cost., co. 2, lett. r).

³⁵ Cfr., art. 117 Cost., co. 3.

³⁶ Si pensi, ad es., all'art. 2, co. 2, lett. h), che dispone «*l'individuazione dei principi fondamentali dell'armonizzazione dei bilanci pubblici*» avviene attraverso decreti legislativi delegati in modo da garantire «*la redazione dei bilanci di comuni, province, città metropolitane e regioni in base a criteri predefiniti e uniformi, concordati in sede di Conferenza unificata (...) coerenti con quelli che disciplinano la redazione del bilancio dello Stato*».

³⁷ La *Conferenza unificata* è stata istituita con il D. Lgs. n. 281/1977. Ritornando alle norme del disegno di legge A.C. 2555, l'art. 2, co. 4., prevede che - nel caso di mancanza di intesa entro il termine, previsto - il Consiglio dei Ministri dovrà deliberare approvando una relazione da trasmettere alle Camere contenente le motivazioni che hanno ostacolato il suo raggiungimento; ulteriormente, se «*anche a seguito dell'espressione dei pareri parlamentari, il Governo non intenda conformarsi all'intesa raggiunta in Conferenza unificata*» dovrà trasmettere una relazione alle Camere ed alla stessa Conferenza con le motivazioni di difformità dall'intesa. Per superare la mancata intesa occorre, dunque, una specifica discussione in entrambi i rami del Parlamento assicurando alle Regioni e agli Enti locali una tutela solo moderatamente meno rigorosa rispetto a quella contenuta nella L. Cost. n. 3/2001 che attribuisce ad una maggioranza qualificata delle due Camere il potere di superare un parere contrario sui decreti delegati espresso dalla Commissione bicamerale per le questioni regionali, integrata dai rappresentanti delle Regioni e degli enti locali. Tuttavia, come è noto, questa ipotesi non si è mai realizzata a causa della mancata integrazione della Commissione bicamerale.

³⁸ Infatti, in base all'art. 3, la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale disporrà di un raccordo con il sistema delle autonomie attraverso il Comitato di rappresentanti delle autonomie territoriali nominato dalla componente rappresentativa delle Regioni e degli enti locali nell'ambito della Conferenza unificata ed utilizzerà

Il pieno coinvolgimento delle autonomie regionali e locali nella predisposizione dei criteri di armonizzazione della finanza pubblica è garantito, dunque, nella L. n. 42/2009 mentre appare non evidente nel disegno di legge in discussione che prevede, piuttosto, l'iter governativo tradizionale per l'elaborazione dei decreti³⁹ sebbene *bypassato* dall'intervento del *Comitato per i principi contabili delle amministrazioni pubbliche*⁴⁰ e dalla previsione di un raccordo tra lo stesso e la *Commissione paritetica per l'attuazione del federalismo fiscale*⁴¹, concludendosi con il parere della *Conferenza unificata*⁴².

Il monitoraggio dei conti pubblici, elemento fondamentale nella gestione del processo di attuazione dell'articolo 119 della Costituzione, appare ulteriormente *imposto dall'alto* sempre operando un confronto con le disposizioni contenute nella L. n. 42/2009. Dunque, di federalismo fiscale non può ancora parlarsi. Questo, infatti, potrà dirsi attuato solo quando il processo di standardizzazione dei costi, dei fabbisogni e dei prelievi riuscirà a garantire le risorse agli enti equiordinati attraverso entrate proprie, compartecipazioni e quote del fondo di perequazione per i territori con minore capacità fiscale.

In tal senso, invece, si pone la legge delega approvata il 5 maggio 2009 prevedendo un effettivo coinvolgimento di tutti i livelli di Governo politicamente, tecnicamente e proceduralmente⁴³.

Con riguardo al primo aspetto, è prevista la *Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica* le cui funzioni non sono solo di definire gli obiettivi di finanza pubblica ma, soprattutto, di identificare le procedure per accertarne eventuali scostamenti al fine di concorrere al raggiungimento dell'obiettivo del suo equilibrio attraverso un costruttivo dialogo con i rappresentanti degli organi decisionali dei diversi livelli istituzionali⁴⁴. La *Conferenza*, pertanto, ha il compito di concorrere alla «*definizione degli obiettivi di finanza pubblica per comparto, anche in relazione ai livelli di pressione fiscale e di indebitamento (...) delle procedure per accertare eventuali scostamenti dagli obiettivi di finanza pubblica e promuove l'attivazione degli eventuali interventi necessari per il rispetto di tali obiettivi, in particolare per ciò che concerne la procedura del Patto di convergenza di cui all'art. 18*» nonché verificare «*la loro attuazione ed efficacia*», avanzare proposte «*per la determinazione degli indici di virtuosità e dei relativi incentivi*», vigilare «*sull'applicazione dei meccanismi di premialità, sul rispetto dei meccanismi sanzionatori e sul loro funzionamento*»,

come strumento tecnico la Commissione paritetica per l'attuazione del federalismo fiscale (art. 4).

³⁹ Cfr., art. 2, AC 2225.

⁴⁰ «*Il ddl prevede l'istituzione di un nuovo organismo chiamato Comitato per i principi contabili delle amministrazioni pubbliche con il compito di predisporre i decreti aventi ad oggetto l'armonizzazione dei bilanci, la cui composizione sembra non rappresentare in modo equilibrato i soggetti interessati alla materia trattata. Così su ventidue componenti abbiamo un solo rappresentante dei Comuni, quindi siamo lontano dal carattere paritetico della Commissione tecnica sul federalismo fiscale*». Cfr., V. NICOTRA, *Il DDL "Legge di contabilità e finanza pubblica": primi interrogativi e considerazioni sulla sua compatibilità con la legge sul federalismo fiscale*, in *www.astrid.online*, 8 luglio 2009.

⁴¹ Cfr., art. 4, L. n. 42/2009.

⁴² Cfr., 4° co., art. 2, AC 2555.

⁴³ Sulle norme introdotte dalla L. n. 142/2009, cfr., G. MACIOTTA (a cura di), *Delega al Governo in materia di federalismo fiscale. Nota di lettura*, in *www.astrid.eu*, 22/4/2009.

⁴⁴ Cfr., art. 5, co. 2, lett. f), L. n. 42/2009: «*La Conferenza mette a disposizione del Senato della Repubblica, della Camera dei deputati, dei Consigli regionali e di quelli delle province autonome tutti gli elementi informativi raccolti*». In argomento, F. PICA, *La Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica nel disegno di legge delega Calderoli*, in *Riv. trib. loc.*, 4 2008, 365 ss.

sul «*corretto utilizzo del fondo perequativo*», dei fondi per gli interventi speciali⁴⁵ e dei programmi per la perequazione infrastrutturale⁴⁶

La *Commissione paritetica per l'attuazione del federalismo fiscale*⁴⁷, sede di condivisione delle basi informative finanziarie, economiche e tributarie realizza, poi, tutte le attività necessarie per soddisfare ulteriori bisogni informativi operando nell'ambito della Conferenza unificata come segreteria tecnica e trasmettendo, su richiesta, informazioni e dati alle Camere, ai Consigli regionali ed alle Province autonome.

Il disegno di legge A.C. 2555, invece, prevede l'istituzione della *Commissione parlamentare per la trasparenza dei conti pubblici* con un ruolo limitato: fornire gli indirizzi metodologici con un'attività di verifica *ex post*. Suoi referenti, del resto, sono (solo) il Parlamento e il Ministro dell'Economia e delle Finanze con il rischio di non riuscire a conoscere gli andamenti della finanza pubblica regionale e locale nonostante il rilievo sempre maggiore che questa acquisirà con l'attuazione dell'art. 119 della Costituzione e realizzando, in tal modo, un'ulteriore centralizzazione delle procedure con evidente elisione dell'autonomia di entrata e di spesa dei livelli infrastatali pur se (almeno teoricamente) prevista.

La *centralizzazione* appare ancora più intensa nelle previsioni di cui agli artt. 14 e 15 del disegno di legge; la prima norma, infatti, accentra la base informativa «*in una banca dati unitaria istituita presso il Ministero dell'economia e delle finanze – Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, accessibile alle (...) amministrazioni pubbliche secondo modalità da stabilire con appositi decreti del Ministero dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza unificata*»; la seconda, a sua volta, attribuisce allo stesso Ministero – Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, i compiti di: a) consolidare le operazioni delle amministrazioni pubbliche; b) valutare la coerenza dei bilanci di previsione delle amministrazioni pubbliche e dell'evoluzione delle grandezze di evoluzione della finanza pubblica durante la gestione; c) ammettere l'accesso e l'invio dei dati al Parlamento.

Ulteriormente, la carenza della cooperazione tra le Istituzioni emerge sia dall'analisi degli strumenti sanzionatori disposti per la mancata trasmissione dei dati che dall'organizzazione del sistema dei controlli che si fonda, esclusivamente, sulla previsione della presenza nei collegi di revisione o sindacali delle amministrazioni pubbliche di un rappresentante del Ministero dell'economia e delle finanze.

Altro aspetto critico del disegno di legge è rappresentato dalla definizione del «*ciclo*» e degli «*strumenti della programmazione e di bilancio*»⁴⁸ che, contrariamente all'ormai condiviso *trend* verso una specializzazione sempre più dettagliata ed una loro precisa articolazione cronologica, è caratterizzato, piuttosto, da un accentramento anche rispetto ai tempi di presentazione/discussione in Parlamento rendendo, per tale via, concretamente difficile per le autonomie territoriali approvare, in base ai tempi previsti, i loro documenti finanziari con conseguente mancata partecipazione alla definizione delle decisioni di finanza pubblica.

Nel Ministero dell'economia e delle finanze e nelle Commissione Bilancio sono, dunque,

⁴⁵ Cfr., art. 19, co. 5, Cost.

⁴⁶ Cfr., art. 22, L. n. 42/2009.

⁴⁷ Cfr., 4 della L. n. 42/2009. La suddetta Commissione è composta per metà da rappresentanti tecnici dello Stato e per metà da rappresentanti tecnici degli Enti di cui all'art. 114 della stessa legge.

⁴⁸ Cfr., art. 8, A. C. 2555.

assiepare la maggioranza delle decisioni rilevanti in materia economico-finanziaria sia rispetto ai profili ordinamentali che sul concreto utilizzo delle risorse destinate alle politiche pubbliche settoriali, rendendo del tutto marginale il ruolo dei Ministri della spesa (e delle relative Commissioni) nella determinazione del merito delle stesse politiche pubbliche con il rischio di ritornare a manovre non condivise per il controllo dei conti pubblici e, più in generale, per l'organizzazione della Pubblica Amministrazione⁴⁹.

In definitiva, tutti i documenti di bilancio⁵⁰ devono esser presentati in tempi ristretti: la

⁴⁹ La concentrazione di tutte le decisioni di carattere finanziario nel Ministero dell'economia e delle finanze - Commissioni Bilancio produce una deresponsabilizzazione delle Commissioni e delle amministrazioni competenti e conduce all'appropriazione di spazi decisionali in forme e modi non rispettosi della programmazione e del coordinamento della finanza pubblica. Al riguardo, sia le esperienze negative che i processi degenerativi delle manovre di bilancio e delle leggi finanziarie successive alla L. n. 468/1978, cui si cercò rimediare con la L. n. 362/1988, possono fornire significativi esempi.

⁵⁰ Il nuovo ciclo per l'esame del bilancio, secondo il disegno di legge, inizierà a marzo con la *Relazione unificata sull'economia e la finanza pubblica* di aggiornamento delle previsioni macroeconomiche e di finanza pubblica dell'anno in corso alla luce dei consuntivi e della manovra approvata nell'anno precedente. La R.U.E.F., già introdotta da un biennio, sostituisce la prima relazione trimestrale di cassa e l'aggiornamento della relazione previsionale e programmatica razionalizzandone il contenuto oltre che con i dati consuntivi dell'anno precedente anche con l'aggiornamento delle previsioni per l'intero triennio di riferimento della *Decisione quadro*. La *Relazione previsionale e programmatica*, invece, è eliminata e sostituita da una serie di informazioni dettagliate relative alla Decisione, alla R.U.E.F. ed alla nota tecnico illustrativa della finanziaria. Entro il 20 luglio di ciascun anno, inoltre, dovranno essere predisposte ed inviate alle amministrazioni locali le linee guida della *Decisione quadro di finanza pubblica* sostitutiva del D.P.E.F.; entro il 15 ottobre, sulla base delle proiezioni tendenziali e degli obiettivi indicati nella D.Q.F.P., il Ministero dell'economia e delle finanze dovrà presentare il disegno di legge di bilancio di previsione dello Stato articolato sul triennio di riferimento nonché il disegno di legge finanziaria che ricondurrà le previsioni agli obiettivi per l'intero triennio di programmazione. Ulteriormente, è prevista la sostituzione del disegno di legge finanziaria con il disegno di *legge di stabilità* da presentare alle Camere entro il 15 ottobre di ogni anno, corredato di una nota tecnico-illustrativa da inviare alle stesse. Una metodologia estremamente dettagliata caratterizza la programmazione finanziaria triennale per la costruzione del bilancio dello Stato che determinerà, certamente, un ulteriore impegno nella fase di predisposizione delle stime richiedendo l'indicazione nei documenti programmati sia delle voci tendenziali e programmate che del conto economico e del conto di cassa del fabbisogno per la P.A. e per i suoi sottosettori. A ciascun stato di previsione del disegno di legge di bilancio dovrà essere allegata, poi, una scheda illustrativa del contenuto di ogni programma e delle leggi che lo finanziano con i corrispondenti stanziamenti del bilancio triennale. La flessibilità nella pianificazione e nell'allocazione delle risorse per programmi di spesa viene assicurata dalla possibilità di effettuare - in fase di predisposizione del bilancio a legislazione vigente - rimodulazioni compensative delle risorse all'interno della stessa *missione* con taluni limiti per le spese inderogabili e rimodulazioni tra spese in conto capitale e spese correnti. Già nella relazione sul rendiconto per l'esercizio 2007, la Corte dei conti aveva segnalato i significativi progressi nel percorso di attuazione della legge contabile soprattutto in relazione alla nuova struttura espositiva del bilancio dello Stato in senso funzionale per missioni e programmi nonché sul contestuale tentativo di pervenire ad una corrispondente struttura della legge finanziaria. Nel 2008, tale processo - soprattutto mediante la concentrazione della parte più rilevante della manovra correttiva nel D. L. n. 112 (presentato alle Camere in anticipo rispetto alla sessione di bilancio e convertito in legge prima della pausa estiva) - era proseguito in maniera più incisiva e, del resto, contestualmente alla presentazione del D.P.E.F. era stata adottata una manovra di correzione del quadro tendenziale a legislazione vigente per gli anni 2009-2011 per assicurare gli obiettivi programmatici. Anche i disegni di legge concernenti il bilancio a legislazione vigente per il 2009 e per il triennio 2009-2011 sono stati strutturati in modo innovativo confermandosi - per il primo - l'esposizione per missioni e per programmi e limitando - per la seconda - il contenuto a talune disposizioni prescritte dalla normativa contabile che non era stato possibile considerare nel decreto-legge. «Tale scelta volta a porre fine alle cosiddette finanziarie omnibus ha condotto al varo di una Finanziaria snella che, per la prima volta dopo molti anni, è stata approvata senza il ricorso al voto di fiducia. L'esperienza del 2008 relativa alla rivisitazione degli strumenti di governo della finanza pubblica ha presentato vantaggi significativi in termini di razionalizzazione dei lavori parlamentari e di alleggerimento della legge finanziaria da eccessivi carichi normativi e l'indispensabile azione di snellimento della legge finanziaria prevista nel disegno di legge introduce modifiche strutturali di grande rilievo nel contenuto. Una nuova "tempistica dei documenti di finanza pubblica" così articolata: relazione unificata entro il 15 aprile; Decisione quadro entro il 20 settembre; disegni di legge di bilancio (annuale e triennale) a legislazione vigente e finanziaria entro il 15 ottobre; "collegati" entro il 15 novembre; aggiornamento del Programma di stabilità secondo la tempistica stabilita dall'Unione europea». Cfr., CORTE DEI CONTI, *Elementi per l'audizione in materia di contabilità e finanza pubblica nonché delega al Governo in materia di adeguamento dei sistemi contabili, perequazione delle risorse, efficacia della spesa e potenziamento dei sistemi dei controlli*, in www.corteconti.it, 8 aprile 2009.

decisione di finanza pubblica entro il 20 settembre; la *legge di stabilità* e la *legge di bilancio* entro il 15 ottobre.

Che ruolo di indirizzo potrà avere il Parlamento sul primo strumento?

La *decisione di finanza pubblica*, infatti, dovrebbe verificare l'attendibilità dei parametri macroeconomici su cui determinare le grandezze ed i contenuti qualitativi degli strumenti legislativi successivi⁵¹.

Tale scansione temporale, ancora, pone rilevanti problemi anche rispetto all'effettivo coinvolgimento degli altri livelli di governo che non possono fondare le loro scelte sulla trasmissione entro il 20 di luglio per ottenere un parere su indefinite «*linee guida per la ripartizione degli obiettivi*»⁵². Stesso discorso per la richiesta di parere limitata agli «*obiettivi programmatici*» e non prevista per l'«*articolazione della manovra*»⁵³.

Altro elemento da sottoporre ad analisi è la *legge di stabilità*⁵⁴ - la nuova legge finanziaria - il cui carattere non evita affatto l'onnicomprensività che sembra, piuttosto, rafforzata dal disegno di legge giungendo lo stesso a prevedere la possibile inclusione di norme di carattere ordinamentale o organizzatorio qualora esse consentano «*un rilevante contenuto di miglioramento dei saldi*»⁵⁵; sono previste, inoltre, anche «*le norme di coordinamento della finanza pubblica (...) necessarie a realizzare il patto di convergenza*»⁵⁶.

Quanto alle modalità di presentazione e di discussione dei documenti di bilancio, il dibattito si svolgerà, ancora una volta, sul condizionamento dei fattori finanziari sia sui valori che sugli obiettivi stravolgendo i principi del federalismo fiscale ed, in particolare, dell'autonomia e responsabilità; nello stesso senso, anche il vincolo per tutte le Pubbliche Amministrazioni di rispettare predeterminati «*tassi di evoluzione delle spese sia correnti che in conto capitale*»⁵⁷ articolate non sui saldi ma, piuttosto, «*per sottosectori*»⁵⁸.

Rispetto alle norme sulla copertura finanziaria delle leggi e di costruzione/gestione dei programmi di spesa ulteriori riflessioni si impongono.

Per quanto riguarda il primo tema, i commi 10-13 dell'art. 18 creano incertezze sull'effettività dei provvedimenti previsti con legge stabilendo che: «*le disposizioni che comportano nuove o maggiori spese hanno effetto entro i limiti della spesa espressamente autorizzata (...) e (...) cessano di avere efficacia dalla data di pubblicazione del decreto (...) dirigenziale del Ministero dell'economia e delle finanze – Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato con il quale è accertato l'avvenuto raggiungimento dei predetti limiti di spesa*».

La norma, giusta se riferita ad interventi con finanziamento predeterminato, deve esser

⁵¹ In tal senso, F. BASSANINI, G. MACIOTTA, cit. Per ulteriore commento sul disegno di legge cfr., D. PERROTTA, *Prime riflessioni sul disegno di legge di riforma della legge di contabilità e finanza pubblica approvato dalla Commissione Bilancio del Senato*, in *Amministrazioneincammino.it*, 12 giugno 2009.

⁵² Cfr., art. 9, co.4.

⁵³ Cfr., lett. e) - f), co. 2, art. 9.

⁵⁴ Cfr., art.10.

⁵⁵ Cfr., art. 10, co.2, lett. g).

⁵⁶ Cfr., art. 10, co. 2, lett. i). In senso critico su tale aspetto si è chiaramente espressa la Corte dei conti, *Elementi per l'audizione in materia di contabilità e finanza pubblica nonché delega al Governo in materia di adeguamento dei sistemi contabili, perequazione delle risorse, efficacia della spesa e potenziamento del sistema dei controlli*. V Commissione programmazione economica, bilancio. Senato della Repubblica, 8 aprile 2009.

⁵⁷ Cfr., art. 10, co. 5.

⁵⁸ Cfr., art.9, co. 2, lett. f).

meglio definita se rivolta, invece, ad interventi riguardanti i diritti delle persone o i rapporti interistituzionali indirizzati verso prestazioni predeterminate; in tale ultima ipotesi, infatti, mentre è comprensibile che si proceda alla «*revisione dei dati e dei metodi utilizzati per la quantificazione degli oneri*» non è altrettanto ovvio che l'errore della quantificazione debba sterilizzare disposizioni legislative⁵⁹.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, l'articolazione del bilancio per missioni e programmi dovrebbe porre in essere un rapporto diverso rispetto alle modalità di finanziamento dovendosi riferire maggiormente al programma nel suo complesso; la specifica legge di settore, a sua volta, dovrebbe definire modalità ed obiettivi degli interventi e vedersi attribuire, a carico dello stanziamento complessivo riferito al programma, le risorse necessarie agli interventi sì da consentire un'adeguata flessibilità nella gestione amministrativa, sotto la responsabilità dei Ministri competenti, in un rapporto chiaro con le Commissioni parlamentari e con gli altri livelli di governo direttamente coinvolti.

Dalle disposizioni del testo del disegno di legge emerge, invece, un programma quale mera sommatoria delle leggi di spesa⁶⁰ ed una flessibilità sottoposta al vaglio del Ministero dell'economia e delle finanze e delle Commissioni Bilancio delle Camere⁶¹.

Appare estranea, ancora, la consapevolezza che, secondo le previsioni degli artt.117 e 118 della Costituzione, la maggior parte delle competenze in materia di spesa sono ormai trasferite - per le determinazioni legislative - alle Regioni e - per la gestione amministrativa - ai Comuni, alle Città metropolitane e alle Province che sono tenuti a svolgere tali funzioni con «*autonomia di entrata e di spesa*».

Tale nuova prospettiva impone, pertanto, la ricerca di un efficace coordinamento delle scelte di finanza pubblica il cui *incipit* dovrebbe esser costituito dalla possibilità di confrontare in modo trasparente le scelte dei diversi livelli di Governo nonché coinvolgere tutti - anche le forze sociali - nella definizione degli obiettivi di politica economico-finanziaria.

Questo ultimo aspetto, in una fase delicata, impone una rivisitazione, prima ancora della nuove regole di finanza pubblica, degli stessi assetti del modello produttivo italiano attribuendo, in relazione alla flessibilità ed alla tempestività degli interventi, un ruolo di rilievo ai vari livelli ed un ruolo fondamentale di coordinamento all'Esecutivo.

E' necessario, però, un approccio diverso nella definizione degli interventi e del ruolo dei diversi livelli della Pubblica Amministrazione: occorre che sia definito preliminarmente ed in modo condiviso durante il processo di formazione della decisione finanziaria un primo orizzonte quantitativo della manovra e spostare a livello politico l'elaborazione del rinnovato quadro di finanza pubblica⁶². In tal modo potrà essere superata la preclusione nei confronti dei ministri di settore di poter discutere preliminarmente gli obiettivi⁶³ con violazione dell'art. 114 della Costituzione⁶⁴.

⁵⁹ Cfr., F. BASSANINI, G. MACIOTTA, cit.

⁶⁰ Cfr., art. 22, co. 9, lett. b).

⁶¹ Cfr., art. 24, co. 3 nonché art. 34, co. 3.

⁶² Attualmente aperta, in via amministrativa, dalla Circolare della Ragioneria Generale dello Stato per la formazione degli schemi degli stati di previsione del nuovo bilancio.

⁶³ Cfr., art. 24.

⁶⁴ Conclusivamente, occorrerebbe ulteriormente valutare l'effettiva evoluzione della contabilità delle Amministrazioni Pubbliche rispetto all'idea di abbandonare il bilancio di competenza finanziaria per quello di cassa (art. 2, co. 2, lett d), essendo previsto il passaggio alla contabilità economica solo a fini meramente conoscitivi ed in

4) Considerazioni conclusive.

Con il presente contributo si sono sinteticamente illustrati i principi generali e gli elementi costitutivi del disegno di legge sulla finanza e contabilità pubblica, evidenziandone gli aspetti di maggior criticità e problematicità relativi alla redazione di un testo legislativo che rappresenti da un lato, il risultato di un processo complesso di condivisione delle parti politiche, e dall'altro, sia espressione della sintesi degli studi della dottrina, delle istituzioni e degli organismi di ricerca, condotti sul tema negli ultimi decenni.

La riforma *in itinere* dovrebbe avere l'obiettivo di conseguire incrementi dell'autonomia normativa finanziaria degli enti compositivi della Repubblica, in collegamento a corrispondenti ampliamenti della responsabilità finanziaria decentrata attraverso scelte più coordinate e concertate tra livelli di governo nello schema di equiordinazione stabilito dall'articolo 114 della Costituzione.

Il primo obiettivo di un nuovo quadro legislativo di coordinamento della finanza pubblica dovrebbe pertanto essere quello di ricomporre in modo coerente una dialettica istituzionale di carattere triangolare tra Stato, autonomie territoriali ed Unione europea, coniugando il rispetto dei vincoli comunitari con l'accoglimento delle istanze federaliste, tenendo tuttavia sempre presente che responsabile in ultima istanza del rispetto dei parametri inerenti deficit e debito è lo Stato centrale.

In tal senso, il disegno di legge in esame intende integrarsi con la legge delega in materia di federalismo fiscale al fine di definire un quadro regolatore unitario delle fasi di costruzione delle decisioni di finanza pubblica che sappia coordinare in modo nuovo il ruolo del Governo, responsabile a livello europeo del rispetto dei vincoli ivi posti, il ruolo del Parlamento, detentore, ai sensi dell'art. 81 della Costituzione, di un «*diritto al bilancio*», e quello degli enti territoriali, titolari di un'autonomia finanziaria di entrata e di spesa parimenti salvaguardata dalle norme costituzionali che esige un loro diverso e più intenso coinvolgimento nella fase ascendente della definizione delle decisioni di finanza pubblica.

Occorrerà, quindi, affrontare i problemi di armonizzazione dei vari bilanci pubblici con la necessità di uno sforzo condiviso tra i rappresentanti dei vari livelli di governo che, dopo un lungo periodo di legificazione in tal senso e di successive approssimazioni, porti ad un reale adeguamento dei sistemi contabili.

I governi decentrati dovrebbero contribuire con piena assunzione di responsabilità alla formazione di un *bilancio nazionale* anche in considerazione dell'entità e della rilevanza della spesa indirizzata a fornire prestazioni essenziali da parte delle Regioni e servizi fondamentali da parte degli Enti locali.

Vanno inoltre individuati i principi fondamentali per la redazione dei bilanci consolidati in modo da dare conto dei servizi esternalizzati. A tal proposito, occorre notare che anche la Legge n. 42/2009 fa riferimento all'armonizzazione dei vari bilanci pubblici. La priorità

via sperimentale. La soluzione proposta non sembra idonea a garantire adeguati meccanismi per la gestione dei conti pubblici in una prospettiva di equilibri pluriennali. Appare, al contrario, da accogliere con favore l'opzione di prevedere l'obbligo di consolidare i bilanci delle aziende, società o altri organismi controllati dalle Pubbliche Amministrazioni nonché la disposizione secondo cui lo schema-tipo per l'operazione di consolidamento deve essere concertato tra Governo ed istituzioni territoriali in seno alla Conferenza unificata (art. 2, co. 2, lett e).

assegnata a tale tema è evidente nelle ultime modifiche apportate alla legge delega e relative alla tempestiva comunicazione al Governo dei bilanci preventivi e consuntivi di Regioni ed Enti locali, alla pubblicazione degli stessi bilanci su siti *internet* ed alla già citata adozione per decreto legislativo dei principi di armonizzazione contabile degli stessi bilanci, entro dodici mesi dall'entrata in vigore della legge delega.

Nel sistema di *governance* che si va prospettando sarà necessaria e fondamentale, dunque, la leale collaborazione tra i livelli di governo, principali attori del decentramento; ciò dovrebbe consentire il passaggio da una situazione di condizionamento reciproco ad una di stretto coordinamento con il superamento dello schema che ha spesso combinato norme rigide imposte dall'alto con mancanza di trasparenza e vincoli di bilancio elastici per il sistema delle Autonomie. Alla condivisione degli obiettivi dovranno essere associati maggiormente informazione, valutazioni concrete per misurare e incrementare le *performance*, responsabilizzazione.

Nella gestione del decentramento di funzioni e risorse, del resto, non si potrà prescindere dagli orientamenti prospettati in sede europea per l'incremento di specifiche missioni di spesa e dai vincoli sui saldi e sulla pressione fiscale centrale e locale direttamente connessi a tali obiettivi. I comportamenti delle Autonomie locali non devono contrastare, infatti, con le direttive generali in termini di andamento della spesa dell'intera Pubblica Amministrazione o di obiettivi circa la pressione fiscale. Si dovrebbe arrivare a prospettare, all'interno del D.P.E.F., non solo un conto consolidato delle Amministrazioni locali ma anche delle Regioni, delle Province e dei Comuni, rispettivamente nel loro complesso.

In tale ambito, la regionalizzazione del Patto di stabilità interno potrebbe permettere di superare alcuni aspetti critici e l'eccessiva rigidità mostrata dal Patto stesso nei suoi ormai dieci anni di applicazione.

L'adattamento regionale del P.S.I. potrebbe aumentare la flessibilità del sistema consentendo di limitare la restrittività di un vincolo uguale per enti diversi e potrebbe crearsi lo spazio per un ruolo regionale di coordinamento per la programmazione degli investimenti sul territorio, con possibile reintroduzione della *golden rule*, in linea con i dettami del Titolo V della Costituzione all'articolo 119, tramite la fissazione di un livello di *deficit* in conto capitale concordato tra centro e periferia.

Al vasto affresco delle soluzioni da apportare va, inoltre, aggiunto il necessario raccordo tra P.S.I. regionalizzato e l'istituendo *Patto di convergenza* previsto dalla legge delega sul federalismo fiscale con il suo riferimento alla convergenza di costi, fabbisogni e servizi standard di non agevole implementazione e gestione nelle diverse componenti.

In sostanza, come importante aspetto del contesto emerge la riduzione dell'area delle competenze dell'Amministrazione centrale conseguente al trasferimento delle funzioni *latu sensu* a Regioni ed Enti locali, aspetto che del resto ha rappresentato il perno centrale delle riforme amministrativo-costituzionali degli ultimi anni con l'obiettivo di superare un modello fortemente statalistico e centralistico. Tuttavia, nel progetto di legge che si è commentato e

nelle riflessioni compiute emerge ancora un concetto di coordinamento della finanza pubblica come «*monopolio di Stato*»⁶⁵.

La funzione, pertanto, che deriva sia dall'esistenza della dimensione europea della finanza pubblica sia dalla necessità di garantire l'equiordinazione di tutti gli enti territoriali, sembra rimanere più un auspicio che un dato di fatto⁶⁶.

Dovrà esserci lo spazio e il tempo necessario per una riflessione che giunga ad integrare, nel processo di attuazione del federalismo fiscale, nonché nello spirito della Legge delega n. 15/2009 in tema di riforma della Pubblica Amministrazione, una visione che valorizzi autonomia e responsabilità garantendo ai Comuni, anche in sede regionale, la possibilità di concorrere alle scelte che direttamente li riguardano non permettendo lo spostamento del baricentro dei problemi che investono la finanza pubblica.

In un contesto federale il bilancio dello Stato e quello delle Amministrazioni locali sono sullo stesso piano sia in termini di gestione che di garanzia della copertura finanziaria delle decisioni di spesa. Una visione istituzionale completa dovrebbe garantire la possibilità di valutare gli effetti sugli aggregati di finanza pubblica anche rispetto ai comportamenti delle società partecipate degli Enti Territoriali per il ruolo rilevante delle esternalizzazioni nella fornitura di servizi pubblici.

Si rende, quindi, necessaria la costruzione di bilanci consolidati per l'effettività dell'armonizzazione e del coordinamento anche se ciò necessariamente richiede cambiamenti negli atteggiamenti e nuove attitudini nei riguardi della disciplina fiscale per affrontare con equilibrio e realismo la riforma della finanza e contabilità pubblica.

⁶⁵ Cfr., K. NIKIFAVARA, *L'autonomia finanziaria regionale e locale tra effettività ed esigenze di coordinamento*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 5/2006, 763. L'A. osserva, inoltre, che: «(...) davanti alla Consulta, l'autonomia finanziaria e il coordinamento seguono due strade separate: per quanto riguarda l'autonomia, la Corte si è preoccupata di assicurare agli enti territoriali un livello minimo di spesa, mentre con riguardo al coordinamento il punto di vista assunto è esclusivamente quello dello Stato». Più in dettaglio, la posizione della Corte Costituzionale è affrontata da A. BRANCASI, *La Corte Costituzionale delimita l'ambito del coordinamento della finanza pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2006, 424 ss.

⁶⁶ Cfr., A. MORRONE, *Il sistema finanziario e tributario della Repubblica*, Bologna, 2004. Una raccolta delle opinioni dottrinali sul concetto di coordinamento è rinvenibile in G. AMATO, G. MARONGIU (a cura di), *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Bologna, 1982. Sul concetto di equiordinazione, cfr., M. BERTOLISSI, *L'autonomia finanziaria delle Regioni ordinarie*, in *Le Regioni*, 2004, 434, secondo cui la natura equiordinata del rapporto non significa necessariamente l'identica posizione dei soggetti ma piuttosto «una parità dinanzi alla Costituzione, la quale individua i parametri del giudizio, escludendo che a determinarli sia una delle parti in gioco».

Filangieri e il sogno di Philadelphia¹

di Elena Cuomo

In un clima di *débacle* della politica e della società civile, sempre più il ritorno allo studio della dottrina dei grandi classici costituisce un percorso doveroso per chi studia queste materie. La grande opera di Gaetano Filangieri, *La Scienza della Legislazione*, riportata con un rinnovato interesse all'attenzione degli studiosi dalla recente pubblicazione della Edizione Critica, diretta da Vincenzo Ferrone², segna ancor di più la strada verso l'approfondimento dei grandi temi di una razionalizzazione della legislazione e della centralità dell'istruzione pubblica e dell'educazione spirituale, punti focali ancora oggi per poter guardare con fiducia al futuro di una società in ginocchio, apparentemente incapace di ripensare i capisaldi di una rinascita antropologica, che consentano di sperare in una rinnovata società civile, in grado di ripensarsi come soggetto politico nell'agone della democrazia.

Quali gli estremi dell'attualità della lezione del filosofo napoletano? Ebbe Filangieri relazioni intellettuali con l'erigenda esperienza costituzionale e politica degli attuali Stati Uniti d'America³? Quali i punti di contatto del suo profilo di pensatore, di filosofo politico e del diritto con l'esperienza radicalmente innovativa – e oserei dire tuttora abbastanza recente – che l'umanità fece attraverso il coraggio e la lungimiranza dei coloni del Nord America?

I quesiti forti, stimolanti, di alcuni studenti e l'invito ad un incontro seminariale informale da parte di alcuni amici e colleghi mi hanno spinto a ricercare tra le pagine de *La Scienza della legislazione* un primo spunto di riflessione; e tra le pagine degli esperti le tracce di una tematizzazione che sottopongo al lettore.

Inevitabilmente questo profilo dell'autore va colto in stretta connessione con gli accadimenti storico-culturali dell'epoca e con le vicende biografiche, almeno per non sottrarre all'uomo l'entusiasmo per la filantropia, la tenace onestà intellettuale ed attribuirle unicamente

¹ Questo testo nasce dal felice incontro tra le mie letture, gli stimoli intellettuali di una Facoltà in cui ci sono autorevoli pubblicazioni sull'autore e la richiesta da parte di alcuni amici e colleghi di partecipare con un contributo ad un incontro seminariale su Filangieri, a carattere informale, volto ad indagare i suoi possibili legami con gli Stati Uniti e gli eventuali spunti più significativi per il lettore a noi contemporaneo. Il primo testo che mi ha consentito uno slancio entusiastico verso il tema è stato il bel libro di Carla De Pascale, *Filosofia e politica tra sette e ottocento. Francesco Mario Pagano e Gian Domenico Romagnosi*, Alfredo Guida Ed., Napoli 2007, che solo marginalmente affronta Filangieri e per quanto concerne l'eredità di Pagano e degli intellettuali della Repubblica Partenopea, ma per me ha costituito una significativa chiave di lettura dell'area tematica contigua al filosofo napoletano.

² Gaetano Filangieri, *La Scienza della Legislazione*, Edizione Critica diretta da Vincenzo Ferrone, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo G. Stiffoni, Venezia 2003.

³ Per un primo riferimento circa il modello organizzativo giuspolitico del Nord America, cfr. Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bologna 1976, pg. 561 sgg.

al genio del filosofo. Non si può, infatti, non ricordare la statura morale di Gaetano Filangieri che, anche in condizioni precarie di salute e pecuniarie non smise mai di lavorare, anche di notte, al suo progetto e al sogno di un'umanità dignitosa, abitante della città dei fratelli. "Amatissimo" - scrive, infatti, di lui Benedetto Croce - "visse la sua breve vita tutto ardente della brama di redimere gli uomini dai mali che li bruttavano e li avviliavano, cagionati dalle viziose legislazioni"⁴.

Infatti, centrale, nella dottrina di Filangieri, è la felicità dei popoli, di cui uno Stato illuminato e riformatore si deve fare garante e promotore. Appaiono, quindi, immediatamente chiari i possibili nessi con il mito europeo dei costituendi Stati del Nord America, quale luogo reale, non più utopico, città erigenda degli ideali illuministici di umanità rifondata⁵. In particolare, il *focus* dello sguardo dell'Autore fu rivolto alle vicende della Pennsylvania e al suo ordinamento. L'ammirazione per il progetto di William Penn, che egli paragonava a Licurgo e a Solone, per la lungimiranza e la saggezza, di cui vedeva le prove nell'aver tentato di eliminare la discrasia tra interesse del pubblico e interesse del privato, non impediva, però a Filangieri, di esprimersi criticamente contro l'istituto della schiavitù e contro la pena capitale vigenti in quello stato⁶.

Al centro della questione dei rapporti di Filangieri con i costituendi Stati Uniti d'America, non solo il mito illuminista della rivoluzione delle colonie, ma anche il rapporto epistolare con Benjamin Franklin, in specie durante i soggiorni di quest'ultimo a Parigi nel 1767 e nel 1769⁷.

Filangieri appartenne ad una delle più antiche e blasonate famiglie del Regno di Napoli. Le origini patrizie dei principi di Arianiello si potevano, infatti, ricondurre almeno alla dominazione normanna⁸. Da giovane viene destinato inizialmente dai suoi alla carriera militare, successivamente indirizzato all'attività forense, per far fronte alle spese cui lo condannava il rango, sebbene lo splendore del casato non si giovasse più di una florida situazione finanziaria⁹. Tuttavia, il destino intercede per lui, così poco a suo agio¹⁰ nell'una e

⁴ Benedetto Croce, *Storia del Regno di Napoli*, in Renato Bruschi, *Introduzione*, pg.1, in R. Bruschi e S. Ricci, *Gaetano Filangieri, Scienza della legislazione*, Edito dall'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, Napoli 1995- 1998.

⁵ Cfr. R. Bruschi, *Introduzione*, cit., pg 26.

⁶ Alexander Grab, *The Italian Enlightenment and the American Revolution*, in Aa. Vv., *The American constitution as a symbol and reality for Italy*, Emiliana P. Noether (a cura di), vol.4, Edwin Mellen Press, Lewiston/Queenston/Lampeter 1989, pg. 44-45.

⁷ *Ivi*, pg. 35 sgg. Filangieri, addirittura sognò di rifondare la propria esistenza sulle orme del sogno americano e scrisse a Franklin in tal senso nel dicembre del 1782, nella speranza di potersi trasferire in America e contribuire alla stesura del testo costituzionale, cfr. *Ivi*, pg. 45.

⁸ Sulle ascendenze normanne che i Filangieri Principi di Arianiello potevano vantare, cfr. Gerardo Ruggiero, *Gaetano Filangieri, un uomo, una famiglia, un amore nella Napoli del Settecento*, Alfredo Guida Editore, Napoli 1999, pg. 20. Cfr. anche R. Bruschi, *Introduzione*, cit., pg. 12. sgg.

⁹ Circa le effettive condizioni finanziarie dell'autore è opportuno precisare che la povertà di cui egli lamenta le vessazioni è da ritenersi relativa alle spese cui lo obbligava il rango e non riconducibile ad un odierno metro di valutazione, in merito cfr. Vittorio Frosini, *Introduzione*, in Gaetano Filangieri, *La Scienza della Legislazione*, Benjamin Constant, *Comento sulla Scienza della Legislazione*, V. Frosini (a cura di), revisione critica di Francesco Riccobono, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma 1984, pg. VII e pg. VIII. La famiglia Filangieri era rimasta legata alla prammatica della *Filangeria*, cioè alla preferenza della linea successoria a favore della primogenita del primo figlio maschio, in caso di successione di feudi, linea successoria che avrebbe rovinato il casato dei principi di Arianiello, cfr. *Ibidem*. Circa la condizione finanziaria di molte famiglie patrizie nel Settecento napoletano e i loro obblighi spesso insostenibili, cfr. G. Ruggiero, *Gaetano Filangieri, un uomo, una famiglia, un amore nella Napoli del Settecento*, cit., pg. 39 sg. In merito, interessante, insieme alla richiesta di Francesco Pagano e di Vincenzo Russo nel corso della Repubblica Partenopea del 1799, di erigere una statua "al Montesquieu dell'Italia", quella che lo stato continuasse a versare la pensione alla vedova e ai figli di Filangieri. Cfr. Mario Battaglini (a cura di), *Napoli 1799. I Giornali Giacobini*, Libreria Alfredo Borzi, Roma 1988, pg 247-48.

nell'altra veste, nella persona del suo ex precettore, il dotto monsignor Luca Nicola de Luca, uomo di studi, allievo dell'Abate Genovesi¹¹, il quale, dopo averne curato a fondo l'istruzione, indovinando in qualità di precettore le doti e le inclinazioni di Gaetano sin da ragazzo, tanto da soprannominarlo Filandro¹², ne prese in carico anche la formazione teorica e lo introdusse, quindi, nei circoli intellettuali del regno, come dimostra, tra l'altro, il viaggio del 1773 a Palermo, nel quale il giovane Filangieri ebbe contatto con il circolo di intellettuali progressisti che si riuniva intorno alla figura di Isidoro Bianchi¹³.

L'esperienza fu destinata a lasciare un segno profondo nella formazione del filosofo, il quale si trovò spettatore di una rivolta della plebe palermitana e con l'occasione, a discutere con uomini di cultura europea, sia delle aperture, sia delle incongruenze con i più recenti fatti, delle teorie di stampo rousseauiano. Agli occhi degli intellettuali siciliani, piuttosto che la critica di Rousseau alla cultura, sembrava più adeguata la lezione del Genovesi e l'esigenza dell'intervento riformatore dello Stato, con particolare riguardo al fisco e all'economia¹⁴. D'altronde, sotto la guida di De Luca, il filosofo era stato iniziato senza indugio alla lettura degli antichi, ma anche dei filosofi moderni, tra cui Fénelon e Bousset, Montesquieu e Hume, e ancora Rousseau, Verri e Beccaria¹⁵.

Intorno al 1771 Don Gaetano Filangieri non ancora ventenne redasse uno scritto politico dal titolo *La Morale dei Principi fondata sulla natura e sull'ordine sociale*, di cui si conserva la recensione di Isidoro Bianchi su una rivista palermitana¹⁶. Il giudizio dell'intellettuale siciliano è estremamente positivo e gli riconosce di aver ben digerito la lezione dei grandi come Pufendorf, Montesquieu, Beccaria, nonostante la sua giovane età; giudizio che gli valse, tra

¹⁰ Alla vita militare Gaetano ed il fratello Antonio preferivano le lezioni del grande Antonio Genovesi, del quale avevano già letto il testo pedagogico *Diocesina, o sia della filosofia del giusto e dell'onesto per gli giovanetti*, cfr. G. Ruggiero, *Gaetano Filangieri, un uomo*, cit. pg. 41 – 45.

¹¹ Sulla Napoli di Antonio Genovesi, filosofo, teologo ed economista riformatore, alla cui scuola si formò gran parte della successiva generazione di intellettuali, cfr. Franco Venturi, *Settecento riformatore, da Muratori a Beccaria*, Einaudi, Torino 1969, pg. 523 sgg. E' opportuno ricordare come Venturi sostenga la tesi della centralità della figura di Genovesi per il moto di rinnovamento della società meridionale: da un lato la linea di anticurialismo, dall'altro l'importanza del problema dello Stato, nucleo forte del giurisdizionalismo. In tal senso, Giuseppe Galasso, *La parabola del giurisdizionalismo napoletano*, in "Bollettino del centro di studi vichiani", vol. VI, Napoli, 1976, pg.172 in nota.

¹² Nel 1777 monsignor De Luca pubblica un'opera e la dedica all'allievo Filandro, cfr. Antonio Villani, *Introduzione*, a AA. VV., *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo europeo*, Atti del Convegno, Guida Editori, Napoli 1991 pg. 5.

¹³Cfr. G. Ruggiero, *Gaetano Filangieri, un uomo* cit., pg.26 sgg.; pg. 55 sgg. Sull'apprezzamento espresso da padre Isidoro Bianchi, personalità di spicco della cultura siciliana e futuro protagonista del mondo massonico, cfr. Antonio Trampus, *La genesi e le edizioni della Scienza della legislazione*, in Gaetano Filangieri, *La Scienza della Legislazione*, Edizione critica diretta da Vincenzo Ferrone, Gorizia 2004, vol. I, pg. V.

¹⁴ Circa la polemica antirousseauiana del circolo siciliano, cfr. A. Trampus, *La genesi e le edizioni della Scienza della legislazione, cit.*, pg. VI – VII. Sul punto, cfr. R. Bruschi, *Introduzione, cit.*, pg 18. Sembra opportuno ricordare che la fortuna dell'insegnamento riformistico di Filangieri ebbe corso non solo a Napoli, ma anche e fortemente tra gli intellettuali siciliani. Sul punto, si rimanda a Raffaele Feola, *Tra Utopia e prassi: il pensiero di Filangieri e il riformismo in Sicilia*, in AA. VV., *Gaetano Filangieri, cit.*, pgg. 294sgg.

¹⁵ Cfr. G. Ruggiero, *Gaetano Filangieri, Gaetano Filangieri, un uomo*, cit., pg.25. e pg. 51. Sin da bambino, Gaetano Filangieri fu introdotto dal suo precettore alla lettura degli antichi, gli furono proposti testi di Tacito e Demostene, di Platone e Aristotele ed egli si dimostrò particolarmente interessato agli aspetti politici. Cfr. G. Ruggiero, pg.37. Circa i testi di riferimento per la costruzione de *La Scienza della Legislazione*, alla luce di un'analisi critica, cfr. A. Trampus, *La genesi e le edizioni della Scienza della legislazione*, cit., pg. IX e sg.

¹⁶ Cfr. "Notizie dei Letterati", n.19, del 12 maggio 1772, coll. 294-98.

l'altro, l'appellativo di "ape ingegnosa" per quanto fosse autonomamente riuscito a rielaborare¹⁷.

Secondo Antonio Trampus, in quest'opera giovanile troviamo *in nuce* l'intuizione che poi Filangieri svilupperà ne *La Scienza della legislazione*¹⁸. E' già del primo scritto l'idea che "la morale dei sovrani corrisponda alla tranquillità dei popoli" la quale - è stato sostenuto - equivarrebbe alla premessa del patto fondativo della società, in vista dell'autoconservazione¹⁹. Tuttavia, è qui opportuno precisare che, per buona parte della critica, Filangieri non condivide l'impianto contrattualistico del giusnaturalismo europeo e mostra, piuttosto, di aver assimilato la lezione vichiana, ritenendo che la società civile e la sua organizzazione statale siano il frutto di un progressivo processo di incivilimento della struttura familiare e tribale²⁰. Nel capo XVIII della sua *Scienza della Legislazione*, Filangieri descrive il passaggio dei popoli e, a ben vedere anche degli stati, da uno stadio di fanciullezza a quello della maturità corrispondente all'epoca in cui si proceda al rifacimento del loro codice, adeguandolo alla nuova condizione antropologica e facendo delle sue leggi "i fondamenti stabili e durevoli della sua prosperità"²¹. A questo proposito Guido de Ruggiero sottolineava come fosse inscindibile il legame tra probità della politica e uniformità e ragione della legislazione; in particolare, essendo nell'opera di Filangieri l'uniformità "un prodotto della ragione", quest'ultima avrebbe in questo modo irradiato l'intero edificio sociale²². Egli ritenne, inoltre, che le più alte esigenze razionali fossero "vichianamente riposte non già in una immaginosa costruzione di uno stato originario di natura [...], ma nel termine più perfetto della società civile, nata a un parto con l'uomo e destinata a perfezionarsi con esso"²³.

In primo piano appaiono le leggi, la cui esecuzione è assicurata dalla duplice azione delle pene e dei premi. Quanto alle prime, Filangieri ritiene che debbano essere commisurate ai delitti e ai costumi del paese; non è contrario come Beccaria²⁴ alla pena capitale, ma la ritiene tuttavia "perniciosissima"²⁵. L'obiettivo principale del legislatore deve essere la rinascita

¹⁷ Interessante ricordare come Filangieri polemizzò con "Puffendorf", ritenendolo colpevole di non aver vigorosamente confutato le teorie di quanti sostenevano la pena di morte, se non con argomenti che egli ritiene deboli. Cfr. G. Filangieri, *La Scienza della legislazione*, cit., vol. IV, pg. 20. Per un riscontro autorevole circa la filosofia politica di Puffendorf, cfr. Vanda Fiorillo (a cura di), *Samuel Puffendorf filosofo del diritto e della politica*, La città del sole ed., Napoli 1996; cfr. anche Hans Welzel, *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Puffendorf*, trad. ital. a cura di Vanda Fiorillo, Giappichelli, Torino 1993.

¹⁸ Essendo lo scritto andato perduto, se ne conserva un sunto pubblicato da Bianchi, in base al quale è stato autorevolmente sostenuto che l'impianto dell'opera di Filangieri fosse sostanzialmente stato all'epoca già concepito, non senza subire poi alcune variazioni, in merito soprattutto alle leggi in materia economica. Sul punto cfr., A. Trampus, *La genesi e le edizioni della Scienza della legislazione*, cit., pg. VI. In tal senso, già precedentemente, V. Frosini, *Introduzione*, cit., pg. IX.

¹⁹ Cfr. G. Ruggiero, *Gaetano Filangieri, un uomo*, cit., pg. 47.

²⁰ Cfr. R. Bruschi, *Introduzione*, cit., pg. 9 sg. Circa alcuni "spunti" vichiani in Filangieri, si era già espresso Guido De Ruggiero; cfr. G. De Ruggiero, *Il pensiero politico meridionale*, Giuseppe Laterza e Figli, Bari 1946, pg. 64 sgg.

²¹ G. Filangieri, *La Scienza della legislazione*, cit., vol I, pg. 171. Circa i punti di contatto tra Filangieri e Vico, in particolare per la teoria dell'evoluzione stadiale, cfr. per tutti, Benedetto Croce, *Bibliografia vichiana, accresciuta e rielaborata da Fausto Niccolini*, Ricciardi ed., Napoli 1947; e Sergio Cotta, *Gaetano Filangieri e il problema della legge*, Giappichelli, Torino 1954.

²² Guido De Ruggiero, *Il pensiero politico meridionale*, cit., pg. 66.

²³ Guido De Ruggiero, *Il pensiero politico meridionale*, cit., pg. 66.

²⁴ Nel 1764 Cesare Beccaria, l'altra voce che "nel Settecento la cultura italiana innalzava a simbolo della civiltà giuridica europea", aveva dato alle stampe *Dei delitti e delle pene*, "grido di rivolta della coscienza civile contro la barbarie giudiziaria della tortura e della pena di morte" di cui si ebbe la traduzione in quattordici lingue, V. Frosini, *Introduzione*, cit., pg. X.

²⁵ Cfr. Gaetano Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., vol. III, pgg 95 e 230; vol. IV, pgg. 8, 65, 165 -167, 293.

della nazione attraverso un miglioramento dell'*ethos*. Lo si suppone, dunque, consapevole dell'insufficienza della via prescrittiva e punitiva, qualora non sia accompagnata e completata dalla funzione pedagogica dell'istruzione pubblica e della religione. "Siccome però i premi e i castighi riguardano le azioni esterne" – si legge – "non le interne e le segrete [...] perciò è necessaria un'altra voce, che tocchi il cuore degli uomini e li distraiga dagli occulti delitti. E' questa la religione"²⁶.

Occorre qui evidenziare, già nel giovane autore, la concezione premiale della norma, accanto a quella della pena, cosa che, per Antonio Villani, costituisce un'importante anticipazione della teoria benthamiana²⁷.

Da rappresentante di un antico e nobile casato, il filosofo napoletano non si fa portatore dei diritti degli ottimati e si mostra, bensì, consapevole dei danni che la nobiltà con i suoi eccessivi privilegi può causare ad una società priva di una codificazione unitaria e coerente. Al genio di Filangieri appaiono chiari sin dai primi studi i problemi di una società come quella partenopea, vessata dagli abusi dell'aristocrazia, che delle nobili prerogative sembrava avesse conservato solo quelle feudali e che, altro dal costituire un corpo intermedio, così come avrebbe voluto Montesquieu²⁸, atto a bilanciare un potere centrale tripartito, agli occhi dell'autore contribuisce unicamente ad alienare il legame sociale del potere della corona con il popolo, moltiplicando a spese di quest'ultimo il numero dei tiranni²⁹. Altro sarebbe se l'aristocrazia alimentasse la sua migliore linfa e svolgesse responsabilmente la funzione di corpo intermedio tra la corona e i sudditi³⁰. Qui si vuole appena ricordare che Filangieri crede fortemente nella centralità della funzione di rango intermedio dei nobili tra la corona e il popolo³¹ e di corpo intermedio dei magistrati, quale depositario delle leggi. Ci crede a tal punto che ne codifica la funzione e si comporta – è stato autorevolmente sostenuto – come un "Montesquieu normativo"³².

Il primo problema da risolvere era, dunque, quello delle prerogative feudali dell'aristocrazia del regno.

²⁶ Cfr. G. Ruggiero, *Gaetano Filangieri, un uomo*, cit., pg. 47.

²⁷ Cfr. Antonio Villani, *Introduzione*, cit., pg. 7. Cfr. Lucio d' Alessandro, *Utilitarismo morale e scienza della legislazione, studio su Jeremy Bentham*, Guida ed., Napoli 1981; Cfr. Annamaria Rufino, *Culture giuridiche e regole sociali, temi di sociologia del diritto*, Rubbettino, Catanzaro 2003, pg. 24 sgg.

²⁸ Cfr. Francesco Gentile, *Il destino dell'uomo europeo. Montesquieu e Filangieri a Confronto*, in A. Villani (a cura di), *Gaetano Filangieri*, cit., pgg. 403 sgg. A proposito dell'aristocrazia e delle possibilità di evitare che si corrompa al suo interno con delle leggi che ne spezzino i rigidi legami attuali, a favore di una nobiltà nobiltà che riscopra l'amor di patria a fondamento del titolo, cfr. G. Filangieri, *la Scienza della Legislazione*, cit., vol. I, pg. 95 sg. Filangieri deriva senz'altro da Montesquieu alcuni punti nevralgici della sua costruzione politica, come ad esempio, la necessità che le leggi stabiliscano le regole per l'elezione dei magistrati e la necessità di un organismo con funzione di guida come il senato, sia per il popolo che per i monarchi. Cfr. Montesquieu, *Esprit de lois*, II, 2, in G. Filangieri, *La Scienza*, cit., A. Trampus (a cura di), pg.134 testo e nota. Ancora, circa la natura del governo, il richiamo a Montesquieu è esplicitato dallo stesso Filangieri, cfr. *Ivi*, pg 90, testo e note.

²⁹ L'intervento riformatore di Carlo III di Borbone, supportato e sviluppato dal Tanucci, fu fortemente osteggiato sia dall'aristocrazia che dalla magistratura fino quasi a vanificarlo. Tale intervento si può ritenere per certi versi in linea con la lezione di Genovesi e vide alcuni intellettuali napoletani, tra cui Filangieri, schierarsi a favore della monarchia illuminata. Sul punto, cfr. R. Bruschi, *Introduzione*, cit, pg 44 sgg. Cfr. anche S. Ricci, *Presentazione, Gaetano Filangieri*, cit., pg. XVIII sg.

³⁰ Cfr. G. Filangieri, *La Scienza della legislazione*, cit., vol. I, pg. 96 e sgg.; pg. 100 sg.

³¹ Cfr. G. De Ruggiero, *Il pensiero politico meridionale*, cit., pg. 71.

³² *Ivi*, pg. 70. Per De Ruggiero, infatti, in Filangieri "il razionalismo assume una forma normativa assai caratteristica. La ragione non è più paga di tracciare un quadro ideale della vita politica; essa vuole che quel quadro sia realizzato..." *Ivi*, pg. 74.

Il secondo punto nevralgico era arginare l'arbitrio degli *arcana juris*. Sostenere la monarchia nell'ardua lotta allo strapotere del ceto forense e soprattutto dei magistrati, autorizzati dal diritto consuetudinario a non motivare le sentenze, senza quindi alcun obbligo di produrre un riferimento alle norme applicate nel caso preso in esame. E' quello che Filangieri fece con la pubblicazione di un libello a favore dell'ordinanza del ministro Tanucci, che da tempo cercava di limitare l'arbitrio della magistratura. Benchè, infatti, già Carlo di Borbone si fosse adoperato per spezzare lo strapotere della magistratura, il governo non aveva avuto la forza di mantenere le proprie posizioni e ciò si era risolto in una radicalizzazione del problema³³. Nel 1774, dunque, Gaetano Filangieri pubblica *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*, dedicato a Bernardo Tanucci. L'intervento di Filangieri a favore di una limitazione delle "interpretazioni arbitrarie delle leggi da parte dei giudici e l'abuso del ricorso all'autorità dei dottori" si inserisce nel coro di proteste autorevoli sollevatosi in Italia con gli scritti di L. Muratori, C. Beccaria e P. Verri contro lo stesso sistema di abusi in altri ordinamenti e che aveva incoraggiato analoghe disposizioni di legge nel regno di Sardegna negli anni 1723 – 1770³⁴. Infatti, il dispaccio tanucciano fu accolto con grande favore dagli ambienti illuministici locali, in sintonia con la cultura europea; Filangieri, dal canto suo, sentì forte la necessità di sottolineare l'esigenza prioritaria di superare il dualismo tra legislazione e giurisprudenza al fine di giungere ad "un'interpretazione autentica della legge"³⁵.

Il terzo problema si presentava come quello di risollevare il popolo dall'indigenza.

Quali gli strumenti per garantire giustizia? Quali gli strumenti per contemperare libertà ed eguaglianza³⁶?

La codificazione³⁷ sembra suggerire la prima grande risposta della certezza del diritto e dell'elisione della corruzione della classe forense, legata all'arbitrio dei giudici. Essa costituisce il disegno complesso ed organico di una completa rifondazione della società, secondo una scienza, appunto, della legislazione ideale, in linea con i lumi europei³⁸. Non tragga in inganno il credo riformistico: il filosofo illuminista pensava alla rifondazione dell'ordinamento giuridico e istituzionale in vista della palingenesi della società; progetto per il

³³ In tal senso, Raffaele Feola, *Dall'Illuminismo alla restaurazione, Donato Tommasi e la legislazione delle sicilie*, Jovene, Napoli 1987, pg. 11 sgg.

³⁴ Cfr. V. Frosini, *Introduzione*, cit., pg. IX.

³⁵ R. Feola, *Dall'Illuminismo*, cit., pg. 13.

³⁶ Si ricordi che Verri, Filangieri e Pagano sostenevano che la libertà civile si affermi soltanto sotto il dominio della legge e che tale linea di pensiero costituì un preciso programma politico contro il dispotismo, cosa che in Filangieri si colora di una netta posizione contro il dispotismo dei magistrati. Raffaele Ajello sottolinea altresì come ciò costituisca un tratto distintivo di questi pensatori, che si distaccano così dalla filosofia del Seicento specie del razionalismo giusnaturalistico, le cui idee guida contro l'arbitrio dei magistrati vengono adottate dagli *idéologues*. Cfr. Raffaele Ajello, *Arcana Juris, diritto e politica nel settecento italiano*, Jovene ed., Napoli 1976, pg. 354 e 355.

³⁷ Circa il primo progetto di codice generale a Napoli, con Carlo di Borbone e ad opera del primo ministro Bernardo Tanucci, cfr. Raffaele Ajello, *La vita politica napoletana sotto Carlo di Borbone*, in *Storia di Napoli*, Napoli 1972, vol. VII, pgg. 460 – 984. In Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bologna 1976, pg. 209.

³⁸ Cfr. Furio Diaz, *L'Europa dei Lumi*, Il Mulino, Bologna 1989, pg. 547. Sul punto la bibliografia è sterminata. Per una ricostruzione storiografica delle principali linee interpretative con cui i Lumi europei sono stati studiati e con speciale riguardo al pensiero politico, cfr. Giuseppe Giarrizzo, *Illuminismo, parabola di un'idea*, in Giuseppe Cacciatore, Maurizio Martirano, Edoardo Massimilla (a cura di), *Filosofia e storia della cultura*, studi in onore di Fulvio Tessitore, vol. II, Morano Ed., Omega 1997, pg. 329 sgg.

quale si è autorevolmente parlato della efficace metafora dell'edificio³⁹. Eguaglianza dinanzi alla legge, dunque, ma non solo.

L'eliminazione dei privilegi feudali può contribuire ad un nuovo assetto della società. L'eliminazione di alcuni tributi e gabelle sottrarrebbe alcuni strati della popolazione all'indigenza, ma la redistribuzione della terra e la difesa della proprietà privata, non sono da intendersi unicamente come ascesa di un ceto medio, ma soprattutto come libertà dai bisogni. Filangieri considera questo un punto forte per la ripresa economica e demografica che allora lamentava il regno borbonico. La libertà dai bisogni materiali più immediati avrebbe favorito i matrimoni e la famiglia: al centro del *focus* la speranza, l'ottimismo, l'amore.

Certamente, sullo sfondo si sente forte la lezione di Genovesi, magari integrata dalla lettura degli autori dell'illuminismo milanese e dei fisiocratici. Tuttavia il filosofo va oltre e, su questo punto, prospetta una visione i cui elementi sono ancor oggi di una sorprendente attualità⁴⁰: il suo interesse principale è rivolto alla felicità degli uomini in società e lega questo aspetto, sia alla rinascita spirituale in senso lato, sia alla rinascita economica del paese.

In merito ad un clima di palingenesi spirituale, mi piace ricordare che tale disposizione d'animo di Filangieri è stata equiparata alla "mentalità rivoluzionaria in atto", riconoscendo a questo aspetto spesso sottaciuto del Politico una pregnanza radicale, lo stesso che consente di paragonare la rivoluzione a un "atto di libertà spirituale"⁴¹.

L'obiettivo de *La Scienza della Legislazione* di ripensare l'impianto istituzionale dello Stato, spazzando via ogni forma di feudalità si presenta, dunque, sia come uno strumento per una maggiore equità⁴² e giustizia nell'amministrazione locale e nella opera dei tribunali, sia come l'opportunità atta a favorire una maggiore prosperità economica del popolo. Nell'organicità del pensiero politico del filosofo questi aspetti sembrano strettamente collegati alla crescita di una società civile .

Filangieri ricerca con ogni mezzo la felicità pubblica⁴³. Accanto alla giustizia delle leggi e dei tribunali, accanto alla prosperità economica si profila l'auspicio di una coscienza politica:

³⁹ Cfr. R. Bruschi, *Introduzione*, cit., pg. 49 sg. Circa la centralità della figura di Filangieri per il movimento riformatore napoletano che subì un duro colpo alla sua morte, cfr. R. Feola, *Dall'Illuminismo*, cit., pg. 22.

⁴⁰ Dagli anni '90, la teoria dei *Basic Needs* fornisce una prima risposta al fallimento dello sviluppo economico. E' noto che scrittori come Amartya Sen si rifacciano ad essa per teorizzare un concetto di sviluppo fondato sul ben-essere, inteso come rispetto dei bisogni complessivi dell'uomo. Cfr. Amartya Sen, *La democrazia degli altri*, Mondadori, Milano 2004; Cfr. Martha Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana*, Il Mulino, Bologna 2002. Per una lettura che individua una linea di continuità in tutto il pensiero politico americano, partendo dalla dottrina del diritto naturale fino ad arrivare alla libertà dai bisogni, cfr. Giulio Bruni Rocca, *La dottrina del diritto naturale in america, le origini: puritanesimo e giusnaturalismo*, Giuffrè, Milano 1950, pg. 27 in particolare.

⁴¹ Le definizioni sono di Guido De Ruggiero, *Il pensiero politico meridionale*, Giuseppe Laterza e Figli, Bari 1946, pg 74 e pg 75. E' opportuno ricordare che parte della critica ritiene riduttivo il giudizio su Filangieri formulato dagli interpreti "romantici" che ne avrebbero sottolineato il carattere utopico, in tal senso Raffaele Feola, *Dall'Illuminismo alla restaurazione*, Jovene, Napoli 1977, pg. 4. Sul punto, Vittorio Frosini ricorda come Sergio Cotta individuò in *La Scienza della Legislazione* il prodotto di "un diritto ideale" o "una forma di ideologia", definendola come "il manifesto di un pensiero politico" con il limite intrinseco del diritto. Cfr. Sergio Cotta, *Gaetano Filangieri e il problema della legge*, Giappichelli, Torino 1954, in Vittorio Frosini, *Introduzione*, cit., pg, XII e XIII. Per una ricostruzione dell'orientamento degli studi su Filangieri, cfr. *Ivi* (Frosini) pg. XI sgg.

⁴² Sul concetto di equità, cfr. Giulio M. Chiodi, *Equità la regola costitutiva del diritto*, Giappichelli, Torino 2000.

⁴³ Cfr. G. Filangieri, *La Scienza della legislazione*, cit., vol. I, pg. 172. In merito, cfr. anche Maria Teresa Silvestrini, *Note al testo, Gaetano Filangieri, La scienza della legislazione*, edizione critica a cura di Vincenzo Ferrone, II vol. a cura di M. T. Silvestrini, Gorizia 2004, pg. V sgg.

egli auspica che tra la gran parte dei sudditi si diano le condizioni di fiducia e agiatezza atte a promuovere una coscienza libera ed è certo che ciò si riverbererà anche in politica, con la creazione di soggetti politici consapevoli. Sogna una nazione che si risollevi dalla barbarie di vichiana memoria, slegandosi dalla schiavitù dei bisogni materiali.

Il suo riferimento storico è la schiavitù dell'indigenza, spesso dei bisogni primari, che non consentono alla virtù morale e intellettuale di svilupparsi come potrebbero, con il risultato di una società prona e ottusa, chiusa nell'interesse particolaristico, volta solo al soddisfacimento del proprio egoismo. A questa situazione di fatto oppone la necessità della certezza del diritto e dell'uguaglianza di tutti dinanzi alla legge. Un'uguaglianza che non annulli la libertà, vera, di fare e di essere, a scapito di un'altra solo formale⁴⁴: Chi è ottenebrato dai bisogni non ha forze residue per elevarsi! Ecco che, in analogia con quanto è stato autorevolmente sottolineato per l'impianto dell'opera, ciò consente di ritenere il profilo di un filosofo riformatore come Filangieri perfettamente in linea con il Secolo dei lumi e con la preziosa formula dell'*assemblage*, evocativa di una concezione organica dell'uomo e delle sue facoltà fisiche, razionali e spirituali⁴⁵.

Appare evidente nel filosofo napoletano, lettore di Raynal e di Hélietius⁴⁶, che le istituzioni dello Stato, la sua vita politica ed economica non sono altro rispetto alla crescita della sua base antropologica e che, così come i vari aspetti della vita umana sono profondamente connessi gli uni con gli altri, così la prosperità di una nazione lo è con i fenomeni culturali, lo scambio delle idee e, oserei dire, il grado di libertà dalle superstizioni.

Accanto alla codificazione, dunque, preponderante e imprescindibile il ruolo dell'educazione. Pubblica, per tutti, affinché il livello generale si affranchi dalla schiavitù. L'istruzione diventa la base sulla quale riedificare la società intera⁴⁷ e il ruolo degli intellettuali - 'il sapere'- è nettamente distinto dal potere⁴⁸.

Dunque, da pensatore illuminato, promuove un sistema di pubblica istruzione⁴⁹.

Non a caso, il quarto libro della *Scienza della Legislazione* è dedicato al sistema educativo con il quale lo Stato forma i suoi giovani. Ciò si presenta perfettamente in linea con il sapere illuministico, che travalica i confini degli studi tradizionali di stampo umanistico, apre a diversi campi d'indagine e diffonde a macchia d'olio un nuovo lievito per le coscienze. Sia

⁴⁴ Cfr. Franz von Baader, *Ueber die Freiheit der Intelligenz*, 1826, in *Saemtliche Werke*, Franz Hoffmann (Hsg.)vol. I; per un'ampia trattazione delle coordinate del concetto di libertà negli scritti baaderiani, cfr. Elena Cuomo, *Simbolica speculativa nella filosofia politica di Franz Baader*, Giannini, Napoli 1996, pg. 57 sgg.

⁴⁵ E' stato autorevolmente sostenuto che nella struttura dell'opera Filangieri sia pieno interprete dello spirito del Settecento riformatore ed abbia proceduto, dunque, con la modalità "dell'*assemblage* o *combination*, che per i *philosophe* designava una struttura del reale sia fisico sia morale o spirituale". Sulla scorta di Raynal e di Hélietius, secondo il quale il governo, quale combinazione di leggi o convenzioni di cittadini di uno stato era riconducibile a un' *assemblage*, operazione dello spirito che coniugava le sensazioni nella memoria e nella ragione in un tutto organico. Cfr. Maria Teresa Silvestrini, *Note al testo, Gaetano Filangieri, La Scienza della legislazione*, cit., pg. VIII.

⁴⁶ Si ritiene autorevolmente che G. Filangieri avesse a fondo frequentato, oltre che i testi dell'*Encyclopédie*, anche l'*Histoire des deux Indes* di Raynal e il *De l'Homme* di Hélietius. Cfr. per tutti M. T. Silvestrini, *Note al testo*, cit., pg. V sgg.

⁴⁷ Cfr. Paolo Bianchini, *Note al testo*, in G. Filangieri, *La Scienza della legislazione*, cit., p.VI. Si ricordi, per inciso, che il nome di Filangieri cominciò a circolare proprio tra i pedagogisti per la centralità del tema dell'educazione nel suo trattato e la competenza dimostrata. Cfr. *Ibidem*, p.VII.

⁴⁸ Circa la posizione di Filangieri sul punto e la prima bibliografia a riguardo, cfr. Elvira Chiosi, *Lo spirito del secolo, politica e religione a Napoli nell'età dell'Illuminismo*, Quaderni della Facoltà di Scienze Politiche, Giannini ed., Napoli 1992, pg 135.

⁴⁹ Cfr. R. Bruschi, *Introduzione*, cit., pg. 62.

detto per inciso, il sistema di pubblica istruzione si presenta differenziato in due classi, nell'accettazione della diversità naturale esistente tra gli individui⁵⁰ e per favorire la formazione di una classe dirigente responsabile e capace. Tuttavia appare centrale la necessità di istruire ed educare tutti i giovani e anche le donne ai valori della pace, della comunità, della concordia, affinché si desideri ciò che la legge prescrive.

Almeno in questo aspetto, appare chiaro il punto di vista del napoletano, perfettamente addentro al dibattito europeo circa le accuse poi formulate da Franz von Baader al falso liberalismo⁵¹ o, almeno da quanti, anche spesso vicini agli ambienti di cultura tradizionale, sostenevano la necessità di uno sviluppo parallelo delle libertà formali con la crescita di quelle interiori, in vista di un'effettiva e significativa maturazione dell'umanità. "Al pari delle norme penali, civili ed economiche" – si legge nel testo di Paolo Bianchini – "quelle relative al sistema scolastico ed educativo hanno il compito di formare un individuo, il quale è in primo luogo un cittadino, le cui azioni hanno senso compiuto soltanto all'interno di un sistema di valori civici e culturali condivisi e fissati per legge"⁵².

È bene ricordare che, se al capitolo VI del IV libro dell'opera l'autore si preoccupa delle "differenze generali tra l'educazione delle due classi principali", in cui egli ha precedentemente suddiviso il popolo⁵³, ciò non sembra promuovere una visione banalmente elitaria, in favore di certa aristocrazia illuminata, bensì, il proposito è quello di promuovere la massima istruzione possibile in termini di verità e scienza dell'intera popolazione e lo studio dotto tra coloro che fossero veramente dotati. Filangieri, infatti, considera anche le condizioni sociali e familiari un elemento favorevole allo sviluppo delle attitudini allo studio⁵⁴, tuttavia prevede la possibilità che l'autorità pubblica favorisca il passaggio da una prima ad una seconda classe di studi più approfonditi di uno scolaro ritenuto particolarmente versato e se ne accoli le spese⁵⁵.

Centrale, dunque, la funzione dell'istruzione pubblica, al punto che la comunità prenda in carico il figlio di un ceto non abbiente, perchè l'obiettivo comune è l'armonico sviluppo della comunità, la quale non si avvale se non delle doti di ognuno. Il singolo non appare sacrificato alla logica del pubblico e neanche il concetto di comunità sembra soffrire di un'eventuale ipertrofia dell'individuo: in sintonia con un certo pensiero tradizionale, e qui si sente l'eco dell'organicismo politico, l'illuminista riformatore Filangieri lega poi lo sviluppo armonico della

⁵⁰ Cfr, in particolare, G. Filangieri, *La Scienza della legislazione*, cit., vol. V, pg. 28 sgg; e pg. 30 sgg e 35 sgg; pg 126 sgg.; pg 139 sgg. Cfr. anche R. Bruschi, *Introduzione*, cit., pg 61.

⁵¹ F. von Baader combatte strenuamente contro il concetto di libertà negativa o di falsa libertà che egli imputava agli autori di parte liberale, ritenendoli colpevoli di aver svuotato la libertà stessa del momento fondante e propositivo, propugnando la garanzia e la difesa della libertà formale quale fondamento sufficiente della vita associata. A tale concezione von Baader contrappone l'idea di libertà come dono. Cfr. F. von Baader, *Vorlesungen ueber Societaetsphilosophie, Saemtliche Werke*, cit., vol. 14, pg 82 sg e pg. 87 sg. Invero, Filangieri non poteva conoscere le idee del filosofo bavarese a lui quasi coevo, ma più giovane almeno di una generazione culturale, tuttavia mostra di essere addentro a quel fermento di istanze di cui più tardi Baader si fece originale e autorevole interprete, sostenendo la tesi impopolare dell'enorme danno provocato alle coscienze da *quei francesi* che pretendendo di battersi per la libertà, avevano negato i nessi forti tra foro interno e foro esterno, svuotando pericolosamente di senso il concetto stesso di libertà. In merito, mi sia consentito di rimandare al mio Elena Cuomo, *Simbolica speculativa nella filosofia politica di Franz Baader*, cit., pg.72 sgg.

⁵² Cfr. Paolo Bianchini, *Nota al testo*, in G. Filangieri, *La Scienza della legislazione*, cit., vol. V, pg. VI.

⁵³ Cfr, G. Filangieri, *La Scienza della legislazione*, cit., vol. V, pg. 26 sgg.

⁵⁴ *Ivi*, pg. 127.

⁵⁵ *Ivi*, pg. 128.

società ad un *corpus* di leggi scritte, che contemperino le esigenze di crescita delle potenzialità umane di ogni membro della comunità, nel rispetto di eguaglianza e libertà dinanzi ai tribunali, ma anche nell'affrancamento dai meri bisogni materiali.

Ancora oggi risuonano lungimiranti le riflessioni del pensatore napoletano, per il quale l'educazione ha per mira la crescita, la rinascita dell'intera società ad una rinnovata base antropologica, allevata ai lumi della conoscenza e non della superstizione, della cultura e non di acefale competenze, meticolosamente o superficialmente acquisite da coloro che egli definisce "semidotti" e cui imputa il degrado di una società, informata a conoscenze parziali o erronee⁵⁶.

Se la concezione premiale della norma deve integrare la sua funzione correttiva, l'istruzione pubblica, dunque, deve prevenire la contravvenzione della legge stessa.

Tuttavia il filosofo partenopeo ha ben presente l'insufficienza di questi mezzi, benché essi possano risultare più efficaci agendo in sinergia. E' necessario educare l'uomo nel passaggio dalla schiavitù alla libertà; ma leggi scritte, eguaglianza e libertà dai soprusi feudali e dai bisogni materiali, insieme ad un livello base di istruzione, possono indurre a comportamenti corretti, ma educano l'uomo solo *in foro* esterno.

Filangieri concepisce allora la necessità di una *religione* che collabori al progetto di rinascita dell'uomo *in foro* interno: affinché la corruzione non sia più una piaga sociale è necessario volgere gli animi verso altri interessi, che elevino moralmente e intellettualmente i membri della collettività. Oserei dire, che consentano la rinascita spirituale dell'uomo, indirizzandola verso il bene comune, inteso come quel comune sentire poi espresso e codificato nelle leggi⁵⁷. All'uopo auspica un riproporzionamento degli elementi misterici e sacramentali a favore di quelli razionalistici; un clero esente da privilegi economici e giuridici e poco incline all'elemento miracolistico, che egli indica come superstizione⁵⁸. Piuttosto che una religione *instrumentum regni* di hobbesiana memoria, Filangieri sembra vagheggiare una religione illuministica, che consenta la rinascita interiore e, dal canto suo, promuova insieme al legislatore la crescita della società civile, indirizzando le coscienze in una direzione compatibile e affatto in conflitto con quella sostenuta dalle leggi positive⁵⁹. Non a caso l'Autore si attarda a prospettare i caratteri di una nuova religione che possa sostituire la precedente, accompagnando l'umanità in una fase successiva alla fanciullezza e volta alla maturità⁶⁰.

Primo obiettivo è senz'altro promuovere l'armonico sviluppo civile, espungendo dall'educazione religiosa quanto possa ottundere le coscienze, indirizzandole verso il fanatismo religioso, pericolosamente in agguato in una religione che non valorizzi "l'intima volontà di riparare il male e l'intera correzione del cuore"⁶¹. Tuttavia, le pagine dotte del filosofo

⁵⁶ Sul punto, è stato autorevolmente sostenuto che Filangieri derivi la definizione di semidotti dai <faux savant> di Helvétius e che abbia sviluppato l'idea della necessità di garantire l'istruzione dell'intera popolazione, prevedendo diversi livelli, in linea con le teorie di Gianrinaldo Carli, per il quale pure era opportuno che lo stato si facesse carico delle spese dell'istruzione pubblica. Cfr. G. Filangieri, *La Scienza della legislazione*, vol. V, P. Bianchini (a cura di), cit., pg. 126 testo e nota. Circa l'influenza degli scritti di G. Carli sulla cultura politica delle colonie americane e per l'eventuale influenza esercitata su Franklin, cfr. Aa. Vv., *The american constitution as a symbol and reality for Italy*, Emiliana P. Noether (a cura di), vol. 4, Edwin Mellen Press, Lewiston/Queenston/ Lampeter 1989, pg. 39.

⁵⁷ Cfr. G. Filangieri, *La Scienza della legislazione*, cit., vol. VI, pg. 88 sgg.

⁵⁸ Cfr. G. Filangieri, *La Scienza della legislazione*, cit., vol. V.

⁵⁹ Cfr. G. Filangieri, *La Scienza della legislazione*, cit., vol. I, pg. 166 sgg.

⁶⁰ Cfr. G. Filangieri, *La Scienza della legislazione*, cit., vol. VI, pg. 87 sgg.

⁶¹ Cfr. G. Filangieri, *La Scienza della legislazione*, cit., vol. VI, pg. 89 e pg. 90.

napoletano sulla "natura finita e terminata"⁶² dell'uomo e i suoi rapporti con l'infinito vanno ben oltre i caratteri di una religione civile di stampo illuministico: esse indicano studi e sensibilità nella direzione di una possibile convergenza tra la sapienza nascosta di antichi culti politeistici e misterici e la parte della dottrina cristiana che egli considera illuminata, essenziale, epurata degli aspetti ancora legati alla fanciullezza dell'umanità⁶³.

Non è questa, certo, la sede per stabilire se ne *La Scienza della legislazione* si preconizzi una sorta di ecumenismo, capace di ipotizzare il dialogo tra percorsi spirituali affini, ma nati e sviluppatasi in contesti culturali diversi o se la sua concezione del cristianesimo, apparentemente tutta volta a sottolineare la sua gravidanza civile, non si avvicini alla visione mistica di quella *Lumière*⁶⁴ che in Francia avevano visto fiorire raffinate elaborazioni a cavallo tra l'area culturale muratoria e l'area giudaico-cristiana⁶⁵. Infine, sarebbe da stabilire, se l'Autore non vada oltre questa impostazione e prospetti una vera e propria rifondazione della religione, sulla scorta delle sue frequentazioni con gli Illuminati di Baviera⁶⁶.

Sarebbe, quindi, interessante chiedersi quale senso pregnante possa avere per noi, lettori di oggi, la lezione di un filosofo politico che, accanto alla separazione dei poteri esecutivo e legislativo, accanto alla certezza del diritto che garantisca a tutti la libertà e l'eguaglianza dinanzi alla legge, ad integrazione dell'importanza della codificazione e al diritto di punire di ascendenza lockiana⁶⁷, pone sullo stesso piano la libertà dai bisogni materiali e, soprattutto, la libertà dalla miopia del necessario soddisfacimento egoistico dei propri interessi; insista sulla libertà di sperare in un futuro concreto, non vago, di tranquillità anche interiore, non di sicurezza garantita solo in foro esterno dai gendarmi, ma di libertà di pensare la devianza e la corruzione come un'eccezione da correggere, anche con rigore.

⁶² *Ivi*, pg 21.

⁶³ *Ivi*, pg.81.

⁶⁴ Per una prima distinzione tra Illuminismo e Lumi, come pure tra massoneria e massoneria mistica, cfr. Antoine Faivre, *Prefazione a*, René le Forestier, *La massoneria templare e occultista*, trad. ital. di Paolo Imperio, t. I, *La stretta osservanza*, Atanòr, Roma 1991. Per un'ampia trattazione del tema, cfr. Margaret C. Jacob, *Massoneria illuminata, politica e cultura nell'Europa del Settecento*, Einaudi, Torino 1995, pg. 240 sgg. Circa lo scontro tra *Aufklärung* e *Schwärmerei* nelle logge tedesche, che rappresentò un capitolo importante per l'incessante lotta tra fazioni diverse per impadronirsi del sistema massonico. Cfr. Vincenzo Ferrone, *La società giusta ed equa, repubblicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Laterza, Bari 2003, pg. 148.

⁶⁵ Tra queste, la più raffinata da un punto di vista filosofico e spirituale è quella formulata da Louis-Claude de Saint-Martin, in Francia, appunto alla fine del Settecento; in merito, mi permetto di rimandare al mio Elena Cuomo, *Il sovrano luminoso, Fondamenti della filosofia politica di Louis-Claude de Saint-Martin*, Giappichelli, Torino 2000.

⁶⁶ Dal carteggio con Friedrich Muenther, esponente di rilievo degli Illuminati di Baviera e protagonista di una riforma interna alla sèdicente loggia massonica, si evince che il Filangieri abbia avuto stretti contatti con quest'ultima.. E' documentato un lungo soggiorno di Muenther a Napoli e la sua frequentazione con i giovani intellettuali della cerchia di Genovesi, Cfr. Andreasen (a cura di), *Aus den Tagebüchern Friedrich Muenters*, Kopenaghen und Leipzig, P. Hase & Sohn, Otto Harrassowitz, MCMXXXVII. Sulla particolarità dell'ordine degli Illuminati di Baviera, e sui loro Statuti e ordini interni, nonché sul rapporto problematizzato con l'Illuminismo, cfr. von Jan Rachold (a cura di), *Die Illuminaten, Quellen und Texte zur Aufklärungsideologie des Illuminatenordens (1776-1785)*, Akademie Verlag, Berlin 1984. Sul punto e sulla storia dell'ordine, compresa la peculiarità della figura innovatrice di Muenther, cfr. René Le Forestier, *Les Illuminés de Bavière et la franc-maçonnerie allemande*, Archè, Milano 2001; in merito alla centralità dell'istruzione nell'ordine e alla connessione fondamentale alla struttura di potere al suo interno, mi permetto di rimandare al mio, Elena Cuomo, *Illuminati di Baviera e il gioco delle identità*, in "Innovazione e diritto", n° 4, 2008, cui rimando anche per un'ampia bibliografia sul punto. Circa la diffusione della libera muratoria nella Napoli dell'epoca Cfr. M. d'Ayala, *I liberi muratori di Napoli nel sec. XVIII*, in *Archivio storico per le Province napoletane* a. 1897 (pp.404- 463, 529-631), a. 1898 (pp. 49-110, 305-364, 567-604, 743-818) citato in R. Feola, *Dall'illuminismo*, cit., pg. 5 sg in nota. Cfr. anche, Carlo Francovich, *Storia della massoneria in Italia*, cit., pg. 187 sgg. Circa le divergenze d'intenti tra Isidoro Bianchi e gli Illuminati di Baviera, cfr. V. Ferrone, *La società giusta ed equa*, cit., pg 136 sg.

⁶⁷ In merito al diritto di punire del sovrano, Filangieri fa espresso riferimento alla filosofia di Locke, cfr. G. Filangieri, *La scienza*, cit., vol. IV, pg. 23 sgg.

Mi sembra di poter leggere che, se in Filangieri la sicurezza e la tranquillità sono l'obiettivo delle leggi criminali all'interno dello Stato⁶⁸ ed esse, insieme alla pace, in un contesto internazionale, devono costituire il capo principale dell'attenzione del monarca illuminato⁶⁹, le prime risulterebbero incomplete ed inefficaci se non fossero accompagnate dalla tranquillità *versus* fiducia nelle leggi e nelle istituzioni; fiducia la quale, a sua volta, non può che scaturire da una educazione di ognuno a considerarsi membro di una comunità che desidera, pensa e agisce in maniera armonica e che in tal senso legifera⁷⁰. Dunque, queste appaiono le linee portanti di un progetto di rifondazione dell'umanità che Filangieri – evidentemente insieme a molti altri intellettuali illuministi – proietta sulle allora colonie americane⁷¹!

È qui opportuno soffermarsi a riflettere sul carattere proiettivo, mitico del sogno europeo delle colonie americane. Non è necessario, infatti, ricorrere ad una lettura comparata di diritto costituzionale- che porterebbe molto fuori tema soprattutto per le competenze specifiche che richiede – per domandarsi come il progetto de *La Scienza* abbia potuto essere assimilato e sovrapposto alle vicende nordamericane. Senz'altro, la forza del punto comune della codificazione delle leggi, di cui i coloni si faranno i primi campioni, giustifica l'entusiasmo volto verso la possibilità di attuazione del credo politico, umano, di rinascita.

Filangieri, d'altronde, aveva ben presente la possibilità che il mito si convertisse in un mito negativo, il pericolo che la "fattoria degli europei" si trasformasse nel suo contrario: in un regime dispotico, cioè, che non rispettasse i diritti fondamentali degli uomini per la difesa dei quali era nato⁷².

Tuttavia ciò che gli Stati Uniti d'America hanno posto in essere con la costituzione non è solo l'attuazione, l'inveramento di un mito politico⁷³; ma le soluzioni giuridiche che idealmente potrebbero rispondere ai singoli punti forti del progetto di Filangieri, quali la separazione tra

68 G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., vol. I, pgg.30 sgg.

69 G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., vol. I, pg 101. Circa la pace tra gli stati e la possibilità di una guerra giusta contro i pirati, cfr. Eugenio Lo Sardo, *Napoli e Londra nel XVIII secolo, le relazioni economiche*, Jovene, ed., Napoli 1991, pg. 30 sg. Il piano organico presentato al pubblico ne *La Scienza della Legislazione* senz'altro plaude alla concezione di una monarchia illuminata; tuttavia, "la corrispondenza privata di Filangieri rivela di sentimenti antidispotici, quasi repubblicani"; In S. Ricci, *Presentazione*, cit., pg XIX.

⁷⁰ Sebbene Filangieri si dichiari non amante delle similitudini, pur ricorre ad esse qualche volta. Puntuale, a questo proposito, appare la citare la definizione che egli dà dell'armonia. Per Filangieri essa "deriva dalla percussione di più corde sonore unisone. Percuotete una sola corda, questa vi produrrà un suono ma non un'armonia. Dunque, sebbene l'armonia non si competa ad alcuna delle corde sonore particolarmente considerate, pure essa deriva dalla percussione di più corde fatta dall'istesso tempo". Cfr. G. Filangieri, *La Scienza della legislazione*, cit., vol. IV, pg.21.

⁷¹ Circa la condivisione di questi ideali con altri intellettuali napoletani, anch'essi di area massonica, cfr. A. Grab, *The Italian Enlightenment and the American Revolution*, cit., pg. 46. Tuttavia, è opportuno sottolineare come tra illuminismo e massoneria non si possa procedere ad una facile equazione e come questi due insiemi, spesso intersecati, contengano una serie di distinzioni importanti per la comprensione del clima culturale. In particolare, "il fratello Filangieri non avrebbe probabilmente mai sottoscritto né il rifiuto della politica, né la sua programmatica separazione dalla morale rivendicata dalle costituzioni massoniche". V. Ferrone, *La società giusta ed equa*, cit., pg.145. Come pure sul caso emblematico di Filangieri, illuminista e massone, il suo credo in una società equa e giusta, la prevalenza dello stato laico su uno religioso, nonostante le forti relazioni della religione, intesa come una cristianità epurata, con la politica, cfr. *Ivi*, pg. 147 – 153.

⁷² Cfr. A. Trampus, *Diritti e costituzione*, cit., pg. 43.

⁷³ Per un primo riferimento cfr. Paolo Bellini, *Autorità e potere*, Franco Angeli, Milano 2007. Per l'importanza del mito nello studio della filosofia politica e della simbolica politica, cfr. Claudio Bonvecchio, *Logos, Mythos, Nomos*, in Giulio M. Chiodi (a cura di), *L'immaginario e il potere*, Giappichelli, Torino 1992; cfr. Domenica Mazzù, *Logica e mitologica del potere politico*, Giappichelli, Torino 1990.

esecutivo e legislativo, il ruolo del Senato e il ruolo della magistratura, richiedono una opportuna cautela nell'assimilazione degli argomenti filosofico-politico e giusfilosofico⁷⁴.

È allora il caso di ribadire che il sogno di una rifondazione della società politica a partire da una palingenesi antropologica radicale, comprensiva, non solo del ribaltamento dei tradizionali privilegi sociali, bensì anche della sfera religiosa, fu un ideale diffuso lungo tutto il secolo dei lumi e comune a gran parte degli intellettuali dell'epoca, i cui carteggi sono spesso intrecciati con quelli dei rapporti commerciali internazionali o con quelli diplomatici così come con quelli dei fratelli massoni⁷⁵. Ma prima di procedere a facili sovrapposizioni, bisognerebbe allora ricostruire a grandi linee, per lo meno, il ritratto del viaggiatore dell'epoca e i canali lungo i quali le relazioni colte si annodavano⁷⁶. Esempio significativo di viaggiatore settecentesco intorno al quale si sviluppavano le trame della diplomazia europea e americana, intrecciandosi con rapporti commerciali e con le relazioni tra personalità di spicco degli ambienti muratori è il toscano Filippo Mazzei. Considerato personaggio emblematico del settecento, medico, diplomatico, viaggiatore, commerciante e testimone delle due grandi rivoluzioni del secolo, Mazzei conobbe Franklin a Londra nel 1767, inizialmente per conto del granduca Leopoldo, interessato al modello di stufe prodotto da Franklin stesso. Già amico del marchese Caracciolo, intimo del re di Napoli, successivamente conoscerà a fondo Thomas Adams, molto vicino a Jefferson.⁷⁷ Probabilmente grazie a Mazzei, Filangieri entra in contatto con Franklin, prima affiliato e poi Gran maestro della Loggia delle Nove sorelle, a Parigi, la stessa alla quale appartenne Voltaire e che si fece organo di diffusione delle idee rivoluzionarie nordamericane⁷⁸. Tuttavia, la centralità della figura di Mazzei, credo vada, piuttosto, cercata nell'aver conosciuto e promosso le tesi di Filangieri presso le *Neuf Soeurs*, che dopo essere sorta nel 1776 intorno alla vedova di Helvétius ad opera dei *philosophes*, divenne un importante laboratorio delle nuove idee filosofiche e politiche che circolavano alla fine del secolo. Fu così che, attraverso le frequentazioni di un personaggio minore della cultura europea, le idee di Filangieri esposte ne *La scienza della Legislazione* ebbero una grande diffusione e furono utilizzate nel dibattito sulle conseguenze della rivoluzione americana⁷⁹.

⁷⁴ Si ricordi che il modello di organizzazione giuridico-politica del Nordamerica si contrappone al modello continentale prerivoluzionario, almeno per il fatto di fondarsi sull'invulnerabilità dei diritti naturali e sulla loro proclamazione, così come la costituzione stessa è proclamata. In tal senso, Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., pg. 560 sgg.

⁷⁵ Gli insorti americani individuavano nelle logge massoniche il luogo privilegiato per la loro propaganda contro l'Inghilterra. Cfr. V. Ferrone, *La società giusta*, cit., pg. 148.

Tuttavia è appena il caso di sottolineare che se è difficile dare una soluzione univoca per l'illuminismo, ciò lo è ancor di più per la cultura americana tutta profusa e travasata nel fare pragmatico di coloro che con la dedizione agli affari, alla politica, al giornalismo eressero una nuova nazione e per gli intrecci che questa ha avuto con la massoneria. Cfr. Herbert Schneider, *Storia della filosofia americana*, Il Mulino, Bologna 1963, pg. 45.

⁷⁶ Per il ritratto di molti viaggiatori verso sud tra 1700 e 1800, cfr. Atanasio Mozzillo, *Viaggiatori stranieri nel Sud*, Ed. di Comunità, Milano 1964.

⁷⁷ Considerato personaggio emblematico del secolo, medico, diplomatico, viaggiatore, commerciante e testimone delle due grandi rivoluzioni del secolo, Mazzei conobbe Franklin a Londra nel 1767 inizialmente per conto del granduca Leopoldo, interessato al modello di stufe prodotto da Franklin stesso. Già amico del marchese Caracciolo, intimo del re di Napoli, successivamente conoscerà a fondo Thomas Adams, molto vicino a Jefferson. Cfr. Filippo Mazzei, *Memorie della vita e delle peregrinazioni del fiorentino Filippo Mazzei*, Alberto Aquarone (a cura di), Marzorati ed., Milano 1970, pg. 5 sgg; pg. 120 sg; pg. 148 sgg; pg. 156 sg..

⁷⁸ M. Jacob, *Massoneria illuminata*, cit., pg. 265.

⁷⁹ Cfr. V. Ferrone, *La società giusta ed equa*, cit., pg. 36 sg.

In conclusione, dunque, rifondazione della società è per Filangieri, non solo ricerca di unitarietà in un *corpus* di leggi positive, riscritte o promulgate in vista della prosperità della maggior parte del popolo; bensì essa si configura come rifondazione della società sulla base di un *ethos* comune, quello del libero sviluppo delle coscienze in un contesto pubblico armonico, che concepisca il primo come obiettivo e lo garantisca.

Nell'impianto coerente dell'Opera, tale posizione è verificabile non solo per quanto concerne la politica interna, altresì si riscontra la medesima posizione anche in ambito internazionale. A tal proposito, è bene sottolineare la posizione critica di Filangieri nei confronti del sistema inglese, cui andavano critiche severe, ritenendolo colpevole di non aver saputo liberare il paese dai paludamenti, che egli addita come feudali, e di non essere riuscito a rendere compatibili lo sviluppo economico con il rispetto verso la libertà e la giustizia⁸⁰. In particolare, su quest'ultimo punto, è opportuno ricordare al lettore l'aspro giudizio sulla politica estera inglese, improntata, secondo il filosofo, ad uno spirito commerciale colonialista, cui egli imputava notevoli disagi, non solo delle colonie americane, ma anche delle regioni meridionali della penisola italiana.

In prima istanza, è stato autorevolmente sostenuto come questa fosse, tutto sommato, nient'altro che la linea dei fratelli latomisti, con i quali egli era in stretto contatto; ma in seconda battuta, trovo opportuno precisare con Lo Sardo come tale idea di colonialismo in Filangieri "travalicasse l'ambito [...] del rapporto madrepatria-colonie e divenisse una riflessione sulle relazioni tra nazioni sviluppate e nazioni in via di sviluppo" mostrando il volto anticipatore del pensiero dell'autore, persuaso che la miope politica commerciale inglese, presto o tardi avrebbe messo in ginocchio l'Europa, conducendola alla rovina per il carattere di un popolo "che non si era contentato di diventare ricco, ma che ha cercato di essere il più ricco"⁸¹.

Ritornando al capo precedente, ossia al criterio per la rifondazione della società, non ci sono dubbi, la posizione è cristallina: sia in politica interna, sia in politica estera essa sembra improntata alla rifondazione dei rapporti tra soggetti politici, sia secondo un asse orizzontale, tra pari, sia secondo un asse verticale, tra subalterni, in base alla stessa centralità dell'*anthropos*.

Sul territorio nazionale, dunque, leggi positive, istituzioni dello Stato, pubblica istruzione, educazione alla vita civica, spiritualità o religione epurata da un'eccessiva indulgenza nei confronti delle superstizioni: tutto sembra concorrere in Filangieri all'edificazione della città dei fratelli⁸². All'edificazione di una comunità in cui né il fanatismo né uno spirito utopico stilino il progetto, bensì un ponderato calcolo di cosa sia auspicabile e possibile per la felicità di questo o quel popolo, protagonisti i criteri di tempo e spazio, il qui ed

⁸⁰ S. Ricci, *Presentazione*, cit., pg. XX sg. Circa la critica della politica inglese e, in particolare, della politica estera colonialista, cui evidentemente imputa un debito della corona inglese verso le Colonie americane, ma cui imputa anche il sottosviluppo dei territori meridionali d'Italia, cfr. Eugenio Lo Sardo, *Napoli e Londra nel XVIII secolo*, Jovene, Napoli 1991, pg. 399 sgg.; tuttavia, da una lettura approfondita, emerge un debito del pensiero di Filangieri nei confronti di fonti inglesi, in particolare, nei confronti di Mandeville e di Newton, cfr. V. Frosini, *Introduzione*, cit., pg. XIII.

⁸¹ G. Filangieri, *La Scienza della Legislazione*, vol. II, pg. 171, in E. Lo Sardo, *Napoli e Londra*, cit., pgg. 338e 339.

⁸² A testimonianza del fascino che l'erigenda comunità politica americana esercitò sulla cultura meridionale italiana, si vuole ricordare che in Calabria, a seguito del terremoto del 1783, si volle dare il nome di Philadelphia alla nuova città ricostruita; cfr. A. Grab, *The Italian Enlightenment*, cit., pg. 46.

ora di quel popolo con il suo profilo identitario, con la crescita di un nuovo *ethos*, non imposto, non importato, ma che esprima e rispecchi lo sviluppo dignitoso e pregnante della dignità umana in quel luogo della storia.

Libero sviluppo delle coscienze, eguaglianza di ognuno nel rispetto delle differenze che la stessa natura molteplice ci offre, prosperità nella concordia: ecco la ricetta per una felicità possibile!

In sintonia con le conquiste intellettuali del periodo, il discorso economico non è sullo sfondo, ma occupa un posto di riguardo nella costruzione della *Scienza della legislazione* e con esso l'attenzione all'aspetto demografico. Significativo a tal proposito è il riferimento al matrimonio, che nell'opera si ripete, certo in connessione al discorso demografico, ma con un garbo speciale. Mi sembra si possa additarlo quale indicatore tra le righe dell'auspicio di una comunità politica in cui l'elemento razionale, della certezza del diritto nelle sue sedi precipue, della scienza economica applicata alle risorse del paese, non basti, come si è detto, a produrre prosperità. Quest'ultima, a sua volta, si evoca e si difende attraverso la cura di ogni singola esistenza, rendendola dignitosa, *in foro esterno*, nel lavoro e nel rispetto dell'ordine che regola la vita in comune; *in foro interno*, con l'educazione ad usare la ragione e ad elevare il proprio spirito.

Si affacciano, dunque, accanto ai grandi miraggi della pura ragione, non solo, come è stato autorevolmente argomentato, gli elementi protoromantici fino ad allora trascurati della sfera emotiva⁸³; bensì, ritengo si possa sostenere l'adesione del filosofo napoletano a quel credo illuministico che alla luce guarda come elemento rischiaratore delle tenebre e, quindi, comprendendo nella sua azione l'integrazione di forze razionali e insieme spirituali.

Infatti, tutte le forme e le misure su menzionate ancora non sono sufficienti; esse devono essere sostanziate dall'amore nella sua accezione più alta, quella di cui si vede il riflesso nella cura per la cosa pubblica, nel modo responsabile di lavorare e quindi di promuovere il benessere di tutti, nel modo di rispettare e di far rispettare le leggi eque, non estranee al sentire comune, nel modo di sperare e costruire un futuro migliore, nel modo gioioso di vivere a pieno le diverse fasi della vita, nel modo di non lasciarsi sopraffare dall'aspetto pragmatico, raziocinante, tangibile, vilmente corporeo della vita umana, ma di elevare quest'ultima, integrando in essa anche le dimensioni etica, dei lumi, fraterna, amorosa, spirituale.

In questo senso, probabilmente, si profila più nitidamente la figura di un intellettuale di quel Settecento riformatore che per sensibilità e interessi è già rivolto in parte verso gli ideali che furono, poi, degli autori protoromantici come il succitato Franz von Baader.

Sono, infatti, la sua attenzione all'*anthropos* o alla possibile rinascita dell'uomo, la consapevolezza che la prosperità di uno Stato non possa che essere promossa da una politica di crescita intellettuale dell'intera popolazione, gli elementi che lo mostrano sensibile, insieme all'esigenza forte di una codificazione delle leggi in vigore, ai temi dell'illuminismo a tutto tondo, anche a quelli che hanno contribuito al mito della palingenesi dell'umanità. Tuttavia, il paventare che, benché largamente diffusa, la pubblica istruzione possa diventare sterile per la

⁸³ In tal senso, Bruschi, *Introduzione*, cit., pg 5.

crescita della comunità se non si fonda sulla pregnanza dell'*ethos* condiviso ed orientato alla crescita delle coscienze, educate ai valori non solo formali della libertà e dell'uguaglianza, lascia al lettore odierno più di uno spunto di riflessione circa l'importanza di questi temi per la vita politica.

Centrale, dunque, come è ben noto, il processo di codificazione delle leggi in vigore per garantire l'uguaglianza di tutti dinanzi ai tribunali, ma altrettanta dignità spetta alla qualità della pubblica istruzione, separata dalla formazione religiosa, che dal canto suo deve svolgere una ulteriore funzione di rilievo: deve fungere da lievito per le coscienze. Essa deve promuovere la crescita spirituale e morale dei singoli membri della comunità politica, La crescita di quest'ultima costituirà uno stadio successivo, quello cioè del passaggio dall'etica e dalla morale all'istituzionalizzazione dell'orientamento comune nella direzione di una rinnovata dignità umana.

Non è, dunque, sorprendente che Filangieri abbia visto – come testimonia il suo epistolario – nelle edificande comunità politiche dei coloni del Nord America e, in particolare, nella città dei fratelli di Philadelphia il tanto atteso avverarsi, concreto, di un ideale umano e di un credo politico.

Molti i fattori che gli consentirono di sperare che una dislocazione di parte della società europea del tempo potesse consentire l'effettiva rifondazione dell'umanità e della politica secondo gli ideali che allora gran parte degli illuministi condivideva e forse proiettava sul <Mondo Nuovo>⁸⁴. Non solo l'elemento ectopico⁸⁵ invogliava a sperare, ma la ben nota confluenza nelle Americhe di un diffuso senso di religiosità, spesso dissidente rispetto alla chiesa madre, fosse questa cattolica, riformata o anglicana⁸⁶. La presenza, inoltre, di un clero attivo socialmente, sovente vicino alla popolazione nelle sue battaglie e che sembrava animato, il più delle volte, da un credo libertario pure sembrava concorrere all'erigenda Città Nuova.

Non va certo sottaciuta la presenza variegata dei fratelli massoni sia nelle Americhe sia in Europa e nella rete di interconnessione e circolazione delle idee che essi seppero creare⁸⁷.

⁸⁴ "At a more formal level, impressive research has established the many connections between Enlightenment thinkers in Massachusetts or Virginia and those in Lombardy, Tuscany, and even Naples-connections that went largely but not exclusively through Paris".[...] "Italian radicals, we know, consistently viewed the United States as a great and successful republican experiment, found in it a kindred spirit...". Aa. Vv., *The american constitution as a symbol and reality for Italy*, Emiliana P. Noether (a cura di), vol. 4, Edwin Mellen Press, Lewiston/Queenston/ Lampeter 1989, pg 120.

⁸⁵ Circa l'ectopia come forma circoscritta e qualificata dell'utopia, cfr. Giulio M. Chiodi, *Tacito dissenso*, Giuffrè, Torino 1990, pg. 61 sg.

⁸⁶ Non è questa la sede per affrontare il grande tema dei legami plurimi delle dottrine politiche che contribuirono a disegnare il profilo degli Stati Uniti d'America con il mondo variegato delle forze spirituali della Riforma. Per un primo autorevole riferimento, è superfluo menzionare il testo di Max Weber, *Die protestantische Ethic und der Geist des Kapitalismus*, in "Gesammelte zur Religionssoziologie", Tubingen 1921; ancora, cfr. G. De Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo*, Giuseppe Laterza e figli, Bari 1949, pg. 14 sgg. Più propriamente sulle fedi dei pellegrini e sulla stretta connessione tra sociologia e libertà di religione nelle colonie, cfr. Herbert Schneider, *Storia della filosofia americana*, Il Mulino, Bologna 1963, pg. 171 sgg.; pg. 73 sgg. In particolare, sulla base utilitaristica della fede puritana in Franklin, e sulla concezione laica del progresso, cfr. *Ivi*, pg. 53 sg e pg 58 sg. Per quanto concerne, invece le diverse fedi e le comunità della frontiera, cfr. *Ivi*, pg 171 sgg. Per un più aggiornato riferimento alla storia delle dottrine politiche americane, cfr. Dario Caroniti, *Studi sul pensiero politico americano. Dalla nascita delle nazioni all'antiamericanismo cattolico*, Aracne, Roma 2008.

⁸⁷ Attraverso questi canali si potenziò la circolazione delle idee, ma in esse confluirono una serie di filoni culturali ed esoterici che, ognuno per la propria matrice, contribuirono al caleidoscopio del secolo dei lumi. Circa l'importanza dell'irrazionalismo nell'illuminismo in America, si veda in prima istanza, Aa. Vv., *Irrationalism in the eighteenth*

Tuttavia l'importanza di tali contatti per l'intelligenza di allora e per lo stesso Benjamin Franklin non va ricondotta unicamente alla rete di scambi culturali e di solidarietà. Coerentemente con il significato forte che le Logge muratorie ebbero in Europa come *humus* per lo sviluppo di tanta parte della cultura lungo il corso dell'intero Settecento e oltre i suoi confini, esse svolsero una funzione di indirizzo – si può supporre – per lo meno a grandi linee, della futura civiltà degli Stati Uniti d'America⁸⁸. Filangieri, d'altronde, è stato autorevolmente sostenuto, era in contatto attraverso Franklin con i fratelli massoni nordamericani⁸⁹.

Come in tutta Europa, anche a Napoli si fa particolarmente significativa la presenza della massoneria non solo ma anche per gli intrecci con la sociabilità dell'aristocrazia locale⁹⁰. Anche Gaetano Filangieri si avvale di queste frequentazioni. Ma certamente non ci è dato ridurre il genio di un grande pensatore alla condivisione con 'amici e fratelli' muratori. Egli fu in contatto con la massoneria di rito inglese⁹¹ – nonostante la sua severa critica all'Inghilterra – e con la parte innovatrice degli Illuminati di Baviera, nella persona di Muenther e con Goethe che volle fargli visita; ma lo stesso ambiente intellettuale in cui è cresciuto era tutto percorso da appartenenze di questo tipo⁹². Era il loro modo di credere nelle potenzialità dell'uomo di crescere e di rinnovarsi dal basso da parte di una comunità; di farlo senza delirio di onnipotenza, ma con l'ausilio di un trascendente epurato dalla struttura di dominio, anche culturale, che la chiesa del tempo aveva inevitabilmente sviluppato. Erano questi i templi della cultura e del coraggio delle coscienze, spesso erano questi i luoghi in cui gli ingegni osavano guardare oltre un ordine fisso, statuito, in cui la società era sprofondata, dimenticando la sua origine: costruire un nido per l'uomo.

century, studies in eighteenth-century culture, Harold E. Pagliaro (a cura di), Western Reserve University Press, Cleveland & London 1972.

⁸⁸ A tal proposito, è stato sostenuto che attraverso l'attività incessante di Franklin e Jefferson, la rivoluzione americana abbia trovato alleati e sostenitori in tutta Europa. In particolare, a Parigi nella Loggia delle Neuf Soeurs e a Napoli, cfr. E. Lo Sardo, *Napoli e Londra*, cit., pg 315.

⁸⁹ Cfr. Antonio Pace, *Benjamin Franklin and Italy*, Philadelphia 1958, in E. Lo Sardo, pg. 337. Circa le relazioni di Filangieri con gli ambienti colti delle colonie e, in particolare, circa la sua corrispondenza con la Società filosofica di Filadelfia, presso la quale Franklin aveva appoggiato la sua candidatura, cfr. J. Blow Williams, *British commercial policy and trade expansion 1750-1850*, Oxford 1972, pg. 156 sgg., in E. Lo Sardo, *Napoli e Londra*, cit., pg. 219, in nota.

⁹⁰ Cfr. Elvira Chiosi, *Lo spirito del secolo, politica e religione a Napoli nell'età dell'Illuminismo*, cit., pg 46 sgg.

⁹¹ Carpanetto afferma che Filangieri, in contrasto con le scelte di Tommasi, Pagano e altri amici, rimase sempre affiliato alla massoneria di rito inglese, cfr. D. Carpanetto, G. Ricuperati, *L'Italia del settecento*, Bari 1986, pg. 362 in E. Lo Sardo, *Napoli e Londra*, cit., pg. 337 in nota. In merito, è più preciso Francovich : Filangieri era Gran Maestro in una delle due Logge inglesi napoletane, cfr. Carlo Francovich, *Storia della massoneria in Italia*, La Nuova Italia, Firenze 1989, pg. 304. Circa la diffusione della fede massonica negli ambienti intellettuali napoletani, cfr. anche R. Feola, *Dall'illuminismo*, cit., pg. 5 sg.

⁹² Sulla partenope latomistica, cfr. E. Chiosi, *Lo spirito del secolo*, cit., pg. 51 sgg. E pg. 73 sgg. Per quanto concerne la frequentazione epistolare di Filangieri con Muenther quale esponente degli Illuminati di Baviera, si rimanda al succitato epistolario, Andreasen (a cura di), *Friedrich Muenters europaeische Beziehungen*, cit., cfr. pg. 255- 258. Più interessante per la ricostruzione dei rapporti di Muenther con il mondo intellettuale napoletano è il suo diario di viaggio, nel quale sostanzialmente è documentato l'incontro del danese con gran parte degli esponenti della cultura napoletana come, tra gli altri, Baffi, Donato, Carascal, Mastellone, Albanese e Nicola Pacifico e anche appunto con alcuni prelati. Nel diario vi è notizia di alcuni brevi incontri con Filangieri e di una intera giornata trascorsa insieme al filosofo, in cui questi avrebbe voluto leggere dei passi della *Scienza* sull'importanza della religione a Muenther, se il sopraggiungere di altre persone non avesse deviato la conversazione sull'insegnamento di Platone. Cfr. *Aus den Tagebuechern Friedrich Muenters, Wander- und Lehrjahre eines daenischen Gelehrten*, Andreasen (a cura di), Haase & Sohn – Otto Harrassowitz Ed., Kopenaghen und Leipzig, par. 22, pg. 230. Sul viaggio di Muenther a Napoli, nelle quali si da conto di tre diversi soggiorni napoletani e di contatti differenziati con Filangieri, Cirillo e gli altri, cfr. C. Francovich, *Storia*, cit., pg. 419- 424.

Riflessioni a margine dei recenti orientamenti della Corte di Cassazione in tema di diniego di autotutela.

di Maria Pia Nastri

SOMMARIO: 1) Premessa. – 2) Le disposizioni legislative in tema di autotutela e di giurisdizione tributaria. – 3) L'impugnabilità del diniego di autotutela secondo i primi orientamenti della Corte di Cassazione. – 4) Le recentissime sentenze della Suprema Corte. – 5) Conclusioni.

1) Premessa

L'ampliamento della giurisdizione delle commissioni tributarie alle fattispecie di diniego espresso di autotutela è stata oggetto di recenti pronunce da parte della Corte di Cassazione riaprendo il dibattito dottrinale sui limiti del sindacato del giudice tributario.

La Corte di Cassazione già con le sentenze n. 16776 del 2005 e n. 7388 del 2007 aveva riconosciuto la giurisdizione delle commissioni tributarie in materia di diniego di autotutela. Infatti, secondo i primi orientamenti i limiti della giurisdizione tributaria si estenderebbero anche ai casi di autotutela negativa ricomprendendo le liti in materia di corretto esercizio di un potere discrezionale.

Al contribuente che propone istanza di autotutela avverso un atto che ritenga illegittimo o infondato a fronte di un diniego da parte dell'amministrazione finanziaria è stata riconosciuta la tanto dibattuta tutela giurisdizionale.

In particolar modo con queste pronunce i giudici di legittimità non solo hanno riconosciuto la giurisdizione delle commissioni tributarie, ma hanno individuato la possibilità al contribuente di contestare il rifiuto dell'amministrazione di riesaminare un atto non più impugnabile innanzi al giudice.

Infatti, superando gli annosi contrasti dottrinari e giurisprudenziali sul tema la Corte di Cassazione ha individuato in capo al contribuente la titolarità di una situazione giuridicamente rilevante oggetto di tutela da parte delle commissioni tributarie.

Le citate sentenze hanno risolto i dibattiti dottrinari in tema di giurisdizione riconoscendo la sussistenza di una situazione giuridicamente rilevante in capo al singolo contribuente sia pure limitatamente ai casi in cui sia stata proposta istanza di riesame oggetto

di diniego espresso pur riconoscendo il potere discrezionale di annullamento dell'amministrazione finanziaria.

Tuttavia, secondo un primo orientamento della Cassazione la proponibilità della istanza di annullamento doveva limitarsi ad eventuali vizi originari dell'atto divenuto definitivo o ad elementi sopravvenuti alla definitività dell'atto¹; successivamente con la sentenza n. 7388 del 2007 i giudici della Suprema Corte hanno ampliato il potere di riesame dell'amministrazione finanziaria richiamando l'applicabilità dei principi che presiedono al funzionamento dell'autotutela in diritto amministrativo.

La Corte di Cassazione è intervenuta ancora in tema di diniego di autotutela con due recentissime sentenze del 2009 i cui contenuti conducono a più accurate riflessioni; tuttavia prima di esaminare l'evoluzione della giurisprudenza più recente appare necessario fare un breve cenno sui profili legislativi in tema di autotutela e sulle modifiche normative intervenute in tema di giurisdizione.

2) *Le disposizioni legislative in tema di autotutela e di giurisdizione tributaria*

L'autotutela prevede, come noto la possibilità da parte degli uffici finanziari di annullare gli atti illegittimi od infondati correggendo in tal modo il proprio operato; la *ratio* di tale disposizione deve essere individuata nell'intento del legislatore di semplificare i rapporti tra fisco e contribuente e nel conseguente tentativo di ridurre il contenzioso tributario².

Con l'art. 68 co.1, del D.P.R. 27 marzo 1992, n. 287 recante il Regolamento degli uffici e del personale del Ministero delle Finanze³ è stata, infatti, introdotta l'autotutela nell'ordinamento tributario. La norma dispone testualmente: " *Salvo che sia intervenuto giudicato, gli uffici dell'amministrazione finanziaria possono procedere all'annullamento, totale o parziale, dei propri atti riconosciuti illegittimi o infondati con provvedimento motivato comunicato al destinatario dell'atto*" senza però chiarire né gli aspetti procedurali, né la natura dell'istituto stesso.

Il legislatore ha, poi, introdotto l' art. 2 *quater* della L. 30 novembre 1994, n. 656 (di conversione del D.L. 30 settembre 1994, n. 564) con cui ha precisato che sono suscettibili di annullamento anche gli atti in pendenza di giudizio o inoppugnabili rinviando a successivi decreti i criteri di economicità cui orientare l'azione amministrativa

Successivamente il regolamento di cui al D.M. 11 febbraio 1997, n. 37 ha definito la materia ed ha indicato gli aspetti procedurali.

Sin dall'introduzione delle disposizioni legislative citate, la dottrina e la giurisprudenza si sono a lungo interrogate sulla natura dell'autotutela e sulla possibilità di ricondurre quest'ultima nell'ambito dell'istituto proprio del diritto amministrativo oppure quale istituto autonomo.

¹ Cfr. Cass., sez.un., sent. 17 ottobre 2006, n. 22245 in banca dati Fisconline.

² Per una disamina più ampia cfr. Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, circ. n. 7/IR del 10 novembre 2008, Il potere di autotutela dell'amministrazione finanziaria e l'impugnazione del provvedimento di diniego, in banca dati Fisconline.

³ Detto articolo, tuttavia, è stato abrogato, senza conseguenze sul piano operativo, dall'art. 23, lett. m) punto 7 d.p.r. 26 marzo 2001, n. 107.

Da tale disputa scaturiva, ovviamente, il problema della giurisdizione delle commissioni tributarie o del giudice amministrativo⁴.

Con l'art. 12 della l. 448 del 2001 è stato modificato il testo dell'art. 2 del d. lgs n. 546 del 1992 sull'oggetto della giurisdizione tributaria sostituendo il criterio della elencazione tassativa con quello della cognizione generale.

Successivamente con d.l. 30 settembre 2005 n. 203 all'art. 2, c. 1 è stato aggiunto dopo "*tributi di ogni genere e specie*" l'ulteriore specificazione "*comunque denominati*".

La svolta significativa dopo anni di dibattiti dottrinari e giurisprudenziali si è verificata con la citata sentenza della Corte di Cassazione del 10 agosto 2005, n. 16776 con cui viene riconosciuta alle Commissioni tributarie la giurisdizione in tema di diniego di autotutela alla luce del dettato dell'art. 12, co. 2, citato che ha reso la giurisdizione tributaria pur nella sua specialità una giurisdizione a carattere generale;

Infatti, l'elencazione tassativa contenuta nell'art. 19 del d.lgs. 31.12.1992 n. 546 degli atti impugnabili non annoverava il diniego di autotutela, bensì tutti provvedimenti costitutivi della pretesa tributaria.

Secondo i primi orientamenti dottrinari la discrezionalità della suddetta attività di riesame conduceva all'individuazione del giudice amministrativo quale giudice naturale posto a tutela degli interessi legittimi del contribuente.

La natura discrezionale dell'autotutela originariamente conduceva all'esclusione della giurisdizione delle commissioni tributarie in considerazione anche dei limiti interni dettati dal disposto di cui all'art. 19 citato.

Tuttavia, la Corte di Cassazione con la citata sentenza n. 16776 ha evidenziato la prevalenza della giurisdizione per materia del citato art. 2 sul disposto dell'art. 19 d.lgs. 546/92⁵.

Pertanto, a prescindere dalla natura vincolata o discrezionale dell'attività dell'amministrazione finanziaria, qualsiasi provvedimento dell'amministrazione lesivo della sfera economica – giuridica del contribuente sarà impugnabile dinanzi alle commissioni tributarie. E' stata in tal modo devoluta la giurisdizione esclusiva per materia alle Commissioni tributarie, giudice speciale con giurisdizione piena.

Appare necessario, a questo punto, fare un passo indietro per ripercorrere nei tratti salienti le prime sentenze della Corte di Cassazione in tema di impugnabilità del diniego di autotutela fino a giungere ai più recenti orientamenti della Suprema Corte.

⁴ Cfr., M.A.GALEOTTI FLORI, Il principio di autotutela, in Riv. dir. trib., 1996, p. 669 ss., D. STEVANATO, L'autotutela dell'amministrazione finanziaria - l'annullamento d'ufficio a favore del contribuente, Padova, 1996, p. 43 ss, e Autotutela e mediazione esigenze in conflitto note a margine del regolamento ministeriale, in Riv. dir. trib. 1997, p.138, R. LUPI, Atti definitivi e decadenze: se l'autotutela non arriva cosa può fare il contribuente?, in Rass. Trib., 1994, p. 750, D. STEVANATO, L'autotutela dell'amministrazione finanziaria, Padova 1996, p. 39, secondo i quali si ravvede in tale istituto un dovere dell'amministrazione finanziaria all'annullamento. L'interpretazione prevalente, tuttavia, ravvedeva un interesse legittimo del contribuente, in tal senso cfr. V. FICARI, Autotutela e riesame nell'accertamento tributario, Milano 1999, p. 29; P. RUSSO, Riflessioni e spunti in tema di autotutela nel diritto tributario, in Rass. trib., 1997, p. 552 ss.; mentre altra parte della dottrina ravvede nel potere di annullamento il mero ripristino della legalità ex art. 97 cost., F. MOSCHETTI, La capacità contributiva, Padova 1993, p. 13 ss.

⁵ Per ulteriori approfondimenti S.FIORENTINO, I nuovi limiti "interni" della giurisdizione tributaria alla stregua dei recenti orientamenti della Corte di Cassazione, in <http://www.giustiziatributaria.it>.

3) L'impugnabilità del diniego di autotutela secondo i primi orientamenti della Corte di Cassazione

La sentenza della Corte di cassazione n. 16776 del 2005 ha segnato il punto di svolta sulla complessa tematica della giurisdizione in tema di diniego di autotutela⁶. Infatti, sono due gli aspetti peculiari evidenziati nella sentenza: il riconoscimento della giurisdizione delle Commissioni tributarie e l'impugnabilità del diniego di autotutela limitatamente ai casi in cui siano sopravvenuti nuovi elementi.

In sostanza secondo la Corte non è possibile impugnare il diniego per motivi inerenti l'atto divenuto definitivo, bensì solo per fatti modificativi dell'atto divenuto definitivo⁷.

Tuttavia, come è stato giustamente evidenziato, nel caso esaminato dalla Corte non si tratta di autotutela in senso stretto, poiché l'atto divenuto definitivo non risultava viziato, quanto di un dovere dell'amministrazione di tenere conto dei fatti sopravvenuti estintivi della pretesa⁸.

Su questi i due elementi si basano le argomentazioni della Corte di Cassazione a sezioni unite, ponendo definitivamente fine all'annoso dibattito in tema di giurisdizione e circoscrivendo l'impugnabilità del diniego alle suddette ipotesi limitate⁹.

Con la successiva sentenza n. 7388 del 2007 la Corte di Cassazione ribadisce l'impugnabilità del diniego di autotutela dinanzi al giudice tributario e compie un ulteriore passo in avanti riconoscendo la discrezionalità dell'agire dell'amministrazione finanziaria e la sussistenza di un interesse legittimo tutelabile dinanzi alle Commissioni tributarie¹⁰.

I giudici tributari dovranno, pertanto, verificare sia l'esistenza dell'obbligazione tributaria, sia il corretto esercizio del potere discrezionale della Amministrazione finanziaria¹¹.

Sotto tale profilo la sentenza presenta una portata innovativa rispetto alla precedente sentenza n. 16676 del 2005¹².

Vi è, inoltre, da aggiungere che, anche, la pronuncia n. 7388 del 2007, attraverso un'interpretazione conforme ai principi costituzionali ribadisce l'assunto secondo cui il diniego

⁶ Di particolare rilievo è la sentenza della Cass., sez. un., sent. 10 agosto 2005, n. 16776, in Rass. trib., 2005, p. 1732, con commento di S. DONATELLI; la sentenza ha attribuito alla giurisdizione delle Commissioni tributarie le controversie relative al diniego di autotutela. L'art. 19 d.lgs. n. 546/92, non avrebbe, alla luce di detta interpretazione, più natura tassativa. L'ampliamento della giurisdizione, secondo i giudici della Cassazione, scaturisce dal dettato dell'art. 12, c. 2, come modificato dalla l. 28 dicembre 2001, n. 448, che ha reso la giurisdizione tributaria pur nella sua specialità, una giurisdizione a carattere generale. In senso difforme Cons. St., 9 novembre 2005, n. 6269, in Banca dati Fisconline.

⁷ Cfr. Cass., sez. trib., sent. 20 febbraio 2006 n. 3608, in banca dati Fisconline, (controversia decisa in sede di rinvio dalle sez.un. della Cassazione con sentenza n. 16776 cit.), che ha ritenuto illegittimo il rigetto dell'istanza di autotutela per non aver tenuto conto degli elementi sopravvenuti.

⁸ Cfr. S. MUSCARÀ, La Cassazione chiude (apparentemente) le porte alla tutela giurisdizionale in tema di diniego di autotutela, in Boll. trib. 2009, p. 501, secondo il quale la valutazione successiva degli eventi sopravvenuti costituisce un obbligo comportamentale dell'amministrazione finanziaria di conformazione al agli eventi estintivi della pretesa.

⁹ Cfr. Cass., sez.un., sent. 10 agosto 2005, n. 16776, in Riv. giur. trib. 2005, p.1003, con commento di F. CERIONI, Procedimenti di autotutela, dovere di riesame e tutela giurisdizionale in ambito tributari.

¹⁰ Cfr. Cass., sez. trib. sent. 27 marzo 2007, n. 7388, in Dir. prat. trib. 2008, II, p. 361, con commento di A. STAGNARO, Sull'impugnabilità del provvedimento di diniego di autotutela dinanzi alle Commissioni tributarie.

¹¹ Per ulteriori approfondimenti cfr. S. GIANONCELLI, Giurisdizione tributaria e diniego di autotutela, in Dir. prat. trib. 2008, p. 1159; A. MONTI, La discrezionalità nell'azione amministrativa in materia tributaria e prospettive di riforma del contenzioso tributario, in Dir. prat. trib. 2008, p. 395.

¹² Cfr. Cass., sez. trib., sent. 27 marzo 2007, n. 7388, in Riv. giur. trib.2007, p. 479, con commento di A. VOZZA, Il diniego di autotutela può impugnarsi autonomamente solo per eventi sorti dopo la notifica dell'atto impositivo.

di autotutela rientra tra gli atti impugnabili dinanzi alle Commissioni tributarie distinguendo i casi in cui il diniego non è impugnabile (se concerne vizi originari dell'atto che potevano essere posti sollevati attraverso l'impugnazione dell'atto viziato), dai casi in cui il diniego di autotutela potrà essere impugnato se vengano sollevati eventi sopravvenuti rispetto alla notificazione dell'atto stesso¹³. Solo in tale ultima ipotesi sarà possibile impugnare il diniego di autotutela dinanzi alle Commissioni tributarie.

L'orientamento della Corte di Cassazione alla luce delle sentenze esaminate sembrava sostanzialmente univoco, tuttavia la questione relativa ai limiti alla sindacabilità del diniego di autotutela si è, invece, ripresentata a seguito delle recenti pronunce delle sezioni unite della Cassazione¹⁴.

Le recenti sentenze della Corte conducono ad una riflessione più attenta in considerazione della costante preoccupazione nei casi di impugnazione del diniego di autotutela di un tentativo di rimessione in termini di atti divenuti definitivi.

4) *Le recentissime sentenze della Suprema Corte.*

La sentenza n. 2870 del 2009 della Corte di Cassazione a sezioni unite¹⁵ pur contenendo una conferma in merito alla giurisdizione delle Commissioni tributarie in tema di autotutela precisa, tuttavia, che le controversie in materia tributaria attribuite a i predetti organi giurisdizionali non attengono esclusivamente alla quantificazione e alla riscossione dell'imposta, bensì ricomprendono aspetti più generali relativi al profilo impositivo¹⁶.

Tuttavia, la citata sentenza nega l'impugnabilità del diniego sia per la discrezionalità dell'attività di autotutela, sia per la impossibilità di ammettere un riesame nel merito di un atto impositivo resosi definitivo. La sentenza evidenzia un diverso orientamento senz'altro più restrittivo rispetto alle citate sentenze del 2005 e del 2007 che hanno avuto certamente il pregio di riconoscere la tutela del contribuente dinanzi alle Commissioni tributarie.

L'inammissibilità dell'impugnazione del diniego di autotutela sostenuta nelle recente sentenza n. 2870 del 2009 appare ad una prima lettura in contraddizione con la riconosciuta giurisdizione delle Commissioni tributarie¹⁷. Infatti, nella sentenza non viene evidenziato il diverso orientamento della pronuncia rispetto alle precedenti, anzi per essere precisi le sentenze del 2005 e del 2007 non vengono neanche richiamate pur avendo determinato il consolidarsi, negli anni pregressi, di una costante giurisprudenza di merito¹⁸.

¹³ L'art. 113, co.1 Cost. garantisce la tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti emanati dall'amministrazione finanziaria.

¹⁴ Cfr. V. FICARI, L'autotutela dell'amministrazione finanziaria : riflessioni a margine dei recenti itinerari della giurisprudenza tributaria, in *Rass. trib.* 2007, p. 1715.

¹⁵ Cfr. Cass., ss. un., sent. 6 febbraio 2009, n. 2870 in *Boll. trib.* 2009, p. 474, con commento di V. FICARI, Diniego di autotutela negativa e Sezioni "disunite" della Cassazione.

¹⁶ Per una più ampia ricostruzione sistematica cfr. M. BASILAVECCHIA, Funzione impositiva e forme di tutela, Torino, 2009 e dello stesso autore Torna l'incertezza sul diniego di autotutela in *Corr. trib.* 2009, p. 1227.

¹⁷ Cfr. R. LUPU, Autotutela: una motivazione sconcertante per una soluzione corretta, in http://judicium.it/news/ins_09_02_09/diniego_autotutela.html.

¹⁸ Tra le tante sentenze di merito Comm. trib. prov. Pisa, sent. 11 ottobre 2007, n. 139 in *Dir. prat. trib.*, II, 2009, p. 153 ss, con commento di E. MANONI, Il rifiuto espresso o tacito di autotutela e l'autonoma impugnabilità davanti alle Commissioni tributarie.

La Corte, con la sentenza in parola, ha sostanzialmente, escluso qualsiasi forma di tutela giudiziale a fronte di pretese tributarie non più impugnabili.

Secondo detto orientamento emerge la carenza di posizioni soggettive del contribuente una volta esperito o esaurito il proprio diritto all'impugnativa avverso il provvedimento emesso dall'Amministrazione finanziaria al fine di evitare una discussa rimessione in termini di controversie ormai definite.

La sentenza, in sintesi, esclude l'impugnabilità del diniego in parola sulla base di due considerazioni: la natura discrezionale di detto potere e la definitività dell'atto stesso¹⁹.

La natura discrezionale del potere di autotutela è stata più volte ribadita dalla stessa Corte di Cassazione, mentre la seconda argomentazione relativa alla definitività presenta alcune difficoltà interpretative.

E' necessario precisare che l'istanza di autotutela oggetto del diniego impugnato e rigettato con la sentenza n. 2870 del 2009, introduceva comunque un elemento sopravvenuto. L'istante produceva, infatti, una sentenza penale di proscioglimento, quale fatto sopravvenuto, che secondo quanto già affermato, più volte, dalla Suprema Corte avrebbe dovuto essere attentamente valutato motivando espressamente le ragioni di fatto e di diritto da addurre alla base della irrilevanza di suddetto nuovo elemento. In tal caso infatti, la sentenza di diniego di annullamento altro non è che una sentenza confermativa dell'accertamento stesso; tuttavia, nel caso esaminato la revisione dell'atto non ha condotto all'individuazione di motivi di illegittimità o di infondatezza tali da consentire l'annullamento dell'atto definitivo.

Alla luce degli scarsi elementi di fatto, sembrerebbe, infatti, che la Suprema Corte abbia ritenuto la controversia tale, da non giustificare in alcun modo il riesame e l'annullamento di atti impositivi ormai divenuti definitivi, anche alla luce della relativa certezza dei rapporti giuridici²⁰.

La sentenza ha destato un certo sconcerto considerati i precedenti giurisprudenziali di segno contrario. Probabilmente può trovare una giustificazione solo considerata la peculiarità del caso che non può essere facilmente desunto dalla sentenza²¹.

Infatti, con la successiva sentenza n. 9669 del 23 aprile 2009 la Corte di Cassazione ammette con chiarezza la possibilità di sottoporre all'esame delle Commissioni tributarie il riesame e l'eventuale annullamento di un provvedimento di diniego di autotutela senza, però, legittimare la rimessione in termini della controversia al fine di ottenere una nuova sentenza di merito²².

Infatti, la sentenza, richiamando la precedente sentenza n. 7388 del 2007 riconosce l'impugnabilità del diniego di autotutela anche se gli atti sono divenuti definitivi, ma solo se il contribuente si limita a contestare la legittimità del rifiuto e non la fondatezza della pretesa tributaria.

¹⁹ Cfr. V. FICARI, Diniego di autotutela negativa e sezioni "disunite" della Cassazione, in Boll. trib. 2009, p. 474.

²⁰ Cfr. M. BASILAVECCHIA, Torna l'incertezza sul diniego di autotutela, cit. p. 1227.

²¹ Come è stato acutamente osservato la Cassazione con la sentenza n. 2870 del 2009 avrebbe dovuto chiarire le ragioni del mutamento di orientamento rispetto alle precedenti sentenze per poter assolvere alla propria funzione nomofilattica, sul punto M. BASILAVECCHIA, Torna l'incertezza sul diniego di autotutela, cit. p. 1227.

²² Cfr. S.MUSCARÀ, Le sezioni unite scrivono un ulteriore capitolo in tema di impugnabilità del diniego di autotutela, in Boll. trib. 2009, p. 837.

In altri termini il contribuente potrà eccepire solo l'illegittimità del rigetto dell'autotutela e non certo degli avvisi di accertamento divenuti definitivi. Con detta sentenza viene, quindi, riportata nuovamente chiarezza sulla questione: in caso di impugnazione del diniego di annullamento in autotutela la cognizione del giudice sarà limitata alla legittimità del rifiuto, ma non potrà estendersi al rapporto tributario sottostante, cioè alla fondatezza della pretesa tributaria, ma dovrà limitarsi all'esame del mero diniego.

5) Conclusioni

L'orientamento della Corte di Cassazione, alla luce delle sentenze esaminate, appare definito sia in merito al riconoscimento di una situazione giuridicamente rilevante, sia alla giurisdizione delle Commissioni tributarie. Tuttavia, il riconoscimento di una tutela giurisdizionale non ha risolto del tutto i dubbi in relazione alla situazione del contribuente inerte, né in merito all'impugnabilità del silenzio rifiuto dell'amministrazione finanziaria²³.

Infatti, secondo la Cassazione la tutela giurisdizionale del contribuente può essere ravvisata solo in caso di diniego espresso da parte dell'amministrazione finanziaria²⁴; il provvedimento di rigetto potrà essere oggetto di riesame sia sotto il profilo della legittimità, sia in merito al corretto utilizzo della discrezionalità da parte dell'Amministrazione finanziaria.

L'amministrazione finanziaria dovrà, quindi, operare una valutazione degli interessi da tutelare per verificare caso per caso quale sia l'interesse pubblico concreto ed attuale oggetto di tutela motivando debitamente il provvedimento di diniego²⁵.

Appare evidente, quindi, che solo nel caso in cui l'Amministrazione finanziaria riconosca l'infondatezza della propria pretesa dovrà effettuare la ponderazione degli interessi in gioco al fine di valutare se procedere o meno all'annullamento dell'atto viziato.

Tra gli interessi sottesi da tutelare vi sarà innanzitutto la corretta applicazione dell'imposta nel rispetto della capacità contributiva, il criterio di economicità sulla base del quale l'amministrazione inizia o abbandona la propria attività, nonché il buon andamento e l'imparzialità dell'agire dell'amministrazione finanziaria.

Alla luce della disamina non risulta, però, pacifico l'aspetto relativo all'esaurimento dei rimedi giurisdizionali da parte del contribuente in merito ad atti impositivi divenuti definitivi per mancata impugnazione entro il termine di decadenza. Infatti, il potere di riesaminare un atto impositivo o un diniego di rimborso illegittimo in caso di definitività potrebbe determinare, come innanzi evidenziato, una sostanziale rimessione in termini dell'atto illegittimo in palese contrasto con i termini di decadenza e con la tutela della stabilità e certezza dei rapporti giuridici.

²³ Cfr. Comm. trib. Pisa, sent., 11 ottobre 2007, n. 139, in Dir. prat. Trib. 2009, p. 153, con commento di E. MANONI, Il rifiuto espresso o tacito di autotutela e l'autonoma impugnabilità davanti alle Commissioni tributarie.

²⁴ Resta insoluto il problema relativo all'impugnabilità di un eventuale diniego tacito dell'istanza di autotutela che tuttavia non ha trovato una soluzione neanche nelle più recenti pronunce cfr. Comm. trib. Brindisi, sent. 18 marzo 2008 n. 40 in banca dati Fisconline

²⁵ L'amministrazione finanziaria secondo l'art. 2, co.1, della l. 7 agosto 1990 n. 241 ha l'obbligo di dare riscontro all'istanza proposta dal contribuente motivando il provvedimento emesso.

Infatti, con l'esercizio del potere di autotutela l'amministrazione non accerta l'obbligazione tributaria, ma in ossequio al principio di capacità contributiva, di buona fede, imparzialità e buon andamento dell'amministrazione valuterà se rinunciare o meno ad una pretesa divenuta definitiva per mancata impugnazione²⁶.

Pertanto, secondo la Corte di Cassazione più recente, l'impugnabilità del diniego di autotutela dinanzi alle Commissioni tributarie non dovrà costituire in alcun modo una doppia tutela giurisdizionale, poiché l'oggetto del giudizio sullo stesso diniego dovrà essere necessariamente diverso da quello relativo alla obbligazione sottostante.

Concludendo possiamo sinteticamente evidenziare che alla luce della disamina dell'evoluzione della giurisprudenza di legittimità, premessa la generale giurisdizione delle commissioni tributarie ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 546/92 e dell'art. 12 della l. n. 448/2001, il giudice tributario potrà essere investito delle questioni concernenti l'esercizio o il mancato esercizio dell'autotutela da parte dell'amministrazione finanziaria. Tuttavia, l'esame dei giudici di merito sarà limitato alle decisioni prese dall'ente impositore relative all'istanza di autotutela e non alla pretesa fiscale, fatta eccezione dei casi in cui vi siano fatti sopravvenuti da valutare caso per caso.

Secondo i più recenti orientamenti, inoltre, possiamo evidenziare che la commissione tributaria investita dell'istanza del contribuente sarà tenuta ad esaminare la correttezza formale dell'operato dell'amministrazione solo in relazione all'esercizio del potere discrezionale di diniego di autotutela in relazione ad atti divenuti definitivi senza però poter riesaminare il merito della controversia. La Suprema Corte, in assenza di ulteriori interventi legislativi, ha voluto definire la misura della tutela rispetto al profilo della definitività.

²⁶ In caso di intervenuta autotutela e conseguente cessata materia del contendere ed eventuale inammissibilità del ricorso, la giurisprudenza ha ritenuto che prevalga la prima causa di estinzione rispetto all'inammissibilità che farebbe "rivivere" l'atto illegittimo con effetti distorsivi del sistema. In tal senso L. CASTALDI, Estinzione del processo per rinuncia al ricorso, in *Il nuovo processo tributario*, in T. BAGLIONE, S. MENCHINI, M. MICCINESI (a cura di), Milano 2004, p. 468. Per ulteriori approfondimenti cfr. S. MUSCARÀ, Autotutela, IV, *Diritto Tributario*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1996, p. 1. e dello stesso autore *Gli inusuali ambiti dell'autotutela in materia tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, I, p. 70. Sia consentito il richiamo a M. P. NASTRI, *L'autotutela e la compensazione delle spese di giudizio. "Il revirement" della Corte costituzionale*, in *Innovazione e diritto*, 2006, p. 52 ss.

Prohibition to correspond interests between Islamic finance and European systems: the case of French normative on the remuneration of "sight" account
di Gennaro ROTONDO

SOMMARIO: 1) Premise. The common origins of the prohibition to correspond interests among Islamic finance and Western systems. – 2) Prohibition to remunerate at sight deposits in the French system. – 2.1) The intervention of the Court of Justice of October the 5th 2004 towards the French law that forbids the remuneration of sight accounts. – 3) The problem of the remuneration of sight funds in the Italian system: the absence of an explicit prohibition. – 4) Actual perspectives: prohibition of deposits remuneration within a "possible" coexistence of Islamic and Western finance.

1) *Premise. The common origins of the prohibition to correspond interests among Islamic finance and Western systems.*

The divine prohibition of every kind of usury or profit not justified by human work¹ is the matrix of the ethical-religious connotation attributed to money, common to the Islamic and Western cultures. While the last has followed a philosophical elaboration that performed to a substantial secularization² of economic and financial sphere, nowadays the substantial prohibition assumes strong symbolic value in the Islamic finance to perceive interest rates, even tough, the real distinctive factor in comparison with the Western systems lies rather than the operative solution used to put right to the absence of an essential aspect in the financial relationships.

The Koran affirms more times the prohibition of usury³, named generally as "ribā" that literally means "increase", even if the common translation is (but not always univocally) "usury" or "rate of interest". In any case, the juridical meaning of *ribā* is consolidated in the

¹ Both people were respectful of the principle that *mercator displacet deo* (S. Giovanni Crisostomo) and that one *Allah doesn't pay interests*. The first one has been outdated for a long time, the second is formally still alive, RAGUSA MAGGIORE, *La danza degli interessi*, in *Dir. fall.*, 1994, I, p. 846; on the religious bases of the Islamic system see, *ampius*, PICCINELLI, *Banche Islamiche in contesto non islamico*, Rome, 1996, p. 17 ss.

² In Jewish-Christian divine revelation were fully recognizable precepts from the human reason, and therefore effective for all the men, and supernatural precepts, effective only for believers. On this base, the canonical legal system elaborated the distinction among *ius divinum naturale* and *ius divinum positivum* that contributes to explain the same Christian concept of laicality (so VIOLA, ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003, p. 103). Distinction that, being entirely extraneous to the Islamic culture, can explain the deficiency of interpretative "alternative" runs to the juridic elaboration of economic concepts in a rigorously religious key; on the evolution of interest prohibition in the two cultures, SANTARELLI, *Le premesse lontane: dal povero al mercante*, in GIMIGLIANO, ROTONDO (edited by), *La Banca islamica e la disciplina bancaria europea*, Milan, 2006, p. 1 ss.

³ Chapter II, *Al-Baquara*, The Heifer, verse 275 ss.; Chapter III *Ál`Imrân*, Imran Family, verse 130; Chapter XXX *Ar Rûm*, Romans, verse 39.

Islamic tradition and include forms of enrichment not justified by the contribution of the human work or hypothesis of imbalanced business relationship⁴, without contesting, *a priori*, the *idea* of money remuneration⁵.

The impossibility to use categories conceptually assimilable to interest rate has induced "alternatives" elaborations (*Hiya*) which consent to Islamic intermediaries to predispose financial tools able to satisfy the economic demands of savers and entrepreneurs. Most remarkable theoretical form of such elaborations is the *risk sharing* between bank and savers or between bank and borrower⁶, according to the typical scheme of "profit and loss sharing"⁷.

Made this general premise, regarding community system a sentence of the Justice Court of October 5th 2004 underlined that forms of prohibition of money remuneration survive even in the European systems, as expression of that common ethical-religious inspiration, above mentioned. The Court dealt with the French normative that forbids remuneration of sight deposits⁸; this normative, after a complex legislative evolution, came unchanged up to our days.

In the attempt to identify possible mechanisms of interaction and integration between the two systems, particularly on the plan of the interest prohibition, we'll do an examination, even though synthetic, of the reasonings used by the Court to deal with French normative, and then an indication to the Italian context and to the function that the remuneration of sight funds has in it.

2) Prohibition to remunerate at sight deposits in the French system.

In France the prohibition to remunerate sight funds is based on a general decision of the Credit National Council of May 8th 1969, whose juridical principle is contained in the art. 1756-*bis* of Taxes Code. This rule establishes the impossibility to remunerate deposits of an amount lower to a threshold fixed by the Banking Regulation Committee or directly from the

⁴ PICCINELLI, *Operazioni islamiche di provvista e di gestione del risparmio: il modello del cliente-socio*, in GIMIGLIANO, ROTONDO, *op. cit.*, p. 15 ss.; COLOMBO, *Islamic banking: un modo diverso di fare banca*, in *Quaderni Valtellinesi*, n. 78, 2001, who speaks of *ribā* as «any payment of fixed interest or guaranteed on loans or deposits».

⁵ WILSON, *Economics, Ethics and Religion: Jewish, Christian and Muslim Economic Thought*, New York University Press, 1997; even, PICCINELLI, *Banche Islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 22 ss.

⁶ PICCINELLI, *Murabaha*, in *Digesto, Disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 525 ss.; and ID., *Mudāraba*, in *Digesto, Disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 485 ss.

⁷ PICCINELLI, *Etica e prassi delle Banche Islamiche*, speech to Conference ABI, Rome, 19 December 2002; SUNDARARAJAN, ERRICO, *Islamic Financial Institutions and products in the global financial system: key issues in risk management and challenger ahead*, working paper n. 192, International Monetary Fund, 2002.

⁸ In the Islamic system sight accounts don't have participative lay-out and, therefore, they haven't any form of remuneration, neither they bear charges or spends. Deposits in current accounts (*al-hisāb al-garī*) and the saving accounts are (*hisāb al-tawfīr*) sight deposits. The structure of Islamic current account is similar to that western, except that for deficiency of remuneration, founded upon the interest calculation. For this reason, depositors can withdraw and draw cheque in the limits of hedging of account or in the limits of granted credit. Same discourse is to make for the debt cards and automatic withdrawal, while they are staying excluded the credit cards for the impossibility to access traditional international circuits (organized on operations in interest account). There are then the accounts of investment (*hisābāt al-istithmār*) participative lay-out (based on the *mudāraba*) that is remunerated proportionally to the consequential employments profits. See PICCINELLI, *Operazioni islamiche di provvista e di gestione del risparmio: il modello del cliente-socio*, cit.; and ID., *Banche Islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 22 ss., p. 69 ss.

Minister of economy and finances. Disposition that expresses, with evidence, a residual of the conception of bank as "public service".

The Monetary and Financial Code (art. L 312-3) remits the discipline of remuneration of sight accounts to the Banking Regulation Committee, disposing as follows: «Notwithstanding any provisions to the contrary, it shall be prohibited for any credit establishment which receives funds from the public for sight accounts or accounts for less than five years, by any means whatever, to pay remuneration on those funds exceeding that fixed by [regulation of the committee for banking and financial regulation or] the minister responsible for the economy».

Accordingly, the Committee, taking back the decision of the 1969 National Credit Board, and in realization of the art. L 312-3 prohibited (to the art. 2 of the rule n. 86-13 of May 14th 1986)⁹ the remuneration of sight accounts. Preclusion that is worth for all sight accounts in Euros, opened by resident people in France, independently by nationality. Besides, rule n. 92-13 of the same Banking Regulation Committee extended the prohibition to the raising activity achieved in France from banks established in other Member State.

Latter, art. 46 of the l. n. 2003-706 of August 1th 2003¹⁰ suppressed the art. L 312-3 what is above underlined in cursive, while the art. 47 of the same law had the permanent being in force of the rules of the banking and financial regulation Committee, with the substantial consequence to crystallize the juridic context¹¹.

2.1) *The intervention of the Court of Justice of October the 5th 2004 towards the French law that forbids the remuneration of sight accounts.*

In this normative context, in 2002, the CaixaBank France (French branch of Spanish Caixa Holding) informs the Banking Regulation Committee about his intention to introduce on the Market a sight current account remunerated with interests of 2% (beginning from a cash at least of 1.500 Euros).

The Committee forbids, with a decision taken of April 16th 2002, to CaixaBank France to stipulate new contracts having as object remunerated sight accounts intestates to resident in France. So, the Spanish company had recourse to the French Council of State sustaining, particularly, that the prohibition to remunerate sight accounts would be in contrast with the dispositions of the Treaty on establishment freedom (art. 43, Treaty)¹².

⁹ The rule has been confirmed with decree of the French Minister of the economy and finances, in *J.O.R.F.*, 15 may 1986, p. 6330.

¹⁰ Published in *J.O.R.F.*, 2 August 2003.

¹¹ As the French Government has expressly confirmed in answer to a question turned him by the Court of Justice; on the point see *Conclusions of the General Advocate Tizzano*, Case C-442/02, *CaixaBank France*, par. 6 ss. (after "Conclusions").

¹² According to the line sustained by CaixaBank and also by European Commission, the application of French disposition would represent an obstacle to effective operation of the lending activity and then forbidden, according to prevailing jurisprudential interpretation, from the art. 43 of the European Treaty; in jurisprudence see Court of Justice, judgments: March 31st 1993, case C-19/92, Kraus, in *Eur. Court Rep.*, 1993; November 30th 1995, case C-55/94, Gebhard, in *Eur. Court Rep.*, 1995; May 11th 1999, case C-255/97, Pfeiffer, in *Eur. Court Rep.*, 1999.

The Council of State, recognizing the importance of the issue, suspends the procedure and submits to the Court of Justice two preliminary rulings: 1) as Directive 2000/12/EC¹³ is silent on the point, does the prohibition by a Member State of banking institutions duly established in its territory from remunerating sight accounts and other repayable funds constitute an obstacle to freedom of establishment?; 2) in case of an affirmative solution of the first question, which is the nature of general interest reasons that could be, eventually, justifying for this kind of restriction¹⁴.

And therefore, in deciding these prejudicial issues, the Court of Justice finds hits reasonings entirely on the restriction to establishment freedom that can derive from French normative.

About the first question, the Court believes that a national measure such as the prohibition on remunerating 'sight' accounts in euros constitutes a restriction on the freedom of establishment prohibited by Article 43 EC if its application deprives the subsidiaries of foreign banks of the possibility of competing effectively, as regards the taking of deposits from the public, with banks traditionally established in the national territory that have an extensive branch network. However, the national judge have to verify particularly if they are easily available on the market credit other forms of deposit freely remunerated and by means of which banks can compete effectively¹⁵ in that market.

Keeping in mind this necessary framework of the division of jurisdiction between the Community judicature and national courts, regarding to the second prejudicial question the Court affirms that it is not for the Court but for the court of reference – if it considers that the national measure at issue should be regarded as a restriction on the freedom of establishment within the meaning of Article 43 EC – to determine whether that restriction is justified or not¹⁶.

Nevertheless, being able the Court provide clarification and indicate interpretative criteria designed to give the national court guidance in the judgment it is required to make, has believed that the restriction to the establishment freedom of the branches of established banks in France was not justified by the pursuit of public general interest (to protect consumers and encouragement of savings).

¹³ What rationalizes the preexisting banking community legislation; in matter, even though previously to this directive, see DE CATERINI, GREMENTIERI (edited by), *Libera circolazione dei capitali e disciplina comunitaria delle banche*, Milan, 1987; PALANDRI, *Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi nella seconda direttiva banche*, in *Diritto ed economia*, 1997, p. 611. For the insurance sector, instead, the problem of the restrictions to the establishment freedom was already placed different times; see GREPPI, *Diritto di stabilimento, libertà di prestazione dei servizi e mercato comune delle assicurazioni* (Court of just., December 4th 1986, n. 205/84, *Commis. CE c. Germany fed. Gov. and Court of just. Comunità europee*, December 4th 1986, n. 220/83, *Commis. CE c. Gov. France*), in *Giurisprudenza italiana*, 1988, I, 1, p. 1857 ss.; SCORDAMAGLIA, *Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi nel settore assicurativo*, in *Foro italiano*, 1988, IV, c. 23; more recently, MARIANI, *Libera prestazione di servizi e stabilimento degli intermediari di assicurazione comunitari in Italia*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2001, p. 661 ss.

¹⁴ To demonstrating the importance of the problem, especially in key of competitive equilibrium of banking sector, the same CaixaBank France, various French banks, the French Government and the European Commission intervened in the procedure with the presentation of observations and memories; on the point see *Conclusions, cit.*, par. 9 ss.

¹⁵ Starting from Advocate General *Conclusions*, national rules of a Member state, that discipline practice of an economic activity, constitute restrictions to the liberty of establishment, forbidden in principle from the art. 43 of EU Treaty, when put operator in unfavourable conditions in comparison to an established operator in that State, *Conclusions, cit.*, par. 90 ss.

¹⁶ In such sense, see judgments July 4th 2000, case C-424/97, Haim, in *Eur. Court Rep.*, The-5123, point 58; October 17th 2002, case C-79/01, Payroll, in *Eur. Court Rep.*, 2002, point 29.

Therefore, the Court sanctions the illegitimacy of French disposition affirming that "the art. 43 hinders legislation of a Member State that forbids to a credit corporate, bank branch of a company of another Member State, to remunerate sight current accounts in Euro, opened by residents people in the first Member State"¹⁷.

3) *The problem of the remuneration of sight funds in the Italian system: the absence of an explicit prohibition.*

In the Italian system there isn't a formal prohibition of remuneration of sight funds, but the Court decision brings to the mind the debate, alive among the years '60 and '70, on the opportunity to correspond interests on such funds. The essential lines of those doctrinal disputes underline as motivations on the base of thought against the payment of interests were separated, long time ago, by the common ethical matrix to the Islamic system.

In force of Italian banking law of the '36, the non-remuneration of deposits was perfectly on line with the idea of "function of public interest" (art. 1 l.b.) of the banking activity and with the state-controlled and interventionist conception of the State in the economy¹⁸. This theory was expressed essentially by the art. 32 l.b. whereas the rates manoeuvre of the credit operations was disciplined as one of the privileged tools to influence the degree of liquid asset in the whole economic system¹⁹.

This line was supported, first, by the consideration that non-remuneration of sight trusts could eliminate, partly, the negative phenomenon of the hoarding in monetary deposits, since the account holders would not have had convenience to maintain inactive funds²⁰. From the elimination of interest derived to the banking system advantages of economic nature, like a strong cut of the charge of passive rate²¹.

On the other hand, the resetting of the accounts remuneration induced the account holders to take care only of the volume of availability strictly necessary to maintain the equilibrium between incomes and expenses and to invest the possible surplus in remunerative

¹⁷ Judgment, October 5th 2004, cit.

¹⁸ For an outline of evolutive profiles, see PORZIO (edited by), *La legge bancaria. Note e documenti sulla sua "storia segreta"*, Bologna, 1981, and particularly to RISPOLI FARINA, *Il controllo sull'attività creditizia. Dalla tutela del risparmio al dirigismo economico*, *ibid.*, p. 83 ss.; see also VITALE, *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Milan, 1987, p. 63 ss.; and COSTI, *L'ordinamento bancario*³, cit., p. 23 ss.

¹⁹ PORZIO, *Il governo del credito*, Naples, 1976, p. 21 s.

²⁰ From viewpoint of enterprises, the cost of maintenance of a non-interest deposit would have stimulated to reduce the consistence of current accounts to the least necessary, transferring the surplus in other deposits or in other forms of investment that assured a sure remuneration. In the same condition, the missed remuneration had the double effect to reduce the consistence and to increase the speed of the current accounts, exalting their monetary functions, in matter see MOTTURA, *I saggi di interesse dei depositi bancari*, Milan, 1966, p. 155 s. It has underlined, besides, as the enterprises could also destine sight deposits in excess to the refund, partial or complete, of own debts toward banks. In case of not remunerated deposits, the enterprises wouldn't have had convenience to maintain accounts without interests, so MANES, *Considerazioni sulla opportunità o meno di remunerare i depositi a vista*, in *Bancaria*, 1975, p. 1031 s.

²¹ That lightening allowed, from a side, a best remuneration of fiduciary deposit (of investment) with probable expansionistic effect on their volume and, from the other hand, a sensitive reduction of the active rates that allowed to stimulate credit demand. In substance, not-remuneration of sight deposits provoked a "deflation" of mails duplicative subtracting a party of the financial employments to banking intermediation, or giving back breath to the direct line saving-investment that was much more smothered as great was the deposits remuneration, see MANES, *op. cit.*, p. 1032.

employments (as trusting deposits)²². The distinction between deposits with exclusively monetary functions (accounts) and investments (trusting deposit) became more significant because the yield difference among the two principal sectors of raising prevented the mixture among funds having different economic nature. In this way, the suppression of interest accounts would have had the double positive effect to exalt the credit and monetary functions of banking system and to contribute to increase the level of liquid asset²³.

To support the remuneration of sight funds it was invoked, instead, the economic damage that the account holder would suffer from the missed remuneration of the deposited money. To this it was replied, first, that the prejudice was off set by the fact that the banks, in substitution of interest, gave the possibility to customer to have more favourable contractual conditions or allowed him to freely use the services of cash and administration of the bank deposit²⁴. On the other hand, the payment of an interest rate on free accounts was considered deprived of a base since the same received sight means of payment that, generally, were not considered productive of interests²⁵.

As you can notice, in force of banking lex of the '36 yet, the orientation to not correspond interests on sight funds sets to take a shape of economic and monetary politics tool, even remarkable one²⁶.

A further problematic profile was the fact that, since then, was set in evidence the non fundamental role of funds remuneration in comparison with the concrete savers propensities (at least of those belonging to the lower bands of income) toward such form of hoarding²⁷.

Prudential rules directed the small saver toward the appreciation of a lower risk level and the ready liquid asset coming out from employments in deposits, while the short economic culture, the traditionalism and the little familiarity with the financial Market engraved on the choices, depriving them of each connotation of rational economic convenience. If to this

²² MANES, *op. cit.*, p. 1030.

²³ FONTANA (*Alcune osservazioni sull'opportunità di remunerare i depositi a vista*, in *Bancaria*, 1975, p. 1228) affirms that: the remuneration of current banking accounts conditions behaviour of expense unities: his increase reduces the question of fixed income securities and the public propensity to the consumption, also contributing in such way to a possible containment of the prices. It causes, on the other hand, a reduction of the monetary base used by expense unities both because contracts the consumption propensity both because a least rising percentage would transform considerable quantity of currency deposit. See the reflections on the problem of liquid asset and on the monetary phenomena of VITALE, *op. cit.*, p. 39 ss.

²⁴ FONTANA, *op. cit.*, p. 1227, underlines as the payout of cash holdings in a current account offered to the same account holder, besides the immediate availability of the amounts, also the service of cash administration, service that had to be remunerated to the bank. In fact, this didn't happen as the banks, with the interests drawn by the employment of party of the raised financial means, they covered the costs related to the management of the service and could furnish it free in this way.

²⁵ MOTTURA, *op. cit.*, p. 157 ss.; DELL'AMORE, *Gli incentivi all'accumulazione del risparmio*, in *Il Risparmio*, 1956, p. 1193.

²⁶ In this sense, besides the mentioned essay of MOTTURA, see MANES, *op. cit.*, p. 1030; FONTANA, *op. cit.*, p. 1225; and, on a general plan, VITALE, *op. cit.*, p. 25 ss.

²⁷ It was diffused opinion that in correlation to expand some volume of the monetary means (having the direct function to satisfy liquid asset requirement) the amplification of the choice field of the possible employments was verified. At the moment to decide the dedication of saving, the economic agent had the possibility to choose between saving accounts and other forms of accessible employment (postal saving, bonds, etc.). So the assertion that, with rising of income level, the economic agent became more sensitive and careful to measure of interest rates offered by the Market, it furnished reasonable justification of the indifference and the poor appreciation of saving accounts, considered as form of remunerated employment. In fact, to inferior levels of income, the propensity toward saving accounts leaned on other motivations and the appreciation of the remuneration offered from the bank was darkened by economic ignorance. To middle-tall income levels, instead, and near the enterprises, the saving account (remunerated), was over by other more remunerative forms of employment, on the point, *amplius*, MOTTURA, *op. cit.*, p. 31 s.

we added that sight deposit was also preferred for simplicity, for the possibility to get some profits services, for custom, for the relationships with the bank²⁸, then you understand as the consideration of the rate interest didn't have the whole incisiveness that would logically have had for the choice of the employment: psychological component end to assume predominant weight preventing the gainful motivation prevailing.

4) *Actual perspectives: prohibition of deposits remuneration within a "possible" coexistence of Islamic and Western finance.*

Returning to the actual context, more part of considerations on the scarce importance of sight fund remuneration entity could find confirmation, obviously purified by the connections with monetary politic, whose conduct is now centralized to Community level.

The case of interest rate, especially in relationship to bank deposits, assumes today prevailing value of operational politic tool and affects, specifically, on the competitive relationships among intermediaries. Interest is used as attractive factor toward the contracts of current account even if, except rare cases, the relative remuneration is entirely reabsorbed (and often remained) by operative expenses of the same accounts.

The fact, therefore, that banking consumers keep on depositing part of their saving in such accounts, showing the preference of the wide range of services (also technologically evolved) offered from the banks, and confirm the topicality of asymmetry among remuneration rates and deposit propensity and of the prevalence of non rational (in economic sense) components in the consumers choice. So, this circumstance, added to the dedication of resources deposited in the bank to ethical purposes (what, for some verses, Islamic bank can insured)²⁹, show how the interest rate loses definitely every decisional preponderance in the choices operated by savers.

It resulted that in a context like that, Islamic intermediaries could compete easily with those westerners furnishing services of various nature, but above all offering warranty that deposited money is employed for purposes ethically directed.

Additionally, it could be verified the paradoxical circumstance that a discipline like that French, forbidding remuneration of sight funds to all resident intermediaries, could contribute to create competitive conditions between Islamic banks and national intermediaries, contradicting somehow the conclusions of the Court of Justice balanced on the mere restriction of establishment freedom.

²⁸ The preference toward banking deposits with monetary functions found motivation in the vast range of specific uses of them. Such multiplicity of employments contributed to explain because the interest rates was not the distinctive characteristic of the saving account; in such sense, MOTTURA, *op. cit.*, p. 32 s.

²⁹ There are several affinities between the effectiveness of Islamic bank and the western experience of the ethical bank and, as PICCINELLI underlines (*Operazioni islamiche di provvista e di gestione del risparmio: il modello del cliente-socio*, cit.), also with other realities, like cooperative banks in Italy, that persecute a privileged relationship with its own partners and with the local community. The economic life of the Islam, holds up on a moral plan that has the same practical efficiency of that western: to regulate the Market is enough the Koran and the good conscience of the businessman: the profit is not forbidden, but it must receive control from the ethic, see RAGUSA MAGGIORE, *La danza degli interessi*, in *Diritto fallimentare*, 1994, I, p. 847.

In reality, the Islamic banks, to act efficiently in Western systems, must resolve the fundamental problem of liquid assets³⁰ and a disposition like the French one is not enough to assure them full efficacy in that Markets. After all, the same Court of Justice use the access to the liquid asset to confirm restrictive nature of the French norm towards any foreign intermediary (and not only Islamic, therefore).

Then, on the plan of a coexistence of two systems, Islamic and western intermediaries can interact within the same Markets only on condition that rigidities, that actually abridge the concrete efficacy of them, are softened: Western systems must avoid instrumental use of national dispositions to protectionist thin, as it happened for the French law, but as also happened (and it happens) in Italy about banking concentrations. The Islamic system, subsequently, has to go over some interpretative rigidities of the Koranic precepts to realize a full competition with the traditional Western systems.

Then, it must be sought a complementarity³¹ among the two systems: it's necessary a controlling instrument³² and regulation that keeps in mind specificities of Islamic finance in the context of open financial Markets. Only in this way, two systems can really represent alternative models in competition among them and so only consumers will have true liberty in choosing its own financial resources without suffering forcings; it's also important that the connotation of the Islamic model could set in advantage in comparison to that western (not ethically oriented).

More concretely, saver faculty of choice could substantiate, even, in accepting the conclusion of current account without, besides remuneration, also of forms of warranty on the deposited capital – and, therefore, of an express obligation of refund – in exchange for advantages or compensations of other nature. This "substantial" approach would end, probably, to prevail on that "formal" represented by the difficulty of receive (in traditional systems) a contract with the same *nomen iuris*, but with different connotations (simply) from those of "our" current account. After all, also in the Western systems, financial commodities that don't assure the refund of the capital exist. What is really important, rather, it is the business thickness of agents that operate in a global Market: its probable managerial and financial weakness could

³⁰ It is known that one of the principal problems for Islamic banks are liquid asset especially in the short-term. The lead difficulty, caused by interest prohibition, derives from the impossibility to access the interbank Market, both to invest in the short-term conventional securities and to low risk, what the government stocks, with turnouts certain and ready liquid assets. In some States however the problem has been resolved through the issue of specific forms of Islamic bonds or, for other verse, through the development of the Islamic common trusts which currently represent the principal tool of raising and investment for the Islamic banks, a permissible one in alternative to the conventional bonds; in matter, see PICCINELLI, *Operazioni islamiche di provvista e di gestione del risparmio: il modello del cliente-socio*, cit.

³¹ In matter see., PICCINELLI, *Operazioni islamiche di provvista e di gestione del risparmio: il modello del cliente-socio*, cit.; favourable, instead, to a "matching" form among the two systems it's RAGUSA MAGGIORE, *La danza degli interessi*, cit., p. 848.

³² By the moment that Islamic banks raise funds from customers and furnish normal banking services, it is logical that they are checked and controlled by the monetary authority; naturally a specific Islamic control institution can increase the trust of Markets and investors in the system. Particularly, in the procedures of Islamic banks control, the aspect of the liquid asset must have checked carefully, especially in absence of interbank loans and secondary Markets acceptable from the Shari'a. There is who thinks (the authorities of vigilance both the Islamic intermediaries) that tools for short-term investments can be developed without violating the Shari'a principles, and this can allow the Islamic banks to invest the liquid asset in excess and resolve the possible problems to this profile; in this way, MASULLO, *Il sistema bancario islamico: leggi e regolamenti*, in www.consorziointegratoeuropa.it.

put in danger the equilibrium and create dangerous chain effects. So the same problem returns: liquid asset (and risk coefficients). Once guaranteed stability of the system, the operative models could not also assure protection of the single subjective positions, provided that the level of risk, that burdens on the saver, is incontrovertibly received and formalized in special contractual patterns.

La revisione in senso personalistico del sistema sanzionatorio tributario, con un'inversione di tendenza in tema di responsabilità dei rappresentanti: principio del favor rei

Di Eduardo Maria Piccirilli

Le continue e talvolta radicali modificazioni delle leggi tributarie, soprattutto negli ultimi decenni, nonché i mutamenti giurisprudenziali sull'interpretazione delle norme sanzionatorie per violazioni a tali leggi, avevano comportato profondi mutamenti dell'assetto originario, delineato con la legge 7 gennaio 1929, n. 4¹. Basti pensare all'introduzione degli interessi di mora quale forma generalizzata di risarcimento del danno derivante da ritardo nell'adempimento degli obblighi tributari ovvero al frequente impiego della soprattassa quale misura sanzionatoria principale al pari della pena pecuniaria, ovvero, ancora, al percorso esegetico compiuto dalla Corte di cassazione circa la natura delle sanzioni tributarie² per

¹ La legge n. 4/1929 conteneva le disposizioni generali per la repressione degli illeciti finanziari, laddove le violazioni attenessero ad interessi amministrativi finanziari dello Stato (per quel che concerne invece le infrazioni alle norme che disciplinano tributi comunali o provinciali, esistevano delle regolamentazioni autonome. La norma era quella secondo la quale la potestà sanzionatoria spettava comunque agli enti cui era attribuita la potestà di imposizione).

Il procedimento generale per l'esercizio della funzione sanzionatoria era previsto all'art. 55, che conferiva all'intendente di finanza organo periferico a competenza generale con funzione di coordinamento e di controllo sull'operato degli uffici amministrativi e quindi esterno all'organizzazione amministrativa in senso proprio la competenza all'irrogazione delle sanzioni (BERLIRI, *Principi di diritto tributario*, I, Milano, 1967, 314).

L'intendente di finanza tuttavia interveniva solo in un secondo momento del procedimento sanzionatorio e cioè dopo lo svolgimento delle attività investigative e cognitive ad opera degli uffici detentori del potere di imposizione (Si precisa infatti che necessariamente l'avvio del procedimento avveniva ad opera degli uffici impositori (o della Guardia di finanza) in quanto le situazioni da cui potevano scaturire le rilevazioni di violazioni finanziarie erano sempre acquisite durante l'esercizio della funzione impositrice o nel corso dello svolgimento di attività cognitive o investigative. Nessuna di queste operazioni era devoluta per legge all'intendente di finanza, il quale aveva il ruolo di coordinare e controllare l'operato degli uffici).

Già durante questa prima fase cognitiva esplicita dagli uffici, nonostante l'assenza di espresse previsioni normative, in considerazione del carattere inquisitorio del procedimento, si era affermata la necessità di operare in collaborazione con il contribuente. Ciò in applicazione diretta di alcune norme recate nel testo, a quel tempo vigente, del codice di procedura penale (ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Torino, V ed, 1969, 502).

² Corte di Cassazione, sez. I. civ., 16 settembre 1995, n. 9790 che così si esprimeva "... la responsabilità solidale ex art. 98 D.P.R. n. 602/1973 del legale rappresentante di una società per il pagamento delle soprattasse e pene pecuniarie deve essere intesa non come una forma di responsabilità oggettiva per debito altrui, ma, come responsabilità per fatto proprio in relazione al rapporto organico che lega il rappresentante alla società ed ai poteri di Amministrazione, direzione e gestione collegati a detto ufficio. Poiché la società opera ed agisce per mezzo dei suoi organi di Amministrazione, a tali organi è ascrivibile la responsabilità per la dichiarazione di un reddito inferiore al reale, quale comportamento volontario e consapevole, derivante dai poteri decisionali connessi con le mansioni di amministratore. Se dunque il debito tributario fa carico alla società, quale soggetto passivo dell'obbligazione, la sanzione collegata alla responsabilità per la presentazione della dichiarazione non rispondente al vero deve far carico,

comprendere come, non esistendo più un vero sistema sanzionatorio unitario, fosse sentita l'esigenza di una riorganizzazione del quadro normativo.

Il progressivo svuotamento della funzione di legge-guida del sistema non permetteva di continuare a giustificare l'esistenza di una disciplina sanzionatoria amministrativa specifica per le violazioni tributarie, caratterizzata da peculiarità non più pienamente aderenti all'evoluzione dell'ordinamento tributario.

Da qui, essenzialmente, la necessità di una generale riforma del sistema sanzionatorio tributario, intesa a conseguire un'organica razionalizzazione della relativa disciplina.

Con la legge 23 dicembre 1996, n. 662, il legislatore delegava il Governo ad emanare una serie di decreti legislativi al fine di riformare il sistema sanzionatorio tributario non penale.

L'articolo 3, comma 133, della citata legge n. 662, infatti, nel fissare i criteri direttivi per il legislatore delegato, ha orientato la propria scelta verso una marcata accentuazione dell'impronta penalistica di alcuni istituti, in modo da avvicinare il più possibile alle figure criminose illecite di natura amministrativa.

In attuazione della delega sono stati emanati i seguenti decreti legislativi:

a) 18.12.1997, n. 471 "Riforma delle sanzioni tributarie non penali in materia di imposte dirette, di imposta sul valore aggiunto e di riscossione dei tributi, - sanzioni in materia di imposte sui redditi, IVA, riscossione e disposizioni comuni;

b) 18.12.1997, n. 472 "Disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie, - principi generali del nuovo sistema sanzionatorio amministrativo;

c) 18.12.1997, n. 473 "Revisione delle sanzioni amministrative in materia di tributi sugli affari, sulla produzione e sui consumi, nonché di altri tributi indiretti - sanzioni in materia di imposte indirette (con l'esclusione dell'IVA).

Il decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, in particolare, contiene una disciplina organica dei principi generali della materia. Pur con innovazioni rilevantisime, che esigono un mutamento radicale nell'atteggiamento degli uffici e degli enti locali rispetto all'applicazione delle sanzioni, la riforma si innesta sul sistema previgente, innovandone il tessuto con l'adozione di alcuni principi ad esso estranei, almeno nell'applicazione e nell'interpretazione che veniva data alle previsioni della legge n. 4 del 1929.

I primi segnali della revisione in senso personalistico del sistema sanzionatorio amministrativo tributario, con un'inversione di tendenza in tema di responsabilità dei rappresentanti, erano emersi, peraltro già in sede giurisprudenziale e, precisamente, in una pronuncia della Corte di Cassazione che sin dal 1995 (v. nota 2) si era espressa a favore del riconoscimento di una responsabilità piena a carico "di colui al quale effettivamente risale l'atto volitivo che ha dato origine alla sanzione pecuniaria", ossia al rappresentante della

oltre che al contribuente soggetto passivo, alla persona di colui al quale effettivamente risale l'atto volitivo che ha dato origine alla sanzione pecuniaria: porre quest'ultima a carico del rappresentante della società all'epoca della definizione ed irrogazione della sanzione suddetta anziché di quello in carica nel periodo d'imposta cui si riferisce l'accertamento in rettifica, significa scindere immotivatamente l'autore di un comportamento dalle conseguenze del comportamento stesso, ponendo queste ultime a carico di persona estranea al fatto, in base ad una forma di responsabilità oggettiva che non trova base nell'ordinamento, ed evitando che la sanzione ricada sull'effettivo responsabile della sanzione", in *Dir. Prat. Trib.*, 1997, II, p. 333.

società quale "effettivo responsabile della sanzione".

In linea con questo precedente, la disciplina prevedeva, dunque, che delle sanzioni conseguenti all'illecito amministrativo tributario rispondeva chi lo aveva commesso con colpa o dolo specifico nell'interesse del titolare dell'obbligazione tributaria, attenuando, però, il rigore della responsabilità diretta del rappresentante legale o negoziale (anche di persona fisica), del dipendente o dell'amministratore, anche di fatto, di una società, associazione o ente, con la previsione, ma solo in relazione a violazioni di natura sostanziale, di una responsabilità solidale dipendente, con diritto di regresso, in capo ai soggetti rappresentati (artt. 2, 5 e 11 del D. Lgs. n. 472/1997)³.

Nel sistema delineato dal D. Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 rivestiva un ruolo peculiare il principio, espresso all'art. 2, comma 2, secondo cui della sanzione amministrativa tributaria poteva essere chiamata a rispondere soltanto la persona fisica autrice o coautrice dell'illecito. Sulla scia del modello afflittivo delle sanzioni penali e delle sanzioni amministrative (secondo quanto dettato dalla legge n. 689 del 1981), il legislatore fiscale aveva costruito il sistema sanzionatorio sulla punibilità esclusiva delle persone fisiche, in quanto le uniche capaci di commettere il fatto con dolo o colpa.

Ne è derivato un sistema che, per quel che interessa, era strutturato essenzialmente su tre pilastri:

- l'art. 2, comma 2, che esprimeva il già menzionato principio generale della "personalità" delle sanzioni amministrative tributarie;
- l'art. 5, comma 2, che dettava una limitazione di responsabilità della persona fisica per i casi di illecito commesso senza dolo o colpa grave;
- l'art. 11, che coinvolgeva nella responsabilità, attraverso il meccanismo della solidarietà, la persona fisica, la società, l'ente o associazione a beneficio dei quali era stato commesso l'illecito.

L'art. 11 da ultimo citato, in attuazione della previsione generale della riferibilità della sanzione alla sola persona fisica autrice materiale della violazione, prevedeva una forma di responsabilità *solidale* della persona fisica, della società, dell'ente o della associazione *con o senza* personalità giuridica.

Nel sistema finora vigente convivevano quindi due forme di responsabilità per le sanzioni amministrative tributarie: una diretta per la persona fisica autrice dell'illecito ed una indiretta, di tipo solidale, a carico della società. Ciò comportava - secondo il modello civilistico della responsabilità solidale - la possibilità per il fisco di rivolgersi tanto all'autore della violazione, quanto all'ente, esigendo sia dall'uno che dall'altro il pagamento integrale della sanzione, salva poi l'azione di regresso del soggetto beneficiario della violazione nei confronti della persona fisica responsabile principale ed esclusiva.

Rispetto allo schema rigidamente penalistico della responsabilità delle sole persone fisiche, il legislatore tributario aveva introdotto però sia opportuni temperamenti che significative deviazioni in considerazione del fatto che la persona fisica, pur essendo autrice

³ ZOCALI, *Le sanzioni tributarie amministrative - Principi generali (1998-2004) (rassegna di giurisprudenza)* in *Dir. e pratica trib.*, 2004, II, 995. PIERRO, *Il responsabile per la sanzione amministrativa tributaria: art. 11, D.Lgs. n. 472 del 1997*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1999, I, 224.

materiale della violazione, aveva comunque determinato un vantaggio a favore di un soggetto diverso.

Destinata a temperare la responsabilità della persona fisica era la disposizione dell'art. 5, comma 2, del D. Lgs. n. 472 che, per i casi di violazione commessi senza dolo o colpa grave nell'interesse di un soggetto diverso, prevedeva una limitazione di responsabilità dell'autore, chiamandolo a rispondere della sanzione irrogata solo entro il limite dei cento milioni di lire (circa 51 mila euro).

Di deviazioni dal modello affittivo delle sanzioni personali si poteva parlare invece a proposito delle norme contenute nell'art. 11, commi 5, 6 e 7. I commi 5 e 7 dell'art. 11 infatti, in deroga alla previsione di una responsabilità indiretta e solidale dell'ente o della società beneficiaria, tracciavano una forma di responsabilità sanzionatoria diretta e principale, parziale (ossia limitata all'eventuale eccedenza) nel caso di sanzione già pagata dall'autore materiale dell'illecito nel limite dei cento milioni di lire previsto dall'art. 5, comma 2, totale nel caso di morte della persona fisica autrice della violazione, avvenuta anche prima dell'irrogazione della sanzione.

Il comma 6 invece, sempre in deroga allo schema civile dell'obbligazione solidale, disciplinava la possibilità di accollo del debito da sanzione da parte del soggetto beneficiario a favore dell'autore materiale della violazione. La previsione, limitata ai casi in cui l'illecito non fosse stato commesso dall'autore con dolo o colpa grave, rappresentava, nella previgente disciplina, una significativa sfasatura rispetto al principio generale secondo il quale la società o l'ente non può essere assoggettato a sanzione affittiva⁴.

Sulla scia del modello delle sanzioni penali il sistema sanzionatorio tributario introdotto dal D. Lgs. n. 472/97, infatti, era incentrato sul principio della personalità della sanzione fiscale e, quindi, sulla punibilità esclusiva delle persone fisiche, in quanto le uniche capaci di commettere il fatto con dolo o colpa.

I commi 2 e 3 dell'art. 11 del D. Lgs. n. 472/97, stabilivano che: "Nei casi in cui una violazione che abbia inciso sulla determinazione o sul pagamento del tributo è commessa dal dipendente o dal rappresentante o dall'amministratore, anche di fatto, di una associazione od ente, con o senza personalità giuridica, nell'esercizio delle sue funzioni o incombenze, l'associazione o l'ente nell'interesse dei quali ha agito l'autore della violazione sono obbligati solidalmente al pagamento di una somma pari alla sanzione irrogata, salvo il diritto di regresso secondo le disposizioni vigenti.

Fino a prova contraria, si presume autore della violazione chi ha sottoscritto ovvero compiuto gli atti illegittimi."

Alla responsabilità personale dell'autore della violazione (amministratore, dipendente, ecc.) veniva, quindi, ad aggiungersi la responsabilità solidale dell'ente nell'interesse del quale l'autore stesso ha agito.

Nel sistema in argomento convivevano, quindi, due forme di responsabilità per le sanzioni amministrative tributarie:

- una diretta per la persona fisica autrice dell'illecito;
- una indiretta, di tipo solidale, a carico dell'ente.

⁴ Fondazione Luca Pacioli, *Circolare* n° 3 del 23 gennaio 2004.

Ciò comportava la possibilità per il fisco di rivolgersi tanto all'autore della violazione, quanto all'ente, esigendo sia dall'uno che dall'altro il pagamento integrale della sanzione, salva poi l'azione di regresso del soggetto beneficiario della violazione nei confronti della persona fisica responsabile principale ed esclusiva.

Il comma 6 dell'art. 11, del D. Lgs. n. 472/97, disciplinava la possibilità di accollo del debito da sanzione da parte del soggetto beneficiario a favore dell'autore materiale della violazione. La previsione, limitata ai casi in cui l'illecito non fosse stato commesso dall'autore con dolo o colpa grave, rappresentava, nella previgente disciplina, una significativa sfasatura rispetto al principio generale secondo il quale la società o l'ente non può essere assoggettato a sanzione affittiva⁵.

La norma era orientata a limitare la responsabilità di quei soggetti che non traevano un diretto vantaggio dalla violazione, ovvero dipendenti, rappresentanti legali e rappresentanti negoziali del contribuente (persona fisica o società).

L'art. 7 del D.L. 269/2003, convertito con modifiche dalla legge 19 novembre 2003, n. 326, dispone che "le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica". Il primo comma introduce una disposizione fondamentale; si abbandona il modello sanzionatorio incentrato sul principio della personalità della sanzione, applicata in capo a chi ha materialmente commesso la violazione, in ragione dell'attribuzione di una partecipazione cosciente e volontaria, per abbracciare il meccanismo della responsabilità oggettiva per cui la sanzione viene direttamente applicata sul contribuente a prescindere da qualsiasi tipo di valutazione soggettiva. Tale disposizione, attribuendo la responsabilità in modo oggettivo senza vincolarla a una ricerca soggettiva, rende non più operative alcune regole, relative alle cause di non punibilità, imputabilità, colpevolezza, graduazione della sanzione ed autore mediato, che il D. lgs. 472/97 aveva posto a garanzia del principio della personalità della responsabilità in capo all'autore materiale della violazione⁶.

Lo scopo della norma è palesemente quello di superare lo schema personalistico di imputazione delle sanzioni amministrative nelle ipotesi di violazioni compiute nell'ambito di strutture imprenditoriali complesse e dotate di autonoma soggettività.

Si è di fronte, dunque, al tentativo di percorrere, seppure in un settore circoscritto, l'assetto del sistema sanzionatorio abbozzato dall'art. 2, comma 1, lett. l) della legge n. 80/2003⁷.

⁵ LUPI, *Prime osservazioni sul nuovo sistema delle sanzioni amministrative tributarie*, in *Rass. Trib.*, 1998, I, 327; FALSITTA, *Confusione concettuale e incoerenza sistematica nella recente riforma delle sanzioni tributarie non penali*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998, I, 475; TOSI, *Profili soggettivi della disciplina delle sanzioni tributarie*, in *Rass. Trib.*, 1999, I, 1336; MARONGIU, *Le sanzioni amministrative tributarie: dall'unità al doppio binario*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, I, 373; per gli aspetti positivi del principio di personalità v. tuttavia: BATISTONI FERRARA, *Principio di personalità, elemento soggettivo e responsabilità del contribuente*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 1999, I, 1509; GIOVANNINI, *Sui principi del nuovo sistema sanzionatorio non penale in materia tributaria*, in *Dir. e Prat. Trib.*, I, 1997, 1196; DEL FEDERICO, *Introduzione alla riforma delle sanzioni amministrative tributarie: in principi sostanziali del D.Lgs. n. 472/1997*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1999, I, 107; Id., *Violazioni e sanzioni in materia tributaria - Violazioni amministrative*, *Enc. Giur.* GALLO, *L'impresa e la responsabilità per le sanzioni amministrative tributarie*, in *Rass. Trib.*, 2005, 11.

⁶ MANFREDA, L'art.7 del Decreto Legge 269/03 (collegato alla Finanziaria 2004): il ritorno alla responsabilità oggettiva e le conseguenze sull'impianto sanzionatorio tributario, in *Giust. Amm.*, 4/2005.

⁷ L'art. 2, comma 2, lett. l) della legge n. 80/2003 come è noto vincola il Governo ad adottare, in sede di riforma del sistema fiscale statale, un meccanismo di imputazione delle sanzioni amministrative incardinato sul criterio (oggettivo) del beneficio, piuttosto che sul principio della responsabilità personale.

La modifica introdotta dall'art. 7 del D.L. 269/2003 citato si colloca, quindi, nella direzione tracciata dalla legge delega per la riforma del sistema fiscale statale (legge 7 aprile 2003, n. 80), rappresentando, di fatto, una anticipazione⁸.

Tra i criteri direttivi della legge delega da seguire per la riforma del sistema tributario è prevista infatti l'applicazione della sanzione fiscale direttamente in capo all'"effettivo" beneficiario della violazione. Questa diversa impostazione rispetto al principio della personalità della sanzione tributaria trova, inoltre, riscontro nella disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, introdotta dal D. Lgs. n. 231/2001 che già ha accolto, almeno per il settore amministrativo, il principio secondo cui la sanzione di contenuto afflittivo può essere applicata anche nei confronti di soggetti diversi dalle persone fisiche⁹.

Al primo comma, infatti, dispone: "Le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica".

La disposizione normativa determina un ritorno alla situazione anteriore alla riforma del sistema delle sanzioni amministrative tributarie (D. Lgs. 471, 472 e 473 del 1997), con un allontanamento dall'impostazione propria del diritto penale (personalizzazione della sanzione).

La previsione contenuta nell'art. 7 c. 1 del D.L. 269/2003, peraltro, non realizza un completo ritorno al passato. Essa, infatti, presenta un'operatività limitata a **"società o enti con personalità giuridica"**.

Al di fuori di questo ambito soggettivo, di conseguenza, resta in vigore il principio di personalità delle sanzioni previsto dall'art. 2 c. 2 del D. Lgs. 472/97.

Tale norma, pertanto, continuerà ad applicarsi nei confronti degli amministratori e dei dipendenti degli enti privi di personalità giuridica.

L'art. 7 si riferisce esclusivamente alle società e agli enti con personalità giuridica. Con la conseguenza che, per i soggetti di cui all'art. 11 c. 1 e non contemplati dall'art. 7 (persone fisiche, enti senza personalità giuridica), continuerà ad applicarsi il D. Lgs. 472/97 con le relative problematiche¹⁰.

⁸ L'art. 2 della Legge delega 80/03 dispone che: "Il codice è articolato in una parte generale ed in una parte speciale. La parte generale ordina il sistema fiscale sulla base dei seguenti principi: I) la sanzione fiscale amministrativa si concentra sul soggetto che ha tratto effettivo beneficio dalla violazione"; secondo B. Santacroce, in *Sanzioni al manager, passaggio al buio*, Il Sole24ore del 30/10/2003, l'art. 7 non risponderebbe allo spirito della delega fiscale (L 80/03) in quanto si prevedeva la revisione del principio della personalità tramite la riconduzione al soggetto che ne ha tratto effettivo vantaggio e non tramite il ritorno alla responsabilità oggettiva

⁹ D. Lgs 231/01, art. 6 n. 1 lettera a), l'ente non risponde se prova che:

- a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto;
- b) modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;
- c) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
- d) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;
- e) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).

¹⁰ In relazione alle richieste di chiarimenti relative alle concrete modalità di applicazione delle sanzioni amministrative alle persone giuridiche, ai sensi dell'art. 7 del D.L. n. 269 del 2003, convertito dalla legge n. 326 del 24.11.2003, l' AREA CENTRALE AFFARI GIURIDICI E CONTENZIOSO - Ufficio Contenzioso Civile e Penale del 13 luglio 2005, così si esprimeva: "La suddetta disposizione normativa, nell'affermare che "le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica", stabilisce che, per i soggetti estranei all'ambito soggettivo così definito, continui ad essere in vigore la normativa dettata dal D. Lgs. n. 472 del 1997, improntata a principi di derivazione penalistica (principi di legalità e suoi corollari, di personalità della responsabilità e della pena, di accertamento dell'elemento soggettivo, etc.).

Ci si chiede ora se la norma in oggetto debba avere effetto retroattivo.

Dalla lettura dell' art. 7, c. 2 si evince chiaramente che "Le disposizioni del comma 1 si applicano alle violazioni non ancora contestate o per le quali la sanzione non sia stata irrogata alla data di entrata in vigore del presente decreto". In altre parole, l'autore materiale, in base a tale disposizione, continuerà a rispondere delle violazioni, commesse nell'ambito dei soggetti di cui al c. 1 dell'art. 11 D. lgs 472/97, che siano state constatate prima dell'entrata in vigore del DL 269/03 o le cui sanzioni siano state irrogate, anche se non con provvedimento definitivo, prima della data di entrata in vigore della disposizione di cui sopra. L'autore materiale, quindi, verrebbe sottoposto a sanzione per un fatto che, secondo il DL 269/03, legge posteriore, non costituisce più violazione punibile. L'art.7 DL 269/03 stabilisce che la constatazione delle violazioni o la irrogazione delle relative sanzioni (avvenute precedentemente all'entrata in vigore del decreto) costituiscono un impedimento all'applicazione delle nuove disposizioni; al contrario la 472/97 prevede che vengano applicate le norme più favorevoli anche nel caso in cui siano state irrogate le sanzioni. Solo in caso di provvedimento definitivo di irrogazione delle sanzioni, si stabilisce che non è ammessa la restituzione di quanto già pagato pur estinguendosi il debito tributario. Tale disposizione

Pertanto, nei confronti degli amministratori e dei soci delle società prive di personalità giuridica, nonché dei dipendenti di dette società e delle persone fisiche in genere, si continuerà ad applicare non solo la riferibilità della sanzione amministrativa alla persona fisica autrice o co-autrice dell'illecito (art. 2, comma 2 del D. Lgs. n. 472 del 1997), ma anche il meccanismo della responsabilità solidale fra l'autore materiale dell'illecito (rappresentante, dipendente o amministratore) e la persona fisica, l'associazione, la società o l'ente senza personalità giuridica nel cui interesse la violazione è stata commessa (art. 11 del detto decreto n. 472).

Come è evidente, tali norme sono state rese inoperanti dall'art. 7 del D.L. 269/03 in relazione alle società ed agli enti dotati di personalità giuridica.

Al riguardo, giova osservare che la disciplina recata dal D. Lgs. n. 472/97, in relazione alle sanzioni amministrative tributarie, si pone come elemento normativo di armonizzazione e di raccordo con i principi generali introdotti nel nostro ordinamento, in tema di sanzioni amministrative, dalla legge n. 689 del 1981, che, come sostenuto dalla dottrina prevalente, ha dato attuazione ai principi costituzionali contenuti negli artt. 23 e 25 Cost.

Pertanto, ove il Legislatore non preveda espressamente, con riferimento a fattispecie determinate, la deroga dei principi dettati dal decreto legislativo n. 472 in esame, la normativa successiva deve essere interpretata in accordo con essi.

In ogni caso, il complesso normativo recato dal D. Lgs. n. 472/1997 e la disposizione dell'art. 7 del citato D.L. 269/2003 si intersecano, in forza del rinvio contenuto nello stesso art. 7, in base al quale "le disposizioni del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, si applicano in quanto compatibili".

Ciò da luogo ad alcuni dubbi di ordine sistematico con riferimento all'individuazione delle disposizioni del D. Lgs. n.472/1997 concretamente applicabili al momento dell'irrogazione delle sanzioni a carico delle persone giuridiche.

Tutto ciò premesso, in forza del cennato rinvio contenuto nell'art. 7 del D.L. n. 269/2003, la Scrivente ritiene applicabili alle violazioni in parola, commesse da società od enti con personalità giuridica, i principi

contenuti nel D. Lgs. n. 472/1997, ed in particolar modo le disposizioni recate dagli artt. 5 (Colpevolezza), 6 (Cause di non punibilità) e 7 (Criteri di determinazione della sanzione) del decreto da ultimo citato, reputando preferibile un'interpretazione che estenda il loro ambito di riferimento anche ai soggetti che agiscono nell'interesse della persona giuridica, pur rimanendo la responsabilità per l'illecito tributario ad esclusivo carico della persona giuridica stessa.

Il suesposto orientamento della Scrivente è stato condiviso dall'Avvocatura generale dello Stato, appositamente interpellata sull'argomento.

L'Avvocatura generale, tra l'altro, ha precisato che "il fatto che della sanzione risponde esclusivamente la persona giuridica non significa che, con riferimento alla condotta materiale, non deve essere presa in

considerazione la sussistenza – in capo al soggetto autore materiale della violazione - di tutti quegli elementi, quali l'imputabilità, la colpevolezza e la contestuale assenza di errori scusabili che sono alla base di qualsiasi attività di accertamento in ordine alla commissione di illeciti tributari".

Codeste Direzioni Regionali avranno cura di attenersi a quanto sopra esposto, informando i dipendenti Uffici con eventuali disposizioni integrative e vigilando, nel contempo, sull'applicazione della direttiva stessa.

La presente direttiva è stata sottoposta all'esame del Comitato di Indirizzo Permanente che ha espresso parere favorevole nella seduta del 12.07.2005.

sembra derogare al principio di retroattività della norma più favorevole, il c.d. *favor rei*, previsto all'art. 3 commi 2 e 3, D. Lgs. 472/97¹¹. Si è utilizzata la clausola di riserva "salvo diversa previsione di legge", inserita dall'inciso iniziale dell'art. 3, c. 2; questa rappresenta la "finestra" da cui far rientrare, di volta in volta, ed in relazione a specifiche esigenze di politica legislativa fiscale, il principio *tempus regit actum*¹².

La Commissione Tributaria Regionale dell'Emilia Romagna con sentenza del 23 novembre 2006 ha stabilito che il principio di personalità posto dagli artt. 2 e 11 del D. Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, è stato limitato dall'art. 7 del D.L. 30 settembre 2003, n. 269 (convertito con L. 19 novembre 2003, n. 326), con una norma di evidente favore, secondo cui «le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica»; conseguentemente in base al principio del *favor rei*, ex art. 3, D. Lgs. n. 472/1997, tale norma deve trovare applicazione retroattiva¹³.

Secondo un'autorevole dottrina¹⁴, "la sentenza risulta alquanto laconica, ma ha certamente il merito di svolgere un ragionamento orientato alla salvaguardia dei principi garantistici che il D. Lgs. n. 472/1997 affianca all'indubbio inasprimento del complessivo regime sanzionatorio. La Commissione regionale ha applicato il *favor rei* ex art. 3, D. Lgs. n. 472/1997, in luogo del particolare regime transitorio di cui al comma 2 dell'art. 7, D.L. 30 settembre 2003, n. 269, senza chiarire però lo stato di avanzamento del procedimento sanzionatorio alla data di entrata in vigore di tale decreto legge.

È ben noto che l'introduzione del principio di personalità nel sistema dell'illecito amministrativo tributario ha suscitato molteplici critiche e reazioni negative, sia per la sua eccessiva originalità e complessità (soprattutto per quanto riguarda il sistema di cooresponsabilizzazione ex art. 11, D. Lgs. n. 471/1997), sia per quanto riguarda l'irrogazione

¹¹ Art. 3 del D. lgs 472/97: 2. Salvo diversa previsione di legge, nessuno può essere assoggettato a sanzioni per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce violazione punibile. Se la sanzione è già stata irrogata con provvedimento definitivo il debito residuo si estingue, ma non è ammessa ripetizione di quanto pagato. 3. Se la legge in vigore al momento in cui è stata commessa la violazione e le leggi posteriori stabiliscono sanzioni di entità diversa, si applica la legge più favorevole, salvo che il provvedimento di irrogazione sia divenuto definitivo.

¹² MANFREDA, *op. cit.*

¹³ Commissione tributaria regionale dell'Emilia Romagna, sez. VIII, 23 novembre 2006, n. 190

Svolgimento del processo: Omissis

Motivi della decisione

Questa Commissione, dopo avere esaminato la documentazione agli atti ed avere verificato i vari riferimenti normativi che vengono in contraddittorio proposti dalle parti, ritiene che in effetti si possa (rectius si debba) dare concretezza interpretativa al principio del *favor rei*, mandando quindi esente l'amministratore di qualsiasi carico conseguente all'irrogazione delle sanzioni dovute a fattispecie che sono e restano riferibili esclusivamente alla personalità giuridica. A parere di questo Collegio, appare in proposito significativo il possibile confronto dei percorsi interpretativi che, in merito alla normativa applicabile, vengono dalle parti richiamati in atto d'appello e nelle controdeduzioni. L'Ufficio riepiloga infatti i vari riferimenti normativi con il medesimo approccio che viene adottato dall'appellante, fermandosi solamente un passo prima delle considerazioni che possono derivare dall'art. 3, comma 2, del D. Lgs. 472/1997. C'è in sostanza pieno accordo sui principi generali da attuare, ma c'è discordanza solamente sull'applicabilità o meno del principio del *favor rei*. Stante la chiarezza del principio che la parte invoca, questa Commissione ritiene sul punto pienamente condivisibile la posizione esposta in atto d'appello, di fatto facendo criticamente rilevare che la impostazione della sentenza appellata attua una impropria riconnessione di questa vertenza a quella principale, riguardante la società, in ciò portando elementi di giudizio che non potevano essere nel caso utilizzati soprattutto poiché in questo caso trattavasi di sanzioni e non della violazione principale, che può venire correttamente addebitata alla sola società. Si aggiunga da ultimo che l'applicabilità del principio del *favor rei* è giudizio che può venire rilevato pure d'ufficio.

¹⁴ DEL FEDERICO, Nota di commento alla sentenza della C.T.R. Emilia Romagna del 23/11/2006 n° 190.

di sanzioni, in genere proporzionali al tributo, in capo all'autore materiale della violazione (art. 2), che di norma, a differenza del contribuente, non trae alcun diretto vantaggio dal comportamento antiggiuridico.

Si è così giunti prima ad ipotizzare una revisione del principio di personalità mediante la legge delega per la riforma tributaria (7 aprile 2003, n. 80), rimasta in gran parte inattuata, e poi al repentino intervento di cui all'art. 7 del D.L. 30 settembre 2003, n. 269 (conv. dalla L. 19 novembre 2003, n. 326), secondo cui «le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica» (comma 1)¹⁵.

Il problema della personalità è stato quindi ridimensionato, ma per le sole persone giuridiche. La stessa Agenzia delle Entrate ha riconosciuto che «il criterio della personalizzazione della sanzione tributaria [...] non è stato del tutto abbandonato, posto che le novità [...] non si estendono alla generalità delle sanzioni, ma solo a quelle relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica»¹⁶. Ciò è comprovato anche dal terzo comma dell'art. 7, secondo il quale le disposizioni del D. Lgs. n. 472/1997, informate al principio di personalità, continuano ad applicarsi nei confronti delle persone fisiche che instaurano rapporti tributari con soggetti diversi dalle società o enti aventi personalità giuridica.

La norma dispone poi un'abrogazione implicita delle sole disposizioni in contrasto con la novella, che, per il resto, conferma quindi i principi della riforma del 1997; pertanto salvo che per la corresponsabilizzazione solidale ex art. 11, e per i suoi corollari, il D. Lgs. n. 472/1997 continua a trovare normale applicazione anche per quanto riguarda gli illeciti riferibili alle persone giuridiche".

In conclusione, si può affermare che il principio del favor rei viene applicato al settore tributario con effetto retroattivo sempreché il provvedimento non sia divenuto definitivo.

Cio' comporta che - salvo il caso d'intervenuta definitività del provvedimento sanzionatorio - le più favorevoli norme sanzionatorie sopravvenute devono essere applicate, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio e, quindi, pure in sede di legittimità, atteso che, nella valutazione del legislatore, in ogni altro caso, la natura e lo scopo squisitamente pubblicistici del principio del favor rei devono prevalere sulle preclusioni derivanti dalle ordinarie regole in tema d'impugnazione¹⁷.

¹⁵ Su tali vicende legislative e sulle fondamentali problematiche del diritto punitivo tributario v. AA.VV., *Sussidiarietà ed efficacia del sistema sanzionatorio fiscale*, a cura di Insolera-Acquaroli, Milano 2005.

¹⁶ Ag. Entrate, circ. 21 giugno 2004, n. 28/E.

¹⁷ Corte di Cassazione sentenza del 09/04/2008 n° 9217

Prime riflessioni sull'applicazione al processo tributario delle recenti modifiche apportate al codice di procedura civile

di Michele Di Fiore

SOMMARIO: Premessa. – 1) I nuovi termini di: impugnazione, riassunzione e per la consulenza tecnica di ufficio. – 2) Il nuovo contenuto della sentenza ed in particolare quella contenente la condanna ad un obbligo di fare (conseguente all'annullamento dell'atto impugnato?). – 3) Le spese di giudizio: la compensazione, la condanna di ufficio per lite temeraria e la condanna in caso di ingiustificato accoglimento della proposta conciliativa. – 4) Le nuove ipotesi di inammissibilità del ricorso in Cassazione (filtro) ed il nuovo contenuto del ricorso in Cassazione. – 5) L'introduzione del così detto "principio di non contestazione". – 6) Il principio della "traslatio iudicii". – 7) Altre modifiche apportate al codice di procedura civile applicabili nel processo tributario

Premessa

Con la legge n.69/2009, entrata in vigore il 4 luglio u.s., sono state introdotte sostanziali modifiche al codice di procedura civile, tutte finalizzate ad imprimere una forte accelerazione ai tempi del giudizio civile. Circa la loro efficacia, la regola generale è che esse si applicano ai giudizi instaurati dopo l'entrata in vigore della legge di riforma, mentre, eccezionalmente, alcune modifiche trovano applicazione anche per i giudizi in corso.

Queste innovazioni possono avere rilevanza anche nel processo tributario, e ciò per effetto del rimando alle disposizioni del cpc contenuto nel secondo comma dell'art.1 del Dlgs 546/92¹. Essendo, però, questo rinvio di tipo residuale, e cioè operativo soltanto in ipotesi che le norme del Dlgs 546/92 non disciplinino diversamente la fattispecie, per accertare quali delle modifiche introdotte con la legge n.69/09 trovino applicazione nel processo tributario è necessario verificare preliminarmente se gli istituti oggetto di revisione siano o meno disciplinati specificamente dal Dlgs 546. In quest'ottica, nel prosieguo della trattazione, si esamineranno tutte le modifiche che - in linea di principio - potrebbero trovare applicazione in ambito tributario, per stabilire quali di esse siano applicabili, e con quale decorrenza, e quali invece no.

Le modifiche vengono esaminate secondo il raggruppamento per argomento effettuato, come da intestazione dei successivi paragrafi.

¹ A norma del quale "I giudici tributari applicano le norme del presente decreto e, per quanto da esse non disposto e con esse compatibili, le norme del codice di procedura civile"

1) *I nuovi termini di: impugnazione, riassunzione e per la consulenza tecnica di ufficio*

Si è già detto che la finalità ispiratrice della riforma è stata quella di accelerare i tempi dei giudizi, per cui è facile immaginare che le modifiche in esame hanno determinato la riduzione dei termini originari. Nonostante questa esigenza sia avvertita di meno nel processo tributario, almeno per i gradi di giudizio di merito, vedremo di qui a breve che talune di queste innovazioni sono applicabili anche ad esso.

Modifiche applicabili al processo tributario

1.1 *Il termine (lungo) di impugnazione*

In caso di mancata notifica della sentenza, il termine per proporre impugnazione, a seguito della modifica apportata all'art.327, co.1, cpc², è ridotto da 1 anno a 6 mesi. L'innovazione trova applicazione nel processo tributario, considerato che la norma specifica del Dlgs 546³ fa rimando all'art.327, co.1 del cpc. La decadenza dall'impugnazione per proporre appello, ricorso per revocazione e ricorso per cassazione, dunque, si verifica una volta che siano decorsi sei mesi dalla pubblicazione della sentenza e sempre che questa non sia stata in precedenza notificata. La riduzione del termine comporta che la sospensione del suo computo per effetto dell'art.1 della legge n.742/69 (nel periodo dall'1 agosto al 15 settembre : cd. sospensione feriale) non troverà sempre applicazione: così per le sentenze depositate nell'arco temporale che va dal 16 settembre al 31 gennaio tale sospensione non opererà affatto. Inoltre, non troverà più applicazione la doppia sospensione feriale dei termini, che invece poteva aver luogo con la precedente disciplina.

Il nuovo termine (lungo) di impugnazione si applica soltanto per i giudizi instaurati dopo il 4 luglio 2009. Pertanto, per tutte le controversie pendenti a quella data continuerà ad applicarsi il termine vecchio di un anno; così ad esempio per un ricorso proposto dinanzi alla Commissione Tributaria Provinciale, notificato antecedentemente al 4 luglio, la cui sentenza sia stata depositata dopo tale data, la stessa potrà essere impugnata in appello – se non notificata – entro il termine di un anno; avverso la sentenza emessa per il medesimo giudizio in grado di appello, sul presupposto sempre che non sia stata notificata, potrà essere proposto ricorso per cassazione entro il termine lungo vecchio di un anno, da computarsi in entrambi i casi tenendo conto della sospensione feriale. In definitiva ciò che rileva è verificare quando il giudizio abbia avuto inizio, e quindi per il processo tributario accertare ai sensi dell'art.20 del Dlgs 546 se il ricorso alla CTP risulti proposto/notificato prima o dopo il 4 luglio 2009.

In modo analogo, ovviamente, saranno considerati i termini, vecchio e nuovo, per la verifica del passaggio in giudicato della sentenza, per cui :

² Disposta con l'art.46, co.17 legge 69/09

³ Art.38 co.3, secondo cui : "Se nessuna delle parti provvede alla notificazione della sentenza, si applica l'art.327, comma 1, del codice di procedura civile..."

-le sentenze relative a giudizi iniziati prima del 4.7.2009 si considereranno passate in giudicato, se non notificate, decorso il termine (vecchio) di 1 anno, oltre il termine di sospensione feriale;

-le sentenze relative a giudizi iniziati dopo il 4.7.2009 si considereranno passate in giudicato, se non notificate, decorso il termine (nuovo) di 6 mesi, oltre l'eventuale termine di sospensione feriale.

1.2 Consulenza tecnica

Le modifiche introdotte⁴ concernono l'intero procedimento della consulenza tecnica di ufficio : dalla nomina alla fissazione di vari termini che scadenzano - così come invece non era prima – l'espletamento della stessa. Così, in particolare, è previsto che con la medesima ordinanza di nomina del consulente debbano essere formulati i quesiti da sottoporre allo stesso, ed ancora che con altra ordinanza, da adottare all'udienza in cui il consulente assume l'incarico, il giudice deve fissare i termini: a) entro cui la relazione scritta deve essere trasmessa alle parti; b) entro cui le parti possono formulare osservazioni sulla relazione da inviare al perito; c) entro cui deve essere depositata la relazione finale.

Questa nuova disciplina è applicabile al processo tributario, considerato che il Dlgs 546 oltre a prevedere – sotto l'art.7 - la possibilità che il giudice possa disporre una consulenza tecnica, non contiene alcuna normativa specifica sulle modalità del suo espletamento.

La modifica vale solo per i nuovi giudizi instaurati dopo il 4 luglio.

1.3 Termine di sospensione del giudizio su istanza delle parti

L'art.296 cpc prevede che su istanza di tutte le parti il giudice istruttore può disporre la sospensione del processo per un termine massimo – ora a seguito della modifica introdotta⁵ – di 3 mesi (prima 6).

E' dubbia l'applicazione dell'istituto al processo tributario, perché secondo la dottrina prevalente⁶ il Dlgs 546⁷ conterrebbe una disciplina specifica e tassativa delle ipotesi di sospensione processuale, per cui la normativa processualcivilista non troverebbe applicazione. L'orientamento giurisprudenziale di legittimità, però, ha fatto registrare nel tempo anche interpretazioni diverse; in particolare i supremi giudici hanno ritenuto applicabile la sospensione per pregiudizialità ex art.295 cpc ogni qual volta il giudice tributario o altro giudice debba risolvere una controversia dalla cui definizione dipenda la decisione della causa⁸. Questa interpretazione presuppone una diversa concezione della disciplina speciale

⁴ Agli artt.191 e 195 cpc, disposte dall'art.46, co. 4 e 5 della legge 69/09.

⁵ Dall'art. 46, co. 11, della legge 69/09.

⁶ Batistoni Ferrara, Processo Tributario; Tesaurò, Processo Tributario, Dig., sez.comm.,XI, 348; Bellagamba, Il nuovo contenzioso tributario 93, 149.

⁷ Sotto l'art.39, che tratta della sospensione del processo “.quando è presentata querela di falso o deve essere decisa in via pregiudiziale una questione sullo stato o la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio”

⁸ Così nelle sentenze nn.14282/00 – 4056/01 – 24408/05 – 13082/06

contenuta nell'art.39 del Dlgs 546, nel senso che essa attiene ai soli casi in esso previsti, rimanendo per le altre ipotesi di sospensione operativa la disciplina del cpc⁹.

E' pur vero che quella in esame è una sospensione volontaria, in contrapposizione a quelle necessarie di tipo legale. Ciò non di meno, e supportati dall'interpretazione fornita dalla Suprema Corte di Cassazione, si ritiene che l'istituto della sospensione volontaria, e conseguentemente la nuova disciplina del relativo termine, possa trovare applicazione nel processo tributario. Va detto comunque che la sua applicazione è stata e sarà del tutto marginale.

La modifica in commento riguarda i giudizi avviati successivamente al 4 luglio.

Modifiche non applicabili al processo tributario

1.4 Termine per riassunzione giudizio dinanzi al giudice di primo grado a seguito di rinvio da parte del giudice di secondo grado

La riduzione del termine da 6 a 3 mesi¹⁰ per la riassunzione dinanzi al giudice di primo grado, nell'ipotesi che il giudice di appello (CTR) dichiari che il giudice ordinario (CTP) abbia la giurisdizione negata dal primo giudice, non trova applicazione nell'ambito del processo tributario. Ciò in quanto il Dlgs 546 prevede una disciplina speciale – l'art.59 – secondo cui in tutti i casi di rimessione della causa alla CTP¹¹ la riassunzione non avviene su istanza di parte, ma di ufficio, una volta che la sentenza di rimessione della causa al giudice di primo grado sia passata in giudicato.

1.5 Termine per riassunzione giudizio dinanzi al giudice di appello a seguito di rinvio da parte della Suprema Corte di Cassazione

Anche la riduzione del termine da 1 anno a 3 mesi¹² per la riassunzione della causa dinanzi al giudice che ha emesso la sentenza impugnata, per la quale è stata disposta la cassazione con rinvio ad opera della Suprema Corte di Cassazione, non trova applicazione in ambito tributario. L'art.63 del Dlgs 546 contiene, infatti, una specifica disciplina, che al primo comma stabilisce il termine per la riassunzione in 1 anno.

Fino alla modifica apportata con la riforma in commento, le discipline di questo termine, quella del cpc e quella del Dlgs 546/92, coincidevano, per cui non si ponevano problemi di rapporti tra l'una e l'altra normativa. Oggi, essendo differenti i termini, si deve concludere

⁹ Oltre l'ipotesi prevista dall'art.295 cpc, nessuno potrà mai dubitare dell'applicazione della sospensione in ambito tributario in ipotesi di rimessione alla Corte Costituzionale di una questione di legittimità costituzionale di una norma che abbia rilevanza nel giudizio tributario; oppure in ipotesi di proposizione di ricorso per ricasazione del giudice ex art.52, ultimo comma, cpc.

¹⁰ A seguito della modifica apportata all'art. 353 cpc, dall'art. 46, co. 19, della legge 69/09

¹¹ Che sono i seguenti : quando il primo giudice ha negato di avere competenza o giurisdizione; quando non è stato regolarmente costituito o integrato il contraddittorio; quando è stato erroneamente dichiarato estinto il giudizio; quando il collegio giudicante non è legittimamente composto e quando manca la sottoscrizione della sentenza

¹² A seguito della modifica apportata all'art. 392, co. 1, cpc, disposta con l'art. 46, co. 21, della legge 69/09.

immancabilmente per la vigenza nel processo tributario della disciplina speciale dettata dal Dlgs 546/92¹³.

1.6 Termine per riassunzione della causa dinanzi al giudice competente

La modifica introdotta¹⁴, anche in questo caso, concerne la riduzione del termine da 6 a 3 mesi. Come per i casi precedenti, anche per questa fattispecie l'innovazione non trova applicazione in ambito tributario, vigendo la normativa speciale dell'art.5 del Dlgs 546. Questa prevede, in ipotesi di incompetenza territoriale¹⁵, che la riassunzione debba essere effettuata ad istanza di parte nel termine fissato dalla sentenza o in mancanza nel termine di 6 mesi dalla sua comunicazione.

1.7 Termine per riassunzione in caso di sospensione/interruzione giudizio

La modifica¹⁶ concerne la riduzione del termine da 6 a 3 mesi per la presentazione dell'istanza di riassunzione in caso di sospensione e/o interruzione del giudizio. La modifica non trova applicazione in ambito tributario, vigendo la normativa speciale dell'art.43 del Dlgs 546, che prevede il termine di 6 mesi.

2) - *Il nuovo contenuto della sentenza ed in particolare quella contenente la condanna ad un obbligo di fare (conseguente all'annullamento dell'atto impugnato ?)*

Modifiche applicabili (?) e non applicabili al processo tributario

2.1 Il contenuto della sentenza

Nell'ambito dei provvedimenti di semplificazione è stata introdotta una modifica¹⁷ per effetto della quale la sentenza civile non dovrà più contenere l'esposizione dello svolgimento del processo, ma soltanto una concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione. L'efficacia dell'innovazione è immediata, essendo disposto che essa trovi applicazione anche per i procedimenti in corso alla data del 4 luglio.

La modifica non rileva per il processo tributario, perché il contenuto della sentenza è disciplinato da una norma specifica del Dlgs 546 – l'art.36 – a norma del quale la stessa deve contenere, oltre che *“la succinta esposizione dei motivi in fatto e diritto”* anche la *“concisa esposizione dello svolgimento del processo”*.

¹³ E' auspicabile che venga introdotta una modifica del termine dell'art.63, portando anch'esso a 3 mesi, e ciò non solo per uniformità, ma per perseguire quella medesima finalità acceleratoria del processo, che ha ispirato l'introduzione di tale modifica.

¹⁴All' art. 50, co. 1, cpc, disposta con l'art. 45, co. 6 lett. b), della legge 69/09.

¹⁵ L'unica ad assumere rilievo, non essendo prevista una competenza per valore nel processo tributario.

¹⁶ All'art. 297, co. 1, cpc, introdotta dall'art. 46, co. 12, della legge 69/09.

¹⁷ All'art. 132, co. 2, cpc, disposta con l'art. 45, co. 17, della legge 69/09.

2.2 Il contenuto della sentenza contenente un obbligo di fare e/o non fare (conseguente all'annullamento dell'atto impugnato?)

Un'altra modifica¹⁸, che indirettamente coinvolge il contenuto della sentenza, è quella che ha introdotto, nell'ambito della disciplina del processo di esecuzione, il nuovo art. 614 bis cpc, secondo cui, quando la condanna ha ad oggetto un obbligo di fare/non fare, la stessa deve prevedere anche la somma di denaro dovuta per ogni violazione/ritardo nell'esecuzione di quell'obbligo¹⁹.

In linea di principio la norma potrebbe trovare applicazione nel processo tributario, atteso che la disciplina relativa all'esecuzione della sentenza tributaria dettata dal Dlgs 546 fa *"salvo quanto previsto dalle norme del codice di procedura civile per l'esecuzione forzata della sentenza di condanna costituente titolo esecutivo..."*²⁰. E' pur vero, però, che molto difficilmente – anzi nell'esperienza nota mai - una sentenza tributaria contiene una condanna avente per oggetto un obbligo di fare e/o non fare. Il che, però, di per sé non equivale a che questo non possa essere previsto.

Dovendoci limitare per la natura del presente lavoro a dare sul tema soltanto degli spunti per eventuali successive e più meditate riflessioni, si può osservare che esistono degli effetti, cd. implicati²¹, propri di qualsiasi tipo di sentenza, incluse quelle tributarie, per la esecuzione dei quali potrebbe forse essere disposto dal giudice tributario un obbligo di fare e/o non fare. Si pensi in proposito agli effetti conseguenti all'annullamento, o anche alla mera sospensione, dell'atto impugnato, quali l'annullamento o la sospensione del ruolo per l'iscrizione a titolo provvisorio scaturito da quell'atto, cui l'Amministrazione Finanziaria non dia spontanea esecuzione²².

Considerando le non poche difficoltà che sovente si riscontrano nella prassi per ottenere l'adempimento spontaneo da parte dell'Amministrazione Finanziaria di siffatti obblighi ed anche al fine di riequilibrare, soprattutto sul piano dell'esecuzione, la posizione della parte privata con quella pubblica, sarebbe auspicabile – sia pur de iure condendo, ove le riflessioni più meditate dovessero portare a risultati negativi circa l'applicazione immediata di questa innovazione – che venisse introdotta una disposizione di analogo contenuto nella disciplina del Dlgs 546/92. In tal caso, il contenuto della sentenza che disponga l'annullamento dell'atto impugnato dovrebbe essere integrato dapprima con la previsione del conseguente obbligo di fare (annullamento del ruolo) e poi con quella di una condanna ad una somma di denaro in caso di inadempimento e/o di ritardo.

3) *Le spese di giudizio: la compensazione, la condanna di ufficio per lite temeraria e la*

¹⁸ Disposta con l'art. 49, co. 1, della legge 69/09.

¹⁹ Nell'ordinamento francese "astringentes", che consistono, appunto, in modelli di coercizione indiretta al fine di spingere un obbligato inadempiente alla coazione all'adempimento.

²⁰ Art. 70

²¹ Randazzo, L'esecuzione delle sentenze tributarie, 175

²² Per ottenere la quale, in via coatta, parte della dottrina – Randazzo, ibidem – ritiene che si possa far ricorso al giudizio di ottemperanza, nonostante la relativa sentenza non sia passata ancora in giudicato

condanna in caso di ingiustificato accoglimento della proposta conciliativa

Modifiche applicabili al processo tributario.

Tutte le modifiche introdotte con la riforma in materia di spese di giudizio e risarcimento danni per lite temeraria sono applicabili al processo tributario, poiché il Dlgs 546 non prevede al riguardo una disciplina specifica. Esse sono applicabili per i giudizi instaurati dopo il 4 luglio.

3.1 Compensazione delle spese di giudizio

Il regime delle spese processuali – è noto – è incentrato sul principio generale della soccombenza. A seguito della modifica apportata²³ all'art.92, comma 2 cpc, la compensazione delle spese può essere disposta, oltre che nell'ipotesi di soccombenza reciproca tra le parti, quando ricorrano *"altre gravi ed eccezionali ragioni"* che dovranno essere *"esplicitamente indicate nella motivazione"*. In precedenza, invece, veniva richiesto soltanto che concorressero *"giusti motivi"*.

La modifica introdotta, pertanto, limita l'ambito operativo dell'istituto della compensazione delle spese, dovendo ricorrere ora *"gravi ed eccezionali ragioni"*. Considerato che in ambito tributario la prassi ha fatto registrare, almeno fino ad oggi, quale regola generale la disposizione della compensazione delle spese, motivata dalla ricorrenza di laconici e semplicistici giusti motivi, è auspicabile che la modifica introdotta "costringa" il giudice ad una doverosa inversione di tendenza, disponendo la condanna delle spese a carico della parte soccombente. In tal modo, oltre a realizzare un principio equitativo e risarcitorio, l'istituto della condanna alle spese conseguente alla soccombenza svolgerà a pieno la sua funzione deflativa del contenzioso²⁴.

3.2 Condanna alle spese di giudizio in caso di rifiuto ingiustificato della proposta conciliativa

E' stato introdotto²⁵ un criterio di determinazione della condanna alle spese, ulteriore ed integrativo rispetto a quello generale della soccombenza, di carattere sanzionatorio, a carico della parte che abbia rifiutato, senza giustificato motivo, la proposta conciliativa avanzata dalla controparte. Si faccia il caso del contribuente che formuli una proposta conciliativa (es.: 100), che l'Amministrazione Finanziaria non accetta, senza fornire una valida motivazione, e la CTP accolga parzialmente la domanda del ricorrente, annullando in parte l'atto impugnato e riducendo il valore accertato ad un importo uguale o inferiore a quello oggetto della sua proposta conciliativa (es.: 90). In questa ipotesi, a seguito dell'innovazione introdotta, la CTP dovrà condannare l'ente impositore *"al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della stessa [proposta conciliativa]"*, e ciò in deroga all'art.92, co.2 cpc. In assenza della disposizione innovativa, infatti, il giudice – ricorrendo l'ipotesi di soccombenza reciproca – dovrebbe disporre la compensazione delle spese tra le parti.

²³ Dall'art. 45, co. 11, della legge 69/09.

²⁴ E' di tutta evidenza, infatti, che in caso di certezza di condanna alle spese per soccombenza molti degli attuali giudizi non verrebbero proposti né da parte privata, né da parte pubblica.

²⁵ Dall'art. 45, co. 10, della legge 69/09, che ha modificato l'art. 91, co. 1, cpc.

Anche questa innovazione, al pari della modifica relativa alla compensazione, è ispirata dalla finalità deflativa del contenzioso; lo scopo in questo caso, infatti, è quello di stimolare la parte che ha ricevuto la proposta conciliativa ad accettare un ragionevole accordo, evitando di proseguire nel giudizio, che verosimilmente si concluderà con una decisione che soddisferebbe la sua domanda in misura uguale o inferiore a quella oggetto della proposta conciliativa.

3.3 Condanna di ufficio ad un'ulteriore (rispetto alle spese di giudizio) somma di denaro in caso di lite temeraria

L'art.96 del cpc disciplina la responsabilità aggravata per lite temeraria sancendo che nelle ipotesi specifiche in esso previste²⁶ il giudice, *su istanza della parte* danneggiata, accertata la temerarietà della lite, condanna la controparte al risarcimento dei danni subiti, liquidandoli anche di ufficio.

Con la riforma²⁷ il legislatore ha aggiunto all'art.96 il comma 3²⁸, prevedendo una norma di chiusura della materia, comprensiva cioè di tutti gli ulteriori casi rispetto a quelli disciplinati nei precedenti due commi. Per effetto di tale innovazione, il giudice, *di ufficio*²⁹ ed *in ogni caso*³⁰ può condannare la parte soccombente a titolo di risarcimento danni al pagamento di una somma di denaro ulteriore³¹ equitativamente determinata.

Anche in questo caso è evidente l'intenzione perseguita dal legislatore della riforma, che, introducendo una nuova (residuale e di chiusura) forma di responsabilità aggravata per lite temeraria, fornisce al giudice uno strumento sanzionatorio con funzione deterrente, finalizzato a far desistere le parti dall'intraprendere iniziative o difese processuali meramente pretestuose o evidentemente infondate, allo scopo ultimo di ridurre il contenzioso.

4) *Le nuove ipotesi di inammissibilità del ricorso in Cassazione (filtro) ed il nuovo contenuto del ricorso in Cassazione*

Modifiche applicabili al processo tributario

Tutte le modifiche introdotte con la riforma che riguardano il ricorso in Cassazione sono applicabili al processo tributario, poiché il Dlgs 546 non contiene una disciplina specifica³².

²⁶ E cioè se se la parte : a)- 1° comma: ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave; b)- 2° comma: ha agito senza la normale prudenza, essendo stata accertata l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare o trascritta domanda giudiziale o iscritta ipoteca giudiziale.

²⁷ Ai sensi dell'art. 45, co. 12, della legge 69/09.

²⁸ A norma del quale: "In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata"

²⁹ Cioè, anche in assenza di istanza di parte

³⁰ Vale a dire – a seguito del carattere di residualità rispetto alle precedenti ipotesi – in tutti gli altri casi che configurino una lite temeraria

³¹rispetto a quanto previsto per le fattispecie di cui ai precedenti due commi

³² L'art.62, infatti, fa specifico rimando alle disposizioni del cpc.

Circa la loro efficacia, è prevista una deroga alla regola generale, secondo cui esse dovrebbero trovare applicazione soltanto per i “nuovi” giudizi, e vale a dire per quelli che risultino instaurati dopo il 4 luglio. Infatti, è stabilito³³ che le modifiche relative al giudizio in Cassazione si applichino anche alle controversie che hanno ad oggetto provvedimenti impugnati che siano stati pubblicati/depositati successivamente alla data del 4 luglio, e vale a dire sentenze/provvedimenti relativi a “vecchi” giudizi, a giudizi, cioè, iniziati antecedentemente alla data del 4 luglio 2009. L'elemento che funge da spartiacque tra nuove e vecchie regole è, dunque, la data di pubblicazione/deposito del provvedimento da impugnare in Cassazione: se questa è antecedente o uguale al 4 luglio varranno le vecchie regole; se è successiva si applicheranno le nuove regole che si passano ad esaminare.

4.1 Contenuto del ricorso: formulazione del quesito di diritto

Con la riforma in esame è stato abrogato³⁴ l'art.366 bis cpc, che aveva introdotto, a pena di inammissibilità, l'obbligatorietà della formulazione del quesito di diritto a chiusura di ciascun motivo di ricorso. Sulla base della disciplina transitoria poco sopra esaminata, si avrà che se il provvedimento impugnato è pubblicato successivamente al 4 luglio si potrà omettere la formulazione del quesito di diritto, se invece è antecedente o uguale al 4 luglio, allora il ricorso dovrà contenere obbligatoriamente ancora il quesito di diritto.

4.2 Il filtro di ammissibilità del ricorso in Cassazione: introdotte due nuove ipotesi di inammissibilità

Con il passar degli anni si è andata avvertendo sempre di più l'esigenza di ridurre le cause civili pendenti dinanzi alla Suprema Corte di Cassazione (di cui fanno parte, e per un'ampia percentuale, anche quelle tributarie). Il loro elevato numero, infatti, non solo ha determinato tempi processuali lunghi, ben oltre i limiti imposti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ma ha finito per mortificare e vanificare la funzione nomofilattica della giurisprudenza di legittimità. Il legislatore della riforma si è posto dunque il problema di individuare dei criteri selettivi di ammissibilità del ricorso in Cassazione, consapevole però del limite costituzionale imposto dall'art.111, comma 7³⁵.

Con la riforma in commento, il legislatore ha introdotto un filtro con la finalità di selezionare ed “eliminare”, dichiarandoli inammissibili, i ricorsi che non rispondono ai criteri selettivi da esso individuati. Ciò avviene ad opera di un'apposita sezione della Suprema Corte di Cassazione, composta da cinque magistrati, scelti tra quelli appartenenti a tutte le sezioni della Corte. Nel caso il collegio decida per la inammissibilità del ricorso, il giudice relatore deposita in cancelleria la propria relazione contenente la concisa esposizione delle motivazioni ed il Presidente fissa con proprio decreto l'adunanza della Corte, in modo che, comunicati e notificati rispettivamente il decreto e la relazione, almeno venti giorni prima della data fissata per l'udienza, al pubblico ministero ed agli avvocati delle parti, questi soggetti possano: il primo presentare le proprie conclusioni ed i secondi presentare loro memorie, oltre che

³³ Art.58 co.5 legge 69/09

³⁴ Dall'art. 47, co. 1 lett. d), della legge 69/09.

³⁵ a norma del quale per i provvedimenti non altrimenti impugnabili il ricorso in cassazione per violazione di legge è *sempre* ammesso.

chiedere di essere sentiti in occasione dell'adunanza. I criteri selettivi introdotti dal legislatore della riforma sono due, previsti sotto il nuovo art.360 bis, e ad essi corrispondono altrettanti nuovi casi di inammissibilità del ricorso³⁶.

4.2.a Il primo nuovo caso di inammissibilità³⁷ (n.1 art.360 bis) si verifica *“..quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa”*. Questo criterio, è evidente, tende ad esaltare quella funzione nomofilattica della giurisprudenza della Corte, fino ad oggi mortificata dalla moltitudine di cause ad essa sottoposte e dai conseguenti ed inevitabili contrasti giurisprudenziali registrati all'interno della medesima Corte. L'intento è quello di considerare la pronuncia di appello, che risulti conforme alla giurisprudenza della Cassazione, meritevole di rappresentare la statuizione definitiva della causa, con conseguente dichiarazione di inammissibilità del successivo ricorso in Cassazione. E ciò senza che possa sorgere alcun dubbio di incostituzionalità della norma, atteso che la parte non ricaverebbe alcun vantaggio dall'analisi del ricorso (dichiarato inammissibile), dovendo considerare ferma la stabilità della giurisprudenza della Corte di cui il giudice del provvedimento impugnato ha fatto applicazione. La stabilità della giurisprudenza della Corte, elemento imprescindibile per una corretta ed efficace applicazione di questo criterio, non deve però far ritenere che quella giurisprudenza rimanga per così dire “cristallizzata” per sempre. Il legislatore della riforma, infatti, ha previsto che il ricorso debba essere dichiarato ammissibile quando i motivi in esso contenuti offrano elementi tali per consentire alla Corte il mutamento del proprio orientamento, prevedendosi così la possibilità che la sua giurisprudenza possa evolvere e modificarsi con i tempi.

L'applicazione della norma in esame presuppone, in definitiva, un riferimento certo all'orientamento giurisprudenziale della Corte sulla questione di diritto, oggetto del motivo di ricorso, rispetto a cui valutare la conformità del provvedimento impugnato. A tal fine, è evidente, un ruolo preponderante sarà svolto dalla giurisprudenza delle sezioni unite; in assenza di questa, dovrà essere però la sezione filtro ad elaborare ulteriori criteri in base ai quali stabilire che, nonostante decisioni contrastanti all'interno della Corte, possa considerarsi esistente al momento della verifica di ammissibilità del ricorso un orientamento giurisprudenziale stabile, rispetto al quale valutare la conformità o meno del provvedimento impugnato³⁸. Qualora, invece, dovesse emergere un persistente contrasto nella giurisprudenza della Corte, allora non potrà che valere la regola generale di ammissibilità del ricorso, non ricorrendo in tal caso alcun presupposto di inammissibilità.

Il dubbio di chi scrive è che questa norma, fin tanto che esistono contrasti giurisprudenziali nell'ambito della stessa Corte, è destinata ad essere poco efficace, per cui sua condizione essenziale è la formazione di una giurisprudenza di legittimità uniforme.

³⁶ nuovi rispetto a quelli già vigenti, quali ad esempio quello per tardività del ricorso, per difetto di forma dell'atto introduttivo, ecc.

³⁷ Introdotto dall'art. 47, co. 1 lett. a) n. 1, della legge 69/09.

³⁸ così ad esempio potrà essere considerato stabile l'orientamento giurisprudenziale che registri un numero di decisioni in percentuale superiore a quello di diverso segno, oppure potrà essere considerato stabile l'orientamento più recente nel tempo, per quanto contrastato da altre decisioni per più datate

Questa, però, a sua volta potrà formarsi soltanto in conseguenza dell'applicazione delle modifiche in esame, per cui potrebbe generarsi un "corto circuito" funzionale che comporta l'insuccesso della riforma.

A ciò comunque si aggiunga che il criterio selettivo individuato attiene alle sole violazioni di diritto (nn. 1-2-3-4 art.360 cpc); nulla invece il legislatore della riforma ha previsto, nemmeno con l'altro criterio ancora da esaminare, in ordine alla selezione di ammissibilità dei ricorsi presentati per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione del provvedimento impugnato (n.5 art.360). Questi tipi di ricorsi rappresentano certamente una larga percentuale di quelli presentati, anche perché – è noto - per il tramite di tale censura vengono reintrodotti indirettamente questioni di merito, altrimenti improponibili dinanzi al giudice di legittimità. Anche per tale motivo il proposito della riforma di ridurre il numero dei giudizi civili in Cassazione (inclusi quelli tributari) probabilmente rimarrà tale.

4.2b Il secondo nuovo caso di inammissibilità³⁹ (n.2 art.360 bis) si verifica quando ricorre una *"..manifesta infondatezza della censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo"*. Questa ulteriore ipotesi da luogo a forti dubbi interpretativi; letteralmente sembrerebbe che debbano ricorrere due circostanze affinché il ricorso possa essere dichiarato inammissibile: 1) che sia stata formulata una censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo; 2) che sia stato fatto ciò con argomentazioni manifestamente infondate. Si tratterebbe dunque di una selezione operata in ragione dei contenuti della violazione, per cui sarebbero ammissibili soltanto i ricorsi che contengano censure, tra l'altro non manifestamente infondate, su *"i principi regolatori del giusto processo"*. Questa chiave di lettura impone all'interprete un duplice interrogativo: 1) quali sono le norme processuali la cui violazione evochi detti principi e quali, invece, no; 2) individuato tale discrimine, dichiarare inammissibile il ricorso per violazione di norme processuali che non trasgrediscano i suddetti principi non significa violare l'art.111, comma 7 della Costituzione, che prevede, invece, che sia *sempre* ammesso il ricorso in cassazione per violazione di legge (qualunque essa sia) ? Ci si accorge allora subito che questa interpretazione finirebbe per incidere direttamente sui motivi di impugnazione previsti dall'art.360 cpc, limitando le censure legittime per violazioni processuali di cui ai nn.1, 2 e 4 del precitato articolo alle sole ipotesi in cui queste incidono sulla piena realizzazione del giusto processo. E questa finalità, oltre ad essere incostituzionale, non risulta essere stata perseguita dal legislatore, come emerge dall'analisi dei lavori preparatori della legge di riforma.

Allora, una possibile interpretazione costituzionalmente orientata della modifica è quella secondo cui tutte le violazioni processuali danno luogo contestualmente alla violazione dei principi regolatori del giusto processo. Pertanto, le censure sollevate nei loro confronti danno luogo sempre ad un ricorso per cassazione ammissibile, purché però – e questa sarebbe la novità costituente il "filtro" – la stessa non risulti manifestamente infondata.

Si è consapevoli che tale interpretazione finisce per svilire la modifica introdotta, attribuendo alla stessa addirittura una certa superfluità, considerato che la manifesta infondatezza prima della riforma e tutt'ora è già considerata quale valido motivo per

³⁹ Introdotto dall'art. 47, co. 1 lett. a) n. 2, della legge 69/09.

pronunciare il rigetto del ricorso, pur sempre però in esito al procedimento camerale⁴⁰. La novità è rappresentata dalla circostanza che oggi, a seguito della riforma, potrà essere dichiarata direttamente l'inammissibilità del ricorso.

Il filtro di ammissibilità sarà applicabile, alla luce della disciplina transitoria esaminata in apertura di paragrafo, ai ricorsi in cui il provvedimento impugnato risulta pubblicato/depositato successivamente al 4 luglio, mentre per i ricorsi che concernono provvedimenti pubblicati precedentemente al 4 luglio, per quanto proposti successivamente a tale data, esso non troverà applicazione.

5) *L'introduzione del così detto "principio di non contestazione"*

Con l'integrazione dell'art.115, comma 1 cpc⁴¹ il legislatore della riforma ha disposto che il giudice dovrà fondare la propria decisione anche sui *"fatti non specificamente contestati dalla parte costituita"*. E' stato dunque statuito quanto già presente nel diritto vivente e noto come "principio di non contestazione". La norma trova senz'altro applicazione nel processo tributario, non essendo prevista una disciplina specifica, e ciò a far data dai giudizi instaurati dopo il 4 luglio. In verità, già in precedenza, la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione si era orientata favorevolmente all'applicazione del citato principio nell'ambito del processo tributario⁴². Alla luce della modifica in commento, in definitiva, devono considerarsi provati, e perciò espunti dal thema probandum, tutti quei fatti che le parti costituite non provvedono a contestare specificamente. La contestazione generica e/o il silenzio vanno equiparati al difetto di contestazione.

6) *Il principio della "traslatio iudicii"*

L'art. 59 della L. 69/2009 contiene una norma interdisciplinare, che statuisce sulla decisione delle questioni di giurisdizione⁴³. Essa certamente interessa anche il processo tributario. In particolare, il comma 1⁴⁴ riconosce in capo al giudice, che si dichiara privo di giurisdizione, il dovere di indicare il giudice che ne sia munito, non potendosi limitare ad una

⁴⁰ ex art.375, n.5 cpc

⁴¹ disposta dall'art. 45, co. 14. della L. 69/09.

⁴² Vedasi sentenza della Corte di Cassazione - sez. Tributaria - n. 1540/07.

⁴³ già in precedenza due sentenze, l'una delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – la n. 4109/07 - l'altra della Corte costituzionale – la n. 77/07- hanno stabilito il principio secondo cui l'errore sulla giurisdizione in cui una parte sia incorsa non può compromettere l'azione esercitata e deve essere garantita la possibilità di preservarla e farla valere davanti al giudice che risulti munito del potere di giudicare nel merito.

⁴⁴ *"il giudice che, in materia civile, amministrativa, contabile, tributaria o di giudici speciali, dichiara il proprio difetto di giurisdizione indica altresì, se esistente, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione. La pronuncia resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione è vincolante per ogni giudice e per le parti anche in altro processo"*.

mera declaratoria negativa⁴⁵. Il secondo periodo dello stesso comma sancisce, poi, l'efficacia panprocessuale della pronuncia sulla giurisdizione resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la quale vincola il giudice e le parti anche con riguardo ad ogni altra ipotesi di riproposizione della domanda tra le stesse parti. Al successivo comma 2⁴⁶, la norma in commento, stabilisce: 1) il termine perentorio – pari a tre mesi - per poter accedere al giudice *ad quem*. Tale termine va fatto decorrere dal giorno del passaggio in giudicato della pronuncia negativa di giurisdizione da parte del giudice di merito ovvero dal giorno della pubblicazione della pronuncia positiva o negativa resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione; 2) le modalità e le forme dell'accesso al giudice *ad quem*, che sono quelle previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile. Se, per esempio, il giudice che ha declinato la propria giurisdizione è il giudice ordinario e il giudice munito di giurisdizione è il giudice tributario, l'accesso dovrà avvenire in base agli artt. 18 e ss. Dlgs 546/92; 3) la conservazione degli effetti sostanziali e processuali. Sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali ancorati alla domanda proposta davanti al giudice ritenuto privo di giurisdizione e che vengono, dunque, riferiti alla domanda riproposta davanti al giudice *ad quem*, ferme restando, però, le preclusioni e decadenze intervenute. Infine, il comma 4⁴⁷ sancisce l'estinzione del processo in caso di inosservanza dei termini per la riassunzione o la prosecuzione del processo. A tale declaratoria il giudice può procedere anche d'ufficio alla prima udienza, in tali casi l'estinzione opera *si di diritto*, ma deve essere eccepita dalla parte interessata.

In caso poi di riproposizione della domanda davanti al giudice munito di giurisdizione, le prove raccolte nel processo davanti al giudice che ne era privo possono essere valutate come argomenti di prova⁴⁸.

7) Altre modifiche apportate al codice di procedura civile applicabili nel processo tributario

Di seguito vengono esaminate ulteriori modifiche apportate al codice di procedura civile, che sono applicabili nel processo tributario, sia pur per talune di esse in modo del tutto marginale.

⁴⁵ Resta ferma la facoltà del giudice *ad quem* di sollevare d'ufficio la questione di giurisdizione, purché sulla stessa non si siano già pronunciate le Sezioni Unite (comma 3).

⁴⁶ " *se, entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia di cui al comma 1 la domanda è riproposta al giudice ivi indicato, nel successivo processo le parti restano vincolate a tale indicazione e sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall'instaurazione del primo giudizio, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute. ai fini del presente comma la domanda si ripropone con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile.*"

⁴⁷ " *l'inosservanza dei termini fissati ai sensi del presente articolo per la riassunzione o per la prosecuzione del giudizio comporta l'estinzione del processo, che è dichiarata anche d'ufficio alla prima udienza, e impedisce la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda.*"

⁴⁸ Comma 5: " *in ogni caso di riproposizione della domanda davanti al giudice di cui al comma 1, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova.*"

7.1 - Nomina-scelta consulente tecnico di ufficio

Con la modifica apportata⁴⁹ all'art.23 delle disposizioni di attuazione del cpc è stabilito che a ciascun consulente non possono essere conferiti incarichi superiori al 10% del totale degli incarichi affidati da quell'Autorità Giudiziaria.

7.2 - Sanzione a carico custode giudiziario inadempiente

E' stata incrementata⁵⁰ la multa a carico del custode giudiziario che non abbia eseguito l'incarico assunto (portata da un minimo di 250 ad un massimo di 500 euro)

7.3 - Notifica atti in formato elettronico

E' stato modificato⁵¹ l'art. 137 cpc per disciplinare l'ipotesi di notifica da parte dell'ufficiale giudiziario di un atto in formato elettronico nel caso che il destinatario non sia munito di casella di posta elettronica. La modifica in linea di principio può trovare applicazione nel processo tributario, considerato che l'art.16 del Dlgs 546 fa rimando anche all'art.137. L'applicazione, ovviamente, è limitata agli atti in formato elettronico notificati per il tramite dell'ufficiale giudiziario e perciò certamente del tutto marginale.

7.4 - Notifica sentenza a più parti rappresentate da un unico procuratore

Sciogliendo⁵² i dubbi giurisprudenziali⁵³, con le modifiche apportate⁵⁴ agli artt. 285 e 330 cpc, è stato stabilito che in caso di più parti costituite in giudizio per il tramite di un solo procuratore la sentenza è validamente notificata a quest'ultimo consegnandogli una sola copia (e non più copie per quante sono le parti).

7.5 - Notifiche eseguite a cura dell'Avvocatura dello Stato

Con l'art.55 della legge di riforma è stata introdotta anche a favore dell'Avvocatura dello Stato la possibilità di procedere direttamente alla notifica degli atti giudiziari con le modalità previste dalla legge n.53 del 21/1/1994

7.6 - Istanza di ricusazione inammissibile/infondata

In caso di istanza di ricusazione del giudice inammissibile e/o infondata la sanzione massima comminabile, a seguito della modifica apportata⁵⁵ all'art.54 del cpc, è stata elevata a 250 euro.

⁴⁹ Dall'art. 52, co. 1, della legge 69/09.

⁵⁰ Ai sensi dell'art. 45, co. 8, della legge 69/09, che ha modificato l'art. 67, co. 1, cpc..

⁵¹ Dall'art. 45, co. 18, della legge 69/09.

⁵² A dire il vero già superati dalla recentissima sentenza SS.UU. della SCC n.29290 del 15.12.2008.

⁵³ Vedi ad esempio sentenza Corte di Cassazione n.12098/07.

⁵⁴ Dall'art. 46, co. 10, della legge 69/09.

⁵⁵ Dall'art. 45, co. 7, della legge 69/09.

Servizi di investimento e banche. Il regime delle autorizzazioni alla luce della MiFID.

SOMMARIO: 1) Introduzione. – 2) Operatività delle banche e attività di intermediazione finanziaria. – 3) La competenza della Banca d'Italia al rilascio dell'autorizzazione alla prestazione dei servizi e delle attività di investimento da parte delle banche. – 4) Elementi di discrezionalità nel provvedimento autorizzatorio della Banca d'Italia. – 4.1) La "sana e prudente gestione". Problemi definitivi – 5) Il parere "vincolante" della Consob riguardo all'attività di gestione di sistemi multilaterali di scambio. – 6) Le ragioni sottese alla ripartizione di competenze delineata nell'art. 19 del Tuf. – 7) La tensione fra le diverse sfere di competenza di Banca d'Italia e Consob alla luce del recepimento della MiFID. *De Jure condendo*.

1) Introduzione.

L'autorizzazione alla prestazione dei servizi di investimento comporta *lato sensu* un'estensione dell'attività istituzionale delle banche. L'art. 10 del Testo unico bancario (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 358), dopo aver specificato al comma 1 che «*la raccolta di risparmio fra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria*», stabilisce nel comma 2 che «*l'esercizio dell'attività bancaria è riservato alle banche*». L'attività tradizionale resta, pertanto, individuata dal collegamento teologico raccolta-impieghi ed è intesa alla stregua di attività riservata alle banche. Ma l'ordinamento consente alle banche di poter esercitare «*oltre all'attività bancaria, ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna di esse, nonché attività connesse e strumentali*», ferme restando «*le riserve di attività previste dalla legge*» (art. 10, comma 3, Tub).

Risulta in tal guisa definitivamente superato il carattere di esclusività dell'oggetto sociale delle banche – così come inteso alla luce della legge bancaria del '36 – preferendosi conservare, sotto questo profilo, il modello della banca universale¹ – e viene ancora una volta

* Dottore di ricerca in "Diritto della banca e del mercato finanziario".

¹ Cfr. V. NASTASI, *Banca universale e gruppo polifunzionale: una scelta strategica per l'impresa*, in F. Capriglione (a cura di), *Il recepimento della seconda direttiva CEE in materia bancaria*, Bari, 1993, p. 90. Per un'analisi dell'evoluzione storica del disegno legislativo italiano si rimanda a R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2007, p. 32 e ss., ed alla bibliografia ivi richiamata, nonché a M. PORZIO, *Dall'ordinamento bancario all'ordinamento finanziario*, in M. Rispoli Farina (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Napoli, 1995, p. 15 ss.; mentre interamente dedicato alla storia della legislazione bancaria è il volume di F. BELLI, *La legislazione bancaria italiana (1861-2003)*, Torino, 2004. In particolare, sul rapporto tra legge bancaria e Tub si vedano le riflessioni di G. MINERVINI, *Il vino vecchio negli otri nuovi*, in M. Rispoli Farina (a cura di), *La nuova legge bancaria*, cit., p. 20 ss. Occorre precisare che, a livello comunitario, la seconda direttiva banche (dir. 89/646/CEE) aveva lasciato praticamente liberi gli Stati membri di

rimarcata, da parte del legislatore, la tendenza degli intermediari ad estendere la propria attività al di là del loro oggetto tipico².

In virtù dell'ampio richiamo operato ai sensi dell'art. 10, comma 3, Tub le banche possono, dunque, esercitare direttamente tutti i servizi di investimento in quanto attività finanziarie³. Vero è che nell'art. 10 Tub non è contenuto un esplicito riferimento all'attività di intermediazione finanziaria⁴. È di tutta evidenza, però, che l'espressione "attività finanziaria" comprenda anche quella concernente la prestazione dei servizi di investimento che della prima costituisce una modalità di attuazione⁵.

Va precisato che per "altre" attività finanziarie si intendono essenzialmente le "attività ammesse al beneficio del mutuo riconoscimento" ed individuate dall'art. 1, comma 2, Tub⁶. In questo senso depone anzitutto la direttiva 89/646/CEE che definisce appunto "finanziarie" tutte le attività per le quali gli enti creditizi possono avvalersi del principio del mutuo riconoscimento ed individuate, in termini coincidenti con quelli del Tub, dall'allegato alla medesima direttiva⁷.

scegliere tra i due modelli della "banca universale" e del "gruppo polifunzionale", temperando la disarmonia con il principio del mutuo riconoscimento e con la regola del controllo del paese di origine. L'apertura di questo scenario, alimentò in Italia il dibattito sui pregi dei due contrapposti sistemi e sull'opportunità di introdurre anche nel nostro ordinamento il modello della "banca universale". Nell'ambito dei provvedimenti del '90 (legge 30 luglio 1990, n. 218 e d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356), relativi alla privatizzazione degli enti pubblici bancari, si introdusse una specifica disciplina del gruppo creditizio (art. 5 della l. n. 218/1990 e artt. 24-40 del d.lgs. n. 356/1990). Successivamente, con il d.lgs. 14 dicembre 1992, n. 481, il legislatore, oltre ad eliminare la distinzione tra aziende e istituti di credito, si preoccupò anzitutto di consentire agli enti creditizi la più ampia operatività, riconoscendo piena cittadinanza nel nostro ordinamento, accanto al modello del gruppo polifunzionale, anche a quello della banca universale, in radice non inibito dalla legge bancaria del '36. Tale risultato è stato realizzato prevedendo che gli enti creditizi possano esercitare, oltre all'attività bancaria, tutte le attività ammesse al mutuo riconoscimento ossia, *lato sensu*, tutte le attività finanziarie. Senza dubbio il Tub amplia profondamente le possibilità operative e organizzative delle imprese bancarie e lo fa in forma diversa e più perfezionata rispetto all'apertura delineata con il d.lgs. n. 481/1992, nel quale l'ampliamento dell'oggetto dell'attività dell'impresa bancaria si giocava principalmente sul modulo dell'accertamento dello statuto. Rispetto a queste problematiche, che certo travalicano ampiamente l'oggetto del presente lavoro, cfr., *ex multis*, F. BELLÌ, *Teorie creditizie e legislazione bancaria: la "banca universale" e il Testo unico*, in M. Rispoli Farina (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Napoli, 1995, p. 73 ss.; A. BROZZETTI, *Il gruppo creditizio nei provvedimenti legislativi Amato-Carli*, in M. Rispoli Farina (a cura di), *Dall'ente pubblico creditizio alla società per azioni. Commento sistematico alla legge n. 218/1990*, Napoli, 1993, p. 215 ss.; A. ANTONUCCI (a cura di), *Dall'attuazione della II direttiva CEE in materia bancaria al testo unico*, Bari, 1993.

² Cfr. A. NIGRO, *L'autorizzazione "all'attività bancaria" nel T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in AA. VV., *La nuova disciplina dell'impresa bancaria. I soggetti e i controlli*, vol. 1, Milano, 1996, in particolare p. 65 per le riflessioni sul ruolo del regime autorizzatorio per definire lo "stile" della vigilanza.

³ Per M. PORZIO, *Le imprese bancarie*, Torino, 2006, p. 143, se, da un lato, la formula contenuta nell'art. 10 del Tub «ha sancito il superamento del diaframma tra attività bancaria ed altre attività finanziarie», è pur vero che, al tempo stesso, essa svolge una funzione "limitatrice delle possibilità operative delle banche...».

⁴ Sul punto cfr. F. BELLÌ, *I servizi bancari*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1985 p. 185 ss.; C. MOTTI, *Commento sub art. 10*, in F. Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M. Porzio, V. Santoro (a cura di), *Testo unico delle leggi bancarie e creditizie*, Bologna, 2003, I, p. 190 ss.

⁵ Cfr. D. BUONOMO, *L'attività di intermediazione mobiliare delle banche*, in M. Rispoli Farina (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Napoli, 1995, p. 127.

⁶ Cfr. M. PORZIO, *Le imprese bancarie*, cit., p. 188, secondo cui le attività finanziarie cui si riferisce l'art. 10 Tub sono, come dato generalmente accettato, quelle consentite alle banche dal Testo Unico della finanza. Con qualche riserva v. pure C. MOTTI, *Commento sub art. 10*, cit., p. 187 s. Particolarmente suggestiva, al riguardo, è la descrizione formulata da F. BELLÌ, *Teorie creditizie e legislazione bancaria: la "banca universale" e il Testo unico*, cit., p. 98, secondo cui la banca può essere rappresentata come un soggetto "triviale", nel senso che «essa diventa il centro di confluenza di attività diverse, bancarie e non bancarie (elasticizzazione dell'oggetto), sia di differenti discipline (canoni di comportamento e discipline di vigilanza)». Fermo restando che la decisione di svolgere quelli che Renzo Costi ha definito i "molti mestieri", non è la conseguenza di un obbligo imposto dall'ordinamento, ma il frutto di una scelta strategica che l'ordinamento consente alle banche.

⁷ Su questa scelta e sulle sue implicazioni per l'operatività delle banche cfr. L. DESIDERIO, *Sub direttiva CEE n. 89/646*, in F. Capriglione, V. Mezzacapo (a cura di), *Codice commentato. Disciplina generale*, II, Milano, 1990; e più di

Invero, la lista delle attività che beneficiano del "mutuo riconoscimento" comprende sia attività bancarie tipiche e tradizionali (di intermediazione e di servizio) che attività "altre" di tipo finanziario. Nello specifico si osserva che alcune di queste attività sono già comprese nella definizione stessa di ente creditizio (nn. 1-12), mentre altre sono attività tradizionali per le banche italiane ed europee (ad esempio, nn. 4, 6 e 14). Ma il dato più significativo è che nell'elenco sono inserite le attività del mercato mobiliare (n. 7), attività che, come è noto, «tanto nell'ordinamento italiano come in quello comunitario godono già di una propria specifica regolamentazione»⁸.

Sebbene si siano registrati numerosi tentativi volti ad estendere il concetto di attività finanziaria oltre queste ipotesi, il dato testuale sembra tale da non consentire un'ulteriore dilatazione. Del resto, come sottolineato da un'autorevole dottrina, «molte attività tra quelle indicate da n. 2 al n. 12 dell'allegato alla seconda direttiva banche, non possono essere definite come finanziarie nel significato comune del termine»⁹.

Secondo altri, il rinvio contenuto nell'art. 10 Tub «alla disciplina loro propria» condurrebbe, tuttavia, a ricercare le eventuali altre attività finanziarie in materie che presentano una specifica regolamentazione, pur dovendo constatare che nelle singole leggi speciali che si possono richiamare esiste già, di norma, una indicazione specifica dei soggetti abilitati¹⁰.

recente F. CAPRIGLIONE, *Evoluzione della disciplina*, in F. Capriglione (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, I, Padova, 2004, p. 75 ss.; M. ONADO, *I contenuti dell'attività bancaria nella prassi operativa italiana*, in M. Porzio (a cura di), *L'attività non bancaria delle banche*, Milano, 1993, p. 8 ss.; A. TIZZANO, «La seconda direttiva banche e il mercato dei servizi finanziari», in *Foro it.*, 1990, IV, c. 423 ss.; G. GODANO, *Aspetti generali della seconda direttiva banche*, *Ibidem*, c. 438; R. LUZZATTO, *La libera prestazione dei servizi bancari nella CEE ed il principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi*, *Ibidem*, c. 443. La seconda direttiva banche ha utilizzato il principio del mutuo riconoscimento nella prospettiva di superare in qualche modo le diversità esistenti negli ordinamenti dei vari Stati membri in ordine al tipo di attività che le banche potevano svolgere ed ha perciò elaborato un elenco di attività ammesse al mutuo riconoscimento che ampliano e contestualmente delimitano la portata del principio, in virtù del quale gli enti creditizi comunitari possono svolgere in tutti gli Stati dell'Unione europea le attività rientranti in detto elenco per le quali sono autorizzati nel Paese di origine.

⁸ In tal senso v. M. PORZIO, *Le imprese bancarie*, cit., p. 189, secondo cui «Risulta, per contro, più apprezzabile il tentativo di quella dottrina che ha ricercato il significato dell'espressione "attività finanziaria" nel linguaggio comune e ciò in una duplice direzione, cioè sia per estendere che per restringere il risultato sopra conseguito. In particolare, un argomento contrario si potrebbe desumere dalla circostanza che il riferimento alle attività ammesse al mutuo riconoscimento era contenuto nell'art. 5 del d.lgs. n. 481/1992, che costituisce l'immediato precedente dell'art. 10 Tub»; *contra* R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2000, III ed., p. 193. Su questo punto cfr., pure, P. FERRO LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, I, Torino, 2004, p. 1220.

⁹ Cfr. C. MOTTI, *Commento sub art. 10*, cit., p. 186 ss., ove l'A. propone un'accurata analisi delle varie ipotesi ricostruttive della nozione di "attività finanziaria". Manca, a ben vedere, un limite esterno, data l'assenza nel nostro ordinamento di una definizione di "attività finanziaria". Sicché, il rinvio alla nozione di "attività finanziaria" quale confine estremo alla polifunzionalità dell'intermediario bancario equivale ad una sorta di "non rinvio".

¹⁰ Così M. PORZIO, *Ibidem*. È di tutta evidenza che, di fronte al processo di integrazione settoriale in *subjecta materia*, il legislatore ha ritenuto indispensabile costruire un sistema chiuso, non accessibile dall'esterno se non con determinati criteri selettivi utilizzando l'istituto delle riserve di attività per raggiungere la definizione formale dei confini. La riserva di attività se, da un lato, persegue l'obiettivo di circoscrivere il settore attribuito alla competenza di un determinato soggetto limitandone l'azione al di fuori, al contempo gli garantisce una posizione di privilegio rispetto a quanti siano privi delle caratteristiche operative e funzionali del soggetto abilitato. Nell'ambito del mercato finanziario la riserva d'attività mantiene un valore assoluto per tutti coloro che operano fuori di esso, nel senso che senza selezione all'ingresso nessuno può entrare nel settore riservato, mentre presenta una certa relatività al suo interno dal momento che il legislatore, definiti i rispettivi ambiti di applicazione e stabilito che non vi può essere alcuna sovrapposizione tra attività finitime, si è preoccupato di tracciare alcune linee di confine affinché non sussistessero invasioni tra un settore e l'altro o, per meglio dire, le invasioni fossero controllate. Ne consegue che, secondo una ripartizione attività-soggetti che tenga conto delle indicazioni provenienti a livello normativo,

2) *Operatività delle banche e attività di intermediazione finanziaria.*

L'effetto più evidente di un'integrazione così accentuata fra attività bancaria e attività di intermediazione mobiliare (nozione nella sostanza coestensiva di quella di servizi di investimento) è da rintracciarsi nella convivenza nella banca di due diverse discipline: quella propria dell'attività bancaria e quella tipica delle attività di intermediazione finanziaria. La possibilità per le banche di esercitare "le altre attività" finanziarie incontra, d'altro canto, i limiti posti al loro svolgimento dalle specifiche discipline eventualmente esistenti per tali attività; specifiche discipline alle quali le banche devono attenersi anche per quanto concerne le modalità di esercizio e il contenuto dei controlli previsti. Trova così conferma il principio, già invalso nel nostro ordinamento, secondo cui la disciplina prevista per una data attività deve applicarsi indipendentemente dal soggetto che la eserciti.

A seguito del processo di revisione della disciplina comunitaria degli intermediari e dei mercati finanziari, la tendenza che si conferma anche nella MiFID è di un sistema "bancocentrico" in cui le banche e gli altri operatori sono in concorrenza, ma dove l'operatore fondamentale resta quello bancario.

L'esercizio professionale nei confronti del pubblico dei servizi e delle attività di investimento, come è noto, è riservato alle imprese di investimento (i.e.: Sim, imprese d'investimento comunitarie ed extracomunitarie) ed alle banche (art. 18, comma 1, Tuf). Le Sim esercitano in via principale attività di intermediazione mobiliare, sulla base di un'autorizzazione rilasciata dalla Consob «sentita la Banca d'Italia» (art. 19, comma 1, Tuf). Affinché anche le banche (e gli intermediari finanziari dell'art. 107 Tub) possano essere abilitate all'esercizio dei servizi di investimento l'ordinamento richiede un'autorizzazione rilasciata, in tal caso, dalla Banca d'Italia; autorizzazione che presume e si aggiunge a quella già concessa per lo svolgimento dell'attività bancaria (art. 19, comma 4, Tuf).

I problemi che sorgono in sede di autorizzazione delle banche alla prestazione dei servizi e delle attività di investimento nascono principalmente dal simultaneo esercizio da parte dello stesso soggetto dell'attività bancaria e di uno qualsiasi dei servizi di investimento, individuando questa seconda categoria alla stregua del Testo Unico della finanza (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) oggi vigente. Del resto, come è ampiamente noto, l'impresa bancaria «autorizzata» dalla Banca d'Italia alla prestazione di servizi di investimento è intermediario di mercato finanziario polifunzionale nel senso più ampio del termine.

Nel quadro normativo previgente, la legge 2 gennaio 1991, n. 1 (c.d. "legge Sim") considerava riservate le attività di intermediazione mobiliare (nozione nella sostanza coestensiva di quella di servizi di investimento) e consentiva il relativo esercizio non solo alle Sim, ma anche alle banche alle quali, per altro, era inibita (art. 16, comma 1) la negoziazione sui mercati regolamentati degli strumenti finanziari diversi dai titoli di Stato o garantiti dallo Stato, quotati in borsa e negoziati al mercato ristretto.

l'unica attività preclusa alle banche sia proprio quella di gestione collettiva del risparmio. Le banche rappresentano, in tal senso, il soggetto che spazia in più riserve di attività.

Ai sensi dell'art. 16, comma 1, l. n. 1 del 1991, le aziende e gli istituti di credito potevano esercitare le attività di cui all'art. 1, comma 1, previa autorizzazione della Banca d'Italia da rilasciarsi secondo le modalità e le condizioni da questa stabilite. La Banca d'Italia, a sua volta, doveva comunicare "immediatamente" alla Consob le autorizzazioni rilasciate.

Tale comunicazione si inquadrava nella previsione del "duplice controllo" (peraltro all'epoca già presente in altre leggi disciplinanti la materia dei flussi finanziari) sulla base del quale si introduceva, da un lato, un esame della Consob riguardante gli aspetti legati alla trasparenza e conseguentemente all'informazione posta a tutela del pubblico risparmio, e, dall'altro, un controllo della Banca d'Italia per la solidità patrimoniale del soggetto esercente tali attività.

In conformità ai principi comunitari¹¹, il d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415 (c.d. "decreto Eurosim"), aveva in seguito eliminato la preclusione di cui al primo comma dell'art. 16 della legge Sim, accomunando le banche alle imprese di investimento, in relazione alla riserva di attività (non assoluta!) riferita all'intera gamma dei servizi di investimento¹².

Invero, uno dei presupposti della direttiva 93/22/CEE (sesto considerando) era quello di garantire ai fini di una effettiva concorrenza parità di condizioni tra imprese di investimento e banche. La nuova disciplina del mercato mobiliare riconosceva in modo esplicito agli enti creditizi la possibilità di assumere il ruolo di intermediari di mercato mobiliare, con il conseguente "avvicinamento" dei relativi statuti. Le banche, inoltre, potevano assumere il controllo di società di intermediazione mobiliare, mentre rimaneva preclusa per queste ultime l'acquisizione di una partecipazione di controllo in un ente creditizio.

Il d.lgs. n. 415 del 1996 con il medesimo intento aveva perciò provveduto ad una sostanziale assimilazione ed omologazione delle Sim alle banche, non solo per quello che riguardava le condizioni e le regole di esercizio di servizi finanziari, ma anche con riferimento alla disciplina dei soggetti abilitati¹³. Il processo di trasformazione è così mestamente passato all'interno del sistema bancario. Si nota, infatti che non si è realizzata solo una "finanziarizzazione sostanziale delle banche", ma si è assistito anche ad un processo di "bancarizzazione formale degli intermediari finanziari", i quali hanno manifestato una certa preferenza ad operare con lo statuto della banca, effettuando la relativa trasformazione dell'oggetto sociale¹⁴.

¹¹ La legge Sim risultò subito "vecchia" sia perché non prendeva in considerazione il processo di globalizzazione dei mercati finanziari, sia perché non razionalizzava il quadro normativo preesistente, collocandosi in un insieme di norme sconcordate tra loro e confuse. Questa legge costò infatti una condanna allo stato Italiano da parte della Corte di Giustizia europea per il mancato adeguamento a principi e norme comunitarie, a seguito della quale venne emanato il d.lgs. n. 415/1996 che dava attuazione alle direttive comunitarie nn. 93/22 e 93/6 in materia di attività e mercati mobiliari.

¹² Cfr. F. BELLÌ, F. MAZZINI, *Il "Decreto Eurosim", un primo sguardo d'insieme*, in M. Rispoli (a cura di), *Studi sugli intermediari finanziari non bancari*, Napoli, 1998, p. 169 e p. 172.

¹³ Cfr. A.M. CARRIERO, *Disciplina e operatività degli intermediari finanziari*, in M. Rispoli Farina, G. Rotondo (a cura di), *Il mercato finanziario*, Milano, 2005, p. 92 s.

¹⁴ La disciplina societaria delle Sim è sostanzialmente analoga a quella delle S.p.A. bancarie; ciò ha comportato un'indifferenza per l'intermediario nell'utilizzo dell'uno o dell'altro modello per lo svolgimento delle attività di investimento in strumenti finanziari. All'epoca, non era infrequente che alcune Sim si trasformassero – pur continuando a svolgere prevalentemente un'attività non bancaria – in banche.

3) *La competenza della Banca d'Italia al rilascio dell'autorizzazione alla prestazione dei servizi e delle attività di investimento da parte delle banche.*

Con il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 l'opera di tipizzazione delle attività *lato sensu* finanziarie è stata definitivamente completata¹⁵.

L'art. 19 Tuf disciplina l'accesso al mercato dei servizi di investimento delle Sim (imprese di investimento con sede in Italia) e delle banche (italiane), prevedendo un sistema autorizzativo di tipo "binario". Così il rilascio della autorizzazione all'esercizio dei servizi di investimento da parte delle banche e degli intermediari finanziari che risultano iscritti nell'elenco speciale dell'art. 107 Tub, non è riservato alla Consob, come è previsto per le Sim, ma è attribuito alla Banca d'Italia (art. 19, comma 4). A tal fine, l'autorità di vigilanza bancaria ha provveduto ad emanare le relative disposizioni per disciplinare le procedure che le banche devono osservare e i criteri di valutazione adottati dalla Vigilanza (Titolo V, Cap. 2 della Circolare n. 229 del 21 aprile 1999 e succ. aggiornamenti).

In fondo, la previsione di un'autorizzazione preventiva alla prestazione, in via professionale nei confronti del pubblico, di servizi e attività di investimento è riconducibile alla disciplina comunitaria, che ha per obiettivo quello di garantire la tutela degli investitori e la stabilità del sistema finanziario. La direttiva 2004/39/CE, nel rispetto di una ripartizione attività-soggetti che tiene conto delle indicazioni provenienti a livello di singoli Stati membri, applica alle banche le norme dettate per gli altri intermediari (art. 1, §. 2), riconoscendo pertanto alle imprese bancarie la possibilità di continuare ad esercitare i servizi di investimento¹⁶.

L'art. 3, comma 4, lett. *h*) del decreto recepimento della MiFID (d.lgs. n. 164 del 17 settembre 2007) ha di recente riscritto il comma 4 dell'art. 19 Tuf. Il portato della disposizione resta sostanzialmente immutato rispetto al testo previgente. Il legislatore italiano dopo aver ribadito che «*la Banca d'Italia autorizza l'esercizio dei servizi e delle attività di investimento da parte di banche autorizzate in Italia*»¹⁷, introduce un'interessante novità – di cui ci occuperemo in seguito – laddove prevede che, limitatamente all'attività di gestione di sistemi multilaterali di negoziazione [di cui all'art. 1, comma 5, lett. *g*), Tuf], l'autorizzazione a favore delle banche venga rilasciata dalla Banca d'Italia, sentita però la Consob.

¹⁵ V. F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2008, p. 24.

¹⁶ Le disposizioni che regolano le condizioni per l'autorizzazione e l'esercizio delle attività applicabili alle imprese di investimento sono contenute nel Titolo II, Capo I della direttiva Mifid. La presente direttiva si applica, oltre che alle imprese di investimento e ai mercati regolamentati, anche agli enti creditizi autorizzati quando prestano uno o più servizi e/o effettuano una o più attività di investimento. Anche nel quadro normativo previgente, la direttiva 93/22/CEE relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari, indicava le condizioni alle quali le imprese di investimento e le banche autorizzate potevano prestare determinati servizi o stabilire succursali in altri Stati membri sulla base dell'autorizzazione e della vigilanza dello Stato membro di origine. A tal fine la direttiva mirava ad armonizzare i requisiti di autorizzazione iniziale e di esercizio per le imprese di investimento, comprese le norme di comportamento.

¹⁷ In proposito v. art. 5, comma 1, direttiva 2004/39/CE, ove si prevede che «*Ciascuno Stato membro prescrive che la prestazione di servizi o l'esercizio di attività di investimento come occupazione o attività abituale a titolo professionale sia soggetta ad autorizzazione preventiva ai sensi delle disposizioni del presente capo. L'autorizzazione è rilasciata dall'autorità competente dello Stato membro d'origine designata a norma dell'articolo 48*».

4) Profili di discrezionalità nel provvedimento autorizzatorio della Banca d'Italia.

Nell'attuale quadro normativo, l'autorizzazione *ex art. 19 Tuf* riguarda ogni singolo servizio e non costituisce una condizione per la costituzione della società, dato che essa rappresenta esclusivamente un'autorizzazione all'esercizio dell'attività¹⁸.

La dottrina è concorde nel riconoscere che l'autorizzazione dei soggetti preposti a prestare servizi e attività d'investimento debba reputarsi un atto amministrativo, giuridicamente dovuto, avente natura abilitativa¹⁹ quando siano presenti i requisiti previsti dalle norme legislative e da quelle regolamentari dettate dalle autorità di vigilanza²⁰.

Quando, viceversa, l'autorizzazione interviene già nella fase costitutiva della società (come nel caso delle Sicav), essa costituisce un presupposto indefettibile per l'iscrizione nel registro delle imprese (art. 2329, n. 3, c.c.)²¹. In tal caso, l'autorizzazione a svolgere un servizio di investimento o il servizio di gestione collettiva del risparmio, *presuppone già l'esistenza giuridica*, nei tipi societari prescritti, dell'intermediario autorizzando²².

Anche le imprese di investimento sono operatori di genere polifunzionale che secondo le normative del Tuf possono essere ammessi alla prestazione di tutti i possibili servizi di mercato mobiliare. Per il loro comparto valgono le altre disposizioni dell'art. 19 del Tuf. Ad autorizzare le Sim all'«*esercizio dei servizi di investimento*» provvede la Consob «*sentita la Banca d'Italia*» occorrendo l'intera serie dei requisiti espressamente indicati. Ma quando risultano presenti i requisiti previsti dalle norme legislative e da quelle regolamentari dettate dalle Autorità di vigilanza [«*ricorrono (...) le condizioni*»] il provvedimento autorizzativo della Consob è atto che sembra giuridicamente dovuto. Per lo svolgimento del *servizio di gestione collettiva del risparmio*, invece, competente a concedere o a negare l'autorizzazione è solo la Banca d'Italia, sentita la Consob [per le Sgr v. art. 34, comma 1, Tuf; per le Sicav v. art. 43, comma 1, lett. *h*, Tuf].

Trova, in tal senso, conferma la tesi secondo cui esista, anche nel settore dell'intermediazione mobiliare, un diritto all'ingresso nel mercato, pur essendo tale diritto sottoposto ad alcuni vincoli che l'autorità di vigilanza deve accertare, sulla base di una

¹⁸ V., in tal senso, F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2008, p. 24.

¹⁹ Sul punto cfr. P. SERRAO D'AQUINO, *I "soggetti" del mercato finanziario*, in M. Rispoli, G. Rotondo (a cura di), *Il mercato finanziario*, Milano, 2005, p. 103.

²⁰ Sul punto cfr. P. IEMMA, *Commento sub artt. 18-20, Soggetti e autorizzazioni*, in C. Rabitti Bedogni (a cura di), *Il Testo Unico della intermediazione finanziaria*, Milano, 1998, p. 167 ss.; F. MERUSI, *Commento sub art. 19*, in G. Alpa, F. Capriglione (a cura di), *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, vol. I, Padova, 1998, p. 203 ss.; L. PISANI, *Commento sub art. 19*, in F. Belli, F. Mazzini, R. Tedeschi, (a cura di), *Testo unico della finanza*, vol. I, Milano, 1998, p. 152.

²¹ L'art. 14, comma 3, del Tub, stabilisce che «*non si può dare corso al procedimento di iscrizione nel registro delle imprese se non consti l'autorizzazione*». Sul problema del coordinamento tra lo statuto ordinario della società per azioni e gli statuti speciali dei soggetti dell'intermediazione finanziaria cfr. SERRAO D'AQUINO, *I «soggetti»*, cit., p. 99 ss. Se non altro, rispetto al modello codicistico di società per azioni, tutti i requisiti ulteriori richiesti dalla legge sono previsti quali condizioni per il rilascio dell'autorizzazione (forma societaria, oggetto esclusivo, capitale minimo speciale, requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza, denominazione, relazione sull'attività iniziale, struttura del gruppo di appartenenza).

²² In tal senso v. R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2008, p. 130; *contra* DE VECCHIS, *Sub art. 6*, in G. Alpa -F. Capriglione (a cura di), *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di, Padova, 1998, p. 41.

valutazione tecnica riservata dall'ordinamento²³. Pertanto, pur permanendo il regime autorizzatorio, si sostiene generalmente che l'ordinamento si sia oramai trasformato da "chiuso" ad "aperto" e che all'attività di valutazione si sia sostituita un'attività di accertamento²⁴.

Tuttavia, sebbene si parli di autorizzazione "vincolata", il suo carattere inderogabile può rivelarsi, ad una valutazione più attenta, parzialmente temperato. Acquista maggior vigore l'assunto secondo cui l'intervento del legislatore trovi, volta per volta, la propria ragion d'essere sia nella tutela degli interessi rilevanti per lo statuto della banca sia nella protezione di interessi peculiari, ritenuti anch'essi degni di tutela, inerenti all'esercizio dei servizi di investimento²⁵.

Per poter dimostrare tale assunto occorre partire dalla considerazione che le condizioni indicate, che riproducono sostanzialmente quelle previste dalla disciplina comunitaria, in realtà non si pongono tutte sullo stesso piano²⁶. A tal proposito si può affermare che la sussistenza delle condizioni richieste dalla legge sia necessaria, ma non sufficiente per il rilascio dell'autorizzazione²⁷, il quale dipende da un giudizio complessivo finale di rispondenza di tutti i requisiti nel loro insieme al principio della "sana e prudente gestione" e all'ulteriore, nuova condizione che sia «*assicurata la capacità dell'impresa di esercitare correttamente i servizi o le attività di investimento*» (art. 19, comma 2, Tuf). Anche questo secondo limite, al pari della clausola della "sana e prudente gestione", è di matrice comunitaria²⁸. Stupisce, tuttavia, constatare che nella norma omologa di cui all'art. 34, comma 2, Tuf, inerente all'autorizzazione a favore delle società di gestione del risparmio è omissivo il riferimento alla "capacità del corretto esercizio dei servizi di investimento".

Vi è poi un terzo elemento di novità da dover prendere in considerazione. Se infatti si allarga il campo di osservazione, si nota come – tra i cambiamenti che l'art. 3 del d.lgs. n.

²³ Non bisogna dimenticare che non esiste solo la contrapposizione tra attività amministrativa discrezionale e attività amministrativa vincolata (di mera esecuzione della legge, in cui la legge non conferisce alla amministrazione il potere di scegliere il comportamento da tenere in relazione all'assunzione di un provvedimento), ma esiste anche il caso intermedio della valutazione tecnica, sulla quale si veda D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, p. 25 ss.

²⁴ Se analizzato sotto la lente della teoria della regolazione l'istituto in questione si rivela come uno degli strumenti principali di "controllo all'entrata", controllo, di norma effettuato per mezzo di un atto di autorizzazione preventiva (*prior approva*). Di fronte al processo di integrazione settoriale in *subjecta materia*, il legislatore ha ritenuto indispensabile costruire un sistema chiuso, non accessibile dall'esterno se non con determinati criteri selettivi utilizzando l'istituto delle riserve di attività per raggiungere la definizione formale dei confini. Nell'ambito del mercato finanziario la riserva d'attività mantiene un valore assoluto per tutti coloro che operano fuori di esso, nel senso che senza selezione all'ingresso nessuno può entrare nel settore riservato, mentre presenta una certa relatività al suo interno dal momento che il legislatore, definiti i rispettivi ambiti di applicazione e stabilito che non vi può essere alcuna sovrapposizione tra attività finite, si è preoccupato di tracciare alcune linee di confine affinché non sussistessero invasioni tra un settore e l'altro o, per meglio dire, le invasioni fossero controllate.

²⁵ La dottrina e la prassi hanno posto in evidenza soprattutto questa seconda categoria di interessi, ossia gli interessi degli investitori che possono essere compromessi dal fatto che il soggetto che presta loro i servizi di investimento esercita anche l'attività bancaria.

²⁶ In senso conforme v. M. PORZIO, *op. cit.*, p. 46.

²⁷ In via di prima approssimazione si può definire (atecnicamente) l'autorizzazione come quello strumento con il quale si riconosce l'esercizio di determinate attività a singoli individui; il termine, tuttavia, è stato ed è utilizzato per una tale varietà di ipotesi che è quasi impossibile tentarne una ricostruzione unitaria e, quando ciò è stato fatto, la ricostruzione si è rivelata più fragile del previsto. In merito cfr. A. ORSI BATTAGLINI, voce *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol II, p. 60; F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996, p. 333 ss.

²⁸ V. art. 19, comma 2, Tuf come modificato dall'art. 3 del d.lgs. n. 164/2007.

164 del 2007 introduce nel testo riformato dell'art. 19 Tuf – spicca l'inserimento nel programma di attività dell'illustrazione dei tipi delle operazioni previste, delle procedure adottate per l'esercizio dell'attività, dei tipi di servizi accessori che si intende esercitare, della struttura organizzativa e dell'eventuale affidamento a terzi di funzioni operative essenziali²⁹.

A dire il vero, anche quest'ultima novità sembra rafforzare il convincimento che esistano comunque taluni profili di discrezionalità nella valutazione posta in essere dall'autorità di vigilanza.

Se, infine, si prendono in considerazione le disposizioni contenute nelle Istruzioni di vigilanza sulle banche³⁰, si osserva che, sempre ai fini del rilascio della suddetta autorizzazione, la Banca d'Italia richiede la presentazione di una relazione (illustrativa sia del programma di attività esteso ai servizi di investimento, sia della struttura tecnico-organizzativa dedicata ai nuovi servizi), nonché della delibera assunta in proposito dai competenti organi aziendali, contenenti le valutazioni in merito all'economicità dell'iniziativa.

Sempre nelle Istruzioni si specifica che, nel caso di specie, la Banca d'Italia «valuta, oltre alla complessiva situazione tecnica, l'idoneità degli assetti organizzativi e del sistema dei controlli interni della banca istante ad assicurare che lo svolgimento dei servizi di investimento avvenga nel rispetto dei criteri di sana e prudente gestione e della normativa che ne disciplina l'esercizio»³¹. Con le Disposizioni di vigilanza del 2 luglio 2009 – "Prestazione dei servizi e delle attività di investimento da parte delle banche"³² – la Banca d'Italia ha in seguito arricchito il contenuto informativo della relazione illustrativa inviata a corredo dell'istanza autorizzativa, anche al fine di agevolare le richiamate verifiche di competenza della Consob (riguardanti, nello specifico, le regole relative alla correttezza e trasparenza dei comportamenti nei confronti degli investitori)³³. Le ulteriori informazioni richieste sono, invece, volte ad accertare la capacità della banca di rispettare i requisiti in materia di organizzazione e gestione del rischio e di correttezza e trasparenza dei comportamenti³⁴.

Se dunque considerato nella giusta prospettiva, l'intervento "abilitativo"³⁵ dell'autorità di vigilanza si rileva più o meno velatamente intriso di valutazioni che vincolano l'autonomia

²⁹ V. art. 19, comma 1, lett. e), Tuf, così sostituito dall'art. 3 del d.lgs. n. 164 del 17 settembre 2007. Per i profili regolamentari si rinvia a BANCA D'ITALIA, CONSOB, *Regolamento in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio* (ai sensi dell'articolo 5, comma 5-bis, del d.lgs. n. 58/1998), del 31 ottobre 2007, in G.U. n. 255 del 2 novembre 2007, emanato per disciplinare il concreto funzionamento del modello di vigilanza su base "funzionale".

³⁰ Circolare n. 229 del 21 aprile 1999, Tit. V, Cap. 2, Sez. II, §. 2, p. 3 s.

³¹ Sul punto cfr. pure art. 13 direttiva 2004/39/CE.

³² Le nuove disposizioni modificano quelle contenute nel Tit. V, Cap. 2, Sez. II, §. 2 della Circolare n. 229 del 1999. Va opportunamente tenuto conto del fatto che le nuove disposizioni non riguardano il servizio di gestione di *Multilateral trading facilities* di cui alla lett. g) del comma 5 dell'art. 1 del Tuf.

³³ La documentazione necessaria a verificare tale ultimo profilo è stata concordata con la Consob, secondo quanto previsto dal punto 5.2 del Protocollo di intesa tra la Banca d'Italia e la Consob del 31 ottobre 2007, ai sensi dell'art. 5, comma 5-bis, del Tuf.

³⁴ Per le banche (e società finanziarie), in relazione ai profili organizzativi, si applicano anche le disposizioni di vigilanza emanate dalla Banca d'Italia sulla base dell'art. 53 (e 107) del Tub, in particolare lett. d); in proposito, si veda anche art. 3 del Regolamento congiunto Banca d'Italia – Consob del 29 ottobre 2007.

³⁵ In tal senso v. L. PARRELLA, R. D'AMBROSIO, *L'intermediazione finanziaria, e la gestione collettiva del risparmio*, in S. Amoroso, C. Rabitti Bedogni (a cura di), *Manuale di diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2004, p. 96. Al limite, è ipotizzabile che l'autorizzazione allo svolgimento dei servizi di investimento possa assumere le caratteristiche dell'autorizzazione alla modificazione statutaria (art. 56 Tub) nell'ipotesi in cui la stessa non venga richiesta in fase di costituzione, bensì da parte di una banca già costituita che intende estendere la propria attività al settore dell'intermediazione mobiliare.

della banca, subordinando la possibilità di esercitare una certa attività all'adozione di regole organizzative e di comportamento che consentono di eliminare o ridurre in misura "sufficiente" le conseguenze pregiudizievoli che possono derivare dall'esercizio contemporaneo, e nell'ambito dello stesso soggetto, dell'attività bancaria e di quelle del mercato mobiliare³⁶.

Se non altro, la rintracciabilità dei suddetti profili di discrezionalità nei provvedimenti autorizzatori rende meno sicuro il convincimento che esista *tout court* un diritto all'ingresso nel mercato dell'intermediazione mobiliare.

4.1) La "sana e prudente gestione". Problemi definitivi.

Ai sensi del secondo comma dell'art. 19 del Tuf, l'autorità di vigilanza competente nega l'autorizzazione quando dalla verifica della condizioni indicate nel primo comma non risulti garantita (oltre alla citata capacità dell'impresa di esercitare correttamente i servizi di o le attività di investimento) la "sana e prudente gestione". Si tratta, in effetti, di un criterio di apprezzamento di importanza cruciale che pone in luce la delicatezza ma anche, per taluni aspetti, la pervasività dei poteri attribuiti alla Banca d'Italia in sede di autorizzazione all'esercizio dei servizi di investimento. In esso si fondono elementi oggettivi e profili di discrezionalità.

Relativamente alla più o meno apparente genericità dell'espressione "sana e prudente gestione", sembra corretto affermare che, anche nel mercato finanziario, gli organi di vertice del settore abbiano "ripreso" un margine di discrezionalità³⁷. La discrezionalità consiste, infatti, nell'applicazione alle valutazioni operate di un criterio d'azione proprio delle autorità di vigilanza, che necessitano di riferimenti normativi sufficientemente elastici, e diverso da quello adottato nelle proprie scelte dai soggetti controllati.

Se infatti, la "sana e prudente gestione" si eleva – anche nel nuovo quadro normativo imposto dalla direttiva 2004/39/CE – ad autonoma finalità di vigilanza³⁸, va ricordato che essa

³⁶ V. BANCA D'ITALIA, *Istruzioni di vigilanza, Autorizzazione all'attività bancaria*, Tit. I, Cap. 1, sez. I.

³⁷ Ed è parametro talora controverso, come unanimemente sostengono in dottrina A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, 2 ed., Milano, 2000, p. 56; F. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento bancario verso la neutralità*, Padova, 1994, p. 141; G. MINERVINI, *Il vino vecchio negli otri nuovi*, cit., p. 11; ID., *Dal decreto 481/1992 al testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 837; A. PATRONI GRIFFI, *Le modificazioni al regime delle autorizzazioni alla costituzione e all'assunzione di partecipazioni*, cit., p. 170; ID., *La legge bancaria nel passaggio dal vecchio al nuovo testo: prime riflessioni sistematiche*, in A. ANTONUCCI (a cura di), *Dall'attuazione della II direttiva CEE in materia bancaria al Testo Unico*, cit., p. 39 ss.; G. GUARINO, *op. ult. cit.*, p. 23; F. BELLI, V. SANTORO, *Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 e al d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74*, in A. Afferni (a cura di), *Concorrenza e mercato*, Padova, 1994, p. 635 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Le partecipazioni al capitale delle banche*, cit., p. 300; P.G. MARCHETTI, *Osservazioni sull'attuazione della seconda direttiva CEE in materia bancaria*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 284. D'altronde, la Banca d'Italia ne ha fatto uso prevalentemente con riferimento alla qualità degli azionisti ed all'affidabilità della situazione finanziaria, che costituiscono paradigmi di riferimento dell'espressione nell'ambito della seconda direttiva bancaria (cfr. artt. 5 e 11 direttiva 89/646/CEE).

³⁸ Più in generale, la previsione normativa di una valutazione volta a fornire un giudizio prognostico di "sana e prudente gestione" dell'intermediario da autorizzare, risponde, in larga parte, ai criteri posti a monte dalla stessa disciplina comunitaria. All'interno della direttiva 2004/39/CE, il riferimento alla formula della "sana e prudente gestione" è contenuto sia nell'art. 9, comma 1 e 3, con riferimento ai requisiti che devono possedere i soggetti che dirigono effettivamente l'attività e alla possibilità, da parte dell'autorità competente, di rifiutare l'autorizzazione qualora tali condizioni non siano soddisfatte, che nell'art. 10, comma 1 e 3, con riguardo, in tal caso, alla "idoneità"

è altresì espressamente contemplata dall'art. 14, comma 2, del Tub, in forza del quale la Banca d'Italia può negare l'autorizzazione alla costituzione di una banca quando la verifica delle singole condizioni richieste non consenta di fondare un positivo giudizio prospettico in merito alla corretta gestione dell'ente creditizio³⁹. Anche l'art. 56, comma 1, Tub prevede, ad esempio, che la Banca d'Italia eserciti un controllo sulle modificazioni degli statuti delle banche, controllo diretto ad accertare che le modificazioni non contrastino con la "sana e prudente gestione" delle banche stesse. Ed è ovvio ritenere che ad un controllo analogo debbano essere sottoposti gli statuti anche in sede di costituzione della banca, dovendosi includere in tale sede anche il controllo sulle disposizioni che individuano l'attività che la banca intende esercitare⁴⁰.

D'altro canto, forti sono le analogie tra i modelli di autorizzazione apprestati dal Tub e dal Tuf. Ciò anche in relazione alle circostanze non trascurabili secondo cui il legislatore ha costantemente utilizzato la vigilanza bancaria come paradigma al quale ispirare la vigilanza sugli altri intermediari, laddove le stesse direttive comunitarie presentano forti analogie che sfociano, in molti punti, in identità terminologica e sostanziale delle norme.

Invero, l'adeguamento ai principi comunitari più recenti richiederebbe, tra l'altro, un'attenuazione – se non, come ritenuto da alcuni, la totale eliminazione – della potestà discrezionale delle autorità di vigilanza nell'emanazione dei provvedimenti autorizzativi, scevri ormai da valutazioni di opportunità e condizionati unicamente alla verifica della sussistenza dei requisiti predeterminati di tipo oggettivo.

Forse, sotto quest'ultimo profilo si può cogliere la portata della modifica introdotta all'art 5 dal d.lgs. n. 164/2007 che ha comportato l'eliminazione della "sana e prudente gestione" dal novero degli obiettivi generali del Tuf, per trasferirlo fra le competenze della sola Banca d'Italia (art. 5, comma 2, Tuf). I primi commenti hanno tuttavia dubitato di un reale impatto del cambiamento sul sistema della vigilanza⁴¹.

Peraltro, l'esigenza di assicurare una condotta dell'intermediario "corretta" e "sana", in funzione del pubblico interesse alla tutela del risparmio, è di tale pregnanza da riverberare sull'estensione dei poteri di valutazione riconosciuti alle autorità di settore, in particolare sotto il profilo dei requisiti di soggettiva affidabilità. E se una tale estensione del potere autorizzatorio difficilmente trovava fondamento nel quadro normativo della l. n. 1 del 1991,

degli azionisti o soci, diretti o indiretti, siano essi persone fisiche o giuridiche, che detengono partecipazioni qualificate.

³⁹ In tal senso, anche la verifica della qualità dei soci in funzione del giudizio di "sana e prudente gestione" è rimessa – e non potrebbe essere altrimenti, data l'indeterminatezza di entrambi i concetti – ad una valutazione dell'autorità di vigilanza, svincolata anche da soglie di rilevanza della partecipazione al capitale. Al fine di chiarire la portata di tale "clausola generale", le autorità creditizie (v. delibera CICR, del 19 luglio 2005, n. 1057) hanno precisato come essa comporti una valutazione della «correttezza nelle relazioni di affari e affidabilità della situazione finanziaria» degli azionisti, nonché degli «eventuali legami di qualsiasi natura – anche familiari o associativi – tra il partecipante e altri soggetti» che si trovino essi in situazioni tali da poter compromettere le aspettative di "sana e prudente gestione" dell'intermediario.

⁴⁰ In tal senso v. R. COSTI, *L'ordinamento*, cit., III ed., p. 194.

⁴¹ Cfr. F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, cit., p. 52. È interessante notare, però, che, con un evidente recupero della imprescindibilità dal rinvio al suddetto principio, nel primo comma dell'art. 4, contenente i Principi generali, del Regolamento congiunto Banca d'Italia – Consob del 29 ottobre 2007, cit., si prevede che gli intermediari si dotino «di un sistema organizzativo unitario al fine di assicurare la sana e prudente gestione, il contenimento del rischio e la stabilità patrimoniale nonché la correttezza e la trasparenza dei comportamenti nella prestazione dei servizi».

che non sembrava consentire digressioni rispetto ai requisiti oggettivamente predeterminati dalla legge, essa appare invece una delle implicazioni fondamentali del procedimento autorizzatorio come oggi concepito.

Nella sentenza del Tar Lazio n. 5157 del 2005⁴², si riconosce alla formula della “sana e prudente gestione” natura di clausola generale, come la correttezza e la buona fede, frutto dell’evidente intento del legislatore di non vincolare l’attività di settore alla verifica della “bontà” dei comportamenti degli intermediari alla stregua di rigidi e predeterminati schematismi. In questo modo la discrezionalità delle decisioni è stata ritenuta inappellabile.

Peraltro, a detta dei giudici, la valutazione rimessa dalla legge alla Banca d’Italia con riferimento alla “sana e prudente gestione” del soggetto vigilato è riconducibile alla categoria delle valutazioni tecniche complesse, ossia a quel particolare tipo di giudizi implicanti «*l’apprezzamento di una serie di elementi di fatto – definiti nella loro consistenza storica o naturalistica – in relazione fra di loro ed alla stregua di regole che (...) non hanno il carattere di regole scientifiche, esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili, di carattere prevalentemente economico*»⁴³. Il principio della “sana e prudente gestione” reca, dunque, in sé un grado di elasticità e di indeterminatezza che sembra lasciare inevitabilmente all’Autorità di vigilanza «*una notevole latitudine di apprezzamento*»⁴⁴.

Con riferimento precipuo all’autorizzazione *ex art.* 19 Tuf, il criterio più corretto di interpretazione della “sana e prudente gestione” è plausibilmente quello suggerito da un’autorevole dottrina, che la ancora essenzialmente ai valori espressi dal diritto comunitario in tema di concorrenza e di mercato.

Secondo tale esegesi, la verifica preventiva della “sana e prudente gestione” dovrebbe essere rivolta ad accertare «*l’adeguatezza della organizzazione imprenditoriale dell’intermediario in relazione ai servizi di investimento che il medesimo dichiara di volere svolgere*»⁴⁵. Dunque, la valutazione della “sana e prudente gestione” si risolverebbe, in estrema *ratio*, nell’accertare se la combinazione dei fattori aziendali sia idonea – per logica intrinseca e razionalità tecnica – a perseguire efficacemente la strategia imprenditoriale dichiarata. Non sembra credibile che l’apprezzamento discrezionale possa spingersi oltre⁴⁶.

Nel senso indicato, la formula “sana e prudente gestione” costituisce, pertanto, il punto di saldatura tra obiettivi di sistema, azione di vigilanza e condotta delle imprese. Del resto, l’autorità di vigilanza non persegue la realizzazione autonoma di ogni obiettivo, ma opera nella ricerca dell’ottimale combinazioni delle finalità⁴⁷.

⁴² Cfr. Tar Lazio, sent. n. 5157 del 9 agosto 2005, in *Giur. it.*, 2005, p. 2421.

⁴³ Così Tar Lazio, sent. n. 5157 del 9 agosto 2005, cit., p. 2428.

⁴⁴ Ancora Tar Lazio, sent. n. 5157 del 9 agosto 2005, *Ibidem*.

⁴⁵ Così R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, cit., p. 124.

⁴⁶ Il criterio di valutazione della “sana e prudente gestione” è stato oggetto di letture restrittive, volte a limitarne la portata alle sole condizioni *sub lett. g) e h)*, del comma 2 dell’art. 19 Tuf, relative rispettivamente alle persone dei soci ed alla struttura del gruppo di appartenenza della Sim. In tal senso cfr. L. PISANI, *Commento sub art. 19*, in *Commentario al Tuf*, diretto da G.F. Campobasso, Torino, 2002, p. 152.

⁴⁷ In tal senso v. G. NAPOLITANO, M. SEPE, *La sana e prudente gestione*, in AA.VV., *Le finalità della vigilanza nel nuovo ordinamento del credito: profili economici e giuridici*, Roma, Banca d’Italia (dattiloscritto), 1994, p. 4). Considerando che “sana” è una gestione caratterizzata da *efficienza funzionale* e *neutralità allocativa*, e che “prudente” si definisce una gestione razionalmente avversa al rischio, si è concluso che «*tra sana e prudente gestione e la stabilità del sistema finanziario sembra correre un rapporto di causa effetto: operatori sani e prudenti dovrebbero in generale essere meno esposti a crisi, quindi un sistema composto di operatori stabili dovrebbe a sua volta*

5) *Il parere “vincolante” della Consob per lo svolgimento dell’attività di gestione di sistemi multilaterali di scambio da parte delle banche.*

La MiFID ha modificato il catalogo dei servizi e delle attività di investimento, prevedendo due nuovi servizi riservati: la consulenza e la gestione dei cc.dd. *multilateral trading facilities*, sarebbe a dire i nuovi “sistemi multilaterali di negoziazione”, il cui esercizio è riservato ad imprese d’investimento e banche, oltre che ad essere consentito anche ai gestori di mercati regolamentati⁴⁸.

Nell’ipotesi di svolgimento dell’attività di cui all’art. 1, comma 5, lett. *g*), Tuf da parte delle banche, la novella affianca all’autorizzazione della Banca d’Italia la previsione del parere della Consob. Diversamente, il legislatore non richiede tale parere con riguardo alla prestazione degli altri servizi di investimento poiché, considerata la natura e la tipologia degli stessi, ritiene “assorbente” e, dunque, sufficiente l’autorizzazione rilasciata dalla Banca d’Italia.

La modifica al comma 4 dell’art. 19 T.u.f., parrebbe dunque tesa a riconoscere in capo alla Consob un potere di veto “concorrente” rispetto a quello di autorizzazione attribuito, in via principale, alla Banca d’Italia. Sembra di poter ritenere, infatti, che il parere richiesto per l’attività di gestione di sistemi multilaterali di scambio abbia, a tutti gli effetti, carattere di parere “necessario” e “vincolante” e quindi potenzialmente tale da incidere in misura determinante sull’esito del procedimento autorizzatorio.

È fuor di dubbio che, in assenza di un giudizio favorevole dell’autorità di vigilanza del mercato, la Banca d’Italia non possa autorizzare l’intermediario bancario a svolgere la suddetta attività.

Sebbene nella Relazione al decreto di recepimento della MiFID non si rinvenivano esplicite indicazioni al riguardo, l’intervento della Consob si ritiene trovi la propria ragione d’essere nell’esigenza di conferire all’autorità di vigilanza dotata della necessaria competenza tecnica il compito di verificare la sussistenza presso la banca richiedente dei requisiti necessari per intraprendere l’attività di gestione di sistemi multilaterali di negoziazione.

Siffatta peculiarità di interventi può essere meglio spiegata se analizzata alla luce di una serie di elementi, sottostanti la modifica in commento, che emergono dall’esame tanto del nuovo quanto del preesistente quadro normativo⁴⁹. In primo luogo, va osservato che nel nuovo articolato l’attività di gestione dei sistemi multilaterali viene sottoposta a regole

presentare caratteristiche di solidità»; così M. TRAPANESE, A. ERIA, Relazione fra gli obiettivi, Le finalità della vigilanza nel nuovo ordinamento del credito, cit., p. 1 e p. 5. Non pare possa dubitarsi che il rapporto che si presenta tra queste finalità sia quello di mezzo-obiettivo, posto che le norme della “sana e prudente gestione” cercano la realizzazione della stabilità, intesa come finalità sistemica, procurando e promovendo la solidità dei singoli operatori, componenti del sistema.

⁴⁸ V. art. 4, comma 1, n. 15 e art. 5, comma 2, direttiva 2004/39/CE. La gestione di sistemi multilaterali di negoziazione è definita dalla direttiva come la gestione di un sistema che consente l’incontro al suo interno, ed in base a regole non discrezionali, di interessi multipli di acquisto e vendita di terzi relativi a strumenti finanziari. Tale attività – dispone la direttiva – si limita ad incrociare gli ordini senza entrare nel contratto, svolgendo in tal guisa la stessa funzione del mercato regolamentato, pur essendo un servizio di investimento.

⁴⁹ Entrambe le autorità, in ogni caso, sono chiamate a esercitare le loro funzioni anche allo scopo di prevenire rischi sistemici, accresciutisi in relazione ai fenomeni dell’innovazione finanziaria. Di questa circostanza il legislatore italiano ha preso atto, tanto che, in occasione del recepimento della MiFID, ha esteso le finalità della vigilanza, nella nuova formulazione dell’art. 5 del Tuf, anche alla «*salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario*».

organizzative molto simili a quelle previste per i mercati regolamentati. In secondo luogo, si rileva che alla predisposizione di una normativa connotata da forti competenze tecniche è preordinata la Consob, coerentemente con una consolidata tendenza in tale materia alla delegificazione⁵⁰. Per giunta, oltre ad essere preposta alla definizione dei requisiti minimi di funzionamento dei sistemi multilaterali di negoziazione⁵¹ e dei criteri per l'individuazione degli internalizzatori sistematici, la Consob ha competenza esclusiva anche in relazione all'esercizio della vigilanza in via continuativa su tali piattaforme di negoziazione⁵².

Al di là di taluni comprensibili dubbi, la concorrenza degli elementi sopra esposti sembra legittimare (*rectius* giustificare) il riconoscimento in capo alla Consob di un potere di veto in merito alla sussistenza presso la banca richiedente dei requisiti (operativi e funzionali) necessari per intraprendere l'attività di gestione di sistemi multilaterali di negoziazione⁵³.

6) *Le ragioni sottese alla ripartizione di competenze delineata nell'art. 19 del Tuf.*

L'emanazione del Testo unico della finanza ha rappresentato l'occasione per tracciare un quadro regolamentare unitario, nel quale far confluire la disciplina di tutti i soggetti operanti nel settore dell'intermediazione in strumenti finanziari. In tale contesto, confermando la soluzione adottata dalla legge n. 1 del 1991, il legislatore ha enunciato in maniera esplicita il criterio del riparto per finalità delle competenze in materia di controlli, attraverso una previsione di carattere generale (art. 5), che attribuisce alla Banca d'Italia la vigilanza sui profili di stabilità e di contenimento dei rischi e alla Consob quella sulla trasparenza e correttezza dei comportamenti, riaffermando un regime di stretto coordinamento tra le autorità quale presupposto imprescindibile per un'efficace azione di vigilanza⁵⁴.

⁵⁰ Così R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, cit., p. 163. Il d.lgs. n. 164 del 2007, infatti, nel trasporre nell'ordinamento nazionale le disposizioni della direttiva e nel coordinarle con la disciplina in materia di mercati regolamentati, rinvia espressamente alla regolamentazione secondaria della Consob.

⁵¹ L'art. 14 della MiFID contiene norme specifiche per quanto riguarda le regole e procedure che imprese di investimento ed i gestori di sistemi multilaterali di negoziazione devono adottare per l'accesso ai loro sistemi di negoziazione ed esecuzione degli ordini. Le norme devono garantire trasparenza, oggettività e non discrezionalità dei criteri di accesso degli investitori, dell'ammissione di strumenti finanziari, nonché del regolamento delle operazioni concluse. La direttiva precisa peraltro che solo le operazioni che i membri di un sistema multilaterale di negoziazione concludono per conto dei loro clienti, eseguendo ordini sul sistema multilaterale di negoziazione, sono soggette alle norme in materia di protezione degli investitori, ad esclusione quindi delle operazioni concluse fra gli stessi membri di un sistema multilaterale di negoziazione o fra il sistema multilaterale di negoziazione ed i suoi membri.

⁵² Per effetto delle modifiche introdotte dall'art. 12 del d.lgs. n. 164 del 2007, l'art. 78 Tuf, relativo ai sistemi di scambi organizzati, è stato abrogato e sostituito dal nuovo art. 77-bis relativo ai sistemi multilaterali di negoziazione, che attribuisce alla Consob compiti regolamentari e di vigilanza su tali sistemi (comma 2). La Consob vi ha provveduto con *Delibera n. 16191 del 29 ottobre 2007*, recependo quanto stabilito in *subjecta materia* dagli artt. 14 e 26 della MiFID.

⁵³ Cfr. S. AMOROSINO, *Funzioni e poteri della CONSOB "nouvelle"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, p. 141, ove l'A. parla di "vigilanza correttiva", quale forma ulteriore rispetto a quella regolamentare, ispettiva e informativa, parla.

⁵⁴ Regime da ultimo rafforzato con le disposizioni della l. n. 262 del 2005 (c.d. "legge per la tutela del risparmio) che, al tema del coordinamento e della collaborazione delle Autorità (Banca d'Italia, Consob, Isvap, Covip, Autorità garante della concorrenza e del mercato), dedica gli artt. 20-22 della legge n. 262/2005, che definiscono principi e strumenti attraverso i quali realizzare questa finalità.

Nella nuova formulazione dei commi 2 e 3 dell'art. 5 Tuf, come modificato dall'art. 1 del d.lgs. n. 167 del 2007, non sono più le disposizioni e le materie a essere ripartite tra le due autorità, ma i compiti di vigilanza, secondo il modello funzionale⁵⁵.

Proprio lo svolgimento dei servizi di investimento da parte delle banche ha come principale ricaduta il sommarsi della vigilanza già esercitata su di esse da parte della Banca d'Italia con quella della Consob.

Invero, sul piano sistematico, sembra di poter affermare che la disciplina contenuta nel Titolo I della Parte II del Tuf sia solo accidentalmente strumentale alla tutela degli interessi coinvolti dall'esercizio delle attività riservate⁵⁶. La ripartizione di competenze delineata nell'art. 19 Tuf è basata, infatti, sulla natura dei soggetti vigilati⁵⁷. Come è noto, le Sim esercitano in via principale attività di intermediazione mobiliare, su cui la vigilanza spetta alla Consob; per contro, le banche e gli intermediari finanziari dell'art. 107 Tub sono sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia in ragione dell'attività essenzialmente bancaria o, rispettivamente, finanziaria che tali soggetti svolgono⁵⁸.

Per giunta, con riferimento precipuo all'autorizzazione alle banche *ex* comma 4, art. 19 Tuf, occorre rilevare che la *ratio legis* sottostante l'attribuzione di tale competenza alla Banca d'Italia, vada individuata nella stretta correlazione tra requisiti occorrenti per svolgere attività bancaria in senso tecnico e requisiti di affidabile ingresso dell'ente creditizio nel settore delle attività di intermediazione mobiliare⁵⁹.

⁵⁵ Cfr. Articolo 2 - (*Modifiche all'articolo 5 del TUF*), d.lgs. n. 167 del 2007. Come si legge nella Relazione illustrativa del decreto di attuazione della direttiva MiFID (2004/39/CE), «*La separazione delle materie appare in taluni casi artificiosa, e ciò non consente sempre una chiara individuazione delle competenze delle Autorità. D'altro canto, la riconduzione di una materia all'esigenza di tutelare la stabilità o a quella di tutelare la correttezza dei comportamenti può essere in parte arbitraria, e ciò può ostacolare l'efficacia di un modello funzionale*». Si rammenta, per completezza che il protocollo d'intesa tra la Banca d'Italia e la Consob rappresenta lo strumento essenziale cui è ricorso il legislatore per disciplinare il concreto funzionamento del modello funzionale (v. nuovo comma 5-bis).

⁵⁶ In senso conforme v. A. SANGUINETTI, M. FORTE, *Le società di intermediazione mobiliare*, Milano, 2002, p. 5.

⁵⁷ In tal senso v. 17° considerando della direttiva 2004/39/CE.

⁵⁸ Cfr. L. LACAITA, M. PARRELLA, *La disciplina sugli esponenti aziendali e sui partecipanti al capitale*, in C. Di Noia, R. Razzante (a cura di), *Il nuovo diritto societario e dell'intermediazione finanziaria. Commentario sistematico alla legge Draghi*, Padova, 1999, p. 27; L. LACAITA, *L'assetto istituzionale dei mercati bancario e finanziario: il bilanciamento dei poteri e i rapporti tra le autorità*, in A. Guaccero, A. Urbani (a cura di), *Banche e Finanza tra imprese e consumatori*, Bologna, 1999, p. 23, ove si rileva che «*le scelte operate in termini di assetto istituzionale della supervisione pubblica dal legislatore del Tuf, e prim'ancora da quello del Tub, costituiscono il portato della più o meno lunga evoluzione della legislazione di settore e non rappresentano momenti di rottura rispetto agli assetti che si erano già determinati*». Sul punto cfr. pure M. CERA, *Condizioni di accesso all'attività bancaria*, in G. Alpa, F. Capriglione (a cura di), *Diritto bancario comunitario*, Torino, 2002, p. 90 ss.

⁵⁹ Ai sensi dell'art. 19, comma 1, Tuf, l'autorizzazione rilasciata dalla Consob, sentita la Banca d'Italia, a favore delle Sim è subordinata al rispetto di determinate condizioni: forma di società per azione, denominazione sociale comprendente le parole "società di intermediazione mobiliare", sede legale e direzione generale situate nel territorio della italiano, capitale versato di ammontare non inferiore a quello determinato in via generale dalla Banca d'Italia, presentazione insieme all'atto costitutivo e allo statuto di un programma di attività iniziale (ivi compresa l'illustrazione dei tipi delle operazioni previste, delle procedure adottate per l'esercizio dell'attività, dei tipi di servizi accessori che si intende esercitare) e di una relazione sulla struttura organizzativa (ivi compresa l'illustrazione dell'eventuale affidamento a terzi di funzioni operative essenziali), requisiti di professionalità onorabilità e indipendenza dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione direzione e controllo, requisiti di onorabilità ed idoneità dei partecipanti al capitale della società, struttura del gruppo, di cui eventualmente faccia parte la Sim, che sia tale da non pregiudicare l'effettivo esercizio della vigilanza sulla società stessa. Tra gli altri cambiamenti che l'art. 3 del d.lgs. n. 164 del 2007 introduce nel testo riformato dell'art. 19 Tuf, e che si ritiene opportuno segnalare, si registrano inoltre:

) il nuovo termine di sei mesi per il rilascio dell'autorizzazione (v. art. 7, comma 3, direttiva 2004/39/CE);

i) la condizione ostativa al rilascio dell'autorizzazione, quando non sia assicurata la capacità dell'impresa di esercitare correttamente i servizi o le attività di investimento.

Ciò nonostante, risulta ancora non del tutto chiaro il motivo in base al quale si è ritenuto di ripartire le competenze autorizzatorie tra due distinti organi di vigilanza. Se è vero che, per quanto attiene all'esercizio della gestione collettiva del risparmio, la scelta di attribuire alla Banca d'Italia il potere in parola «riflette evidentemente l'apprezzamento della spiccata natura tecnica delle valutazioni da compiersi nella relativa istruttoria»⁶⁰; lo stesso non sembra si possa affermare per quanto attiene alle autorizzazioni di competenza della Consob. Secondo le prescrizioni dell'art. 8, comma 1, lett. λ), del reg. intermediari le Sim devono allegare alla domanda di autorizzazione «una relazione sulla struttura organizzativa della società redatta secondo le disposizioni emanate ai sensi dell'art. 6, comma 2-bis, del Testo Unico». La circostanza che i requisiti tecnici dell'operatività della Sim siano stabiliti da un'autorità per definizione "tecnica", la Banca d'Italia, mentre la loro "valutazione" è affidata ad un'altra autorità, la Consob, che concederà o negherà l'autorizzazione, sentita la Banca d'Italia, dovrebbe indurre a constatare che la Consob non è evidentemente un'autorità "tecnica". Dato che una simile conclusione non pare poter essere accolta per ovvie ragioni, sembra piuttosto di trovarsi di fronte ad un ennesimo, inutile bizantinismo del sistema.

Il regolamento congiunto Banca d'Italia – Consob del 29 ottobre 2007⁶¹ riguarda nello specifico «tutti gli aspetti organizzativi e procedurali non scindibili l'uno dall'altro per i quali la MiFID prevede obblighi per gli intermediari»⁶². Il legislatore non ignora, dunque, la circostanza che per le banche già esiste, come sopra accennato, una disciplina comunitaria in materia organizzativa che rende inutile una nuova disciplina specifica per i profili organizzativi connessi alla prestazione di servizi di investimento⁶³. Peraltro, occorre tener conto del fatto che la previsione di un controllo della Consob sulle stesse materie già sottoposte alla vigilanza della Banca d'Italia comporterebbe una ingiustificata duplicazione degli adempimenti con conseguente aggravio dei costi per l'intermediario bancario.

Come segnalato dalla dottrina, le differenze che rilevano nelle norme che regolano l'accesso al mercato dei servizi di investimento delle imprese con sede in Italia (Sim), da un lato, e delle banche, dall'altro, sono da attribuirsi al presupposto che «sulle banche, in quanto tali, insiste già la vigilanza, regolamentare, informativa e ispettiva, della Banca d'Italia; vigilanza che si occupa di garantire la "sana e prudente gestione" del soggetto vigilato e, in

⁶⁰ Così ALLEGRI e VERONELLI *La vigilanza sulle banche*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, I, 2000, p. 181; in senso conforme cfr. C. RABITTI BEDOGNI, *Sub art. 34*, in G. Alpa - F. Capriglione (a cura di), *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Padova, 1998 (nt. 11), p. 362 s.

⁶¹ Vale la pena osservare che sebbene la legge delega per il recepimento della MiFID, da un lato, lasciasse fermi i criteri di riparto di competenze sanciti dal Tuf e, dall'altro, abilitasse la Consob a dettare principi, anche organizzativi, in materia di conflitti di interesse, il d.lgs. n. 164/2007 ha invece attribuito la vigilanza regolamentare sugli aspetti organizzativi e sui controlli interni degli intermediari ad un regolamento congiunto della Consob e della Banca d'Italia.

⁶² Nella Relazione al decreto di recepimento si specifica, per l'appunto, che «la separazione delle materie appare in alcuni casi artificiosa», mentre «la riconduzione di una materia all'esigenza di tutelare la stabilità o a quella di tutelare la correttezza dei comportamenti può essere in parte arbitraria, e ciò può ostacolare l'efficacia del modello funzionale», cioè quello individuato dai commi 2 e 3 dell'art. 5 Tuf; in sostanza «per le materie nelle quali i due profili di tutela si sovrappongono o che siano di complessa separazione da materie connesse si prevede un regolamento congiunto emanato d'intesa fra le due autorità».

⁶³ Del resto, come sottolinea L. CARDIA, *L'attuazione della direttiva MiFID in Italia nella regolamentazione secondaria*, Roma, 21 settembre 2007, p. 2, disponibile sul sito www.consob.it, «Più estese e intense forme di collaborazione tra Banca d'Italia e Consob nell'esercizio delle varie funzioni di vigilanza, da quella regolamentare a quella ispettiva, consentono infatti di valorizzare gli elementi di complementarità, salvaguardando al contempo l'autonomia e l'indipendenza dei diversi obiettivi tutelati, che per la loro rilevanza non possono essere oggetto di mediazioni né di subordinazioni».

particolare, la sua stabilità»⁶⁴. Tale elemento, come d'altra parte ribadisce la stessa direttiva 2004/39/CE⁶⁵, rende in gran parte superflua, nel caso delle banche, l'applicazione delle norme dettate per l'accesso al mercato delle società di intermediazione mobiliare⁶⁶.

7) *La tensione fra le diverse sfere di competenza di Banca d'Italia e Consob alla luce del recepimento della MIFID.* De Jure condendo.

L'approccio prevalso in sede comunitaria è volto a promuovere una considerazione unitaria dei principi relativi ai requisiti prudenziali per tutti gli intermediari finanziari, anche in considerazione della notevole variabilità del perimetro dell'attività bancaria nelle diverse tradizioni nazionali e dell'operatività di banche ed intermediari mobiliari nel medesimo mercato dei servizi di investimento.

Del resto, l'attività di una data attività, dal punto di vista del diritto dell'impresa, ben può essere presidiata da norme prudenziali con le quali si precisano requisiti minimi oggettivi, condizioni di accesso e di esercizio dell'attività, in difetto delle quali non sussiste un'organizzazione economica oggettivamente idonea, nel caso di specie, allo svolgimento dei servizi di investimento.

In particolare, il legislatore (comunitario e nazionale) ha provveduto, anche con nuove norme prudenziali, ad assicurare l'attività degli operatori all'esercizio dell'attività sotto il profilo dell'efficienza e della stabilità, inserendo disposizioni concernenti l'organizzazione e la professionalità dell'intermediario in un settore che si distingue per complessità e tecnicismo⁶⁷.

⁶⁴ Così R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2008, p. 125. Più in generale, sulle condizioni di accesso predisposte dall'ordinamento per le Sim, cfr. G. MARTINA, *Commento sub art. 19*, in F. Capriglione (a cura di), *Diritto delle banche, degli intermediari finanziari e dei mercati*, Bari, 2003, p. 249 ss. Sull'esigenza di una minuziosa regolamentazione dell'organizzazione degli intermediari finanziari sostenuta in sede comunitaria cfr. A. NIGRO, *La nuova regolamentazione dei mercati finanziari: i principi di fondo delle direttive e del regolamento MIFID*, in *Dir. banca e merc. finanz.*, 2008, I, p. 6. Sempre con riferimento alla normativa interna, è utile ricordare che per le Sim il contenuto del programma concernente l'attività iniziale è ulteriormente specificato nell'Allegato 1 del regolamento Consob n. 11522 del 1998, a detta del quale esso deve contenere, tra l'altro, la descrizione degli investimenti relativi al servizio o all'attività di investimento per cui si chiede l'autorizzazione, la descrizione dettagliata delle procedure interne finalizzate all'esercizio del medesimo servizio o attività, l'indicazione dei fattori di realizzabilità del progetto di avvio del servizio o dell'attività, l'illustrazione della situazione patrimoniale, economica e finanziaria attesa dal loro svolgimento. A ciò si aggiunga che la relazione sulla struttura organizzativa (redatta secondo le disposizioni di carattere generale in materia di sistema organizzativo fissate dalla Banca d'Italia e dalla Consob nel Regolamento congiunto del 29 ottobre 2007) debbano emergere l'adeguatezza e l'efficacia della stessa, con particolare riferimento al controllo di conformità alle norme, alla gestione del rischio, alla revisione interna, alle operazioni personali ed ai conflitti di interesse, all'esternalizzazione di funzioni.

⁶⁵ Cfr. 18° considerando della direttiva 2004/39/CE, secondo cui gli enti creditizi che sono autorizzati all'esercizio dell'attività bancaria, non necessitano di un'altra autorizzazione per prestare servizi o effettuare attività di investimento. Pertanto, si specifica che, «se un ente creditizio decide di prestare servizi o effettuare attività di investimento, le autorità competenti dovrebbero verificare, prima di accordare un'autorizzazione, che detto ente rispetti le pertinenti disposizioni della presente direttiva».

⁶⁶ In tal senso v. L. PARRELLA, R. D'AMBROSIO, *L'intermediazione finanziaria e la gestione collettiva del risparmio*, cit., p. 96. Al limite, è ipotizzabile che l'autorizzazione allo svolgimento dei servizi di investimento possa assumere le caratteristiche dell'autorizzazione alla modificazione statutaria (art. 56 Tub) nell'ipotesi in cui la stessa non venga richiesta in fase di costituzione, bensì da parte di una banca già costituita che intende estendere la propria attività al settore dell'intermediazione mobiliare.

⁶⁷ V. BANCA D'ITALIA, *Istruzioni di vigilanza, Autorizzazione all'attività bancaria*, Tit. I, Cap. 1, sez. I. Con riferimento alle singole condizioni di autorizzazione, se non sorgono problemi di rilievo per la formula societaria e per il capitale, la valutazione del programma è invece estremamente difficile nella fase di avvio dell'attività. La Banca d'Italia, pertanto, data la consapevolezza di non poter trarre particolari indicazioni dal programma iniziale, richiede che esso abbia

Dall'esame del nuovo impianto normativo, a tacer d'altro, emerge che l'approccio unitario, che caratterizza l'impostazione sostenuta in sede comunitaria, abbia subito una scomposizione a livello di recepimento a seconda che si tratti di Sim, di banche e di società finanziarie. Per il potere normativo relativo agli intermediari del mercato mobiliare, la norma di riferimento è l'art. 6, comma 1, lett. a) del Tuf e, per i poteri di intervento individuale, l'art. 7 Tuf. La competenza, per la formulazione delle regole di vigilanza, viene infatti "ripartita", tra la Banca d'Italia e la Consob, per funzioni, almeno in linea di principio e nei limiti in cui tali funzioni possono effettivamente essere individuate e separate⁶⁸. Nel senso che alla Banca d'Italia viene attribuita la competenza per le regole di vigilanza prudenziale e in particolare «per quanto riguarda il contenimento del rischio, la stabilità patrimoniale e la sana e prudente gestione degli intermediari», mentre alla Consob viene riservata la competenza per le regole di trasparenza e di correttezza dei comportamenti⁶⁹.

In verità il legislatore è consapevole della difficoltà di tracciare un confine puntuale tra regole prudenziali e regole di trasparenza e correttezza, e pretende che le prime, pur essendo emanate dalla Banca d'Italia, vengano adottate «sentita la Consob» e le seconde, formalmente riservate a provvedimenti della Consob, siano emanate «sentita la Banca d'Italia». Per giunta, nel dettare tali norme la Consob dovrà tener conto «delle differenti esigenze di tutela degli investitori», in considerazione della qualità e dell'esperienza professionale dei medesimi⁷⁰.

Sembra abbastanza ragionevole escludere che il d.lgs. n. 164 del 2007 abbia voluto reintrodurre una forma di vigilanza strutturale sul mercato mobiliare, ma è certo che gli obiettivi di carattere generale assumano nella prospettiva del legislatore una importanza che prima non avevano, almeno sul piano formale⁷¹.

Piuttosto, appare evidente che il fine di ottenere un'unificazione istituzionale sia stato perseguito mediante la regolamentazione delle relazioni fra le autorità coinvolte nella

almeno una logica intrinseca, di razionalità tecnica. È oltremodo difficile, infatti, sostenere che l'apprezzamento discrezionale del programma possa spingersi oltre.

⁶⁸ Per un esame approfondito delle principali implicazioni derivanti dalla nuova architettura dei controlli cfr. R. D'AMBROSIO, *La vigilanza sul mercato mobiliare alla luce delle modifiche apportate al Tuf dalla disciplina di recepimento della MiFID*, Intervento al Seminario di Studi "Riforma dei mercati mobiliari ed attuazione della direttiva MiFID. Nuove attività - Nuovi controlli", Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II", 21 maggio 2008, Napoli, dat., in particolare p. 16 ss.

⁶⁹ Cfr. F. CAPRIGLIONE, *I "prodotti" di un sistema bancario evoluto. Quali regole per le banche?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, p. 57 ss. Un interessante profilo di interrelazione fra Consob e Banca d'Italia si ritrova in tema di controllo dei rischi. Non sfugge ad un rapido esame come taluni aspetti della normativa dell'adeguatezza organizzativa del soggetto che svolge attività di intermediazione mobiliare rilevino sia ai fini della vigilanza prudenziale che della trasparenza e correttezza (enumerati all'art. 6, comma 2-bis, Tuf). Tale disciplina, infatti, introduce una singolare ipotesi di competenza congiunta. Essa rileva sia ai fini dell'attuazione delle direttive 2004/39/CE e 2006/73/CE (di livello 2 rispetto alla MiFID) sia in relazione alla competenza in materia di adeguatezza dei controlli interni ai fini prudenziali (in particolare art. 123 della direttiva 2006/48/CE. D'altro canto, la struttura organizzativa dell'intermediario influisce anche sul grado di correttezza dello stesso nel suo relazionarsi con i clienti.

⁷⁰ Sul punto cfr. M. DE MARI, *I "nuovi" poteri della Consob e la vigilanza sull'attività di intermediazione mobiliare*, in *Le Società*, n. 7/2009, p. 829 ss. In fondo, la conseguenza più evidente di una così complessa, tortuosa e zigzagante architettura si rinviene precipuamente nella moltiplicazione delle fonti di rango sub-primario, tra l'altro differenziate anche in relazione al loro *nomen iuris*. Mentre in relazione alle banche, infatti, operano le Istruzioni di vigilanza (Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006, in particolare il Titolo II), per quel che riguarda le Sim, opera invece un regolamento, in conformità all'art. 6 del Tuf (in particolare, in materia di l'adeguatezza patrimoniale, si veda il Regolamento della Banca d'Italia del 24 ottobre 2007).

⁷¹ In tal senso v. M. CLARICH, E.L. CAMILLI, *Controllo dei rischi: Banca d'Italia e Consob*, Luiss-Ceradi, Roma, 2008, p. 43 s.

vigilanza di un determinato soggetto. A fronte di un coordinamento per così dire “debole”, il recepimento della MiFID ha comportato l’introduzione di un’innovativa forma di competenza regolamentare su base “congiunta” (art. 6, comma 2, Tuf)⁷². Tale approccio, che rafforza le intense e proficue prassi di cooperazione in atto, appare coerente con l’evoluzione del mercato, che vede una progressiva integrazione delle attività e delle modalità di prestazione delle diverse tipologie di servizi d’investimento, e con la conseguente necessità di minimizzare l’impatto della regolamentazione e dei controlli sui soggetti vigilati e di evitare duplicazione dei costi per il mercato e per le Autorità stesse⁷³.

In effetti, anche l’art. 49 della MiFID dispone che, nel caso di una molteplicità di autorità nazionali, le rispettive competenze siano definite “chiaramente” (ed a questo sono funzionali l’art. 5, comma 2 e 3, e l’art. 6 Tuf) e che tali autorità collaborino “strettamente”. Si tratta, invero, di un dovere di collaborazione già individuato nel nostro ordinamento dall’art. 21 della legge 262/05 e dall’art. 5-*bis* del Tuf⁷⁴.

⁷² Così L. CARDIA, *Ibidem*.

⁷³ Oltre al già citato Regolamento congiunto del 29 ottobre 2007, si vedano, ad esempio, anche le disposizioni contenute nel Regolamento Consob – Banca d’Italia recante “*Disciplina dei servizi di gestione accentrata, di liquidazione, dei sistemi di garanzia e delle relative società di gestione*”, del 22 febbraio 2008, pubblicato in G.U. del 4 marzo 2008, n. 54.

⁷⁴ Sul tema della *summa divisio* fra sistemi a regolatori unici e sistemi con regolatori multipli cfr. M. CLARICH, E.L. CAMILLI, *La vigilanza in Europa alla prova della crisi*, Luiss-Ceradi, Roma, 2008, p. 18 s. Secondo gli Autori, anche in seguito al recepimento della MiFID, «*nel nostro sistema si è attuato un modello di ripartizione delle competenze per finalità di tipo imperfetto. Se è vero che la vigilanza prudenziale sulle imprese di investimento è di competenza della Banca d’Italia, il legislatore italiano ha scelto di attribuire alcuni poteri decisori relativi alla struttura delle imprese di investimento (ad esempio in materia di autorizzazioni all’esercizio delle attività e di acquisizioni o in relazione alle crisi) alla Consob, salvo poi prevedere un obbligo di consultazione con la Banca d’Italia*». Per interessanti spunti di analisi cfr., pure, G.D. Mosco, *L’attività collaborativa delle Autorità indipendenti*, incontro presso l’Università LUISS, Roma, 14 gennaio 2003.

GIURISPRUDENZA

CASI PRATICI

DOCUMENTAZIONE

Innovazione e Diritto

Processo penale e presunzioni del diritto tributario
(Corte di Cassazione , Sez. III penale, 6 febbraio 2009, n. 5490)
di Michele Rossi

SOMMARIO: 1) Brevi cenni sui poteri d'accertamento dell'A.F. – 2) Rapporto fra poteri determinativi della maggiore base imponibile e superamento delle soglie di punibilità ex art. 5 d.lgs. 74/00. – 3) Rapporto fra principi operanti nel sistema tributario e principi regolanti il processo penale. – 4) Possibili conseguenze della pronuncia della Cassazione sul superamento delle soglie di punibilità per gli accertamenti fondati sulla banca dati OMI. – 5) Conclusioni.

1) *Brevi cenni sui poteri d'accertamento dell'A.F.*

E' noto come nell'ambito del diritto tributario il potere di accertamento dell'Amministrazione Finanziaria sia spesso fondato, in forza di numerosi ed espressi riconoscimenti normativi, sullo strumento presuntivo.

In forza di tale istituto, l'Amministrazione Finanziaria può determinare la base imponibile, e di conseguenza la maggior imposta evasa, o in forza di presunzioni relative, così dando vita a quel meccanismo che genera l'inversione dell'onere della prova in capo al contribuente, o ancora, in forza di presunzioni semplici che in quanto tali trovano il loro ambito di operatività al ricorrere di circostanze gravi, precise e concordanti.

Volendo citare solo alcuni riferimenti normativi esemplificativi dei due istituti appena citati si possono ricordare per quanto riguarda la prima categoria gli articoli 32 co. 1 n. 2 e 38 co. 5 del D.P.R. 600/73; per quanto riguarda la seconda, invece, gli articoli 38 co. 3 e 39 co. 1 lett. a) dello stesso D.P.R. 600; inoltre, in determinati casi tassativi, ricorrenti al verificarsi di determinate condizioni, l'Ufficio potrà determinare i valori contabili di riferimento anche prescindendo dai requisiti di gravità, precisione e concordanza così come stabilito dall'art. 39 co. 2 del d.p.r. 600.

E' noto altresì come, sussistendo determinati requisiti, sia possibile agli organi accertatori dare vita ad un atto di natura induttiva.

Nell'ambito tributario spetterà poi all'Ufficio motivare adeguatamente il percorso logico giuridico seguito nella determinazione dei valori di un avviso di accertamento fondato su tale metodo(1).

2) Rapporto fra poteri determinativi della maggiore base imponibile e superamento delle soglie di punibilità ex art. 5 d.lgs. 74/00

Le problematiche connesse ai metodi presuntivi di determinazione del reddito non si arrestano però alla disciplina tributaria andando ad investire, a determinate condizioni, altri ambiti del sistema normativo quali ad esempio la disciplina penale tributaria contenuta nel D.lgs. 74/2000.

I reati tributari, in seguito alla riforma operata nel 2000 attraverso il decreto legislativo da ultimo citato, essendo intenzione del legislatore renderli maggiormente conformi al principio di offensività, si configurano tra l'altro ed in molti casi solo allorquando, riguardo all'elemento oggettivo del reato, la maggiore imposta evasa supera determinate soglie di valore.

Di fronte a queste fattispecie allora bisogna chiedersi se, una volta superate in sede di accertamento le soglie di punibilità previste dal d.lgs. 74/2000, i valori fondanti la maggiore imposta evasa e di conseguenza i metodi determinativi di questi ultimi (così come determinati in sede tributaria), siano vincolanti in sede penale e in che misura(2).

La Corte di Cassazione Sezione III penale, con sentenza n. 5490 del 6 febbraio 2009, tornando sul punto, ha stabilito che le presunzioni legali tributarie, anche laddove dovessero essere relative, non possono essere applicate in sede penale con la conseguenza che non potranno essere utilizzate dal giudice quale sistema unico finalizzato alla valutazione di un'eventuale condanna(3).

Il reato contestato nella sentenza appena citata risulta essere quello sancito dall'art. 5 del d. lgs. 74/00: omessa dichiarazione. Tale fattispecie criminosa si configura al ricorrere congiunto di due condizioni: la prima si verifica ogni qual volta un soggetto, essendovi obbligato, non presenta una delle dichiarazioni annuali relative alle imposte sui redditi o sul valore aggiunto; la seconda si verifica allorquando, l'imposta evasa è superiore con riferimento a taluna delle singole imposte a euro 77.468,53(4).

In particolare, la sentenza citata, ha avuto modo di valutare le presunzioni stabilite per le indagini finanziarie dall'art. 32 co. 1 n. 7) del D.P.R. 600/73.

In forza di tale ultimo citato articolo, i dati ed elementi attinenti ai rapporti ed alle operazioni acquisiti e rilevati mediante l'utilizzo di tale strumento di analisi, sono posti alla base delle rettifiche effettuate e degli accertamenti previsti "se il contribuente non dimostra che ne ha tenuto conto per la determinazione del reddito soggetto ad imposta e che non hanno rilevanza allo stesso fine". Infatti in base all'articolo da ultimo citato vi è una presunzione legale di corrispondenza delle partite attive risultanti dai rapporti intrattenuti dal contribuente con gli istituti di credito e i ricavi dell'attività di impresa o professionale.

Che l'Amministrazione abbia questo potere non significa che tali rilievi effettuati debbano avere valore in sede penale *tout court* ma, al contrario, questi stessi dovranno essere sottoposti ad un ulteriore vaglio da parte del giudice che, concretamente, dovrà analizzare i valori di riferimento ed i metodi determinativi degli stessi, onde riscontrare l'eventuale superamento delle soglie di punibilità.

3) Rapporto fra principi operanti nel sistema tributario e principi regolanti il processo penale

Considerando che in casi come questi è facilmente riscontrabile un'interazione fra apparati normativi differenti, la sentenza da ultimo citata sembra essere chiaramente improntata al principio di autonomia del sistema penale rispetto a quello amministrativo-tributario. E' noto infatti come in sede penale l'operatività di determinate regole probatorie sia invertito rispetto a quello tributario tant'è che se in ambito penale opera una presunzione questa è innanzitutto quella affermata dall'art. 27 co. 2 Cost. che dichiara quale principio fondamentale del sistema penal-processuale quello meglio noto come presunzione di non colpevolezza.

Tra le righe della sentenza, infatti, è possibile riscontrare l'ennesima negazione della pregiudiziale tributaria per cui la decisione presa in sede di processo penale non deve essere subordinata a quanto deciso in sede di procedimento tributario.

Il sistema così delineato inoltre merita un'analisi che, andando oltre la Carta fondamentale e, scendendo nella lettera del codice di procedura penale consenta una più attenta analisi della materia.

Giova ricordare che quanto prima sostenuto sul principio di autonomia fra i due plessi normativi e sulle sue varie estrinsecazioni è facilmente deducibile in base all'analisi dell'impianto sistematico del codice di procedura penale.

In primis è necessario ricordare, una volta citato il principio stabilito nell'art. 27 della carta fondamentale che in materia di regime probatorio, articoli quali il 193 c.p.p., affermano a chiare lettere che nel processo penale non si osservano i limiti di prova stabiliti dalle leggi civili, eccettuati quelli che riguardano lo stato di famiglia e di cittadinanza, e ciò vale inevitabilmente anche per l'ambito tributario di cui tratta la sentenza. Inoltre, per quanto riguarda i principi probatori in ambito penale è necessaria l'analisi di altri articoli che, collocati in diversi settori del codice di procedura, possono costituire dei chiari indici chiarificatori per quanto riguarda il presente caso. Ci si riferisce in particolar modo agli articoli 530 co. 2 e 533 co. 1 c.p.p., in base ai quali il giudice è obbligato ad una pronuncia assoluta se le prove raccolte risultano insufficienti, così come osta ad una pronuncia di condanna il ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato(5).

Lo scopo della massima della cassazione oggetto del presente scritto è infatti orientata a garantire all'imputato tutte quelle garanzie del caso concreto di modo che l'accusa, lungi dal fondare eventualmente le sue conclusioni solo ed esclusivamente sulle risultanze emerse in sede amministrativa, dimostri concretamente il materiale e concreto superamento delle soglie di punibilità previste nel d.lgs 74/2000.

La conseguenza di tale risultato potrà eventualmente portare ad un risultato in base al quale ciò che risulta essere amministrativamente illecito non lo sia al tempo stesso in sede penale.

Se la presunzione infatti, come meglio definita da autorevole dottrina altro non è se non *"un'anticipazione di giudizio, formulato prima della prova secondo uno schema approvato dalla legge"* (6), tale regola non potrà trovare lo stesso ambito di operatività anche in sede penale. Infatti, se nel processo penale l'onere della prova spetta al P.M., in sede di processo tributario la mancata allegazione da parte del contribuente di fatti idonei a vincere l'operatività della presunzione comporterà la soccombenza dello stesso.

Ne consegue, quindi, che in sede penale il riscontro effettuato dal giudice debba essere fondato non già su presunzioni ma, su fatti concreti dimostrati in giudizio e motivati in sentenza. In base a ciò si potrà riscontrare l'*iter* logico giuridico in base al quale, le risultanze determinate in sede amministrativa, sono state ritenute valide ai fini della determinazione dei valori frutto dell'operato dell'Amministrazione.

Nel testo della sentenza, inoltre, particolare rilievo assume quel passaggio dove si afferma che, in capo all'imputato, graverà l'onere probatorio inerente la determinazione dei costi deducibili.

Ed infatti la cassazione tornando sul punto ha stabilito che nello svolgimento del calcolo algebrico finalizzato alla determinazione della base imponibile la quantificazione e, di conseguenza, la prova inerente gli elementi negativi del reddito spetterà all'imputato essendo a suo carico l'onere della prova in tale ambito.

4) Possibili conseguenze della pronuncia della Cassazione sul superamento delle soglie di punibilità per gli accertamenti fondati sulla banca dati OMI

Una simile interpretazione e valutazione della normativa fiscale in sede penale è destinata a produrre i suoi effetti anche in altri ambiti di accertamento(7).

Non da ultimo si ricordi che questo strumento di indagine, fondato su base presuntiva, lo si ritrova anche negli accertamenti fondati sulla banca dati O.M.I. Gli accertamenti fondati su tali sistemi si fondano esclusivamente sull'applicazione del valore normale di mercato degli immobili venduti indipendentemente da quelli che sono i valori negoziali dichiarati. Il *decisum* di tale sentenza inoltre, sempre per quanto riguarda gli accertamenti fondati sui valori OMI, acquista particolare rilievo visto e

considerato che la legge Comunitaria 2008 ha stabilito, all'art. 24 (Legge 7 luglio 2009, n. 88), che agli Uffici non sarà più consentito svolgere rettifiche di tipo analitico fondate esclusivamente sulla base del valore normale degli immobili: i valori OMI. Il legislatore nazionale, in seguito alle indicazioni di messa in mora da parte della Commissione europea si è dovuto adeguare alla stessa. Infatti le disposizioni in oggetto, introdotte dal decreto «Visco-Bersani» nel 2006, risultavano essere in contrasto con le norme comunitarie che prevedono, per quanto riguarda la base imponibile dell'operazione IVA, che quest'ultima sia data, tranne espresse deroghe, dal corrispettivo versato o da versare al fornitore. Infatti, ogni qual volta la base imponibile dell'operazione è costituita dal corrispettivo della medesima, l'Ufficio deve effettuare l'eventuale rettifica sulla base di quello che, sulla base di prove certe e dirette, fondatamente risulta essere il corrispettivo dell'operazione e non sul valore presunto come quello risultante dal valore normale.

E' necessario citare sul punto uno dei principi cardine dell'IVA in forza del quale la base imponibile dell'operazione è data dal corrispettivo dovuto al cedente o al prestatore (art. 13 del D.P.R. n. 633/1972). Il principio del corrispettivo, così come sopra menzionato, viene derogato esplicitamente solo in particolari casi tipizzati dalla norma, per i quali viene utilizzato come base imponibile proprio il valore normale.

E' questo il caso che si riscontra per le cessioni gratuite, per l'autoconsumo, per l'assegnazione dei beni ai soci.

Nonostante riguardi ambiti impositivi differenti tale ultimo cambiamento, sancito dalla Comunitaria 2008, ha coinvolto anche le disposizioni inerenti le imposte dirette, anche se qui non era stata riscontrata nessuna corrispondenza con le disposizioni comunitarie.

Anche in casi come questi, la possibilità che i valori di accertamento così definiti possano generare il superamento delle soglie di punibilità è tutt'altro che peregrina. In particolare ci si chiede quale sia la sorte degli accertamenti emanati sotto il vigore del decreto Visco-Bersani e di conseguenza quale possa essere l'esito degli stessi anche in presenza dell'eventuale superamento delle soglie di punibilità.

Nel momento in cui la disciplina dei valori OMI entrò in vigore, fu stabilito che questa stessa, avendo valore procedimentale fosse retroattivamente applicabile. Parte della dottrina⁽⁸⁾ interrogandosi sul punto è giunta ad affermare che lo stesso principio dovrebbe avere ora parimenti applicazione ma in questo caso a favore del contribuente. In forza di tale ultima affermazione gli atti impositivi già emanati, che valutano i valori OMI come presunzione legale con la relativa inversione dell'onere della prova a carico del contribuente, dovranno essere annullati. Inoltre, in caso di giudizio pendente, se non si dovesse giungere all'estinzione dello stesso, il giudice dovrebbe riconoscere la valenza retroattiva della norma. Questo per quanto riguarda lo stato dell'arte.

Cambiando prospettiva, invece, la dottrina prima citata, interrogandosi sulla natura giuridica delle presunzioni e sul loro ambito di operatività per il futuro si chiede se i valori OMI, coadiuvati da qualche ulteriore elemento, possano rivestire natura di presunzione semplice. E' noto, infatti, come una presunzione semplice non necessiti di alcuna norma, essendo compito del giudice riscontrare l'eventuale presenza degli elementi della gravità, precisione e concordanza (propri delle presunzioni semplici) riguardanti il materiale probatorio portato al suo vaglio.

Già in passato, la Corte di cassazione, pronunciandosi in un caso analogo riguardante il valore delle stime effettuate dall'UTE, ha avuto modo di stabilire, con sentenza 28 luglio 2000, n. 9949, che queste stesse non sono di per sé idonee a fondare una rettifica *"ma possono essere vagliate nel contesto della situazione contabile ed economica dell'impresa e, ove concorrono con altre indicazioni documentali o presuntive (precise e concordanti), possono costituire validi elementi per la determinazione del reddito"*.

5) Conclusioni

In base a quanto sino ad ora sostenuto ed altresì alla luce delle recenti modifiche normative, la determinazione dell'imposta evasa ai fini relativi al riscontro di un eventuale superamento delle soglie di punibilità, spetterà esclusivamente al giudice penale il quale potrà giungere a determinazioni dei valori economici di riferimento, differenti, contrastanti o addirittura antitetici rispetto a quanto è stato stabilito in sede amministrativa essendo suo compito vagliare il superamento delle soglie di punibilità non già in modo presuntivo ma, al contrario, in modo concreto.

Alla luce di ciò, la recente giurisprudenza riprendendo un orientamento oramai consolidato, delinea ulteriormente il principio di separazione fra plessi normativi.

Viene sancita l'autonomia di ciascuno degli ambiti coinvolti sia per quanto riguarda procedimenti applicativi, sia per quanto riguarda valutazioni di responsabilità.

Inoltre, alla luce di tale giurisprudenza, il giudice sarà obbligato a valutare in concreto le risultanze del procedimento amministrativo ed a vagliare in modo critico i risultanti valori.

- 1) F. Tesauro, Istituzioni di diritto tributario, Torino, 2003, vol. I Parte generale p. 228 e ss. ;
- 2) G.Fiandaca, E.Musco, Diritto penale Parte generale, Bologna Zanichelli;
- 3) P. Corso, Corriere Tributario n. 10/2009 p. 744, *"La trasmigrazione delle regole non è consentita"*;
- 4) - R. Garofoli, Manuale di diritto penale Parte speciale II di, Milano, 2006, Giuffrè, p. 603;
- 5) P. Corso, Corriere Tributario n. 31/2008 p. 2524, *"Regole probatorie in tema di superamento della soglia di punibilità"*;
- 6) E. M. Catalano, *"Prove, presunzioni ed indizi"* in *"La prova penale"* diretto da A. Gaito, vol I, Torino, 2008, p. 253;
- 7) D. Deotto, Corriere Tributario n. 30/2009 p. 2449, *"Abrogate le rettifiche sulla base del valore normale per i trasferimenti immobiliari"*;
- 8) D. Deotto, *"Abrogate le rettifiche sulla base del valore normale per i trasferimenti immobiliari"*, cit.

Michele Rossi

Corte di Cassazione , Sez. III penale, 6 febbraio 2009, n. 5490

sul ricorso proposto dall'Avv. Ca.Me. difensore di fiducia di (Omissis) n. a Pa. il (...), avverso la sentenza in data 18.9.2007 della Corte di Appello di Milano, con la quale, a conferma di quella del Tribunale di Pavia il data 12.12.2006, venne condannato alla pena di mesi otto di reclusione, oltre alle pene accessorie, quale colpevole del reato di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 74/2000. Visti gli atti, la sentenza denunciata ed il ricorso; Udita in pubblica udienza la relazione del Consigliere Dott. Alfredo Maria Lombardi; Udito il P.M., in persona del Sost. Procuratore Generale Dott. Mario Fraticelli, che ha concluso per il rigetto del ricorso;

Udito il difensore, Avv. Ca. Me., che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con la sentenza impugnata la Corte di Appello di Milano ha confermato la pronuncia di colpevolezza di (Omissis) in ordine al reato di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 74/2000, ascrittogli, perché, quale legale rappresentante della ditta (Omissis), al fine di evadere l'imposta sui redditi, ometteva di presentare la dichiarazione relativa a detta imposta per l'anno 2000, pur essendovi obbligato per avere conseguito ricavi per un ammontare pari ad Euro 347.793,00, con la conseguente evasione dell'imposta sui redditi per l'importo di Euro 138.376,17.

Dagli accertamenti della GG.FF. era emerso che la società, della quale era responsabile legale il (Omissis), non aveva mai istituito le scritture contabili, né aveva mai presentato la dichiarazione dei redditi ovvero la dichiarazione IVA, pur essendo titolare di due conti correnti bancari sui quali erano stati eseguiti versamenti per il complessivo importo costituente i ricavi per l'anno di imposta di cui alla contestazione.

La sentenza impugnata ha rigettato i motivi di gravame con i quali l'appellante aveva dedotto che il calcolo dei ricavi doveva essere effettuato, detraendo dall'importo di Euro 347.793,00, quello erogato per gli acquisti pari ad Euro 303.853,00, con la conseguenza che l'utile effettivamente conseguito nell'anno 2000 ammontava ad Euro 44.120,00; che, inoltre, egli aveva ommesso di presentare la dichiarazione dei redditi, poiché il suo socio (Omissis) si era affidato ad uno studio di commercialista ed egli aveva ritenuto di poter vantare nei confronti del fisco un credito IVA, sicché nella specie doveva ritenersi inesistente l'elemento del dolo richiesto per la sussistenza del reato.

Sul primo punto, in particolare, la sentenza ha osservato che vi è carenza di prove in ordine alla destinazione dei prelievi effettuati dal C/C della società all'acquisto di materie prime necessarie per il funzionamento della azienda e, quindi, della esistenza di importi fiscalmente detraibili.

Avverso la sentenza ha proposto ricorso il difensore dell'imputato, che la denuncia per violazione di legge e vizi della motivazione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con un unico, articolato, mezzo di annullamento il ricorrente denuncia la violazione ed errata applicazione dell'art. 5 del D.Lgs n. 74/2000, nonché dell'art. 32 del DPR n. 600/73, omessa ed insufficiente motivazione circa un punto decisivo della controversia ed indebita inversione dell'onere della prova in ordine alla esistenza degli elementi oggettivo e soggettivo del reato.

In sintesi, si deduce che in ordine all'accertamento dell'elemento oggettivo del reato i giudici di merito hanno fatto propria la presunzione di cui all'art. 32 del DPR n. 600/73, secondo la quale tutti gli accrediti registrati sul conto corrente possono essere considerati ricavi dell'azienda; che, però, la norma citata regola i poteri ed i criteri di accertamento degli elementi attivi di reddito da parte degli uffici finanziari, attribuendo a detti uffici poteri discrezionali nella valutazione delle giustificazioni e della documentazione fornita dal contribuente; che le risultanze di detta valutazione non sono affatto intangibili e, in ogni caso, non possono costituire lo strumento per l'accertamento dell'ammontare della evasione fiscale penalmente rilevante.

Sul punto si osserva che la stessa GG.FF. aveva avvertito i giudici di merito che le proprie valutazioni discrezionali erano soggette a mutamento nel tempo; che da una attenta lettura degli accrediti sul conto corrente si sarebbe potuto rilevare che molti di essi erano costituiti da titoli versati salvo buon fine ed, infatti, ad essi corrispondevano undici addebiti per un totale di Lire 83.321.860 con la causale "storno per effetti insoluti e protestati"; che, inoltre, in relazione a numerosi prelevamenti, risultava indicato il beneficiario e la causale del pagamento, mentre la GGFF. ha costantemente affermato che la parte non era stata in grado di indicare i beneficiari dei pagamenti effettuati.

Sul punto si osserva conclusivamente che i giudici di merito si sono limitati a recepire acriticamente un risultato algebrico, intrinsecamente contraddittorio, senza sottoporlo ad adeguato vaglio critico.

Si aggiunge che il (Omissis) aveva consegnato alla GGFF. fatture che non sono state prodotte dalla pubblica accusa e delle quali la stessa pubblica accusa avrebbe dovuto dimostrare la irrilevanza.

Nel prosieguo del ricorso si deduce che vi è carenza di prove in ordine alla sussistenza della evasione tributaria ed all'ammontare dell'imposta ipoteticamente evasa.

Si osserva in proposito che le lavorazioni artigianali del tipo di quella esercitata dalla ditta (Omissis) necessitano di materie prime, il cui acquisto incide per il 50% sui ricavi con una redditività media del 30%; che inoltre tali aziende vantano abitualmente un credito IVA a causa della diversità di aliquota cui sono assoggettati i materiali acquistati ed il prodotto realizzato, sicché nella specie doveva ritenersi probabile che l'imputato nulla dovesse allo Stato a titolo di imposta sui redditi che la sentenza impugnata ha determinato l'ammontare dell'imposta sulla base della carenza di riscontri documentali, operando una sostanziale inversione dell'onere della prova.

Si osserva, poi, con riferimento all'elemento psicologico del reato, che la sentenza impugnata ha effettuato un'oggettivazione del dolo specifico richiesto dalla fattispecie criminosa, collegandolo al mero accertamento della inesistenza di un credito di imposta da parte dell'imputato, mentre non si è contestato l'assunto che questi fosse convinto di vantare un credito IVA; che inoltre si è attribuita all'imputato la responsabilità di non avere sorvegliato l'operato dei soggetti ai quali si era affidato per le questioni fiscali, confondendo il dolo specifico richiesto dal reato, che esclude anche la punibilità di condotte sostenute dal dolo meramente eventuale, con una ipotesi di culpa in vigilando.

Si osserva, infine, che la norma incriminatrice è entrata in vigore il 25 marzo 2000 e che parte della condotta ascritta all'imputato risale ai primi mesi di quell'anno, sicché il (Omissis) è stato condannato per una condotta in parte risalente ad epoca in cui non era vigente la sanzione penale.

Con memoria difensiva il ricorrente ha ribadito le precedenti censure con le quali erano stati dedotti vizi logici della motivazione della sentenza con particolare riferimento all'errata identificazione da parte dei giudici di merito dell'imponibile con i ricavi di impresa, senza tener conto dei costi di esercizio.

Il ricorso è fondato nei limiti che di seguito vengono precisati.

Preliminarmente, per il carattere pregiudiziale della relativa questione, osserva la Corte che i rilievi del ricorrente in ordine alla erronea applicazione da parte dei giudici di merito delle disposizioni in materia di successione delle leggi nel tempo sono manifestamente infondati.

La fattispecie criminosa, in cui va inquadrata la condotta dell'imputato, è quella prevista dalla legge (D.Lgs. n. 74/2000) vigente all'epoca in cui scadeva il termine per la presentazione della dichiarazione (anno 2001) e non certamente quella vigente all'epoca di percezione, peraltro solo parziale, dei redditi da dichiarare.

Sono altresì, infondate le censure afferenti a vizi di motivazione della impugnata sentenza in ordine alla esistenza dell'elemento psicologico del reato.

Nella pronuncia di primo grado, che, per l'uniformità della decisione integra quella di appello, si è puntualmente rilevato, quale elemento di riscontro in ordine all'esistenza del dolo specifico, che lo stesso imputato aveva dichiarato di avere ommesso, su consiglio di terzi, non indicati, di chiedere i rimborsi IVA

e, quindi, di effettuare la corrispondente dichiarazione, presupposto necessario perché sorga il diritto al rimborso, "perché questo avrebbe determinato controlli".

Sicché l'accertamento della esistenza del dolo specifico richiesto dalla fattispecie criminosa è stata fondata dal giudice di primo grado su una motivazione assolutamente esaustiva ed immune da vizi logici "attesa l'intenzione (dell'imputato) di omettere la dichiarazione dei redditi a fini di evasione di imposta".

E', invece, fondata la censura del ricorrente in ordine alla determinazione da parte dei giudici di merito dell'ammontare dell'imposta evasa.

Va in primo luogo precisato in punto di diritto che l'art. 32, comma primo n. 2), del DPR 29.9.1973 n. 600 contiene una presunzione legale di corrispondenza delle partite attive, risultanti dai rapporti del contribuente sottoposto a verifica con gli istituti di credito, con i ricavi dell'attività di impresa o professionale, in assenza della dimostrazione che le stesse "non hanno rilevanza" ai fini della determinazione del reddito soggetto ad imposta.

Detta presunzione, tuttavia, non opera in sede penale, sicché il giudice di merito deve motivare in ordine alle ragioni per le quali i dati della verifica effettuata in sede fiscale sono stati ritenuti attendibili.

E' stato, infatti, affermato sul punto da una recente pronuncia di questa Suprema Corte che "Ai fini dell'individuazione del superamento o meno della soglia di punibilità di cui all'art. 5 D.Lgs. n. 74 del 2000, spetta esclusivamente al giudice penale il compito di procedere all'accertamento e alla determinazione dell'ammontare dell'imposta evasa, attraverso una verifica che può venire a sovrapporsi o anche ad entrare in contraddizione con quella eventualmente effettuata dinanzi al giudice tributario." (sez. III, 26.2.2008 n. 21213, De Cicco, RV 239984).

Con la stessa pronuncia è stato inoltre precisato che, ai fini dell'accertamento in sede penale, deve darsi prevalenza al dato fattuale reale rispetto ai criteri di natura meramente formale che caratterizzano l'ordinamento tributario (sent. cit. RV 23983).

Va inoltre osservato che, ai fini della determinazione del reddito imponibile, i giudici di merito dovevano, in ogni caso, tener conto dei costi d'esercizio fiscalmente detraibili sostenuti dalla azienda.

In sede penale, peraltro, il giudice non può applicare le presunzioni legali, sia pure di carattere relativo, o i criteri di valutazione validi in sede tributaria, limitandosi a porre l'onere probatorio in ordine alla esistenza di costi deducibili a carico dell'imputato.

Deve, invece, procedere di ufficio agli accertamenti del caso, eventualmente mediante il ricorso a presunzioni di fatto.

La sentenza impugnata deve essere, pertanto, annullata con rinvio per una valutazione di merito che tenga conto degli enunciati principi di diritto ai fini dell'accertamento dell'ammontare dell'imposta evasa e, quindi, del superamento della soglia di punibilità di cui all'art. 5 del D.Lgs n. 74/2000.

P.Q.M.

La Corte annulla la sentenza impugnata con rinvio ad altra sezione della Corte di Appello di Milano.

