

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 EFFICIENZA E EFFICACIA DEL SISTEMA GIUDIZIARIO: UN APPROCCIO MULTILIVELLO
di Maria Luisa Tufano
- 9 LE RECENTI STRATEGIE REPRESSIVE CONTRO LE TOSSICODIPENDENZE A FAVORE DI UN NUOVO WELFARE PENALE
di Mita Marra, Pasquale Troncone
- 25 TRASPORTI E LOGISTICA: IL NUOVO RUOLO DEGLI AIUTI DI STATO
di Sara Pugliese
- 37 GLI AVVOCATI E L'OBBLIGO DI COLLABORAZIONE CON LE AUTORITÀ NAZIONALI RESPONSABILI PER LA LOTTA CONTRO IL RICICLAGGIO
di Umberto Aleotti
- 57 SUDDITANZA DELLA DONNA E PRATICA DELL'INFIBULAZIONE NON SONO SUFFICIENTI PER DICHIARARE LO STATUS DI RIFUGIATO
di Giulia Malinconico
- 67 TRUST INTERNO E ATTO DI DESTINAZIONE EX ART. 2645 TER C.C.
di Carlo Magri
- 73 GLI "ATTI DI DESTINAZIONE" EX ART. 2645-TER DEL CODICE CIVILE: ASPETTI CIVILISTICI
di Giuseppina Simioli

GIURISPRUDENZA - CASI PRATICI - DOCUMENTAZIONE

- 89 L'IMPOSTA SARDA SUGLI AEROMOBILI E SULLE UNITÀ DA DIPORTO: L'AVVOCATO GENERALE NE EVIDENZIA ILLEGITTIMITÀ COMUNITARIA
- 93 CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE JULIANE KOKOTT DEL 2 LUGLIO 2009 - CAUSA C 169/08 (PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI CONTRO REGIONE AUTONOMA DELLA SARDEGNA)

Efficienza e efficacia del sistema giudiziario: un approccio multilivello*

di Maria Luisa Tufano**

Il titolo del convegno "Efficienza, Efficacia ed Economicità del sistema giudiziario italiano: la prospettiva economico-aziendale" presuppone l'acquisizione di un approccio innovativo per il giurista in quanto si fonda su una concezione di giustizia non solo come "potere" ma anche come "servizio". Ciò comporta due priorità, l'utilizzazione al meglio delle risorse disponibili e la riduzione dei tempi del processo, per il cui raggiungimento sono indispensabili, invero, non solo interventi organizzativi ma anche procedurali¹.

Queste esigenze, in realtà, erano emerse già da tempo sulla spinta sia del Consiglio d'Europa che dell'Unione europea e, a ben vedere, esse costituiscono l'altra faccia di un'espressione più familiare ai giuristi: la "tutela giudiziaria piena ed effettiva".

Nell'ambito del Consiglio d'Europa, il problema è ben presente emerso in sede di applicazione dell'art. 6 §1, della CEDU del 1950, che riconosce, tra l'altro, a ciascun individuo il diritto a che le cause siano decise in un tempo ragionevole². Ed è noto che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha delineato i criteri in base ai quali valutare la ragionevole durata del processo, individuando, in particolare, il momento iniziale e finale del computo del tempo, nonché le c.d. "soglie di attenzione", ovvero i tempi standard il cui sfioramento, sia pur rapportato al singolo tipo di procedimento, comporta da parte della Corte un controllo più

* Intervento al convegno "Efficienza, Efficacia ed Economicità del Sistema Giudiziario Italiano: la prospettiva economico-aziendale", Università degli Studi di Napoli "Parthenope", 19 giugno 2009.

** Ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

¹ *Relazione del Primo Presidente della Cassazione in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2009*, disponibile al link <http://www.giustizia.it/newsonline/speciale95.htm>, p. 6 ss. Per un approccio pionieristico cfr. C. CASTELLANO, C. PACE, G. PALOMBA, *L'efficienza della giustizia italiana e i suoi effetti economico-sociali*, Bari, 1968. Più di recente, cfr. L. BERTHIER, H. PAULIAT, *Administration and management of judicial systems in Europe, Study by the Observatoire des Mutations Institutionnelles et Juridiques, University of Limoges, CEPEJ Studies n. 10*, pp. 3 ss., p. 33; C. DE ROSE, *Indipendenza, efficienza e ruolo dei giudici in Europa: sintesi di due recenti documenti pubblicati a Strasburgo*, in *Il Consiglio di Stato*, 1996, pp. 1547 ss.; N. LONGO, *L'efficienza produttiva dei TAR secondo l'analisi delle dominanze EDA-FDH*, in *Tribunali amministrativi regionali*, 2000, pp. 281 ss.; S. CHIARLONI, *La riforma dell'ordinamento giudiziario tra necessità di efficienza e minacce all'indipendenza*, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, pp. 1985 ss.; A. RACANELLI, *Riformare il processo e non i magistrati*, in *La Magistratura*, 2008, vol. 2, p. 132 ss., p. 144; M. RUVOLO, L. PETRUCCI, *Il processo veloce, il processo giusto. La riforma dei tempi della giustizia civile*, in *La Magistratura*, 2008, vol. 2, p. 246 ss.; R. CHIEPPA, *Giustizia amministrativa, efficienza e pubblica amministrazione*, in *Foro amministrativo*, 1996, pp. 2500 ss.

² Cfr. L. DE MATTEIS, *Quale ragionevole durata? Una prospettiva europea*, in *La Magistratura*, vol. 2, 2008, pp. 158 ss.

attento delle circostanze del caso concreto, quali la complessità del giudizio, il comportamento delle parti durante il procedimento, la diligenza impiegata dall'autorità giurisdizionale³.

Questa giurisprudenza ha riguardato soprattutto l'Italia che, a seguito di numerose condanne per violazione dell'art. 6, §1, CEDU, nel 1999 ha proceduto alla modifica dell'art. 111, comma 2 della Costituzione, introducendo, tra l'altro, il principio della ragionevole durata del processo⁴. Successivamente, al fine di deflazionare il carico di lavoro della Corte di Strasburgo, la c.d. legge Pinto⁵ ha trasferito sul piano interno il sistema di risarcimento del danno causato dalla violazione del principio sancito dall'art. 6, §1 CEDU.

I risultati di questa legge si sono rivelati, tuttavia, insoddisfacenti. Alla persistente duplicazione delle spese per l'esercizio della giustizia, prima per celebrare processi estenuanti, poi per risarcire dell'attesa coloro che vi sono coinvolti, si è aggiunto un distorto utilizzo del processo da strumento volto a risolvere una controversia e ad accertare la regola applicabile a strumento teso piuttosto ad assicurare, tramite condotte dilatorie delle parti, utilità del tutto estranee alla sua funzione. In più, per quanto si tratti di meri procedimenti camerati, i procedimenti ai sensi della legge Pinto sovraccaricano alcune Corti territoriali. Basti pensare che negli anni 2001-2008 i procedimenti definiti dalle Corti di Appello per denunciare il ritardo di altri processi sono stati 38.000 circa. E si assiste, purtroppo, anche alla c.d. azione "Pinto su Pinto", a seguito di una duplicazione dei ritardi, cumulandosi a quelli del processo principale anche quelli del "procedimento Pinto". A tutto questo si aggiungono, poi, i ritardi relativi alla fase dell'esecuzione⁶.

La conseguenza è che le sentenze contro l'Italia pronunciate dalla Corte di Strasburgo sono aumentate e hanno riguardato non solo la mancata applicazione dei criteri da quest'ultima indicati per la valutazione della ragionevole durata del processo, ma anche l'inadeguatezza dell'indennizzo e l'eccessiva durata dei tempi del procedimento previsto per porvi rimedio, nonché il ritardo nella corresponsione dell'indennizzo.

Né la situazione è migliorata con la c.d. legge Azzolini⁷ che reca "disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo", né con il successivo

³ Cfr. M. PANEBIANCO, *Diritto alla giustizia e al tempo ragionevole del processo*, in *Festschrift für Eric Jayme*, Munchen, 2004; N. LETTIERI, *Appunto sui principi della giurisprudenza europea in tema di eccessiva durata procedurale*, in <http://www.cortedicassazione.it/Europa/DocumentiUE/DocumentiUE.asp>; M. CHIAVARIO, *Giustizia europea e processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi*, in *La Magistratura*, 2008, vol. 2, p. 6 ss.; L. DE MATTEIS, *Quale ragionevole durata*, cit. p. 158 ss.

⁴ Articolo 111 Cost. "La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata (...)". Cfr. M. MENGOZZI, *Giusto processo e processo amministrativo*, Milano, 2009, pp. 3 ss.; S. CHIARLONI, *Riforma dell'ordinamento giudiziario, efficienza nell'amministrazione della giustizia, indipendenza della magistratura*, in *Diritto pubblico*, 2003.

⁵ L. 24 marzo 2001, n. 89, in *GURI* n. 78 del 3 aprile 2001; B. RANDAZZO, *Equa riparazione e ragionevole durata del processo: giurisprudenza italiana ed europea a confronto*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2003, pp. 175 ss..

⁶ *Relazione del Primo Presidente*, cit., pp. 28 ss.; In riferimento alle perplessità sollevate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla legge Pinto, cfr. C. SANNA, *La durata ragionevole dei processi nel dialogo tra giudici italiani ed europei*, Milano, 2008, pp. 130 ss.;

⁷ Legge 9 gennaio 2006, n. 12, in *GURI* n. 15 del 19 gennaio 2007.

decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 1° febbraio 2007⁸ che, dettando misure per l'esecuzione della legge, ha attribuito al Presidente del Consiglio dei Ministri, per il tramite del Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, la cura di tutti gli adempimenti conseguenti alle pronunce della Corte europea dei Diritti dell'Uomo. Invero, nonostante il Dipartimento abbia fatto frequente ricorso alla possibilità di risoluzione in via transattiva dei contenziosi pendenti dinanzi alla Corte Europea, prevista agli artt. 38 e 39 della Convenzione, con riduzione degli esborsi a carico dell'erario e miglioramento dell'immagine dell'Italia, la Corte continua a pronunciare sentenze contro il nostro Paese. Cito, più di recente, la sentenza *Simaldone*⁹ del marzo 2009, la sentenza *Di Pasquale* del giugno 2009¹⁰ e, da ultimo, la sentenza *Miccichè e Guerrera*¹¹.

Da questo affresco emerge che i rimedi sinteticamente illustrati non costituiscono certo un massimo virtuoso cui aspirare.

Ciò è tanto più allarmante se si considera che le conseguenze dei ritardi della giustizia vanno ben al di là dei costi, finendo col ripercuotersi sulla competitività stessa del nostro Paese. L'Italia, infatti, compare in netto distacco rispetto agli altri Paesi europei nei rapporti che considerano tra gli indicatori di attrattività degli investimenti anche la durata media dei procedimenti civili. Mi riferisco in particolare al Rapporto *Doing Business* 2009 della Banca mondiale, da cui risulta che, mentre gli altri Paesi europei sono tra i primi 50, l'Italia è 156° su 181 Paesi, preceduta da Sao Tomè e Principe, e seguita da Gibuti¹².

La necessità di individuare rimedi intesi non tanto a risarcire le inefficienze quanto piuttosto a rimuoverne le cause, ha indotto il Consiglio d'Europa già nel 2002 a istituire un organo consultivo e valutativo, la *Commission européenne pour l'efficacité de la justice* (CEPEJ)¹³, con il compito di elaborare possibili proposte tese a migliorare la situazione esistente¹⁴.

In questa prospettiva, con il programma quadro del 2005 "Un nuovo obiettivo per i sistemi giudiziari: il trattamento di ogni affare in tempo ottimale e prevedibile", la CEPEJ ha rivolto

⁸ GURI n. 83 del 10 aprile 2007.

⁹ Cour Européenne des droits de l'homme, 31 mars 2009, *Affaire Simaldone c. Italie* (Requête n° 22644/03).

¹⁰ Cour Européenne des droits de l'homme, 31 Mars 2009, *Affaire Di Pasquale c. Italie* (Requête n° 27522/04). C. CIUFFETTI, La legge n. 89 del 2001 a Strasburgo, tra luci della ribalta e prove di resistenza: dalla decisione Brusco c. Italia del 6 settembre 2001 alla sentenza Simaldone c. Italia del 31 marzo 2009, in *Federalismi*, 2009, n. 9, disponibile al sito www.federalismi.it; A. FALCONI, *La CorEDU muove un avvertimento in merito all'effettività del "rimedio Pinto"*, in *Labdif*, 5 maggio 2009, disponibile al sito <http://www.labdif.org/?p=765>.

¹¹ Cour Européenne des droits de l'homme, 8 décembre 2009, *Affaire Miccichè et Guerrera c. Italie*, (Requête n° 28987/04).

¹² http://www.doingbusiness.org/Documents/FullReport/2009/DB_2009_English.pdf.

¹³ http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/default_fr.asp

¹⁴ Cfr. D. PIANA, *La professione del magistrato*, cit., in *La Magistratura*, 2008, vol. 2, p. 194 ss., 200 ss. Di particolare interesse l'attività di raccolta e monitoraggio dati svolta dal CEPEJ. Nel dicembre del 2004, la Commissione, infatti, ha adottato per la prima volta un rapporto intitolato "Sistemi giudiziari europei: fatti e cifre", mirante a fornire i dati relativi al funzionamento dei sistemi giudiziari di 40 Stati membri del Consiglio d'Europa. La Commissione ha osservato gravi lacune e inefficienze nei diversi sistemi giudiziari europei, tra i quali spicca la condizione del sistema italiano. Dai dati forniti si evince che il nostro paese, nonostante un cospicuo dispendio di risorse pubbliche a favore della "macchina giudiziaria", è uno degli Stati con le performance peggiori in termini di efficienza e lungaggini procedurali. Questi dati sono confermati dai successivi rapporti del 2006 e del 2008, aventi ad oggetto, questa volta, l'analisi dei sistemi giudiziari di 45 dei 47 Stati del Consiglio d'Europa.

raccomandazioni agli Stati sia per la regolazione che per la gestione del servizio giustizia¹⁵. Da un lato, essa ha invitato gli Stati a procedere allo studio di meccanismi dissuasivi e addirittura sanzionatori degli abusi del “processo”, con maggiore attenzione alla qualità delle procedure. Dall’altro, la CEPEJ ha sottolineato la necessità di riqualificazione delle risorse umane e di definizione, attraverso progetti pilota, di standard ottimali di durata dei procedimenti. Ma non solo, raccomandazioni sono state rivolte anche agli altri attori della giustizia in vista della partecipazione di tutti i soggetti interessati all’amministrazione dei tribunali, in particolare, alla classe forense, affinché acquisisca una maggiore responsabilità nel contenimento della proliferazione di cause, e al personale amministrativo, affinché sia maggiormente coinvolto nella gestione degli affari giurisdizionali¹⁶.

Quanto all’Unione europea, la tutela piena ed effettiva dei diritti di origine comunitaria, configurata dalla Corte di giustizia fin dai primi anni ‘60 come un principio generale di diritto comunitario, ha mostrato i suoi aspetti problematici in situazioni in cui l’autonomia istituzionale e procedurale degli Stati membri comportava difficoltà nella concreta attuazione del diritto comunitario negli ordinamenti giuridici nazionali. È noto che la giurisprudenza della Corte ha cercato di far fronte a tali difficoltà¹⁷.

A partire, poi, dagli anni ‘90 la sensibilità della Corte di giustizia nel garantire la tutela piena ed effettiva ha avuto risvolti anche in termini di ragionevole durata del processo sia pur con riferimento al contenzioso pendente dinanzi agli stessi giudici comunitari¹⁸. Col passare del tempo, infatti, le corti comunitarie hanno dovuto confrontarsi con un carico di lavoro sempre maggiore, evidentemente determinato dal progressivo aumento dei ricorsi. Ed è noto che, per far fronte a questa esigenza, sono stati predisposti rimedi di diverso genere, tutti tesi ad aumentare il grado di efficienza del processo comunitario¹⁹.

¹⁵ Cfr. G. ICHINO, *Durata irragionevole, durata prevedibile e durata ottimale dei processi (le linee di azione indicate dalla commissione europea per l'efficienza della giustizia)*, in *Questione Giustizia*, 2007, pp. 3 ss.

¹⁶ *Relazione del Primo Presidente*, cit., p.16 ss.; cfr. L. DE MATTEIS, *Quale ragionevole durata?*, cit., p. 164 ss. Sulle funzioni del CEPEJ, cfr. anche G. NATOLI, *Analyse et propositions sur la méthode de collecte des données par la CEPEJ*, in *La Magistratura*, 2008, vol. 2, p. 132 ss., pp. 174 ss.

¹⁷ Cfr., più di recente, G. ANAGNOSTARAS, *The incomplete state of Community harmonisation in the provision of interim protection by the national courts*, in *ELR*, Vol. 33, No. 4, 2008, pp. 586 ss.

¹⁸ Corte giust. 17 dicembre 1998, causa C-185/95, *Baustahlgewebe c. Commissione*, in *Racc.*, p. 3047 ss.; 15 ottobre 2002, cause riunite C 238/99, C 244/99, C 245/99, C 247/99, C 250/99, C 252/99, C 254/99, *Limburgse Vinyl Maatschappij e altri c. Commissione*, in *Racc.*, p. 8375 ss.; 2 ottobre 2003, C 194/99, *Thyssen Stahl c. Commissione* in *Racc.*, p. 10821 ss.; 2 ottobre 2003, causa C 195/99, *Krupp Hoesch c. Commissione*, in *Racc.*, p. 10937 ss.; 2 ottobre 2003, causa C 196/99, *Siderurgica Aristrain Madrid SL c. Commissione*, in *Racc.*, pp. 11177 ss.; 25 gennaio 2007, cause riunite C-403/04 e C 405/04, *Sumitomo Metal Industries c. Commissione*, in *Racc.*, p.1-729 ss. Cfr., tra gli altri, M. VARJU, *The Right to Effective Judicial Protection in Community Law: Intervention before Community Courts*, in *Acta Juridica Hungarica, Akadémiai Kiadó*, Vol. 46, Numbers 1-2, 2005, pp. 51 ss..

¹⁹ Un ruolo determinante in quest’ottica è stato svolto dal Trattato di Nizza, il quale è prima di tutto intervenuto sulla struttura del sistema giurisdizionale, introducendo la possibilità di istituire delle camere specializzate da affiancare al Tribunale di primo grado, cui vengono attribuite competenze giurisdizionali in alcuni specifici settori¹⁹. Un ulteriore rimedio, volto a ridurre i tempi processuali, è rappresentato dall’ampliamento delle ipotesi in cui la Corte di Giustizia può statuire senza che siano necessarie le conclusioni dell’avvocato generale. Alla medesima esigenza risponde anche la contemplata possibilità per la Corte di decidere la causa senza udienza, facendo quindi a meno della discussione orale dinanzi a sé. Infine, con il Trattato di Nizza è stata altresì introdotta una clausola abilitante il Tribunale di primo grado a condividere con la Corte di giustizia, limitatamente ad alcune materie, la competenza in materia di rinvio pregiudiziale. Cfr. C. SANNA, *La durata ragionevole dei processi*, cit., pp. 117 ss.

Quanto ai sistemi giudiziari degli Stati membri, la spinta all'ammodernamento e all'efficienza, avviata nell'ultimo decennio, è stata invero conseguenza dell'obiettivo, che l'Unione si è posta a partire dal trattato di Maastricht, della creazione dello spazio giudiziario europeo, e si è estrinsecata soprattutto nella cooperazione giudiziaria sia in materia civile²⁰, nell'ambito del pilastro comunitario, sia in materia penale, nell'ambito del c.d. terzo pilastro²¹.

Sul piano degli interventi normativi, in una logica *top down*, il contributo allo sforzo di snellimento delle procedure si è concretizzato, in materia civile, in vari regolamenti che hanno dettato una disciplina uniforme relativamente alla competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale²², alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali²³, ed extracontrattuali²⁴, al procedimento europeo di ingiunzione di pagamento²⁵, al procedimento per le controversie di modesta entità²⁶. Nell'ottica della deprocessualizzazione, è stata adottata nel 2008 la direttiva relativa alla mediazione in materia civile e commerciale²⁷. Poco si è fatto in materia penale. Quale intervento rilevante ai nostri fini, cito la decisione quadro sul mandato di arresto europeo²⁸.

Per converso, sono proliferati interventi che rispondono ad una logica *bottom up*. Penso a quelli che, nella metà degli anni '90, hanno portato alla istituzione di Europol²⁹, Eurojust³⁰, Rete giudiziaria europea³¹, Magistrati di collegamento³².

Più di recente, la Commissione europea, dal canto suo, sta concentrando le energie, anche finanziarie, sui "rimedi culturali"³³, quali scambio di esperienze e di cooperazione, in definitiva, sulla formazione giudiziaria³⁴. Il termine va inteso secondo un'accezione ampia, includendo, oltre a corsi e seminari, un processo di comunicazione tra magistrati che ha lo scopo di creare

²⁰ Cfr. S. CARBONE, *Lo Spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, Torino, 2009.

²¹ Cfr. M. GAUTIER, *L'influence du modèle communautaire sur la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures*, Bruxelles, 2003.

²² Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

²³ Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

²⁴ Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell' 11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II).

²⁵ Regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento.

²⁶ Regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell' 11 luglio 2007, che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità.

²⁷ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

²⁸ 2002/584/GAI: Decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri - Dichiarazioni di alcuni Stati membri sull'adozione della decisione quadro. Per una disamina completa dei principali strumenti volti allo snellimento processuale, si veda G. CUNIBERTI, *The first stage of the abolition of the exequatur in the European Union*, in HeinOnline – 14 Colum. J. L. 371 2007-2008.

²⁹ <http://www.europol.europa.eu/>

³⁰ <http://www.eurojust.europa.eu/>

³¹ http://ec.europa.eu/civiljustice/index_it.htm

³² 96/277/GAI: Azione comune, del 22 aprile 1996, adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, relativa ad un quadro di scambio di magistrati di collegamento diretto a migliorare la cooperazione giudiziaria fra gli Stati membri dell'Unione europea.

³³ Sull'importanza dei "rimedi culturali" e della creazione di una "cultura della giurisdizione", cfr. *Relazione del Primo Presidente della Cassazione*, cit., pp. 49 ss.

³⁴ Cfr. D. PIANA, *La professione del magistrato*, cit., p. 196 ss.

una cultura comune, ovvero di contribuire in modo significativo alla "costruzione dell'Europa attraverso il diritto". Si vanno, così, moltiplicando le esperienze comuni di studio e di riflessione, come l'incontro dello scorso settembre in Germania, relativo, in particolare, all'incidenza del diritto europeo sul processo penale. Sono finanziati inoltre programmi di formazione intesi a consentire *stages* presso autorità giudiziarie straniere come il "Programma di scambio per le Autorità Giudiziarie".

Le iniziative intese a favorire la formazione di una cultura giudiziaria comune stanno diventando anche trasversali tra Consiglio d'Europa e Unione europea. Così, la Commissione europea ha istituito nel febbraio 2008 un *forum* di discussione sulle politiche e sulle prassi dell'UE nel settore della giustizia, cui è invitato a partecipare anche un rappresentante della CEPEJ. Emerge anche qualche iniziativa comune, quale, ad esempio il concorso annuale "Bilancia di cristallo", che premia le migliori pratiche utilizzate nei tribunali europei.

Che il sistema giudiziario italiano non possa più essere concepito come una monade chiusa in sé stessa è di tutta evidenza. Di conseguenza, un suo fallimento in termini di efficienza ed efficacia non è un fatto puramente interno, ma può produrre una distorsione nell'ambito dello spazio giudiziario europeo che si sta faticosamente costruendo. È necessario, dunque, che il tema sia affrontato con un approccio multilivello, cioè che tenga conto delle spinte derivanti dal livello internazionale e comunitario.

In questa prospettiva non mancano gli sforzi di innovazione all'interno del sistema.

Sul fronte procedurale, a partire dal 2006³⁵, la Corte di cassazione sta fornendo il suo contributo affinché il principio della ragionevole durata del processo prenda corpo. Sono state, così, reinterpretate dalla Suprema Corte alla luce di questo principio alcune norme processuali e sono stati rivisitati alcuni istituti processuali volti a favorire la contrazione dei tempi. Penso, ad esempio, alla sentenza del 2008 delle Sezioni Unite civili in materia di tempestività dell'eccezione di difetto di giurisdizione che ha stravolto un cardine del processo civile in nome della ragionevole durata del processo³⁶.

Sul fronte organizzativo, oltre alla nuova disciplina sulla dirigenza degli uffici giudiziari, introdotta con il D. Lgs. 240/2006³⁷, possono annoverarsi i Programmi Esecutivi di Azione del Ministero della Giustizia, tesi alla formazione del personale, alla razionalizzazione del debito da ritardata giustizia, alla diffusione del processo civile telematico³⁸.

Processi di autoorganizzazione sono stati avviati da alcuni anni sia dalla Corte di cassazione che da alcune Istituzioni giudiziarie territoriali per l'ottimizzazione dei processi interni di gestione e trattamento delle pratiche giudiziarie, nonché per il miglioramento del rapporto con l'utenza, anche con l'utilizzo di nuove tecnologie. Cito l'esperienza del Tribunale di

³⁵ D. Lgs. N. 40 del 2 febbraio 2006 in *GURI* n. 38 del 15 febbraio 2006 Suppl.

³⁶ Cass. Civ. SS UU, Sentenza 09 ottobre 2008, n. 24883; R. CAPONI, *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevanza del difetto di giurisdizione)*, in *Corriere Giuridico*, 2009, 3.

³⁷ *GURI* n. 175 del 29 luglio 2006 - Supplemento

³⁸ Cfr. <http://www.giustizia.it/ministro/uffstampa/indice.htm>

Torino³⁹, quella di Bari, sede pilota del PCT, nonché quella della Procura di Bolzano, divenuta oggetto del Progetto interregionale/transnazionale, a valere su Fondi FSE, "Diffusione di *best practice* presso gli uffici giudiziari italiani", che le è valso per il controllo di gestione l'ottenimento di una certificazione di qualità ISO 9001.

Ciononostante, dalla relazione del 2008 della CEPEJ, su dati 2006, emerge che, a fronte degli ingenti stanziamenti per l'ammodernamento, in Italia il livello di informatizzazione del sistema giudiziario è ancora basso e la lunghezza media dei processi è ancora eccessiva⁴⁰.

Un contributo alla semplificazione dovrebbe derivare dalla riforma del processo civile approvata di recente⁴¹, intesa a ridurre il *gap* tra "offerta" e "domanda" di giustizia e ad accelerare i giudizi, snellendone le fasi. Si pensi, *in primis*, al nuovo procedimento sommario di cognizione⁴², il cui scopo è quello di innestare uno strumento processuale più rapido al fine di definire tutte le controversie che, pur non richiedendo lo svolgimento di un'istruzione completa nell'ambito dell'ordinario giudizio di cognizione, sono prive dei presupposti probatori per il ricorso al procedimento monitorio⁴³. Tra le ulteriori novità di rilievo, possono annoverarsi le misure di coercizione indiretta ispirate al modello delle cc.dd. *astreintes* francesi. Si tratterebbe essenzialmente di un meccanismo di rafforzamento delle condanne giudiziali aventi ad oggetto obblighi di fare infungibili o obblighi di non fare, prevedendo che, con il provvedimento di condanna, il giudice abbia la facoltà di determinare la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento⁴⁴. Accenno, inoltre, alla c.d. sezione "filtro"⁴⁵ mediante la quale la Cassazione, esprimendo un preventivo giudizio sull'ammissibilità dei ricorsi, può respingere proprio quelli in cui è manifestatamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo. Si segnalano, infine, tra gli strumenti di nuovo conio, che potrebbero forse aprire uno spiraglio verso un sistema processuale civile più "efficace ed efficiente": la mediazione, finalizzata a una conciliazione stragiudiziale delle parti; la prova testimoniale scritta, previo accordo tra le parti; la fissazione, da parte del giudice, del calendario del processo e, infine, una serie di termini perentori, previsti dunque a pena di decadenza, per sollecitare le parti a presentare tempestivamente e celermente le proprie linee difensive (ad esempio, in tema di competenza per territorio derogabile, il convenuto è tenuto ad eccepire l'incompetenza nella comparsa di costituzione e risposta tempestivamente depositata)⁴⁶.

³⁹ Consiglio Superiore della Magistratura, Commissione per il tirocinio e la formazione professionale. Incontro di studio sul tema "L'organizzazione del lavoro del giudice", Roma, 11-13 luglio 2007, disponibile al sito <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/14699.pdf>

⁴⁰ Cfr. CEPEJ, *European Judicial systems. Edition 2008 (data 2006) : Efficiency and quality of justice*, disponibile al sito [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ\(2008\)Evaluation&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=DGHL-CEPEJ&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ(2008)Evaluation&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=DGHL-CEPEJ&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6), p. 84 ss., p. 87.

⁴¹ Legge n. 69 del 18 giugno 2009, in *GURI* n. 140 del 19 giugno 2009.

⁴² Artt. 702-bis - 702-quater

⁴³ Artt. 633 e ss. c.p.c.

⁴⁴ Art. 614-bis c.p.c.

⁴⁵ Sulla necessità di un "filtro" delle controversie, v. la *Relazione del Primo Presidente della Cassazione*, cit., p. 38.

⁴⁶ Ad onor di completezza, si ritiene che siano ancora da intendersi, nell'ottica di una più ragionevole durata del processo civile, i ritocchi riguardanti le norme sottese alla regolamentazione delle spese di lite in tema, ad esempio, di

Allo stato, non resta altro che auspicare che le riforme già implementate e quelle ancora in corso di elaborazione siano effettivamente in grado di recepire gli *input* del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea in vista di una giustizia più equa, efficace ed efficiente che, oltre che un servizio, costituisca un vero e proprio strumento di democrazia.

responsabilità aggravata, nonché gli innalzamenti dei poteri sanzionatori dei giudici, per chi, a vario titolo, rallenti la durata fisiologica del procedimento.

Le recenti strategie repressive contro le tossicodipendenze a favore di un nuovo welfare penale

di Mita Marra*, Pasquale Troncone**

SOMMARIO: Introduzione - 1. - La necessità di un approccio transdisciplinare. 2. - La complessità del problema tossicodipendenza e gli interventi di repressione penale. 3. - La trasformazione del *welfare penale*: l'importanza dei metodi integrati. 4. - Uno schema analiticoconcettuale per un nuovo approccio di *welfare penale*.

Il presente lavoro intende proporre uno schema concettuale utile a ripensare l'approccio del cosiddetto *welfare penale* nel campo della lotta alle tossicodipendenze¹. Il nostro ragionamento prende le mosse dalla constatazione che la repressione del fenomeno attraverso il carcere non garantisce percorsi di riabilitazione efficaci e sostenibili nel tempo. Diversamente, la complessità del problema tossicodipendenza con le sue implicazioni di natura penale chiama a raccolta competenze disciplinari e saperi istituzionali diversi da integrare sistematicamente al fine di predisporre soluzioni personalizzate centrate sui bisogni del tossicodipendente e sul benessere della collettività.

Il presente lavoro è organizzato nel modo seguente. Il primo paragrafo delinea l'approccio transdisciplinare adottato nell'analisi dei fenomeni della tossicodipendenza e nella formulazione delle politiche di riabilitazione e di repressione. Il secondo paragrafo analizza la relazione tra tossicodipendenza, fenomeni criminosi e misure detentive. Nel terzo paragrafo, l'analisi giuridica ricostruisce le trasformazioni che si sono succedute nel campo del welfare penale, prendendo in considerazione, in particolare, la recente disciplina del lavoro di pubblica utilità. Il quarto paragrafo presenta uno schema analitico-concettuale utile a riformulare le politiche di *welfare penale* in presenza di elevata eterogeneità individuale e differenziazione dei contesti socioeconomici e politico-istituzionali.

1. - La necessità di un approccio transdisciplinare (Mita Marra)

Questo lavoro supera impostazioni disciplinari prettamente specialistiche (giuridiche, economiche, sociologiche, psicologiche e mediche) che non sono più in grado di render conto

* CNR - Università di Salerno

** Università di Napoli Federico II

dell'evoluzione del problema legato alle tossicodipendenze sia sul piano individuale che istituzionale su scala micro e macro, di intercettare tendenze contraddittorie esistenti (come ad es., disagio psichico-sociale e patologie biochimiche, processi di riabilitazione e recidività della dipendenza) -- e fattori relazionali (come ad es., il servizio sociale come relazione non standardizzabile tra operatore e tossicodipendente), di affrontare la complessità dei sistemi politico-economico-istituzionali multi-livello soggetti ad incertezza² – si pensi all'azione integrata dei SerT, degli istituti penitenziari, degli UEPE, dei servizi sociali e delle comunità terapeutiche.

L'approccio transdisciplinare proposto in questo articolo fonde gli angoli di visuale complementari del diritto e dell'economia per analizzare con maggiore realismo i processi di formulazione ed attuazione di politiche di *welfare penale* adeguate ad affrontare la complessità legata ai fenomeni delle dipendenze. L'obiettivo consiste nel presentare una prospettiva che componga l'analisi dinamica delle relazioni che intervengono tra le istituzioni pubbliche e private con l'individuazione delle caratteristiche delle dipendenze e dei vincoli culturali, istituzionali e socioeconomici che diverse condizioni contestuali presentano. La necessaria ricerca di un nuovo equilibrio dei fattori economici e sociali in un contesto globalizzato, pone attualmente il problema di armonizzare le diverse scelte di politica criminale, costituite da risposte di concreta penalità e di prevenzione del crimine, con il rispetto dei diritti fondamentali della persona umana sanciti dalla Carta Costituzionale della Repubblica italiana.

La sede naturale delle iniziative di tutela e di sviluppo di politiche per la persona è tradizionalmente considerata quella del *welfare* anche se il fallimento delle politiche di puro assistenzialismo impongono oggi di ragionare in termini di risorse destinate a interventi interistituzionali per favorire iniziative che impongano l'integrazione tra diverse discipline. Un nuovo orizzonte progettuale che leghi le esigenze di sviluppo sociale della persona con la prevenzione e/o la rieducazione post condanna del crimine potrebbe originare dalla sintesi tra diritto penale ed economia. Alla metodologia della ricerca penalistica sono già note le profonde interrelazioni tra le due discipline, soprattutto nella materia dei reati societari e nei reati di borsa che rappresentano il caposaldo degli interventi penali nel settore dell'economia di mercato. Si tratta, tuttavia, di analisi che concentrano la loro attenzione sulle categorie di reato, su specifici fatti illeciti, sulla individuazione delle condotte distorsive del mercato e delle diverse iniziative finanziarie messe in campo per coltivare scopi destinati a deviare dalle prescrizioni normative³.

Nell'analisi economica contemporanea l'accento principale si è spostato da una concezione che vede l'accumulazione di capitale soprattutto in termini fisici ad una che la considera un processo di cui è parte integrante la qualità produttiva degli esseri umani. Gli studi recenti sulla crescita economica danno al capitale umano molto più rilievo di quanto gliene si riconoscesse fino a non molto tempo fa. Le analisi sul capitale umano mettono al primo posto, il ruolo attivo degli individui nell'espansione delle possibilità produttive, mentre il punto di vista orientato alla capacitazione umana dà soprattutto rilievo alla capacità delle persone di vivere quelle vite che hanno ragione di apprezzare e di ampliare le scelte reali che hanno a disposizione.

A tal proposito, l'approccio seniano⁴ focalizzato sui ben noti concetti di *capacità* e *funzionamenti* offre un quadro teorico-concettuale di natura transdisciplinare che promuove la centralità dei bisogni e delle aspirazioni dell'individuo etico come metrica utile a disegnare e sperimentare concretamente interventi mirati, "cuciti su misura" sul beneficiario. Si tratta di una prospettiva teorica largamente condivisa e consolidata nell'analisi e nella valutazione delle politiche pubbliche in cui la dimensione legata all'eterogeneità individuale e contestuale viene considerata una ricchezza e non un'anomalia da normalizzare.

In tale prospettiva concettuale, il contesto assume una rilevanza pregnante per comprendere ciò che le politiche di *welfare penale* potrebbero contribuire a cambiare non solo sul piano individuale ma anche e soprattutto sul piano sociale. Il contesto non è semplicemente costituito da una dimensione geografica o circoscritto ad un'organizzazione o ad un sistema di organizzazioni che presentano simultaneamente differenziazioni qualitative ed orizzontali. Il contesto si definisce come "le strutture e culture pregresse che condizionano l'azione dei meccanismi di cambiamento introdotti dalle politiche" (Pawson, 2001) e va inteso come l'insieme di regole, norme e valori che tale luogo permeano e che mutano nel tempo⁵. L'influenza del contesto sulle caratteristiche delle dipendenze e sulle dinamiche di riabilitazione si dipana almeno su tre piani diversi.

(a) I tossicodipendenti in contesti differenti presentano comportamenti differenti. Il contesto sociale dà origine ad importanti variazioni comportamentali che hanno implicazioni rilevanti sulle relazioni che sono assunte dai tradizionali modelli di *welfare*, in particolare nelle soluzioni penali adottate che affrontano le interazioni tra tossicodipendenza e comportamenti criminosi. Secondo Sen, la capacità di una persona nell'acquisire funzionamenti cui ella ha motivo di attribuire valore configura un approccio generale alla valutazione degli assetti sociali. Un assetto sociale o una determinata politica pubblica è tanto migliore quanto più consente agli individui di avere maggiori capacità di conseguire funzionamenti di valore. La scelta fra diversi assetti sociali dovrebbe essere legata alla loro attitudine a promuovere le capacità umane da misurarsi non solo in termini di arricchimento materiale ma anche e soprattutto come ampliamento degli spazi di libertà e di autodeterminazione.

(b) I valori possono variare significativamente da individuo ad individuo e da contesto a contesto. A tal proposito, uno dei vantaggi dell'approccio legato ai diritti e alle azioni positive di Sen è la capacità di contemplare valori e preferenze "variabili" per cui lo sviluppo umano e socioeconomico è un processo che costruisce e garantisce spazi di libertà individuali e collettive sempre più ampi, piuttosto che il raggiungimento del benessere materiale⁶. La fattispecie del lavoro di pubblica utilità - su cui si focalizza il terzo paragrafo - si iscrive proprio nella possibilità offerta al tossicodipendente detenuto di ridurre la pena a fronte della scelta del tutto autonoma del soggetto a prestare lavoro utile nel contesto in cui è inserito al di fuori delle mura carcerarie.

Tuttavia, l'inderogabile assetto dei valori nel cuore dei quali sono incardinati i diritti inalienabili della persona umana rappresenta nel sistema attuale di *governance* il fulcro della vita sociale organizzata anche a livello sovranazionale, come del resto ribadito dai Trattati internazionali e dal progetto di Costituzione europea. Ed il diritto penale è certamente la sede elettiva, rispetto agli altri rami dell'ordinamento legislativo, ove la scelta dei valori di orientamento giuridico diventano determinanti per la ricostruzione di un nuovo sistema di penalità. In tal senso, la

fattispecie incriminatrice non può essere priva di un contenuto teleologico che allo stesso tempo rappresenta la sua ragione istitutiva e la migliore garanzia di applicazione uniforme del diritto. I diritti fondamentali dell'uomo sono i temi privilegiati di tutela penale di un ordinamento moderno, così come tutto ciò che è funzionale allo sviluppo della vita personale e sociale dell'uomo diventa materia di tutela. L'impegno del legislatore è in questo modo legato al paradigma costituzionale e alle disposizioni che sanciscono i diritti inalienabili e inderogabili della persona umana contenuti nella prima parte della Carta costituzionale.

(c) Le istituzioni operano in maniera differente. Ad esempio, secondo l'attuale accordo Stato-Regioni, è previsto che al centro dell'interesse dei servizi sociali debba esserci la persona quale soggetto portatore di un bisogno indipendentemente da un'effettiva richiesta d'intervento terapeutico ancor meno dalla possibilità di effettuare un trattamento *drug free* e dalla disponibilità a recarsi presso la sede del servizio. L'obiettivo generale è quello di tutelare la salute del soggetto, un compito che comprende una lista di possibili obiettivi specifici, da quello più ambizioso e non sempre immediatamente conseguibile di una completa riabilitazione, a quello più limitato, ma non per questo da trascurare, dell'induzione di uno stile di vita meno rischioso. In quest'ottica, all'interno del servizio pubblico deve prevalere una strategia di aiuto globale agli utenti basata sull'offerta di prestazioni classificabili come professionali. Inoltre nell'ambito dei servizi è importante che si affermi sempre più il carattere interdisciplinare degli interventi così definito per la capacità delle differenti realtà e qualifiche professionali d'interagire positivamente a livello della singola persona assistita. L'utente deve ricevere, sotto diverse forme, tutto l'aiuto possibile attraverso un serio lavoro che consenta all'individuo di recuperare una condizione di benessere personale.

Tuttavia, la variabilità delle condizioni in cui si erogano le prestazioni di riabilitazione e recupero dei tossicodipendenti è estremamente elevata. Come sarà in seguito specificato, talvolta prevale un approccio bio-medico, talaltra un approccio di natura psicologica e sociologica⁷. Se le istituzioni a garanzia del benessere individuale e sociale non riescono a funzionare nel Sud come anche nel Nord d'Italia al pari di istituzioni che operano in altri contesti più avanzati dell'Europa occidentale e del Nord America, non è possibile impiantarle o rimpiazzarle *ex abrupto* in un breve arco temporale⁸. Occorre piuttosto comprendere in che modo le istituzioni esistenti differiscono dalle assunzioni convenzionali e modificare l'intervento di riabilitazione e di repressione attraverso un lavoro continuo e capillare di "aggiustamento incrementale" delle politiche e delle istituzioni (formali ed informali) per costruire, cogliere e sfruttare le complementarità virtuose⁹.

Questi tre piani della dimensione contesto interagiscono reciprocamente. Le variazioni nei valori e nelle preferenze sociali danno luogo a *modelli* comportamentali che spesso il legislatore nazionale, esterno al contesto in cui si calano le politiche, non riesce a percepire. Analogamente, le istituzioni possono funzionare in maniera differente a causa della diversità dei comportamenti e dei valori precipui dei contesti. L'importanza del contesto, quindi, pone l'accento sulla necessità di puntare sulla titolarità locale dei processi di cambiamento nelle esperienze di riabilitazione e repressione dei fenomeni di dipendenza. L'analisi che segue esplora la complessità di tali fenomeni descrivendo le iniziative punitive finora adottate in Italia.

2. - *La complessità del problema tossicodipendenza e gli interventi di repressione penale*
(Pasquale Troncone)

L'ampia diffusione delle sostanze stupefacenti e psicotrope nel nostro paese ed in Europa sta destando un notevole allarme sociale, dovuto sia alla presa di coscienza degli effetti altamente nocivi derivanti dall'uso di tali sostanze, sia alla constatazione del nesso causale intercorrente tra droga e criminalità. L'incremento della dipendenza da sostanze lecite ed illecite ha fatto emergere la necessità di ripensare le politiche per le tossicodipendenze al fine di promuovere un sistema di soluzioni mirato rispetto all'eterogeneità dei bisogni individuali e sociali nei diversi contesti in cui si calano le politiche¹⁰.

Sul piano legislativo è sempre mancata una coerenza strategica nel controllo della diffusione delle sostanze stupefacenti. Gli interventi normativi sono da sempre caratterizzati da iniziative di tipo ideologico che talvolta privilegiano l'obiettivo proibizionista, con il ricorso a soluzioni di politica criminale estremamente severe sul piano dell'intervento punitivo; altre volte si aprono a intenti di legalizzazione dell'uso delle sostanze droganti¹¹. Queste continue oscillazioni finiscono per determinare disorientamento applicativo delle norme ma soprattutto contribuiscono a confondere il quadro degli interventi strategici dove il controllo della criminalità si esercita in un vero e proprio mercato illegale¹². Negli ultimi anni, poi, le politiche della sicurezza sociale, soprattutto di matrice statunitense, e della decisa restrizione delle libertà individuali a vantaggio di una sicurezza collettiva si sono saldate con i propositi di repressione del fenomeno della diffusione degli stupefacenti esasperando il profilo repressivo contro propositi di tipo riabilitativo-rieducativo. Il carcere è parso l'unica vera soluzione ad un problema che, probabilmente, meriterebbe di coltivare obiettivi di tipo reintegrativo.

L'aumento dei soggetti tossicodipendenti, le nuove sostanze diffuse ed assunte in dosi dannose per la salute psichica e fisica, la complessità del problema della dipendenza evidenziano che si tratta di un fenomeno multidimensionale sia di natura bio-medica che di natura giuridica e socioeconomica. La prospettiva bio-medica ha fornito per molto tempo i modelli predominanti per lo studio delle tossicodipendenze e per le soluzioni che sono state approntate in uno schema di welfare tradizionale. Nello schema di welfare tradizionale, le misure di riabilitazione e recupero si iscrivono in *strategie terapeutiche* in grado di frenare le crisi di astinenza, o la cosiddetta *appetizione psicologica*, cioè l'irresistibile desiderio di assumere una sostanza e di ripetere l'esperienza provata in precedenza. In tale prospettiva, la droga opera come agente patogeno che, al pari di un virus, venendo a contatto con il soggetto, causa la patologia. Questo approccio tende a privilegiare le interazioni biochimiche tra le sostanze e le strutture somatiche e si confronta progressivamente con due formidabili sfide, che hanno messo in discussione la validità delle soluzioni pratiche sperimentate finora.

Le sfide riguardano da un lato il problema della *doppia diagnosi*, dall'altro il problema della *recidività*. Secondo la definizione del 1995, dell'Organizzazione mondiale per la sanità (OMS)¹³, con l'espressione *doppia diagnosi* si intende la coesistenza nel medesimo individuo di un disturbo dovuto al consumo di sostanze psicoattive e di un altro disturbo psichiatrico. Un soggetto con una doppia diagnosi presenta un problema legato, ad esempio, all'abuso di alcol o di altre sostanze stupefacenti in aggiunta ad un altro problema solitamente di natura psichiatrica, ad esempio, disturbi depressivi o schizofrenia¹⁴. Per tale motivo, la dipendenza

patologica da sostanze assume una connotazione d'intrinseca complessità nel contesto clinico, in quanto nel singolo consumatore convergono gli effetti farmacologici delle sostanze d'abuso, la vulnerabilità psico-biologica del paziente e l'influenza di numerosi altri fattori socio-ambientali legati al contesto in cui l'individuo vive. Ciò suggerisce che il solo intervento medico attraverso il trattamento metadonico (cfr. Tab.1) non garantisce un approccio adeguato ad affrontare e risolvere eventuali altre patologie associate alla tossicodipendenza nonché il disagio psicosociale legato ad emarginazione ed esclusione¹⁵.

Tabella 1 - Statistiche sull'esecuzione negli istituti penitenziari

Sesso	Tossicodipendenti		Alcolodipendenti		In tratt. metadonico	
	valori assoluti	valori % (*)	valori assoluti	valori % (*)	valori assoluti	valori % (*)
Donne	532	22,1%	39	1,6%	188	7,8%
Uomini	14.211	27,0%	1.250	2,4%	2.264	4,3%
Totale	14.743	26,8%	1.289	2,3%	2.452	4,5%

Fonte: Ministero della Giustizia, 2008

La *recidività* è un altro problema complesso che emerge nel momento in cui il progetto terapeutico fallisce. La ricaduta si definisce come una qualsiasi distinta violazione di una o di una serie di regole autoimposte che determinano frequenze e modalità di comportamento selezionato. Gli operatori, all'interno dei servizi di riabilitazione, affrontano sistematicamente il problema della recidività nei tossicodipendenti. La figura 1 illustra la distribuzione regionale degli utenti nell'anno 2006, da cui si ottiene chiara evidenza dell'aggravità del fenomeno. Gli utenti recidivi superano di gran lunga gli utenti iscritti per la prima volta presso un servizio per le tossicodipendenze (SerT), il che fa riflettere non solo sull'efficacia delle politiche di *welfare* in materia di riabilitazione, ma anche e soprattutto sulle connessioni esistenti tra recidività e aspetti devianti-criminali legati alla tossicodipendenza¹⁶.

Per avere un quadro ancora più chiaro della complessità del fenomeno è importante soffermarsi proprio sull'aspetto deviante criminale. La maggior parte dei soggetti assuntori di sostanze stupefacenti, infatti, commettono reati con la conseguenza, spesso inevitabile, della carcerazione.

Il nesso che lega droga e sistema penitenziario è tanto evidente quanto problematico. Il consumatore di droghe frequentemente finisce per oltrepassare i confini della legalità per accaparrarsi la dose necessaria, mentre la produzione, il traffico e lo spaccio illegale di sostanze stupefacenti sono fenomeni sempre più crescenti se si guardano le statistiche esistenti sui mercati internazionali e i canali di distribuzione in Italia¹⁷.

In realtà, la relazione fra assunzione di droga e comportamento criminoso non può essere generalizzata e data per scontata definitivamente, poiché essa dipende dall'interazione di almeno tre fattori: (i) la personalità di chi si accosta alla droga (motivazione, grado di tolleranza, capacità di controllo nel consumo), (ii) la situazione esistenziale, ambiente socioculturale e stile di vita di chi è attratto dalla droga (fattori di tipo relazionale, economico e

sociale più o meno favorevoli verso l'uso, la domanda e l'offerta di droga) ed infine (iii) il tipo di droga utilizzata.

Ben più estesa si ritiene sia la criminalità indotta indirettamente dall'uso della droga, quella consistente in reati legati alla necessità di procurarsi i mezzi per l'acquisto della sostanza stupefacente. Meno risalto sembra assumere la relazione inversa, cioè quella in cui la scelta criminosa precede il ricorso alla droga; in tal caso la droga (soprattutto quella che rende più aggressivi) da un lato può accentuare il carattere delinquenziale del comportamento e dall'altro può essere il segnale di una fuga e/o fallimento¹⁹. In ultimo, occorre considerare che il tossicodipendente è frequentemente una vittima, non solo della propria condizione ma anche di una criminalità di altri che lo ricatta, lo minaccia lo costringe allo spaccio; criminalità di cui è sia vittima, ma anche complice. In breve, il rapporto droga-criminalità può configurarsi come:

- progetto criminoso connesso alla produzione, al traffico ed allo spaccio delle sostanze stupefacenti e psicotrope considerate illecite ai fini del consumo voluttuario;
- comportamento violento e criminoso quale effetto diretto e/o di rinforzo dovuto all'assunzione di certi tipi di sostanze stupefacenti o psicotrope;
- criminalità indiretta causata dalla necessità di disporre di risorse utili per continuare il consumo della sostanza illecita;
- criminalità intrinseca alla penalizzazione della detenzione per uso personale e/o del consumo di sostanza stupefacente e psicotropa²⁰.

Rispetto a tale tassonomia, gli strumenti della repressione penale si possono classificare sotto una duplice dimensione. Da un lato esiste la disciplina che regola e sanziona l'utilizzo, la cessione e tutte le altre condotte legate alla diffusione degli stupefacenti; dall'altro esiste la questione connessa alla punibilità del soggetto tossicodipendente, per qualsivoglia condotta penalmente rilevante commessa sotto l'influenza delle droghe. Il carcere, però, in qualunque modo lo si concepisca è l'ultimo anello di una catena di eventi che segna il punto di massima emarginazione sociale del condannato. Per molti tossicodipendenti rimane prevalentemente un luogo di espiazione della pena a scarsa valenza rieducativa, anche perché scadenti sono gli stimoli che un simile ambiente può produrre in termini di responsabilizzazione. Di per sé il carcere non è e non può essere terapeutico. Esso può diventare però un luogo in cui, insieme al condannato, viene sviluppato un progetto e viene preparato un percorso terapeutico, e più in generale vengono gettate le basi o quantomeno offerti stimoli ed opportunità per un percorso di riabilitazione sociale²¹.

3. - *La trasformazione del welfare penale: l'importanza dei metodi integrati* (Pasquale Troncone)

La sede giudiziaria come luogo di concreta scelta delle misure punitive da applicare, deve essere posta in grado di intervenire con particolare attenzione nella individualizzazione della misura più adeguata all'imputato. Terreno privilegiato per una nuova impostazione integrata tra la legislazione penale e le iniziative economiche con finalità di *welfare* è la materia delle

tossicodipendenze o meglio il settore della repressione delle condotte illecite in materia di stupefacenti.

La legislazione italiana che regola la detenzione e la cessione delle sostanze stupefacenti attualmente oggetto del DPR n. 309/90 rappresenta l'ipotesi paradigmatica di un quadro normativo che non ha mai assunto un preciso e univoco indirizzo politico-legislativo e le alterne vicende degli interventi di modifica normativa hanno reso ancor più controversi gli obiettivi di repressione e di prevenzione delle condotte illecite nel campo delle tossicodipendenze.

Una significativa ricaduta della contraddittorietà delle scelte del legislatore si è registrata soprattutto negli aspetti penali della materia che in questo caso, oltre ad assolvere lo scopo di tutela della collettività, ha il compito di tutelare anche la persona assuntore delle sostanze stupefacenti. Sotto il profilo penale, infatti, la materia degli stupefacenti presenta una significativa peculiarità, poiché la dannosità del consumo illecito di sostanze psicotrope è espressa sia nei confronti della collettività che l'ordinamento giuridico è chiamata a salvaguardare, sia nei confronti di colui che in qualità di consumatore ne diventa autore dell'illecito.

A partire dal 1975 con la legge n. 685 il diritto penale è stato utilizzato nella materia degli stupefacenti in chiave esclusivamente repressiva, trascurando che interventi di maggiore coerenza avrebbero favorito iniziative di recupero e di prevenzione degli autori dei reati. Il quadro dell'intervento si è poi reso ancora più complesso per il fatto che le organizzazioni criminali hanno sviluppato la propria forza e le proprie potenzialità di infiltrazione nel tessuto sociale attraverso la creazione di un vero e proprio mercato degli stupefacenti. Un vasto e ramificato mercato illecito che ha rafforzato le organizzazioni criminali sul versante patrimoniale ed ha potenziato la capacità di penetrazione nel tessuto sociale ed economico del nostro paese.

La nascita di un mercato determina la crescita del numero dei consumatori e il consumatore ideale degli stupefacenti è proprio colui che, per procurarsi il prodotto illecito, incentiva l'incremento del numero di consumatori, secondo progressioni che assumono dimensioni esponenziali per i delitti commessi e per i danni sociali che ne conseguono²².

Queste ragioni rendono il mercato illecito degli stupefacenti rilevante sul piano sociale per tre ordini di considerazioni. In primo luogo l'inquinamento delle fonti finanziarie condizionano la libera economia; in secondo luogo il fenomeno tossicodipendenza aumenta decisamente il tasso di marginalità della popolazione, per cui il consumatore è destinato ad assumere con il tempo lo *status* di nuovo soggetto penitenziario; in terzo luogo il danno per la collettività investe il settore della sicurezza personale e sociale nonché la spesa sanitaria. In altri termini il consumatore tipo è colui che incute insicurezza, che manifesta pericolosità sociale, che danneggia sé stesso e che impegna lo Stato nella cura della sua dipendenza da stupefacenti²³.

Il problema, dunque, da individuale, così come lo si mostra sotto il profilo della repressione penale, diventa sociale e invoca la messa in campo di strumenti di *policy* che devono trovare concreta attuazione nella fase della prevenzione della tossicodipendenza e del crimine e nella

fase successiva al giudizio penale di condanna, allorché l'ordinamento giuridico è chiamato dalla Costituzione italiana ad intraprendere processi di rieducazione del condannato 24 .

Sul versante economico il legislatore solo negli anni '80 del secolo passato si accorge che il mercato della droga produce capitali che iniziano a scorrere nei flussi finanziari nazionali ed internazionali attraverso un capillare lavoro di ripulitura delle fonti illecite. L'attività di reinvestimento non è più un fenomeno legato a piccole porzioni di territorio ma la gran massa di ricchezza ha bisogno di un sistematico intervento su larga scala che finisce per lambire anche gli ambiti dei listini di borsa. Sulla scorta di questo fenomeno il Parlamento italiano approva la legge n. 646/82 che introduce la norma sull'associazione per delinquere qualificata (*Associazione di tipo mafioso art. 416-bis c.p.*) e adotta una serie di strumenti di indagine per colpire le ricchezze illecite e rendere efficaci le misure di confisca dei patrimoni accumulati attraverso la commissione di reati.

Solo con il DPR n. 309/90 la legislazione italiana compie un deciso passo in avanti verso un modello di intervento integrato e che per la prima volta pone l'accento sulla finalità sociale che deve connotare i percorsi normativi in materia di dipendenza dalle droghe. Mentre l'attenzione viene concentrata sulla individuazione della soglia di liceità nel possesso della sostanza per l'uso personale e sugli strumenti di repressione personale e sociale del fenomeno dell'uso illecito delle sostanze droganti, l'ordinamento trascura di dare concreta attuazione a spunti normativi che, nonostante le continue modifiche delle fonti, ancora attendono una loro applicazione.

Le premesse normative per decisi ed opportuni interventi di *policys* esistono infatti e sono specificamente contenuti nell'art. 1 del DPR n. 309/90 allorché l'attenzione del legislatore viene rivolta: "*lett. b): sulla dislocazione e sul funzionamento dei servizi pubblici e privati operanti nel settore della prevenzione, cura e riabilitazione, nonché sulle iniziative tendenti al recupero sociale ivi compresi i servizi attivati negli istituti di prevenzione e pena e nelle caserme; sul numero di soggetti riabilitati reinseriti in attività lavorative e sul tipo di attività lavorative eventualmente intraprese, distinguendo se presso strutture pubbliche o private.*". Per cui, non solo provvedimenti di carattere repressivo che attraverso il filtro del diritto penale si trasformano in criminalizzazione della persona e in forme di incapacitazione al reinserimento sociale, ma misure preventive alla commissione degli illeciti usi di sostanze tossiche, non esclusi gli illeciti penali di tipo patrimoniale per acquisire quelle sostanze, e misure rieducative tese al reinserimento sociale e alla inibizione dello stigma criminale.

Alla luce dell'ampio corredo normativo non appare necessario invocare un preciso intervento legislativo, appare invece indispensabile procedere ad un cambio di approccio culturale che, prima di ogni altra cosa, contribuisca a tenere distinti il fenomeno tossicodipendenza - come causa delle condotte illecite - dalla persona intossicata - come effetto cui l'ordinamento è chiamato a porre rimedio -. E questa diversa scelta di ordine culturale può essere favorita soltanto dal deciso riconoscimento dei principi della Carta fondamentale che indirizza la legislazione italiana. La Costituzione, nel porre l'accento sulla *persona umana*, piuttosto che sull'individuo, e nel proposito di funzionalizzare gli interventi dell'ordinamento alla corretta crescita umana e sociale della persona, impone che il diritto penale guardi prima all'autore del crimine e poi alla condotta illecita compiuta. Le energie repressive vanno spese sui reati

commessi, ma le iniziative preventive devono essere rivolte al recupero sociale di colui che quei fatti illeciti ha commesso.

Non è un caso che le statistiche penitenziarie mostrano una decisa flessione della recidiva in materia di possesso illecito di sostanze stupefacenti quando al posto della misura carceraria di tipo intra-murario venga irrogata una forma di penalità extra-muraria che miri alla salvaguardia della dimensione sociale della persona condannata. Il carcere infatti per questo specifico catalogo di reati si dimostra una misura repressiva sperabilmente efficace, ma connotata da risvolti talmente pesanti e criminogeni da vanificare seriamente le più importanti istanze preventive e rieducative della pena²⁵. Esiste una vastissima zona grigia dei reati in materia di sostanze stupefacenti che evidenzia come i possessori di sostanze che sono al tempo stesso assuntori, diventano per necessità i primi distributori; mentre altra zona è connotata dalla presenza di coloro che, secondo modelli di tipo imprenditoriale, gestiscono il mercato e che non diventeranno mai assuntori e consumatori.

Queste sono le ragioni per cui occorre colpire i primi facendo prevalere certamente le istanze preventive, nella consapevolezza di offrire una riabilitazione giuridica e sociale alle persone; mentre per i secondi il quadro di penalità previsto dalla legislazione in materia stabilisce misure della pena a tal punto significative che soltanto dopo un consistente periodo di espiazione potrebbero essere ammessi a forme di esecuzione attenuate. Per questa categoria di soggetti esistono forme di espiazione della pena post-condanna rientranti nei rigori del c.d. "carcere duro", ossia la disciplina normativa sancita con l'art. 41-*bis* della legge n. 354/1975 che, nel rinviare sistematicamente al contenuto precettivo del precedente art. 4-*bis*, stabilisce il divieto per colui che si trova in stato di custodia cautelare o in esecuzione di pena di beneficiare delle misure di favore stabilite dai percorsi di rieducazione del condannato con il dettato dell'art. 27 della Costituzione.

Intanto per la prima categoria ritornano decisivi gli auspici del Testo Unico n. 309/90 che devono sollecitare una gamma di azioni più adeguate alle esigenze sociali delle persone coinvolte e a nuovi modelli di *welfare* penale dirottati da connotazioni di mero assistenzialismo e orientati verso una vera promozione umana e sociale. Sembra rispondere adeguatamente a tali finalità la misura adottata con la legge n. 49/2006 che ha integrato l'art. 73 della legge di sistema con il comma 5-*bis* che prevede per i reati in materia di stupefacenti di lieve entità la possibilità di ammettere il condannato alla pena dei lavori di pubblica utilità²⁶. Va detto, prima di ogni altra cosa, che ci si muove al di fuori di iniziative "indulgenziali" come sono viste le misure alternative alla detenzione del condannato, per cui la pena da scontare in concreto viene direttamente adottata dal Giudice che stabilisce la responsabilità penale dell'imputato. Non si tratta, dunque, di soluzioni esecutive che vengono assunte al termine del percorso giudiziario attraverso i diversi gradi di giudizio con l'applicazione effettiva della pena a distanza di tempo dal delitto commesso, ma di una soluzione che nell'immediatezza del giudizio viene assunta dal Giudice che nel contempo condanna e pone in esecuzione la pena.

Vero è che l'adozione di questa particolare forma di sanzione penale risponde in primo luogo al dettato della lett. b) dell'art. 1 DPR n. 309/90 di cui sopra, ma soprattutto rende ideale l'occasione di vedere integrate le esigenze di punizione e l'uso di risorse economiche per favorire lo sviluppo della persona condannata, la sua reintegrazione sociale al fine di sterilizzare possibili forme di recidiva del crimine.

Peraltro, la vocazione sociale di questa moderna forma di pena si esprime nella localizzazione territoriale della sua concreta espiazione. Gli enti locali si possono fare direttamente carico di un condannato destinandolo alla esecuzione di una prestazione d'opera a titolo gratuito in favore della comunità di quel territorio, valorizzando il suo percorso personale in un quadro di intervento imprenditoriale molto più ampio. Il *terzo settore* potrebbe a questo proposito rappresentare il giusto punto di raccordo tra le esigenze di penalità, di espiazione e di valorizzazione delle risorse umane indirizzate ad una promozione sociale ed economica.

In fondo è la stessa legislazione di settore a tentare di armonizzare istanze normative che tengano conto delle esigenze del diritto amministrativo e del diritto penale, quasi fosse una ricomposizione precettiva del quadro dei valori violato dalla commissione dell'illecito²⁷. Questo è anche il punto in cui si saldano istanze di carattere etico con precetti normativi portatori di valori fondamentali dello Stato e che insieme invocano iniziative riparatorie per il numero incontrollato di vittime della cessione e della diffusione delle sostanze droganti che non avranno mai un nome né di loro si conosceranno le ricadute a livello personale e familiare.

Il tentativo che si intende proporre coltivando le ragioni del diritto penale attraverso l'uso degli strumenti dell'economia per la prima volta presenta l'esigenza di studiare tutta la fase post-crimine, prendendo atto del fallimento delle iniziative di prevenzione e di repressione con il momento della comminatoria della pena. Questo nuovo percorso culturale che ci si propone di intraprendere prende atto che anche il significato della sanzione criminale e il fondamento della penalità non possono più essere soddisfatte concentrando unicamente l'attenzione sugli aspetti dissuasivi e di deterrenza e su quelli retributivi ed afflittivi.

Occorre aprire l'iniziativa su un panorama nuovo e molto più concentrato sulle ragioni della persona per condurla su di un percorso di maturazione individuale che abbia il suo *incipit* con l'espiazione della pena; che avanzi con la riabilitazione sociale; e che prosegua con l'inserimento nei meccanismi di responsabilità della vita associata, soprattutto attraverso il lavoro²⁸. La sanzione penale dei lavori di pubblica utilità, se orientato il loro contenuto a questa nuova visione del potere punitivo dello Stato, potrebbero a pieno titolo rispondere alle istanze di umanità del percorso espiaivo.

Altro aspetto molto spesso trascurato nel trattare il problema giuridico della tossicodipendenza è la dimensione psicologica che connota la commissione del reato, la volontà indotta di commettere l'illecito. La fragilità del soggetto agente che si offre come sponda alla determinazione di realizzare il fatto punito, inducendo un capovolgimento dei ruoli degli attori del contesto di illiceità in cui la vittima è lo stesso autore del delitto. Su questo fronte ancora una volta ritorna opportuno tenere rigidamente distinte le due diverse categorie di soggetti operanti: gli imprenditori del crimine e gli assuntori-diffusori delle sostanze. La connotazione soggettiva della volontà di commettere un illecito è certamente molto più marcata in coloro che solo strumentalmente coordinano e vivificano il mercato

illecito, rispetto a coloro costretti alla commissione di reati di tipo "*predatorio o da strada*" per procurarsi le risorse necessarie per acquisire sostanze droganti. L'ordinamento penale è chiamato a mettere in campo misure punitivo-riabilitative soprattutto per i primi, vittime di un ulteriore pericolo, quello di vedersi espulse definitivamente dal contesto sociale di appartenenza, con una censura perpetua di indegnità sociale²⁹. Le politiche securitarie degli

ultimi anni hanno spalancato molto spesso le porte del carcere a chi commette reati da strada con finalità diverse, appunto per procacciarsi droga, rispetto al "*delinquente professionale*" che vive unicamente dei proventi dei reati commessi³⁰.

In materia di stupefacenti, invece, l'esperienza degli ultimi tre decenni insegna che la recidiva può essere certamente considerata come la conseguenza dell'isolamento sociale derivante dalla mancanza di misure di reinserimento una volta sofferta la pena carceraria, per cui la stessa esperienza del carcere si trasforma paradossalmente in una circostanza criminogena³¹. Piuttosto che palesarsi come esperienza dissuasiva, la pena sofferta diventa occasione per rigenerare condizioni di favore per tornare a commettere reato. L'elaborazione personale della dimensione psicologica del trauma del carcere finisce per favorire la considerazione di un modesto livello di gravità del delitto da parte di chi è pronto a commetterlo di nuovo. Né diventa utile essere stato rimesso in libertà, dal momento che il corpo sociale lo respinge ponendo a suo carico uno stigma tale da allontanarlo da occasioni di lavoro e da occasioni di inclusione sociale.

La spirale dell'illecito riprende il suo corso e il circuito criminale si autoalimenta, poiché dal reato di cessione illecita di stupefacente per acquisire il proprio fabbisogno giornaliero si passa a reati contro il patrimonio per conseguire la somma necessaria per fare fronte sempre più a nuovi bisogni di dosi sempre maggiori di sostanza.

Se la comunità sociale di appartenenza fa da sfondo al nuovo modo di vivere la pena in esecuzione con il decentramento federale dello Stato italiano, sancito dalla modifica del Titolo V della Costituzione, le incombenze di recupero sociale oggi appartengono sempre maggiormente alle comunità locali e alla necessità che investimenti economici mirati possano costituire un nuovo volano per intendere in termini moderni la pena criminale. Mutando il contesto espiativo la pena perde il carattere di esperienza negativa vissuta in una dimensione esclusivamente personale per assumere connotazioni di sofferenza vissuta in un tessuto sociale chiamato a sostenere ragioni di supporto e di aiuto al reinserimento del condannato. Un corpo chiamato a vivere la sua esperienza di espiazione in una dimensione comunitaria, piuttosto che confinato in un terreno destinato alla marginalità sociale e al rifiuto collettivo³². In fondo il concetto di "*comunità terapeutica*" presso le quali vengono avviati i soggetti tossicodipendenti condannati o in attesa di giudizio è fondato essenzialmente sulla esigenza di favorire un rapporto collettivo che abbia come scopo il supporto alle cure e soprattutto

costituisca un valido sostegno psicologico per colui che intende seguire un percorso di riabilitazione³³.

L'inserimento comunitario del tossicodipendente condannato in fase di espiazione di una pena sociale, come si è precedentemente accennato, potrebbe proprio partire dall'esperienza metodologica maturata in sede di comunità terapeutiche. In questo modo si troverebbe spazio ad un comune di percorso di investimento sociale e investimento economico, una pena come risorsa che superando l'isolamento penitenziario favorisca il recupero personale e offra occasione di vantaggio in termini economici per la comunità locale.

4. - *Uno schema concettuale per un nuovo welfare penale (Mita Marra)*

L'analisi si qui condotta evidenzia come il quadro in cui si situano le politiche di *welfare penale* è multi-dimensionale e offre un contenuto di conoscenze, valori, esperienze pregresse, opportunità, vincoli e aspettative future che forgianno le scelte di politica pubblica, le reazioni dei beneficiari e delle comunità di riferimento, e gli equilibri multipli di assistenzacura-riabilitazione-dipendenza perseguiti o perseguibili collettivamente. L'erogatore e l'utente operano in un reticolo di relazioni in cui godono di un certo grado di autonomia e (inter)dipendenza: essi sono, nello stesso tempo, ma in maniera diversa, *autonomi, isolati e dipendenti* dalle istituzioni/organizzazioni radicate nel territorio in cui agiscono³⁴. In tal senso, occorre cogliere la natura delle interazioni economiche, cognitive e affettivo/motivazionali che intervengono intenzionalmente o meno in una determinata dimensione istituzionale, spazio-temporale.

Nel quadro sinora delineato, spetta al legislatore ordinario offrire una adeguata attuazione ai principi di orientamento creando situazioni normative capaci di esprimere il massimo livello di tutela della dignità della persona. Se l'art. 3 Cost. stabilisce il principio di eguaglianza, non può essere trascurato che la lettura sistematica con il precedente art. 2 impone allo Stato di assicurare il rispetto del dovere di solidarietà tra i consociati. E alla luce di queste due disposizioni fondamentali si pone come naturale ricaduta applicativa la disciplina dell'art. 27 Cost. relativa alla responsabilità personale dell'imputato e alla esecuzione della condanna secondo il rispetto della persona umana, evitando pene avvilenti, nel riconoscimento del senso di umanità che occorre salvaguardare. Questo è anche il senso per cui si impone una naturale proporzione tra gravità del reato, dunque della lesione del bene giuridico tutelato, e conseguenza sanzionatoria. Le pene esemplari, le pene che determinano l'estromissione della persona dal contesto comunitario di appartenenza o che non curano la reintegrazione sociale del condannato, sono tutti episodi negativi contrari alle istanze di fondo di un sistema penale costituzionalmente orientato. Diversamente, nell'approccio integrato come strategia di *welfare*, l'accento è posto sulla persona che si rende autore dell'illecito e soprattutto su quali misure possano essere adottate per trasformare un danno sociale in una risorsa che, allo stesso tempo, fornisca risposte sul piano della prevenzione penale e sviluppi iniziative di carattere economico con favorevoli ricadute sulla collettività.

La prospettiva teorica adottata in questo lavoro assume, infatti, che ogni individuo, istituzione e organizzazione possieda un precipuo sistema di valori e possa, pertanto, essere sensibile selettivamente ai segnali che risultano compatibili con le proprie conoscenze, esperienze e pratiche³⁵. L'insieme differenziato e multi-livello delle amministrazioni pubbliche può risultare permeabile ad alcuni stimoli e capace di comunicare solo con alcuni attori (alcuni tossicodipendenti ad esempio gli eroinomani piuttosto che i cocainomani in determinati contesti urbani, o alcuni operatori, come ad esempio i medici, gli psichiatri o gli assistenti sociali) a seconda del grado di omogeneità e comparabilità delle culture e delle regole formali ed informali condivise. Lo stigma sociale associato a varie forme di tossicodipendenza e criminalità rende particolarmente variegata la reazione delle istituzioni ai problemi concreti della cura e della riabilitazione della persona e alle soluzioni politiche prescelte per superare

tali problemi. Alcune istituzioni possono sposare la causa del recupero dalla tossicodipendenza, altre ignorarla o addirittura condannarla (anche implicitamente).

Ne consegue, quindi, che uno dei primi aspetti da considerare riguarda la sede legislativa, alla quale occorre chiedere equilibrio tra illecito penale e risposta punitiva, per evitare che la sproporzione tra fatto e pena possa compromettere le ragioni di recupero sociale e possa favorire la recidiva del condannato. Alla sede legislativa va inoltre richiesta l'adozione di provvedimenti legislativi che tengano conto di iniziative di rieducazione adeguate alla materia regolata. Iniziative che devono investire il profilo di riabilitazione personale, ma che devono incentivare forme di reinserimento sociale attraverso investimenti mirati ai diversi e mutevoli contesti locali.

Da questa particolare attenzione ai contesti e alle motivazioni³⁶ che permeano l'agire dei soggetti coinvolti nei dispositivi penali ed assistenziali deriva l'importanza di concepire queste politiche pubbliche come sistemi economico-politici e organizzativo-istituzionali complessi e non una semplice serie di misure meccanicamente giustapposte³⁷. Gli strumenti di *welfare* innescano meccanismi di cambiamento se e nella misura in cui riescono ad "entrare in sintonia" con i valori delle organizzazioni/istituzioni che sono chiamate ad applicare gli strumenti adottati. Quando le norme valoriali implicite negli strumenti legislativi utilizzati dai decisori pubblici non sono riconosciute dagli attori in gioco, le regole proposte possono avere una limitata probabilità di successo. In altri termini, l'introduzione di una nuova regola può generare un effetto ambiguo che diventa certo a seconda del contesto in cui essa è calata: l'adozione e l'adattamento del comportamento ai nuovi *desiderata*, oppure il mero recepimento formale senza un effettivo cambiamento comportamentale osservato³⁸. La stessa politica a favore della riabilitazione individuale può, quindi, funzionare in un contesto e fallire in un altro; bisogna, perciò, esaminare in che modo gli interventi interagiscono con l'assetto istituzionale formale ed informale per modificare le scelte pubbliche e private. Bisogna, cioè, intercettare i processi di apprendimento, di emancipazione, di crescita, di cooperazione e di responsabilizzazione che caratterizzano i percorsi virtuosi di empowerment individuale e collettivo³⁹.

Disegnare politiche di *welfare penale* implica, quindi, ricostruire empiricamente in che modo gli strumenti di politica pubblica incidono sulle percezioni e sulle aspettative degli agenti attraverso l'interazione con le istituzioni in grado, da un lato, di ampliare le opportunità di affermare scelte consapevoli in piena libertà, e dall'altro di assicurare la responsabilità individuale, il controllo e la vigilanza sull'esecuzione degli obblighi assunti nel rispetto della legalità. L'approccio analitico adottato in questo lavoro⁴⁰ punta l'attenzione sulle relazioni tra i meccanismi istituzionali di contenimento della coercizione (*coercion constraining*)⁴¹ e i meccanismi istituzionali di controllo degli obblighi legali, fiscali e contributivi (*contract enforcing*). Possiamo, infatti, concepire i processi di emancipazione dalla dipendenza come molteplici equilibri individuali ed istituzionali che intervengono laddove si amplia la libertà e le capacità individuali e si intensifica la sorveglianza degli obblighi (lavorativi?) e la certezza del diritto, come consapevole forma di coesione sociale utile ad intraprendere un sentiero di maggiore efficienza e sviluppo. E' nell'interazione virtuosa tra maggiori gradi di libertà concessi all'agente (operatore, beneficiario) nell'assecondare, rispetto al contesto, le proprie vocazioni e strategie di crescita, ed una più incisiva vigilanza sulla legalità che è possibile spianare la

strada verso l'emancipazione individuale e la coesione sociale. A partire dal *micro*, effetti di causazione cumulativa possono, in tal modo, coinvolgere attori e contesti eterogenei in una dimensione di scala variabile (dal locale al globale)⁴².

I meccanismi di recupero ed emancipazione sono complessi come complesso è il disegno di *governance* delle politiche di *welfare penale*. Ripensare gli interventi socio assistenziali implica una nuova visione di inclusione sociale⁴³, non semplicemente intesa come assistenza ma come occasione di crescita della partecipazione attraverso il disegno di un sistema ampio di regole di accesso ai mercati e alle istituzioni e, nello stesso tempo, attraverso il rispetto di impegni e responsabilità collettive che muovano l'individuo e la collettività verso forme di produzione più efficienti e cooperative⁴⁴. In tal senso, riabilitazione significa comprendere che il consumo di droga e quindi la tossicodipendenza è un processo complesso, le cui dinamiche di sviluppo dipendono da un molteplicità di variabili che esulano in modo molto rilevante dalle condizioni solo fisiologiche del soggetto. Comprendere come e perché avviene il consumo ed in particolare la normalizzazione del consumo sposta l'attenzione delle politiche di *welfare penale* sul benessere e sulla tutela della persona considerata nel suo interesse, superando una concezione dei servizi che si limita al momento della prestazione formale di assistenza sanitaria e/o economica in costanza dello sconto della pena.

Il ridisegno delle politiche in materia passa, infatti, attraverso lo sviluppo di una prospettiva organica di governo del fenomeno delle dipendenze capace di uscire dall'impasse normativa e culturale generata dall'individualizzazione della teoria del consumo. La tossicodipendenza, così come il consumo non sono comportamenti connaturati alla natura umana ma trovano ed esprimono un significato che è intrinsecamente sociale e culturale. Da una società ad un'altra, consumo e tossicodipendenza si presentano quindi in forme e significati estremamente differenti ed eterogenei. Questo significa che il principale obiettivo di politiche che intendano operare con criteri empirici di efficacia ed appropriatezza nei confronti della tossicodipendenza è e deve essere quello di recuperare ed agire la dimensione del significato sociale del fenomeno⁴⁵.

L'obiettivo diventa, quindi, la costruzione di una politica integrata di inclusione sociale e di repressione penale che sia flessibile nelle modalità di gestione in realtà economiche differenziate, per gradi reversibile con riferimento alle scelte inter-temporali che essa induce, ma "condizionante" nelle modalità in cui gli attori chiave prendono parte al processo decisionale e attuativo. La capacità di fornire, ad esempio, sicurezza, ordine pubblico e legalità in un contesto caratterizzato da sommerso e criminalità organizzata dipende dalla presenza di istituzioni capaci di limitare la repressione sia sugli individui sia sui gruppi, favorendo la promozione delle capacità e delle libertà individuali, ma, nel contempo, vigilando sull'effettivo rispetto degli obblighi contrattuali⁴⁶.

Risulta, infine, abbastanza intuitivo immaginare come in questa nuova visione del *welfare* trainata attraverso forme di inclusione sociale si aprano spazi per l'espansione del terzo settore, nella sua interna articolazione in organizzazioni con finalità di tutela, promozione e redistribuzione da un lato ed in organizzazioni produttive ed orientate al mercato, pubblico o privato, da un altro⁴⁷. Le varie misure messe in campo per favorire l'inserimento lavorativo dei soggetti tossicodipendenti rappresentano un tassello importantissimo della strategia integrata a favore dell'integrazione sociale e dello sviluppo, in particolare, nel Mezzogiorno.

Trasporti e logistica: il nuovo ruolo degli aiuti di Stato

Sara Pugliese

SOMMARIO: 1. - Introduzione; 2. - L'intervento statale nei trasporti tra limiti e deroghe; 3. - L'apertura all'intervento pubblico "utile" nazionale e comunitario; 4. - La sussidiarietà tra intervento comunitario e interventi statali per la costruzione della catena logistica; 5. - Gli aiuti come strumento di realizzazione della sussidiarietà verticale e orizzontale in vista della mobilità sostenibile; 6) Conclusioni

1. - Introduzione

Con decisione del 17 giugno scorso¹, la Commissione europea ha dichiarato compatibile con il trattato CE una misura notificata dall'Italia, consistente nella concessione da parte della Regione Campania, per un periodo di tre anni, di un aiuto all'avviamento per l'istituzione di un servizio di trasporto combinato strada-rotaia tra il Porto di Napoli e l'Interporto di Nola.

Le motivazioni con cui è stata giustificata l'autorizzazione appaiono di particolare interesse. Infatti, per quanto la valutazione preliminare della Commissione circa l'applicabilità degli artt. 87 ss.² (ora 107 ss.) evidenzi l'esistenza di un aiuto e la sua capacità di incidere sugli scambi e sulla concorrenza, essa ha, infine, autorizzato la misura, ritenendola rientrante nella deroga di cui all'art. 87. 3 c), in quanto la misura coniuga la promozione della logistica, punto cardine dell'attuale strategia comunitaria in materia di trasporti, con l'opportunità di incentivare modalità di trasporto che, riducendo il traffico su strada, risultino più ecocompatibili.

Vale la pena ricordare che, attraverso la sua prassi, composta da decisioni, da regolamenti di esenzione, nonché da numerosissime comunicazioni, la Commissione ha definito alcune categorie (aiuti settoriali, aiuti orizzontali, ecc.) cui una misura, per ricadere nelle deroghe di cui all'art. 87.3, deve essere in qualche modo riconducibile. In particolare, mentre la deroga di cui all'art. 87.3 a) riguarda misure tese a sanare il ritardo strutturale di sviluppo di talune

¹ C (2009) 4508 def. del 17 giugno del 2009, in *GUUE* C 196 del 20 agosto 2009, pp. 1 ss.

² Come è noto, la Commissione verifica in primo luogo l'esistenza di un aiuto, utilizzando il c.d. metodo VIST (vantaggio, incidenza, selettività, trasferimento), consistente nella rilevazione dell'esistenza di un trasferimento di risorse statali, selettivo, perché rivolto solo ad alcune imprese o produzioni al fine di procurare loro un vantaggio, che abbia capacità di incidere sugli scambi. Cfr., tra tutti, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, pp. 800 ss., p. 814 ss.; R. CAIAZZO, *Antitrust. Profili giuridici*, Torino, 2007, pp. 299 ss., pp. 305 ss.; M. DONY, *Contrôle des aides d'Etat*, Bruxelles, 2007, pp. 30 ss.; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006, pp. 247 ss., pp. 249 ss.; E. MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, 2004, pp. 151 ss., pp. 155 ss.; A. BIONDI, P. ECKHOUT, J. FLYNN, *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2003, pp. 3 ss.

regioni - computabile quantitativamente tramite gli indicatori economici di reddito e occupazione -, la deroga di cui all'art. 87.3 c) riguarda aiuti tesi a sanare altre cause di fallimento del mercato, ad esempio le difficoltà congiunturali di talune attività o aree³, i danni all'ambiente, ecc.

Invero, la particolarità della decisione in parola è che l'aiuto autorizzato non è nettamente classificato dalla Commissione né come aiuto settoriale, mancando ogni riferimento alle disposizioni specifiche del Trattato (ora artt. 93 e 96 del Trattato sul funzionamento dell'Unione), né come aiuto orizzontale volto alla tutela ambientale, non facendosi riferimento alla comunicazione che detta la "Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato per la tutela ambientale"⁴. Essa piuttosto fa leva sulla piena corrispondenza alla strategia che la Comunità persegue in materia di trasporti, soprattutto in termini di promozione della logistica, e in materia di tutela ambientale e promozione dello sviluppo sostenibile e pertanto potrebbe essere definita un aiuto "multiobiettivo", per il quale la conformità alle scelte di *policies* della Comunità è più rilevante rispetto al potenziale effetto distorsivo del mercato.

Quest'ultima considerazione può indurre una riflessione sul cambiamento di prospettiva che si sta realizzando a livello comunitario in riferimento alla politica generale degli aiuti, da elemento altamente distorsivo da limitare - per quanto possibile - a strumento funzionale al raggiungimento degli obiettivi comunitari.

E certamente in tale prospettiva il settore dei trasporti costituisce un punto di osservazione privilegiato perché in esso gli aiuti, e in generale l'intervento pubblico, hanno da sempre rivestito un ruolo centrale. In tale ambito, prima che altrove, la tendenza comunitaria ad una graduale limitazione dell'intervento pubblico ha dovuto cedere il passo alla consapevolezza della sua indispensabilità non solo per la tenuta del settore, ma anche per la concreta attuazione della stessa strategia comunitaria.

Appare opportuno, pertanto, preliminarmente procedere ad una rapida evoluzione della disciplina dell'intervento pubblico nel settore dei trasporti, al fine di evidenziare in che termini tale evoluzione ha inciso sul cambiamento della strategia comunitaria nella politica generale degli aiuti⁵.

2. - *L'intervento statale nei trasporti tra limiti e deroghe*

Il motivo per cui i redattori del Trattato di Roma avevano previsto per i trasporti una specifica politica comune, disciplinata dagli artt. 74-84 (ora 90- 100) del Trattato di Roma, è

³ Si tenga conto che tale deroga costituisce la base su cui la Commissione autorizza, in genere, gli aiuti al salvataggio e alla ristrutturazione delle imprese in difficoltà (cfr. *Comunicazione della Commissione — Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà*, in *GUUE* n. 244 del 1 ottobre 2004 p. 2 ss.) e gli aiuti a finalità regionale nelle aree individuate dalla Carta degli aiuti di ciascuno Stato nell'ambito delle regioni ricadenti nell'obiettivo Competitività dei fondi strutturali per la programmazione 2007-2013 (cfr. *Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2007-2013*, in *GUUE* n. C 54 del 4 marzo 2006, pp. 13 ss.).

⁴ Comunicazione 2008/C 82/01, in *GUUE* n. C 82 dell'1 aprile 2008, pp. 1 ss. Molte tipologie di aiuto indicate nella Comunicazione sono state esentate da notifica ex Regolamento generale di esenzione per categoria n. 800 del 6 agosto 2008, in *GUUE* n. L 214 del 9 agosto 2008, pp. 3 ss.

⁵ Si tenga conto che un discorso speculare potrebbe farsi in riferimento all'influenza della politica comune dei trasporti sulla disciplina generale dei servizi di interesse economico generale.

prevalentemente consistito nella consapevolezza della particolarità del settore. Come era evidenziato dallo stesso art. 75 TCEE⁶ (ora art. 91), infatti, esso era caratterizzato da una molteplicità di “aspetti peculiari”. Tra questi, accanto all’elevato ammontare di investimenti, alle alte spese relative alle infrastrutture, alla concorrenza non solo tra imprese ma anche tra modalità di trasporto diverse e alla coesistenza di imprese di differenti dimensioni, spiccava la forte presenza dell’operatore pubblico, sia in termini di vincoli che in termini di vantaggi alle aziende. Basti pensare, infatti, che, oltre a detenere la proprietà di numerose aziende di trasporto, lo Stato imponeva alle aziende obblighi di servizio pubblico che determinavano un forte innalzamento dei costi sostenuti. In più, mancava una precisa ripartizione delle responsabilità tra Stati e aziende con riferimento a chi dovesse sostenere i costi di costruzione delle infrastrutture e chi, invece, dovesse farsi carico della manutenzione, con il risultato che, a volte, si aveva un vantaggio per le imprese, quando gli Stati si accollavano tutti i costi, e, a volte, uno svantaggio, quando esse dovevano farsi carico anche della costruzione delle infrastrutture. Consapevoli degli alti costi sostenuti dalle imprese di trasporto e della bassa redditività di tale attività, gli Stati sostenevano tali imprese con sovvenzioni e aiuti sotto varie forme, con conseguenti discriminazioni non solo tra operatori nell’ambito dello stesso modo di trasporto, ma anche tra modalità di trasporto⁷.

Ispirato ad un’ottica di “neutralità”, secondo la quale i trasporti dovevano essere equiparati ad ogni altra attività economica e assoggettati alle regole del mercato⁸, il Trattato aveva previsto disposizioni tese a limitare l’intervento pubblico, tra cui il divieto, salvo autorizzazione della Commissione⁹, di condizioni volte a favorire talune imprese (art. 80, ora art. 96).

Tuttavia il Trattato stesso consentiva alcuni “spiragli”. Basti pensare, ad esempio, alle eccezioni di cui la Commissione doveva tener conto nell’esame dei prezzi ed delle condizioni imposti dagli Stati oppure alla compatibilità con il mercato, prevista dall’art. 77 (ora 93), degli aiuti rispondenti alla “necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio”.

Le due disposizioni delineavano una sorta di *lex specialis*¹⁰ in riferimento agli aiuti nel settore dei trasporti, che presentava rilevanti differenze rispetto alla disciplina generale di cui agli artt. 92-94 TCEE (ora 107-109). Infatti, mentre il divieto di cui all’art. 92.1 era dovuto all’obiettivo di evitare pregiudizi agli scambi e alla concorrenza, il divieto di cui all’art. 80 rispondeva all’obiettivo di assicurare la concorrenza tra le differenti modalità di trasporto, anche all’interno dei mercati nazionali; ed infatti non era richiesta, ai fini della compatibilità, la verifica dell’incidenza sugli scambi¹¹. In più, per quanto gli aiuti definiti compatibili in base all’art. 77 potessero essere assimilati alle condizioni oggettive di compatibilità assoluta di cui all’art. 92.2, in realtà gli aiuti di cui all’art. 77 erano strettamente correlati alle scelte politiche degli Stati in

⁶ Cfr. M.L. TUFANO, *I trasporti terrestri nella CEE*, Milano, 1990, p. 29.

⁷ *Ibidem*, pp. 19 ss.

⁸ Cfr. M.L. TUFANO, *I trasporti*, cit., pp. 58 ss.

⁹ Cfr. L. SCHIANO DI PEPE, *Artt. 70-80*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, pp. 465 ss.; pp. 495 ss.

¹⁰ Per il carattere di *lex specialis* nelle norme in materia di trasporti nel trattato cfr. C. DEGLI ABBATI, *Il trasporto*, cit., pp. 107 ss.

¹¹ Cfr. M.L. TUFANO, *I trasporti*, cit., p. 40 ss., nota 19.

riferimento, da un lato, all'incentivazione della concorrenza tra i modi di trasporto, dall'altro, alla nozione di servizio pubblico.

Per quanto, sin dai primi documenti programmatici, la disciplina comunitaria sia stata improntata alla riduzione dell'intervento pubblico¹², attraverso la responsabilizzazione dei privati in riferimento al costo delle infrastrutture¹³, la trasparenza dei conti¹⁴ e l'eliminazione graduale degli obblighi di servizio pubblico¹⁵, ha continuato ad avvertirsi una forte ingerenza degli Stati, cui era rimessa la valutazione della necessità degli obblighi di servizio pubblico per la garanzia di un servizio sufficiente e la decisione in merito all'erogazione di aiuti. Così gli Stati non solo hanno continuato ad erogare sovvenzioni, ma hanno eluso le procedure di notifica, ritenendo che esse potessero essere considerate compatibili secondo l'art. 77 e che fossero pertanto esonerate dal controllo preventivo della Commissione¹⁶.

A eliminare ogni equivoco è intervenuto il regolamento 1107/70¹⁷, che ha esplicitamente affermato la piena subordinazione delle sovvenzioni ai trasporti alla disciplina generale in materia di aiuti – fuggendo così ogni dubbio circa l'applicabilità delle relative procedure¹⁸ - e specificando in quali casi eccezionali si poteva ricorrere agli aiuti consentiti dall'art. 77¹⁹. Nonostante l'impostazione restrittiva, tuttavia, il Regolamento lasciava agli Stati il compito di stabilire il proprio regime di aiuti, conformemente alla propria politica nazionale²⁰.

La coesistenza tra regolamentazione e spazi di autonomia degli Stati ha determinato che, nella pratica, la disciplina elaborata non ha prodotto i risultati sperati soprattutto nel senso che non ha indotto gli Stati ad un'armonizzazione dei modelli di organizzazione del mercato dei trasporti. Gli Stati hanno, così, continuato ad operare unilateralmente scelte dirigiste (Germania e Francia) o, per converso, liberiste (Olanda), con il risultato di un'ulteriore proliferazione dei sussidi statali e di sovracompensazioni degli obblighi di servizio pubblico²¹.

¹²Cfr. il *Memorandum sur l'orientation à donner à la politique commune des transports*, Doc. VIII/COM(61)50 def. del 10 aprile 1961. Cfr. M.L. TUFANO, *I trasporti*, cit., pp. 57 ss.

¹³ Cfr. la Decisione 67/790 del 14 dicembre 1967, in *GUCE* L 322 del 30 dicembre 1967, pp. 4 s. e il Regolamento 1108/70 del 4 giugno 1970, in *GUCE* L 130 del 15 giugno 1970, pp. 4 ss., istitutivo di un sistema di contabilità per le spese e l'utilizzazione delle infrastrutture fondati su regole uniformi.

¹⁴ Cfr. il Regolamento 1192/69 del 26 giugno 1969, in *GUCE* L 156 del 28 giugno 1969, pp. 8 ss. La normalizzazione consisteva nella determinazione e compensazione degli oneri derivanti da disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che le ferrovie dovevano affrontare in più rispetto alle imprese private di trasporto.

¹⁵ Cfr. Regolamento 1191/69 del 26 giugno 1969, in *GUCE* L 156 del 28 giugno 1969, pp. 1 ss. Il regolamento non si applicava alle ferrovie secondarie e al trasporto a carattere regionale e locale. Cfr. C.H. BOVIS, *Public service Obligations in the Transport Sector: The Demarcation between Aids and Services of General Interest under EU Law*, in *EBLR*, 2005, pp. 1329 ss.

¹⁶ Per una dottrina favorevole a tale impostazione ,cfr., ad esempio, N. S. DESPICHT, *Policies for transport*, cit., p. 196.

¹⁷ Cfr. regolamento 1107/70 del 4 giugno 1970, in *GUCE* L 130 del 15 giugno 1970, p. 1 ss.

¹⁸ Cfr. C. DEGLI ABBATI, *Il trasporto*, cit., p. 108; L. SCHIANO DI PEPE, *Artt. 70-80*, cit., in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 490.

¹⁹ Ad esempio erano consentiti gli aiuti alle imprese che sostenevano spese per infrastrutture da esse utilizzate, mentre altre imprese non sostenevano gli stessi oneri. Cfr. M. L. TUFANO, *I trasporti*, cit., p. 109

²⁰ Cfr. M. L. TUFANO, *I trasporti*, cit., p. 110; C. DEGLI ABBATI, *Il trasporto*, cit., p. 108.

²¹ Cfr. M. L. TUFANO, *I trasporti*, cit., p. 111

3. - L'apertura all'intervento pubblico "utile" nazionale e comunitario

La crisi economica dei primi anni '70 ha determinato un temporaneo cambiamento delle priorità comunitarie che ha interessato anche la politica dei trasporti²².

L'attenzione si è spostata, così, da un lato, su una ripartizione efficiente dei costi delle infrastrutture²³, dall'altro, sulla necessità di un intervento pubblico "coordinatore" che incentivasse un'integrazione sia all'interno del settore dei trasporti, attraverso l'intermodalità, sia all'esterno, attraverso la messa a coerenza degli obiettivi della politica dei trasporti con quelli delle politiche regionale, fiscale, industriale, di difesa dell'ambiente ed energetica²⁴. E, anche quando, nella metà degli anni '70, superata l'emergenza, le priorità si sono spostate nuovamente sugli obiettivi di liberalizzazione e deregolamentazione del mercato, ha continuato ad essere contemplato un intervento pubblico non solo "correttivo", teso ad evitare perturbazioni gravi²⁵, ma anche "positivo", funzionale ad obiettivi prioritari, ad esempio gli aiuti al trasporto combinato²⁶.

Tuttavia, rilevando l'inefficacia di un impianto normativo frammentario e disunivoco²⁷, la Commissione ha deciso di sostituire un'impostazione fondata su una regolamentazione rigida ed uniforme con un metodo incentrato sulla sussidiarietà, in cui politica comunitaria e politica nazionale dovevano articolarsi non in un rapporto di sostituzione ma di integrazione e complementarietà²⁸, portando al massimo livello le sinergie fra politica comune dei trasporti, energia, ambiente, progresso sociale e sviluppo regionale e incentivando le forme di intermodalità e di trasporto combinato²⁹.

In vista dell'obiettivo, definito dal Libro Bianco del 1985 sul completamento del mercato interno, di giungere alla piena liberalizzazione del settore dei trasporti per il 31 dicembre 1992³⁰, l'impostazione strategica improntata alla sussidiarietà si è affermata sia a livello normativo che nella gestione attiva della politica dei trasporti.

Da un lato, infatti, si è assistito ad un'accelerazione nella definizione delle regole che, separando nettamente la gestione dell'infrastruttura e l'esercizio dell'attività di trasporto³¹ ed esplicitando gli obblighi e le relative compensazioni in specifici contratti³², rimarcassero

²²Cfr. M. L. TUFANO, *I trasporti*, cit., p. 128, spec. nota 3.

²³ Cfr. C. DEGLI ABBATI, *Il trasporto*, cit., pp. 114 ss.

²⁴ Cfr. COM(73) 1725 def. "Comunicazione relativa allo sviluppo della politica comune dei trasporti" e Direttiva n. 75/130 del 17 febbraio 1975 relativa alla fissazione di norme comuni per taluni trasporti combinati strada-rotaia tra Stati membri, in *GUCE* L 48 del 22 febbraio 1975, pp. 31 ss. Cfr. M. L. TUFANO, *I trasporti*, cit., p. 132; C. DEGLI ABBATI, *Il trasporto*, cit., pp. 45 ss., J. ERDMENGER, *Vers une politique des transports pour l'Europe*, Bruxelles, 1984, pp. 49 ss.

²⁵ M. L. TUFANO, *I trasporti*, cit., p. 146

²⁶ Cfr. Regolamento n. 1658/82 del Consiglio, del 10 giugno 1982, in *GUCE* L 184 del 29 giugno 1982, pp. 1 s.; cfr. S. MAIL-FOUILLEUL, *La légalité communautaire des aides d'Etat au transport combiné*, in *RDUE*, 2002, pp. 109 ss.

²⁷ Cfr. M. L. TUFANO, *I trasporti*, cit., pp. 195 ss.

²⁸ Cfr. M. L. TUFANO, *I trasporti*, cit., pp. 199, J. ERDMENGER, *Vers une politique*, cit., p. 76

²⁹ Cfr. COM (83) 58 def. dell'11 febbraio 1983

³⁰ Per una ricostruzione della liberalizzazione nel settore dei trasporti, cfr. C. IANNONE, *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Torino, 2009, pp. 134 ss.

³¹ Cfr. Direttiva 91/440/CEE del Consiglio, del 29 luglio 1991, in *GUCE* L 237 del 24 agosto 1991, pp. 25 ss. Cfr. D.U. GALETTA, M. GIAVAZZI, *Trasporti terrestri*, in M.P. CHITI E G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, pp. 2173-2235, pp. 2195 ss.

³² Cfr. Regolamento 1893/91 del 20 giugno 1991, in *GUCE* L 169 del 29 giugno 1991, pp. 1 ss.

nettamente il confine tra lo Stato, proprietario delle infrastrutture e committente del servizio, e le imprese erogatrici materiali.

Dall'altro lato, si è affermato un ruolo allocativo della Comunità nel settore dei trasporti e, in generale, delle infrastrutture, con la previsione, nel Trattato di Maastricht, delle reti transeuropee³³. L'obiettivo di interconnessione e interoperabilità delle reti nazionali, infatti, ha determinato il passaggio da un semplice intervento collaterale alle politiche statali di infrastrutturazione alla diretta pianificazione e finanziamento di infrastrutture considerate strategiche³⁴. In tale nuova ottica la stessa Comunità è divenuta erogatrice di contributi finanziari a favore di interventi nel settore delle reti o a favore di azioni innovative nel trasporto combinato³⁵.

Agli inizi degli anni '90, dunque, tracciati i confini dell'intervento statale e definito il nuovo ruolo allocativo della Comunità, si avvertiva con più forza la necessità di una riforma in materia di aiuti, cui gli Stati facevano frequente ricorso non solo per incentivare, conformemente alle indicazioni comunitarie, i trasporti combinati³⁶, ma soprattutto per sostenere le imprese in difficoltà, per le quali erano necessari interventi di ristrutturazione³⁷, che potevano rientrare nella deroga di cui all'art. 87.3.c) TCE. Ciò ha contribuito alla persistenza dell'intervento pubblico per il superamento delle crisi aziendali congiunturali, ben lontano dal ruolo meramente correttivo o spiccatamente incentivante che la Commissione aveva previsto.

4. - *La sussidiarietà tra intervento comunitario e interventi statali per la costruzione della catena logistica*

In seguito alla definizione, nel Consiglio europeo di Lisbona del 2000, della strategia di sviluppo dell'Unione europea³⁸, integrata dagli obiettivi di sostenibilità ambientale definiti a

³³ Art. 129 B ora art. 154 TCE.

³⁴ Cfr. F. DONATI, P. MILAZZO, *Art. 154*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, pp. 824 ss.; S. CAFARO, *I corridoi paneuropei dei trasporti: una combinazione di diritto internazionale e di diritto comunitario per "collegare" il continente*, in *DCSI*, 2003, pp. 711 ss.; E. BERGAMINI, *Le scelte in materia di reti transeuropee di trasporto. Modalità di formazione, valore giuridico e prospettive*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2006, pp. 653 ss.

³⁵ Cfr. Direttiva n. 92/106, del 7 dicembre 1992, in *GUCE* L 368 del 17 dicembre 1992, pp. 38 ss.; Regolamento 3578/92, del 7 dicembre 1992, in *GUCE* L 364 del 12 dicembre 1992, pp. 11 ss.; Decisione 93/628 del 29 ottobre 1993, in *GUCE* L 305 del 10 dicembre 1993, pp. 1 ss.; Regolamento 2236/95 del 18 settembre 1995, in *GUCE* L 228 del 23 settembre 1995, pp. 1 ss.; Decisione n. 1692/96, del 23 luglio 1996, in *GUCE* L 228 del 9 settembre 1996, pp. 1 ss.; Regolamento n. 2196/98 del 1° ottobre 1998, in *GUCE* L 277 del 14 ottobre 1998, pp. 1 ss. Cfr. L. SCHIANO DI PEPE, *Artt. 70-80*, cit., in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 488, il quale ricorda anche i numerosi accordi internazionali stipulati fra la Comunità e Stati terzi per incentivare il trasporto combinato.

³⁶ Cfr. Decisione 99/591 del 4 maggio 1999 in *GUCE* L 227 del 28 agosto 1999, pp. 12 ss., con cui la Commissione ha autorizzato un regime di aiuto notificato dall'Italia per la ristrutturazione dell'autotrasportistica e lo sviluppo dei trasporti combinati.

³⁷ La Commissione ha ad esempio autorizzato una misura di aiuto francese rivolta ad alcune piccole imprese di autotrasporto sotto forma di premi per cessazione volontaria di attività e un aiuto volto alla fusione di imprese soggette a tagli di capacità produttiva. Cfr. XXXV *Relazione sulla politica di concorrenza* (1996) SEC (542) fin. Cfr. C. H. BOVIS, *Operating Aid in the Transport Sectors: a Taxonomy of Practice and Jurisprudence*, in *ESTAL*, 2005, pp. 235, p. 246.

³⁸ Il Consiglio europeo di Lisbona di marzo 2000, rilevando la necessità per l'Unione europea di far fronte alle sfide della globalizzazione, ha adottato l'obiettivo strategico di rendere l'Unione europea "l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo" entro il 2010. A tal fine è necessario che l'Unione realizzi una

Göteborg nel 2001³⁹, si è reso necessario riformare, al fine di renderle funzionali a tali obiettivi, tutte le politiche settoriali, prima tra tutte la politica dei trasporti.

Con il Libro bianco del 2001 *“La politica europea dei trasporti fino al 2010: il momento delle scelte”*⁴⁰, la Commissione, conformemente alla concezione in cui il ruolo della Comunità non è solo quello di produrre regolamentazione ma di gestire le *policies* in tutti i loro aspetti, ha proposto una strategia volta alla creazione di una “vera catena logistica” fondata su prestazioni commerciali integrate efficaci, specie nei grandi porti, che permettano una migliore connessione delle regioni periferiche ai mercati centrali dell’Unione europea e consentano il decongestionamento dei grandi assi.

Tale obiettivo non può prescindere da una piena integrazione, in un’ottica di sussidiarietà verticale, tra intervento pubblico comunitario e intervento pubblico nazionale, in cui il primo si focalizza sugli aspetti transfrontalieri nell’ambito delle reti TEN, anche attraverso il contributo dei Fondi strutturali e del Fondo di coesione, mentre il secondo insiste sull’intermodalità a livello locale, soprattutto attraverso la facilitazione dell’accesso ferroviario ai porti⁴¹. In tale impostazione il contributo finanziario dei privati acquisisce una funzione complementare, in un’ottica di sussidiarietà orizzontale, dovendo realizzarsi essenzialmente attraverso il pagamento delle tariffe e attraverso le *partnership* pubblico private⁴².

In riferimento alle modalità in cui l’intervento deve realizzarsi, se le scelte effettuate negli anni ‘90 in materia di ripartizione dei costi delle infrastrutture, di trasparenza nelle relazioni tra Stati e imprese e di obblighi di servizio pubblico sono state confermate e rafforzate dagli interventi successivi in quanto strumentali alla strategia⁴³, per quanto concerne gli aiuti, invece, si è reso necessario un cambiamento di prospettiva, che ha contribuito ad innescare il processo di riforma anche oltre l’ambito strettamente settoriale.

Nel settore dei trasporti si è registrata, infatti, una rilettura degli aiuti nel senso di una loro valorizzazione come strumenti di promozione di obiettivi desiderabili. Conformemente all’ottica di integrazione delle politiche verso gli obiettivi di Lisbona, si è assistito, infatti, ad una tendenza della Commissione ad autorizzare aiuti ai trasporti che contribuiscano al raggiungimento di finalità più generali, quali gli aiuti volti a ridurre l’impatto ambientale⁴⁴,

crecita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale. Cfr. le Conclusioni del Consiglio europeo di Lisbona disponibili al sito www.europarl.europa.eu/summits/lis1_it.htm.

³⁹ Cfr. Consiglio europeo di Göteborg disponibili al sito http://europa.eu/european-council/index_it.htm

⁴⁰ COM(2001) 370 def..

⁴¹ Cfr. S.M. CARBONE, F. MUNARI, *Principio di sussidiarietà e disciplina comunitaria di porti, aeroporti ed infrastrutture del trasporto*, in *DUE*, 2002, pp. 426 ss., p. 438.

⁴² Cfr. C. KOENIG, A. HARATSCH, *The logic of infrastructure funding under EC State Aid control*, in *ESTAL*, 2004, pp. 393 ss.; J.J. MARTINEZ, M. VON KERCKHOVE, *EC aid States rules and the financing of inland transport infrastructures*, in *European Transport Law*, 2004, pp. 357 ss.

⁴³ Nel senso di una sempre più marcata ripartizione dei costi delle infrastrutture, cfr. Direttive 2001/12, 2001/13 e 2001/14 del 26 febbraio 2001, in *GUUE* L 75 del 15 marzo 2001, pp. 1 ss.; pp. 26 ss.; pp. 29 ss. Nel senso della chiara definizione a monte nei contratti degli obblighi di servizio pubblico, in linea con la disciplina generale in materia di servizi di interesse economico generale, cfr. Regolamento 1370/2007 del 23 ottobre 2007, in *GUUE* n. L 315 del 3 dicembre 2007, pp. 1 ss.,

⁴⁴ Cfr. Decisione N 353/2001 del 5 marzo 2003, in *GUUE* C 143 del 19 giugno 2003, pp. 2 ss. con cui la Commissione ha approvato un regime francese di aiuti multiannuali volto alla riduzione delle emissioni di gas serra; Decisione N 203/2002 del 18 settembre 2002 in *GUUE* C9 del 15 gennaio 2003, pp. 6 ss. con cui la Commissione ha approvato il regime di aiuto spagnolo volto a promuovere l’acquisto di motocicli elettrici o ibridi.

nonché gli aiuti volti a finalità di carattere socioeconomico, come ad esempio misure a favore dell'occupazione nel settore⁴⁵; misure a favore della ricerca e sviluppo⁴⁶.

In particolare, a partire dal 2001, in linea con il ruolo complementare dei privati nel finanziamento delle infrastrutture previsto nel Libro bianco, la Commissione ha iniziato a mostrare un atteggiamento permissivo nei confronti di misure tese alla partecipazione dei privati nella costruzione delle reti transeuropee⁴⁷.

In più, in linea con la centralità strategica della logistica proposta nel Libro bianco, la Commissione ha teso a privilegiare gli aiuti allo sviluppo dei trasporti combinati⁴⁸, specie quelli volti a realizzare investimenti innovativi⁴⁹.

La *ratio* di questi ultimi provvedimenti va ravvisata nell'interesse non tanto al miglioramento del servizio erogato, quanto agli interventi di infrastrutturazione, nella consapevolezza che quest'ultima rappresenta un'importante leva di attrazione degli investimenti⁵⁰. Per quanto la responsabilità di dotare il territorio nazionale di strutture che ne stimolino la produttività e l'attrattività economica attenga essenzialmente agli Stati, la Commissione ha individuato nella *partnership* pubblico – privata e nelle iniziative di singole imprese uno strumento di finanziamento aggiuntivo per realizzare progetti che non sarebbero finanziati alle normali condizioni di mercato⁵¹.

Gli aiuti hanno incominciato così a profilarsi come una modalità di finanziamento indiretto delle *policies* statali funzionali agli obiettivi comunitari⁵².

Allo stesso tempo, si registra un'attenzione particolare per gli aiuti alle imprese impegnate in attività di logistica⁵³, in riferimento ai quali si assiste alla sperimentazione, da parte della

⁴⁵ Cfr. Decisione N 600/B/2001 del 16 ottobre 2002.

⁴⁶ Cfr. Decisione N 183/2000 in *GUCE* C 362 del 16 dicembre 2000, p. 9.

⁴⁷ Cfr. Decisione N 706/2002, in *GUCE* C 130 del 1 giugno 2002, pp. 5 s. e N 523/2002 in *GUUE* C 262 del 29 ottobre 2002, sui meccanismi finanziari predisposti dalle autorità inglesi per la costruzione del collegamento ferroviario nel tunnel del Canale della Manica (CTRL); Decisione N 643/01 del 19 giugno 2002 in *GUUE* C 178 del 2002, pp. 20 ss., riguardante il sostegno pubblico alla costruzione, all'ampliamento e alla modernizzazione dei binari ferroviari privati lungo le principali reti nazionali. Cfr. C. KOENIG, S. KIEFER, *Public finding of infrastructure projects under EC-State Aid law*, in *ESTAL*, 2005, pp. 415 ss.

⁴⁸ Decisione N 644/2001 del 27 febbraio 2002 in *GUUE* C 88 del 12 aprile 2002, pp. 16 ss. sul fondo di Stato austriaco ERP, Decisione N 406/2002 del 2 ottobre 2002 in *GUUE* C 292 del 27 novembre 2002, pp. 5 ss., per il supporto alle strutture di trasbordo nei trasporti combinati. Cfr. M. DONY, *Politique des transports et droit des aides d'Etat*, in CEDECE, *L'Europe des transports*, Paris, 2005, pp. 249 ss.

⁴⁹ Cfr. Decisione N 810/02 del 10 dicembre 2003 e NN 155/03 del 10 dicembre 2003, in *GUUE* C 41 del 17 febbraio 2004, pp. 6 ss.; con cui la Commissione ha approvato il progetto di "autostrada viaggiante" tra Lione e Torino o la Decisione NN134/2002 del 27 febbraio 2002 per il nuovo servizio pilota di trasporto combinato tra Monaco e Verona, in *GUUE* C 88 del 12 aprile 2002, pp. 16 ss., p. 18. Cfr. Decisione della Commissione N 64/03 del 1 ottobre 2003 in *GUUE* C 284 del 27 novembre 2003, pp. 2 ss., relativo agli aiuti al trasporto combinato erogati dalla Provincia autonoma di Trento, Decisione n 623/2002 del 30 aprile 2003, in *GUUE* C 248 del 16 ottobre 2003, pp. 3 ss., relativa al regime francese di aiuti alla gestione di servizi regolari di trasporto combinato di merci alternativi al trasporto su strada.

⁵⁰ Cfr. Decisione della Commissione N 500/2001 del 19 settembre del 2001, in *GUCE* C 333 del 28 novembre 2001, pp. 6 ss. riguardante l'aiuto ad un'impresa inglese per la gestione delle infrastrutture per un programma di investimenti in ristrutturazione; Decisione N 264/2002 del 2 ottobre 2002 in *GUUE* C 309 del 2002, pp. 14 ss., relativa agli accordi finanziari approvati dal governo inglese per il rinnovo e il rafforzamento della metropolitana di Londra attraverso una partnership pubblico privata; Cfr. C. H. BOVIS, *Operating Aid in the Transport Sectors* cit., p. 251.

⁵¹ Cfr. C. KOENIG, A. HARATSCH, *The logic of infrastructure*, cit., p. 393.

⁵² Cfr. Decisione N 649/01 del 20 dicembre 2001, in *GUUE* C 45 del 19 febbraio 2002, pp. 2 ss. Cfr. anche, seppur nel settore chimico, ma in forte interconnessione con il settore dei trasporti, Decisione C 67/03, C68/03, C69/03 del 16 giugno 2004, in *GUUE* n. L56 del 2 marzo 2005, pp. 15 ss.

⁵³ Cfr. Decisione N 638/2001 del 27 febbraio 2002, in *GUUE* C88 del 12 aprile 2002, pp. 16 ss., in favore di un regime di aiuti al trasporto combinato notificato dalla Provincia autonoma di Bolzano.

Commissione, di una nuova metodologia valutativa della compatibilità dell'aiuto. La Commissione, infatti, più che valutare gli effetti di questi aiuti sul mercato, nella consapevolezza che per la realizzazione della catena logistica, fulcro della sua strategia, è imprescindibile "un intervento del governo, considerando l'assenza di mercato competitivo", si è concentrata sulla coerenza della misura alla strategia di settore delineata nella Comunicazione del 2001. In tale ottica, ignorando completamente le deroghe di cui all'87.3, la compatibilità dell'aiuto viene fatta discendere direttamente dall'art. 73 (ora 93) del Trattato.

Riemerge, dunque, l'idea, affermata negli anni '60 e smentita dal Regolamento 1107/70, che la *lex specialis* del trattato in materia di aiuti costituisce una disciplina autonoma rispetto a quella generale, capace di giustificare l'erogazione di aiuti di per sé, senza alcun riferimento all'art. 87 (ora 107), per il fatto che essi sono coerenti alle esigenze e alla strategia di un settore che con riferimento agli aiuti ha "proprie regole" e "proprie deroghe", potenzialmente divergenti da quelle generali.

Forti della *lex specialis*, quindi, gli aiuti nel settore dei trasporti costituiscono oggetto di un metodo valutativo *ad hoc*, non fondato sulla loro incapacità di incidere sugli scambi, ma sulla loro funzionalità alle strategie comunitarie - non alle scelte degli Stati, secondo l'interpretazione dell'art. 77 TCEE prevalente negli anni '60.

5. - *Gli aiuti come strumento di realizzazione della sussidiarietà verticale e orizzontale in vista della mobilità sostenibile*

Se in un primo tempo è sembrato che l'innovativa metodologia valutativa fosse specifica del settore dei trasporti, sulla scorta della *lex specialis* prevista nel Trattato e in vista degli obiettivi specifici di tale politica (efficienza, intermodalità, logistica), a partire dal Piano di azione del 2005⁵⁴, l'analisi degli aiuti fondata sul confronto tra effetti benefici e distorsioni della concorrenza è diventata la linea guida della nuova strategia comunitaria in materia di aiuti. Pur ribadendo la necessità di limitare gli aiuti di Stato ed enfatizzando il suo ruolo di controllo, la Commissione ha riconosciuto che essi "possono a volte costituire strumenti efficaci per realizzare obiettivi di comune interesse", non solo perché "consentono di correggere i fallimenti del mercato, migliorando il funzionamento dei mercati e rafforzando la competitività europea" ma anche perché "a prescindere dalla correzione dei fallimenti del mercato" possono promuovere gli obiettivi di crescita, competitività, coesione, tutela dell'ambiente posti dalla strategia di Lisbona. In tale prospettiva, più che ridurre gli aiuti bisogna far sì che essi conseguano obiettivi specifici, tra cui in particolare l'innovazione, la sostenibilità ambientale, la coesione territoriale, la creazione di infrastrutture moderne⁵⁵. Coerentemente con tale impostazione, la valutazione della compatibilità degli aiuti di Stato non può più avere come scopo quello di individuare gli aiuti incompatibili e sopprimerli, salvo riconducibilità a deroga, ma deve consistere in un bilanciamento, attraverso un approccio

⁵⁴ COM(2005) 107 definitivo del 7 giugno 2005 "Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009".

⁵⁵ Cfr. M. BLAUBERGER, *From Negative to positive integration? European State Aid Control Through Soft and Hard Law*, MPIfG Discussion Paper n. 08/4, 2008.

economico rigoroso, tra gli effetti positivi in termini di comune interesse e quelli negativi sulla concorrenza⁵⁶.

Nel momento in cui gli aiuti si configurano come strumenti per il raggiungimento degli obiettivi comunitari, si impone un cambiamento di prospettiva anche nella politica dei trasporti, perché non basta che gli aiuti, per essere autorizzati, siano conformi alle strategie settoriali, ma è necessario che essi siano allineati agli obiettivi più ampi di sviluppo dell'Unione.

Così, la strategia di finanziamento delle infrastrutture di trasporti che emerge dalle Comunicazioni a partire dal 2006⁵⁷ è fondata sulla completa integrazione tra sussidiarietà orizzontale e verticale. In particolare, poiché i trasporti fanno parte della catena logistica dell'approvvigionamento, lo sviluppo e l'organizzazione della catena, in via ordinaria, sono un compito degli operatori economici privati, ma spetta alle autorità pubbliche di dare impulso all'innovazione nella logistica, dato il legame tra scelte localizzative dei privati e politiche pubbliche, ad esempio in materia di approvvigionamento energetico, investimenti e occupazione, governo del territorio. Di qui la necessità di fare della logistica, data la sua funzionalità agli obiettivi di crescita, occupazione, ambiente, un *mainstreaming*⁵⁸, cioè di introdurre "una dimensione logistica nella politica dei trasporti"⁵⁹, capace di incidere sul processo decisionale di tale *policy*, soprattutto in fase di pianificazione delle infrastrutture. Se la Commissione contribuisce nella definizione delle reti e attraverso i fondi strutturali, gli Stati sono responsabili della pianificazione delle infrastrutture interne e del miglioramento della loro qualità e i privati delle infrastrutture funzionali ai loro interessi⁶⁰.

In base a tale impianto strategico gli aiuti sono per la prima volta contemplati come uno strumento di "finanziamento indiretto" degli obiettivi comunitari, funzionale ad alleggerire i costi ricadenti sui bilanci pubblici, comunitario e statali, utile non solo per l'incentivazione del trasporto combinato, ma anche per lo sviluppo dell'innovazione ecocompatibile, nonché per il superamento dei *gap* delle regioni in condizioni economiche svantaggiate e con ostacoli strutturali. Efficienza, intermodalità, logistica non possono, dunque, essere incentivate come fini a sé, ma solo in quanto strumentali ad innovazione, produttività, ambiente, coesione.

In questa prospettiva, abrogato il regolamento n. 1107/70⁶¹, rientrano le "Linee guida comunitarie per gli aiuti di Stato alle imprese ferroviarie"⁶², fondate sul presupposto che "la concessione di aiuti pubblici al settore ferroviario può essere autorizzata quando contribuisca alla realizzazione di un mercato europeo integrato, aperto alla concorrenza e interoperabile, nonché agli obiettivi comunitari di mobilità sostenibile. In questo contesto la Commissione deve accertare che l'aiuto finanziario corrisposto dai poteri pubblici non determini distorsioni

⁵⁶ Cfr. P. HEIDHUES, R. NITSCHKE, *Comments on State Aid Reform – some Implications of an Effect-based approach*, in *ESTAL*, 2006, pp. 23 ss.

⁵⁷ COM(2006) 314 def. del 22 giugno 2006 "Mantenere l'Europa in movimento - Una mobilità sostenibile per il nostro continente"; COM(2006) 336 def. del 28 giugno 2006 "La logistica delle merci in Europa – la chiave di una mobilità sostenibile" e COM(2007) 607 def. del 18 ottobre 2007 "Piano d'azione per la logistica del trasporto merci".

⁵⁸ Termine generalmente utilizzato dalla Commissione per indicare un concetto che diviene una modalità generale, paradigmatica, del consueto operare delle pubbliche autorità sia in fase normativa che attuativa.

⁵⁹ Cfr. COM(2006) 336 def., cit., p. 5.

⁶⁰ Nel senso di un aumento della qualità dei trasporti cfr. anche COM(2008) 536 def. dell'8 settembre 2008 "La qualità dei servizi ferroviari di trasporto merci" nonché COM(2008) 54 definitivo del 6 febbraio 2008, "Contratti pluriennali per la qualità delle infrastrutture ferroviarie".

⁶¹ Cfr. Regolamento 1370/2007, cit.

⁶² In *GUUE* C 184 del 22 luglio 2008, pp. 13 ss.

della concorrenza contrarie all'interesse comune. In alcuni casi la Commissione potrà chiedere agli Stati membri di impegnarsi a conseguire determinati obiettivi comunitari in contropartita della concessione di aiuti".

Rientra in questo quadro anche l'art. 19 del Regolamento 800/2008⁶³ che, in piena logica di aiuti che perseguono una pluralità di obiettivi, esenta dalla notifica gli aiuti all'acquisto di nuovi mezzi di trasporto ecocompatibili.

E la decisione del giugno scorso relativa all'Interporto campano rappresenta un esempio rilevante di applicazione della nuova modalità valutativa. L'argomentazione della compatibilità dell'aiuto si fonda sulla sua capacità di soddisfare obiettivi di comune interesse, in particolare la realizzazione di un sistema di trasporti intermodali equilibrato e la promozione della competitività del trasporto combinato su rotaia rispetto a quello su gomma⁶⁴, in piena coerenza con le esigenze ambientali e con la strategia della Commissione di promozione della logistica "indispensabile per mantenere ed aumentare la competitività e la prosperità dell'Europa in sintonia con la nuova strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione"⁶⁵.

In piena coerenza con il Piano di azione, che consente l'autorizzazione di aiuti rispondenti agli obiettivi di sviluppo della Comunità, la Commissione non ha bisogno di ricorrere alla *lex specialis* dell'art. 73 TCE, in quanto la rispondenza dell'aiuto in parola alla strategia nel settore dei trasporti⁶⁶, in maniera funzionale alle finalità previste dal Trattato e agli obiettivi di Lisbona, come la tutela ambientale, consente di affermare la sua corrispondenza al comune interesse e quindi di applicare direttamente la deroga di cui all'art. 87 3.c, in un'ottica di coerenza tra politiche settoriali e politiche generali.

In tale nuovo paradigma valutativo, la concezione degli aiuti come strumento di superamento delle esternalità è pienamente abbandonata e un intervento, seppur di portata marcatamente locale⁶⁷, è autorizzato sulla base della sua coerenza con gli obiettivi di politica comunitaria settoriale, a loro volta funzionali agli obiettivi di sviluppo dell'Unione.

6. - Conclusioni

L'evoluzione tracciata nel settore dei trasporti mette in rilievo il contributo di tale settore alla definizione di una nuova concezione degli aiuti, da elemento di integrazione negativa, subordinati ad una logica di divieto, a leva di integrazione positiva, funzionali agli obiettivi della Comunità.

In questa prospettiva gli aiuti divengono uno strumento attuativo del principio di sussidiarietà inteso in tutti i suoi aspetti, regolativi (a livello comunitario si dettano le norme che a livello statale e locale dovranno essere attuate), strategici (in riferimento alla determinazione degli obiettivi), operativi (in riferimento alla pianificazione degli interventi), finanziari (in riferimento all'allocazione delle risorse).

⁶³ Regolamento del 6 agosto 2008, in *GUUE* L 214 del 9 agosto 2008, pp. 3 ss.

⁶⁴ Cfr. Punto 46 ss. della Decisione.

⁶⁵ Cfr. Punto 51 della Decisione. Cfr., come esempio analogo, anche la decisione N 159/2008 del 17 giugno 2008.

⁶⁶ La Commissione cita, in particolare, il Libro bianco del 2001, cit., la Comunicazione del 2006, cit., la Comunicazione "La logistica delle merci", cit., e il "Piano d'azione per la logistica del trasporto merci", cit.

⁶⁷ Cfr. punto 33 della Decisione.

In quest'ottica essi diventano una vera e propria sintesi della sussidiarietà verticale e orizzontale: verticale, perché sono coinvolte risorse pubbliche statali autorizzate dalla Commissione, e orizzontale, perché le risorse pubbliche sono volte a finanziare un progetto di investimento privato coerente e funzionale con obiettivi di interesse generale comunitario. Si realizza in tal modo un coinvolgimento indiretto dei privati nelle strategie comunitarie.

La sussidiarietà consente alla Commissione di sancire, nel concedere e negare di volta in volta le autorizzazioni agli aiuti, la conformità o meno delle politiche economiche nazionali con la politica economica comunitaria. Il potere di controllo sugli aiuti diviene potere di controllo sulle scelte statali e la Commissione, da mero organo "amministrativo", diviene organo di indirizzo e coordinamento, responsabile della definizione delle linee strategiche comunitarie nelle singole *policies* e garantire la conformità ad esse delle azioni statali.

Si delinea, dunque, in materia di aiuti, un nuovo modello di *governance* comunitaria in cui anche la più circoscritta scelta statale o locale è inquadrata in un disegno strategico più ampio e deve coordinarsi con le scelte comunitarie.

Sede privilegiata di sperimentazione è proprio la politica dei trasporti. Diversamente dai tradizionali settori regolati, in cui l'intervento pubblico subisce una progressiva limitazione fino alla totale eliminazione, in quello dei trasporti, questo processo, pur avviato, ha subito un'inversione di tendenza.

Acquisita la consapevolezza che in tale settore gli alti costi, le caratteristiche del tessuto imprenditoriale, gli obiettivi di interesse generale rendono l'intervento pubblico fisiologico e imprescindibile, la Commissione ha rinunciato ad attuare uno schema esclusivamente regolativo, in cui l'intervento pubblico fosse gradualmente ristretto, a favore di una concezione di intervento pubblico "responsabile". Infatti, da un lato, gli Stati sono costretti a farsi carico delle spese che spettano loro in quanto proprietari delle infrastrutture, dall'altro, devono attenersi ad una logica di trasparenza, attraverso la normalizzazione dei conti e la contrattualizzazione degli obblighi di servizio pubblico. Infine essi sono chiamati a valutare a monte la conformità degli aiuti alla strategia comunitaria settoriale e generale, perché su questo piano, e non sulla mera valutazione di assenza di effetti distorsivi, la misura proposta potrà essere autorizzata dalla Commissione, che diventa il fulcro di un modello di *governance* multilivello.

Gli avvocati e l'obbligo di collaborazione con le autorità nazionali responsabili per la lotta contro il riciclaggio

di Umberto Aleotti*

1. La direttiva n. 91/308/CEE del 10 giugno 1991, riguardante la prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi derivanti da attività illecite, come modificata dalla direttiva n. 2001/97/CE del 4 dicembre 2001, ha stabilito che gli Stati membri della Comunità europea (C.E.) provvedono a che il riciclaggio, da intendersi come quell'attività criminosa finalizzata a mascherare l'origine illecita dei beni e degli utili che derivano da un'altra attività criminosa, sia vietato dalle rispettive normative nazionali (articolo 2)¹.

La direttiva ha individuato un insieme di soggetti, ossia, gli enti creditizi, gli enti finanziari, le figure professionali come i revisori dei conti, i contabili esterni, i consulenti tributari, i notai e gli avvocati, nonché gli agenti immobiliari, i commercianti di oggetti di valore e le case da gioco, ai quali sono imposti una serie di obblighi con finalità anti-riciclaggio.

Le persone fisiche e giuridiche che svolgono un'attività professionale sono incluse nell'ambito di applicazione della direttiva solo quando esercitano attività di assistenza o rappresentanza dei loro clienti in talune specifiche operazioni quali:

- l'acquisto o la vendita di beni immobili od imprese commerciali;
- la gestione di denaro, di strumenti finanziari od altri beni;
- l'apertura o la gestione di conti bancari, libretti di deposito e conti titoli;
- l'organizzazione dei mezzi necessari alla costituzione, gestione ed amministrazione di società;
- la costituzione, la gestione o l'amministrazione di trust (patrimoni autonomi), società o strutture analoghe;
- la realizzazione di qualsiasi altra operazione di natura finanziaria od immobiliare.

* Dottorando di ricerca in Ordine internazionale e tutela dei diritti individuali.

¹ Il fenomeno del riciclaggio ha trovato il suo primo e compiuto riconoscimento in un testo normativo internazionale attraverso la Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, il depistaggio, il sequestro e la confisca dei proventi di reato dell'8 novembre 1990 e la Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico degli stupefacenti e le sostanze psicotrope del 19 dicembre 1988. Si veda in argomento Zanichetti M., *Il contributo delle organizzazioni internazionali nella definizione delle strategie di contrasto al riciclaggio*, in Marra A. (a cura di), *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*, UTET, Torino, 2000, e Gilmore W.C., *Dirty money: the evaluation of money laundering countermeasures*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1999.

I commercianti di oggetti di valore (pietre o metalli preziosi, opere d'arte, *etc.*) sono compresi nel campo di applicazione della direttiva solo se l'attività di commercializzazione che essi svolgono ha valore superiore a quindicimila euro (articolo 2 *bis*).

Per quanto concerne la tipologia degli obblighi con finalità anti-riciclaggio, se ne possono fondamentalmente individuare quattro tipi:

- un obbligo di previa identificazione del cliente mediante un documento comprovante le sue generalità (articolo 3);
- un obbligo di conservazione dei documenti, in copia od in originale, riguardanti l'identificazione e le operazioni imprenditoriali, finanziarie ed immobiliari da realizzare, per un periodo di almeno cinque anni, rispettivamente, dalla fine del rapporto con il cliente o dall'esecuzione delle operazioni (articolo 4);
- un obbligo di collaborazione con le autorità responsabili della lotta contro il riciclaggio, attraverso la comunicazione, di propria iniziativa o su richiesta, di tutte le informazioni utili in ordine ai fatti che possono costituire indizio di riciclaggio (articolo 6);
- un obbligo di astensione dall'esecuzione della prestazione in favore di un'operazione che è certo o si sospetti si riferisca ad attività di riciclaggio, prima di aver informato le autorità che lottano contro tale crimine (articolo 7).

Con riferimento all'obbligo di collaborazione, per i notai e gli avvocati la direttiva ha previsto che gli Stati membri possono designare un organismo di autoregolamentazione della professione, al quale far pervenire tutte le informazioni ritenute utili, fissando, in questa circostanza, le forme più appropriate di collegamento tra l'organismo e le autorità responsabili per lotta al riciclaggio (articolo 6).

Rispetto all'obbligo di astensione, la direttiva ha precisato che, qualora non sia ipotizzabile astenersi dalla prestazione professionale, o perché ciò sia materialmente impossibile o perché possa impedire il perseguimento di coloro che si avvantaggiano dell'azione di riciclaggio, essa possa essere ugualmente eseguita, purché subito dopo ne sia data immediata notizia alle autorità (articolo 7). L'obbligo di astensione non si impone necessariamente ai notai, agli avvocati, ai revisori dei conti, ai contabili esterni ed ai consulenti tributari, rispetto ai quali la previsione è facoltativa (articolo 8).

Gli Stati membri non sono tenuti ad applicare a questi soggetti neppure l'obbligo di collaborazione, se esso ha per riferimento informazioni ricevute nell'espletamento di un incarico che si sostanzia in compiti di assistenza, rappresentanza o difesa collegati ad un procedimento giudiziario, ivi compresa la consulenza sull'intentare od evitare il procedimento (articolo 6).

L'adempimento in buona fede degli obblighi menzionati non comporta violazione di eventuali restrizioni gravanti sui soggetti destinatari della direttiva a causa di norme contrattuali, legislative, regolamentari od amministrative e, pertanto, non può comportare responsabilità di alcun tipo (articolo 9).

Sulla direttiva ed in particolare sull'obbligo, previsto dal combinato disposto degli articoli 2 *bis* e 6, di collaborazione con le autorità responsabili della lotta contro il riciclaggio, nel caso in cui interessi gli avvocati, ha avuto modo di pronunciarsi la Corte di giustizia delle Comunità europee, con una sentenza del 26 giugno 2007.

La pronuncia ha tratto origine da una questione sollevata dinanzi alla Corte costituzionale belga dall'Ordine degli avvocati francofoni e germanofoni, dall'Ordine degli avvocati del foro di Bruxelles, dall'Ordine degli avvocati fiamminghi e dall'Ordine degli avvocati olandesi del foro di Bruxelles, i quali, con due ricorsi proposti nei confronti del governo belga, avevano chiesto l'annullamento di alcuni articoli (4, 25, 27, 30 e 31) di una legge nazionale del 12 gennaio 2004, che, nel trasporre gli articoli 2 *bis* e 6 della direttiva, aveva esteso anche agli avvocati, nei casi da essa prescritti, l'obbligo di collaborazione con le autorità responsabili per la lotta contro il riciclaggio, designando il Consiglio dell'Ordine al quale essi erano iscritti come l'organismo competente da informare, di propria iniziativa, qualora fossero stati in presenza di fatti conosciuti o semplicemente sospettati essere connessi al riciclaggio dei capitali².

In base alla legge, il Presidente del Consiglio dell'Ordine aveva a sua volta il compito di dare notizia di quei fatti ad una Cellula di trattamento delle informazioni finanziarie (diretta da un magistrato) ed insieme agli avvocati era tenuto a fornire ad essa, su richiesta, tutte le informazioni supplementari di cui aveva bisogno.

Dinanzi alla *Cour constitutionnelle* gli Ordini professionali avevano sostenuto che l'obbligo di collaborazione connesso al riciclaggio dei capitali costituiva un pregiudizio ingiustificato ai principi del segreto professionale e dell'indipendenza dell'avvocato, i quali erano elementi fondamentali del diritto di ogni singolo alla difesa e, quindi, ad un equo processo, per cui violava gli articoli 10 ed 11 della Costituzione belga, l'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (C.E.D.U.) e l'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato istitutivo dell'Unione europea (U.E.) del 1992, oltre agli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza del 7 dicembre 2000.

A sostegno di tale affermazione essi avevano ritenuto essere irrilevante il fatto che le disposizioni della direttiva circoscrivevano l'obbligo esclusivamente a determinate attività degli avvocati, configurandole a questo fine come essenziali, poiché la stessa distinzione tra attività essenziali ed attività accessorie portava ad una situazione di incertezza giuridica, che minava il rapporto di fiducia tra avvocato e cliente, il quale non poteva essere limitato solo a taluni compiti del professionista legale.

La Corte costituzionale, nel valutare le obiezioni circa la compatibilità della legge incriminata con la Costituzione belga, aveva considerato indispensabile risolvere, in via preliminare, la questione sulla validità della direttiva comunitaria n. 2001/97/CE, poiché essa rappresentava il fondamento giuridico della legge. Aveva così sospeso il procedimento nazionale e posto un quesito pregiudiziale alla Corte di giustizia delle Comunità europee, mediante il quale aveva chiesto se l'articolo 1 della direttiva n. 2001/97/CE, che inseriva l'articolo 2 *bis* nella direttiva n. 91/308/CEE, imponendo l'inclusione degli avvocati nelle categorie dei soggetti sottoposti all'obbligo di informare le autorità responsabili della lotta contro il riciclaggio in riferimento a qualsiasi fatto che potesse costituire indizio di questo reato, avesse violato il diritto all'equo processo, come garantito dall'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dall'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato istitutivo dell'Unione europea.

² In Italia l'obbligo di collaborazione previsto dalle direttive n. 91/308/CEE e n. 2001/97/CE ha ricevuto attuazione con il Decreto Legislativo 20 Febbraio 2004, n. 56.

Con l'ordinanza di rinvio il giudice belga aveva operato una restrizione del quesito proposto dagli Ordini professionali, valutando di dover investire la Corte di giustizia soltanto in riferimento alla questione relativa al se la direttiva avesse violato il diritto all'equo processo e non anche, come pure era stato richiesto, al se avesse violato il diritto al rispetto della vita privata e familiare, previsto dall'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dall'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato istitutivo dell'Unione europea.

Dal punto di vista sostanziale il quesito comunitario trovava il suo sostegno normativo nell'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato sull'Unione europea, il quale recita: "L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario".

La competenza della Corte di giustizia in ordine alle violazioni dei diritti fondamentali richiamati dall'articolo 6, paragrafo 2, trovava invece il suo presupposto nell'articolo 46, paragrafo 1, lettera d, del Trattato U.E., in conformità al quale: "Le norme riguardanti la Corte di giustizia delle Comunità europee si applicano (...) all'articolo 6, paragrafo 2, per quanto riguarda l'attività delle istituzioni, nella misura in cui la Corte sia competente a norma dei Trattati che istituiscono le Comunità europee ed a norma del presente Trattato".

Essendo il diritto all'equo processo un diritto fondamentale, spettava alla Corte di giustizia, nei limiti delle proprie attribuzioni, pronunciarsi sulle sue violazioni e poiché gli Stati membri erano tenuti a non basarsi su di un atto delle istituzioni che si presentasse in conflitto con i diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento giuridico comunitario, essa era competente ad esprimersi sul quesito pregiudiziale del giudice nazionale belga.

Inoltre, giacché la risposta della Corte comunitaria doveva essere legata da un nesso di necessità con il giudizio principale, la cui valutazione era di pertinenza del giudice *a quo*, il quale era l'unico soggetto in grado di stabilire l'effettiva rilevanza della questione per la decisione finale della controversia interna³, la pronuncia della Corte, dovendosi attenere al quesito giudiziale, poteva avere ad oggetto esclusivamente l'accertamento dell'eventuale violazione del diritto all'equo processo.

2. Può essere interessante individuare quali sono state le ragioni che hanno spinto la *Cour constitutionnelle* del Belgio a limitare l'ambito della sua ordinanza di rinvio al solo diritto all'equo processo, senza allargare il quesito pregiudiziale al diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Secondo l'articolo 8, paragrafo 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali "ogni persona fisica ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza", tuttavia poiché il testo convenzionale presenta la caratteristica di aver previsto per le sue norme, nell'articolo 32, paragrafo 1, la competenza interpretativa ed applicativa di un organo giurisdizionale, qual è la

³ Corte di giustizia C.E., sentenza 4 dicembre 2003, causa C-448/01, *EVN e Wienstrom*, in *Raccolta* 2003, I-14527, e sentenza 12 aprile 2005, causa C-145/03, *Keller*, in *Raccolta* 2005, I-2529.

Corte europea dei diritti dell'uomo⁴, al fine di identificare il suo esatto contenuto normativo bisogna riferirsi anche agli orientamenti giurisprudenziali che su di esso sono stati espressi.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, rispetto all'articolo 8, paragrafo 1, della Convenzione, ha operato un'interpretazione finalizzata ad ampliare la portata del diritto alla vita privata e familiare, includendovi estensivamente "il diritto dell'individuo ad intrattenere e sviluppare relazioni con i suoi simili, e dunque con il mondo esterno, nel campo professionale e commerciale (...)"⁵.

Nel diritto al rispetto della vita privata e familiare così inteso non può esserci, a norma dell'articolo 8, paragrafo 2, un'ingerenza delle autorità pubbliche, "a meno che essa non sia prevista dalla legge e costituisca una misura (...) necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, dei diritti e delle libertà altrui".

La Corte di Strasburgo ha anche precisato il tipo di ingerenza che lo Stato può avere nel diritto alla vita privata e familiare dell'individuo, ampliando, ancora una volta, l'efficacia dell'articolo 8. Essa ha in particolare sottolineato che, salvo le espresse eccezioni contenute nel precetto normativo, il comportamento dello Stato in rapporto alla vita privata e familiare non deve essere interpretato in senso esclusivamente negativo, ma, anche, in senso positivo.

Lo Stato cioè non è obbligato soltanto ad astenersi da qualsiasi intervento che possa turbare il diritto alla vita privata e familiare, ma è obbligato ad emanare misure normative finalizzate a proteggere concretamente tale diritto nei rapporti tra gli individui, di modo che possa essere salvaguardato sempre un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco⁶.

Orbene, il giudice costituzionale belga, nell'escludere la possibilità di sollevare la questione pregiudiziale di validità sulla direttiva comunitaria in riferimento al diritto alla vita privata e familiare, ha considerato applicabile, in specie, una delle eccezioni al divieto di ingerenza dello Stato previste dal disposto dell'articolo 8, paragrafo 2, della Convenzione, ossia l'ipotesi di una misura normativa nazionale, la legge del 12 gennaio 2004, emanata allo scopo di assicurare la prevenzione di un reato, il riciclaggio dei proventi derivanti da attività illecite.

Tenuto conto di questa peculiare finalità della misura normativa ha escluso che nel caso considerato potesse aversi violazione dell'articolo 8 della C.E.D.U. e, conseguentemente, dell'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato U.E., per cui non risultava necessario investire della relativa problematica la Corte di giustizia delle Comunità europee.

Questione di non minore importanza, collegata a quella esaminata, a cui è senz'altro utile accennare, è se, attraverso il dettato dell'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato U.E., la Corte di giustizia deve considerare vincolanti le prescrizioni della C.E.D.U. come interpretate ed applicate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

In virtù dell'articolo 32, paragrafo 1, della Convenzione, tra gli obblighi assunti dagli Stati che ne sono contraenti vi è l'obbligo di ottemperare non solo al disposto espresso delle sue norme, ma anche all'interpretazione che di esse viene data dalla Corte di Strasburgo, per cui il testo

⁴ "La competenza della Corte riguarda tutte le questioni concernenti l'interpretazione ed applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli (...)".

⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 23 marzo 2006, causa 77962/01, *Vitiello c. Italia* (inedita).

⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 10 gennaio 2008, causa 35991/04, *Kearns c. Francia* (inedita).

convenzionale deve essere applicato secondo il significato che ad esso è attribuito dalla Corte europea, che è, per definizione, il suo giudice.

In ordine all'Unione europea si pone il problema se, mediante l'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato istitutivo, gli Stati membri che ne sono parte, le sue istituzioni e dunque la Corte di giustizia sono tenute a rispettare ed applicare la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In proposito si può subito precisare che gli Stati membri dell'Unione hanno tutti autonomamente aderito al sistema previsto dalla Convenzione, sicché, *uti singuli*, sono obbligati a dare ad essa attuazione seguendo gli orientamenti della Corte E.D.U.. Il problema permane tuttavia per l'Unione europea, in quanto autonomo soggetto di diritto internazionale rispetto agli Stati, non contraente la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

L'Unione europea, istituita tramite il Trattato di Maastricht del 1992, costituisce in effetti una realtà giuridica funzionalmente ed organicamente distinta dal sistema di tutela dei diritti individuali che fa capo alla Convenzione del 1950, per cui non è pensabile che le sue istituzioni, e quindi la Corte di giustizia, possano ritenersi ad esso vincolate. Si tratta allora di stabilire con esattezza che tipo di valore può avere per la Corte di Lussemburgo il richiamo alla Convenzione europea previsto nell'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato U.E..

Il ragionamento da compiere è lo stesso che viene seguito quando, nell'esercizio delle competenze che le sono attribuite dal Trattato, le sue valutazioni devono tenere in considerazione i principi generali comuni degli Stati membri (articolo 288 del Trattato C.E.).

Il richiamo contenuto nell'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato U.E. deve cioè essere interpretato come possibilità di trovare, tanto nella Convenzione europea, sia pure mediante l'interpretazione ed applicazione compiuta dalla Corte E.D.U., quanto nei principi generali comuni degli Stati membri, una conferma all'esistenza di principi che racchiudono diritti individuali, la cui identificazione resta però il frutto di un'operazione ermeneutica di astrazione propria della Corte di giustizia e, soprattutto, realizzata su norme appartenenti ad un sistema giuridico diverso sia da quello convenzionale, sia da quello degli Stati, qual è appunto l'ordinamento giuridico comunitario.

Il diritto all'equo processo contemplato nella Convenzione può pertanto trovare applicazione da parte delle istituzioni dell'Unione europea solo nel momento in cui la Corte di giustizia lo abbia riconosciuto come principio di diritto comunitario, circoscrivendone per ciò stesso l'ambito di operatività rispetto ad attività normative che a quel diritto appartengono e che non sono rappresentate soltanto dagli atti obbligatori delle istituzioni dell'Unione, ma anche dagli atti nazionali degli Stati membri che ne costituiscono attuazione o violazione.

Merita in discorso chiarimento la circostanza che l'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato U.E. si riferisce ai soli principi di diritto comunitario, ovvero a principi che trovano la loro origine in un ordinamento che è a sua volta distinto da quello dell'Unione europea.

La Comunità europea ha un sistema giuridico che è provvisto di una sua autonomia, perché trova origine nel Trattato di Roma del 1957, mentre l'Unione europea è sorta in epoca posteriore, con il Trattato di Maastricht del 1992; è così indispensabile armonizzare la previsione contenuta nell'articolo 6 con il contesto normativo in cui si trova, formalmente diverso da quello nel quale i rammentati principi nascono.

In realtà l'articolo 6 del Trattato U.E. *minus dixit quam voluit* ed il riferimento da esso effettuato ai principi di diritto comunitario deve essere interpretato in via estensiva, al fine di far rientrare nel suo contenuto precettivo anche i principi eventualmente riconosciuti dalla Corte di giustizia nell'ambito dell'Unione europea.

Benché in altri termini gli autori del Trattato di Maastricht, nell'elaborare il suo dettato, abbiano menzionato esclusivamente i principi derivanti dalla giurisprudenza della Corte maturati in ambito comunitario, la disposizione va intesa come comprensiva anche dei principi da essa elaborati in seno all'Unione europea, i quali possono naturalmente coincidere con i principi che sono già esistenti a livello comunitario.

Tale disposto normativo non deve sorprendere, perché quando l'Unione europea è stata posta in essere (il Trattato istitutivo è entrato in vigore nel 1993) una giurisprudenza concernente le sue norme non poteva esistere e gli autori del Trattato di Maastricht, per motivi di certezza giuridica, hanno preferito individuare nell'attività interpretativa compiuta dalla Corte di giustizia sul piano comunitario il parametro di riferimento dei diritti individuali.

La Corte di giustizia non è quindi competente a valutare i diritti fondamentali inclusi nella Convenzione in sé e per sé, che, pertanto, non possono dirsi comunitarizzati grazie all'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato U.E., ma ha il compito di delinearne i contorni e coerentemente il contenuto in quanto ricavabili sia dall'ordinamento comunitario, sia dall'ordinamento dell'Unione europea, così da confrontarli con attività di eventuale violazione che rientrano nel campo di applicazione di quegli ordinamenti, quali possono essere le attività normative compiute dalle istituzioni attraverso l'emanazione di regolamenti, direttive e decisioni per la Comunità europea o decisioni, decisioni quadro e posizioni comuni per l'Unione europea.

Anche riguardo alla Comunità europea si deve comunque ribadire quanto si è già sostenuto per l'Unione europea, ossia che le attività normative prese in considerazione non sono soltanto gli atti obbligatori delle istituzioni, come le esaminate direttive n. 91/308/CEE e n. 2001/97/CE, ma anche gli atti nazionali di attuazione delle norme comunitarie, come la legge belga del 12 gennaio 2004, e, si può aggiungere, le convenzioni stipulate dagli Stati membri nell'ambito di entrambe le organizzazioni, di cui il Consiglio raccomanda l'adozione secondo le rispettive procedure costituzionali.

Le osservazioni sin qui compiute, come si può notare, non escludono che la Corte di giustizia nello svolgimento della sua attività possa riferirsi sia al testo della C.E.D.U., come vuole d'altra parte l'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato U.E., sia alla consolidata giurisprudenza in materia della Corte europea dei diritti dell'uomo, purché sia chiaro che ad essi la Corte di giustizia non è in alcun modo vincolata, almeno fino a quando la C.E. e l'U.E. non diverranno parti contraenti della Convenzione, poiché in questo caso sulle istituzioni comuni delle due organizzazioni graveranno gli stessi obblighi che attualmente incombono sugli organi dei singoli Stati membri.

In proposito si può ricordare che il Trattato di Lisbona, di modifica dei Trattati di Roma e Maastricht, firmato il 13 dicembre 2007, non ancora entrato in vigore, ha previsto, nell'articolo 1, la fusione delle due citate organizzazioni internazionali nella nuova Unione europea e, riformulando l'articolo 6, paragrafo 2, ha sancito che essa può aderire alla C.E.D.U. e che l'adesione non modifica le competenze stabilite nei Trattati.

Si può ancora ricordare che l'ultimo Protocollo allegato alla Convenzione europea, n. 14 del 13 maggio 2004, non ancora entrato in vigore tra gli Stati contraenti, nell'innovare l'articolo 59 della C.E.D.U., ha previsto, nell'articolo 17, che l'Unione europea può aderire al sistema convenzionale.

È stato dunque predisposto tutto l'impianto normativo internazionale affinché la futura U.E. possa divenire parte contraente della C.E.D.U., con correlativa assunzione degli obblighi convenzionali che da essa discendono, i quali comporteranno la necessaria accettazione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di diritti individuali ad opera delle istituzioni europee e, conseguentemente, anche della Corte di giustizia.

3. Tornando alla questione posta dalla Corte costituzionale belga in qualità di giudice di rinvio, con il quesito pregiudiziale è stato chiesto alla Corte di giustizia un controllo di validità sulla direttiva n. 91/308/CEE, come modificata dalla direttiva n. 2001/97/CE, per la presunta violazione del diritto all'equo processo.

Il diritto all'equo processo implica che ogni soggetto che ne è titolare può pretendere che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente ed imparziale costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi su una controversia relativa a suoi diritti o doveri di carattere civile o sulla fondatezza delle accuse penali formulate a suo carico.

Ciascun soggetto che è accusato è presunto innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata e specificamente ha il diritto:

- a) di essere informato nel più breve tempo possibile, in una lingua comprensibile ed in maniera dettagliata, della natura e dei motivi dell'accusa nei suoi confronti;
- b) di disporre del tempo e dei mezzi appropriati a preparare una difesa;
- c) di difendersi personalmente o con l'ausilio di un avvocato di sua fiducia e, se non ha la possibilità pagarlo, di poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio;
- d) di interrogare o far interrogare i testimoni a sfavore ed ottenere la citazione e l'interrogatorio, a parità di condizioni, dei testimoni a favore;
- e) di farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua utilizzata nel processo.

La Corte belga ha considerato preliminarmente necessario, onde pronunciarsi sulla costituzionalità della legge nazionale del 12 gennaio 2004 rispetto agli articoli 10 ed 11 della Costituzione, poiché essa trovava fondamento nella direttiva n. 91/308/CEE del 10 giugno 1991, come modificata dalla direttiva n. 2001/97/CE del 4 dicembre 2001, sollevare una questione pregiudiziale di validità dinanzi alla Corte di giustizia delle Comunità europee, in ordine agli articoli 2 *bis* e 6 della direttiva, assunti in violazione dell'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dell'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato istitutivo dell'Unione europea.

In particolare, la questione posta si è incentrata sulla validità dell'obbligo per gli avvocati, prescritto dalla direttiva, di collaborare con le autorità responsabili della lotta contro il riciclaggio, in riferimento alla previsione del diritto fondamentale all'equo processo dei clienti.

Per analizzare adeguatamente il quesito pregiudiziale posto dal giudice del Belgio, a giudizio della Corte di giustizia era indispensabile partire innanzitutto dall'osservazione che l'obbligo controverso risultava per gli avvocati limitato in due modi.

In primo luogo era imposto l'obbligo soltanto nel caso in cui essi svolgevano attività di assistenza o rappresentanza in favore dei loro clienti nel corso di determinate operazioni tassativamente elencate nell'articolo 2 *bis*, punto 5, della direttiva⁷ ed, in secondo luogo, anche in quei casi, l'articolo 6, paragrafo 2, n. 3, della direttiva non costringeva gli Stati membri ad imporre necessariamente agli avvocati un comportamento collaborativo, perché, nell'espletamento delle loro funzioni, essi erano, da un lato, professionisti indipendenti, ed in quanto tali pur sempre legalmente riconosciuti e controllati dai rispettivi ordini professionali, e, dall'altro, erano soggetti al vincolo del segreto professionale, da intendersi come obbligo di discrezione rispetto a fatti riguardanti la propria clientela di cui fossero venuti a conoscenza nell'espletamento del loro incarico⁸.

La Corte precisava inoltre che si versava in ipotesi assolutamente diverse da quelle considerate nella direttiva, quando il professionista partecipava direttamente all'attività di riciclaggio o forniva la sua prestazione professionale con la volontà di favorire l'attività di riciclaggio, perché, in queste circostanze, egli era corresponsabile del reato insieme al suo cliente, rendendo disponibile la sua prestazione per la realizzazione di un disegno criminoso che non gli consentiva di prendere più parte correttamente all'amministrazione della giustizia.

Alla luce di queste puntualizzazioni si doveva verificare se l'obbligo in questione poteva costituire una violazione del diritto all'equo processo oppure ne rispettava il contenuto.

Il diritto all'equo processo, come desunto dall'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, è un diritto individuale, che costituisce un principio generale dell'ordinamento comunitario grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia⁹ ed all'indicazione contenuta nell'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato

⁷ *Supra*, paragrafo 1.

⁸ Come ha sottolineato l'Avvocato generale M. Poiares Maduro nelle sue conclusioni, presentate alla Corte il 14 dicembre 2006, il segreto professionale è un obbligo per l'avvocato non un privilegio ed il suo fondamento in un ordinamento giuridico può essere duplice: il diritto all'equo processo ed il diritto al rispetto della vita privata. In principio porre alla base del segreto professionale l'uno o l'altro dei due diritti non è la stessa cosa, perché il riferirsi all'uno anziché all'altro può consentire di variare la portata della tutela che si vuole predisporre nei confronti del cliente. Fondare il segreto professionale sul diritto all'equo processo equivale, indirettamente, a circoscrivere la sua operatività nell'ambito del contenzioso giurisdizionale o quasi giurisdizionale, optare invece per il diritto al rispetto della vita privata implica estendere la sua efficacia a tutte le confidenze fatte dal cliente al professionista, indipendentemente dal contesto in cui si sviluppa il loro rapporto. La tutela derivante dal segreto professionale dell'avvocato ha dunque due profili, il primo di tipo processuale, attinente al diritto all'equo processo, il secondo di tipo sostanziale, legato al diritto al rispetto della vita privata. Al fondamento processuale corrisponde l'esigenza di garantire al cliente il diritto di rivolgersi al giudice, il diritto di difendersi in giudizio ed il diritto alla parità degli strumenti processuali, al fondamento sostanziale corrisponde invece l'esigenza di assicurare la possibilità di rivolgersi liberamente all'avvocato, la cui attività comporta per sua natura il compito di dare, in modo indipendente e leale, pareri legali a chiunque ne abbia bisogno. Nell'ordinamento comunitario la scelta compiuta dalla Corte di giustizia nell'individuare il presupposto giuridico del segreto professionale è stata di ancorarlo al diritto all'equo processo. Si veda anche Corte di giustizia C.E., sentenza 18 maggio 1982, causa 155/79, *AM & S.*, in *Raccolta* 1982, 1575, e B. Vesterdorf, *Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self Incrimination in EC Law: Recent Developments and Currents Issues*, in *Fordham International Law Journal*, 2005, 1179.

⁹ Corte di giustizia C.E., sentenza 12 novembre 1969, causa 29/69, *Stauder*, in *Raccolta* 1969, 419; sentenza 14 dicembre 2006, causa C-283/05, *ASML*, in *Raccolta* 2006, I-12041; sentenza 18 gennaio 2007, causa C-229/05 P, *PKK e KNK c. Consiglio*, in *Raccolta* 2007, I-439.

sull'Unione europea, per cui è un termine normativo di riferimento alla stregua del quale verificare la legittimità delle direttive.

In esso è compreso il diritto di ricorrere alla giustizia, ossia agli organi giurisdizionali, il diritto di difendersi in giudizio ed il diritto alla parità degli strumenti processuali di difesa e deve potersi esercitare mediante l'ausilio di un avvocato, che sia in grado di svolgere in favore del suo titolare compiti di assistenza, rappresentanza e difesa giudiziale, sia in campo penale, sia in campo civile.

Il problema che si è posto all'attenzione della Corte di giustizia è se un avvocato poteva svolgere appropriatamente questi compiti qualora gli fosse stato imposto l'obbligo di collaborare con le pubbliche autorità, trasmettendo informazioni relative ai suoi clienti, ottenute durante l'espletamento dell'incarico conferitogli.

La Corte ha ritenuto in proposito che l'avvocato non sarebbe stato effettivamente in grado di svolgere l'attività di consulenza, rappresentanza o difesa in giudizio del suo cliente, se fosse stato tenuto a collaborare con le autorità responsabili della lotta contro il riciclaggio, comunicando, su richiesta o di propria iniziativa, tutte le informazioni rilevanti ai fini della ricostruzione di elementi che erano idonei ad integrare indizi del reato di riciclaggio.

La sua attività di collaborazione avrebbe finito infatti, inevitabilmente, per interferire con la corretta esecuzione della sua funzione, quando questa si presentava collegata ad un procedimento giudiziario, menomando tangibilmente il diritto all'equo processo del cliente che con lui aveva instaurato un rapporto di natura fiduciaria, il quale postulava, per ciò stesso, il vincolo del segreto professionale.

Il diritto all'equo processo, come inteso dalla Corte comunitaria, con il supporto dell'interpretazione che a sua volta è stata data di quel diritto dalla Corte europea di Strasburgo¹⁰, implicava quindi, per definizione, l'esistenza di un collegamento con un giudizio.

L'articolo 6, paragrafo 2, n. 3, della direttiva consentiva tuttavia agli Stati di esonerare gli avvocati dall'obbligo di collaborazione esattamente quando le loro attività erano connesse ad un procedimento giudiziario, sicché la collaborazione diveniva in realtà obbligatoria solo laddove gli avvocati assistevano i loro clienti od agivano in loro nome e per conto nella realizzazione di talune operazioni, elencate nell'articolo 2 *bis*, punto 5, della direttiva, di tipo imprenditoriale, finanziario od immobiliare, che si situavano al di fuori del contesto processuale.

Quando le attività di difesa, rappresentanza o consulenza riguardavano invece operazioni collegate ad un giudizio, erano cioè di natura giurisdizionale o paragiurisdizionale, entrava in gioco l'eccezione contenuta nell'articolo 6, paragrafo 2, n. 3, della direttiva, per la quale gli Stati membri non erano tenuti ad applicare l'obbligo agli avvocati, con la precisazione che la facoltà così prevista si riferiva alla collaborazione in ordine alle informazioni sul riciclaggio da essi ricevute nello svolgimento di tali attività, senza che fosse rilevante se esse fossero state ottenute prima, nel corso o dopo il procedimento.

¹⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 21 febbraio 1975, causa 4451/70, *Golder c. Regno Unito*, in *Pubblicazioni* Serie A n. 18; sentenza 28 giugno 1984, causa 7819 e 7878/77, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, in *Pubblicazioni* Serie A n. 80; sentenza 30 ottobre 1991, causa 12005/86, *Borgers c. Belgio*, in *Pubblicazioni* Serie A n. 214-B.

Se questo è vero non solo la direttiva comunitaria non violava il diritto all'equo processo, ma era in grado di tutelarla adeguatamente, perché lasciava agli Stati membri la possibilità di valutare se imporre o meno l'obbligo di collaborazione a seguito di un confronto tra due interessi contrapposti, l'interesse del privato ad un equo processo e l'interesse pubblico alla prevenzione del crimine di riciclaggio.

Nel momento in cui uno Stato membro riteneva esistessero le condizioni di fatto per dare la prevalenza all'esigenza imperativa costituita dall'ordine pubblico, in quanto specificamente minacciato o leso dall'attività di riciclaggio, avrebbe dovuto adottare le misure normative giudicate più idonee per salvaguardarlo e, di conseguenza, avrebbe dovuto imporre agli avvocati l'obbligo di collaborazione anche quando si presentasse connesso ad un procedimento giudiziario, diversamente, dispensandoli, avrebbe protetto la posizione del singolo, senza restrizioni che potevano causare una sua *deminutio* a livello processuale.

La misura normativa restrittiva del diritto all'equo processo doveva, comunque, essere finalizzata alla prevenzione di azioni indirizzate ad utilizzare il sistema finanziario a scopo di riciclaggio, ossia doveva avere come obiettivo la prevenzione di azioni rivolte a conferire un'apparenza legale a risorse di origine criminale, poiché, se fosse stata rivolta a perseguire esigenze anche solo parzialmente differenti, non avrebbe potuto considerarsi ammissibile.

4. Normalmente la Corte di giustizia quando deve operare una valutazione sulla congruenza tra una misura normativa nazionale restrittiva in deroga al diritto comunitario (ove sia consentita) e un'esigenza statale imperativa che la giustifica, si preoccupa di verificare la sua proporzionalità rispetto all'obiettivo di tutela pubblica perseguito, intendendo per proporzionalità l'idoneità della misura normativa a soddisfare l'esigenza pubblica di specie e l'assenza di possibili misure normative meno restrittive che lo Stato membro potrebbe porre in essere per realizzarla. Solo dopo una verifica di questo tipo l'atto normativo nazionale è reputato compatibile con l'ordinamento comunitario.

Nel caso in esame gli Stati membri possono emanare misure legislative che impongono agli avvocati un obbligo di collaborazione con le autorità statali incaricate della lotta contro il riciclaggio anche quando l'attività di difesa, rappresentanza o consulenza sia collegata ad un procedimento giurisdizionale; in altri termini è attribuito agli Stati il potere di scegliere se adottare o meno atti normativi restrittivi del diritto all'equo processo riconosciuto dall'ordinamento comunitario.

La direttiva n. 91/308/CEE, come modificata dalla direttiva n. 2001/97/CE, ammette però tale possibilità, purché la misura interna restrittiva del diritto all'equo processo sia diretta a tutelare l'ordine pubblico statale minacciato o leso dal reato di riciclaggio.

Si potrebbe pensare di applicare anche a questa ipotesi la citata valutazione di proporzionalità tra l'atto normativo nazionale che impone l'obbligo di collaborazione e l'esigenza di ordine pubblico perseguita, al fine di garantire meglio il diritto all'equo processo del soggetto che si rivolge all'avvocato per ottenerne ausilio, allorché voglia dar vita od evitare un procedimento giurisdizionale, ovvero sia in esso già coinvolto.

La Corte di giustizia nella sentenza del 26 giugno 2007 ha sancito la validità della normativa della direttiva nella parte in cui prevede, agli articoli 2 *bis*, punto 5, e 6, paragrafo 2, n. 3, che l'obbligo di informazione, e più in generale di collaborazione, verso le autorità responsabili

della lotta contro il riciclaggio, sia imposto anche agli avvocati, non essendo il combinato disposto in violazione del principio giuridico comunitario che prevede il diritto all'equo processo.

Nulla tuttavia precisa in ordine alla possibilità che in questo contesto sia innestato un giudizio di proporzionalità tra l'esigenza imperativa e la misura nazionale restrittiva.

Un giudizio di proporzionalità è sempre alla base delle normative interne restrittive delle libertà e dei diritti protetti dalle norme comunitarie, così da preservare adeguatamente esigenze statali di natura cogente come l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, la buona amministrazione della giustizia ed altre¹¹.

La valutazione implica, come accennato, che l'atto normativo nazionale debba essere idoneo a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vada oltre quanto è necessario per raggiungerlo, di modo che possano sussistere atti normativi alternativi mediante i quali sia possibile conseguirlo in maniera altrettanto appropriata, ma con minori limitazioni per la posizione giuridica soggettiva tutelata dalla norma comunitaria.

Ci sono dunque sufficienti ragioni per credere che sia possibile effettuare la medesima valutazione anche nel caso in cui la situazione giuridica soggettiva comunitaria sia il diritto all'equo processo ed essa dovrà spettare *in primis* al giudice nazionale e, successivamente, nell'eventualità in cui vi siano dei dubbi, attraverso la rimessione di una questione pregiudiziale, alla Corte di giustizia delle Comunità europee, per una decisione definitiva.

Un'analisi di questo tipo deve articolarsi in due fasi: a) la constatazione di idoneità della misura normativa nazionale a perseguire l'esigenza imperativa e b) l'accertamento dell'assenza di misure normative che possano ugualmente soddisfarla, ma con minore sacrificio per la posizione giuridica del singolo contenuta nella previsione comunitaria.

Nella fattispecie esaminata l'attività normativa interna trova il suo presupposto in una direttiva e per questo motivo è da ritenersi di per se già idonea a salvaguardare l'esigenza imperativa di natura pubblica, atteso che l'esame di adeguatezza all'obiettivo è stato realizzato a monte dalle stesse istituzioni comunitarie, che hanno però lasciato agli Stati membri la facoltà di imporre o meno l'obbligo di collaborazione con le autorità nazionali per la lotta contro il riciclaggio, ossia la scelta relativa al se compiere o meno la restrizione del diritto all'equo processo.

Orbene, nel momento in cui lo Stato membro si orienta per la scelta positiva imponendo l'obbligo di collaborazione, la norma interna che lo prescrive è sicuramente in grado di conseguire la finalità ultima di assicurare maggiore efficacia all'azione di prevenzione del crimine di riciclaggio, ciò nondimeno, essendo l'individuazione delle modalità di collaborazione nella piena discrezionalità dello Stato, la pertinente misura potrà essere sottoposta al vaglio di proporzionalità da parte dei giudici nazionali, i quali avranno il compito di accertare se le modalità in essa previste non siano sproporzionate rispetto all'obiettivo prefissato, cosicché possano esistere eventuali forme di collaborazione meno costrittive del diritto dei singoli ad un equo processo.

¹¹ Corte di giustizia C.E., sentenza 5 giugno 1997, causa C-398/95, *SETTG*, in *Raccolta* I-3091, e sentenza 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, *Federico Cipolla e a.*, in *Raccolta* I-11421.

Qualora i giudici nazionali dovessero riscontrare una sua eccessiva compressione, si avrà violazione dell'ordinamento comunitario e, di conseguenza, essi non dovranno applicare l'atto normativo interno che impone l'obbligo, qualora invece abbiano dei dubbi, potranno chiedere l'intervento chiarificatore della Corte di giustizia, che effettuerà in via pregiudiziale e risolutiva la valutazione di proporzionalità, e quindi di compatibilità, della misura restrittiva con il diritto riconosciuto dal sistema comunitario.

Di recente la disciplina in materia di riciclaggio ha subito dei cambiamenti, giacché la direttiva n. 91/308/CEE, come modificata dalla direttiva n. 2001/97/CE, è stata sostituita dalla direttiva n. 2005/60/CE¹², per cui le conclusioni alle quali si è giunti devono essere verificate rispetto alle nuove norme¹³.

Le nuove norme hanno esteso l'ambito delle finalità della regolamentazione, che, inizialmente, era stata predisposta allo scopo di prevenire il solo reato di riciclaggio, mentre ora, più ampiamente, concerne la prevenzione dell'uso del sistema finanziario anche a scopo di finanziamento del terrorismo¹⁴.

La struttura degli obblighi previsti nell'abrogata disciplina normativa è rimasta la stessa, ma le nuove disposizioni che li prescrivono sono notevolmente più articolate, probabilmente in virtù della maggiore esperienza acquisita in materia dalle istituzioni comunitarie.

I soggetti di riferimento sono stati arricchiti includendo nel loro ambito non più soltanto i commercianti di oggetti di valore, ma, più in generale, tutte le persone fisiche e giuridiche che vendono beni attraverso transazioni il cui corrispettivo è pagato in contanti, quando l'importo versato sia pari o superiore a quindicimila euro.

Si dà inoltre la possibilità agli Stati membri di non includere nel novero dei soggetti destinatari della normativa le persone fisiche e giuridiche ogni qualvolta esercitino un'attività finanziaria in maniera occasionale o ridotta o quando i rischi di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo che essa comporta siano contenuti (articolo 2).

Gli Stati membri sono liberi di estendere gli obblighi previsti dalla direttiva a soggetti diversi da quelli espressamente menzionati nella dettato normativo e che a giudizio delle autorità statali svolgono attività suscettibili di essere utilizzate a scopo di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo (articolo 4).

Per quanto riguarda specificamente gli obblighi riconosciuti nella preesistente disciplina, l'obbligo di identificazione dei clienti è stato trasformato nel più esteso obbligo di adeguata verifica della clientela, che comprende non solo il dovere di identificare preventivamente il cliente mediante un documento comprovante la sua identità o tramite dati ed informazioni ottenuti da fonti affidabili ed indipendenti, ma anche il dovere di ottenere informazioni sugli

¹² La riforma trae impulso dall'attività a livello internazionale del Gruppo di azione finanziaria sul riciclaggio (G.A.FI), creato nel 1989 in seno al G7, il quale ha pubblicato nel 1990 un rapporto contenente quaranta raccomandazioni per orientare l'azione internazionale contro questo crimine. Le raccomandazioni sono state aggiornate nel 1996 ed ampliate nel 2003 con altre nove speciali raccomandazioni riguardanti il finanziamento del terrorismo. In tema si veda Koker L., *Money Laundering Control and the Suppression of Financing of Terrorism*, in *Journal of Financial Crime*, 2006, 26, e Koh J., *Suppressing Terrorist Financing and Money Laundering*. New York, Springer, 2006.

¹³ La direttiva n. 2005/60/CE è stata integrata in alcune sue disposizioni dalla direttiva n. 2006/70/CE.

¹⁴ In Italia la direttiva n. 2005/60/CE e la direttiva n. 2006/70/CE hanno avuto attuazione con il Decreto Legislativo 21 novembre 2007, n. 231.

obiettivi e la natura dell'operazione che egli deve compiere, così da esercitare su di essa un controllo costante per tutto l'arco del suo svolgimento (articolo 8).

L'adeguata verifica costituisce una condizione essenziale per l'instaurazione del rapporto d'affari, la cui impossibilità di attuazione implica, ai sensi della nuova direttiva, l'obbligo di astenersi dal prestare l'attività richiesta o, se il rapporto è già sorto, l'obbligo di farlo cessare (articolo 9).

È stata mantenuta la previsione contenuta nell'articolo 8 della direttiva n. 91/308/CEE, come modificata dalla direttiva n. 2001/97/CE, per la quale gli Stati membri non sono tenuti ad imporre l'astensione ai notai, agli avvocati, ai revisori dei conti, ai contabili esterni ed ai consulenti tributari, limitando l'eccezione alla circostanza in cui la loro prestazione si concreti nell'esame della posizione giuridica del cliente, oppure nell'espletamento di compiti di difesa o di rappresentanza, rispetto ad un procedimento giudiziario, inclusa la consulenza sull'opportunità di promuoverlo o meno (articolo 9).

Allo stesso modo è stata conservata, con alcune varianti, la previsione contenuta nell'articolo 4 della direttiva n. 91/308/CEE, come modificata dalla direttiva n. 2001/97/CE, in relazione alla quale è prescritto per tutti i soggetti destinatari della disciplina un obbligo di conservazione dei documenti, in copia od in originale, concernenti l'adeguata verifica della clientela e le operazioni imprenditoriali, finanziarie ed immobiliari da essa svolte, per un periodo di almeno cinque anni dalla fine del rapporto d'affari o, nel caso in cui non sia ancora cessato, dall'esecuzione delle operazioni che lo riguardano (articolo 30).

La precedente normativa sanciva infine, all'articolo 6, un obbligo di collaborazione con le autorità responsabili della lotta contro il riciclaggio, attraverso la comunicazione, spontanea o su richiesta, di tutte le informazioni necessarie in ordine ad eventuali fatti che potevano costituire indizio del reato di riciclaggio e costruiva il rapporto tra i soggetti destinatari dell'obbligo e le autorità responsabili della lotta contro il riciclaggio come un rapporto diretto, lasciando tutt'al più allo Stato membro la facoltà di istituire organismi specializzati di collegamento (rappresentativi degli ordini professionali) che avessero funzione di intermediazione.

La nuova direttiva stabilisce invece che ciascuno Stato membro è obbligato ad istituire un'Unità di informazione finanziaria (U.I.F.), munita di risorse autonome, per combattere più efficacemente il riciclaggio ed il finanziamento del terrorismo¹⁵. L'Unità deve essere unica in tutto il territorio nazionale e deve funzionare da punto di riferimento per tutti i soggetti interessati dalla regolamentazione, con il compito di ricevere, chiedere, analizzare e comunicare alle autorità competenti ogni informazione relativa a presunte attività di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo (articolo 21).

Sul presupposto di tale previsione è stato imposto un obbligo di collaborazione, più esattamente definito di segnalazione, agli enti ed alle persone fisiche ad essa soggetti, che si sostanzia:

¹⁵ Sulle strutture istituzionali per la lotta contro il riciclaggio ed il finanziamento del terrorismo: Schott P., *Reference Guide to Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism: A Manual for Countries to Establish and Improve their Institutional Framework*, World Bank and IMF, Washington, 2002.

- a) nel dovere di informare tempestivamente l'U.I.F., di propria iniziativa, quando sospettano o sono a conoscenza che siano in corso, siano state compiute o siano state tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo;
- b) nel dovere di trasmettere tempestivamente all'U.I.F., su sua richiesta, tutte le informazioni necessarie (articolo 22).

Esiste in proposito un obbligo di segretezza, che si concretizza nel divieto di comunicare ai clienti od a terzi l'avvenuta trasmissione di informazioni a seguito delle quali può essere svolta o è in corso di svolgimento un'inchiesta in materia di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo (articolo 28).

Per i notai, gli avvocati ed in maniera più estensiva (rispetto all'articolo 6 della direttiva n. 91/308/CEE come modificata dalla direttiva n. 2001/97/CE) anche per i revisori dei conti, i contabili esterni ed i consulenti tributari è stato consentito che gli Stati membri possano designare, quale autorità competente, un organismo di autoregolamentazione della professione, al quale far pervenire le informazioni ritenute utili, disponendo, per questa eventualità, che l'organismo designato fornisca tempestivamente e senza alcun altro filtro le informazioni in suo possesso all'U.I.F. (articolo 23).

Ai notai, agli avvocati, ai revisori dei conti, ai contabili esterni ed ai consulenti tributari, gli Stati membri possono non applicare l'obbligo di segnalazione, qualora esso abbia ad oggetto informazioni ricevute nell'espletamento di un incarico che si sostanzia in attività di assistenza, rappresentanza o difesa collegati ad un procedimento giudiziario, compresa la consulenza sull'intentare od evitare il procedimento ed indipendentemente dal fatto che le informazioni siano state ottenute prima, dopo o nel corso del suo svolgimento (articolo 23).

Riguardo all'obbligo di collaborazione di cui alla sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 2007, per la nuova disciplina, prevista dalla direttiva n. 2005/60/CE, possono, rispetto all'obbligo di segnalazione, essere riprese le stesse considerazioni compiute in precedenza.

Se lo Stato impone ai notai, agli avvocati, ai revisori dei conti, ai contabili esterni ed ai consulenti tributari l'obbligo di segnalazione, la norma nazionale che lo prescrive è, grazie al suo fondamento comunitario, sicuramente in grado di conseguire lo scopo di assicurare maggiore efficacia sia alla prevenzione del reato di riciclaggio, sia alla prevenzione del reato di finanziamento del terrorismo.

Essendo però l'individuazione delle modalità di segnalazione nella piena discrezionalità dello Stato membro, salvo la specifica obbligatorietà di costituire un'Unità di informazione finanziaria *ad hoc* per l'intero territorio nazionale attraverso la quale far transitare tutte le informazioni rilevanti, la misura statale potrà essere sottoposta ad una valutazione di proporzionalità ad opera dei giudici interni, i quali avranno il compito di accertare se le sue modalità non siano sproporzionate rispetto agli obiettivi perseguiti per l'eventuale esistenza di forme di segnalazione meno costrittive del diritto dei singoli ad un equo processo.

Se i giudici nazionali dovessero riscontrare una sua eccessiva compressione, si avrà violazione del principio comunitario che prevede il diritto individuale all'equo processo e, pertanto, essi non potranno applicare l'atto normativo nazionale che impone l'obbligo, se invece non dovessero rilevare eccessive compressioni, applicheranno la normativa nazionale che lo contempla.

Nel caso in cui nutrano dei dubbi essi potranno chiedere, d'ufficio o su istanza delle parti interessate e previa sospensione del giudizio, l'intervento pregiudiziale della Corte di giustizia, che effettuerà essa stessa la valutazione di proporzionalità, e dunque di compatibilità, della regolamentazione nazionale con il diritto tutelato dal sistema comunitario.

5. Si è evidenziato che in Italia la direttiva n. 2005/60/CE ha ricevuto attuazione con il Decreto Legislativo 21 novembre 2007, n. 231 (*supra*, nota 14). Può essere utile a questo punto individuare che tipo di disposizioni normative nazionali in tema di obbligo di segnalazione sono state previste per raggiungere gli obiettivi da essa indicati.

Secondo la disciplina italiana, i soggetti identificati dalla direttiva hanno l'obbligo di inviare all'Unità di informazione finanziaria del Ministero dell'economia e delle finanze (U.I.F. italiana)¹⁶ una segnalazione, quando sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare, che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo.

Il sospetto può trovare origine nelle caratteristiche dell'operazione che il cliente deve compiere, le quali possono riguardare la sua entità, la sua natura o, comunque, qualsiasi altra circostanza che può divenire nota in occasione dell'incarico espletato dalla persona fisica o giuridica con cui il cliente ha posto in essere il rapporto d'affari, compresa la capacità economica di quest'ultimo e l'attività da egli normalmente svolta (articolo 41).

Le segnalazioni di operazioni sospette non costituiscono violazione degli obblighi di segretezza, del segreto professionale o di eventuali restrizioni alla divulgazione di informazioni imposte mediante contratto o disposizioni legislative, regolamentari od amministrative, per cui, se sono eseguite in buona fede, non comportano responsabilità di alcun tipo (articolo 41).

L'obbligo di segnalazione è stato imposto anche ai professionisti, i quali devono trasmettere tutte le informazioni utili direttamente all'U.I.F. oppure agli organismi rappresentativi dei rispettivi ordini o collegi professionali, che devono essere stati preventivamente individuati con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministero della giustizia. Gli organismi abilitati a ricevere le informazioni devono provvedere a trasferirle integralmente e senza ritardo all'U.I.F., prive del nominativo del segnalante (articolo 43).

Il Ministero della giustizia esercita la dovuta vigilanza sugli organismi rappresentativi dei collegi e degli ordini professionali competenti in relazione alle funzioni attribuitegli ed essi a loro volta favoriscono e controllano l'osservanza da parte dei professionisti iscritti nei loro albi sia dell'obbligo di segnalazione, sia degli altri obblighi contenuti nel decreto, secondo i principi e le modalità previste dall'ordinamento vigente (articolo 8).

L'U.I.F. effettua, in riferimento alle segnalazioni ricevute, gli approfondimenti sotto il profilo finanziario, impiegando i risultati delle analisi e degli studi compiuti ed i dati e le informazioni contenute nei suoi archivi od anche acquisite tramite le ispezioni dirette o le notizie relative ad operazioni sospette, non segnalate, di cui viene a conoscenza o comunicategli dagli organi investigativi, dalle autorità di vigilanza di settore, dagli ordini professionali e dalle U.I.F. estere, anche in base agli elementi desumibili dagli archivi in loro possesso (articolo 47).

¹⁶ L'Unità di informazione finanziaria è stata istituita presso la Banca d'Italia il 1° gennaio 2008.

Le segnalazioni, se ritenute infondate, vengono tralasciate e la relativa documentazione è conservata per dieci anni, diversamente esse sono integrate e trasmesse, insieme ad una relazione tecnica sulle notizie riguardanti le operazioni sospette di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, alla Direzione investigativa antimafia (D.I.A.) ed al Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di finanza, i quali provvedono a portarle a conoscenza della Procura nazionale antimafia qualora interessino la criminalità organizzata (articolo 47).

La D.I.A. ed il Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di finanza sono incaricati di svolgere gli approfondimenti di indagine sulle segnalazioni pervenute dall'U.I.F. ed al Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di finanza è affidato in generale anche il compito di porre in essere i controlli diretti a verificare l'osservanza dell'obbligo di segnalazione e degli altri obblighi previsti dal decreto (articolo 8).

La trasmissione delle segnalazioni agli organi investigativi e l'avvenuta archiviazione delle stesse sono comunicate dall'U.I.F. al segnalante, direttamente o tramite gli ordini professionali, a meno che ciò non rechi pregiudizio all'esito delle indagini, mentre gli organi investigativi informano l'Unità delle segnalazioni di operazioni sospette le cui indagini non hanno avuto seguito, di modo che possano essere definitivamente archiviate (articolo 48).

È interessante notare che, nel recepire la direttiva n. 2005/60/CE, le disposizioni del decreto legislativo n. 231/07 hanno posto l'accento esclusivamente sull'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette per i soggetti destinatari della normativa, senza però prevedere la possibilità che, qualora sia necessario, le informazioni possano essere ad essi richieste direttamente dall'U.I.F., anche in assenza di una loro preventiva iniziativa. L'articolo 6 del D.Lgs. n. 231/07 dispone, infatti, che l'Unità di informazione finanziaria acquisisce "ulteriori dati ed informazioni finalizzati allo svolgimento delle proprie funzioni istituzionali, dai soggetti tenuti alle segnalazioni di operazioni sospette".

Il legislatore italiano nell'attuare la direttiva ha cioè stabilito che l'Unità di informazione finanziaria possa ottenere dai soggetti interessati solo "ulteriori dati ed informazioni", presupponendo così la sua attivazione esclusivamente su segnalazioni già avvenute.

Ciò vuol dire che è stata prescritta come indispensabile, sempre, la previa iniziativa dei soggetti destinatari degli obblighi della normativa e l'U.I.F. non può attivarsi d'ufficio nei loro confronti, richiedendo notizie su fatti di cui abbia avuto conoscenza *aliunde*.

Differentemente non vi sarebbe stata ragione per prevedere la sua attivazione al solo fine di ricevere dati ed informazioni aggiuntivi rispetto a quelli ottenuti attraverso la segnalazione.

La normativa italiana nell'attuazione della direttiva risulta quindi più garantistica rispetto a quella comunitaria, nel senso che in ordine alla sfera del diritto all'equo processo, la posizione del cliente è più protetta rispetto all'attività dell'U.I.F., che non può richiedere dati od informazioni su determinate operazioni economiche o finanziarie sospettate di riciclaggio o di finanziamento di attività terroristiche, se non c'è stata una preventiva comunicazione dei soggetti ai quali i clienti si rivolgono per essere assistiti o rappresentati.

In quest'ottica il problema che si pone è se la normativa italiana può prevedere una disciplina più garantistica di quella stabilita dalla direttiva, quando essa individua come obiettivi per gli Stati la prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi derivanti da attività criminose e di finanziamento del terrorismo.

Quanto potrebbe verificarsi è che, alla luce della normativa contenuta nel Decreto legislativo n. 231/07, l'Italia potrebbe incorrere nel pericolo di un non esatto adempimento delle norme comunitarie ed incappare nella procedura d'infrazione regolata dagli articoli 226, 227 e 228 del Trattato C.E., su iniziativa della Commissione o di uno Stato membro, con una sentenza finale della Corte di giustizia di accertamento del fatto illecito ed, all'occorrenza, in caso di persistenza nell'infrazione, di condanna.

Si potrebbe d'altra parte sostenere, nel giustificare la previsione dell'articolo 6 del Decreto legislativo n. 231/07 sull'attività dell'U.I.F., che essa rientri nella discrezionalità riconosciuta al potere normativo dello Stato italiano, il quale, attuando una direttiva comunitaria, è vincolato solo per il risultato da raggiungere, ferma restando la sua competenza relativamente alla forma ed ai mezzi necessari per conseguire il risultato da essa prefissato.

Il problema è che effettivamente, nel momento in cui un cliente compie operazioni economiche o finanziarie a scopo di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo senza che i soggetti tenuti a segnalare l'operazione sospetta si attivino per informare l'U.I.F., il risultato di prevenzione che la direttiva vuole conseguire può essere vanificato. Pertanto, se è apprezzabile il tentativo del legislatore italiano di dare per questa via maggiore copertura alla posizione processuale dei singoli, è pur vero che egli si trova di fronte ad una disciplina comunitaria che lo limita non poco, imponendogli attraverso l'articolo 22 della direttiva di dare più spazio all'attività dell'U.I.F., la quale deve poter agire anche di sua iniziativa.

La questione va risolta allora in via interpretativa, ossia attraverso l'attività ermeneutica del giudice nazionale, che è pur sempre, come l'ha definito la stessa Corte di giustizia, il giudice naturale del diritto comunitario, essendo il soggetto che è chiamato in prima battuta alla sua applicazione.

È noto che uno dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario è il principio dell'effetto diretto, grazie al quale i singoli possono far valere direttamente dinanzi al giudice nazionale la posizione giuridica soggettiva che gli deriva da una norma comunitaria che sia sufficientemente chiara e precisa, oltre che incondizionata¹⁷.

Rispetto alle norme comunitarie contenute all'interno di una direttiva, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha anche sostenuto l'esistenza di un effetto diretto interpretativo, per il quale, indipendentemente dall'emanazione di un atto di trasposizione nell'ordinamento interno da parte degli organi statali preposti, i giudici e le amministrazioni nazionali hanno l'obbligo di interpretare il proprio diritto alla luce della lettera e degli obiettivi della direttiva di riferimento, onde perseguire il risultato da essa stabilito ed ottemperare all'articolo 249 del Trattato C.E.¹⁸. Se questo è vero, riguardo all'articolo 6 del Decreto legislativo n. 231/07 un'interpretazione conforme all'articolo 22 della direttiva n. 2005/60/CE si impone, per cui il giudice italiano, nel valutare l'attività di esercizio dell'azione penale su notizie di reato concernenti il riciclaggio od il finanziamento del terrorismo, che traggono origine dalle indagini dell'U.I.F., indipendentemente da una preventiva segnalazione dei soggetti ai quali il cliente che vuole

¹⁷ Corte di giustizia C.E., sentenza 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, in *Raccolta* 723, sentenza 20 marzo 2003, causa C-187/00, *Kutz-Bauer*, in *Raccolta* I-2741, e sentenza 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, in *Raccolta* I-2483.

¹⁸ Corte di giustizia C.E., sentenza 10 aprile 1984, causa 14/83, *Von Colson e Kamann*, in *Raccolta* 1891, sentenza 23 febbraio 1999, causa C-63/97, *BMW*, in *Raccolta* I-905 e sentenza *Impact*, cit. in nota 17.

svolgere l'operazione economica o finanziaria criminosa si sia rivolto per essere assistito o rappresentato, dovrebbe ritenerla legittima, anche in assenza di un'esplicita previsione della regolamentazione nazionale in tal senso.

Questa interpretazione, che estende al di là dell'espresso dettato normativo del Decreto legislativo n. 231/07 le ipotesi di esercizio dell'azione penale, includendovi anche le fattispecie in cui le operazioni economiche o finanziarie sospettate di riciclaggio o di finanziamento di attività terroristiche non siano state preventivamente segnalate dai soggetti ai quali i clienti si rivolgono per essere assistiti o rappresentati, nel privilegiare la tutela dell'ordine pubblico nazionale rispetto all'interesse del singolo ad un equo processo, sembra più adeguata all'attuale realtà, dove il pericolo derivante dai crimini che con il Decreto si vogliono perseguire è avvertito in modo più sensibile che in passato.

Sudditanza della donna e pratica dell'infibulazione non sono sufficienti per dichiarare lo status di rifugiato

di Giulia Malinconico

Il problema della pratica della "escissione/mutilazione genitale femminile" (d'ora in avanti E/MGF), quale violazione dei diritti umani fondamentali, e dunque presupposto valido per la concessione del diritto d'asilo alle relative vittime, si è posto già da tempo al centro di un acceso dibattito, tuttora in corso sul piano internazionale, comunitario e nazionale.

Prima di passare ad esaminare la posizione assunta a riguardo dalla più recente giurisprudenza del nostro Paese, appare utile ed opportuno delineare i contorni di quello che è pressoché unanimemente definito come un vera e propria violazione dei diritti umani della donna.

Con l'espressione "*escissione/mutilazione genitale femminile*" si intende indicare tutta "*una serie di pratiche che prevedono la totale o parziale rimozione oppure la modificazione dei genitali esterni femminili per ragioni di ordine non medico*"¹.

Esistono diversi tipi di E/MGF. La classificazione operata dall'OMS ha permesso di individuare quattro tipologie di intervento, ciascuno caratterizzato da un diverso livello di gravità²:

Tipo I: conosciuta nella cultura islamica con il nome di "*sunna*" (in arabo "tradizione"), è la forma di mutilazione meno invasiva e si compie mediante l'escissione del prepuzio, con o senza asportazione parziale o totale della clitoride.

Tipo II: anche conosciuta con il nome di "*Tahara*" (in arabo "purificazione"), viene generalmente definita con il termine di "clitoridectomia" e comporta l'escissione della clitoride e quella, totale o parziale, delle piccole labbra.

Tipo III: meglio conosciuta con il termine di "infibulazione"³ o "circoncisione faraonica"⁴, consiste nell'escissione di parte o della totalità dei genitali esterni e sutura/restringimento del canale vaginale.

¹ La descrizione appena riportata è stata estrapolata dal rapporto UNICEF sulle E/MGF del 2007 e rappresenta soltanto una delle varie definizioni accreditate sul piano internazionale. L'OMS, ad esempio, ne offre una parzialmente diversa e si riferisce alle E/MGF come ad un insieme di pratiche che "*mirano ad alterare la conformazione degli organi genitali femminili esterni con finalità culturali, religiose o per altre ragioni comunque non terapeutiche*". Quest'ultima definizione, pure autorevole, è tuttavia in corso di revisione.

² Naturalmente il livello di gravità della mutilazione sarà influenzato in maniera determinante dal grado di resistenza della donna, dall'abilità di chi opera e dal tipo di strumentazione utilizzata: la maggior parte delle operazioni viene eseguita senza anestesia e su bambine che vengono immobilizzate con la forza, allo scopo di vincerne la resistenza, e ciò può provocare una mutilazione più drastica e cruenta.

Tale intervento comporta nello specifico l'asportazione della clitoride e delle piccole e grandi labbra. Le rimanenti estremità delle grandi labbra vengono quindi cucite insieme, in modo tale da lasciare aperto un orifizio di dimensioni minime, utile a permettere il passaggio dell'urina e del sangue mestruale.

Tipo IV: in questa tipologia rientrano diverse forme di intervento, non riconducibili ad un tipo di mutilazione specifica. Alcune forme prevedono, a seconda dei casi, la lacerazione delle grandi labbra a scopo medico-rituale; perforazioni o incisioni sulla clitoride o sulle grandi e piccole labbra. Altre ancora prevedono la pratica di incisioni longitudinali della vagina con introduzione di sostanze corrosive oppure di erbe al fine di provocarne il sanguinamento e/o il restringimento (tagli "*gishiri*", praticati ad esempio in preparazione di un nuovo matrimonio), oppure la cauterizzazione della clitoride e dei tessuti circostanti o il raschiamento dell'orifizio vaginale ("*angurya*").

Il fenomeno ha assunto nel tempo una portata planetaria. Si stima che il numero di donne e bambine che nel mondo hanno subito una qualche forma di E/MGF oscilla tra i 100 e i 140 milioni.⁵

La zona geografica interessata è estremamente varia e non si limita, come si è spesso erroneamente affermato, ai Paesi di religione islamica.⁶

In Africa i Paesi interessati formano un'ampia fascia che si estende dal Senegal ad ovest fino alla Somalia ad est. Anche alcune comunità sulla costa yemenita del Mar Rosso sono risapute praticare le E/MGF e ci sono informazioni, ma non chiare evidenze, di una limitata incidenza del fenomeno in Giordania, Oman, territori palestinesi occupati (Gaza) e in alcune comunità

³ Il termine deriva dal latino *fibula*, la spilla utilizzata per agganciare la toga romana. La *fibula* era usata inoltre per prevenire il rapporto sessuale tra gli schiavi; veniva fissata attraverso le grandi labbra delle donne e attraverso il prepuzio degli uomini. Questo espediente aveva lo scopo di assicurare la fedeltà delle schiave e di evitare gravidanze che avrebbero ostacolato il loro lavoro o infine d'impedire agli schiavi o ai gladiatori di affaticarsi avendo rapporti sessuali.

⁴ Questa differente denominazione deriva dall'opinione che le mutilazioni genitali femminili fossero conosciute e praticate già nell'antico Egitto, durante il periodo delle dinastie dei Faraoni (2850-525 a.C.).

⁵ OMS, *female genital mutilation*. Nota informativa (2004).

⁶ Spesso si è tentato di spiegare (e giustificare) l'esecuzione di pratiche di E/MGF ricollegandole alla necessità di adempiere a specifici doveri imposti dalla religione musulmana. Tuttavia è importante chiarire che né il Corano né altri testi sacri contengono specifici dettami ai quali poter ancorare la doverosità di questa tradizione. In realtà le E/MGF seguono più i confini di una distribuzione etnica e geografica che non quelli di una fede religiosa. In Etiopia ed in Eritrea, ad esempio, esse sono diffuse sia tra le donne cristiane copte che tra le *falasha* di religione ebraica. Viceversa sono totalmente assenti in territori da sempre considerati la culla dell'Islam, come l'Arabia Saudita.

Nonostante la loro origine sia antecedente all'Islam ed esse siano praticate da una minoranza dei fedeli, è però soprattutto nell'ambito della cultura islamica che le E/MGF hanno acquisito una dimensione religiosa. Questo perché l'islamismo considera la sessualità della donna come un istinto "lussurioso", da controllare e reprimere in nome di della difesa di valori fondamentali, quali la purezza e la "modestia" della donna stessa.

Tuttavia, l'unico spunto offerto dalla religione musulmana per poter spiegare questo legame è dato da un controverso "*hadith*" del Corano nel quale si racconta che il Profeta Maometto, osservando un giorno una donna specializzata nella escissione operare una bambina, le avrebbe detto: "la circoncisione è una *sunna* per gli uomini e solo una *makruma* per le donne. Quando incidi, non esagerare nel tagliare, così facendo il suo viso sarà più splendente e il marito sarà estasiato". Se la parola "*sunna*" (in arabo, costume che fa parte della tradizione ed è vincolante) ha un significato ben chiaro, il termine "*makruma*" risulta ancora oggi piuttosto oscuro e controverso. Qualcuno ritiene di attribuirgli in significato di "azione onorevole e dignitosa".

Questo *hadith* è stato spesso oggetto di contestazioni in quanto considerato non autentico. In ogni caso esso non appare certo sufficiente ad ancorare la genesi e la perpetuazione delle E/MGF alla necessità di adempiere a specifici doveri di natura religiosa.

curde dell'Iraq. La presenza di questa pratica è stata altresì riferita presso alcune popolazioni dell'India, dell'Indonesia e della Malesia.⁷ Inoltre, con l'intensificarsi dei flussi migratori, il fenomeno si è reso evidente anche in Australia, in Europa e nell'America del nord.

Anche l'età delle donne che vi si sottopongono è estremamente varia ed oscilla fra la nascita e il periodo dell'adolescenza. La mancanza di un riferimento certo ad una determinata fascia d'età è essenzialmente dovuta all'eterogeneità delle usanze proprie dei contesti socio-culturali osservati ma anche agli ostacoli cui vanno incontro le famiglie che intendono praticare un intervento di questo tipo in un contesto migratorio, e dunque in condizioni di segretezza e di evidente precarietà.

Il profondo radicamento delle E/MGF presso alcune culture, pur essendo dovuto ad un insieme di fattori estremamente eterogeneo (riconducibili a spiegazioni di ordine etico-religioso o, talvolta, ad errate convinzioni di carattere medico ed igienico-sanitario) presenta alcuni tratti comuni che si evidenziano nel ruolo fondamentale che tale tipo di pratiche tradizionali svolge nella costruzione dell'identità di genere e nella formazione dell'appartenenza etnica, oltre che nella definizione dei rapporti tra i sessi e le generazioni. Si tratterebbe, nella generalità dei casi, di un "rito di passaggio" dall'adolescenza all'età adulta, connotato da un elevato valore simbolico e spesso accompagnato da una cerimonia pubblica che coinvolge l'intera comunità di appartenenza. In particolare le E/MGF si configurano, nelle società in cui esse rappresentano una tradizione consolidata, come componente essenziale dei riti di iniziazione attraverso i quali la fanciulla diventa "donna". In alcuni contesti tradizionali, infatti, la donna non è tale fin dalla nascita; nel senso che la connotazione biologica non costituisce di per sé un fattore sufficiente di individuazione. A questo provvedono i cosiddetti "riti di passaggio", che trasformano l'appartenenza sessuale ascritta in uno status acquisito, riscattando il destino biologico legato al sesso per trasformarlo in una "essenza sociale": la "donna".

Il profilo appena descritto rappresenterebbe, ad avviso di molti studiosi, il connotato che meglio di ogni altro potrebbe aiutare a far luce sulla genesi e la perpetuazione di queste pratiche.

Tuttavia, non si tratta di un aspetto riscontrabile nella totalità dei casi. In diversi Paesi, specie quelli in cui le pratiche di mutilazione sessuale vengono espressamente proibite dalla legge, va diffondendosi la tendenza ad effettuare interventi in età sempre più precoce (ciò rende non solo più agevole vincere la resistenza fisica della bambina ma anche occultare alle autorità l'esecuzione stessa dell'intervento) ed in contesti privati in cui l'aspetto cerimoniale retrocede di fronte alla connotazione individualistica assunta dal fenomeno.

Le modalità di esecuzione delle E/MGF variano a seconda del tipo di mutilazione prescelto, dell'età delle iniziande, e delle abitudini e tradizioni locali e riflettono spesso il livello sociale e il grado di istruzione delle famiglie delle ragazze.

⁷ Informazioni reperite dal sito: www.amnesty.org; *Female Genital Mutilation, a Human Rights Information Pack*, Amnesty International (2007).

In ambiente rurale prevale ancor oggi l'esecuzione tradizionale, compiuta senza alcuna forma di anestesia e senza sterilizzazione degli strumenti utilizzati.

La strumentazione adoperata per questo tipo di operazioni è molto varia: si passa dall'impiego di coltelli speciali costruiti ad arte e specifici "rescissori", all'utilizzo di oggetti qualunque, reperiti per l'occasione, quali scalpelli, pezzi di vetro o di lattine, cocci e rasoi da barba, attrezzi rudimentali che entrano comunque a far parte dell'apparato rituale.

In questi contesti, in genere, l'intervento è materialmente eseguito non da una persona qualsiasi ma da un soggetto cui la società ha riconosciuto un ruolo preciso: quello di intervenire sul corpo femminile al fine di apportare quelle "correzioni culturali" necessarie per trasformarlo da corpo biologico a corpo culturale.

Solitamente si tratta di una donna scelta tra le levatrici tradizionali, di una donna anziana ed "esperta" ma priva di conoscenze mediche, di membri di gruppi sociali ben definiti (per esempio le "midgan" in Somalia, donne appartenenti ad una classe socialmente inferiore rispetto all'aristocrazia pastorale del Paese), che utilizzano tecniche apprese in ambito familiare e tramandate di generazione in generazione. Altre volte le operatrici rituali vengono reperite al di fuori della comunità di appartenenza della donna. Ciò accade soprattutto in un contesto di immigrazione, nell'ambito del quale le maggiori difficoltà logistiche e operative che si incontrano determinano di solito una minore rigidità nella scelta della persona deputata ad eseguire l'intervento.

Nelle aree urbane, invece, si è recentemente osservata, specie tra le famiglie benestanti, la tendenza a rivolgersi al personale del servizio sanitario, il quale, nel compiere l'intervento, fa abituale uso di strumenti chirurgici, anestetici e antisettici.⁸

E' ormai scientificamente accertato che le E/MGF provocano seri e talvolta irreversibili danni alla salute delle donne che le subiscono. Tali danni si rendono evidenti non solo sul piano fisico ma anche su quello psicologico e psico-sessuale.

Dal punto di vista fisico l'intervento, se praticato senza alcuna forma di anestesia e senza garanzie chirurgiche, comporta spesso la perdita di coscienza e il collasso cardiovascolare (shock) della donna, dovuto sia all'enorme dolore causato dalle lacerazioni dei genitali che all'emorragia che si accompagna alle ferite. La mancanza di adeguate condizioni igieniche può causare, inoltre, il verificarsi di malattie e infezioni. Oltre alle infezioni comuni, che possono evolvere in suppurazione e gangrena, vi è anche il rischio di contrarre il tetano (a causa dell'uso di attrezzi non sterili), l'HIV/AIDS o l'epatite (a causa dell'uso degli stessi strumenti per molte donne, in zone dove tali malattie sono diffuse).

In un periodo successivo all'intervento, la donna potrà inoltre soffrire di una serie di danni e malattie "a lungo termine". Tra le più frequenti complicanze tardive vi sono: difficoltà ad

⁸ I dati della DHS (*Demographics and Health Surveys*) rilevano una forte tendenza verso la "medicalizzazione" in una serie di Paesi, tra cui la Guinea e il Mali in Africa occidentale e l'Egitto nell'Africa del nord-est, in cui la maggior parte degli sforzi compiuti per porre fine alla pratica delle E/MGF negli ultimi 20 anni si era concentrata sull'informazione relativa ai rischi per la salute. Nel caso della Guinea, per esempio, è risultato che il 21,8% delle bambine e delle donne di età compresa tra 15 e 19 anni aveva subito un intervento di E/MGF da parte di medici professionisti, mentre si stima che ciò sia avvenuto per meno dell'1% delle donne di età compresa tra 45 e 49 anni.

(Yoder, P. Stanley, Nouredine Abderrahim e Arlinda Zhuzhuni, *Female Genital Cutting in the Demographic and Health Surveys: A Critical and Comparative Analysis*, Rapporti comparativi DHS, numero 7, settembre 2004, ORC Macro).

urinare e cistiti; mestruazioni irregolari e dolorose (dismenorrea); infezioni continue, croniche e recidivanti della vagina e degli organi interni della riproduzione; cisti da ritenzione; difficoltà ad avere figli (infertilità e sterilità); cicatrici voluminose sulla vulva (cheloidi); dolori durante i rapporti sessuali (dispareunia) e paura del rapporto sessuale stesso.

Durante la gravidanza, le donne infibulate vanno poi incontro a serie difficoltà nell'effettuare gli ordinari controlli ginecologici. Inoltre, infezioni urinarie e vaginali possono compromettere l'andamento della gravidanza stessa provocando aborti, rottura prematura del sacco amniotico, parto prematuro.

Anche durante il parto sono possibili numerose complicanze per le donne infibulate: se non si interviene tempestivamente (ad esempio con una deinfibulazione *intrapartum* o una episiotomia), il bambino può arrestare la sua discesa nell'ultimo tratto del canale vaginale e rischiare, per scarsa ossigenazione, di riportare danni cerebrali; la madre può andare incontro a lacerazioni perineali, uretrali e rettali e perforazioni o lesioni tra la vagina e la vescica o tra la vagina e il retto (fistole). Un'ulteriore possibile complicazione, nei casi in cui il parto avviene in contesti non sanitari, è rappresentata dalla rottura dell'utero, complicazione temibile in termini di morbilità e mortalità sia materna che neonatale.

Dal punto di vista psicologico, invece, le maggiori difficoltà si manifestano soprattutto per coloro che vivono in un contesto migratorio, a causa del confronto quotidiano che le donne sessualmente mutilate vivono con altri modelli di socializzazione e di costruzione dell'identità femminile.

Alcune donne attribuiscono all'esperienza E/MGF un senso di umiliazione, di impotenza e di inibizione che accompagna perennemente la loro vita; altre riferiscono di aver vissuto la mutilazione come uno stupro o come un tradimento da parte del proprio nucleo familiare, con la conseguente difficoltà di costruire relazioni affettive serene persino con i propri figli.⁹

Svolte queste doverose premesse, essenziali al fine di delineare un approccio corretto e consapevole al tema che qui ci occupa, passiamo ad osservare più da vicino il rapporto tra E/MGF e diritto d'asilo.

Quale valore riveste l'aver subito un intervento di mutilazione genitale ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato?

Può una donna immigrata alla quale è stato praticato un intervento di mutilazione genitale nel Paese d'origine ottenere l'accoglimento della richiesta d'asilo "semplicemente" deducendo la propria condizione di donna discriminata e sessualmente mutilata?

Sul tema si è di recente pronunciata la Corte di Cassazione italiana, la quale, con Sentenza n. 24906 dell'ottobre 2008, ha respinto il ricorso di una donna originaria della Sierra Leone¹⁰, già sottoposta nel suo Paese ad un intervento di infibulazione.

⁹ Informazioni reperite dal sito: www.who.int; *Department of women's health, World Health Organization*.

¹⁰ In Sierra Leone non esiste attualmente una legge specifica che vieti la pratica delle E/MGF ma lo scorso 6 febbraio, in occasione della giornata internazionale contro le mutilazioni genitali femminili, il Ministro per gli Affari Sociali di questo Paese, Haja Musu Kandeh, ha annunciato che il Governo ha deciso di bandire la pratica e di avviare una campagna nazionale per il contrasto e l'abbandono delle E/MGF.

La donna si era rivolta al Giudice di Pace di Roma proponendo opposizione avverso il provvedimento di espulsione adottato a suo carico dal Prefetto di Roma, ai sensi dell'art. 13 co. 2 lett. B del T.U. sull'immigrazione (d.lgs. 286/98). A motivo dell'opposizione deduceva la propria esposizione a gravissimi rischi in caso di rimpatrio.

Con il ricorso proposto in sede di legittimità veniva sostanzialmente dedotta la violazione e falsa applicazione degli artt. 13 e 19 del T.U. sull'immigrazione¹¹, dell'art. 10 della Costituzione¹², dell'art. 3 della CEDU¹³, dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra¹⁴, per avere il Giudice di Pace mancato di indagare sulla sussistenza delle esigenze umanitarie tali da imporre l'annullamento del provvedimento di espulsione. Con la indicata decisione la Suprema Corte ha respinto le censure mosse dalla ricorrente per insussistenza di elementi specifici che potessero consentire l'attuazione del principio di "non-refoulement" ed in particolare della necessaria individualità della dedotta situazione di perseguitata. In altre parole, non si

¹¹ **Art. 13 (d. lgs. 286/2008):**

Espulsione amministrativa (Legge 6 marzo 1998, n. 40, art. 11)

1. [...]

2. L'espulsione è disposta dal prefetto quando lo straniero:

a) è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e non è stato respinto ai sensi dell'art. 10;

b) si è trattenuto nel territorio dello Stato senza aver chiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore, ovvero quando il permesso di soggiorno è stato revocato o annullato, ovvero è scaduto da più di sessanta giorni e non è stato chiesto il rinnovo;

c) appartiene a taluna delle categorie indicate nell'art. 1 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, come sostituito dall'art. 2 della legge 3 agosto 1988, n. 327, o nell'art. 1 della legge 31 maggio 1965, n. 575, come sostituito dall'art. 13 della legge 13 settembre 1982, n. 646.

Art. 19 (d.lgs. 286/2008):

Divieti di espulsione e di respingimento (Legge 6 marzo 1998, n. 40, art. 17)

1. In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio a un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione.

2. [...]

¹² **Art. 10 (Costituzione italiana):**

1. L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

2. La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.

3. Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge.

4. Non è ammessa l'estradizione dello straniero per reati politici.

A norma dell'articolo unico della legge costituzionale 21 giugno 1967, n. 1 (G.U. 3 luglio 1967, n. 164), l'ultimo comma dell'art. 10 della Costituzione non si applica ai delitti di genocidio.

¹³ **Art. 3 (CEDU):**

Divieto di tortura

Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamento inumani o degradanti.

¹⁴ **Art. 33 (Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati):**

Divieto d'espulsione e di rinvio al confine

1. Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche.

2. La presente disposizione non può tuttavia essere fatta valere da un rifugiato se per motivi seri egli debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese.

scorgeva, secondo la Corte, come il giudice del merito avrebbe potuto dispiegare indagini officiose, dirette a dare attuazione al principio di *"non-refoulement"*, una volta acclarato dagli atti che la persecuzione alla quale la donna sarebbe stata soggetta nel proprio Paese è null'altro che la **"sottoposizione alla generale condizione di tutte le donne del Paese stesso e cioè una condizione di sudditanza che, certamente inaccettabile per ogni coscienza civile, è però priva della necessaria individualità postulata anche dalla Convenzione di Ginevra 28.7.1951 (oltre che dalla CEDU) perché sia integrato il *fumus persecutionis* od anche solo perché sia adottata la misura di protezione temporanea del divieto di respingimento in relazione al concreto rischio di trattamenti personali degradanti nel paese di provenienza"**.

Dunque per la Suprema Corte le clandestine che nel loro Paese sono soggette a una generalizzata condizione di "sudditanza" e che vengono sottoposte ad infibulazione non possono invocare la persecuzione per motivi di sesso per assenza della **"necessaria individualità"** postulata anche dalla Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati.

Concordo sull'assunto che la mera appartenenza al sesso femminile, quantunque dalla stessa scaturisca una grave condizione di sudditanza, non possa assurgere a valido motivo di accoglimento della richiesta d'asilo, per difetto dell'elemento della personalità. Tuttavia mi chiedo se l'aver subito un atto di mutilazione del proprio corpo non possa consentire ad una donna di riconoscersi quale membro di un particolare "gruppo sociale", ossia quale membro di una *species* ("*donne infibulate*") del più ampio *genus* "*donna*". Un "gruppo sociale" composto da individui femminili che, essendo stati sottoposti ad un intervento di mutilazione genitale, versano evidentemente in una condizione di estrema vulnerabilità sul piano fisico ed emotivo e risultano essere particolarmente esposti al rischio di ulteriori violazioni dei diritti umani. In merito a quest'ultimo aspetto non dobbiamo dimenticare infatti che l'infibulazione non rappresenta un intervento isolato e circoscritto nel tempo ma anzi fa sorgere quasi sempre, nel periodo successivo ad esso, l'esigenza di effettuare sul corpo femminile ulteriori pratiche dolorose e degradanti. Mi riferisco nello specifico all'operazione di "defibulazione"¹⁵, anch'essa cruenta e traumatica, e tuttavia assolutamente indispensabile per consentire alla donna di esplicare il parto; intervento, questo, solitamente seguito da una "reinfibulazione"¹⁶, pure avvertita come necessaria, questa volta per riportare la donna stessa al suo irrinunciabile stato di "purezza".

Alla luce delle riflessioni appena svolte sembrerebbe essere quanto meno dubbia l'effettiva sussistenza della genericità della condizione di "sudditanza" della ricorrente. Ed invero, se si giunge a riconoscere che le donne infibulate appartengono ad un vero e proprio "gruppo sociale", cosa che peraltro la posizione assunta dall'UNHCR (Alto Commissariato delle NU per la protezione dei rifugiati) in relazione all'applicazione della Convenzione di Ginevra

¹⁵ La "defibulazione" è una procedura che si attua per accrescere l'apertura dell'orifizio vaginale lasciato dopo l'infibulazione. Essa comporta un'incisione sulla cicatrice dell'infibulazione con successiva rimarginazione delle restanti grandi labbra.

¹⁶ La "reinfibulazione" è la procedura attraverso la quale le grandi labbra vengono ricucite insieme dopo il parto al fine di riportare l'apparato genitale della donna nelle condizioni immediatamente precedenti.

sembrerebbe consentire¹⁷, non mi sembra possano sorgere particolari ostacoli in merito alla concessione del diritto d'asilo nel caso di specie. L'inserimento della ricorrente nell'ambito del summenzionato gruppo dovrebbe garantirle, infatti, il riconoscimento dello status di rifugiata ai sensi degli artt. 1 e 33 della Convenzione di Ginevra, i quali indicano espressamente la circostanza dell'appartenenza ad un particolare "gruppo sociale" come motivo di discriminazione valido ad ottenere protezione e asilo.

Infine, e per completezza, appare doveroso rivolgere un breve cenno alla decisione del Giudice di Pace di Roma, indirettamente avallata dalla S.C., con la quale, sul rilievo della sussistenza del prospettato quadro clinico (per il quale la straniera, a causa dei danni provocati dall'intervento di infibulazione, avrebbe necessitato di ulteriori ed urgenti cure mediche), viene sospesa l'eseguibilità dell'espulsione per il tempo necessario alla valutazione clinica ed alla prestazione delle cure del caso.

Tale decisione è senz'altro apprezzabile ma desta qualche perplessità nella misura in cui essa mira a soddisfare esigenze sanitarie legate esclusivamente al breve periodo. Senza per questo voler indulgere in facili sentimentalismi, viene da chiedersi cosa potrà essere fatto a beneficio di questa donna per fronteggiare le ripercussioni che un simile intervento genera a medio e lungo termine.

Ricordiamo a tal proposito che molte delle ripercussioni negative generate dalle E/MGF, specie quelle di natura emotiva, si verificano soltanto a distanza di anni dall'intervento e, se non opportunamente seguite, possono dar luogo ad epiloghi drammatici, come mostrano chiaramente le numerose ed autorevoli ricerche condotte sul campo.

Se a queste considerazioni di ordine strettamente medico si aggiunge, in merito alla ricorrente, una più approfondita analisi della sua particolare condizione di donna infibulata nell'ambito del contesto socio-politico d'origine, appare utopistico supporre che ella possa effettivamente accedere, in quel contesto, a strutture sanitarie in grado di fornirle adeguate cure per il trattamento delle innumerevoli patologie generate dall'infibulazione subita. Appare utopistico supporre, in altre parole, che la ricorrente abbia, nel suo Paese, la possibilità di veder efficacemente tutelato il proprio diritto alla salute e all'integrità psico-fisica della persona umana.

¹⁷ L'UNHCR si è più volte pronunciato sul significato da attribuire ad alcune disposizioni contenute nella Convenzione di Ginevra, al fine di agevolare una corretta applicazione sul piano nazionale. Secondo l'interpretazione, particolarmente ampia, contenuta nell'"*Handbook on Procedures and Criteria for determining refugee status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the status of refugee*" del gennaio 1992 (atto non vincolante ma caratterizzato da un'indiscutibile rilevanza politica), l'appartenenza ad un particolare "gruppo sociale" può essere riscontrata in relazione ad individui con simili esperienze, che provengono dallo stesso ambiente, che hanno le medesime abitudini, usanze o posseggono lo stesso status sociale.

Bibliografia

- AA. VV., *Senza le ali. Le mutilazioni genitali femminili*, a cura di Mazzetti M., ed. Franco Angeli, Milano, 2000;
- AA.VV., *Cambiare una convenzione sociale dannosa: la pratica dell'escissione/mutilazione genitale femminile*, Digest Innocenti, UNICEF, 2005;
- AIDOS, "Quali sono le conseguenze sanitarie delle Mgf?", www.dirittiumani.donne.aidos.it;
- DEPARTMENT OF WOMEN'S HEALTH, *Female Genital Mutilation: Information Kit*, World Health Organization, Geneva, 2007, in www.who.com;
- DI PIETRO F., *Espulsione e rischio di sottoposizione a pratica di MGF*, in www.personaedanno.it;
- DIRIE W., *Figlie del dolore*, ed. Garzanti, Milano, 2006;
- FUSASCHI M., *I segni sul corpo. Per un'antropologia delle modificazioni dei genitali femminili*, ed. Bollati Boringhieri, Torino, 2003;
- PASQUINELLI C., *Antropologia delle mutilazioni genitali femminili. Una ricerca in Italia*, in www.dirittiumani.donne.aidos.it;
- PAVONE M. *Asilo politico, respingimenti ed espulsioni (Corte di Cassazione civile sentenza 11264/09 del 14/05/2009)*, in www.overlex.com;
- SHELL-DUNCAN B. e YLVA H., *Female "Circumcision" in Africa: Culture, Controversy and Change*, Lynne Rienner Publisher, Londra, 2000

Trust interno e atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.

di Carlo Magri

Il trust, figura giuridica di diritto anglosassone, è stato recepito ed ha trovato riconoscimento nel nostro ordinamento a seguito della ratifica, operata dall'Italia con la legge 16 ottobre 1989 n. 364, della Convenzione dell'Aja del primo luglio 1985.

La definizione del trust è contenuta nell'articolo 2 della Convenzione, ai sensi del quale, un soggetto (c.d. *settlor*), attraverso un atto *inter vivos* o *mortis causa*, trasferisce determinati beni ad un altro soggetto (c.d. *trustee*), con il compito di amministrarli e gestirli nell'interesse di un terzo (c.d. beneficiario) o per altro fine specifico.

Le caratteristiche principali dell'istituto in esame sono rappresentate dal fatto che, in primo luogo, i beni costituiti in trust formano una massa distinta, non entrando a fare parte del patrimonio del trustee, e non sono, pertanto, aggredibili dai creditori personali di quest'ultimo e, in secondo luogo, dal fatto che il trustee, pur essendo intestatario dei beni, ha l'obbligo di rendere conto al settlor della gestione e dell'amministrazione dei beni stessi.

Il trust, quindi, determina la creazione di un patrimonio separato, destinato alla realizzazione di un particolare interesse espressamente determinato nell'atto istitutivo, attraverso il quale si realizza, in definitiva, una forma di specializzazione della responsabilità patrimoniale.

Una figura particolare del trust è rappresentata dal c.d. "trust interno", fattispecie negoziale che si realizza nell'ipotesi in cui tutti gli elementi, soggettivi ed oggettivi, sono connessi ad un ordinamento che non qualifica tale fattispecie come trust. Tipico è l'esempio di un trust costituito in Italia, su beni situati in Italia, di cui il trustee che ne assume la gestione e l'amministrazione risiede in Italia.

L' ammissibilità di questo istituto nel nostro ordinamento è tutt'ora discussa in dottrina. Alcuni autori sostengono che il riconoscimento del trust interno, oltre ad essere escluso dal tenore letterale dell'articolo 13 della Convenzione, contrasterebbe con il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, nonché con il principio della impossibilità di integrare le lacune normative facendo ricorso a figure tipizzate nel nostro sistema giuridico.

Altri autori, invece, sostengono che, analizzando il trust interno con riferimento alle varie figure negoziali regolate dal diritto italiano, esso si presenta come un negozio atipico diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ravvisabili nella volontà del disponente di imprimere un vincolo di destinazione a beni che, seppur trasferiti ad un soggetto (trustee) solo a fini di gestione e di amministrazione, sono destinati a beneficiare altri soggetti.

Ulteriore argomento a sostegno dell'inammissibilità del trust interno si rinviene, secondo altra parte della dottrina, nell'articolo 2740 c.c., secondo cui la legge e non anche l'autonomia privata può prevedere limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore e, quindi, la possibilità di costituire, a questo fine, patrimoni separati.

Tale assunto, tuttavia, non pare condivisibile in quanto la segregazione dei patrimoni è tipica della natura dei trusts sia interni che stranieri e, pertanto, se tale effetto fosse ritenuto incompatibile con il nostro ordinamento, l'Italia non avrebbe dovuto ratificare la Convenzione.

Deve ritenersi, invece, che tale ratifica ci sia stata proprio perché non deroga al disposto normativo di cui all'art. 2740 c.c., ma introduce solamente una diversa disposizione, per una diversa fattispecie che contempla un ulteriore caso di limitazione di responsabilità patrimoniale.

Ulteriore problema di rilevante interesse è quello relativo alla trascrivibilità dei trust interni aventi ad oggetto beni immobili.

Parte della dottrina nega la trascrivibilità di tali atti, muovendo dall'assunto che il sistema della trascrizione è improntato, nel nostro ordinamento, a rigidi criteri di tipicità e tassatività, connessi al principio del *numerus clausus*, che non consente di trascrivere atti diversi da quelli previsti dalla legge, tra i quali è da ricomprendere il trust.

È stato, al contrario, obiettato che con il trasferimento dei beni al trustee non si crea un nuovo ed atipico diritto di proprietà, poiché i beni entrano nella proprietà e disponibilità del trustee per effetto del trasferimento, che, in quanto tale, si inquadra perfettamente nello schema di pubblicità tipico di cui agli artt. 2643 e 2645 c.c..

Nel caso del trust interno vi è da chiedersi chi sia l'interprete cui spetta il compito di analizzare la portata dell'istituto, qualificarlo o meno come tale e, quindi, stabilire se sia preordinato al soddisfacimento di interessi meritevoli di tutela.

Orbene, la dottrina maggioritaria ed alcune sentenze giurisprudenziali affermano che i destinatari della norma di cui all'art. 13 della Convenzione siano i giudici: sono questi, dunque, ad avere il potere di stabilire se e quando un "trust" sia da qualificarsi tale e, in caso di risposta affermativa, se e quando sia da considerarsi "interno", sulla base di un'attenta analisi della fattispecie negoziale concreta con particolare riferimento alla liceità dei fini cui tende.

In proposito, la giurisprudenza è giunta al superamento della tesi della irricognoscibilità del trust interno e, conseguentemente, ha riconosciuto alla legge di ratifica della Convenzione valore di norma di diritto internazionale privato.

Per quel che concerne l'articolo 2645-ter c.c., occorre precisare che esso è stato introdotto nel codice civile con la legge 23 febbraio 2006 n. 51, la quale espressamente ammette la trascrivibilità degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela.

L'articolo recita. *"Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, comma 2, c.c., possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti ed i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire*

oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, comma 1, solo per debiti contratti per tale scopo".

La norma introduce nel nostro ordinamento il c.d. "vincolo di destinazione", ampliando il modello dei negozi destinatori elaborato dalla moderna dottrina quale strumento alternativo al trust interno.

Per comprendere la reale portata dell'articolo 2645-ter e poter procedere ad un'analisi comparata con l'istituto del trust interno, pare opportuno muovere dal secondo comma dell'articolo 2740 c.c., in considerazione dell'effetto prodotto dal negozio di destinazione, consistente proprio in una limitazione della responsabilità patrimoniale. Il negozio di destinazione, infatti, crea un vincolo di destinazione sui beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri con conseguente separazione dei patrimoni facenti capo ad una medesima persona.

In altri termini, i beni oggetto del vincolo possono essere utilizzati unicamente per la destinazione loro impressa e sono passibili di esecuzione solo da parte dei creditori del patrimonio di cui fanno parte.

Ne risulta una profonda innovazione del sistema, giacchè, fino all'introduzione del nuovo vincolo, il legislatore riconosceva la legittimazione a creare patrimoni separati solo ad alcuni soggetti (ad esempio ai coniugi o ad un terzo nel fondo patrimoniale per i bisogni della famiglia ai sensi dell'articolo 167 e ss. c.c. o, di recente, alle società per azioni con riferimento ai patrimoni destinati ad uno specifico affare ai sensi dell'articolo 2447-bis e ss. c.c.), riconoscendo solo alla legge e non anche all'autonomia privata la possibilità di derogare alla regola della illimitata responsabilità del debitore dettata dal primo comma dell'articolo 2740 c.c. Da ciò discendeva la rigorosa tipicità dei vincoli di destinazione.

La caratteristica principale dell'atto di destinazione ex articolo 2645-ter c.c., invece, non è tanto quella di essere una nuova fonte negoziale, ma di essere un atto tipico di destinazione patrimoniale, che consente ai privati di realizzare gli scopi prefissatisi, sia attraverso una struttura più congeniale ai propri interessi, sia attraverso la predeterminazione di finalità cui il patrimonio deve essere destinato.

Tutto ciò, però, nel rispetto del parametro della meritevolezza degli interessi, che assume una funzione determinante per l'individuazione degli interessi che solo con questa tipologia di atti si possono realizzare.

I primi commentatori della norma in esame, nel presupposto che la meritevolezza sia sinonimo di liceità, hanno ritenuto che l'introduzione, nel nostro ordinamento, del vincolo di destinazione vanificherebbe la portata del secondo comma del citato articolo 2740 c.c., giacchè consentirebbe all'autonomia privata la costituzione di patrimoni separati sulla base degli interessi più disparati, anche per fini meramente egoistici, purchè leciti.

Infatti, lasciandosi prevalere la volontà dei privati su quella del legislatore, il dettato normativo del citato articolo non avrebbe più ragion d'essere.

In proposito, sostiene autorevole dottrina, la creazione di patrimoni separati fuori dalle ipotesi tipiche determinerebbe il sorgere in capo ai privati di un largo margine discrezionale e finirebbe con l'offrire al debitore una possibile via di fuga, facilitando operazioni fraudolente, con conseguente abrogazione, seppur implicita, dell'articolo 2740 c.c..

In tal modo si arriverebbe a fare della "destinazione" un deforme succedaneo del trust, a servizio di qualsiasi finalità.

A tale tesi si è, però, obiettato che il richiamo dell'articolo 2645-ter al secondo comma dell'articolo 1322 c.c. serve proprio a creare una forma concreta di controllo da parte del legislatore sull'autonomia privata, che non può esaurirsi in una mera verifica di liceità dell'atto di destinazione, poiché, se così fosse, si darebbe ingresso a qualsiasi finalità purché non contrastante con norme imperative, ordine pubblico e buon costume.

L'articolo 2645-ter c.c., infatti, è dettato per ipotesi specifiche, di pubblica utilità meritevoli di tutela e, pertanto, se da un lato lascia ampio margine di scelta all'autonomia privata, dall'altro è sempre il legislatore a fornire lo schema entro il limite del quale il privato può agire, schema racchiuso nella norma in esame, la quale non contrasterebbe, quindi, con la *ratio* dell'articolo 2740 c.c.

Un requisito specifico richiesto dall'articolo in esame è quello della "meritevolezza degli interessi", che deve essere accompagnato dall'effetto segregativo e dalla opponibilità *erga omnes* del vincolo.

Il criterio della meritevolezza assume, quindi, rilievo pratico importante soprattutto per i Notai, in relazione alla loro funzione di controllo di legalità e di adeguamento, nonché in relazione alla responsabilità che assumono nel ricevere e/o rifiutare gli atti.

Infatti, come sopra detto, in sede di interpretazione del principio di meritevolezza, l'interesse non deve essere soltanto lecito, alla stregua delle astratte valutazioni effettuate ai sensi dell'articolo 1322 c.c., bensì meritevole sulla base di un controllo effettuato in concreto.

Alla luce delle considerazioni svolte, il ruolo del Notaio muta a seconda dell'opinione dottrinale che si intende sposare.

Secondo una prima tesi, infatti, cd. "liberale", secondo la quale meritevolezza equivale a liceità, sarà sufficiente che il Notaio in sede di stipula si limiti al controllo di legalità, ossia alla verifica, peraltro solita, che con un dato atto non si perseguano finalità illecite.

Secondo una seconda tesi, invece, cd. "sistematica", secondo la quale è necessario contemperare gli interessi protetti dai principi generali del nostro ordinamento con quelli realmente perseguiti attraverso l'atto di destinazione, la funzione del Notaio assume un contenuto più pregnante, dovendo egli effettuare un esame di merito, vale a dire una concreta valutazione della meritevolezza dell'interesse.

Ci si domanda, a tal riguardo, se trovi applicazione l'articolo 28 della legge notarile, con conseguente responsabilità del Notaio, ove il giudice ritenga che l'interesse cui tende l'atto di destinazione non sia meritevole di tutela.

La risposta va senz'altro ricercata nel fatto che la norma in questione trova applicazione nei soli casi di nullità assoluta e non in quelli di annullabilità, di inefficacia e di nullità relativa. Ciò è rilevante ai fini della nostra analisi in quanto ove l'interesse perseguito non sia meritevole di tutela il negozio non sarà nullo, ma solo inefficace, con conseguente inapplicabilità del citato articolo della legge notarile.

L'assenza della meritevolezza comporterà la sola insussistenza dell'effetto segregativo ed il venir meno della opponibilità della destinazione.

Non può sussistere responsabilità disciplinare laddove il negozio, anziché nullo, sia semplicemente inidoneo a realizzare l'effetto separativo voluto dalle parti.

Dopo aver esaminato, sia pur brevemente, le figure del trust interno e del negozio di destinazione, è possibile procedere ad una comparazione tra i due istituti, evidenziandone le analogie, ma soprattutto le differenze.

Sin dall'inizio gli interpreti della norma di cui all'articolo 2645-ter, si sono chiesti se il vincolo di destinazione, introdotto con la suddetta norma, non fosse, in sostanza, una sorta di trust interno.

A tale quesito la dottrina prevalente ha dato risposta negativa, sulla basa della considerazione secondo cui il negozio di destinazione costituirebbe una nuova figura giuridica, che troverebbe cittadinanza nel nostro ordinamento solo laddove sussistano i requisiti richiesti dall'articolo 2645-ter.

Il trust, invece, come sopra ricordato, è un istituto mutuato dal diritto straniero e, come tale, introdotto nel nostro ordinamento attraverso una norma di recepimento, restando, tuttavia, disciplinato dalla norma straniera che espressamente lo contempla.

Pur essendo i due istituti senz'altro autonomi e diversi, non vi è dubbio che il dibattito teorico sulla responsabilità patrimoniale abbia creato delle ripercussioni sulla stessa concezione della figura del trust.

Certo è che i risultati pratici che nel nostro ordinamento è possibile raggiungere a seguito della introduzione della norma sulla trascrizione degli atti di destinazione, negli ordinamenti di Common Law sui raggiungono attraverso l'istituto del trust.

Ciò posto l'interprete non può qualificare tale ultima figura come istituto di diritto interno per il solo fatto della somiglianza con il 2645-ter in ordine all'effetto segregativo.

Il trust ha un ambito di operatività più ampio e non è un negozio di diritto interno; esso si incentra sull'affidamento gestorio dal settlor al trustee, fondato sul rapporto fiduciario intercorrente tra loro e comporta l'effettivo trasferimento al trustee dei beni costituiti in trust.

L'atto di destinazione, invece, si caratterizza per il fatto che il conferente rimane proprietario dei beni sottoposti al vincolo e li amministra in prima persona, nell'interesse del soggetto beneficiario.

Inoltre, ed è questo l'aspetto più importante, la validità del trust non dipende da uno scopo meritevole di tutela, come nell'atto di destinazione, né il *settlor* può agire contro il *trustee* per l'attuazione delle finalità del trust, essendo questa azione riservata al beneficiario.

Quanto alla separazione patrimoniale, si dice che nel trust essa è "bidirezionale", operando sia nei confronti del *settlor* che nei confronti del *trustee*, nel senso che quest'ultimo non risponde personalmente per le obbligazioni contratte nella gestione del patrimonio, mentre nel vincolo ex articolo 2645-ter la separazione patrimoniale si dice "unidirezionale" e, quindi, i creditori del patrimonio destinato, qualora i beni vincolati risultino incapienti, possono aggredire anche il patrimonio personale del conferente.

Per quel che concerne gli aspetti formali, occorre sottolineare che l'atto di destinazione è soggetto a requisiti di forma e di durata che non sono propri del trust.

A tal proposito secondo alcuni autori la forma dell'atto pubblico sarebbe richiesta *ad substantiam*, mentre secondo altri tale forma sarebbe richiesta solo ai fini dell'opponibilità ai terzi, come sarebbe confermato dalla collocazione sistematica della norma.

In fin dei conti, se il legislatore avesse voluto prevedere l'onere formale a pena di nullità per l'atto di destinazione, lo avrebbe espressamente previsto così come ha fatto per il patto di famiglia all'articolo 768-ter c.c..

Da ciò discende che l'inosservanza del formalismo richiesto non è causa di nullità dell'atto, ma solo di inopponibilità della destinazione.

Per quanto concerne la presenza dei testimoni, occorre rilevare che se il negozio di destinazione è unilaterale non è richiesta la presenza dei testimoni, mentre se la struttura del negozio è quella del contratto, la presenza o meno dei testimoni è condizionata dal negozio che veicola la destinazione.

Per quanto concerne, infine, la durata il legislatore pone, alternativamente, due parametri che sono la durata massima di novanta anni e la vita del beneficiario.

Naturalmente per quel che concerne le persone giuridiche il solo termine rilevante è quello di novanta anni.

Bibliografia essenziale

ARNALDO MORACE PINELLI, *Atti di Destinazione, Trust e Responsabilità del Debitore*, in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Nuova Serie 27, Università degli Studi di Tor Vergata, Milano, Giuffrè, 2007, p. 126*;

BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, p. 141.

CONTALDI G., *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Università di Macerata, Giuffrè, 2001, p. 123;

MURITANO D., *Il cd. Trust interno prima e dopo l'articolo 2645-ter c.c.*, in *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Il Sole 24 ore, 2007, n.1. p. 18 e ss.;

LUPOI M., *Lettera a un Notaio conoscitore dei trusts*, in *Riv. Not. 2001, I, pag. 1165 e ss.*;

BIANCA M., *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in A.A.V.V., *L'atto notarile di destinazione: art. 2645-ter del codice civile*, Ed. Giuffrè, Milano, 2006;

PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv.dir.civ. 2006, I, p. 179 e ss.*;

GAZZONI, *Osservazioni sull'articolo 2645-ter c.c.*, in *Giust. Civ. 2006, I, p. 165*;

NUZZO M., *Atto di destinazione, interessi meritevoli di tutela e responsabilità del notaio*, in AA.VV.;

LUPOI M., *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di trust*, in *Riv. Not., 2006, p. 467*.

Gli "Atti di destinazione" ex articolo 2645-ter del Codice Civile: aspetti civilistici

di Giuseppina Simioli

SOMMARIO: 1. Inquadramento sistematico della nuova disposizione di legge, natura giuridica, struttura e contenuto dell'atto di destinazione; - 2. Realtà, durata e cause di cessazione del vincolo di destinazione; - 3. La trascrizione dell'atto ed il controllo di meritevolezza degli interessi; - 4. Atto di destinazione e negozi affini.

1. - Inquadramento sistematico della nuova disposizione di legge, natura giuridica, struttura e contenuto dell'atto di destinazione

Il Decreto Legge 30 dicembre 2005, n. 273, convertito, con modificazioni, nella Legge 23 febbraio 2006, n. 51, ha introdotto nell'ordinamento giuridico italiano l'art. 2645-ter c.c., che dispone la trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela.

Dalla rubrica e dalla collocazione dell'introdotta articolo 2645-ter c.c., si nota che la nuova disposizione di legge si presenta come una disposizione sulla trascrizione¹.

L'articolo in questione sancisce la trascrivibilità degli atti di destinazione patrimoniale per realizzare interessi meritevoli di tutela, e precisamente atti idonei alla separazione del patrimonio² (o parte di esso), per perseguire uno specifico interesse.

Nel nostro ordinamento sono già previsti istituti tesi al raggiungimento di tale scopo.

Si pensi, ad esempio, al fondo patrimoniale della famiglia, disciplinato dagli artt. 167 e ss. c.c. ed ai patrimoni destinati ad uno specifico affare, introdotti dalla riforma del diritto societario e disciplinati dagli artt. 2447-bis e ss. c.c.

¹ Tale articolo è stato introdotto dall'art 39-novies del citato D.L. n. 273/2005: "Art. 2645-ter. (Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche) - Gli atti risultanti da atto pubblico, con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo".

² Sulla separazione dei patrimoni si rinvia a Biagio Grasso, *L'art. 2645-ter c.c. e gli strumenti tradizionali di separazione dei patrimoni*, in *Rivista del Notariato*, 5, 2008, p. 1191.

Come è stato osservato³, il riferimento del Legislatore alla categoria dell'atto giuridico fa rilevare quanto sia incisivo il ruolo dell'autonomia privata in un settore sottratto per molto tempo alla libera scelta dei privati e particolarmente ci si riferisce alla creazione di un vincolo sul patrimonio che si presenta nella nuova disciplina come vincolo reale, un vincolo opponibile ai terzi.

Altre discipline già esistenti danno ampio spazio al ruolo dell'autonomia privata, in risposta ad un preciso orientamento del Legislatore attuale, si pensi ai patrimoni destinati ad uno specifico affare o anche alla trasformazione eterogenea, entrambi modelli di autonomia statutaria introdotti dalla riforma societaria attuata con D. Lgs. n. 6/2003, oppure si pensi al settore delle garanzie reali nella disciplina delle garanzie finanziarie⁴ ed alla configurazione negoziale di un patto di rotatività del pegno.

In relazione alla disciplina degli atti di cui all'art. 2645-ter c.c.⁵, è necessario menzionare l'ormai conosciuto ed anche riconosciuto istituto del *Trust*⁶.

Bisogna evidenziare che vi sono differenze tra l'istituto appena menzionato e l'atto di cui all'art. 2645-ter c.c. sia in relazione all'oggetto dell'istituto sia in relazione alla durata sia in relazione alla forma.

Infatti, mentre gli atti di destinazione hanno per oggetto sia i beni immobili che i beni mobili registrati, nel *trust* possono essere previste molteplici tipologie di beni.

Inoltre, mentre al *trust* viene attribuita la durata riconosciutagli dalla legge straniera che lo disciplina⁷, agli atti *ex art. 2645-ter c.c.* viene attribuita la durata "per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona beneficiaria"⁸.

Ancora, l'atto di destinazione che risulti da atto pubblico può essere trascritto, e ciò comporta l'opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione.

È stato osservato⁹ che la dottrina civilistica ha fornito due differenti classificazioni interpretative relative all'istituto *de quo*.

La prima, dalle caratteristiche critiche, ha evidenziato come il Legislatore abbia dettato una norma per la pubblicità, senza preoccuparsi, però, di definirne l'istituto, come aveva fatto

³ Cfr. Mirzia Bianca, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Rivista del Notariato*, 5, 2006, p. 1175.

⁴ Si consulti il D. Lgs. 21 maggio 2004, n. 170, Attuazione della Direttiva 2002/47/CE, in materia di contratti di garanzia finanziaria.

⁵ Nell'ambito degli Atti di destinazione si consulti: Giorgio Lener, *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti reali*, in *Contratti e impresa*, 4-5, 2008, 1054; Raffaele Lenzi, *I vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c.: casi pratici*, in *I quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 3, 2008, p. 8.

⁶ La Repubblica Italiana con la Legge 16 ottobre 1989, n. 364, in vigore dal 1° gennaio 1992, ha ratificato la sottoscrizione della "Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile al *Trust*", Convenzione adottata il 1° Luglio 1985, introducendo nell'ordinamento giuridico italiano detto istituto ormai riconosciuto ed anche applicato negli ordinamenti giuridici che lo conoscono (tipicamente gli ordinamenti appartenenti alla *common law*).

Ricordiamo che il *Trust* consiste in un rapporto in virtù del quale un soggetto, *trustee*, al quale vengono attribuiti i diritti ed i poteri di un vero e proprio proprietario, gestisce un patrimonio che gli viene attribuito dal soggetto disponente, *settlor*, che costituisce il *trust* stesso, secondo le finalità da quest'ultimo stabilite con particolare riguardo agli interessi relativi ai soggetti beneficiari indicati dallo stesso.

⁷ Per volontà e previsione del soggetto disponente (*settlor*).

⁸ Gli atti previsti dal Legislatore del 2006 sono previsti in forma pubblica e tale forma è *ad substantiam* per la validità dell'atto.

⁹ Cfr. Franco Formica, *Il trattamento fiscale degli atti di destinazione*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 3, 2008, p. 17.

precedentemente sia per il fondo patrimoniale che per i patrimoni destinati ad uno specifico affare¹⁰.

La seconda, invece, decisamente favorevole sottolinea che i negozi di destinazione già erano ammissibili *ex art.* 1322 c.c., confermandone solo la possibilità della loro pubblicità in modo testuale¹¹.

Tale ultimo Autore sottolinea come l'istituto in esame non rappresenti una novità nel panorama legislativo esistente, poiché elemento di sorpresa sia rappresentato dal fatto che l'idea che gli atti *de quibus* possano rientrare nelle ipotesi collegate alla limitazione della responsabilità, facendo in tal modo risultare vana la riserva di legge posta a tutela dei creditori ai sensi del disposto normativo di cui all'art. 2740, comma 2, c.c.

La creazione di patrimoni separati risulta rischiosa perché si offre al soggetto debitore una scappatoia, risultando più sensato limitare la responsabilità patrimoniale del soggetto debitore, non essendovi nemmeno il limite quantitativo sancito dall'art. 2447-*bis*, comma 2, c.c.¹².

Dalla denominazione di "atto" al posto di "contratto" non si evince una presa di posizione poiché vi è un'assoluta vaghezza che distingue la norma sul piano disciplinare, essendo la stessa collocata in modo sistematico per risolvere il problema dell'opponibilità collegata alla limitazione di responsabilità¹³.

Dalla lettura della disposizione di cui all'art. 2645-*ter* c.c. si evince che tra gli elementi che devono essere ricompresi negli atti in parola vi sono, innanzitutto, un soggetto disponente ed, in secondo luogo, beni immobili o mobili iscritti nei pubblici registri destinati "alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, c.c.,

La durata, come anzidetto, non deve superare i novanta anni la durata della vita della persona fisica che ne sarà beneficiaria.

La destinazione comporta un vincolo sui beni conferiti, che unitamente ai loro frutti, possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione.

Inoltre, i beni conferiti ed i loro frutti possono costituire oggetto di esecuzione solo per debiti contratti per la realizzazione del fine di destinazione¹⁴.

Ci si interroga sulla natura giuridica della trascrizione prevista dalla norma in parola.

La dottrina dominante¹⁵ ha sostenuto che nel rispetto del tradizionale principio di relatività degli effetti del contratto e nella radicata consapevolezza del normale effetto obbligatorio che deriva dal vincolo *inter partes*¹⁶, la prima tentazione ermeneutica è stata quella di ritenere che

¹⁰ Ed anche per il contratto preliminare disciplinato dall'art. 2645-*bis*, comma 1, c.c.

¹¹ In tal senso, Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giustizia Civile*, 2006, p. 165.

¹² Gazzoni, nell'opera citata sottolinea, inoltre, come il riferimento ad interessi selezionati in base ad una formula, quella propria della meritevolezza degli interessi, risulti restrittiva solo in apparenza, poiché l'applicazione che di essa (non) è stata fatta e del significato convenzionale che la stessa ha assunto.

¹³ Come osserva l'ultimo Autore citato, non si può ipotizzare la struttura unilaterale in quanto l'articolo in esame non integra la riserva di legge voluta dall'articolo 1987 c.c. come legittimazione della promessa unilaterale.

¹⁴ Cfr. Maurizio Lupoi, *Gli "Atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di Trust*, in *Rivista del Notariato*, 2, 2006, p. 468 e 469. L'Autore nell'opera evidenzia che dall'esegesi della norma emerge che l'atto *de quo* richiede un soggetto disponente, un soggetto beneficiario, uno o più beni, una finalità ed una durata.

Effetto dell'atto è il vincolo, mentre effetto della trascrizione è l'opponibilità al vincolo.

¹⁵ Cfr. Ubaldo La Porta, *L'Atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Rivista del Notariato*, 5, 2007, p. 1072.

¹⁶ Ammesso dalla legge ad incidere solo in via eccezionale sulla circolazione nelle ipotesi tipicamente previste dall'ordinamento.

l'effetto derivante dall'atto di destinazione fosse obbligatorio, negando allo strumento di autonomia la capacità di incidere, in forme nuove, sulla struttura dei diritti soggettivi interessati dalla vicenda negoziale.

In tale contesto risulta difficile spiegare la norma sulla trascrizione, la quale, peraltro, è stata ampiamente criticata dai sostenitori di siffatta posizione, ciò anche in mancanza di attribuzione alla formalità di funzioni particolari, alla quale si potrebbe dare in via eccezionale la funzione di opponibilità ai terzi di un vincolo in ogni caso obbligatorio, che proviene dall'atto stesso, oppure la funzione di dare conoscenza ai terzi di un particolare impegno¹⁷, nella forma di notizia, tutto ciò per escludere qualsivoglia valutazione, nel senso di buona fede del comportamento del terzo che aiuti il soggetto disponente a violare il vincolo di destinazione stesso.

2. - *Realità, durata e cause di cessazione del vincolo di destinazione*

Come detto in precedenza, la Legge n. 51/2006, di conversione del D. L. n. 273/005, ha introdotto nel codice civile l'articolo 2645-*ter*, rubricato "*Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*".

Tale articolo sancisce la possibilità di trascrivere gli atti (stipulati per atto pubblico) nei quali sia prevista la destinazione di beni immobili o beni mobili registrati alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela, aventi ad oggetto persone con disabilità, pubbliche amministrazioni o altri enti o anche singole persone fisiche.

Il vincolo di cui all'art 2645-*ter* c.c. è arricchito dall'opponibilità ai terzi attraverso lo strumento della trascrizione presso i pubblici registri immobiliari.

Da ciò consegue l'efficacia *erga omnes* del vincolo, con il riconoscimento di un nuovo diritto reale, di una nuova forma di proprietà tesa a perseguire interessi meritevoli di tutela¹⁸.

Obiettivo della trascrizione è proprio la possibilità di opporre ai terzi con efficacia reale l'acquisto del bene realizzato mediante l'atto stipulato¹⁹.

Il riconoscimento degli interessi meritevoli di tutela, di cui all'art. 1322 c.c. costituiscono un requisito essenziale ai fini della trascrivibilità.

Con la legge di riforma in oggetto viene disciplinato il vincolo reale di destinazione di fonte negoziale.

Ma cosa si intende per realtà del vincolo?

Come osservato²⁰, per realtà del vincolo non si intende tanto la creazione di un insieme di obbligazioni *propter rem*, oltrepassando in tal modo il principio del numero chiuso dei diritti

¹⁷ Sempre obbligatorio.

¹⁸ Sul punto, si veda G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2, 2006.

¹⁹ È bene ricordare che nel momento in cui è stata realizzata la trascrizione dell'atto, nessuna altra trascrizione o iscrizione fatta successivamente (anche se effettuata dallo stesso dante causa) potrà produrre effetti nella sfera giuridica del primo che ha trascritto l'acquisizione del diritto.

²⁰ Cfr. Mirzia Bianca, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, op. cit., p. 1176

reali, ma si intende la rilevanza esterna con conseguente opponibilità ai terzi di un vincolo che nasce dalla volontà di uno o più soggetti²¹.

Considerare i vincoli reali di destinazione come vincoli che possono essere opposti ai terzi creditori e acquirenti aveva permesso alla moderna dottrina di separare la questione relativa al problema dei vincoli reali di destinazione rispetto a quella relativa al superamento del principio del numero chiuso dei diritti reali²².

Relativamente alla durata del vincolo di cui all'art. 2645-ter c.c. occorre ricordare che il periodo massimo di durata della destinazione dei beni non può essere superiore ai novanta anni o alla vita della persona fisica beneficiaria.

Per la realizzazione degli interessi e delle finalità può agire sia il soggetto che ha conferito il bene sia il soggetto interessato, anche se il conferente è ancora vivo.

Il citato articolo pone un vincolo sia sui beni conferiti che sui loro frutti²³.

Nella disposizione *de qua* viene, inoltre, specificato che i beni oggetto dell'atto di destinazione trascritto possono essere oggetto di esecuzione forzata solo in relazione a debiti contratti per la stessa finalità cui è rivolto l'atto.

Secondo quanto sancito ai sensi dell'art. 2915 c.c., infatti, gli atti che comportano vincoli di indisponibilità ed altri atti e domande per la cui efficacia è richiesta la trascrizione, hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori intervenienti sempreché siano stati trascritti prima del pignoramento.

È stato rilevato²⁴ che la norma in oggetto fornisce poche indicazioni relativamente al contenuto del vincolo.

Leggendo la disposizione di cui all'art. 2645-ter c.c. risulta che si è in presenza di un vincolo di destinazione, infatti è recitato testualmente "sono destinati".

Importante sottolineare, però, che la richiamata destinazione è riferita ad "interessi meritevoli di tutela riferibili a... enti o persone fisiche".

Qualsiasi soggetto portatore di interessi può promuovere l'azione tesa a realizzare gli interessi stessi ed, inoltre, come in precedenza detto, sia i beni conferiti che i loro frutti possono essere

²¹ L'Autrice nell'opera evidenzia che l'intendimento del vincolo reale inteso come un vincolo che implica la creazione di un nuovo diritto reale ha portato parte della dottrina a considerare il vincolo che nasce dall'art 2645-ter c.c. come un vincolo meramente obbligatorio. Cfr. F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, op. cit., in cui l'Autore sostiene che "(...) Là dove la destinazione non è regolata dalla legge vige dunque la libertà e l'autonomia privata, sul piano ovviamente obbligatorio, almeno per chi, come me, ancora crede nel principio di tipicità dei diritti reali, collegato al principio di tipicità della trascrizione e ai limiti che derivano dall'art. 1372 c.c.

Si potrebbe obiettare che l'art. 2645-ter potrebbe essere proprio quella norma sulla tipicità, necessaria al fine di ipotizzare l'esistenza di un vincolo reale, ma, a mio avviso questa interpretazione è da respingere, se si ammette che il principio di tipicità, per essere rispettato, pretende che la norma preveda espressamente e tassativamente il diritto reale e lo disciplini altrettanto espressamente ed esaurientemente".

²² Sul punto, si veda Mirzia Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, p. 207 e ss.

²³ Il cui impiego è possibile solo per rendere possibile il fine di destinazione.

²⁴ Cfr. Andrea Lanciani, *Vincoli di destinazione (Art. 2645-ter c.c.). Redazione del contratto: problemi e possibili clausole*, in *Rivista del Notariato*, 2, 2007, p. 293. L'Autore in detta opera si sofferma innanzitutto sulla nozione di "destinazione" a "interessi".

Da ciò si ricava che siamo in presenza di un vincolo che limita o indirizza l'uso del bene a servizio di un interesse di cui sono portatori enti o persone fisiche.

L'Autore continua osservando che "le modalità e i contenuti di tale limite o indirizzo sembrano lasciati integralmente alla libera determinazione delle parti. In altri termini da questa parte della norma otteniamo poche direttive c/o indicazioni sul contenuto dell'atto di destinazione".

Con l'attribuzione a ciascuno soggetto interessato dell'azione potranno esservi problemi di eventuale disciplina del vincolo, anche se ciò non rileva ai fini della determinazione dei contenuti e della disciplina del vincolo.

impiegati al solo fine di destinazione e costituire oggetto di esecuzione... solo per i debiti contratti allo scopo richiamato.

Come anzidetto, la durata del vincolo non può eccedere i novanta anni la vita del soggetto beneficiario e, pertanto, quando scade tale termine, come succede per qualunque altra causa, che sia o meno volontaria ed estintiva dell'effetto di destinazione, i beni oggetto del vincolo medesimo ritorneranno nella libera titolarità del soggetto disponente o dei suoi aventi causa²⁵, salvo una diversa disposizione.

Relativamente alla sorte dei beni oggetto del vincolo, allo scadere dello stesso il soggetto disponente fin dalla stipula dell'atto in questione, ed anche in seguito ma sempreché sia anteriore alla scadenza del termine o al verificarsi della causa estintiva della destinazione, può prevedere la sorte dei beni oggetto del vincolo per il tempo in cui la destinazione sarà cessata. Qualora, una volta terminata la destinazione, il soggetto che dispone dovesse prevedere l'attribuzione definitiva del bene vincolato ai soggetti beneficiari, succederà che tale atto di disposizione negoziale dovrà trovare la sua causa in una causa negoziale diversa da quella di destinazione²⁶.

In dottrina²⁷ è stata ipotizzata la possibilità di estendere il vincolo in esame non solo al bene nel suo complesso, quindi comprensivo dei suoi usi e dei suoi frutti, ma anche al tesoro, all'accessione e agli utili di impresa prodotti attraverso il bene.

Tale questione è parsa in un primo momento facilmente risolvibile, in quanto la norma in oggetto è norma eccezionale derogativa del sistema dell'opponibilità ai terzi di vincoli sui beni e del principio contenuto nell'art 2740 c.c. e, pertanto, non sarà oggetto di applicazione analogica e non potrà essere neppure estesa a fattispecie non previste tassativamente nella medesima norma.

L'ultimo Autore citato sottolinea come risulti difficile l'estensione del vincolo *ex art. 2645-ter c.c.* al tesoro o all'immobile costruito sull'immobile vincolato.

Infatti, il perimento dell'edificio vincolato determinerebbe l'estinzione del vincolo sull'edificio ed il nuovo edificio ricostruito non sarebbe vincolato in quanto bene diverso da quello oggetto di vincolo.

Detta conclusione potrebbe essere suscettibile di critica laddove vi sia un rapporto inteso come diritto reale.

²⁵ Si veda Ubaldo La Porta, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, op. cit., p. 1114. L'Autore sottolinea che "i profili di legittimità della situazione soggettiva vantata dal disponente, durante la destinazione, permettono di affermarlo senza remore anche nel caso di destinazione traslativa, riguardo alla quale la successione, *inter vivos* o *mortis causa*, a titolo particolare o universale, riguarderà l'aspettativa di diritto vantata dal disponente, ai sensi dell'art. 139 disp. att. c.c."

²⁶ L'ultimo Autore citato osserva che con ogni probabilità si tratterà di una donazione oppure dell'adempimento dei doveri morali o sociali *ex art. 2034 c.c.*

L'Autore, inoltre, sostiene che si potrebbe anche prevedere che il bene resti in proprietà del soggetto attributario, libero da vincoli.

Anche in questo caso un'autonoma giustificazione causale dovrà fondare l'ulteriore attribuzione patrimoniale, trovando fondamento ancora sulla liberalità o sullo scambio, nel caso in cui si preveda la corresponsione di un corrispettivo, o sulla *causa solvendi*, quando l'attribuzione resti supportata dall'interesse del disponente a compensare, mediante il trasferimento definitivo del bene, l'opera prestata dall'attributario nell'attuazione del fine di destinazione.

L'atto di disposizione in nessuno dei casi summenzionati incorrere nel divieto dei patti successori disposto dall'art 458 c.c.

²⁷ Cfr. Andrea Lanciani, *Vincoli di destinazione (Art. 2645-ter c.c.). Redazione del contratto: problemi e possibili clausole*, op. cit., p. 312.

Nella sfera dei diritti reali vi è spesso la previsione che il titolare del diritto reale parziario su un bene lo veda esteso in modo automatico all'accessione²⁸.

Laddove, invece, si tenda in favore del diritto obbligatorio, visto il tenore della disposizione di cui all'art. 2645-ter c.c. sembra difficile ammettere l'estensione del vincolo ad un bene diverso o ulteriore rispetto al bene originario²⁹.

Prima di trattare della trascrizione dell'atto *de quo* e del controllo di meritevolezza degli interessi, occorre parlare brevemente della disciplina introdotta con l'art. 2645-ter c.c. in relazione agli artt. 178 e 179 c.c., disciplinanti il regime dei beni acquistati in costanza di matrimonio che non possono essere personali in base all'art. 179 c.c.

L'art. 2645-ter si riferisce genericamente "alla realizzazione di interessi meritevoli riferibili a (...) persone fisiche".

Il termine destinazione viene usato in più luoghi ed assume molteplici significati.

Un esempio lo si ritrova in tema di servitù (artt. 1061 e 1062 c.c.), di pertinenze (art. 817 c.c.), di usufrutto (art. 981), ed anche in tema di patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447-bis ss. c.c.).

È stato osservato³⁰ che ritenere la destinazione all'impresa ai sensi della disposizione di cui all'art. 178 c.c. assimilabile ad un atto negoziale, quale quello di cui all'art. 2645-ter c.c., non sembra corretto, in quanto manca totalmente l'operatività del regime di comunione legale di tali strumenti. Si potrebbe parlare, piuttosto, di un autonomo atto di destinazione del proprio bene personale per l'esercizio dell'impresa in regime di comunione, teso a determinarne l'attrazione al regime previsto nell'art. 178 e, con esso, il mutamento di titolarità a favore della comunione, quando si attribuisca autonomo rilievo alla causa di destinazione³¹.

3. - La trascrizione dell'atto ed il controllo di meritevolezza degli interessi

L'introdotta disposizione contiene un primo riconoscimento normativo di un effetto e più precisamente l'effetto del vincolo sui beni destinati ad uno scopo.

Infatti, come rilevato in dottrina³² tale effetto risulta realizzabile mediante l'atto pubblico, caratterizzato dalla presenza di un soggetto conferente e di un altro disponente, avente ad oggetto beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, tesi "alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche".

²⁸ Si pensi all'art. 2811 c.c. per l'ipoteca o all'art. 983 c.c. per l'usufrutto.

²⁹ L'ultimo Autore citato conclude sostenendo che "anche nell'ambito dei rapporti obbligatori non pare preclusa la possibilità di costituire un vincolo di destinazione su uno specifico bene di cui sia programmata la costruzione: in quel caso il vincolo di destinazione si configura come vincolo su cosa futura e il vincolo sorgerebbe con il sorgere del bene. Tuttavia, in questo caso resta aperto il problema di quando sorga il vincolo in funzione di quando sia possibile la trascrizione del relativo vincolo sul bene in costruzione".

³⁰ Cfr. Antonino Restuccia, *I beni destinati all'esercizio dell'impresa della comunione de residuo nella disposizione dell'art. 178 c.c.*, in *Rivista del Notariato*, 4, 2007, p. 859.

³¹ Si veda Ubaldo La Porta, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, p. 3 e ss.

³² Amalia Chiara di Landro, *L'art. 2645-ter c.c. e il Trust. Spunti per una comparazione*, in *Rivista del Notariato*, 3, 2009, op. cit., p. 586.

Quanto sopra potrà essere realizzato per un periodo “non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria”.

Presenti tali caratteristiche, l'atto in questione potrà essere trascritto e detta trascrizione vale a rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione³³.

Per quanto concerne il controllo di meritevolezza degli interessi³⁴, come è stato osservato in dottrina³⁵, l'apertura a detto controllo *ex art.* 1322 c.c. comporta due conseguenze problematiche e assai discutibili.

Infatti, la scelta dell'atto pubblico impone al notaio rogante di esplicitare nell'atto stesso l'esercizio dell'interesse meritevole di tutela³⁶.

Ciò si presenta per un verso gravoso per il pubblico ufficiale, per altro verso, invece, costituisce fonte di notevole disallineamento rispetto al vaglio di meritevolezza esercitato dal giudice in materia di contratti.

In relazione a tale controllo, sono posti numerosi dubbi sia per quanto concerne la sua utilità sia per quanto concerne la sua opportunità, tenuto conto del soggetto legittimato a compierlo³⁷.

Ammettendo il controllo in questione, per l'atto di destinazione si genera un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto al *trust*, in quanto mentre la costituzione di un *trust* interno merita un giudizio positivo di liceità *mercè* il semplice rispetto della Convenzione e del disposto normativo di cui all'art. 16 della Legge n. 218 del 1995, relativamente al limite dell'ordine pubblico, invece, il cittadino italiano che volesse raggiungere lo scopo di vincolare determinati beni per un certo fine ai sensi dell'art. 2645-*ter* c.c. dovrebbe sperare nell'esito positivo del vago giudizio di meritevolezza dell'interesse.

Con la norma in oggetto si conferma quello che è ormai ammesso da molto tempo dalle corti italiane e attuato dalla prassi, e cioè la trascrivibilità dell'istituto del *trust*, oggetto di trattazione del prossimo paragrafo.

Relativamente all'atto *ex art.* 2645-*ter* cc., è stato osservato³⁸ che il carattere innovativo di suddetto atto rinviene nell'atipicità dello stesso atto di destinazione patrimoniale³⁹ e non nella sua fonte negoziale.

Da ciò consegue che ai privati è lasciata ampia discrezionalità in merito alla realizzazione della destinazione patrimoniale, sia attraverso la struttura che sia più congeniale ai loro interessi⁴⁰, sia attraverso la fissazione delle finalità cui il patrimonio deve essere destinato⁴¹.

³³ Sull'argomento si consulti R. Quadri, *L'art 2645-ter c.c. e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contratto e impresa*, 6, 2006, p. 1717 e ss; A. Picciotto, *Brevi note sull'art. 2645-ter c.c.: il trust e l'araba fenice*, in *Contratto e impresa*, 4-5, 2006, p. 1314 e ss.

³⁴ Relativamente alla meritevolezza di interessi, si consulti Diego Rossano, *Trust interno e meritevolezza degli interessi*, in *Notariato*, 3, 2008, p. 258.

³⁵ Paola Manes, *La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti*, in *Contratto e Impresa*, 2006, p. 627

³⁶ Si veda Trib. Trieste, d. 23 settembre 2005, in *Trusts*, 2006, p. 83 e in *Guida al Diritto*, 22 ottobre 2005, n. 41, p. 57, con nota di Fanticini - Tonelli.

³⁷ In tal senso Sicchiero, *Comm. Breve c.c.*, diretto da Galgano, *sub art. 2645-ter c.c.*, Piacenza, 2006, p. 2633.

³⁸ Cfr. Mirzia Bianca, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, op. cit., p. 1177.

³⁹ L'elaborazione di una teoria dell'atto negoziale di destinazione si deve all'opera di Gianfranco Palermo, il quale è stato il primo a concepire una figura generale di destinazione di fonte negoziale: *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*, in *Riv. giur. sarda*, 1999, p. 571 e ss.

⁴⁰ V. A. Falzea, *Riflessioni preliminari a “La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile”*, Tavola Rotonda tenutasi a Roma, il giorno 17 marzo 2006, presso la Facoltà di Scienze Statistiche

Nell'ordinamento giuridico italiano sono presenti differenti tipologie di vincoli, i quali, però, a differenza dei vincoli presi in esame, presentano la caratteristica della tipicità sia in senso funzionale, in quanto il legislatore mette in rilievo le finalità del vincolo⁴², sia in senso soggettivo, poiché soltanto una determinata categoria di soggetti è autorizzata dallo stesso legislatore all'utilizzazione di alcuni strumenti di destinazione⁴³.

In riferimento al modello endopatrimoniale, la disciplina societaria vieta la costituzione dei patrimoni destinati a specifici affari che siano attinenti ad attività riservate in base alle leggi speciali, sollevando, in tal modo, la problematica inerente l'utilizzabilità di tale strumento da parte sia delle imprese assicurative che di quelle bancarie.

La tipicità soggettiva trova fondamento nel rapporto tra la limitazione della responsabilità patrimoniale e l'adozione di un determinato assetto organizzativo.

Come sostenuto in dottrina⁴⁴, la norma in commento sembra ampliare il volume dell'autonomia relativo alla creazione di altri casi tesi alla realizzazione della cosiddetta separazione patrimoniale di un fine meritevole, fuori di ogni controllo costitutivo, fatta eccezione per la necessità dell'atto pubblico.

La norma *de qua* si pone come figura generale della destinazione di beni ad uno scopo.

Siffatta norma, stante la manifesta indeterminatezza strutturale, costituisce l'origine di svariati istituti mediante cui viene realizzato il fenomeno di destinazione di beni ad uno scopo, diffondendo poi la possibilità della prevalenza della destinazione rispetto al divieto di cui all'art. 1379 c.c.⁴⁵

Da ciò consegue che sia se si ritiene di accogliere la teoria secondo la quale la struttura dell'atto *ex art 2645-ter c.c.* abbia preso cittadinanza nell'ordinamento giuridico italiano, sia se non si ritiene di farlo, da questo momento si ricostruisce la disciplina dell'atto in parola, che sarà seguita anche dal mondo giuridico italiano.

Va, infine, notato come il termine "atto" porti ad eventuali dubbi interpretativi.

Ci si è posti, infatti, la domanda se la scelta di tale terminologia volesse significare libertà di adoperare qualsiasi strumento giuridico, non riferendosi, pertanto, né al negozio, né al contratto⁴⁶ in modo esplicito.

dell'Università di Roma "La Sapienza", Giuffrè. Il Maestro, nell'occasione di una prima lettura dell'art. 2645-ter, rilevava la necessaria variabilità strutturale dell'atto di destinazione, il quale può essere unilaterale, bilaterale, a titolo oneroso, a titolo gratuito, attributivo, non attributivo.

⁴¹ Fatto salvo il rispetto del controllo di meritevolezza, determinante al fine di selezionare gli interessi che attraverso questa tipologia di destinazione sono realizzabili.

⁴² Si pensi, ad esempio, al fondo patrimoniale disciplinato dagli artt. 167 e ss. c.c., oppure ai fondi di previdenza ed assistenza.

⁴³ Si pensi, ad esempio, ai patrimoni destinati ad uno specifico affare della riforma societaria che possono essere utilizzati soltanto nelle Società per Azioni.

⁴⁴ Amalia Chiara di Landro, L'art. 2645-ter c.c. e il *Trust*. Spunti per una comparazione, op. cit., p. 583.

⁴⁵ Per maggiori approfondimenti in merito alla trascrizione dell'atto in esame, si consulti G. Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., p. 199. L'Autore nell'opera sostiene che l'art. 2645-ter "prevede un vero e proprio divieto convenzionale di alienazione opponibile ai terzi se trascritto. Gli atti posti in essere in violazione del vincolo trascritti successivamente non possono essere opposti al beneficiario del vincolo di destinazione". Anche A. Luminoso, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.*, in *Rivista del Notariato*, 5, 2008, p. 999, ritiene che l'art. 2645-ter c.c. assuma il significato di una deroga all'art. 1379 c.c. E poiché quest'ultima disposizione detta un principio di ordine pubblico, la deroga contenuta nell'art. 2645-ter deve essere considerata di stretta interpretazione.

⁴⁶ Va evidenziato che qualsiasi tipo di atto giuridico è ammesso, potendo poi essere, successivamente, oggetto di formalizzazione notarile e di trascrizione.

Qualora, invece, volesse propendersi anche per l'ammissibilità dell'atto bilaterale, lo stesso potrebbe supporre anche⁴⁷ la possibilità del ricorso ad un soggetto che gestisce il programma stabilito dal soggetto conferente, diverso da quest'ultimo, ma non necessariamente dal beneficiario.

Infine, va ricordato che l'accettazione del beneficiario potrebbe far superare le difficoltà relative all'intangibilità della sua sfera giuridica, permettendo di allocare i costi relativi all'attuazione della destinazione⁴⁸.

In relazione al soggetto beneficiario, autorevole dottrina⁴⁹ ha sostenuto che le considerazioni relative alla natura egoistica dell'interesse che spinge il soggetto disponente a realizzare la destinazione sono coerenti con uno schema negoziale che raffiguri lui stesso come soggetto beneficiario dell'atto stesso, poiché in tal modo non si presentano problemi circa la ricostruzione della situazione soggettiva vantata dallo stesso, considerato che la norma in commento accorda anche al soggetto disponente il potere di agire affinché venga realizzato l'interesse in funzione della cui soddisfazione si è destinato.

4. - Atto di destinazione e negozi affini

Come anzidetto, nel nostro ordinamento, oltre al già menzionato *trust*, vi sono molteplici strumenti giuridici che, in forza della destinazione, realizzano un'articolazione patrimoniale.

All'interno del codice civile si ritrova un esplicito richiamo alla destinazione ed alla categoria dei patrimoni di destinazione⁵⁰.

Sono numerose le figure di destinazione patrimoniale regolamentate nel codice civile.

Si ricordano: il fondo patrimoniale⁵¹, i fondi speciali per la previdenza e l'assistenza⁵², i patrimoni destinati ad uno specifico affare⁵³ e gli atti di destinazione.

Vi sono, inoltre, altre figure di destinazione patrimoniale con effetto separativo⁵⁴ disciplinati dalla legislazione speciale, soprattutto in materia finanziaria⁵⁵.

Per i citati istituti la destinazione patrimoniale, causa della cosiddetta "separazione" patrimoniale, non è implicita come nel *trust*, nel negozio fiduciario o nel contratto di mandato, ma risulta addirittura esplicitata nelle regole applicative.

⁴⁷ Oltre all'accordo tra destinante e beneficiario.

⁴⁸ In analogia con quanto avviene sia nel contratto di comodato che nella donazione modale.

⁴⁹ Si veda Ubaldo La Porta, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-ter c.c.*, op. cit., p. 1100. L'Autore in tale opera evidenzia pure che come la donazione modale, richiamata nella disciplina dettata per l'atto *de quo*, il negozio di destinazione non contiene, nella direzione disponente - beneficiario, una stipulazione a favore di terzo, attribuita al medesimo soggetto dell'autonomo diritto contro il titolare dei beni oggetto del vincolo.

⁵⁰ Cfr. Mirzia Bianca, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in *Rivista del Notariato*, 3, 2009, p. 561 e 562.

⁵¹ Istituto di vecchia generazione, disciplinato dagli artt. 167 e ss. c.c. Per maggiori approfondimenti sulla disciplina del fondo patrimoniale si rinvia a G. Gabrielli, *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *"Enc. Dir."*, Milano, 1982. XXXII, pp. 293 e ss.; R. Quadri, *Fondo patrimoniale*, in *"Enc. Giur. Treccani"*, Roma, 2007, pp. 1 e ss.

⁵² Si veda il testo normativo dell'art. 2117 c.c.

⁵³ Istituto introdotto dalla Riforma del diritto societario, attuata con D. Lgs. n. 6 del 17 gennaio 2003. Cfr. gli artt. 2447-*bis* e ss. c.c.

⁵⁴ L'atto di destinazione, il *trust*, i patrimoni destinati ed il fondo patrimoniale sono istituti atti a realizzare il fenomeno della cosiddetta "separazione" patrimoniale.

⁵⁵ Tra queste si ricordi il fenomeno della cartolarizzazione dei crediti che integra una figura di destinazione con effetto separativo somigliante allo schema del modello finanziario dei patrimoni societari destinati ad uno specifico affare. A tal proposito si veda la Legge n. 130/1999.

Per quanto concerne il fondo patrimoniale, in detto negozio è lo stesso art. 167 del codice civile ad operare un rinvio alla "destinazione di beni per far fronte ai bisogni della famiglia".

Nei fondi speciali di assistenza e previdenza, invece, il testo normativo di cui all'art. 2117 c.c. prevede la destinazione con effetto separativo patrimoniale, sancendo che i fondi in parola "non possono essere distratti dal fine cui sono destinati e non possono formare oggetto di esecuzione da parte dei creditori dell'imprenditore o del prestatore di lavoro".

Veniamo ora ai patrimoni societari destinati ad uno specifico affare.

Per questi ultimi il Legislatore evidenzia la destinazione come fattore che origina la "separazione" patrimoniale stessa, separazione che nel mondo endosocietario⁵⁶ è riferita a parte del patrimonio della Società per Azioni, a differenza di quello finanziario⁵⁷, dove sono inerenti ai proventi derivanti dall'affare.

Il Legislatore nazionale nell'art. 2645-ter c.c. sceglie di privilegiare il modello tradizionale e completamente italiano della destinazione dei beni ad uno scopo come strumento di separazione patrimoniale, adoperante lo schema negoziale dell'atto puro di destinazione, inteso come un vincolo di destinazione che proviene da un atto di autonomia privata⁵⁸.

Dalla comparazione dell'atto in questione con l'istituto del *trust*, parte della dottrina⁵⁹ ha ritenuto che l'atto di destinazione si presentasse come un frammento di *trust*.

Tale dottrina, infatti, osserva che ciò che si ritrova nell'atto di destinazione lo si ritrova anche nel *trust*, la differenza sta solo nel fatto che i *trust* si presentano in modo più completo relativamente alla regolamentazione e sono collocati nell'area della fiducia.

Qualora non risultassero determinanti gli elementi suindicati, si ricorrerà al diritto interno e, conseguentemente all'atto di destinazione.

Qualora, invece, lo fossero si ricorrerà all'applicazione del *trust*.

Il *trust* fu di invenzione dei cavalieri inglesi in partenza per le Crociate, i quali affidavano la gestione del proprio patrimonio, o parte di esso, ad un soggetto di fiducia denominato *trustee*, al fine di tutelarlo da eventi quali *mala gestio* oppure da un deperimento causato da malafede.

Il possesso legale passa dall'affidante, cosiddetto *settlor*, al gestore, che deve prendersene cura per poi dividerlo seguendo le indicazioni pervenute dal *settlor*.

Per controllare la gestione vi può essere la figura del cosiddetto *protector*, ovvero di un guardiano che tuteli gli interessi dei soggetti beneficiari⁶⁰.

Gli atti di destinazione hanno molte similitudini con il *trust* ed anche con il fondo patrimoniale.

Con il *trust* si realizza sia la separazione dei beni familiari dai beni aziendali che il cosiddetto passaggio generazionale.

⁵⁶ Cfr. l'art. 2447-bis, lett. a).

⁵⁷ Cfr. l'art. 2447-bis, lett. b).

⁵⁸ In tal senso, Mirzia Bianca, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, op. cit., p. 563.

⁵⁹ In tal senso, Maurizio Lupoi, *Gli "Atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di Trust*, op. cit., p. 472. Tale Autore prende in esame tre considerazioni che portano a ritenere l'atto *de quo* quale frammento di *trust*.

Nella prima sostiene che l'atto di destinazione, come disciplinato ai sensi dell'art. 2645-ter c.c., non è legato al campo delle obbligazioni fiduciarie.

Nella seconda evidenzia come le poche frasi nelle quali si compone la norma, collocata nell'ambito della pubblicità, non risultano sufficienti a poter dettare una disciplina specifica dell'atto di destinazione.

Infine, la nozione di soggetto "beneficiario" è appena accennata.

⁶⁰ Cfr. Luca Del Federico, *Trust interno e regime fiscale degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela ai sensi del nuovo art. 2645-ter del codice civile*, in *Il Fisco* n. 20/2006, fasc. n. 1, p. 3077.

Inoltre, con detto negozio si tutela il patrimonio personale dall'attacco dei creditori.

Con la costituzione del fondo patrimoniale, invece, sono realizzate due diverse fattispecie.

Infatti, la costituzione di tale fondo crea sui beni un vincolo di destinazione, essendo il risultato di un atto di autonomia ed, inoltre, la fattispecie istitutiva del fondo stesso può essere accompagnata da una vicenda traslativa che si realizza attraverso un vero e proprio atto di attribuzione patrimoniale, inerente sia al diritto di proprietà che al diritto di godimento sui beni.

Con il nuovo art. 2645-ter c.c. sembrerebbe attuarsi nell'ordinamento giuridico italiano la prima applicazione di *trust*.

Infatti, si può attribuire un vincolo di destinazione specifico a beni immobili o mobili registrati per destinarli ad interessi meritevoli di tutela⁶¹.

Vi è, pertanto, la prima figura di *trust* interno nel nostro ordinamento giuridico, pur non coincidendo del tutto con il concetto di *trust* il vincolo di cui all'art 2645-ter c.c.

Nel *trust* si ha il trasferimento del bene dal disponente al *trustee* con la costituzione di un vincolo patrimoniale in capo ai soggetti beneficiari, mentre nel vincolo disciplinato dall'art. 2645-ter non avviene necessariamente l'effetto traslativo, poiché la norma in commento dispone di un "vincolo di destinazione" a favore di interessi meritevoli di tutela⁶².

Ciò che caratterizza l'istituto del *trust* è che il bene al quale si riferisce ha uno specifico vincolo di destinazione, autonomo sia dal patrimonio del disponente che da quello del *trustee*, e, dunque, non aggredibile da eventuali creditori di quest'ultimo⁶³.

Il *trust* è uno strumento giuridico di frequente uso nel nostro ordinamento.

Ai sensi dell'art. 2, comma 1, della Convenzione dell'Aja sui *trusts* del 1° Luglio 1985 il *trust* è "un rapporto giuridico istituito da una persona, il costituente – con atto tra vivi o *mortis causa* – qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico".

Come rilevato⁶⁴, dal confronto tra atto di destinazione e *trust* emerge che l'atto *ex art.* 2645-ter c.c. per essere accompagnato da un minimo di efficienza va collocato in un contesto obbligatorio, come avviene per la dichiarazione di *trust*.

Nulla vieta ad un soggetto di vincolare beni fermi nel proprio patrimonio.

Tale affermazione porta in evidenza l'analogia con l'istituto del fondo patrimoniale⁶⁵, costituito da uno solo dei coniugi o da entrambi.

⁶¹ Sull'introduzione della norma in esame si consulti Angelo Busani, *Il trust trova la regola-base*, in *Il Sole-24Ore* del 7 Luglio 2005, e *Il trust aumenta le garanzie per i patrimoni*, in *Il Sole-24Ore* dell'11 Febbraio 2006.

⁶² Infatti, nella norma *de qua* si legge che è riferibile a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche *ex art.* 1322, comma 2, c.c.

⁶³ Si veda Luca Del Federico, *Trust interno e regime fiscale degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela ai sensi del nuovo art. 2645-ter del codice civile*, op. cit., p. 3078, dove viene sottolineato che i beni in *trust* costituiscono una massa distinta e non diventano parte del patrimonio del *trustee*, il quale ha solo l'obbligo di amministrarli e gestirli seguendo le disposizioni dettate dal *settlor*, sulla base dell'atto di *trust* e secondo le norme imposte dalla legge.

Ciò porta al crearsi di una relazione diretta bene-scopo, di fatto sconosciuta dall'ordinamento italiano.

⁶⁴ Maurizio Lupoi, *Gli "Atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter c.c. quale frammento di Trust*, op. cit., p. 472 e 473.

⁶⁵ In ordine alla comparazione tra *trust* e fondo patrimoniale, bisogna dire che mentre il *trust* è un istituto avente le più svariate finalità, il fondo patrimoniale viene costituito, secondo quanto disposto dagli artt. 167 e ss. c.c., solo ed esclusivamente "per far fronte ai bisogni della famiglia".

Con la scelta di detto schema negoziale, il soggetto contraente, non preoccupandosi delle conseguenze verificatesi a seguito della propria morte sulla realizzazione delle finalità, si allontana del tutto dal *trust*, soffermandosi in tal modo più sul vincolo che sul rapporto obbligatorio scaturito dal trasferimento ad un soggetto obbligato, non tanto e non solo al rispetto del vincolo quanto all'attuazione del medesimo vincolo.

La problematica esaminata non sovviene nel fondo, in quanto con la morte anche solo di uno dei due coniugi avviene lo scioglimento dello stesso⁶⁶.

Qualora la durata del vincolo non comportasse il trasferimento del bene a colui che si è obbligato alla realizzazione della finalità della destinazione, la differenza rispetto al *trust* si manifesterebbe in modo forte, facendo indebolire l'atto *ex art. 2645-ter c.c.* rispetto allo stesso *trust*.

Suddetta debolezza trova fondamento nel carattere reale del primo istituto, a differenza di quello obbligatorio caratterizzante il *trust*.

Orbene, vincolare l'intero patrimonio, o parte di esso, ad una determinata finalità impedirà l'alienazione di detti beni, ma non obbligherà in alcun modo i soggetti ad attivarsi per attuare la finalità prefissata.

Per ottenere un'efficiente sistemazione del proprio patrimonio, l'atto di destinazione ed il trasferimento del bene al soggetto obbligato a perseguire la finalità del vincolo stesso vanno di pari passo, e possono verificarsi, ad esempio, al momento della morte del disponente.

⁶⁶ Sempre se non siano presenti figli minori, poiché se vi sono figli minori il fondo dura fino al compimento della maggiore età dell'ultimo figlio.
In tal caso il giudice può dettare le norme per l'amministrazione del fondo, su istanza di chiunque vi abbia interesse.

GIURISPRUDENZA

CASI PRATICI

DOCUMENTAZIONE

Innovazione e Diritto

L'imposta sarda sugli aeromobili e sulle unità da diporto: l'Avvocato generale ne evidenzia illegittimità comunitaria

di Roberta Alfano

In data 2 luglio 2009 l'avvocato generale della Corte di giustizia ha presentato le sue conclusioni relativamente alla questione di legittimità inerente l'imposta sarda sugli aeromobili e sulle unità da diporto.

La Sardegna, nell'ambito della propria autonomia tributaria, aveva introdotto, con legge regionale 11 maggio 2006 n. 4, un'imposta regionale sulle plusvalenze dei fabbricati adibiti a seconde case (art. 2), un'imposta regionale sulle seconde case ad uso turistico (art. 3) ed un'imposta regionale sugli aeromobili ed unità da diporto (art. 4). I primi due articoli sono stati dichiarati incostituzionali dal giudice delle Leggi con sentenza 102/2008: l'art. 2 per violazione della normativa statale sulla tassazione delle plusvalenze «accentuata dal rilievo che la norma realizza un'ingiustificata discriminazione tra i soggetti aventi residenza anagrafica all'estero e soggetti fiscalmente domiciliati in Sardegna aventi residenza anagrafica in Italia, violando così gli artt. 3 e 53 Cost»; l'art. 3 in quanto «la norma introduce un'imposta patrimoniale sui fabbricati ubicati nella fascia costiera e non adibiti ad abitazione principale, che non si applica alla generalità dei "possessori" di tali immobili...e pertanto crea ingiustificate disparità di trattamento» .

L'articolo 4 prevedeva un'imposta sugli aeromobili e sulle unità da diporto, i cui presupposti erano collegati allo "scalo nei porti e negli aerodromi siti nel territorio regionale" e gli importi calcolati in base al numero di passeggeri dell'aeromobile e in base ai metri dell'imbarcazione. La legge 4/2006 aveva, secondo la Regione Sardegna, una finalità ambientale: ex art. 8 dello Statuto, le entrate della Regione possono essere costituite anche «da imposte e tasse sul turismo e da altri tributi propri che la regione ha la facoltà di istituire con legge in armonia con i principi del sistema tributario dello Stato». La previsione di entrata stimata dalla Regione sarda relativamente alla legge era stata di almeno 75 milioni di euro l'anno, destinati per la maggior parte a un fondo regionale per lo sviluppo e la coesione territoriale¹.

L'Avvocato generale ha rilevato che l'art. 49 del Trattato osta ad una legge regionale che preveda la riscossione un'imposta dettata essenzialmente da motivi di politica ambientale sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità da diporto che gravi sulle imprese aventi il domicilio fiscale al di fuori della regione stessa, ma non dalle imprese aventi il proprio domicilio fiscale all'interno della medesima. L'Avvocato ha poi evidenziato che un tale prelievo incidendo sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità da diporto nei confronti sole

imprese aventi il proprio domicilio fiscale al di fuori di tale regione, costituisce un aiuto ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE, a favore di imprese che svolgono la stessa attività e hanno il proprio domicilio fiscale all'interno della medesima. L'avvocato generale ha altresì evidenziato che né la finalità di tutela ambientale né l'insularità possono essere ragioni valide a giustificare la limitazione della libertà di prestazione dei servizi, posto che non vi sono ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica. Al contrario, il significativo vantaggio fiscale per le imprese sarde è tale da alterare la libera concorrenza, potendosi considerare un aiuto di Stato.

L'Avvocato generale, nel prendere atto che la regione sarda aveva giustificato il prelievo richiamando il noto principio comunitario «chi inquina paga», per la tutela dell'ambiente e la lotta all'inquinamento causato dagli aeromobili e dalle unità da diporto, rileva che «Una normativa fiscale se si fonda su considerazioni di tal genere, persegue indubbiamente un obiettivo legittimo di politica ambientale». Tuttavia, evidenzia che, per la fattispecie in questione « Gli inquinamenti ambientali laddove siano causati da aeromobili privati e da unità da diporto che fanno scalo in Sardegna, si producono a prescindere dalla provenienza di detti aeromobili e unità da diporto e, in particolare, non presentano alcun legame con il domicilio fiscale degli esercenti degli stessi. Gli aeromobili e le imbarcazioni dei non residenti contribuiscono a danneggiare le risorse ambientali in maniera analoga agli aeromobili e alle unità da diporto dei residenti... Così facendo, l'obiettivo ambientale promosso dalla stessa Regione autonoma della Sardegna non viene attuato in maniera coerente e sistematica».

Se, per alcune fattispecie, può essere legittimo - la Corte di Giustizia lo ha ripetutamente ribadito² - trattare diversamente, in materia di imposte dirette, i non residenti e i residenti, occorre però verificare effettivamente l'esistenza di un'oggettiva diversità di situazioni: in caso contrario non è legittimata una tale disparità della norma tributaria³.

Infine, la Regione Sardegna aveva tentato di giustificare la tassazione delle imprese non stabilite in Sardegna con la necessità di compensare i maggiori costi sostenuti dalle imprese locali, appellandosi alle peculiarità geografiche ed economiche legate all'insularità della regione. L'Avvocato ha riconosciuto che le regioni insulari sopportano svantaggi strutturali, il cui perdurare ne ostacola lo sviluppo economico e sociale e che il diritto comunitario debba tenerne conto, adottando misure di sostegno positive per compensarne gli svantaggi. Tuttavia non è legittimo che tale peculiarità divenga il motivo per ripristinare barriere commerciali o misure protezionistiche contrarie al principio del mercato interno. Nella fattispecie concreta non si rileva alcuno specifico svantaggio gravante sulle imprese sarde che effettuino scali e approdi tale da giustificare nella prospettiva della concorrenza, il vantaggio per le imprese sarde costituito dal mancato obbligo di pagamento.

Questo, in sintesi, il ragionamento seguito. La sorte dell'imposta, recentemente abrogata dall'articolo 2 della legge regionale 14 maggio n. 1 (finanziaria 2009), dopo tali conclusioni sembrerebbe ormai scontata.

Fin dalla sua emanazione la legge sarda ha suscitato molteplici dubbi in merito alla sua legittimità costituzionale e comunitaria: la Presidenza del Consiglio dei Ministri aveva presentato, all'indomani dell'emanazione, ricorso alla Corte costituzionale e la dottrina, pur riconoscendone le positività intrinseche ne contestava la legittimità: «è difficile rinvenire un

caso di così palese contrasto tra un progetto di buone intenzioni e la sua non meditata realizzazione⁴»

Il consiglio della Regione Sardegna, nel tentativo di salvare la norma, aveva approvato, con l'art. 3 della legge regionale 29 maggio 2007, n. 2 alcune modificazioni alle fattispecie previste dagli artt. 2, 3 e 4 della legge regionale 4/2006 e istituito, nel contempo, l'imposta di soggiorno⁵, ma non sono state modifiche sufficienti: le diverse tipologie di tributi previsti dalla legge ponevano in essere un'oggettiva disparità di trattamento tra residenti e non residenti, in contrasto con i principi costituzionali e comunitari.

Lo Stato e le Regioni, nell'esercizio delle loro potestà legislative, sono tenuti non solo al rispetto della Costituzione, ma anche, ex art. 117, comma 1, Cost., dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dal diritto internazionale. La legge 4/2006 si era posta in contrasto con il principio di non discriminazione ex art. 12 del Trattato CE, differenziando i domiciliati/residenti in Sardegna, rispetto agli altri contribuenti; «il fatto che la discriminazione risulti incentrata sul profilo regionale, e non su quello nazionale, non evita la lesione del principio, in quanto la discriminazione su base regionale risulta comunque così selettiva da ricomprendere il più ampio parametro della discriminazione su base nazionale⁶». È apparsa dunque immediatamente evidente che sia sul piano della legittimità costituzionale sia su quello della compatibilità comunitaria la legge presentava un'endemica debolezza, resa chiaramente evidente dalle due successive pronunce della Corte Costituzionale – sentenza n. 102 ed ordinanza n. 103 – del 4 febbraio 2008. L'ordinanza n. 103 ha, per la prima volta nel sistema italiano, operato dal giudice delle Leggi un rinvio alla Corte di Giustizia ex art. 234 del Trattato CE. La Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di illegittimità costituzionale riguardanti l'imposta di soggiorno e l'imposta regionale sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità da diporto. Per tale ultima fattispecie, però, ha sospeso il giudizio e chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla compatibilità dell'imposta con le norme del Trattato CE, in particolare con gli artt. 49 e 87 del Trattato chiamati in causa dal ricorrente come elementi integrativi del parametro di cui al primo comma dell'art. 117 della Costituzione.

La norma posta in essere dalla Sardegna, analogamente alla "tassa sul tubo" emanata dalla Regione Sicilia alcuni anni prima e, alcuni anni prima, dichiarata illegittima dalla Corte di Giustizia⁷, potevano e dovevano essere l'espressione della peculiarità di tali Regioni, entrambe a Statuto speciale: attraverso la leva fiscale, infatti, le Regioni a Statuto speciale qualificano l'insieme dei poteri e delle funzioni loro riconosciute che deve necessariamente tener conto delle caratteristiche proprie delle specifiche realtà territoriali che rappresentano.

La norma in questione ha certamente rilevato per originalità, lasciando intenderne le potenzialità sottese, anche se sono stati evidenti *ab origine*, le endemiche debolezze di un provvedimento che opera discriminazioni basate sul domicilio fiscale, sulla residenza e sul luogo di nascita⁸. Occorre però guardare con favore al rinnovato interesse verso forme di prelievo strettamente correlate al concetto di tributi di scopo o paracommutativi, nel rispetto dei vincoli interni e comunitari⁹, dando un particolare rilievo al fenomeno turistico.

L'attività normativa secondaria è espressione delle diverse realtà locali di riferimento e della loro sostanziale staticità: in campo tributario, molte delle scelte operate appaiono dettate dalla prevalenza, nella pluralità dei casi, di mere esigenze di gettito, a prescindere da qualsiasi

pianificazione o strategia. Occorre, al contrario, valorizzare il turismo, indirizzando il prelievo verso particolari forme di ricchezza ad esso strettamente correlate.

Nell'ambito della diverse competenze tra Stato, Regione ed Ente locale l'autonomia normativa tributaria può svolgere una concreta funzione di promozione delle diverse Autonomie per lo sviluppo economico territoriale, prevedendo, ad esempio, agevolazioni fiscali che favoriscano la localizzazione di attività economiche e investimenti a vocazione turistica. Nella logica del beneficio e della controprestazione possono e devono trovare terreno fertile i tributi di scopo, che aprono nuove prospettive per la finanza decentrata, gradite ai cittadini in quanto accentuano il profilo della responsabilità delle amministrazioni nella realizzazione e gestione delle opere pubbliche e degli interventi di riqualificazione urbana¹⁰.

Nonostante il fallimento della norma sarda occorre, dunque, rielaborare i caratteri e la natura di tale tipologia di tributi Sarà in tal modo possibile prevedere, nel rispetto dei vincoli interni e comunitari, nuove concrete prospettive per la finanza regionale e locale volte alla promozione delle precipe peculiarità: in tal senso la promozione del settore turistico diviene un'assoluta priorità dei territori insulari, in cui i vari attori della realtà locale possono e devono essere direttamente coinvolti per lo sviluppo e la promozione di tale settore.

¹ V. MAGLIONE, Tributi regionali. La pronuncia della Consulta Sardegna, incostituzionali le tasse sulle seconde case in *Il Sole 24 Ore* del 14 febbraio 2008

² Come riportato dallo stesso Avvocato generale alla nota 54, si vedano Corte di Giustizia, 12 giugno 2003, causa C-234/01, Gerritse (Racc. pag. I-5933, punto 43 e 44); 14 febbraio 1995, causa C-279/93, Schumacker (Racc. pag. I-225, punti 30, 34); 1 luglio 2004, causa C-169/03, Wallentin (Racc. pag. I-6443, punti 15 e 16); 6 luglio 2006, causa C-346/04, Conijn (Racc. pag. I-6137, punto 16); 14 dicembre 2006, causa C-170/05, Denkavit Internationaal e Denkavit France (Racc. pag. I-11949, punti 23 e 24); 18 luglio 2007, causa C-182/06, Lakebrink e Peters-Lakebrink (Racc. pag. I-6705, punti 28 e 29), nonché 22 dicembre 2008, causa C-282/07, Truck Center (non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 38 e 39).

³ V. FICARI, *Fiscalità locale. L'avvocato generale della Corte di giustizia chiede di bocciare le norme sarde - Tassa sulle barche a rischio Ue* in *Il Sole 24ore* del 3 luglio 2009, che sottolinea che non vi è alcuna giustificazione nella circostanza che la tutela dell'ambiente danneggiato dallo scalo e dall'approdo sarebbe già finanziata dal residente attraverso il pagamento delle imposte sul reddito e dell'Iva: nella prospettiva comunitaria, la restrizione non è compensabile dall'esistenza di altri vantaggi fiscali ed è ammissibile solo se la finalità delle imposte applicabili ai domiciliati siano identiche e non, come per quelle erariali, diverse da quella propria del tributo regionale

⁴ La citazione è di G. MARONGIU, *Le tasse "Soru " e l'impatto con la Corte costituzionale* in *GT - Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2008, n. 7, 568

⁵ D. SANNA, Note in margine alle recenti imposte "sul lusso" istituite dalla regione Sardegna in *Rivista della Scuola Superiore di economia e Finanze*, 2007, in <http://www.rivista.ssef.it/>

⁶ La citazione è di L. DEL FEDERICO, *Tassazione sul turismo: le iniziative della Regione Sardegna tra principi costituzionali e vincoli comunitari*, *La finanza locale*, 2007, n. 1, 13. L'autore evidenzia in talune sentenze la Corte di Giustizia ha ritenuto che il divieto di discriminazione non possa essere invocato nei casi in cui la legislazione nazionale discrimini fra i propri cittadini. La palese discriminazione potrebbe rilevare anche sul piano meramente interno ex art. 3 Cost., risultando del tutto irragionevoli le disparità di trattamento.

⁷ R. ALFANO, Il tributo regionale sul passaggio del gas metano attraverso il territorio della Regione Sicilia: cronaca di una morte annunciata (nota a Corte di Giustizia, 21 giugno 2007, Causa C - 173/05) in *Riv. dir. trib.*, 2007, n.11, IV, 328;

⁸ L. DEL FEDERICO, *Tassazione sul turismo: le iniziative della Regione Sardegna tra principi costituzionali e vincoli comunitari* in *La finanza locale*, 2007, n. 1, 11; ID., *i tributi sardi sul turismo dichiarati incostituzionali*, in *La finanza locale*, 2008, n. 9, 24

⁹ M.C. FREGNI, *Riforma del Titolo V e federalismo fiscale* in *Rass. Trib.*, 2005, n. 3, 714

¹⁰ V. FICARI, *Sviluppo del turismo, ambiente e tassazione locale* in *Rass. Trib.*, 2008, n. 4, 970

Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott del 2 Luglio 2009 - Causa C 169/08 (Presidente del Consiglio dei Ministri contro Regione autonoma della Sardegna)
(domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte costituzionale italiana)

«Libera prestazione dei servizi (art. 49 CE) – Aiuti di Stato (art. 87 CE) – Normativa fiscale – Regione autonoma della Sardegna – Imposta regionale sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità da diporto – Riscossione dell'imposta solo nei confronti di persone aventi il proprio domicilio fiscale al di fuori della Regione – Tutela dell'ambiente – Tutela della salute – Coerenza del regime fiscale – Zone insulari»

I – Introduzione

1. Il presente caso è il primo in cui la Corte di giustizia viene adita in via pregiudiziale, ai sensi dell'art. 234 CE, dalla Corte costituzionale italiana (2).

2. Nel procedimento principale, un giudizio di legittimità costituzionale, viene sottoposta a verifica un'imposta regionale della Regione autonoma della Sardegna (3), imposta che dal 2006 al 2008 veniva riscossa ogni anno nel periodo dal 1° giugno al 30 settembre su determinati scali degli aeromobili privati e delle unità da diporto. L'obbligo fiscale riguardava tuttavia solo le persone che non avevano il proprio domicilio fiscale in Sardegna; inoltre, l'imposta non veniva riscossa, inter alia, sullo scalo delle imbarcazioni che sostavano in Sardegna tutto l'anno.

3. La Corte costituzionale dubita della compatibilità di tale normativa fiscale sarda con il diritto comunitario, e più precisamente con la libera prestazione dei servizi (art. 49 CE) e con il divieto di aiuti di Stato (art. 87 CE). Una non conformità dell'imposta al diritto comunitario sarebbe rilevante anche per il giudizio di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale, in quanto il diritto comunitario costituisce, secondo il diritto costituzionale italiano, parte del parametro di valutazione che deve essere applicato in tal sede.

II – Contesto normativo

A – Normativa comunitaria

4. Il contesto normativo comunitario del caso in esame è costituito, da un lato, dalle disposizioni del Trattato CE concernenti la libera prestazione dei servizi, dall'altro, da quelle relative agli aiuti di Stato.

5. Il principio della libera prestazione dei servizi è sancito dall'art. 49, primo comma, CE:

«Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione».

6. L'art. 50, primo comma, CE, contiene inoltre la seguente definizione:

«Ai sensi del presente trattato, sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone».

7. La sezione del Trattato CE dedicata agli aiuti concessi dagli Stati viene introdotta dall'art. 87, n. 1, CE. Tale disposizione così recita:

«Salvo deroghe contemplate dal presente trattato, sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza».

8. Per completezza, occorre rinviare all'art. 88, n. 3, CE:

«Alla Commissione sono comunicati, in tempo utile perché presenti le sue osservazioni, i progetti diretti a istituire o modificare aiuti. Se ritiene che un progetto non sia compatibile con il mercato comune a norma dell'articolo 87, la Commissione inizia senza indugio la procedura prevista dal paragrafo precedente. Lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto a una decisione finale».

B – Normativa nazionale

9. Quanto alla normativa nazionale rilevano, accanto alle pertinenti disposizioni della Costituzione italiana, da un lato, alcune norme legislative statali e, dall'altro, alcune disposizioni emanate dalla Regione autonoma della Sardegna.

1. La Costituzione italiana

10. All'art. 117, primo comma, la Costituzione italiana così recita:

«La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

2. La legislazione statale

11. L'art. 743, primo comma, del Codice della navigazione italiano (4) definisce come segue la nozione di aeromobile:

«Per aeromobile si intende ogni macchina destinata al trasporto per aria di persone o cose».

12. L'art. 1, n. 2, del Codice della nautica da diporto italiano (5), introdotto dal decreto legislativo 18 luglio 2005, n. 171 (6), definisce nel modo seguente la nozione di navigazione da diporto:

«Ai fini del presente codice si intende per navigazione da diporto quella effettuata in acque marittime ed interne a scopi sportivi o ricreativi e senza fine di lucro».

13. L'art. 2, n. 1, del Codice della nautica da diporto si occupa dell'uso commerciale delle unità da diporto, definendolo nel modo seguente:

«L'unità da diporto è utilizzata a fini commerciali quando:

- a) è oggetto di contratti di locazione e di noleggio;
- b) è utilizzata per l'insegnamento professionale della navigazione da diporto;
- c) è utilizzata da centri di immersione e di addestramento subacqueo come unità di appoggio per i praticanti immersioni subacquee a scopo sportivo o ricreativo».

3. La legislazione regionale della Regione autonoma della Sardegna

14. La legge della Regione Sardegna 11 maggio 2006, n. 4 (7) (in prosieguo anche: la «legge regionale n. 4/2006»), nel testo sostituito nel 2007 (8), contiene il seguente art. 4:

«(Imposta regionale sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità da diporto)

1. A decorrere dall'anno 2006 è istituita l'imposta regionale sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità da diporto.

2. Presupposto dell'imposta sono:

a) lo scalo negli aerodromi del territorio regionale degli aeromobili dell'aviazione generale di cui all'articolo 743 e seguenti del Codice della navigazione adibiti al trasporto privato di persone nel periodo compreso dal 1° giugno al 30 settembre;

b) lo scalo nei porti, negli approdi e nei punti di ormeggio ubicati nel territorio regionale e nei campi di ormeggio attrezzati ubicati nel mare territoriale lungo le coste della Sardegna delle unità da diporto di cui al decreto legislativo 18 luglio 2005, n. 171 (Codice della nautica da diporto) o comunque delle unità utilizzate a scopo di diporto, di lunghezza superiore ai 14 metri, misurate secondo le norme armonizzate EN/ISO/DIS 8666, ai sensi dell'articolo 3, lettera b) del citato decreto legislativo, nel periodo compreso dal 1° giugno al 30 settembre.

3. Soggetto passivo dell'imposta è la persona fisica o giuridica avente domicilio fiscale fuori dal territorio regionale che assume l'esercizio dell'aeromobile (...) o che assume l'esercizio dell'unità da diporto ai sensi (...).

4. L'imposta regionale di cui al comma 2, lettera a) è dovuta per ogni scalo, quella di cui al comma 2, lettera b) è dovuta annualmente.

5. L'imposta è stabilita nella seguente misura:

- a) euro 150 per gli aeromobili abilitati fino al trasporto di quattro passeggeri;
- b) euro 400 per gli aeromobili abilitati al trasporto da cinque a dodici passeggeri;
- c) euro 1.000 per gli aeromobili abilitati al trasporto di oltre dodici passeggeri;
- d) euro 1.000 per le imbarcazioni di lunghezza compresa tra 14 e 15,99 metri;
- e) euro 2.000 per le imbarcazioni di lunghezza compresa tra 16 e 19,99 metri;
- f) euro 3.000 per le imbarcazioni di lunghezza compresa tra 20 e 23,99 metri;
- g) euro 5.000 per le navi di lunghezza compresa tra 24 e 29,99 metri;
- h) euro 10.000 per le navi di lunghezza compresa tra 30 e 60 metri;
- i) euro 15.000 per le navi di lunghezza superiore ai 60 metri.

Per le unità a vela con motore ausiliario e per i motorsailer l'imposta è ridotta del 50 per cento.

6. Sono esenti dall'imposta:

a) le imbarcazioni che fanno scalo per partecipare a regate di carattere sportivo, a raduni di barche d'epoca, di barche monotipo ed a manifestazioni veliche, anche non agonistiche, il cui evento sia stato preventivamente comunicato all'Autorità marittima da parte degli organizzatori; (...)

b) le unità da diporto che sostano tutto l'anno nelle strutture portuali regionali;

c) la sosta tecnica, limitatamente al tempo necessario per l'effettuazione della stessa.

(...)

7. L'imposta è versata:

a) all'atto dello scalo per gli aeromobili di cui al comma 2, lettera a);

b) entro 24 ore dall'arrivo delle unità da diporto nei porti, negli approdi, nei punti e nei campi d'ormeggio ubicati lungo le coste della Sardegna;

mediante modalità da stabilirsi con provvedimento (...).

(...)».

15. Occorre inoltre rammentare che, in seguito ad una modifica apportata nel 2008 alla summenzionata legge regionale, sono divenuti soggetti passivi anche le persone che hanno il proprio domicilio fiscale in Sardegna; nel 2009 l'imposta controversa è stata completamente abrogata (9). Nel presente procedimento si sottopone tuttavia a verifica l'imposta regionale nella sua precedente versione, risalente al 2007.

III – Procedimento principale

16. Dinanzi alla Corte costituzionale italiana pende un giudizio di legittimità costituzionale promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri avverso una serie di disposizioni emanate dalla Regione autonoma della Sardegna (10) e inteso alla verifica della legittimità costituzionale di tali disposizioni. Fra queste ultime rientra anche l'art. 4 della legge regionale n. 4/2006, nel testo sostituito nel 2007.

17. Nel procedimento principale si fa valere la contrarietà di quest'ultima disposizione ai vincoli del diritto comunitario, ai quali la potestà legislativa italiana è soggetta ai sensi dell'art. 117, primo comma, della Costituzione. In primo luogo viene lamentata una violazione dell'art. 49 CE, in secondo luogo una violazione dell'art. 81 CE, in combinato disposto con gli artt. 3, n. 1, lett. g), CE e 10 CE, e, in terzo luogo, una violazione dell'art. 87 CE.

18. La Corte costituzionale si limita, nella fase attuale del procedimento, ad esaminare le contestate violazioni degli artt. 49 CE e 87 CE. Quanto alla decisione sull'asserita violazione dell'art. 81 CE, in combinato disposto con gli artt. 3, n. 1, lett. g), CE e 10 CE, la Corte costituzionale la fa dipendere dal successivo decorso del procedimento. Essa, pertanto, per il momento ha espressamente escluso nell'oggetto della sua ordinanza di rinvio del presente procedimento pregiudiziale le disposizioni menzionate da ultimo.

IV – Domanda di pronuncia pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte

19. Con ordinanza 13 febbraio 2008, n. 103/2008 (11), pervenuta alla Corte il 21 aprile 2008, la Corte costituzionale ha sospeso il giudizio di legittimità costituzionale di cui era investita e ha sottoposto alla Corte le quattro seguenti questioni pregiudiziali:

a) Se l'art. 49 CE debba essere interpretato nel senso che osti all'applicazione di una norma, quale quella prevista dall'art. 4 della legge della Regione Sardegna 11 maggio 2006, n. 4 (Disposizioni varie in materia di entrate, riqualificazione della spesa, politiche sociali e di sviluppo), nel testo sostituito dall'art. 3, comma 3, della legge della Regione Sardegna 29 maggio 2007, n. 2 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione — Legge finanziaria 2007), secondo la quale l'imposta regionale sullo scalo turistico degli aeromobili grava sulle sole imprese che hanno domicilio fiscale fuori dal territorio della Regione Sardegna esercenti aeromobili da esse stesse utilizzati per il trasporto di persone nello svolgimento di attività di aviazione generale d'affari;

b) Se lo stesso art. 4 della legge della Regione Sardegna n. 4 del 2006, nel testo sostituito dall'art. 3, n. 3, della legge della Regione Sardegna n. 2 del 2007, nel prevedere che l'imposta regionale sullo scalo turistico degli aeromobili grava sulle sole imprese che hanno domicilio fiscale fuori dal territorio della Regione Sardegna esercenti aeromobili da esse stesse utilizzati per il trasporto di persone nello svolgimento di attività di aviazione generale d'affari, configuri – ai sensi dell'art. 87 CE – un aiuto di Stato alle imprese che svolgono la stessa attività con domicilio fiscale nel territorio della Regione Sardegna;

c) Se l'art. 49 CE debba essere interpretato nel senso che osti all'applicazione di una norma, quale quella prevista dallo stesso art. 4 della legge della Regione Sardegna n. 4 del 2006, nel testo sostituito dall'art. 3, n. 3, della legge della Regione Sardegna n. 2 del 2007, secondo la quale l'imposta regionale sullo scalo turistico delle unità da diporto grava sulle sole imprese che hanno domicilio fiscale fuori dal territorio della Regione Sardegna esercenti unità da diporto la cui attività imprenditoriale consiste nel mettere a disposizione di terzi tali unità;

d) Se lo stesso art. 4 della legge della Regione Sardegna n. 4 del 2006, nel testo sostituito dall'art. 3, n. 3, della legge della Regione Sardegna n. 2 del 2007, nel prevedere che l'imposta regionale sullo scalo turistico delle unità da diporto grava sulle sole imprese che hanno domicilio fiscale fuori dal territorio della Regione Sardegna esercenti unità da diporto la cui attività imprenditoriale consiste nel mettere a disposizione di terzi tali unità, configuri – ai sensi dell'art. 87 CE – un aiuto di Stato alle imprese che svolgono la stessa attività con domicilio fiscale nel territorio della Regione Sardegna.

20. Nel procedimento dinanzi alla Corte hanno presentato osservazioni scritte la Regione autonoma della Sardegna, il governo olandese e la Commissione delle Comunità europee. La Corte ha disposto che si soprassedesse alla fase orale, dopo che la Regione autonoma della Sardegna, contrariamente alla sua richiesta iniziale, aveva disdetto la propria partecipazione e neanche le altre parti intervenute nel procedimento avevano voluto presentare difese orali.

V – Valutazione

A – Osservazioni preliminari

21. Il presente rinvio pregiudiziale rappresenta una svolta nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. Mentre essa aveva sinora negato il proprio status di giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE (12), la stessa si inserisce adesso nella cerchia delle corti costituzionali nazionali che intrattengono un rapporto di cooperazione attivo con la Corte di giustizia (13).

22. Il caso presente mostra in maniera particolarmente chiara che anche nel procedimento dinanzi alle corti costituzionali nazionali possono sorgere questioni di diritto comunitario che risultano determinanti per decidere il rispettivo contenzioso costituzionale. Così, la Costituzione italiana, al suo art. 117, primo comma, obbliga espressamente la potestà legislativa a rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. In tal modo le norme comunitarie, come riferisce la Corte costituzionale italiana (14), divengono il «parametro per la valutazione di conformità» nel giudizio di legittimità costituzionale e «rendono concretamente» operativi i requisiti imposti dalla Costituzione al legislatore.

23. Anche senza una simile incorporazione espressa, il diritto comunitario può essere rilevante per decidere controversie di diritto costituzionale, ad esempio qualora, in un giudizio di legittimità costituzionale, la decisione dipenda da quali effetti un atto giuridico comunitario mira ad ottenere o da quale margine di discrezionalità, sindacabile sotto il profilo costituzionale, tale atto lascia al legislatore nazionale.

24. In definitiva, anche nel caso di specie, tale margine di discrezionalità del legislatore nazionale riveste un interesse centrale: la Corte costituzionale è tenuta a chiarire se la Regione autonoma della Sardegna, introducendo l'imposta regionale controversa, abbia ecceduto il potere discrezionale ad essa spettante in forza del diritto comunitario. Occorre decidere se una normativa come quella sarda, ai sensi della quale un'imposta su determinati scali degli aeromobili e delle unità da diporto grava unicamente sui

non residenti, sia compatibile con la libera prestazione dei servizi e con la normativa relativa agli aiuti di Stato.

25. Tali interrogativi non sono necessariamente divenuti inutili neanche dopo l'abrogazione totale dell'imposta regionale controversa nel 2009. Per il periodo passato può continuare, infatti, ad essere interessante chiarire se la situazione giuridica allora vigente fosse compatibile con il diritto comunitario, non ultimo per l'esito di possibili controversie pendenti tra singoli soggetti passivi e l'amministrazione tributaria della Regione Sardegna.

B – Le questioni concernenti la libera prestazione dei servizi (prima e terza questione pregiudiziale)

26. Con la prima e la terza questione, la Corte costituzionale chiede, in sostanza, se la libera prestazione dei servizi (art. 49 CE) osti ad una normativa regionale di una Regione autonoma, ai sensi della quale un'imposta sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità da diporto grava sulle sole imprese aventi il proprio domicilio fiscale fuori dal territorio di tale regione, e non invece sulle imprese aventi il proprio domicilio fiscale all'interno della medesima.

1. Determinazione dei servizi di cui trattasi

27. Una normativa fiscale come quella sarda può essere valutata alla luce delle disposizioni comunitarie relative alla libera prestazione dei servizi solo qualora riguardi servizi nel senso del Trattato CE.

28. La nozione di servizi viene definita all'art. 50, primo comma, CE (15). Ai sensi di tale disposizione, sono considerati come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione (16), in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone.

29. Al fine di chiarire se e in che misura prestazioni del genere siano interessate nel caso di specie, occorre distinguere fra lo scalo degli aeromobili e lo scalo delle unità da diporto rispettivamente colpiti dall'imposta regionale.

a) Lo scalo degli aeromobili e il suo rapporto con la libera prestazione dei servizi

30. Per quanto concerne il traffico aereo, l'imposta regionale sarda viene riscossa unicamente sullo scalo degli aeromobili adibiti al trasporto privato di persone [art. 4, n. 2, lett. a), della legge regionale n. 4/2006].

31. Dalla circostanza che il fatto generatore dell'imposta è limitato all'aviazione generale e al trasporto privato di persone si evince, secondo le informazioni fornite dal giudice del rinvio (17), che la normativa fiscale sarda concerne, in particolare, lo scalo dell'aviazione di affari, la quale è effettuata con trasporto senza remunerazione per motivi attinenti all'attività commerciale d'impresa. Essa inoltre riguarda solo i voli che in genere non rientrano nelle attività di pubblico noleggio (18).

32. Più in generale, l'imposta regionale sarda riguarda, dunque, unicamente lo scalo degli aeromobili privati («jet privati» e «jet aziendali»). I servizi di trasporto forniti con siffatti aeromobili non possono, di regola, essere considerati servizi ai sensi del diritto comunitario, in quanto in relazione ai medesimi non viene versato alcun corrispettivo dall'utente al soggetto esercente l'aeromobile. Nella maggior parte dei casi, l'utente e il soggetto esercente l'aeromobile addirittura coincidono.

33. L'attività classica delle compagnie aeree e degli organizzatori di viaggi turistici, i quali trasportano persone a fini commerciali e dietro corrispettivo da e verso la Sardegna, fornendo in tal modo dei servizi, non è a quanto pare contemplata dall'imposta regionale; in tal senso depone la limitazione del fatto generatore dell'imposta al trasporto privato, vale a dire non rientrante nell'attività di pubblico noleggio.

34. Dalla semplice circostanza che l'effettivo servizio di trasporto aereo non costituisca, nel caso in esame, un servizio ai sensi del diritto comunitario, non può tuttavia desumersi che una normativa fiscale come quella sarda non presenti alcun nesso con la libera prestazione dei servizi.

35. Da un lato, occorre infatti rammentare che gli artt. 49 CE e 50 CE non si limitano a garantire la libera prestazione dei servizi attiva; piuttosto, la libera prestazione dei servizi include anche, secondo giurisprudenza costante, la libertà dei destinatari dei servizi di recarsi in un altro Stato membro per fruirvi di detti servizi (19). Tale libera prestazione dei servizi passiva entra però sempre in gioco quando un operatore aereo stabilito all'estero si dirige con il proprio aeromobile verso un aeroporto o un aerodromo sardo, dove normalmente fruisce infatti di numerosi servizi, fra cui rientrano, ad esempio, oltre all'utilizzazione della pista di decollo e di atterraggio, i servizi di pilotaggio, il rifornimento e l'approvvigionamento dell'aereo nonché eventuali lavori di manutenzione.

36. Dall'altro, anche le persone trasportate a bordo di jet privati o aziendali dall'estero verso la Sardegna vi si recano, in genere, per prestare dei servizi o per fruirne. Ciò vale non solo per i viaggiatori d'affari bensì anche per i turisti (20). Uno sguardo al titolo ufficiale della normativa fiscale [«Imposta regionale sullo scalo turistico (...)»] mostra che questa si riferisce, non da ultimo, agli aeromobili privati che trasportano turisti in Sardegna.

37. Anche se dunque il trasporto di persone a bordo degli aeromobili privati di esercenti stranieri contemplati dall'imposta regionale non rappresenta, di per sé, un servizio ai sensi degli artt. 49 CE e 50 CE, lo scalo di tali aeromobili costituisce tuttavia il presupposto necessario per fornire o fruire di prestazioni in loco, sia da parte del soggetto esercente l'aeromobile sia da parte delle persone trasportate. Sotto questo profilo, una normativa fiscale come quella sarda presenta, pertanto, un nesso non trascurabile con la libera prestazione dei servizi (21).

b) Lo scalo delle unità da diporto e il suo rapporto con la libera prestazione dei servizi

38. Quanto al trasporto marittimo, l'imposta regionale sarda grava sullo scalo delle unità da diporto e delle unità utilizzate a scopo di diporto, laddove tali unità abbiano una lunghezza superiore ai 14 metri [art. 4, n. 2, lett. b), della legge regionale n. 4/2006]. Come rileva il giudice del rinvio, tale imposta si applica anche alle imprese, e segnatamente a quelle la cui attività consiste nella cessione a terzi di unità da diporto o di unità utilizzate a fini turistici.

39. Così, ad esempio, un noleggio di barche può noleggiare unità da diporto a terzi, e una scuola nautica o di immersione può offrire corsi, dietro corrispettivo, sulle unità da essa gestite (22). Non occorre chiarire ulteriormente che tali attività costituiscono servizi ai sensi degli artt. 49 CE e 50, n. 1, CE (23).

40. L'ambito di applicazione della libera prestazione dei servizi entra in gioco, tuttavia, solo se un'impresa stabilita all'estero fornisce simili servizi in Sardegna. Occorre cioè un riferimento transnazionale (24). La libera prestazione dei servizi non si applica a fattispecie puramente interne (25).

41. Nel caso di specie, l'imposta regionale controversa grava unicamente, ai sensi dell'art. 4, n. 3, della legge regionale n. 4/2006, sui soggetti esercenti unità da diporto che hanno il proprio domicilio fiscale al di fuori della Regione autonoma della Sardegna. Anche qualora tale disposizione dovesse riferirsi principalmente ai soggetti esercenti unità da diporto stabiliti in altre regioni italiane, essa riguarda in ogni caso anche i soggetti esercenti unità da diporto stabiliti in altri Stati membri, quali, ad esempio, quelli aventi la propria sede nella vicina isola francese della Corsica (26).

42. Qualora, ad esempio, un'impresa stabilita in Corsica noleggi unità da diporto a privati, i quali intendono fare scalo con le medesime nei porti della Sardegna, oppure ormeggiare nelle acque costiere sarde, perlomeno una parte della prestazione viene eseguita non in Corsica, bensì in Sardegna; siamo in tal modo in presenza di una prestazione di servizi che presenta un riferimento transnazionale (27).

43. Il riferimento transnazionale è ancora più evidente quando un organizzatore di viaggi turistici stabilito in Corsica effettua con le proprie imbarcazioni escursioni da tale isola verso la Sardegna, o quando una scuola di immersioni o una scuola nautica offre sulle proprie imbarcazioni corsi durante i quali sono previsti scali nei porti della Sardegna o l'ormeggio nelle acque costiere della regione (28).

44. In tale contesto è irrilevante da quali Stati membri provengano di volta in volta i clienti di queste imprese. L'art. 49 CE si applica infatti ogniqualvolta un prestatore offre i propri servizi nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel quale egli è stabilito, qualunque sia il luogo in cui sono stabiliti i destinatari di detti servizi (29).

45. Solo per ragioni di completezza si tenga presente che le imbarcazioni gestite da non residenti, quando fanno scalo in Sardegna, si avvalgono anche delle strutture portuali locali (30), e che le persone trasportate a bordo di tali imbarcazioni possono eventualmente sfruttare lo scalo in Sardegna a scopi turistici. Anche in questo caso, come già menzionato, si fruisce parimenti della prestazione dei servizi (31).

46. Come dimostrano tutti questi esempi, una normativa fiscale come quella sarda presenta, di conseguenza, un nesso con la libera prestazione dei servizi anche in quanto contempla lo scalo delle unità da diporto e delle unità utilizzate a scopo di diporto in Sardegna (32).

2. La restrizione alla libera prestazione dei servizi

47. La circostanza che una normativa fiscale come quella sarda faccia distinzione a seconda del domicilio fiscale dei soggetti passivi può, a prima vista, indurre ad esaminare la sua compatibilità con la libera prestazione dei servizi sotto il profilo di una discriminazione indiretta basata sulla cittadinanza. Una discriminazione del genere presupporrebbe la possibilità che la normativa fiscale controversa abbia un impatto maggiore sugli stranieri che sui cittadini nazionali (33). Nel caso di specie non è tuttavia in alcun modo certo che la cerchia dei soggetti passivi sia composta prevalentemente da cittadini di altri Stati membri. Va rilevato, infatti, che fra i non residenti che giungono con i loro aerei o le loro imbarcazioni in Sardegna potrebbero trovarsi anche numerose persone fisiche e giuridiche, che hanno semplicemente il proprio domicilio fiscale in un'altra regione italiana; nella maggior parte dei casi si tratterà di cittadini italiani. Alla luce di tali circostanze, l'esistenza di una discriminazione indiretta basata sulla cittadinanza sembra, nel caso presente, alquanto improbabile (34).

48. Secondo giurisprudenza costante, il principio della libera prestazione dei servizi comprende, tuttavia, non solo un divieto di discriminazioni, ma anche un divieto di restrizioni. Ne risulta che l'art. 49 CE impone non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro basata sulla cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione – anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri –, quando essa è tale da proibire, ostacolare o rendere meno interessanti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro, dove offre legalmente servizi analoghi (35).

49. Anche un provvedimento fiscale nazionale che ostacoli l'esercizio della libera prestazione dei servizi può essere vietato ai sensi dell'art. 49 CE, sia che esso emani dallo Stato stesso sia da un ente territoriale (36).

50. Prelievi e tasse, tuttavia, non dovrebbero essere considerati come restrizioni alla libera prestazione dei servizi solo in quanto rincarano in generale la prestazione di un servizio (37). In tal senso, anche la Corte ha chiarito che l'art. 49 CE non contempla misure il cui solo effetto è quello di produrre costi supplementari per la prestazione di cui trattasi e che incidono allo stesso modo sulla prestazione di servizi tra Stati membri e su quella interna ad uno Stato membro (38).

51. Questo però non avviene appunto nel caso di specie.

52. Un'imposta regionale come quella sarda, la quale grava solo sui non residenti, rappresenta, per i soggetti esercenti aeromobili privati e unità da diporto aventi il proprio domicilio fiscale al di fuori della Sardegna, un fattore di costo supplementare, al quale non sono soggetti i loro concorrenti che hanno il proprio domicilio fiscale in Sardegna. Per i non residenti è dunque più costoso che per i residenti fare scalo in Sardegna con i propri aeromobili privati e le proprie unità da diporto. Per la stessa ragione, il noleggio a terzi di unità da diporto risulterà parimenti più caro e quindi più difficile per i soggetti esercenti unità da diporto non residenti rispetto ai residenti. Anche i turisti saranno quindi scoraggiati, in

definitiva, ad ormeggiare nelle acque costiere e nei porti sardi con una barca noleggiata al di fuori della Sardegna.

53. Una normativa fiscale come quella sarda esplica dunque effetti diversi sulla fornitura e l'acquisto di servizi connessi a siffatti voli ed escursioni con unità da diporto a seconda che il soggetto esercente l'aeromobile o l'unità da diporto abbia il proprio domicilio fiscale nella Regione Sardegna o al di fuori della medesima (39).

54. Dal punto di vista del diritto comunitario, una normativa del genere non è censurabile laddove essa si limiti ad interessare la circolazione nazionale dei servizi fra la Sardegna e le altre regioni italiane, in quanto il diritto comunitario, come menzionato in precedenza, non si applica a tali fattispecie puramente interne (40).

55. Qualora, tuttavia, una normativa fiscale come quella sarda espliciti effetti sulla circolazione transfrontaliera dei servizi – ad esempio sulla circolazione dei servizi fra la Sardegna e l'isola francese della Corsica – essa rende più difficile la prestazione dei servizi fra gli Stati membri rispetto alla prestazione dei servizi all'interno di un unico Stato membro, o di una parte di esso, nella specie all'interno della Regione Sardegna (41).

56. Anche qualora una siffatta disparità di trattamento sotto il profilo fiscale non comporti una discriminazione basata sulla cittadinanza (42), essa pregiudica tuttavia la libera prestazione dei servizi garantita nell'art. 49 CE (43) e deve pertanto essere considerata come una restrizione alla libera circolazione dei servizi.

3. Sulla giustificazione di una normativa fiscale come quella sarda

57. Resta da verificare se le accertate restrizioni alla libera prestazione dei servizi siano giustificabili, come sostenuto vigorosamente dalla Regione autonoma della Sardegna.

58. In assenza di misure comunitarie di armonizzazione, la libera prestazione dei servizi può essere ristretta da normative nazionali giustificate dai motivi menzionati all'art. 46, n. 1, CE, in combinato disposto con l'art. 55 CE, o da motivi imperativi di interesse generale (44).

59. Nel caso presente, la Regione autonoma della Sardegna fa valere, sostanzialmente, due motivi di giustificazione: la tutela dell'ambiente e la tutela della salute.

60. Non incombe alla Corte bensì al giudice del rinvio verificare se, nell'emanazione della normativa fiscale controversa, questi e non altri obiettivi sono stati perseguiti (45). In prosieguo supporrò che i motivi determinanti per il legislatore regionale siano stati effettivamente la tutela dell'ambiente e della salute.

a) La tutela dell'ambiente

61. Così come la Comunità è tenuta ad integrare nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche ed azioni le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente (v., in particolare, artt. 2 CE e 6 CE) (46), la stessa concede anche agli Stati membri la facoltà di perseguire obiettivi di politica ambientale. Secondo giurisprudenza costante, la tutela dell'ambiente è pertanto riconosciuta quale ragione imperativa di interesse generale, sul cui fondamento possono essere giustificate le restrizioni alle libertà fondamentali garantite dal Trattato CE poste in essere dagli Stati membri (47).

i) L'obiettivo di politica ambientale della normativa fiscale

62. La Regione autonoma della Sardegna sostiene che la normativa fiscale qui controversa sia dettata da motivi di tutela dell'ambiente e che debba essere considerata nel contesto degli sforzi complessivi di tale ente territoriale nei settori della tutela dell'ambiente e del paesaggio nonché della tutela dei propri beni culturali.

63. Le numerose unità da diporto e i numerosi aeromobili che ogni anno fanno scalo turistico in Sardegna sono causa, a detta della Regione, di un inquinamento ambientale non trascurabile. Soprattutto le coste della Sardegna, sulle quali si concentra la maggior parte del turismo locale, sarebbero esposte a detto inquinamento.

64. La controversa imposta che grava sullo scalo turistico degli aeromobili privati e delle unità da diporto è intesa, secondo la Regione, a realizzare profitti che dovrebbero consentirle di incrementare le misure finalizzate alla tutela e al ripristino delle risorse ambientali danneggiate dal turismo, non da ultimo nelle zone costiere, colpite in modo particolare.

65. Come sostiene inoltre la Regione, con l'imposta viene perseguito un effetto incentivante: da un lato, si mira a conseguire nel complesso una minore occupazione delle zone costiere, dall'altro, si mira ad una migliore ripartizione dei flussi turistici nell'arco dell'anno, ragion per cui l'imposta viene riscossa solo nel periodo di maggior afflusso turistico, vale a dire dal 1° giugno al 30 settembre, ma non nelle stagioni dell'anno interessate in maniera minore dal turismo. In tal modo si intende contribuire ad uno sviluppo sostenibile del turismo nella regione.

66. La Regione sottolinea inoltre che la normativa fiscale controversa si ispira al principio «chi inquina paga».

67. Una normativa fiscale se si fonda su considerazioni di tal genere, persegue indubbiamente un obiettivo legittimo di politica ambientale.

ii) Esame della configurazione concreta della normativa fiscale

68. La compatibilità con le esigenze della libera prestazione dei servizi (art. 49 CE) di una normativa fiscale come quella sarda dipende tuttavia, in definitiva, dalla sua configurazione concreta. A prescindere dall'esistenza di uno scopo legittimo che corrisponde a motivi imperativi di interesse generale, la giustificazione di una restrizione alle libertà fondamentali garantite dal Trattato CE presuppone infatti che la misura in questione sia idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vada oltre quanto è necessario per il suo raggiungimento (48).

69. Secondo la giurisprudenza della Corte, una normativa nazionale è atta a garantire la realizzazione dell'obiettivo fatto valere solo qualora risponda effettivamente all'intento di realizzarlo in modo coerente e sistematico (49).

70. Problematico, in relazione ad una normativa come quella sarda, è il fatto che essa distingue a seconda del domicilio fiscale e assoggetta all'imposta regionale unicamente i non residenti, ma non i residenti.

71. La Regione autonoma della Sardegna ritiene che una normativa del genere sia conforme al principio «chi inquina paga». I non residenti potrebbero altrimenti usufruire delle risorse ambientali della regione senza contribuire finanziariamente alla loro conservazione e al loro ripristino, comportandosi pertanto come «free rider».

72. Tale argomento è corretto nel senso che, secondo il principio «chi inquina paga», contemplato anche nell'art. 174, n. 2, CE, colui che ha causato un inquinamento dell'ambiente è tenuto a provvedere alla sua eliminazione (50). Parimenti, colui che è responsabile del consumo delle risorse ambientali dovrebbe contribuire alla tutela e al ripristino delle medesime. Dal punto di vista del principio «chi inquina paga», non è pertanto contestabile che una normativa come quella sarda assoggetti gli esercenti aeromobili privati e unità da diporto, in occasione del loro scalo nella regione, ad un'imposta dettata da motivi di tutela dell'ambiente.

73. Una normativa ispirata al principio «chi inquina paga» non può tuttavia limitarsi ad imporre un'imposta ambientale unicamente ai soggetti non residenti esercenti aeromobili privati e unità da diporto, e non ai residenti. Gli inquinamenti ambientali, infatti, laddove siano causati da aeromobili privati e da unità da diporto che fanno scalo in Sardegna, si producono a prescindere dalla provenienza

di detti aeromobili e unità da diporto e, in particolare, non presentano alcun legame con il domicilio fiscale degli esercenti degli stessi. Gli aeromobili e le imbarcazioni dei non residenti contribuiscono a danneggiare le risorse ambientali in maniera analoga agli aeromobili e alle unità da diporto dei residenti.

74. Sarebbe pertanto conforme al principio «chi inquina paga» coinvolgere nella riparazione dei danni ambientali ciascun soggetto esercente aeromobili ovvero imbarcazioni nella misura in cui lo stesso ha contribuito a causarli, e segnatamente senza fare riferimento al suo domicilio fiscale e a suoi ulteriori oneri fiscali (51). Una normativa come quella sarda qui controversa fa invece ricadere sulla collettività gli inquinamenti ambientali causati dagli aeromobili e dalle imbarcazioni dei residenti, il che è contrario al principio «chi inquina paga» (52).

75. Tale discrepanza fra le esigenze del principio «chi inquina paga» – fatto valere dalla Regione autonoma della Sardegna – e la configurazione effettiva della legge regionale qui controversa risulta particolarmente evidente se si considera il trattamento fiscale delle unità da diporto che sostano tutto l'anno nelle strutture portuali regionali. Tali unità sono esenti dall'imposta regionale (53), nonostante, di regola, contribuiscono a causare l'inquinamento ambientale lamentato molto più pesantemente rispetto alle imbarcazioni che sostano al di fuori della Sardegna e che ormeggiano solo sporadicamente nelle acque costiere e nei porti della regione.

76. Nel complesso, la normativa sarda coinvolge arbitrariamente alcuni responsabili dell'inquinamento ambientale – i non residenti – nel finanziamento di misure intese alla tutela e al ripristino delle risorse ambientali, altri – i residenti – invece no. Così facendo, l'obiettivo ambientale promosso dalla stessa Regione autonoma della Sardegna non viene attuato in maniera coerente e sistematica.

77. In tali circostanze, una normativa fiscale come quella sarda non può essere considerata idonea a realizzare il suo obiettivo di politica dell'ambiente. Già per questa ragione essa non è compatibile con le esigenze della libera prestazione dei servizi.

78. Non convince, in tale contesto, l'argomento della Regione autonoma della Sardegna, secondo il quale i residenti e i non residenti si troverebbero in situazioni diverse, le quali renderebbero oggettivamente necessaria la loro disparità di trattamento in relazione all'imposta regionale.

79. È vero che la Corte ha avuto più volte modo di rilevare che può essere legittimo trattare diversamente, in materia di imposte dirette, i non residenti e i residenti (54). A tale assunto non può tuttavia essere riconosciuta una portata generale, affermandosi che non residenti e residenti si troverebbero sempre in situazioni diverse. Piuttosto, una distinzione fra queste due categorie di persone è giustificata solo nella misura in cui in essa si riflettano differenze obiettive (55). Nei casi in cui siffatte differenze non sussistono, neppure la normativa tributaria degli Stati membri può procedere ad una differenziazione fra residenti e non residenti (56).

80. Di conseguenza, occorre sempre verificare concretamente se la situazione dei non residenti si distingua obiettivamente da quella dei residenti. Ciò deve essere valutato alla luce dell'oggetto e dello scopo della rispettiva normativa fiscale (57).

81. Come viene dichiarato alla Corte, una normativa fiscale come quella sarda persegue l'obiettivo di politica ambientale consistente nel tutelare e ripristinare le risorse ambientali della regione danneggiate dal turismo, soprattutto nelle zone costiere. In relazione a tale specifico obiettivo, i soggetti, residenti e non residenti, esercenti aeromobili privati e unità da diporto si trovano nella medesima situazione. Infatti, come osservato in precedenza, gli aeromobili privati e le unità da diporto che fanno scalo in Sardegna danneggiano l'ambiente del tutto a prescindere dalla loro provenienza e dal domicilio fiscale dei loro esercenti (58).

82. Poiché dunque, nel caso di specie, i residenti e i non residenti si trovano, in relazione all'obiettivo di politica ambientale della normativa fiscale sarda, nella medesima situazione, anche il loro scalo in Sardegna con aeromobili privati e unità da diporto deve essere tassato in maniera analoga (59).

83. La Regione autonoma della Sardegna obietta che le persone aventi il proprio domicilio fiscale in Sardegna hanno già contribuito alle entrate fiscali di questa regione, segnatamente attraverso l'imposta sul reddito da esse versata e attraverso l'IVA sui loro consumi in loco (60). In tal modo i residenti verrebbero coinvolti nel finanziamento delle misure intese alla tutela e al ripristino delle risorse ambientali. I non residenti non avrebbero invece fornito un siffatto contributo al bilancio della Regione.

84. Neanche tale argomento mi persuade.

85. L'onere causato da un'imposta regionale come quella qui controversa, la quale grava unicamente sui non residenti, non può essere compensato da presunti vantaggi che risulterebbero a favore dei non residenti in relazione ad altri tipi di imposta. Secondo giurisprudenza costante, infatti, un trattamento fiscale sfavorevole contrario a una libertà fondamentale non può essere giustificato dall'esistenza di altri vantaggi fiscali, anche supponendo che tali vantaggi esistano (61).

86. Potrebbe eventualmente essere altrimenti qualora risulti che i residenti devono versare, per i loro aeromobili privati e le loro unità da diporto, un'imposta o un prelievo analoghi, intesi al perseguimento di un obiettivo specifico di politica ambientale, ad esempio in relazione alle somme da versare per poter sostare con le proprie unità da diporto nei porti della Sardegna. Niente viene tuttavia esposto al riguardo alla Corte nel caso in esame. Piuttosto, l'imposta regionale controversa è rapportata unicamente all'onere fiscale generale dei residenti della Sardegna.

87. Occorre osservare, al riguardo, che la controversa imposta regionale sullo scalo degli aeromobili privati e delle unità da diporto non persegue gli stessi obiettivi delle imposte corrisposte dai soggetti passivi sardi, e segnatamente dell'imposta sul reddito e dell'IVA. Mentre la prima, secondo quanto affermato dalla stessa Regione autonoma della Sardegna, persegue un obiettivo specifico di politica ambientale e deve esplicare inoltre un effetto incentivante, le seconde mirano in generale a coprire i bilanci pubblici e non hanno un analogo effetto incentivante.

88. A ciò si aggiunge che i residenti fruiscono dell'infrastruttura della loro regione e beneficiano dei servizi della medesima in misura considerevolmente maggiore rispetto ai non residenti. È pertanto equo che i residenti contribuiscano in maniera proporzionalmente maggiore alle entrate fiscali di questa regione rispetto ai non residenti (62). Così, per esempio, gli enti sanitari e scolastici generali presenti in uno Stato membro o in una regione vengono utilizzati prevalentemente dai residenti, mentre i non residenti ne fruirebbero solo in via eccezionale.

89. Alla luce di tali circostanze, una disparità di trattamento dei residenti e dei non residenti in relazione alla tassazione dei loro rispettivi scali con aeromobili privati e unità da diporto non può essere giustificata rinviando semplicemente ai contributi dei residenti alle entrate fiscali generali della Regione.

90. Nel complesso, dunque, restrizioni alla libera prestazione dei servizi come quelle causate dalla normativa fiscale sarda non possono essere giustificate da motivi di tutela dell'ambiente.

b) La tutela della salute

91. Accanto alla tutela dell'ambiente, la Regione autonoma della Sardegna fa valere anche la tutela della salute quale motivo di giustificazione per la sua controversa normativa fiscale.

92. La tutela della salute figura tra i motivi imperativi di interesse generale che, in forza dell'art. 46, n. 1, CE, in combinato disposto con l'art. 55 CE, possono giustificare restrizioni alla libera prestazione dei servizi (63).

93. Una normativa come quella sarda persegue tuttavia, in primo luogo, secondo la Regione autonoma della Sardegna, un obiettivo di politica ambientale. È vero che, attraverso tale normativa, possono essere combattuti indirettamente anche i pericoli per la salute che possono essere legati ad un degrado ambientale. A prescindere da ciò, il motivo di giustificazione rappresentato dalla tutela della salute non ha tuttavia, nella specie, una rilevanza autonoma, la quale vada oltre l'obiettivo di tutela dell'ambiente. Nel caso presente, di conseguenza, invocare la tutela della salute quale motivo di

giustificazione non conduce ad un risultato diverso da quello cui si perviene facendo valere la tutela dell'ambiente (64), da me affrontato in precedenza (65).

94. In particolare, non può essere giustificata, facendo riferimento alla tutela della salute, la circostanza che solo i non residenti vengono assoggettati alla controversa imposta sullo scalo degli aeromobili privati e delle unità da diporto, mentre la medesima non grava sui residenti.

95. È vero che, ai sensi dell'art. 46, n. 1, CE, in combinato disposto con l'art. 55 CE, sono espressamente consentite, nel settore della salute pubblica – diversamente che nel settore della tutela dell'ambiente – anche misure di cui sono specificamente destinatari gli stranieri. Ciò presuppone, tuttavia, che il rischio per la salute pubblica provenga appunto da uno straniero (66). Nel caso presente, l'inquinamento ambientale lamentato nonché eventuali rischi per la salute ad esso connessi sono invece indipendenti dalla provenienza del rispettivo aeromobile privato o della rispettiva unità da diporto e dal domicilio fiscale del suo esercente; essi vengono causati in egual misura dagli aeromobili e dalle imbarcazioni degli esercenti non residenti e dagli aeromobili e dalle imbarcazioni degli esercenti residenti. Il richiamo della tutela della salute non giustifica pertanto nessuna misura diretta in maniera specifica nei confronti dei soggetti esercenti aeromobili e imbarcazioni aventi il proprio domicilio fiscale al di fuori della Sardegna. Ciò è tanto più vero per il fatto che l'art. 46, n. 1, CE, costituisce una disposizione derogatoria che deve essere interpretata restrittivamente (67).

96. Restrizioni alla libera prestazione dei servizi come quelle poste in essere dalla normativa fiscale sarda non possono essere pertanto giustificate neanche per motivi di tutela della salute.

c) Altro

97. A scopo di completezza mi dedicherò, in prosieguo, ad alcuni ulteriori aspetti che possono essere rilevanti in relazione alla questione della giustificazione della normativa fiscale sarda.

i) La coerenza del regime fiscale

98. La Regione autonoma della Sardegna rinvia a più riprese, per giustificare la normativa fiscale controversa, alla coerenza del regime fiscale in cui tale normativa si inserirebbe. La mancata tassazione dei residenti nel caso di scalo con aeromobili privati e unità da diporto viene sostanzialmente motivata facendo valere la circostanza che i residenti versano già altre imposte – e segnatamente l'imposta sul reddito e l'IVA – contribuendo così al bilancio regionale.

99. Secondo giurisprudenza costante, la necessità di salvaguardare la coerenza del regime fiscale può giustificare una restrizione all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato CE (68). Ciò vale, tuttavia, solo qualora venga dimostrata l'esistenza di un nesso diretto tra il beneficio fiscale di cui trattasi e la compensazione di tale beneficio con un determinato prelievo fiscale (69), il che deve essere valutato alla luce della finalità della normativa fiscale di cui trattasi (70).

100. L'imposta regionale controversa nella specie, la quale grava sullo scalo degli aeromobili privati e delle unità da diporto, non persegue, come ho già illustrato in precedenza (71), gli stessi obiettivi delle imposte generali, alle quali sono assoggettati i residenti. Già per questo motivo, i vantaggi e gli svantaggi che le rispettive normative fiscali comportano per i soggetti passivi non possono essere considerati come due facce della stessa medaglia. Il vantaggio che ne traggono i residenti, consistente nel non dover versare l'imposta regionale sul loro scalo con aeromobili privati e unità da diporto, non è equivalente agli oneri ai quali essi sono esposti ad opera di altri tipi di imposta, come l'imposta sul reddito e l'IVA.

101. È vero che tutte le imposte sono intese a realizzare entrate per il bilancio pubblico. Un nesso del genere, da solo, è tuttavia troppo generale e indiretto per giustificare il bilanciamento reciproco dei vantaggi fiscali a favore dei residenti nell'ambito dell'imposta regionale qui controversa e degli oneri ai quali essi sono assoggettati nell'ambito di altri tipi di imposta (72).

102. Di conseguenza, una normativa fiscale come quella sarda non può essere giustificata facendo riferimento alla coerenza del regime fiscale.

ii) Il carattere insulare della Sardegna

103. Come emerge dall'ordinanza di rinvio, la Regione autonoma della Sardegna ha fatto valere dinanzi alla Corte costituzionale anche la sua insularità. Sussisterebbe la necessità di compensare attraverso la tassazione delle imprese non stabilite in Sardegna i maggiori costi sostenuti dalle imprese ivi stabilite, in ragione delle peculiarità geografiche ed economiche legate al carattere insulare della regione.

104. Al più tardi a partire dalla conferenza governativa tenutasi per il Trattato di Amsterdam, il cui atto finale contiene una dichiarazione sulle regioni insulari, è riconosciuto a livello comunitario che «le regioni insulari soffrono, a motivo della loro insularità, di svantaggi strutturali il cui perdurare ostacola il loro sviluppo economico e sociale»; il diritto comunitario deve tenere conto di tali svantaggi (73).

105. Una considerazione del genere può essere fatta nell'ambito di diverse politiche comunitarie, per esempio nell'ambito della politica regionale, della politica strutturale, della politica della coesione economica e sociale (v. al riguardo anche l'art. 158, n. 2, CE) oppure della politica dei trasporti. Così, possono essere adottate misure di sostegno positive al fine di compensare gli svantaggi delle regioni insulari. Può altresì risultare necessario, nelle regioni insulari, adottare misure speciali a tutela dell'equilibrio ecologico locale nei confronti di neofiti e neozoi (74).

106. Non si può invece abusare del carattere insulare di uno Stato membro o di una regione quale pretesto per ripristinare barriere commerciali o misure protezionistiche contrarie al principio del mercato interno. A tale principio si ispira, non da ultima, anche la dichiarazione sulle regioni insulari stessa, quando formula l'obiettivo di integrare maggiormente nel mercato interno tali regioni.

107. Questa integrazione delle regioni insulari nel mercato interno deve avvenire, secondo quella dichiarazione, «a condizioni eque». Resta pertanto un margine per misure intese a compensare svantaggi o a risolvere problemi direttamente riconducibili al carattere insulare di una regione o di uno Stato membro. Misure del genere sono tuttavia eque solo se sono idonee a porre rimedio al corrispondente svantaggio o problema, e non oltrepassano quanto a tal fine necessario. Siffatte misure non possono neppure comportare un pregiudizio all'essenza stessa del principio del mercato interno o del principio di un'economia di mercato aperta (75).

108. Nel caso di specie non è evidente che proprio i soggetti esercenti aeromobili privati e unità da diporto residenti in Sardegna soffrano di svantaggi o problemi specifici riconducibili direttamente al carattere insulare della regione. In ogni caso, alla Corte non è stato esposto niente in tal senso. Motivi di natura puramente economica, i quali non sono direttamente connessi al carattere insulare della regione, non possono tuttavia giustificare alcuna restrizione ad una libertà fondamentale garantita dal Trattato CE (76).

109. Sulla base della valutazione che precede, dal carattere insulare della Sardegna non può dunque desumersi che restrizioni alla libera prestazione dei servizi come quelle causate dalla normativa fiscale qui controversa siano giustificate.

iii) Considerazioni di politica sociale

110. Osservo infine che non si riscontrano neanche considerazioni di politica sociale in grado di giustificare una normativa come quella sarda.

111. È vero che una distinzione fra non residenti e residenti può essere giustificata quando Stati membri o enti territoriali conferiscono dei vantaggi sociali. Risponde infatti, in linea di principio, ad un obiettivo legittimo riservare siffatti vantaggi – nella misura in cui non sussista alcuna normativa di armonizzazione o di coordinamento a livello comunitario – solo a quelle persone che diano prova di un sufficiente grado di integrazione nello Stato membro o nell'ente territoriale di cui trattasi, prova a sostegno della quale il domicilio può eventualmente costituire un elemento importante (77).

112. È tuttavia difficilmente immaginabile che si possa motivare sotto un profilo di politica sociale l'esenzione di soggetti, residenti in Sardegna, esercenti aeromobili privati e unità da diporto lunghe più di 14 metri – e segnatamente i proprietari di yacht di lusso di grandi dimensioni – da un'imposta regionale come quella qui controversa.

4. Riepilogo della prima e della terza questione pregiudiziale

113. In sintesi, si deve pertanto ritenere che non è ravvisabile alcuna giustificazione per le restrizioni alla libera prestazione dei servizi quali quelle causate dalla normativa fiscale qui controversa.

114. Da ciò non si deve ovviamente desumere precipitosamente che il diritto comunitario osti, in generale, a tutte le normative che creano oneri in maniera specifica per i turisti o per le imprese che operano nel settore turistico, come, per esempio, i provvedimenti relativi a appartamenti per vacanze o a residenze secondarie (78), a tasse di soggiorno o a imposte turistiche. Ciò che piuttosto rileva è sempre la configurazione concreta della rispettiva misura, imposta o prelievo. Una distinzione fra residenti e non residenti può essere giustificata se e nella misura in cui essa sia opportuna e necessaria in rapporto ad un obiettivo legittimo.

115. In relazione al caso in esame vale tuttavia quanto segue:

L'art. 49 CE osta alla legge di una Regione autonoma, in forza della quale un'imposta dettata essenzialmente da motivi di politica ambientale viene riscossa sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità da diporto dalle sole imprese aventi il proprio domicilio fiscale al di fuori di tale regione, e non invece dalle imprese aventi il proprio domicilio fiscale all'interno della medesima.

C – Le questioni concernenti la nozione di aiuti (seconda e quarta questione pregiudiziale)

116. Con la sua seconda e la sua quarta questione pregiudiziale, la Corte costituzionale chiede chiarimenti in merito alla nozione di aiuti di Stato ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE. Il giudice del rinvio desidera sapere, in sostanza, se una legge regionale di una Regione autonoma, in forza della quale viene riscossa un'imposta sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità da diporto dalle sole imprese aventi il proprio domicilio fiscale al di fuori di tale regione, configuri un aiuto di Stato a favore di imprese che svolgono la stessa attività e che hanno il proprio domicilio fiscale all'interno della medesima.

117. Ai trasporti marittimi e aerei si applicano le norme generali del Trattato CE, ivi comprese quelle in materia di concorrenza (79). Di conseguenza, una normativa fiscale come quella sarda, la quale si riferisce specificamente allo scalo degli aeromobili e delle unità da diporto degli esercenti aventi il proprio domicilio fiscale al di fuori della Sardegna, deve essere valutata alla luce dell'art. 87 CE.

1. Osservazioni preliminari sulla delimitazione delle competenze fra la Commissione e i giudici nazionali in materia di aiuti di Stato

118. Prima di prendere posizione, sotto il profilo sostanziale, sull'interpretazione dell'art. 87 CE, occorre chiarire la ripartizione delle competenze fra la Commissione e i giudici nazionali in relazione a tale disposizione.

119. Secondo giurisprudenza costante, la compatibilità di un regime di aiuti con il mercato comune rientra nella competenza esclusiva della Commissione, competenza esercitata sotto il controllo del giudice comunitario (80). Tuttavia, in materia di aiuti di Stato, ai giudici nazionali possono essere sottoposte controversie nelle quali essi sono tenuti ad interpretare e ad applicare la nozione di aiuto di cui all'art. 87, n. 1, CE (81).

120. È vero che siffatte controversie verranno generate, di regola, da singoli che invocano il divieto di dare esecuzione agli aiuti di Stato prima che siano autorizzati da parte della Commissione (art. 88, n. 3, terza frase, CE). Da ciò non si può tuttavia desumere che la competenza dei giudici nazionali ad

interpretare e ad applicare l'art. 87, n. 1, CE si limiti esclusivamente ai procedimenti intesi a garantire la tutela dei diritti del singolo (82).

121. Gli aiuti ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE, ai quali viene data esecuzione in violazione degli obblighi risultanti dall'art. 88, n. 3, CE, sono infatti considerati, in generale, illegali (83). Ciascun giudice nazionale, anche una Corte costituzionale, è quindi tenuto, ai sensi dell'art. 10 CE, nell'ambito delle proprie competenze, ad adottare ogni misura atta ad assicurare l'esecuzione del divieto di aiuti di cui all'art. 87, n. 1, CE, nonché dell'obbligo di notifica e di esecuzione di cui all'art. 88, n. 3, CE; al contempo, i giudici nazionali devono astenersi da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato CE.

122. Tutti i giudici nazionali sono dunque tenuti a trarre tutte le conseguenze di una violazione del divieto di esecuzione (art. 88, n. 3, terza frase, CE), conformemente al loro diritto interno, incluso l'accertamento dell'invalidità degli atti di attuazione delle misure d'aiuto (84). Anche in un giudizio di legittimità costituzionale possono essere tratte conseguenze del genere, e segnatamente qualora il regime illegale di aiuti sia stato introdotto per legge.

2. La nozione di aiuti

123. La qualificazione di un intervento quale aiuto ai sensi del Trattato CE presuppone la soddisfazione di ognuno dei quattro criteri cumulativi sui quali si fonda l'art. 87, n. 1, CE (85). In primo luogo, deve trattarsi di un intervento finanziato dallo Stato ovvero mediante risorse statali, in secondo luogo, deve poter incidere sugli scambi tra gli Stati membri, in terzo luogo, deve concedere un vantaggio al suo beneficiario e, in quarto luogo, deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza (86).

124. Anche i regimi fiscali rientrano nella nozione di aiuti qualora soddisfino questi quattro criteri (87). Occorrerà pertanto verificare, in prosieguo, se una normativa fiscale come quella sarda debba essere considerata un aiuto ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE.

a) Il criterio del vantaggio, selettività compresa

125. Particolare attenzione merita, nel caso presente, il terzo criterio. Occorre esaminare se il fatto che vengano gravati dall'imposta regionale controversa solo i non residenti che fanno scalo in Sardegna comporti un vantaggio per le imprese residenti.

126. La nozione di aiuti non comprende soltanto prestazioni positive, come sovvenzioni, prestiti o assunzione di partecipazioni al capitale delle imprese, ma anche interventi i quali, in varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa e che di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, hanno la stessa natura e producono identici effetti (88).

127. Da ciò risulta che un provvedimento mediante il quale le pubbliche autorità accordano a talune imprese un'esenzione fiscale che, pur non implicando un trasferimento di risorse statali, colloca i beneficiari in una situazione finanziaria più favorevole di quella degli altri contribuenti, può costituire un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE (89).

128. In tale contesto, la tecnica normativa impiegata non rileva (90): così, il vantaggio fiscale può fondarsi sul fatto che il legislatore ha esentato espressamente singoli operatori economici dall'imposta di cui trattasi, imposta alla quale essi sarebbero altrimenti assoggettati (91). Il vantaggio fiscale può tuttavia parimenti fondarsi anche sulla circostanza che una normativa fiscale è configurata in maniera asimmetrica già in relazione alla sua fattispecie ovvero al suo ambito di applicazione (92), cosicché alcune imprese vengono da essa contemplate quali soggetti passivi, altre invece no. Il caso in oggetto è riconducibile a quest'ultima ipotesi: la normativa sarda è redatta in maniera tale che risultano assoggettati all'imposta sullo scalo degli aeromobili privati e delle unità da diporto i non residenti, e non invece i residenti.

129. Poiché le imprese residenti non sono assoggettate all'imposta regionale controversa, esse beneficiano di un vantaggio in termini di costi rispetto ai loro concorrenti stabiliti al di fuori della Sardegna. Siffatta circostanza è richiamata anche dalla Corte costituzionale.

130. Un vantaggio del genere è tuttavia contemplato dall'art. 87, n. 1, CE, solo qualora esso favorisca «talune imprese o talune produzioni». Si deve trattare, in altri termini, di un vantaggio selettivo (93).

131. Tale selettività può rivestire anche carattere regionale.

132. È vero che non si può assumere una selettività regionale per il solo fatto che la misura di cui trattasi è stata adottata da un ente territoriale come la Regione Sardegna, e quindi è valida solo per una parte del territorio nazionale di uno Stato membro. Qualora, infatti, tale ente territoriale disponga di autonomia sufficiente nei confronti dello Stato del quale fa parte, solo il suo ambito di competenza costituisce il quadro di riferimento per valutare un'eventuale selettività dell'aiuto (94). Tanto meno si può tuttavia assumere, al contrario, che i vantaggi concessi da un ente territoriale a talune imprese nel suo ambito di competenza difettino a priori di selettività e, quindi, del carattere di aiuti (95).

133. Per valutare la selettività di una misura occorre piuttosto verificare sempre, in concreto, se talune imprese vengano favorite rispetto ad altre imprese che si trovino in una situazione fattuale e giuridica analoga tenuto conto dell'obiettivo perseguito dalla normativa interessata (96). Un'eventuale differenziazione fra imprese nell'ambito di una normativa in materia di imposte o prelievi può essere giustificata, non da ultimo, dalla natura e dalla struttura di tale normativa (97).

134. Riguardo al diritto in materia di aiuti si pongono dunque, in definitiva, le medesime questioni che sorgono in relazione alle libertà fondamentali, e non vi è alcun motivo di risolverle, nell'ambito del diritto in materia di aiuti, in maniera diversa che nell'ambito delle libertà fondamentali. Piuttosto, al fine di evitare valutazioni contraddittorie fra il diritto delle libertà fondamentali e il diritto in materia di aiuti, occorre attenersi agli stessi criteri in entrambi i casi.

135. Di conseguenza, in prosieguo, mi ispirerò esattamente a quanto ho affermato in merito alla libera prestazione dei servizi nell'ambito della prima e della terza questione pregiudiziale.

136. Come illustrato in precedenza, la normativa fiscale qui controversa persegue, secondo quanto affermato dalla Regione autonoma della Sardegna, un obiettivo di politica dell'ambiente: essa è intesa alla tutela e al ripristino delle risorse ambientali della Sardegna danneggiate dal turismo, in particolare nelle zone costiere (98).

137. In relazione a tale specifico obiettivo, i soggetti esercenti aeromobili privati e unità da diporto residenti e non residenti si trovano nella medesima situazione; gli aeromobili privati e le unità da diporto che fanno scalo in Sardegna, infatti, danneggiano l'ambiente del tutto a prescindere dalla loro provenienza e dal domicilio fiscale dei loro esercenti (99).

138. La differenziazione fra imprese residenti e non residenti cui ha proceduto il legislatore regionale sardo in relazione all'obbligo di imposta nel caso di scalo con aeromobili privati e unità da diporto non può essere pertanto motivata da considerazioni di politica dell'ambiente (100). Né tanto meno si giustifica, come menzionato in precedenza, alla luce della natura o della struttura della normativa fiscale (101).

139. Una normativa fiscale come quella sarda integra pertanto il criterio del vantaggio – selettivo – ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE.

140. La circostanza che con la normativa in questione vengano perseguiti obiettivi di politica dell'ambiente o regionale non impedisce di qualificarla come aiuto ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE, e non la sottrae a priori al controllo degli aiuti previsto dal Trattato CE (102). L'art. 87, n. 1, CE, non distingue infatti a seconda delle cause o degli obiettivi delle misure statali, ma definisce tali misure in funzione dei loro effetti (103).

141. Aspetti di politica dell'ambiente o regionale possono semmai essere valutati, nell'ambito dell'art. 87, n. 3, CE, in sede di verifica della compatibilità di una normativa fiscale come quella sarda con il mercato comune (104); anche in questo caso occorre fare attenzione alla coerenza con altri settori giuridici, e segnatamente con i principi fondamentali del Trattato CE, quale la libera prestazione dei servizi (105). La competenza a procedere ad una siffatta verifica spetta unicamente alla Commissione, la quale agisce sotto il controllo dei giudici comunitari (106).

b) I restanti criteri della nozione di aiuti ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE

142. In prosieguo mi dedicherò brevemente ai restanti criteri propri della nozione di aiuti ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE.

i) Misure finanziate dagli Stati, ovvero mediante risorse statali

143. Una misura finanziata dagli Stati ovvero mediante risorse statali non deve essere necessariamente adottata dal rispettivo Stato membro quale potere centrale; essa può parimenti provenire da un'autorità ad un livello inferiore a quello statale. Anche le misure degli enti territoriali possono, secondo giurisprudenza costante, costituire aiuti ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE (107).

144. Come menzionato in precedenza, i beneficiari della misura – nella specie gli imprenditori aventi il proprio domicilio fiscale in Sardegna – non devono necessariamente ricevere un pagamento in denaro dal patrimonio dello Stato ovvero dell'ente territoriale (108). Già un qualsivoglia onere finanziario per lo Stato o l'ente territoriale imputabile alla misura è sufficiente per ritenere sussistente un finanziamento concesso dallo Stato ovvero mediante risorse statali (109).

145. Assoggettando all'imposta controversa solo i non residenti, e non invece i residenti, la Regione autonoma della Sardegna rinuncia indirettamente a delle entrate. Le sue entrate provenienti dalla suddetta imposta sarebbero infatti necessariamente superiori se la Regione tassasse indistintamente tutti gli scali degli aeromobili privati e delle unità da diporto. La rinuncia ad entrate fiscali connessa alla limitazione dell'obbligo di imposta ai non residenti è sufficiente per ritenere sussistente un finanziamento concesso dallo Stato ovvero mediante risorse statali ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE (110).

ii) Idoneità ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri

146. Una misura rientra inoltre nell'ambito di applicazione dell'art. 87, n. 1, CE, solo qualora sia idonea ad incidere sugli scambi fra gli Stati membri. Al riguardo non è necessario dimostrare un'incidenza effettiva sugli scambi tra gli Stati membri, ma basta esaminare se tale misura sia idonea a incidere su tali scambi (111). Anche un aiuto di entità relativamente esigua a favore di un'impresa di dimensioni relativamente modeste può comportare una siffatta incidenza (112).

147. In relazione ad una normativa fiscale, si deve assumere l'incidenza sugli scambi fra gli Stati membri ogniqualvolta i beneficiari della normativa fiscale esercitano un'attività economica che costituisce l'oggetto di scambi transfrontalieri o non può escludersi che essi siano in concorrenza con operatori stabiliti in altri Stati membri (113).

148. Nell'ambito dell'esame della prima e della terza questione pregiudiziale ho già esposto che una normativa fiscale come quella sarda costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi (art. 49 CE), non da ultimo in relazione ad imprese stabilite nella vicina isola francese della Corsica (114). Una normativa del genere è pertanto anche idonea ad incidere sugli scambi fra gli Stati membri ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE.

iii) Rischio di una distorsione della concorrenza

149. Infine, una misura rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 87, n. 1, CE, solo qualora falsi o minacci di falsare la concorrenza. Al riguardo non occorre dimostrare che la concorrenza venga effettivamente distorta, ma è sufficiente verificare se la misura sia idonea a falsare la concorrenza (115).

150. Le misure dirette a sgravare un'impresa dai costi cui avrebbe dovuto normalmente far fronte nell'ambito della propria gestione corrente o delle proprie normali attività falsano, in linea di principio, le condizioni di concorrenza (116). Al riguardo non è necessaria un'analisi economica della situazione effettiva del mercato di cui trattasi e degli effetti espliciti sui prezzi dalle misure controverse (117).

151. Una normativa fiscale come quella sarda solleva le imprese residenti dall'imposta sullo scalo turistico degli aeromobili privati e delle unità da diporto. Le imprese stabilite in Sardegna non devono pertanto, nell'ambito della loro attività commerciale normale, sostenere un costo che deve essere sostenuto da tutte le altre imprese aventi il proprio domicilio al di fuori della Sardegna quando fanno ivi scalo con aeromobili privati e unità da diporto.

152. Considerato l'importo dell'imposta regionale – essa può ammontare, per gli aeromobili fino a EUR 1 000 per scalo e per le unità da diporto fino a EUR 15 000 all'anno (118) – il vantaggio in termini di costi di cui beneficiano le imprese residenti rispetto alle imprese non residenti non è irrilevante. Per i non residenti risulterà pertanto più difficile che per i residenti impiegare i propri aeromobili privati e le proprie unità da diporto al fine di fornire o di fruire di servizi in Sardegna (119).

153. Come illustrato in precedenza nell'ambito della prima e della terza questione, siffatto vantaggio in termini di costi di cui beneficiano le imprese residenti non può essere neutralizzato neanche facendo riferimento al loro onere fiscale generale (120).

154. Nel complesso, una normativa fiscale come quella sarda è dunque idonea a falsare la concorrenza ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE.

3. Riepilogo in ordine alla seconda e alla quarta questione pregiudiziale

155. In conclusione, si deve quindi affermare quanto segue:

Una legge regionale come quella adottata dalla Regione autonoma della Sardegna, in forza della quale viene riscossa un'imposta sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità da diporto dalle sole imprese aventi il proprio domicilio fiscale al di fuori di tale regione, costituisce un aiuto ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE, a favore di imprese che svolgono la medesima attività e che hanno il proprio domicilio fiscale all'interno della medesima.

VI – Conclusione

156. Sulla base delle considerazioni sopra svolte, propongo alla Corte di risolvere come segue le questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte costituzionale:

1) L'art. 49 CE osta ad una legge di una Regione autonoma in forza della quale viene riscossa un'imposta dettata essenzialmente da motivi di politica ambientale sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità da diporto dalle sole imprese aventi il proprio domicilio fiscale al di fuori di tale regione, ma non dalle imprese aventi il proprio domicilio fiscale all'interno della medesima.

2) Una legge regionale come quella adottata dalla Regione autonoma della Sardegna, in forza della quale viene riscossa un'imposta sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità da diporto dalle sole imprese aventi il proprio domicilio fiscale al di fuori di tale regione, costituisce un aiuto ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE, a favore di imprese che svolgono la stessa attività e hanno il proprio domicilio fiscale all'interno della medesima.

1 – Lingua originale: il tedesco.

2 – In prosieguo anche: il «giudice del rinvio».

3 – [Nota irrilevante per la versione italiana].

4 – [Nota irrilevante per la versione italiana].

5 – [Nota irrilevante per la versione italiana].

6 – [Nota irrilevante per la versione italiana].

7 – Disposizioni varie in materia di entrate, riqualificazione della spesa, politiche sociali e di sviluppo.

8 – Le modifiche risultano dall'art. 3, n. 3, della legge della Regione Sardegna 29 maggio 2007, n. 2, «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione – Legge finanziaria 2007». Secondo l'ordinanza di rinvio, esse sono state adottate «con effetto dal 31 maggio 2007» (art. 37 della legge menzionata da ultimo).

9 – Le modifiche risultano dall'art. 2, n. 15, della legge della Regione Sardegna 5 marzo 2008, n. 3, «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione – Legge finanziaria 2008». L'abrogazione totale è avvenuta ad opera dell'art. 2, n. 5, della legge della Regione Sardegna 14 maggio 2009, n. 1, «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Regione – Legge finanziaria 2009».

10 – Il procedimento si fonda su entrambi i ricorsi di legittimità costituzionale n. 91/2006 e n. 36/2007, riuniti in un primo momento dalla Corte costituzionale. Nel frattempo è stata pronunciata la sentenza 13 aprile 2008, n. 102/2008, con la quale è stato statuito sul ricorso n. 91/2006 e su una parte del ricorso n. 36/2007. La parte del ricorso n. 36/2007 che interessa in questa sede è stata nuovamente separata dal resto del procedimento nella medesima sentenza.

11 – Il testo integrale di tale ordinanza è disponibile all'indirizzo internet della Corte costituzionale <www.cortecostituzionale.it> (consultato da ultimo il 28 aprile 2009).

12 – V. ordinanza della Corte costituzionale 15-29 dicembre 1995, n. 536 (pubblicata in *Il Foro italiano* 1996, I, pag. 783. Questa prassi della Corte costituzionale italiana non è stata esente da critiche; v., in particolare, Tizzano, A., «Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali», *Il Diritto dell'Unione Europea* 3/2007, pag. 734 (in particolare pagg. 742 e segg.); dello stesso autore, «Corte e Corte di giustizia», *Il Foro Italiano* 2006, pag. 348 (in particolare pag. 352).

13 – Già in precedenza, corti costituzionali nazionali hanno sottoposto in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, in tutta una serie di cause, questioni concernenti il diritto comunitario: a seguito di rinvii della Corte costituzionale austriaca sono state pronunciate le sentenze 8 novembre 2001, causa C-143/99, *Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, detta «Adria-Wien Pipeline» (Racc. pag. I-8365); 8 maggio 2003, causa C-171/01, *Wählergruppe Gemeinsam* (Racc. pag. I-4301), nonché 20 maggio 2003, cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, *Österreichischer Rundfunk e a.* (Racc. pag. I-4989). A seguito di rinvii della Corte costituzionale belga (già Corte arbitrale) sono state emesse la sentenza 16 luglio 1998, causa C-93/97, *Fédération belge des chambres syndicales de médecins* (Racc. pag. I-4837), l'ordinanza 1° ottobre 2004, causa C-480/03, *Clerens* (non pubblicata nella Raccolta), nonché le sentenze 26 giugno 2007, causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e a.* (Racc. pag. I-5305), e 1° aprile 2008, causa C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon* (Racc. pag. I-1683); ancora pendenti risultano le cause C-73/08, *Bressol e a.*, nonché C-389/08, *Base e a.* Da ultimo la Corte, su rinvio della Corte costituzionale lituana (*Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas*), ha pronunciato la sentenza 9 ottobre 2008, causa C-239/07, *Sabatauskas e a.* (non ancora pubblicata nella Raccolta).

14 – La Corte costituzionale richiama, in tale contesto, la sua giurisprudenza quale si evincerebbe dalle sentenze nn. 7/2004, 166/2004, 406/2005, 129/2006 e 348/2007.

15 – Al fine di fornire al giudice del rinvio una soluzione utile alla sua domanda di pronuncia pregiudiziale, la Corte può analizzare anche disposizioni del diritto comunitario non menzionate nell'ordinanza di rinvio (sentenze 12 dicembre 1990, causa C-241/89, *SARPP*, Racc. pag. I-4695, punto 8, nonché 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Promusicae*, Racc. pag. I-271, punto 42). Solo qualora dal fascicolo risulti che il giudice del rinvio si rifiuta di proposito di interpellare la Corte in merito all'interpretazione di una disposizione del diritto comunitario, la stessa non esaminerà la detta disposizione (sentenza 5 ottobre 1988, causa 247/86, *Alsatel*, Racc. pag. 5987, punti 7 e 8). Nel caso presente non risulta, tuttavia, che la Corte costituzionale italiana abbia inteso escludere consapevolmente l'art. 50 CE dall'oggetto della propria domanda di pronuncia pregiudiziale. Piuttosto, il giudice del rinvio mira ad ottenere – come del resto anche il ricorrente nel giudizio di legittimità costituzionale – un esteso esame della normativa fiscale sarda alla luce della libera prestazione dei

servizi. Ciò esige che si prenda in considerazione non solo l'art. 49 CE, bensì anche l'art. 50 CE, il quale integra e precisa la prima disposizione.

16 – V. anche sentenze 22 maggio 2003, causa C-355/00, *Freskot* (Racc. pag. I-5263, punto 54), nonché 18 dicembre 2007, causa C-281/06, *Jundt* (Racc. pag. I-12231, punto 28).

17 – Non si deve dimenticare che la Corte è tenuta a prendere in considerazione il contesto di fatto e di diritto nel quale si inseriscono le questioni pregiudiziali, come definito dal provvedimento di rinvio. Non spetta alla Corte pronunciarsi, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale, sull'interpretazione delle disposizioni nazionali né giudicare se l'interpretazione fornita dal giudice del rinvio è corretta (giurisprudenza costante, v. sentenze 29 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos e Oliveri*, Racc. pag. I-5257, punto 42, nonché 14 febbraio 2008, causa C-244/06, *Dynamic Medien*, Racc. pag. I-505, punto 19).

18 – Ciò viene sottolineato dal giudice del rinvio attraverso il riferimento alla definizione comunitaria dell'«aviazione d'affari» ai sensi dell'art. 2, lett. l), del regolamento (CEE) del Consiglio 18 gennaio 1993, n. 95, relativo a norme comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità (GU L 14, pag. 1), come modificato dal regolamento (CE) n. 793/2004 (GU L 138, pag. 50). Ai sensi di tale disposizione, è considerato aviazione d'affari «il settore dell'aviazione generale che concerne l'esercizio o l'impiego di aeromobili da parte di imprese per il trasporto di passeggeri o merci a titolo ausiliario all'esercizio della loro attività, a fini che in genere non rientrano nelle attività di pubblico noleggio (...)» (il corsivo è mio).

19 – Sentenze 31 gennaio 1984, cause riunite 286/82 e 26/83, *Luisi e Carbone* (Racc. pag. 377, punti 10 e 16); 13 luglio 2004, causa C-262/02, *Commissione/Francia* (Racc. pag. I-6569, punto 22), causa C-429/02, *Bacardi France* (Racc. pag. I-6613, punto 31), nonché 11 settembre 2007, causa C-76/05, *Schwarz e Gootjes-Schwarz* (Racc. pag. I-6849, punto 36).

20 – Secondo giurisprudenza costante, i turisti rientrano nell'ambito di applicazione della libera prestazione dei servizi (passiva); v. sentenze *Luisi e Carbone* (cit. alla nota 19, punto 16); 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan* (Racc. pag. 195, punto 15); 24 novembre 1998, causa C-274/96, *Bickel e Franz* (Racc. pag. I-7637, punto 15 in combinato disposto con il punto 4), nonché 16 gennaio 2003, causa C-388/01, *Commissione/Italia* (Racc. pag. I-721, punto 12).

21 – Poiché i servizi di cui trattasi non costituiscono servizi di trasporto, l'art. 51, n. 1, CE, non osta all'applicazione degli artt. 49 CE e 50 CE. Il principio della libera prestazione dei servizi si applica comunque anche nel settore del trasporto aereo [sentenze 26 giugno 2001, causa C-70/99, Commissione/Portogallo, Racc. pag. I-4845, punti 21 e 22, nonché 6 febbraio 2003, causa C-92/01, Stylianakis, Racc. pag. I 1291, punti 23-25, ciascuna delle quali richiama il regolamento (CEE) del Consiglio 23 luglio 1992, n. 2408, sull'accesso dei vettori aerei della Comunità alle rotte intracomunitarie (GU L 240, pag. 8)].

22 – V., in dettaglio, gli esempi di uso commerciale di unità da diporto menzionati nell'art. 2, n. 1, del Codice della nautica da diporto (stampati al paragrafo 13 delle presenti conclusioni).

23 – Sulla qualificazione del leasing quale servizio v. sentenza 26 ottobre 1999, causa C 294/97, Eurowings Luftverkehr (Racc. pag. I 7447, punto 33); sulla qualificazione del leasing di un mezzo di trasporto quale servizio v. sentenza 21 marzo 2002, causa C 451/99, Cura Anlagen (Racc. pag. I 3193, punto 18); sul trattamento come mezzo di trasporto di un panfilo a vela utilizzato a fini sportivi v. sentenza 15 marzo 1989, causa 51/88, Hamann (Racc. pag. 767, punti 16 e 17).

24 – Sentenze 26 aprile 1988, causa 352/85, Bond van Adverteerders e a. (Racc. pag. 2085, punti 13 e 15); 11 gennaio 2007, causa C 208/05, ITC (Racc. pag. I 181, punto 56), nonché 31 gennaio 2008, causa C 380/05, Centro Europa 7 (Racc. pag. I 349, punto 65).

25 – Sentenze 18 marzo 1980, causa 52/79, Debauxe e a. (Racc. pag. 833, punto 9), nonché 23 aprile 1991, causa C 41/90, Höfner e Elser (Racc. pag. I 1979, punto 37); in senso analogo, riferita alla libera circolazione delle persone, sentenza Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon (cit. alla nota 13, v. in particolare punto 33).

26 – Una situazione analoga caratterizzava la causa Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon (sentenza cit. alla nota 13, v. in particolare punti 41 e 42), nella quale un ente territoriale belga distingueva, nella sua legislazione in materia di assicurazione contro la mancanza di autonomia, fra residenti e non residenti.

27 – Analogamente nel caso ITC (sentenza cit. alla nota 24, punti 56 e segg.), avente ad oggetto il collocamento di clienti tedeschi in posti di lavoro all'estero da parte di imprese tedesche.

28 – V. al riguardo anche la sentenza 5 ottobre 1994, causa C 381/93, Commissione/Francia (Racc. pag. I 5145, punto 15): «i servizi di trasporto marittimo tra Stati membri non solo sono spesso forniti a destinatari stabiliti in uno Stato membro diverso da quello del prestatore, ma per di più, per definizione, sono offerti almeno in parte sul territorio di uno Stato membro diverso da quello in cui il prestatore è stabilito».

29 – Sentenza 5 giugno 1997, causa C 398/95, SETTG (Racc. pag. I 3091, punto 8).

30 – Lo stesso vale per i porti ovvero gli approdi e i punti di ormeggio menzionati all'art. 4, n. 2, lett. b), della legge regionale n. 4/2006.

31 – V. quanto rilevato in precedenza ai paragrafi 35 e 36 delle presenti conclusioni in merito agli aeromobili.

32 – Anche laddove i servizi di cui trattasi dovessero rappresentare servizi di trasporto nel settore del trasporto marittimo, ad essi si applicherebbe il principio della libera prestazione dei servizi [v. artt. 51, n. 1, CE, e 80, n. 2, CE, in combinato disposto con l'art. 1, n. 1, del regolamento (CEE) del Consiglio 22 dicembre 1986, n. 4055, che applica il principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi tra Stati membri e tra Stati membri e paesi terzi (GU L 378, pag. 1)]; v. anche le sentenze Commissione/Francia (cit. alla nota 28, punto 13); 13 giugno 2002, cause riunite C 430/99 e C 431/99, Sea-Land Service e a. (Racc. pag. I 5235, punti 30-32); 14 novembre 2002, causa C 435/00, Geha Naftiliaki e a. (Racc. pag. I 10615, punto 20), nonché 11 gennaio 2007, causa C 269/05, Commissione/Grecia (non pubblicata nella Raccolta, punti 19-21).

33 – In tal senso, per esempio, la sentenza 12 giugno 2003, causa C 234/01, Gerritse (Racc. pag. I 5933, punto 28); v. anche le sentenze 14 febbraio 1995, causa C 279/93, Schumacker (Racc. pag. I 225, punti 28 e 29); 23 gennaio 1997, causa C 29/95, Pastoors e Trans-Cap (Racc. pag. I 285, punti 17 e 18); 29 aprile 1999, causa C 224/97, Ciola (Racc. pag. I 2517, punto 14), nonché 18 gennaio 2007, causa C 332/05, Celozzi (Racc. pag. I 563, punto 26).

34 – Analogamente sentenza Commissione/Portogallo (cit. alla nota 21, punti 26 e 27). Anche nella causa Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon (cit. alla nota 13, punti 45-54), la normativa di un ente territoriale belga, la quale operava una distinzione a seconda del domicilio, non è stata percepita come discriminazione indiretta basata sulla cittadinanza, bensì è stata esaminata sotto il profilo della restrizione a diverse libertà fondamentali.

35 – Sentenze 19 gennaio 2006, causa C 244/04, Commissione/Germania (Racc. pag. I 885, punto 31); 18 luglio 2007, causa C 490/04, Commissione/Germania (Racc. pag. I 6095, punto 63), nonché 28 aprile 2009, causa C 518/06, Commissione/Italia (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 62); v. inoltre la sentenza 25 luglio 1991, causa C 76/90, Säger (Racc. pag. I 4221, punto 12), nonché le sentenze Commissione/Francia (cit. alla nota 19, punto 22) e Bacardi France (cit. alla nota 19, punto 31).

36 – Sentenze 29 novembre 2001, causa C 17/00, De Coster (Racc. pag. I 9445, punti 26 e 27), nonché 17 febbraio 2005, causa C 134/03, Viacom Outdoor (Racc. pag. I 1167, punto 36); analogamente la sentenza 3 ottobre 2006, causa C 290/04, FKP Scorpio Konzertproduktionen (Racc. pag. I 9461, punti 46 e 47).

37 – Diverso sarebbe se l'imposta o il prelievo fossero così proibitivamente elevati da equivalere, di fatto, ad un divieto di attività; v., al riguardo, già le mie conclusioni 28 ottobre 2004 nella causa Viacom Outdoor (cit. alla nota 36, paragrafo 63).

38 – Sentenza 8 settembre 2005, cause riunite C 544/03 e C 545/03, Mobistar e Belgacom Mobile, «Mobistar» (Racc. pag. I 7723, punto 31). V., a titolo integrativo, anche le mie conclusioni nella causa Viacom Outdoor (cit. alla nota 36, paragrafi 58 e 67).

39 – Tale elemento di disparità di trattamento di fattispecie transfrontaliere e nazionali distingue il caso di specie, ad esempio, dalle cause Viacom Outdoor (cit. alla nota 36, in particolare punto 37) e Mobistar (cit. alla nota 38, in particolare punti 32 e 33).

40 – V., supra, paragrafo 40 delle presenti conclusioni nonché la giurisprudenza citata alle note 24 e 25.

41 – In ordine a situazioni analoghe in relazione ad altre libertà fondamentali, v. le sentenze Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon (cit. alla nota 13, in particolare punti 41 e 42), nonché 9 settembre 2004, causa C 72/03, Carbonati Apuani (Racc. pag. I 8027, in particolare punto 26); anche in quei casi la Corte ha valutato alla luce delle libertà fondamentali del mercato interno quelle normative nazionali il cui ambito di applicazione si limitava ad una parte del territorio nazionale del rispettivo Stato membro.

42 – V., supra, paragrafo 47 delle presenti conclusioni.

43 – Sentenze Mobistar (cit. alla nota 38, punto 30) e Schwarz e Gootjes-Schwarz (cit. alla nota 19, punto 67); in senso analogo v. sentenze Commissione/Francia (cit. alla nota 28, punto 17); 28 aprile 1998, causa C 158/96, Kohll (Racc. pag. I 1931, punto 33); De Coster (cit. alla nota 36, punto 30); 16 maggio 2006, causa C 372/04, Watts (Racc. pag. I 4325, punto 94); Centro Europa 7 (cit. alla nota 24, punto 65), nonché 11 giugno 2009, causa C 155/08, X (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 32).

44 – Sentenze Commissione/Francia (cit. alla nota 19, punto 23), e Bacardi France (cit. alla nota 19, punto 32); sulla giustificazione per motivi imperativi di interesse generale v. inoltre sentenze Säger (cit. alla nota 35, punto 15); SETTG (cit. alla nota 29, punto 21), nonché 18 dicembre 2007, causa C 341/05, Laval un Partneri (Racc. pag. I 11767, punto 114); in senso analogo già sentenza 3 dicembre 1974, causa 33/74, van Binsbergen (Racc. pag. 1299, punto 12).

45 – Il dettato della legge, comunque, fa esplicito riferimento all'ambiente solo dalla modifica del 2008, sulla quale non si controverte in questa sede; allora l'intitolazione ufficiale dell'art. 4 della legge regionale n. 4/2006 è stata così riformulata «Tassa regionale per la tutela e la sostenibilità ambientale» [v., in proposito, art. 2, n. 15, lett. a), della legge regionale della Regione autonoma della Sardegna n. 3/2008]. Nei mass media è stato invece coniato, per la normativa fiscale controversa, il termine «tassa del lusso» (v., per esempio, l'articolo di A. Pinna sul Corriere della Sera del 2 giugno 2006 dal titolo: «Sardegna, tassa del lusso. Gates non prenota»).

46 – Una formulazione analoga si trova anche nell'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

47 – V., ad esempio, sentenze 20 settembre 1988, causa 302/86, Commissione/Danimarca (Racc. pag. 4607, punto 9); 9 luglio 1992, causa C 2/90, Commissione/Belgio (Racc. pag. I 4431, punti 32-36); 14 dicembre 2004, causa C 463/01, Commissione/Germania (Racc. pag. I 11705, punto 75), e causa C 309/02, Radlberger Getränkegesellschaft e a. (Racc. pag. I-11763, punto 75); nonché 15 novembre 2005, causa C 320/03, Commissione/Austria (Racc. pag. I 9871, punto 70), e 11 dicembre 2008, causa C 524/07, Commissione/Austria (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 57).

48 – Giurisprudenza costante, v. sentenze 30 gennaio 2007, causa C 150/04, Commissione/Danimarca (Racc. pag. I 1163, punto 46); Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon (cit. alla nota 13, punto 55), nonché 5 marzo 2009, causa C 222/07, UTECA (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 25); specificamente sulla libera prestazione dei servizi v. inoltre le sentenze Säger (cit. alla nota 35, punto 15), Commissione/Francia (cit. alla nota 19, punto 24); Bacardi France (cit. alla nota 19, punto 33), nonché Laval un Partneri (cit. alla nota 44, punto 101).

49 – Sentenze 17 luglio 2008, causa C 500/06, Corporación Dermoestética (non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 39 e 40); 10 marzo 2009, causa C 169/07, Hartlauer (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 55), nonché 19 maggio 2009, causa C 531/06, Commissione/Italia (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 66) e cause riunite C 171/07 e C 172/07, Apothekerkammer des Saarlandes e a. (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 42).

50 – V., al riguardo, le mie conclusioni 23 aprile 2009 nella causa C 254/08, Futura Immobiliare e a. (non ancora pubblicata nella Raccolta, paragrafo 30).

51 – In senso analogo le mie conclusioni nella causa Futura Immobiliare e a. (cit. alla nota 50, paragrafo 66), nelle quali ho affermato che sarebbe incompatibile con il principio «chi inquina paga» esonerare direttamente taluni gruppi, a causa dell'estrema indigenza o della ridotta capacità produttiva, dai costi legati all'inquinamento ambientale da essi causato.

52 – V., al riguardo, le mie conclusioni nella causa Futura Immobiliare e a. (cit. alla nota 50, paragrafo 32), nonché le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs 30 aprile 2002 nella causa C 126/01, GEMO (Racc. 2003, pag. I 13769, paragrafo 66).

53 – Art. 4, n. 6, lett. b), della legge regionale n. 4/2006.

54 – Sentenze Schumacker (cit. alla nota 33, punti 30 34); Gerritse (cit. alla nota 33, punti 43 e 44); 1° luglio 2004, causa C 169/03, Wallentin (Racc. pag. I 6443, punti 15 e 16); 6 luglio 2006, causa C 346/04, Conijn (Racc. pag. I 6137, punto 16); 14 dicembre 2006, causa C 170/05, Denkavit Internationaal e Denkavit France (Racc. pag. I 11949, punti 23 e 24); 18 luglio 2007, causa C 182/06, Lakebrink e Peters-Lakebrink (Racc. pag. I 6705, punti 28 e 29), nonché 22 dicembre 2008, causa C 282/07, Truck Center (non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 38 e 39).

55 – Siffatte differenze sono state menzionate concretamente dalla Corte, per esempio, nelle sentenze Schumacker (cit. alla nota 33, punti 32 e 33), nonché Truck Center (cit. alla nota 54, punti 40 50); v., inoltre, sentenza 19 gennaio 2006, causa C 265/04, Bouanich (Racc. pag. I 923, punto 39).

56 – Sentenze Gerritse (cit. alla nota 33, punti 27 e 53); Wallentin (cit. alla nota 54, punti 17 20); Bouanich (cit. alla nota 55, punti 40 e 41); Conijn (cit. alla nota 54, punti 20 e 24); Denkavit Internationaal e Denkavit France (cit. alla nota 54, punto 25), nonché Lakebrink e Peters-Lakebrink (cit. alla nota 54, punti 30 35).

57 – V. in tal senso sentenze 27 ottobre 1971, causa 6/71, Rheinmühlen Düsseldorf (Racc. pag. 823, punto 14), nonché 16 dicembre 2008, causa C 127/07, Arcelor Atlantique e Lorraine e a. (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 26).

58 – V., al riguardo, supra, paragrafo 73 delle presenti conclusioni.

59 – Sotto tale aspetto il caso presente si distingue, per esempio, dalla causa Commissione/Belgio (sentenza cit. alla nota 47, punti 34-36), nella quale prodotti nazionali ed esteri si distinguono obiettivamente in relazione a taluni principi di politica ambientale riconosciuti anche a livello comunitario.

60 – Dal fascicolo emerge che una parte considerevole delle entrate generate in Sardegna dall'imposta sul reddito e dall'IVA spetta alla Regione autonoma della Sardegna. Così, lo Statuto speciale della Regione Sardegna prevede, ai sensi dell'art. 8 della legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 3, come modificato dalla legge 27 dicembre 2006, n. 296, che le entrate della Regione sono costituite, inter alia, dai sette decimi del gettito delle imposte sul reddito dei soggetti passivi sardi e dai nove decimi del gettito dell'imposta sul valore aggiunto generata sul territorio regionale.

61 – Sentenze 28 gennaio 1986, causa 270/83, Commissione/Francia (Racc. pag. 273, punto 21); 12 dicembre 2002, causa C 385/00, de Groot (Racc. pag. I 11819, punto 97), nonché Lakebrink e Peters-Lakebrink (cit. alla nota 54, punto 24); una considerazione analoga viene espressa anche nella sentenza Carbonati Apuani (cit. alla nota 41, punto 34).

62 – Un certo contributo alle entrate fiscali generali della Regione autonoma della Sardegna viene peraltro prestato anche dai non residenti, segnatamente attraverso l'IVA sul loro consumo in loco; ciò è stato riconosciuto anche dalla Regione nel procedimento dinanzi alla Corte.

63 – Sentenza Corporación Dermoestética (cit. alla nota 49, punto 37); v. anche sentenza Hartlauer (cit. alla nota 49, punto 46).

64 – V. sentenza C 524/07, Commissione/Austria (cit. alla nota 47, punto 56).

65 – V. paragrafi 61 – 90 delle presenti conclusioni.

66 – Un rischio del genere dovrebbe essere valutato sulla scorta di criteri analoghi a quelli utilizzati per una minaccia per la pubblica sicurezza e l'ordine pubblico (v., al riguardo, la giurisprudenza costante come espressa, inter alia, nella sentenza Orfanopoulos e Oliveri, cit. alla nota 17, punto 66).

67 – Sentenze C-490/04, Commissione/Germania (cit. alla nota 35, punto 86), nonché Laval un Partneri (cit. alla nota 44, punto 117).

68 – Giurisprudenza costante dalle sentenze 28 gennaio 1992, causa C 300/90, Commissione/Belgio (Racc. pag. I 305, punti 14 – 21) e causa C 204/90, Bachmann (Racc. pag. I 249, punti 21 – 28); v., in tempi più recenti, sentenze 13 marzo 2007, causa C 524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (Racc. pag. I 2107, punto 68); Jundt (cit. alla nota 16, punto 67); 23 ottobre 2008, causa C 157/07, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 43), nonché 27 novembre 2008, causa C 418/07, Papillon (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 43).

69 – Sentenze 28 ottobre 1999, causa C 55/98, Vestergaard (Racc. pag. I 7641, punto 24); Commissione/Italia (cit. alla nota 20, punti 23 e 24); 7 settembre 2004, causa C 319/02, Manninen (Racc. pag. I 7477, punto 42); Commissione/Danimarca (cit. alla nota 48, punto 70); Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (cit. alla nota 68, punto 68), nonché Jundt (cit. alla nota 16, punto 68).

70 – Sentenze Manninen (cit. alla nota 69, punto 43) e 18 giugno 2009, causa C 303/07, Aberdeen Property Fininvest Alpha (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 72); in senso analogo già in precedenza sentenza 11 marzo 2004, causa C 9/02, de Lasteyrie du Saillant (Racc. pag. I 2409, punto 67).

71 – V., al riguardo, supra, paragrafo 88 delle presenti conclusioni.

72 – Sul criterio del nesso troppo generico e indiretto v. sentenze Jundt (cit. alla nota 16, punto 70), e Eurowings Luftverkehr (cit. alla nota 23, punto 42); analogamente anche la sentenza Commissione/Italia (cit. alla nota 20, punto 24).

73 – Dichiarazione n. 30 allegata all'atto finale del Trattato di Amsterdam (GU 1997, C 340, pag. 136).

74 – I neofiti e i neozoi sono tipi di animali ovvero di piante che – consapevolmente o inconsapevolmente, direttamente o indirettamente – vengono portati dall'uomo in regioni in cui per natura non sono presenti.

75 – Al principio di un'economia di mercato aperta deve ispirarsi, ai sensi degli artt. 4, n. 1, CE, e 98 CE, la politica economica degli Stati membri e della Comunità; v. al riguardo anche sentenza 9 settembre 2003, causa C 198/01, CIF (Racc. pag. I 8055, punto 47).

76 – V. sentenze 6 giugno 2000, causa C 35/98, Verkooijen (Racc. pag. I 4071, punto 48), e Commissione/Italia (cit. alla nota 20, punto 22), nonché, in maniera specifica sulla libera prestazione dei servizi, sentenze SETTG (cit. alla nota 29, punto 23), e Kohll (cit. alla nota 43, punto 41).

77 – V. al riguardo, per esempio, le sentenze 15 marzo 2005, causa C 209/03, Bidar (Racc. pag. I 2119, punti 56 e 57 nonché 59 e 60); 18 luglio 2007, causa C 213/05, Geven (Racc. pag. I 6347, punti 29 e 30); 23 ottobre 2007, cause riunite C 11/06 e C 12/06, Morgan e Bucher (Racc. pag. I 9161, punto 43), nonché 22 maggio 2008, causa C 499/06, Nerkowska (Racc. pag. I 3993, punti 37-39); v., inoltre, le mie conclusioni 30 marzo 2006 nella causa C 192/05, Tas-Hagen e Tas (Racc. pag. 2006, I 10451, paragrafi 60-63) nonché le conclusioni dell'avvocato generale Mazák 30 aprile 2009 nella causa C 103/08, Gottwald (non ancora pubblicate nella Raccolta, paragrafi 58-72).

78 – Sulle restrizioni per la costruzione di residenze secondarie v. sentenza 1° dicembre 2005, causa C 213/04, Burtscher (Racc. pag. I 10309, in particolare punto 46).

79 – Sentenze 4 aprile 1974, causa 167/73, Commissione/Francia (Racc. pag. 359, punti 24-32), nonché 30 aprile 1986, cause riunite da 209/84 a 213/84, Asjes e a. (Racc. pag. 1425, punti 44 e 45).

80 – Sentenze 22 marzo 1977, causa 78/76, Steinike & Weinlig (Racc. pag. 595, punto 9); 21 novembre 1991, causa C 354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, detta «Saumon» (Racc. pag. I-5505, punto 14); 5 ottobre 2006, causa C 368/04, Transalpine Ölleitung in Österreich (Racc. pag. I 9957, punto 38); 18 luglio 2007, causa C 119/05, Lucchini (Racc. pag. I 6199, punti 51, 52 e 62), nonché

22 dicembre 2008, causa C 333/07, Régie Networks (non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 94, ultimo periodo, e 125).

81 – V., al riguardo, sentenze citate alla nota 80 Steinike & Weinlig (punto 14), Saumon (punto 10) e Lucchini (punto 50).

82 – In modo corrispondentemente ampio la Corte illustra la competenza dei giudici nazionali ed utilizza, per esempio nella sentenza Lucchini (cit. alla nota 80, punto 50, prima frase), il termine «segnatamente».

83 – Sentenze Saumon (cit. alla nota 80, punto 17); 27 ottobre 2005, cause riunite da C 266/04 a C 270/04, C 276/04 e da C 321/04 a C 325/04, Distribution Casino France e a. (Racc. pag. I 9481, punto 30); 7 settembre 2006, causa C 526/04, Laboratoires Boiron (Racc. pag. I 7529, punto 29), nonché Transalpine Ölleitung in Österreich (cit. alla nota 80, punto 40); v. anche la definizione di aiuti illegali di cui all'art. 1, lett. f), del regolamento (CE) del Consiglio 22 marzo 1999, n. 659, recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del Trattato CE (GU L 83, pag. 1).

84 – Sentenza 12 febbraio 2008, causa C 199/06, Centre d'exportation du livre français (Racc. pag. I 469, punti 40 e 41).

85 – Sentenze 24 luglio 2003, causa C 280/00, Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg, detta «Altmark Trans» (Racc. pag. I 7747, punto 74); 23 marzo 2006, causa C 237/04, Enirisorse (Racc. pag. I 2843, punto 38); UTECA (cit. alla nota 48, punto 42), nonché 2 aprile 2009, causa C 431/07 P, Bouygues e a./Commissione (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 101); in senso analogo già sentenza 21 marzo 1990, causa C 142/87, Belgio/Commissione, detta «Tubemeuse» (Racc. pag. I 959, punto 25).

86 – Sentenze Altmark Trans (cit. alla nota 85, punto 75); Enirisorse (cit. alla nota 85, punto 39); UTECA (cit. alla nota 48, punto 42), nonché Bouygues e a./Commissione (cit. alla nota 85, punto 102); in senso analogo, pur se con «nuances» nella formulazione, sentenza 15 giugno 2006, cause riunite C 393/04 e C 41/05, Air Liquide Industries Belgium (Racc. pag. I 5293, punto 28).

87 – Già nella sentenza 2 luglio 1974, causa 173/73, Italia/Commissione (Racc. pag. 709, punto 28), viene chiarito che un intervento non sfugge all'ambito di applicazione dell'art. 87 CE (ex art. 92 Trattato CE) per il solo fatto di rivestire eventualmente carattere fiscale; v. inoltre, a titolo di esempio, sentenze 19 settembre 2000, causa C 156/98, Germania/Commissione (Racc. pag. I 6857, punto 26); 3 marzo

2005, causa C 172/03, Heiser (Racc. pag. I 1627, punti 27-58); 22 giugno 2006, cause riunite C 182/03 e C 217/03, Belgio e Forum 187/Commissione (Racc. pag. I 5479, punto 86), nonché 22 dicembre 2008, causa C 487/06 P, British Aggregates/Commissione (non ancora pubblicata nella Raccolta, in particolare punto 92).

88 – Sentenze Germania/Commissione (cit. alla nota 87, punto 25); Belgio e Forum 187/Commissione (cit. alla nota 87, punto 86), nonché Laboratoires Boiron (cit. alla nota 83, punti 33-35); in senso analogo già sentenza 15 marzo 1994, causa C 387/92, Banco Exterior de España (Racc. pag. I 877, punto 13).

89 – Sentenze Banco Exterior de España (cit. alla nota 88, punto 14), nonché Belgio e Forum 187/Commissione (cit. alla nota 87, punto 87); in senso analogo sentenza Germania/Commissione (cit. alla nota 87, punto 26).

90 – Sentenza British Aggregates/Commissione (cit. alla nota 87, punto 89, ultima frase).

91 – Sentenze Banco Exterior de España (cit. alla nota 88, punto 14); 19 maggio 1999, causa C 6/97, Italia/Commissione (Racc. pag. I 2981, punto 16); 17 giugno 1999, causa C 75/97, Belgio/Commissione, detta «Maribel» (Racc. pag. I 3671, punti 23 e 24), nonché Belgio e Forum 187/Commissione (cit. alla nota 87, punto 87).

92 – Sentenze 22 novembre 2001, causa C 53/00, Ferring (Racc. pag. I 9067, punto 20); Laboratoires Boiron (cit. alla nota 83, punto 34), e British Aggregates/Commissione (cit. alla nota 87, punto 89).

93 – Sentenze 15 dicembre 2005, causa C 66/02, Italia/Commissione (Racc. pag. I 10901, punto 94); 6 settembre 2006, causa C 88/03, Portogallo/Commissione (Racc. pag. I 7115, punto 52), nonché British Aggregates/Commissione (cit. alla nota 87, punto 82).

94 – Sentenze Portogallo/Commissione (cit. alla nota 93, punti 57 e 58 nonché 60 e 61), e 11 settembre 2008, cause riunite da C 428/06 a C-434/06, UGT-Rioja e a. (non ancora pubblicata nella Raccolta, in particolare punti 47 e 48).

95 – Sentenza Portogallo/Commissione (cit. alla nota 93, punti 55, 60 e 62); in senso analogo già la sentenza della Corte 14 ottobre 1987, causa 248/84, Germania/Commissione (Racc. pag. 4013, punto 17).

96 – Sentenze Adria-Wien Pipeline (cit. alla nota 13, punto 41); Portogallo/Commissione (cit. alla nota 93, punto 54); UGT-Rioja e a. (cit. alla nota 94, punto 46), nonché British Aggregates/Commissione (cit. alla nota 87, punto 82).

97 – Sentenza Portogallo/Commissione (cit. alla nota 93, punto 52); in senso analogo v. la giurisprudenza costante dalla sentenza Italia/Commissione (cit. alla nota 87, punto 33), per esempio sentenze Adria-Wien Pipeline (cit. alla nota 13, punto 42); Ferring (cit. alla nota 92, punto 17); 14 aprile 2005, cause riunite C 128/03 e C 129/03, AEM e AEM Torino (Racc. pag. I 2861, punto 39); 15 dicembre 2005, causa C 148/04, Unicredito Italiano (Racc. pag. I 11137, punto 51), nonché 10 gennaio 2006, causa C 222/04, Cassa di Risparmio di Firenze e a. (Racc. pag. I 289, punti 137 e 138).

98 – V., supra, paragrafi 62 67 delle presenti conclusioni.

99 – V., supra, paragrafi 73 e 81 delle presenti conclusioni.

100 – V., supra, paragrafi 71 77 delle presenti conclusioni; in senso analogo sentenza Adria-Wien Pipeline (cit. alla nota 13, punto 52).

101 – V. al riguardo, supra, in particolare paragrafi 78 90 e 98 102 delle presenti conclusioni.

102 – Sentenza British Aggregates/Commissione (cit. alla nota 87, punti 84 e 86); in senso analogo, riferite a interventi dettati da motivi di politica sociale, sentenze 26 settembre 1996, causa C 241/94, Francia/Commissione (Racc. pag. I 4551, punto 21); 29 aprile 1999, causa C 342/96, Spagna/Commissione (Racc. pag. I 2459, punto 23), nonché Maribel (cit. alla nota 91, punto 25).

103 – Sentenze 29 febbraio 1996, causa C 56/93, Belgio/Commissione (Racc. pag. I 723, punto 79); Francia/Commissione (cit. alla nota 102, punto 20); Maribel (cit. alla nota 91, punto 25), nonché British Aggregates/Commissione (cit. alla nota 87, punti 85, 87 e 89).

104 – Sentenza British Aggregates/Commissione (cit. alla nota 87, punto 92).

105 – V., al riguardo, le mie conclusioni 26 giugno 2008 nella causa Régie Networks (cit. alla nota 80, paragrafi 97 e 117).

106 – V., al riguardo, la giurisprudenza citata alla nota 80.

107 – Sentenze Germania/Commissione (cit. alla nota 95, punto 17), e Portogallo/Commissione (citata alla nota 93, punto 55).

108 – V. al riguardo, supra, paragrafo 126 delle presenti conclusioni e la giurisprudenza cit. alla nota 88.

109 – In tal senso sentenze 17 marzo 1993, cause riunite C 72/91 e C 73/91, Sloman Neptun (Racc. pag. I 887, punto 21); 1° dicembre 1998, causa C 200/97, Ecotrade (Racc. pag. I 7907, punto 35); 17 giugno 1999, causa C 295/97, Piaggio (Racc. pag. I 3735, punto 35), nonché 15 luglio 2004, causa C 345/02, Pearle e a. (Racc. pag. I 7139, punto 36).

110 – Sulla rinuncia ad entrate fiscali quale finanziamento mediante risorse statali v. sentenza Germania/Commissione (cit. alla nota 87, punti 26 e 28); in tal senso, sentenze Banco Exterior de España (cit. alla nota 88, punto 14); Italia/Commissione (cit. alla nota 91, punto 16), nonché Belgio e Forum 187/Commissione (cit. alla nota 87, punto 87).

111 – Sentenze Italia/Commissione (cit. alla nota 93, punto 111); Cassa di Risparmio di Firenze (cit. alla nota 97, punto 140), nonché 30 aprile 2009, causa C 494/06 P, Commissione/Italia e WAM (non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 50).

112 – Sentenze Tubemeuse (cit. alla nota 85, punto 43); Altmark Trans (cit. alla nota 85, punto 81); Heiser (cit. alla nota 87, punti 32 e 33), nonché Air Liquide Industries Belgium (cit. alla nota 86, punto 36).

113 – Sentenze Commissione/Italia e WAM (cit. alla nota 111, punto 51); in senso analogo sentenze Heiser (cit. alla nota 87, punto 35), e Portogallo/Commissione (cit. alla nota 93, punto 91).

114 – V., supra, paragrafi 48 53 e – in maniera specifica sul riferimento transnazionale – paragrafi 40 45 delle presenti conclusioni.

115 – V., al riguardo, la giurisprudenza cit. alla nota 111.

116 – Sentenze Germania/Commissione (cit. alla nota 87, punto 30); Heiser (cit. alla nota 87, punto 55), nonché Commissione/Italia e WAM (cit. alla nota 111, punto 54).

117 – Sentenza Commissione/Italia e WAM (cit. alla nota 111, punto 58).

118 – V. al riguardo, in dettaglio, art. 4, n. 5, in combinato disposto con il n. 4 della legge regionale n. 4/2006, riprodotto al paragrafo 14 delle presenti conclusioni.

119 – V., a titolo integrativo, supra, paragrafi 52 e 53 delle presenti conclusioni.

120 – V., supra, paragrafi 83 89 e 98 102 delle presenti conclusioni.

