



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

*I*nnovazione *e* *D*iritto



5

2009

**L'Emission Trading Scheme: applicazione del principio "chi inquina paga",
positività e negatività rispetto al prelievo ambientale**

Roberta Alfano

**Introduzione – Il principio "chi inquina paga": riflessi in materia fiscale e
tradizionali applicazioni - I permessi negoziabili (Emission Trading Scheme) -
Segue: vantaggi e svantaggi dei permessi negoziabili rispetto alla tassazione
ambientale - Conclusioni**

Introduzione

**Nell'ambito dell'Unione Europea, la politica ambientale ha subito nel tempo una lenta
ma decisa evoluzione, che le ha permesso di assumere gradualmente autonomia propria.**

**Originariamente i Trattati istitutivi non davano alcun rilievo alla tutela dell'ambiente e
solo negli anni sessanta, con l'esplosione del problema ambientale, la Comunità, nella necessità
di contemperare le esigenze della politica industriale con quelle di salvaguardia dell'ambiente,
ha dovuto intraprendere un laborioso lavoro interpretativo¹, in mancanza di disposizioni ad
hoc nel Trattato di Roma². E' solo con l'emanazione dell'Atto Unico Europeo nel 1986³ che,**

¹ P. SELICATO Imposizione fiscale e principio "chi inquina paga", cit., 1163: tra gli anni sessanta e settanta del secolo scorso, al fine di indirizzare la politica industriale al miglioramento nella qualità delle condizioni di vita e di far ricadere i costi della depurazione sugli inquinatori, si è lentamente affermata l'azione comunitaria in campo ambientale, dal quale è scaturita la codificazione all'interno del Trattato di Roma del principio "chi inquina paga".

² All'atto della firma del Trattato di Roma, le parti contraenti non ritennero infatti necessario porre le basi di una politica ambientale comune, poiché la minaccia globale non era ancora tangibile: fu solo nel 1972, in occasione della

con l'articolo 130, la tutela dell'ambiente ha trovato il suo fondamento giuridico nell'ambito della Comunità⁴, prevedendosi altresì, per la prima volta relativamente a ciascuna politica comunitaria, l'applicazione del principio di sussidiarietà ex articolo 130 R⁵: le decisioni in campo ambientale devono essere prese al livello di governo più vicino possibile ai cittadini⁶. L'intensa attività integrativa delle politiche economiche con le politiche ambientali e sociali, culmina con la stipula del Trattato di Maastrich, nel 1992, con cui si realizza finalmente il pieno riconoscimento della politica ambientale, che colma l'originaria lacuna⁷.

Nell'accidentato percorso della politica ambientale comunitaria, un ruolo di particolare rilievo è assunto dalla possibilità di utilizzare strumenti economici e fiscali a tutela dell'ambiente: gli ordinamenti interni «possono ricorrere alla predisposizione di regole, spesso di tipo proibitivo e sanzionatorio, raramente di tipo premiale, applicabili alle imprese⁸». Con l'inizio del nuovo millennio appare ormai imprescindibile la necessità che politica ambientale comunitaria sia caratterizzata dell'utilizzo di molteplici strumenti di tutela, primi fra tutti quelli

Conferenza internazionale di Stoccolma sull'ambiente umano, che si riconobbe per la prima volta in modo esplicito la necessità di istituire tale politica comune. L. PINESCHI, Tutela dell'Ambiente e assistenza allo sviluppo dalla Conferenza di Stoccolma(1972) alla Conferenza di Rio (1992) in Riv. Giur. Amb., 1993, 492.

³ L'articolo 25 dell'Atto Unico europeo aveva previsto, infatti, l'introduzione nel Trattato originario del Titolo VIII, comprensivo degli articoli 130 R/S/T relativi alla tutela dell'ambiente, senza però prevedere che la salvaguardia ambientale fosse ricompresa fra gli obiettivi prioritari della Comunità. G. CORDINI, Diritto ambientale comparato, Padova, 2002, 15 G. DI PLINIO – P. FIMIANI, (a cura di), Principi di Diritto ambientale, Milano, 2008, 20

⁴ Per un quadro più chiaro relativo all'evoluzione di tale politica, L. R. PERFETTI, Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli, in Riv. Giur. Amb., 2009, n.1, 1-39, in particolare 25

⁵ L'approvazione del Trattato di Maastricht porta ad una sostanziale modifica dell'art.130 R: il principio di sussidiarietà viene generalizzato ai sensi dell'art.3B, mentre l'art.130R evidenzia che la politica ambientale comunitaria deve ruotare attorno ai principi della precauzione e dell'azione preventiva e del "chi inquina paga". G. COCCO G., voce Ambiente, cit., 113;

⁶ In tali anni, anche attraverso l'elaborazione giurisprudenziale - si ricordano le due storiche sentenze della Corte di Giustizia, del 18 marzo 1980, Causa C-91/79 e Causa C- 92/79, entrambe Commissione/Italia ed entrambe in Racc., 1980, 1099 e 1115, in cui si evidenziò che non essendovi un chiaro riferimento all'ambiente nei principi cardine, tale tutela poteva essere assicurata attraverso l'applicazione derivata di altri principi. quale, ad esempio, l'art. 100 relativo al ravvicinamento delle disposizioni legislative nazionali., come riportate da F. FONDERICO, La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di ambiente, in AA.VV., (a cura di S. CASSESE), Diritto ambientale comunitario, Milano, 1995, 123 - si è affermato il concetto di sviluppo sostenibile, che, secondo il noto Rapporto Brundtland è inteso come «uno sviluppo che risponda alle necessità del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare le proprie esigenze», attraverso una congrua integrazione delle politiche economiche con le politiche ambientali e sociali

⁷ Il Trattato dell'Unione, nel 1997, ha previsto chiaramente fra i suoi obiettivi fondamentali "uno sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche nell'ambito delle politiche dell'Unione, nel rispetto del principio dello sviluppo sostenibile" (art. 2), la promozione di una politica comune ambientale (art. 3, let. K) e vi ha dedicato l'intero Titolo XVI. Lo sviluppo sostenibile è riconosciuto come finalità principale della Comunità, riconosciuto anche dal Protocollo di Kyoto, finalizzato alla riduzione delle emissioni di gas serra, siglato nello stesso anno. Sono anni di grande rilevanza per la politica ambientale, costellati da molteplici attività ed atti in tal senso finalizzati: l'anno successivo è stata stipulata la Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni ambientali e, nel Consiglio europeo di Cardiff, dello stesso anno, i capi di Stato e di Governo hanno invitato i responsabili delle politiche agricole, dei trasporti e dell'energia ad elaborare appropriate strategie ambientali. Nel 2000, con l'Agenda Lisbona, l'Europa si è posta, fra gli altri, l'obiettivo di diventare l'economia basata sulla conoscenza, più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale.

⁸ A.E. LA SCALA, I principi fondamentali in materia tributaria in seno alla Costituzione dell'Unione Europea, Milano, 2005, 321, che riconosce un ruolo di primo piano agli strumenti premiali, le diverse tipologie di agevolazioni relative alla diffusione delle energie rinnovabili, prime fra tutte quelle previste dalla Legge 9 gennaio 1991, n. 9

fiscali⁹: in tal senso anche il Sesto programma di azione ambientale, attualmente in vigore, rileva che gli obiettivi ambientali devono essere valutati tenendo conto del relativo impatto economico e sociale, individuando soluzioni positive per l'economia, l'occupazione e l'ambiente¹⁰, prevedendo il rilancio del ruolo assunto dai diversi livelli di governo nell'attuazione della politica ambientale e stimolando la possibilità di impiego di strumenti di mercato, economici e fiscali per modificare i comportamenti dannosi per l'ambiente¹¹. Ciò deve avvenire richiamando esplicitamente i quattro principi comunitari di politica ambientale enunciati dall'art. 174 del Trattato CE: precauzione, azione preventiva, correzione alla fonte dei danni causati all'ambiente e "chi inquina paga". Proprio tale ultimo principio sta alla base di un diverso utilizzo degli strumenti di mercato, promuovendo diversi modelli di consumo e di produzione sostenibili, al fine di internalizzare gli impatti ambientali positivi e negativi¹². Sono gli anni in cui, accanto a strumenti tradizionali basati sul command and control, si sviluppa sia la disciplina dei permessi negoziabili – nel 2005 è entrato in vigore l' Emissions Trading Scheme (ETS), per la creazione di un mercato dei permessi di emissione di CO₂ -, sia si assiste ad una modifica sostanziale in tema di risarcibilità del danno ambientale ai sensi della direttiva 2004/35/CE. Sono anni segnati anche dalla definitiva presa di coscienza in merito all'imprescindibilità del legame tra politica energetica e ambientale. L'entrata in vigore del Protocollo di Kyoto nel 2007, dopo la faticosa ratifica della Russia, sollecita la Commissione ad aggiornare, nel 2008, un proprio precedente rapporto¹³ sulle politiche e gli strumenti normativi

⁹ L'adozione della strategia UE per uno sviluppo sostenibile al Consiglio europeo di Göteborg di giugno 2001 ha segnato una svolta, traducendo in una serie di obiettivi e interventi specifici l'esigenza di perseguire in modo equilibrato la crescita economica, i progressi sociali e la protezione dell'ambiente e ha costituito un punto di rottura rispetto alla precedente politica ambientale comunitaria. La strategia ha definitivamente legittimato la necessità imprescindibile di promuovere l'economia e la coesione sociale senza peggiorare la qualità dell'ambiente. G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, cit., 35

¹⁰ F. FONDERICO, Sesto Programma di azione UE per l'ambiente e "strategie tematiche" in Riv. Giur. Amb., 2007, 695. Il sesto Programma costituisce il quadro della politica ambientale comunitaria nell'arco di tempo 2002 – 2012: ha lo scopo di assicurare un livello elevato di protezione ambientale, tenendo conto del principio di sussidiarietà e della diversità di situazioni nelle varie regioni della Comunità, e di sganciare le pressioni ambientali dalla crescita economica. Si concentra sul miglioramento nell'applicazione della legislazione ambientale esistente, all'integrazione delle tematiche ambientali nelle altre politiche ed alla collaborazione col mercato, con le imprese ed i consumatori per trovare strumenti per lo sviluppo sostenibile. Il Programma promuove altresì la partecipazione attiva dei cittadini, con una modifica concreta dei comportamenti. .

¹¹ L'utilizzo di strumenti fiscali in campo ambientale ha le proprie radici nei primi anni settanta del secolo scorso, in una serie di Raccomandazioni dell'OCSE, una prima del 26 maggio 1972 C (72) 128 e una seconda del 14 novembre 1974, C (74) 223 in OECD, *The Polluter Pays Principle*, Paris 1975 e N. GRECO, *Nascita, evoluzione ed attuale valore del principio del "chi inquina paga"* in Studi parlamentari e di politica costituzionale, n.2 e 3, 1991, 28. Si tratta di tutte quelle misure che incidono sulle scelte tra diverse alternative tecnologiche o di consumo, attraverso la modificazione delle convenienze in termini di costi e benefici privati. OECD, *Economic instruments for environmental protection*, Paris, 1989

¹² R. PERRONE CAPANO, *L'imposizione e l'ambiente* in Trattato di Diritto tributario diretto da A. AMATUCCI, annuario, 2001, 123; P. SELICATO, *La tassazione ambientale tra la ricerca di nuovi indici di ricchezza e la coerenza dei sistemi fiscali*, in Riv. Dir. Trib. Int., 2004, n.2-3; 262

¹³ COMMISSIONE, Documento tecnico di valutazione delle politiche e degli strumenti di promozione delle rinnovabili nel settore elettrico all'interno degli Stati membri, comunicazione SEC(2008) 57 del 23 gennaio 2008; il documento

di promozione della produzione di energia rinnovabile, che ha portato, dopo undici mesi di lavoro legislativo, all'approvazione del cd. "pacchetto clima-energia", con cui l'Unione ha stabilito che, per il 2020, dovrà realizzarsi la riduzione del 20% delle emissioni di gas a effetto serra, portare al 20% il risparmio energetico e aumentare al 20% il consumo di energia da fonti rinnovabili. Nel 2007, tali politiche hanno trovato ulteriore vigore con l'approvazione del Libro Verde sugli strumenti di mercato utilizzati a fini di politica ambientale e ad altri fini connessi¹⁴ che evidenzia il ruolo degli strumenti di mercato e delle politiche fiscali in generale per il conseguimento degli obiettivi delle politiche dell'UE, esplorando le possibilità di un maggiore utilizzo degli strumenti di mercato in diversi settori della politica ambientale a livello sia comunitario sia interno, per tentare di indirizzare i comportamenti di consumatori e imprese ha assunto carattere assolutamente imprescindibile. L'UE intende dunque privilegiare il ricorso agli strumenti economici o di mercato - quali la tassazione indiretta, le sovvenzioni mirate o i diritti di emissione negoziabili - che costituiscono strumenti flessibili ed efficienti sotto il profilo dei costi per raggiungere detti obiettivi.

In questa sede si intende tralasciare l'analisi dei tributi ambientali, rinviando a precedenti riflessioni. Si intende sinteticamente tracciare l'iter relativo al riconoscimento del principio e della sua concreta applicazione, evidenziandone i possibili riflessi economico e fiscali; in particolare si intende concentrare l'attenzione su un fondamentale strumento di mercato - l'Emission Trading Scheme- analizzandone vantaggi e svantaggi rispetto alla tassazione ambientale.

Il principio "chi inquina paga": riflessi in materia fiscale e tradizionali applicazioni

La Comunità Europea fin dai primi documenti approntati in campo ambientale e, in particolare, dal primo programma d'azione ambientale si è dimostrata favorevole all'adozione di una politica globale dell'ambiente, con un forte approccio sociale e culturale a carattere preventivo¹⁵. Il Consiglio Europeo, seguendo le precedenti Raccomandazioni dell'OCSE, ha

aggiorna la precedente relazione del 2005, in COM(2007) 627, ex art. della direttiva n. 2001/77/CE entrambe contenute in <http://eur-lex.europa.eu/it/>

¹⁴ COMMISSIONE, 28 marzo 2007, COM(2007) 140 def.

¹⁵ G. TARANTINI, Il principio "chi inquina paga" tra fonti comunitarie e competenze regionali in Riv. Giur. Amb., 1989, 728. L'autore realizza una ricostruzione storica relativa a tale principio, ravvisandone i primi segnali in un Memorandum della Commissione al Consiglio del 1971 e, di seguito, in una Comunicazione del Consiglio del 24 marzo 1972 (pubblicata in GUCE, 26 maggio 1972, n. C 52) mentre identifica l'apparizione ufficiale del principio soltanto nel Terzo programma di azione. L'autore è in parziale contrasto con M. MELI, Le origini del principio "chi inquina paga" e il suo accoglimento da parte della Comunità Europea in Riv. Giur. Amb., 1989, 217, che ravvisa già nel primo programma d'azione l'esistenza, quanto meno implicita, di tale principio indicato come "principio di causalità".

rimarcato tale interesse attraverso l'esplicita affermazione del principio del "chi inquina paga" già in un atto di soft law del 1975¹⁶, in cui si evidenzia che «le persone fisiche o giuridiche, di diritto pubblico o privato, responsabili di inquinamento debbono sostenere i costi delle misure necessarie per evitare o ridurre detto inquinamento. Ciò al fine di rispettare le norme o misure equivalenti stabilite dai pubblici poteri che consentano, laddove previsti, di raggiungere gli obiettivi di qualità prefissati». Il principio ha sollevato, da più parti dubbi e perplessità, in quanto può dar adito a diverse interpretazioni¹⁷. Tali difficoltà interpretative sono il frutto della naturale evoluzione del principio stesso, che, nato come mezzo per far ricadere sugli inquinatori, persone fisiche o giuridiche, i costi dell'inquinamento da essi stessi prodotto, assume inizialmente una connotazione preventiva, a prescindere dalla correlazione diretta con il danno ambientale, dalla specifica identificazione del responsabile e dalla conseguente obbligazione risarcitoria. Il principio è stato analizzato utilizzando due differenti chiavi di lettura, la prima di tipo giuridico-civilistico, che ha evidenziato il carattere risarcitorio dei prelievi ad esso ispirati; la seconda ha posto l'accento sui connotati economici del principio, sottolineando la funzione di internalizzazione delle diseconomie esterne nel rispetto del pensiero pigouviano¹⁸. Circa gli strumenti di attuazione, la Raccomandazione del 1975 fa espresso riferimento ad un sistema di norme e canoni, ovvero ad una combinazione di entrambi¹⁹. Il modello disegnato ab origine, sulla falsariga del modello dell'OCSE, prevedeva che l'ambito di applicazione del principio fosse il cd. "inquinamento continuo", controllabile nella sua dimensione quantitativa e qualitativa da parte dei poteri pubblici; inizialmente si

¹⁶ COMMISSIONE, Raccomandazione 3 marzo 1975 n. 436 in G.U.C.E., 25 luglio 1975, n.194 L. Tale raccomandazione, ispirata prevalentemente a profili di ordine economico piuttosto che ad aspetti di ordine tecnico-giuridico, risulta essere perfettamente conforme agli strumenti che, alla metà degli anni settanta si ipotizzava fossero applicabili per tale politica. Infatti, la raccomandazione oltre ad evidenziare la necessità che tale principio sia applicato in maniera uniforme nei singoli Stati, per evitare possibili distorsioni della concorrenza e che, nell'ipotesi di inquinamento prodotto da una serie di concause o da una pluralità di inquinatori, l'imputazione dei costi sia suddivisa conseguenzialmente, rileva chiaramente che tale imputazione deve essere posta in essere facendo uso di provvedimenti amministrativi; gli strumenti fondamentali per l'attuazione di tale principio continuano ad essere le norme, deputate a definire gli standard qualitativi dell'ambiente, le peculiarità dei prodotti ed i caratteri dei processi produttivi, nonché i canoni, da utilizzare come stimolo nei confronti degli inquinatori a porre in essere atteggiamenti preventivi di tutela. Cfr. M. MELI, *Le origini del principio "chi inquina paga" e il suo accoglimento da parte della Comunità Europea*, cit., 219.

¹⁷ F. FORTE, *I diritti della natura*, Roma, 1991, 117, nel rilevare che il principio in questione si presenta come un "Giano bifronte", afferma che esso può dar luogo a diverse configurazioni. Si veda anche F. M. PALOMBINO, *Il significato del principio 'chi inquina paga' nel diritto internazionale* in "Riv. Giur. Amb.", 2003, n.5, 871.

¹⁸ A. C. PIGOU, *Economia del benessere* (trad. italiana a cura di M. EINAUDI), Torino, 1968

¹⁹ M. MELI, *Il principio comunitario "chi inquina paga"*, Milano, 1996, 32. L'autrice distingue le norme di attuazione del principio in norme di qualità dell'ambiente, volte a fissare i limiti quantitativi massimi di tolleranza per ciascuna unità fisica, norme sui prodotti, che sanciscono i limiti di sostanze inquinanti presenti nella composizione e norme di procedimento, che regolano il funzionamento degli impianti, in relazione ai diversi requisiti. Circa i canoni, invece, rileva che consistono in un prelievo commisurato alla quantità di inquinamento prodotto, con funzione di stimolo a ridurre preventivamente l'inquinamento e di riutilizzo del gettito per finalità ambientali.

escludevano le ipotesi d'inquinamento non controllabili quali, ad esempio, gli incidenti²⁰ e solo agli inizi degli anni ottanta, si fa riferimento anche alle ipotesi di inquinamento accidentale. Pur in presenza di diversi problemi di gestione, dovuti al fatto che, in tali fattispecie, non è possibile il rispetto dei limiti prefissati da autorità pubbliche, questi devono essere determinati dagli stessi soggetti chiamati a rispondere dei danni causati²¹. Tale linea di condotta appare chiaramente espressa nei primi tre programmi di azione ambientale, per cui, fino alla metà degli anni ottanta, l'unica applicazione del principio è di natura preventiva.

La prima fase dell'intervento comunitario è caratterizzata da una notevole produzione normativa, secondo un modello basato esclusivamente su di un sistema di regolamentazione diretta, denominato *command and control*²²: si fissano delle regole comuni eterogenee, quali standard di diversa natura²³, norme sulle tecnologie da utilizzare o sulle possibili forme di disinquinamento, che devono essere rispettate al fine di contenere l'inquinamento entro limiti prefissati. La logica di tali normative è quella di trovare un compromesso fra le nascenti esigenze ambientali e gli imperativi di sviluppo e mercato propri della Comunità²⁴, pur nella consapevolezza che in ogni ipotesi di fissazione di standard e parametri prefissati permane la inevitabile certezza di non poter esercitare un'azione radicale di prevenzione del danno²⁵. Il suo punto debole risulta chiaro, però, nella fase di concreta attuazione affidata ai diversi livelli

²⁰ Ancora M. MELI, *Il principio comunitario "chi inquina paga"*, cit, 28: parimenti erano esclusi dal raggio di applicazione i danni cd. residuali, quei danni, cioè, che interessano la collettività, nonostante siano al di sotto del livello ottimale di inquinamento prefissato.

²¹ Cfr. OECD, *The Polluter Pays Principle*, cit; 25. In questa fase, le somme stabilite a seguito di un danno non prevedibile - per espressa previsione OECD - non devono ancora essere identificate come forme di risarcimento.

²² A. OGUS, *Regulation. Legal form and economic theory*, Oxford, 1994, 245

²³ M. BRESSO, *Per un'economia ecologica*, Milano, 1993, 206 che rileva l'esistenza di standard di emissione, di qualità del corpo ricettore, di prodotto, uniformi o differenziati per settore o per aree territoriali. Gli standard di emissione stabiliscono la quantità massima di sversamento consentito nell'aria o nell'acqua, obbligando i produttori al rispetto di tali limiti ed a provvedere alla depurazione. Gli standard di qualità del corpo ricettore sono sempre correlati ad uno standard di emissione e determinano il livello reputato congruo di qualità dell'ambiente: un esempio riguarda gli scarichi in acqua qualora siano previste anche le quantità massime di concentrazione dell'inquinante. Tali standard, generalmente, variano per aree geografiche, per tipo o dimensione dell'attività inquinante posta in essere. Gli standard di processo prevedono che certe installazioni fisse siano conformi alle caratteristiche dettate dall'ente controllore: un esempio riguarda il contenimento di emissioni di fumo attraverso certi specifici, determinati e - soprattutto - esclusivi sistemi di filtraggio. Gli standard di prodotto, infine, fissano i livelli massimi di consumo o di emissione: un esempio è fornito dall'obbligo di utilizzo delle marmitte catalitiche.

²⁴ Cfr. G. DI PLINIO, *Le trasformazioni nell'amministrazione dell'ambiente nel processo di unificazione europea, tra imperativi economici e tutele giuridiche differenziate in atti della Conferenza interuniversitaria L'Unione economica, monetaria, finanziaria e sociale europea: procedure operative e tempi di attuazione*, Caserta 9/14 giugno 1996, 12 degli atti del convegno. L'autore rileva che "la struttura dell'ordinamento comunitario, fin dalla sua origine, ha sempre fatto riferimento ad un centro di gravitazione naturalmente conflittuale con l'integrale tutela dell'ambiente, cioè alla concezione liberista dell'economia". Per tale motivo, al momento della dirompente esplosione della questione ambientale ai primi anni settanta, le Istituzioni comunitarie sono dovute intervenire con rapidità nel praticare tale politica per evitare che le azioni e reazioni degli ordinamenti interni a tale problematica potessero trasformarsi in fattore di crisi nella costruzione del mercato unico, coniugando l'approccio ambientale con lo sviluppo economico, la competitività e l'efficienza delle imprese.

²⁵ Cfr. P. DELL'ANNO, *Manuale di diritto ambientale*, cit., 14, il quale rileva che la presenza di uno standard implica la necessaria consapevolezza che un certo margine di aggressione all'ambiente permane ed è comunque ineluttabile.

di governo, condizionati da forti interessi interni - anche protezionistici²⁶ - su cui ricadono i costi aggiuntivi correlati ai controlli stessi: il tutto gravato da soffocanti forme di burocratizzazione²⁷.

La regolamentazione diretta ha l'indiscutibile merito dell'unicità di applicazione in presenza di forme di inquinamento irreversibili, in cui occorre un fermo divieto nei confronti di una specifica attività. Tale sistema però ha mostrato presto i suoi limiti, primo fra tutti la necessità che i controlli, per essere realmente efficaci, siano tempestivi, posti in essere da un'amministrazione attenta ed efficiente. Solo in presenza di un sistema di controllo forte e diretto, in grado di contrastare il naturale "istinto" elusivo ed evasivo dei produttori e accompagnato da rigide sanzioni, è possibile indurre i produttori a conformarsi alle norme piuttosto che doverne poi pagare le conseguenze²⁸. La regolamentazione diretta, se applicata quale unico strumento di tutela, risulta poco efficiente per la difficoltà di conciliare le procedure amministrative, tradizionalmente rigide e fortemente burocratizzate, con la necessaria flessibilità delle politiche ambientali. La constatazione di tali difficoltà²⁹, la Deregulation³⁰ che ha caratterizzato quasi tutti i Paesi europei a partire dai primi anni ottanta, spingendo verso una semplificazione dei sistemi di regolamentazione diretta, la crescita esponenziale della problematica ambientale, hanno messo in luce l'incapacità del mercato di fronte a una tale situazione. Si è evidenziato che la realizzazione di un sistema di tutela ambientale basato esclusivamente su norme, limiti e divieti non è in grado di soddisfare le esigenze del mercato, in cui l'inquinamento si identifica come elemento di disfunzione interno al libero gioco delle forze stesse³¹. Il "chi inquina paga" ha assunto, pertanto, il carattere di

²⁶ G. DI PLINIO, *Le trasformazioni nell'amministrazione dell'ambiente nel processo di unificazione europea, tra imperativi economici e tutele giuridiche differenziate*, cit., 16, secondo cui tali normative potevano risultare il "pericoloso contenitore di differenziazione delle opportunità delle imprese", a seconda della diversa legislazione applicata.

²⁷ Cfr. E. GERELLI (a cura di), *Ascesa e Declino del business ambientale*, Bologna, 1990, 28. «Si tratta di un approccio giuridico-burocratico consistente nel giocare a "guardia e ladri", imponendo standard o limiti di accettabilità ambientali ed istituendo organi di controllo e sanzioni penali e civili per i trasgressori».

²⁸ Di converso, nell'ipotesi di standard maggiormente permissivi, oltre alla possibilità di non arginare efficacemente i danni ambientali, si corre il rischio di rilevare uno scarso stimolo nei confronti degli inquinatori a ricercare forme alternative di produzione o beni ecologicamente meno dannosi: i produttori si conformano agli standard e l'onere della ricerca finisce per ricadere sulle pubbliche Istituzioni, tenute, così, anche ad un costante aggiornamento tecnologico. Per un chiaro esempio dei limiti di tale sistema si veda la dettagliata analisi di E. GERELLI (a cura di), *Ascesa e Declino del business ambientale*, cit., 28.

²⁹ Per ciò che riguarda il caso italiano un'analisi accurata fu posta in essere dal Ministro per l'ambiente G. RUFOLIO nel suo intervento alla Conferenza di Roma del 20/1/1990 *Strumenti economici per la tutela dell'ambiente* relativa a: Il superamento del sistema di regolamentazione diretta e l'applicazione di strumenti economici per la tutela dell'ambiente, 8 degli atti del convegno, in cui si evidenziano i pericoli dovuti nell'ipotesi di gestione amministrativa rigidamente burocratica, come è stata tradizionalmente la pubblica amministrazione, a qualsiasi livello, in specie verso la fine degli anni ottanta, un decennio prima dell'applicazione della riforma Bassanini.

³⁰ F. SALVIA, *Gli strumenti giuridici per la tutela ambientale*, cit., 220.

³¹ Cfr. J.P. BARDE - E. GERELLI, *Economia e politica dell'ambiente*, Bologna, 1980, 34; E. GERELLI (a cura di), *Ascesa e Declino del business ambientale*, cit., 27. L'autore rileva che per lungo tempo il metodo seguito per tentare di far reagire il mercato è stato quello allopatico, attraverso dosi di antimercato sostanzianti nella massiccia imposizione di un sistema

principio di efficienza economica, connaturato all'esigenza di una razionale gestione delle risorse ecologiche, secondo un approccio mutuato dalla teoria economica, in particolare dalla cd. economia del benessere³². Le attività ecologicamente dannose creano una diseconomia esterna³³, facendo sopportare ad un terzo o alla generalità dei consociati un costo - denominato esterno³⁴ - che non è contabilizzato dai soggetti agenti ed è in grado di inibire l'efficiente allocazione delle risorse³⁵. In presenza di attività inquinanti, occorre ricercare strumenti in grado di internalizzare i costi dell'inquinamento, tentando, nel contempo, di correggere - o almeno di contenere - i meccanismi distorti che provoca l'inquinamento³⁶. Il sistema di regolamentazione diretta aveva già evidenziato i suoi limiti, dimostrandosi uno strumento dispendioso e scarsamente incentivante³⁷. Si tenta, dunque, di ricercare nuovi strumenti alternativi in grado di rendere sensibile l'inquinatore al meccanismo economico, condizionandone la futura produzione inquinante. La progressiva introduzione di strumenti indiretti, basati sul mercato, per loro natura più flessibili ed efficienti, deve aiutare a superare gli svantaggi propri del sistema tradizionale, ponendone in essere uno "misto", in grado di realizzare il giusto bilanciamento tra le diverse applicazioni.

Fra le possibili combinazioni fra normativa diretta e strumenti a connotazione economica, un positivo risultato ambientale può essere raggiunto attraverso l'applicazione di un sistema di cauzioni. La cauzione, o, secondo la terminologia internazionale, il Deposit

di regolamentazione diretta. Con i primi anni ottanta e con la nuova consapevolezza acquisita si reputò più corretto curare il mercato attraverso il metodo omeopatico, attraverso, cioè, il mercato stesso, prevedendosi nuovi strumenti applicativi.

³² Tale teoria trova il suo fulcro in A. C. PIGOU, *Economia del benessere*, cit.: essa studia la relazione fra concorrenza perfetta ed efficienza allocativa, alla ricerca delle condizioni per addienire alla massima efficienza del sistema.

³³ G. MURARO, *la politica economica a difesa della qualità dell'ambiente in AA.VV. (A cura di G. CANNATA) Materiale per un corso di politica dell'ambiente*, Milano, 1975, 531, distingue vari tipi di diseconomie esterne in relazione ai diversi soggetti attivi e passivi dell'inquinamento: dalla produzione alla produzione quando i due soggetti appartengono al settore produttivo; dalla produzione al consumo, quando uno o più consumatori risultano danneggiati da qualche attività produttiva; dal consumo alla produzione quando si sostanzia in un'attività di consumo che accresce i costi reali di produzione per una o più imprese; dal consumo al consumo, quando gli effetti esterni dell'inquinamento collegano tra loro più consumatori.

³⁴ Cfr. D. PEARCE - R. KERRY TURNER, *Economia delle risorse naturali e dell'ambiente*, Bologna, 1991, 69 secondo i quali si è in presenza di un costo esterno nell'ipotesi di una perdita di benessere per un soggetto, a fronte di un'attività esterna di un altro, che non viene compensata.

³⁵ D. PEARCE - A. MARKANDYA - E. BARBIER, *Progetto per un'economia verde*, Bologna, 1991, 185; P. SCHMIDT DI FRIEDBERG, *I limiti dell'ecologismo*, Milano, 1993, 117. L'impresa che inquina offre il bene sul mercato sulla base di costi che non coincidono con il costo marginale sociale, quindi il bene ha in realtà un costo superiore a quello apparente. L'impresa, non tenendo conto di tali costi pone in essere un eccesso di produzione dovuto all'uso di risorse apparentemente gratuite, sovrautilizzandole. Ciò comporta un'ipotesi di fallimento di mercato.

³⁶ M. BRESSO, *Per un'economia ecologica*, cit., 209. Occorre ridurre la negativa esternalità che il fattore inquinante, che - appunto - è esterno al mercato, inevitabilmente realizza. In tal modo si tenta di far ricadere sugli operatori almeno una parte del costo ambientale provocato dalla loro attività di produzione e consumo, ricercando soluzioni compatibili con il processo di sviluppo economico.

³⁷ Tale impressione formatasi negli anni ottanta mantiene nel tempo la sua cogenza ed attualità. In tal senso si vedano gli atti della Conferenza di Maastricht del 12-13 giugno 1997, finanziata dalla Commissione Europea in relazione all'introduzione di un diritto pubblico ambientale comparato fra i diversi Paesi dell'Unione, il cui terzo Workshop è stato completamente dedicato al passaggio dall'utilizzo di strumenti di regolamentazione diretta a nuove forme di tutela ambientale. Cfr. M. MONTINI - M. SEERDEN, *Verso uno ius commune ambientale? Note a margine della Conferenza di Maastricht sul diritto ambientale comparato nell'Unione Europea in Riv. Giur. Amb.*, 1998, 161.

Refund System, è forse la più tradizionale applicazione del principio in questione, posta in essere spontaneamente ancor prima della concreta affermazione del principio stesso. Nato in un periodo in cui la tutela dell'ambiente non aveva carattere prioritario, ha assunto più che altro una funzione di contenimento dei costi: tipico esempio è la cauzione sui contenitori di bevande, in particolare di vetro, sostanziantesi in un deposito all'atto dell'acquisto ed un rimborso all'atto della restituzione del contenitore. Si tratta di un sistema atipico, che combina in sé elementi propri della tassazione e del sussidio³⁸ e ne massimizza i vantaggi, in quanto permette di raggiungere gli effetti tipici di una tassa senza il malcontento che è strettamente correlato alle tasse stesse, per la presenza del rimborso successivo, con costi di attuazione e gestione contenuti. Nel tempo la cauzione è stata adoperata come strumento di prevenzione ambientale, particolarmente utile nelle ipotesi di inquinamento diffuso, prodotto dall'aggregazione dei danni causati da un elevato numero di comportamenti, che, presi singolarmente, non cagionano danni significativi. Assume, quindi, un ruolo particolarmente incisivo in tutte le ipotesi di recupero di determinati materiali, il cui ordinario smaltimento potrebbe generare, in elevate quantità, ingenti danni: un esempio, le batterie esauste, ovvero le ipotesi in cui si voglia ottenere il riciclaggio per evitare un inutile spreco di risorse facilmente riciclabili, quali, ad esempio, il vetro o l'alluminio. Tale sistema ha una funzione preventiva e disincentivante dell'inquinamento ed il recupero delle materie prime avviene ad un costo estremamente contenuto. Coloro che utilizzano la cauzione e restituiscono i beni hanno sopportato come costo soltanto il disagio di un risparmio forzato, che, generalmente, viene attualizzato al momento della restituzione; si evitano, così, una pluralità di costi pubblici³⁹, che avrebbero dovuto essere internalizzati. Tale sistema può porsi in essere nel mercato per mera volontà degli operatori privati, in genere stimolati da interessi di ordine economico, ovvero per opera dell'operatore pubblico, con il fine di correggere le esternalità negative derivanti dall'inquinamento e dallo smaltimento improprio, e stimolare una politica di riciclaggio. La volontarietà del comportamento favorisce, generalmente, una più elevata applicazione nelle fasce di reddito più basso in luogo di quelle a reddito più elevato, rispondendo ad un carattere perequativo. E' evidente, però, che proprio tale volontarietà comporta che in tutti i casi in cui l'inquinatore ottenga un maggior vantaggio – non necessariamente economico in senso stretto

³⁸ Cfr. OECD, *Economic instruments for environmental protection*, Paris, 1989. Tecnicamente, si assimila ad una forma di tassazione il deposito che si applica alle transazioni e si assimila al sussidio il rimborso che si ottiene in virtù del comportamento ecocompatibile posto in essere relativamente alle stesse transazioni.

³⁹ Si tratta, in particolare, dei costi per il controllo dei comportamenti dei potenziali inquinatori, in quanto sarà loro cura dimostrare di aver tenuto un comportamento corretto, per ottenere il rimborso dei costi di informazione e raccolta del gettito in quanto è lo stesso venditore che spiega al compratore la dinamica per il rimborso ed incamera la cauzione senza necessità di ulteriori interventi pubblici. D. FULLERTON, A. WOLVERTON, *Two Generalizations of a Deposit-Refund System in American Economic Review*, 2000, (2.May), 238.

– dal porre in essere l'attività dannosa in luogo del rimborso, tale metodo sia sistematicamente disapplicato.

Un'analisi delle esperienze concrete⁴⁰ evidenzia che il sistema ha trovato precipua applicazione nei Paesi del Nord Europa, in merito ad una pluralità di prodotti. Inizialmente tale sistema ha trovato applicazione volontaria, prevista autonomamente dalle imprese, per ciò che riguarda i contenitori di bevande riciclabili, con la precipua finalità di contenere i costi delle bevande stesse. Successivamente, con il diffondersi di una maggiore coscienza ambientale e della consapevolezza della scarsità delle risorse, esso ha assunto carattere pubblico, con un profilo più marcatamente ambientale, estendendosi anche a beni particolari, il cui smaltimento è causa di significativi danni: un esempio le carcasse delle automobili e gli elettrodomestici di elevate dimensioni. Dal punto di vista dell'efficienza economica il Deposit Refund System è stato a lungo giudicato positivamente, soprattutto per ciò che riguarda il suo impiego tradizionale relativo ai contenitori di bevande, che soltanto in tempi recenti, a seguito dell'introduzione di nuove tecniche più economiche di imbottigliamento e con l'avvento del P.E.T. ha subito una significativa battuta d'arresto. Dal punto di vista dell'efficienza amministrativa, infine, il sistema appare semplice e facilmente realizzabile, in quanto non necessita di forme di controllo o monitoraggio⁴¹ di particolare rilevanza⁴². La positività del sistema, dunque, appare evidente: parimenti però appare chiaro il suo limite intrinseco, dovuto alla mancanza di coattività, che impone di ipotizzarne un collegamento con altri strumenti economicamente valutabili.

I permessi negoziabili (Emission Trading Scheme)

⁴⁰Ancora OECD, *Economic instruments for environmental protection*, cit.

⁴¹ L'unica eccezione viene fatta con il sistema di cauzione per le carcasse di automobili, in quanto la cauzione viene pagata ai concessionari, che, periodicamente, versano tali somme nelle casse dello Stato. All'atto della riconsegna dell'automobile e dopo la demolizione l'ex proprietario riceve un certificato di avvenuta demolizione con il quale può chiedere il rimborso della cauzione.

⁴² Ai fini concreti occorre rilevare che tale applicazione ha portato in Finlandia agli inizi degli anni novanta alla restituzione di circa il 90% dei contenitori di bevande ed in Norvegia ad una restituzione con percentuale oscillante fra il 70% per vino e liquori e il 90% per la birra: percentuali analoghe a quelle olandesi, dove si è stabilito un sistema di cauzioni anche in relazione ai contenitori in P.E.T. In Svezia si è previsto un sistema di cauzione anche per le lattine di alluminio, di valore abbastanza significativo, tale da permettere il recupero di circa l'80% delle lattine stesse. Un sistema di cauzione di particolare rilevanza è quello realizzato sulle automobili per evitarne il possibile abbandono. Il caso maggiormente significativo è quello norvegese, in cui fissando una cauzione elevata si è ottenuta la restituzione del 99% delle carcasse, con significativi risultati dal punto di vista dell'efficienza ambientale. Anche in Italia è stata presentato nel 1995 un progetto di legge che prevedeva l'introduzione di un sistema di cauzione relativamente alle carcasse delle automobili e ad una serie di grandi elettrodomestici, tutti accomunati dal problema del successivo smaltimento. Fu un disegno di legge che fece molto scalpore ed animò il dibattito ecologista, ma che, occorre constatare, è rimasto solo un disegno, senza alcuna applicazione concreta. Per una panoramica più completa, OECD, *The application of Economic instruments for environmental protection (summary and conclusions)*, Paris, 1989.

Ulteriore applicazione del principio è fornita dai permessi negoziabili, il cd. Emission Trading Scheme, strumento che, posto in essere nella realtà ecologicamente più evoluta degli Stati Uniti d'America fin dalla fine degli anni sessanta, ha permesso di sperimentare una diversa applicazione di tale principio, offrendo significativi spunti di riflessione per la successiva azione ambientale⁴³. I permessi negoziabili, assieme alle tasse ambientali, rientrano fra le cd. politiche incentive based. Rispetto alle politiche command and control, permessi e tasse non impongono un determinato comportamento alle imprese, ma ne influenzano i costi e/o i benefici in maniera tale da incentivarne un comportamento "virtuoso". La struttura teorica di riferimento coniuga i caratteri propri del sistema di regolamentazione diretta, in particolare la fissazione di standard, con una nuova realtà più sensibile alle esigenze del mercato; fissata la quantità massima di emissioni inquinanti attraverso un sistema di standard, l'organo pubblico competente deve prevedere una suddivisione in diritti d'inquinamento – intesi come livello massimo di scarico di sostanze nocive per ogni singolo inquinatore - che non deve superare, complessivamente, lo standard prefissato, cui attribuire un prezzo. Tali diritti rispecchiano quantità di emissioni compatibili con la capacità assimilativa dell'ambiente, inferiori alle quantità che gli operatori sverserebbero in assenza di controlli. Ogni singola impresa, in base ad una personale valutazione dei propri costi-benefici, deve stabilire la scelta fra l'acquisto dei diritti ovvero l'utilizzazione di tecniche alternative di produzione meno dannose, in grado di ridurre l'inquinamento, al fine di ottenere il risultato che sia, per ciascuna di esse, maggiormente conveniente⁴⁴. E' possibile, poi, procedere alla negoziazione di tali diritti, acquistandoli e rivendendoli sul mercato. Le imprese inquinanti hanno costi differenti per ridurre l'inquinamento. Gli inquinatori che sopportano per tale attività costi contenuti preferiscono procedere a tale riduzione piuttosto che acquistare i diritti, mentre accade il contrario per le imprese con costi di riduzione dell'inquinamento più elevati. Emerge così automaticamente un mercato, dove gli inquinatori con bassi costi vendono i permessi e quelli con costi elevati li acquistano. Tale sistema risulta positivo anche nell'ipotesi in cui subentrino nel mercato nuove imprese inquinanti. L'autorità regolatrice può, infatti, procedere a modifiche degli standard a seconda della condizione contingente del mercato e delle priorità di

⁴³ J.H. DALES, *Pollution, Property and prices*, Toronto, 1968; R. CELLERINO, *Diritti di inquinamento: lo strumento e le sue applicazioni*. in Riv. Dir. Fin.Sc.Fin., 1985, I, 352; ID, *Oltre la tassazione ambientale - Nuovi strumenti per il controllo dell'inquinamento*, Bologna 1993.

⁴⁴ L'ipotesi teorica prese in considerazione un territorio circoscritto, al fine di contenerne le emissioni in atmosfera, che, per opportuna semplificazione, si consideravano provenienti da un unico agente inquinante. La dottrina statunitense parla in proposito di bubble: il considerare, cioè, la zona in questione come isolata dalle altre attraverso, appunto una bolla. R. CELLERINO, *Diritti di inquinamento: lo strumento e le sue applicazioni*, cit., 355

volta in volta stabilite⁴⁵, gli eventuali aumenti di prezzo dei diritti stessi fungono da stimolo alla ricerca di nuove tecnologie ecocompatibili ovvero di incentivi alla depurazione⁴⁶. Il sistema è stato sottoposto a progressive modifiche, al fine di renderlo maggiormente compatibile con le doppie esigenze, ambientali e di mercato⁴⁷. Inizialmente, l'applicazione di tale sistema ha ottenuto dei significativi risultati in campo ambientale, che però ha poi subito una forte contrazione rispetto alle sue potenzialità intrinseche, per una serie di concause. Fra queste occorre rilevare una forte pressione dei gruppi ecologisti statunitensi, che hanno inteso il mercato dei diritti d'inquinamento come una "licenza ad inquinare", regolarmente attribuita a seguito di un semplice pagamento: tale mercato è stato identificato con una negoziabilità del bene ambiente tout court⁴⁸, appannaggio delle imprese inquinanti che – tra l'altro – possono agire nel mercato rivendendo il proprio diritto. Ma il limite difficilmente superabile di tale sistema si sostanzia nella necessità che il mercato delle emissioni è in grado di funzionare correttamente soltanto in presenza di controlli efficienti, che assicurino il rispetto da parte delle imprese degli standard prefissati. In caso contrario, le imprese non sono disposte a pagare ciò che altre sono in grado di ottenere gratuitamente, pur se in modo illegale⁴⁹.

L'Unione Europea, con Direttiva 2003/87/CE ha provveduto ad istituire un sistema di scambio di quote di emissione di gas a effetto serra all'interno dell'Unione Europea (European Emission Trading Scheme) al fine di contribuire ad un più efficace adempimento degli impegni assunti mediante un efficiente mercato europeo delle quote da parte degli Stati membri, con

⁴⁵ Nell'ipotesi in cui le autorità desiderino mantenere lo stesso livello complessivo di inquinamento, non emetteranno nuovi diritti e questi subiranno un aumento di prezzo a fronte di un aumento della domanda; nell'ipotesi in cui reputino possibile abbassare il livello di controllo procederanno meramente ad una nuova emissione; nell'ipotesi in cui reputino di dover inasprire lo standard prefissato l'autorità potrà acquistare una serie di diritti e ridurre conseguenzialmente l'offerta. D. PEARCE- R. KERRY TURNER, *Economia delle risorse naturali e dell'ambiente*, cit., 120.

⁴⁶ E. GERELLI(a cura di), *Ascesa e Declino del business ambientale*, cit., 33. evidenzia che tale schema teorico ha trovato negli anni settanta una concreta attuazione negli Stati Uniti ad opera della Environmental Protection Agency (EPA) relativamente alla riduzione del contenuto di piombo nella benzina. L'EPA stabilì le quote massime di piombo per ciascuna raffineria, prevedendo la possibile negoziazione di tali diritti, e fissò un termine massimo di due anni per ottenere la complessiva riduzione. Metà delle raffinerie prese parte allo scambio delle quote e, tenendo conto della facile controllabilità del piombo nella benzina, del numero ristretto delle imprese coinvolte e della vasta risonanza sociale del problema, fu possibile ottenere una rilevante riduzione delle emissioni da piombo. L'autore cita anche l'esempio della politica ambientale dell'EPA nel 1974 per negoziare i permessi per le emissioni in atmosfera, a seguito del fallimento del Clean Air Act del 1970, i cui standard non erano stati rispettati; per evitare che nuove imprese nascenti sul mercato portassero ad un rilevante aumento delle emissioni l'EPA stabilì la negoziazione di tali diritti fra le varie imprese.

⁴⁷ Cfr. D. PEARCE – R. KERRY TURNER, *Economia delle risorse naturali e dell'ambiente*, cit., 121. Viene rilevato che in tale seconda ipotesi è comunque insito il pericolo per cui l'autorità che stabilisce i diritti negoziabili possa reagire negativamente all'interferenza da parte dei gruppi ecologisti, con i quali appare fisiologica la contrapposizione degli interessi.

⁴⁸ Si veda l'attenta ricostruzione operata da M. MELI, Il principio comunitario "chi inquina paga", cit., 14, che alla nota 24, riporta l'intervento di A. HOPPE, *Il diritto di nubare in AA.VV.(a cura di G. ALPA – F. PULITINI – S. RODOTA' – F. ROMANI), Interpretazione giuridica ed analisi economica*, Milano, 1982, 622 che, in tono ironico, ipotizza l'esistenza di un ufficio federale delle autorizzazioni che, previo pagamento di una determinata somma di denaro, renda lecita ogni attività, dall'inquinamento al furto.

⁴⁹ Ancora R. CELLERINO, *Diritti di inquinamento: lo strumento e le sue applicazioni*, cit., 362: tale mercato è in grado di funzionare correttamente soltanto in presenza di una concorrenza perfetta, mentre, nell'ipotesi di mercato oligopolistico o monopolistico, è prevedibile il realizzarsi di pratiche speculative in grado di inficiarne il sistema.

la minor riduzione possibile dello sviluppo economico e dell'occupazione⁵⁰. La direttiva 2003/87/CE⁵¹ ha previsto l'istituzione, a partire dal 2005, di un sistema di scambio delle quote di emissioni di gas serra a livello comunitario, entrato a pieno regime nel 2008 in corrispondenza con l'avvio del primo periodo di adempimento del Protocollo di Kyoto.

Segue: vantaggi e svantaggi dei permessi negoziabili rispetto alla tassazione ambientale

Il sistema di scambio dei diritti di inquinamento può sortire risultati significativi nella lotta all'inquinamento sia dal punto di vista ambientale e sia economico. Il sistema europeo è entrato in vigore in ritardo, costituendo un serio problema, posta la sua incidenza sulle strategie delle imprese per la riduzione delle emissioni: a ciò si aggiunga che l'incertezza sulla politica perseguita disincentiva ulteriormente la partecipazione delle imprese, mettendo a rischio il funzionamento del mercato e, di conseguenza, gli obiettivi prefissati. Ogni azienda che ricada nei vincoli normativi citati ha diritto ad un determinato quantitativo di tonnellate di CO₂ autorizzate, che possono essere emesse nel corso dell'anno solare. Al termine di ogni anno, le emissioni effettivamente prodotte devono risultare in pareggio con quelle autorizzate: le aziende che abbiano rilasciato più emissioni rispetto alle quote possedute possono comprare le quote mancanti, con accordi bilaterali o su mercati organizzati⁵².

Nel marzo 2007 la Commissione UE ha sottolineato l'importanza di tale strumento di mercato, anche in riferimento ai tributi ambientali, nel Libro Verde sugli strumenti di mercato utilizzati a fini di politica ambientale e ad altri fini connessi. Le conclusioni della Commissione e del Consiglio Europeo suggeriscono che gli strumenti di mercato e le politiche fiscali possano

⁵⁰ Il sistema europeo di ET prevede la fissazione di un limite massimo (CAP) alle emissioni realizzate dagli impianti industriali che ricadono nel campo di azione della Direttiva, attraverso un Piano Nazionale di Allocazione (PNA) nel quale viene assegnato un certo numero di quote di emissioni a ciascun impianto che rientri nelle categorie previste dalla Direttiva. Ciascuna quota (European Unit Allowance) attribuisce il diritto ad emettere una tonnellata di biossido di carbonio equivalente in atmosfera nel corso dell'anno di riferimento o successivo; a partire dal 1 gennaio 2005, gli impianti che svolgono una delle attività previste dalla Direttiva ETS (combustione energetica, produzione e trasformazione dei metalli ferrosi, lavorazione di prodotti minerali, produzione di pasta per carta, carta e cartoni), possono esercitare la propria attività solo se muniti di un'apposita autorizzazione ad emettere gas serra rilasciata dall'autorità competente. In Italia le autorizzazioni sono state rilasciate con Decreti congiunti del Ministero dell'Ambiente e della tutela del Territorio e del Ministero delle Attività Produttive e la Direttiva è stata recepita con il D. lgs. n. 216 del 04 aprile 2006. Di cogente attualità la questione legata ai nuovi oneri previsti dal sistema Emission Trading, messo a punto dall'Europa per il raggiungimento degli obiettivi di Kyoto. B. POZZO (a cura di), La nuova direttiva sullo scambio di quote di emissione, Milano, 2003;

⁵¹ GU CE L 275 del 25 ottobre 2003, 3

⁵² Tale meccanismo si fonda su un regime di controllo delle emissioni rilasciate, che debbono essere comunicate ad una Autorità Nazionale, attraverso la redazione di un Bilancio annuale. A garanzia della corretta raccolta e presentazione dei dati di bilancio delle quote emesse, l'art. 15 della Direttiva 2003/87 prevede l'intervento di un verificatore esterno ed indipendente. Le quote di emissione effettuata, riportate sui Bilanci annuali di emissione, dovranno essere confrontate con i permessi conferiti all'impresa, al fine di accertare la effettiva posizione di debito o di credito della singola impresa.

giocare un ruolo decisivo nei prossimi anni per raggiungere gli obiettivi energetici ed ambientali comunitari. L'applicazione di strumenti economici può contribuire significativamente a correggere i fallimenti del mercato e per contribuire alla sicurezza dell'approvvigionamento, alla competitività e alla sostenibilità delle politiche energetiche. E' necessario distinguere tra i vari tipi di strumenti economici, poiché ad ognuno di essi sono collegati dei benefici ma anche dei potenziali costi. Si è già rilevato che, a livello europeo, gli strumenti di mercato più comunemente utilizzati sono le imposte, le tasse e i sistemi di permessi negoziabili, che, pur presentando un funzionamento analogo sotto il profilo economico, differiscono in alcuni aspetti essenziali. In primo luogo, l'Emission Trading, che può definirsi un sistema quantitativo offre certamente maggiore certezza sul conseguimento di obiettivi specifici, quale, ad esempio i limiti possibili di emissione, ferma restando la necessità, già rilevata, di controlli efficaci in merito all'osservanza delle disposizioni, rispetto all'utilizzazione di tributi; d'altro canto, gli strumenti fiscali in senso stretto risultano maggiormente certi per quanto riguarda il costo o il prezzo del conseguimento di un obiettivo, essendo, nel contempo, maggiormente semplici da gestire. Circa la produzione di gettito fiscale, i tributi – imposte e, in subordine, tasse – evidenziano tradizionalmente un'azione sinergica al fine della produzione del reddito e dell'influenza sui comportamenti dei contribuenti. I sistemi di permessi negoziabili, al contrario, possono produrre gettito soltanto qualora le autorità pubbliche realizzino un'asta relativa alle quote; in tal modo è possibile assimilarli alle imposte, mancando del tutto il carattere commutativo che tradizionalmente caratterizza le tasse, che si sostanziano nel pagamento di un servizio o di un costo chiaramente identificati e rappresentano un'entrata poco flessibile del bilancio pubblico. Tali caratteristiche hanno influenzato in maniera significativa l'utilizzazione a livello europeo degli strumenti di mercato e i settori in cui vengono utilizzati ed hanno favorito da un lato la realizzazione di un sistema di permessi negoziabili e dall'altro hanno spinto a porre in essere una serie di direttive in alcuni settori di elezione per la fiscalità, quale la direttiva sulla tassazione dei prodotti energetici, la cd. direttiva eurobollo, e alcuni provvedimenti nel settore dei trasporti.

Tali caratteristiche influenzano la politica ambientale europea e la scelta degli strumenti per il raggiungimento di determinati obiettivi. Di fronte alla necessità di coniugare obiettivi di natura ambientale con quelli di natura energetica e di sicurezza delle forniture, il loro ruolo e le politiche a cui hanno dato avvio sono sottoposti ad una ampia revisione.

L'Unione Europea, nell'incentivare tali strumenti deve poter sfruttare al meglio le potenzialità proprie di ciascuno, scegliendo attentamente i settori più adeguati per evitare sovrapposizioni. In linea di principio, le norme comunitarie che disciplinano l'adozione di

decisioni non dovrebbero essere determinanti in questo contesto, ma la vigenza della regola dell'unanimità in materia fiscale incide notevolmente e condiziona l'utilizzazione ai tributi, molto più vincolanti rispetto ad altri strumenti. Occorre, dunque, tener conto delle specifiche peculiarità di ciascun strumento, in modo da utilizzarli al meglio nel settore più adeguato ed evitare sovrapposizioni, nella consapevolezza che la regola dell'unanimità in materia fiscale comporta che le possibilità di ricorso alle imposte siano necessariamente diverse che per gli altri strumenti⁵³.

Conclusioni

Quanto rilevato evidenzia chiaramente la positività di 'utilizzo di strumenti economici per finalità ambientali; tale approccio è particolarmente rilevante in vista del raggiungimento degli obiettivi fissati nella Strategia europea sul cambiamento climatico e l'energia, che mira al raggiungimento del c.d. 20-20-20, con la riduzione delle emissioni nocive del 20% entro il 2020, l'aumento del 20% della quota di energia prodotta da fonti rinnovabili e il successivo incremento del 20% dell'efficienza energetica. E' compito delle politiche interne decidere quale debba essere il giusto equilibrio, nel sistema fiscale, tra incentivi e disincentivi; a livello europeo la politica fiscale deve fornire segnali adeguati per facilitare tale bilanciamento. L'Unione Europea si è dotata di una agenda integrata per le politiche energetiche e ambientali, con l'obiettivo di conciliare sicurezza dell'approvvigionamento, competitività e sostenibilità delle politiche energetiche con le politiche di salvaguardia dai cambiamenti climatici. In tale contesto, le politiche fiscali - la tassazione in particolare - insieme all'ulteriore affinamento del mercato di permessi negoziabili devono rivestire un ruolo essenziale. In questi ultimi anni ci sono stati grandi progressi nelle politiche dell'Unione Europea per la riduzione delle emissioni di gas serra. Si è puntato sulla creazione di un mercato delle quote al fine di stabilire un livello predeterminato di emissioni e offrire alle imprese uno strumento flessibile per il raggiungimento dei loro obiettivi, scegliendo se ridurre le loro emissioni o comprare i permessi da altre imprenditori. Il vantaggio della creazione dei mercati rispetto ad altri strumenti risiede nel fatto che garantiscono una relativa redditività: la presenza di piattaforme di scambio in diversi Paesi europei dimostra anche l'interesse degli operatori finanziari per il

⁵³ Gli strumenti di mercato presentano molteplici differenze anche in funzione del campo di applicazione: per il diritto comunitario, gli Stati membri possono adottare disposizioni nazionali per promuovere obiettivi diversi: un esempio significativo è offerto dal recupero dei materiali di imballaggio, la raccolta e il riciclaggio dei rifiuti di pile o la promozione dell'uso di pile contenenti sostanze meno inquinanti, attuando così il principio "chi inquina paga", nel rispetto degli obblighi imposti dal trattato CE. Si vedano in particolare le Direttive 94/62/CE sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio (in GU L 365 del 31.12.1994), modificata dalla direttiva 2004/12/CE (GU L 47 del 18.2.2004), in particolare l'articolo 15, ovvero la relazione della Commissione sull'attuazione della direttiva, COM(2006) 767

settore, permettendo quindi una diffusione degli scambi. Per assicurare maggiore credibilità al sistema occorre prevedere un più incisivo intervento sui diversi fronti d'azione del sistema e, in primo luogo, la Commissione dovrebbe richiedere maggiore coerenza dei PNA con la direttiva. Non c'è poi stato coordinamento nella diffusione delle informazioni riguardanti la restituzione delle quote: tale aspetto necessita di essere migliorato per la realizzazione di un mercato realmente efficiente. I PNA hanno mostrato, nella prima fase che si è appena conclusa, la loro importanza, evidenziando che allocazioni troppo generose possono danneggiare il mercato e impedire la realizzazione degli obiettivi della direttiva⁵⁴. Il ricorso ai meccanismi flessibili di Kyoto permetterebbe di impedire che l'obiettivo delle riduzioni abbia una connotazione meramente finanziaria, ossia l'acquisto delle quote dai Paesi dove le allocazioni sono state più "generose" o sono stati imposti limiti meno stringenti all'utilizzo delle quote, con il rischio concreto che la maggior parte delle azioni per la riduzione delle emissioni avverrebbe in Paesi terzi rispetto all'Unione, nonostante la disponibilità di quote in eccesso debba dipendere dai differenti costi marginali di abbattimento.

Tali rilievi trovano piena evidenza nel mercato interno. Il nostro ordinamento non ha provveduto ad adottare entro il termine prescritto tutte le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva comunitaria e per tale motivo è stata condannata per inadempimento dalla Corte di Giustizia Europea⁵⁵. L'attuale PNA ha evidenziato una serie di incongruenze, fra cui basti solo accennare a quella inerente l'industria della ceramica, settore tradizionalmente competitivo del mercato italiano. Tale industria in Italia è caratterizzata da un elevato numero di piccole imprese, con un impatto limitato sull'emissione di anidride carbonica, pari solo al 10% del totale degli impianti soggetti a ETS, responsabili, complessivamente, solo dell'1% delle emissioni inquinanti. L'Italia, tradizionalmente competitiva in tale settore, ha denunciato la concorrenza "sleale" delle imprese dei paesi extra-Ue produttori di piastrelle che non devono sottostare alle rigide normative ambientali sulle emissioni di anidride carbonica, che diverranno vincolanti nel sistema interno a partire dal 2013⁵⁶.

⁵⁴ V. JAZZETTI, La direttiva Emission trading e la sua attuazione in Italia: alcune osservazioni critiche al termine della prima fase, in Riv. Giur. Amb., 2008, n.2, 283, per cui in seguito bisognerebbe preoccuparsi di allargare il sistema in modo da comprendere altri settori e altri gas, per abbreviare le distanze tra gli obiettivi generali di riduzione dei gas serra e quelli dell'EU-ETS: ciò richiede però uno sforzo notevole da parte delle aziende per rispettare gli obblighi imposti.

⁵⁵ Corte di Giustizia, 18 maggio 2006, Causa C-122/05 Commissione contro Repubblica Italiana, in Racc., 2006, I-00065

⁵⁶ Si veda lo speciale pubblicato da Il Sole-24 ore del 29 settembre 2009, Industriali preoccupati per la rigidità delle norme comunitarie - Kyoto fa decollare i costi

Occorre una politica di revisione costante del sistema di scambio di quote di emissione dell'UE per colmare in modo efficace le lacune riscontrate nel periodo di prova. L'ETS mostra un campo di applicazione ristretto rispetto alle molteplici fonti di gas a effetto serra (GHG) e dei settori implicati: l'ETS deve concentrarsi soprattutto sulla messa all'asta delle licenze di emissione e su un tetto massimo di emissioni coerente con gli obiettivi fissati per il 2020, includendo diversi limiti quantitativi e criteri qualitativi per l'uso degli stanziamenti .

L'utilizzo di strumenti di mercato per finalità ambientali è sicuramente un'operazione complessa, che necessita di realizzarsi attraverso un'azione sinergica multilivello, che veda impegnati in primo luogo gli Stati, attraverso una politica centrale o locale. Dal protocollo di Kyoto ad oggi sono stati certamente compiuti primi significativi passi in tale direzione: occorre all'attualità incrementare nettamente una politica ambientale unitaria ai diversi livelli di Governo, imprescindibile per garantire la sopravvivenza stessa del Pianeta .

Innovazione e Diritto

La nuova disciplina delle partecipazioni “non finanziarie” al capitale delle banche: ovvero “prove” di recepimento della direttiva 2007/44/CE

Gennaro Rotondo

Sommario: 1. La regolamentazione degli assetti proprietari delle banche e il principio di “separatezza”. – 2. Le partecipazioni dei soggetti non finanziari e la direttiva 2007/44/CE (cenni). – 3. L’art. 14 della legge 28 gennaio 2009, n. 2 e il (tentato) recepimento della direttiva 2007/44/CE. – 4. Il Provvedimento del Governatore della Banca d’Italia del 21 maggio 2009 avente ad oggetto: “Direttiva 2007/44/CE in materia di acquisto di partecipazioni qualificate in banche, assicurazioni e imprese di investimento”. – 4.1. Partecipazioni soggette agli obblighi autorizzativi. – 4.2. I criteri per la valutazione dell’istanza di autorizzazione: dalla “reputazione” del candidato acquirente (di cui alla direttiva 2007/44) alla “competenza professionale” dei soci non finanziari (ex legge n. 2/2009). – 5. Osservazioni conclusive.

1. La regolamentazione degli assetti proprietari delle banche e il principio di “separatezza”:

In Italia, la regolamentazione degli assetti proprietari delle banche si è incentrata, fin dagli anni ‘30, sul mantenimento di una rigida “separatezza” ⁽¹⁾ tra banche e imprese non

⁽¹⁾ Tale principio era stabilito dall’art. 19 t.u.b., ma definito esplicitamente di «separatezza banca-industria» nelle Istruzioni di vigilanza, Tit. II, Cap. I, Sez. I, Par. 1, p. 1; in argomento v. COSTI, L’ordinamento bancario, Bologna, 2007, p. 331 s.; id., Banca e industria, in RISPOLI FARINA (a cura di), La nuova legge bancaria, Napoli, 1995, p. 115; BRESCIA MORRA, Commento sub art. 19, in CAPRIGLIONE (a cura di), Commentario al Testo Unico delle leggi in materia

finanziarie (invero, su entrambi i versanti partecipativi), una soluzione imposta dal peso che gli intrecci societari avevano avuto nella grave crisi economica di quel periodo ed assicurata, inizialmente, attraverso la normativa secondaria e, più di recente, per il tramite di esplicite previsioni legislative.

Si trattava, inoltre, di una disciplina fortemente condizionata dalla natura pubblicistica delle banche e la cui evoluzione è stata discontinua e sovente dettata da dinamiche contingenti ⁽²⁾. Lo dimostra principalmente il fatto che l'esigenza di formalizzare le regole per l'acquisizione di partecipazioni al capitale delle banche si è posta concretamente solo agli inizi degli anni '90, a seguito della privatizzazione delle banche pubbliche, trovando immediata risposta normativa nella legge n. 287/1990 che, oltre a disciplinare la materia (nella sede "impropria" della disciplina antitrust), ha cristallizzato per la prima volta a livello legislativo il principio di "separatezza".

Dopo reiterati interventi di modifica, le norme sulle partecipazioni al capitale delle banche sono state trasfuse nel testo unico bancario (d.lgs. n. 385/1993, in seguito solo "t.u.b.") ⁽³⁾ e in quella sede modificate, ancora, nel 2004 (per adeguarle alla riforma del diritto societario), fino a raggiungere l'assetto attuale che, per ragioni di varia natura, si sostanzia in un corpus normativo (primario e secondario) complesso, farraginoso ⁽⁴⁾ e, per alcuni versi, inefficace rispetto alle esigenze attuali di governo dell'economia.

Gli artt. da 19 a 24 del t.u.b., come è noto, predispongono un sistema di soglie rilevanti ai fini autorizzativi, di requisiti oggettivi e soggettivi per l'acquisizione di interessenze, di obblighi informativi e di sanzioni. In particolare, per quanto qui rileva, l'art. 19, prevedendo che le imprese industriali non potessero superare il 15% del capitale della banca partecipata o acquisirne il controllo, confermava la previsione legislativa del principio di "separatezza" fra industria e banca.

Rinviando ai numerosi contributi sul tema (da sempre all'attenzione della dottrina), qui ci si limita a ricordare come le disposizioni sulle partecipazioni delle imprese non finanziarie avessero, tra l'altro, le finalità di evitare indebite interferenze gestionali (causate da commistioni societarie) e di consentire alle banche di svolgere appieno la funzione di

bancaria e creditizia, Cedam, Padova, 2001, p. 159 ss.; BENOCCI, Fenomenologia e regolamentazione del rapporto banca-industria. Dalla separazione dei soggetti alla separazione dei ruoli, Pisa, 2007.

⁽²⁾ Sulla evoluzione della disciplina in materia di partecipazioni al capitale delle banche si rinvia, tra gli altri, a PATRONI GRIFFI, Commento sub art. 19, in BELLI, CONTENTO, PATRONI GRIFFI, PORZIO, SANTORO (a cura di), Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, Bologna, 2003, I, p. 288 ss.; MINERVINI, Dal decreto 481/1992 al testo unico in materia bancaria e creditizia, in Giur. comm., p. 826 ss.; id., Il vino vecchio negli otri nuovi, in Rispoli Farina (a cura di), La nuova legge bancaria, cit., p. 3 ss.; CAMPOBASSO, Le partecipazioni al capitale delle banche, in Banca, borsa, tit. cred., 1994, I, p. 295 ss.; GUACCERO, La partecipazione del socio industriale nella società bancaria, Milano, 1997; ANTONUCCI, Diritto delle banche, Milano, 2006, p. 165 ss.

⁽³⁾ Sul punto, v. BRESCIA MORRA, sub art. 19, cit., p. 159 ss. e la dottrina ivi richiamata.

⁽⁴⁾ In tal senso, v. anche PORZIO, Le imprese bancarie, Torino, 2007, p. 149 s.

valutazione del merito di credito dei soggetti finanziati, nel rispetto della “sana e prudente gestione” ⁽⁵⁾.

2. Le partecipazioni dei soggetti non finanziari e la direttiva 2007/44/CE (cenni).

Va detto che anche in materia di controllo degli assetti proprietari delle banche la normativa italiana trova la sua origine nell’ordinamento comunitario che, però, non prevedeva alcun limite partecipativo incentrato sulla natura dell’aspirante socio bancario ⁽⁶⁾. Pertanto, la disciplina italiana si presentava più restrittiva rispetto alle previsioni della seconda direttiva di coordinamento in materia bancaria (646/89/CE), il cui approccio mirava ad una armonizzazione “minima” lasciando spazio, appunto, a normative nazionali per alcuni versi più “rigide”.

La situazione cambia radicalmente con l’affermarsi del criterio dell’armonizzazione “massima” anche nell’ambito della disciplina comunitaria dei mercati finanziari. Così, quello che in passato era solo un “orientamento” di neutralità verso la natura dei futuri soci delle banche, con la direttiva 2007/44/CE ⁽⁷⁾ diviene un obiettivo, imposto a tutti gli Stati membri, finalizzato ad eliminare le differenze esistenti in materia tra le varie legislazioni nazionali.

In sostanza, le norme comunitarie hanno definitivamente “scollegato” la disciplina delle partecipazioni al capitale delle banche da criteri di qualificazione soggettiva dell’aspirante socio, rendendo così inapplicabile, di fatto, il limite del 15%, imposto dal t.u.b., all’acquisizione della proprietà bancaria da parte di imprese industriali.

La direttiva 2007/44 ha un impatto notevole sulla disciplina italiana delle partecipazioni al capitale delle banche producendo una serie di effetti ulteriori, oltre all’abolizione della soglia del 15%, sui quali ci si soffermerà in seguito (infra par. 4 ss.).

3. L’art 14 della legge 28 gennaio 2009, n. 2 e il (tentato) recepimento della direttiva 2007/44/CE

⁽⁵⁾ Finalità comune, peraltro, a quella, pur diversa, relativa alla partecipazione delle banche nelle imprese industriali; inoltre, evidenziava l’autonomia del criterio della sana e prudente gestione rispetto a quello della separatezza fra banca e industria (ora più che evidente), MANZONE, Partecipazione al capitale delle banche, in FERRO-LUZZI, CASTALDI (a cura di), La nuova legge bancaria, Milano, 1996, I, p. 348; in argomento v., diffusamente, PATRONI GRIFFI, Commento sub art. 19, cit., p. 301 s.; e CAMPOBASSO, Le partecipazioni al capitale delle banche, cit., p. 300.

⁽⁶⁾ Sul punto v. CAMPOBASSO, Le partecipazioni al capitale delle banche, cit., p. 302 ss.; PATRONI GRIFFI, Commento sub art. 19, cit., p. 302 ss.

⁽⁷⁾ Direttiva del 5 settembre 2007, che modifica la direttiva 92/49/CEE del Consiglio e le direttive 2002/83/CE, 2004/39/CE, 2005/68/CE e 2006/48/CE per quanto riguarda le regole procedurali e i criteri per la valutazione prudenziale di acquisizioni e incrementi di partecipazioni nel settore finanziario.

La direttiva doveva essere recepita nell'ordinamento italiano entro il 21 marzo 2009 e, in tal senso, sembrava avesse provveduto la legge 28 gennaio 2009, n. 2⁽⁸⁾ il cui art. 14 rimuove parte dei limiti contenuti nel t.u.b. e connessi alla natura non finanziaria del soggetto partecipante. La sensazione che fosse questo l'atteso provvedimento di recepimento della direttiva trova conferma nel dato testuale della rubrica di cui al medesimo art. 14: "Attuazione della direttiva 2007/44/CE sulla partecipazione dell'industria nelle banche [corsivo ns.]; disposizioni in materia di amministrazione straordinaria e di fondi comuni di investimento speculativi (cd. hedge fund)", la cui redazione è approssimativa, ma inequivocabile.

Venendo al dato normativo, l'art. 14, comma 1, della legge n. 2/2009, è intervenuto sull'art. 19 del t.u.b. abrogandone i commi 6 e 7 e sopprimendo al comma 8-bis le parole "e il divieto previsto dal comma 6": è stata così eliminata, in sostanza, la previsione legislativa della separazione tra imprese non finanziarie e banche.

La norma, tuttavia, non si limita a questo intervento di modifica della disciplina del t.u.b., ma prevede altresì che «ai soggetti che, anche attraverso società controllate, svolgono in misura rilevante attività d'impresa in settori non bancari né finanziari l'autorizzazione prevista dall'articolo 19 [...] è rilasciata dalla Banca d'Italia ove ricorrano le condizioni previste dallo stesso articolo e, in quanto compatibili, dalle relative disposizioni di attuazione». Essa, stabilisce, infine, che «con riferimento a tali soggetti deve essere, inoltre, accertata la competenza professionale generale nella gestione di partecipazioni ovvero, considerata l'influenza sulla gestione che la partecipazione da acquisire consente di esercitare, la competenza professionale specifica nel settore finanziario. La Banca d'Italia può chiedere ai medesimi soggetti ogni informazione utile per condurre tale valutazione».

Il primo dato che balza all'attenzione è la scadente fattura redazionale della disposizione la quale presenta ripetizioni e uso atecnico degli stessi termini con accezioni diverse nell'arco di poche righe ("gestione", "competenza"), il che non appare però un elemento di novità nella produzione legislativa degli ultimi anni e, quindi, potrebbe anche ritenersi aspetto poco rilevante ai fini della sua effettività normativa.

Inoltre, trattandosi con tutta evidenza di una disciplina diretta a capovolgere, almeno in apparenza, un "assioma" dell'ordinamento finanziario italiano – ossia la separazione banca-industria – è comunque compito dell'interprete provare a darne una lettura in relazione all'insieme delle disposizioni in materia di assetti proprietari delle banche⁽⁹⁾ e ai principi

⁽⁸⁾ "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, recante misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale".

⁽⁹⁾ Va ricordato che, per quanto riguarda il versante delle partecipazioni detenibili, disciplinate solo a livello regolamentare, è intervenuta la delibera del CICR del 29 luglio 2008, n. 276 che utilizza come parametro di

generali della regolazione dei mercati finanziari, seppure con tutti i limiti derivanti sia dalle caratteristiche della norma in questione (di cui si dirà a breve), sia dalla novità della stessa.

Non sembra si possa dubitare che attraverso l'abrogazione del comma 6 dell'art. 19, l'obiettivo principale della direttiva 2007/44 sia parzialmente raggiunto, seppure sarebbe stato più corretto, dal punto di vista sistematico, procedere alla riformulazione del medesimo art. 19 per armonizzare gli obblighi derivanti dalla normativa comunitaria con la disciplina complessiva del Capo III del t.u.b., come del resto era previsto in alcune delle proposte di recepimento della direttiva ⁽¹⁰⁾.

Conseguenza della scelta (se di scelta si può parlare) di recepire la direttiva al di fuori della sua sede naturale (il t.u.b.) è la previsione della necessità di concedere l'autorizzazione, nel rispetto della normativa vigente, ai soggetti non finanziari che intendono acquisire partecipazioni nel capitale di banche. Disposizione che appare tautologica, dal momento che l'elisione dei limiti partecipativi evidentemente non può dispensare le imprese non finanziarie dall'osservanza dei principi generali – e della relativa normativa secondaria – per l'acquisizione di tali interessenze.

In aggiunta, non v'è cenno, nell'art. 14, delle altre modifiche che la direttiva imporrebbe di apportare alla disciplina italiana (elevare al 10% la soglia minima rilevante, ecc.; cfr. art. 12 ss. direttiva 2007/44), per cui da questo punto di vista il recepimento si presenta incompleto.

Vi è, da ultimo, il capoverso finale del comma 1, il quale pone a prima lettura numerosi problemi, soprattutto perché rischia di vanificare uno degli obiettivi "dichiarati" della disciplina, ossia quello di «agevolare l'afflusso di capitali nel patrimonio delle banche» ⁽¹¹⁾.

Questa parte della norma prevede che i soggetti non finanziari, per acquisire partecipazioni nel capitale di una banca, debbano possedere una «competenza professionale generale nella gestione di partecipazioni» ovvero una «competenza professionale specifica nel settore finanziario». Requisito che va accertato dalla Banca d'Italia a cui viene attribuita specificamente la facoltà di acquisire informazioni per effettuare tale valutazione.

Una prima questione interpretativa attiene all'ambito di applicazione oggettivo della disposizione: non è chiaro, infatti, se essa concerna l'acquisizione di qualsiasi partecipazione o solo di quelle eccedenti determinate soglie quantitative (ad esempio, il "vecchio" limite del 15%) o di controllo.

riferimento il patrimonio della banca acquirente e non più quello della società partecipata (eliminando, quindi, i limiti previsti per le imprese non finanziarie), conformemente a quanto disposto dalla normativa comunitaria.

⁽¹⁰⁾ Si vedano, a tal fine, i lavori preparatori al d.l. 29 novembre 2008, n. 185, reperibili in www.senato.it.

⁽¹¹⁾ Cfr. la Relazione illustrativa al d.l. n. 185/2008, in www.senato.it.

L'opzione per l'una o l'altra soluzione ha, ovviamente, distinte conseguenze. Nel primo caso, si renderebbe estremamente gravoso il regime di acquisizione delle partecipazioni da parte di soggetti non finanziari, che dovrebbero possedere i requisiti richiesti anche per l'acquisizione di quote non rilevanti del capitale, con evidente disparità di trattamento rispetto agli altri potenziali soci, ma soprattutto con un palese scostamento dalle finalità della disciplina. In sostanza, la "separatezza" finirebbe per rientrare nel sistema dalla "tradizionale" finestra, ma con connotazioni anche più rigorose rispetto al passato.

Nella seconda ipotesi, ma il dato letterale non consente di confermarlo, dovrebbe essere la normativa secondaria a specificare nel dettaglio le soglie quantitative oltre le quali occorre possedere la "competenza professionale", con i conseguenti problemi di eccesso di delega (e di discrezionalità delle autorità di vigilanza), rispetto ad una formulazione così generica.

Per altro verso, si deve notare che, in virtù del rapporto di "genere" a "specie" che lega attività finanziaria e attività di assunzione di partecipazioni la previsione della competenza richiesta risulta "a rovescio": quella "generale" dovrebbe riguardare la professionalità nel settore finanziario e quella "specificata", piuttosto, la gestione di partecipazioni. Ma sembrerebbe, questa, una ulteriore conseguenza dello scarso spessore redazionale della disposizione in esame.

Ciò detto, la "competenza professionale", generale o specifica che sia, è evidentemente un concetto da implementare, al fine di dare effettività alla disciplina delle partecipazioni. Per un verso, la previsione di requisiti particolarmente rigorosi, circa l'esperienza nel settore finanziario che deve essere posseduta dai soggetti industriali, rischierebbe di "pietrificare" il sistema, impedendo l'acquisizione di interessenze alla maggior parte delle imprese non finanziarie interessate. È pur vero che molte grandi imprese possiedono articolazioni operative (o divisioni) finanziarie, ma nella migliore delle ipotesi si taglierebbero fuori le imprese medio-piccole (che pure potrebbero avere interesse ad investire per questa via liquidità in eccesso) o quelle semplicemente prive delle menzionate propaggini organizzative.

Una definizione più "leggera" dei requisiti di "competenza professionale" appare dunque preferibile, anche se in tal caso la norma finirebbe con l'aver scarsa effettività applicativa, considerato che la quasi totalità delle imprese non finanziarie si troverebbe nella condizione di poter acquisire interessenze nelle banche. Per ovviare al problema, una strada percorribile potrebbe essere quella di imporre all'aspirante socio industriale (o meglio, ai suoi esponenti aziendali) i requisiti di professionalità stabiliti dal t.u.b. e dalla normativa secondaria

per gli esponenti aziendali (delle banche). Ma si tratta di soluzione che richiederebbe, ovviamente, un rinvio esplicito all'art. 26 t.u.b. oppure la formulazione di un'apposita disposizione.

Da ultimo, una notazione di tecnica legislativa collegata, ancora, alla decisione di non "riscrivere" l'art. 19, limitandosi ad abrogarne i commi 6 e 7. Si tratta di una scelta, con buona probabilità inconsapevole (in questo caso), che si inserisce però in una deteriore tendenza "centrifuga" rispetto alla regolamentazione contenuta nei testi unici del settore finanziario. Sono numerosi ormai i casi di modifiche a norme di t.u.b. e t.u.f. che non avvengono attraverso la riformulazione delle stesse, ma con il permanere delle "nuove" disposizioni in impianti legislativi (sovente) di altra natura. Ne sta conseguendo una rinnovata frammentazione della disciplina primaria del settore finanziario che, anche a causa di una normativa secondaria sempre più complessa e stratificata, non può che andare a detrimento della linearità normativa e della coerenza sistemica dell'ordinamento finanziario.

Ma al di là di considerazioni tanto generali, appare evidente come la norma in esame sollevi numerosi profili problematici, specie a causa di una formulazione che (per fretta e approssimazione) non tiene in debito conto le esigenze di inquadramento di una modifica così rilevante negli assetti complessivi dell'ordinamento bancario.

In questo quadro, perverso già poco confortante, si viene a inserire il Provvedimento del Governatore del 12 maggio 2009.

4. Il Provvedimento del Governatore della Banca d'Italia del 21 maggio 2009 avente ad oggetto: "Direttiva 2007/44/CE in materia di acquisto di partecipazioni qualificate in banche, assicurazioni e imprese di investimento".

Il Provvedimento in questione consta di una breve parte introduttiva e di due allegati, il primo concernente "Disposizioni della direttiva 2007/44/CE, relativa a regole procedurali e criteri per la valutazione prudenziale di acquisizioni e incrementi di partecipazioni nel settore finanziario, di diretta applicazione alle banche e alle capogruppo di gruppi bancari" e il secondo di analogo oggetto, ma riguardante le società di intermediazione mobiliare.

Questo documento afferma, anzitutto, che la direttiva 2007/44 non è stata recepita entro la scadenza prevista del 21 marzo 2009, ma che, in considerazione del livello di dettaglio della disciplina comunitaria e sulla base di una «impostazione condivisa dal Ministero dell'Economia e delle finanze» le disposizioni della direttiva stessa hanno efficacia diretta nell'ordinamento italiano; «esse, pertanto, devono essere applicate anche se in contrasto o non previste dal quadro normativo nazionale allo stato vigente».

Già queste prime affermazioni pongono una serie di questioni che vanno dalla individuazione della natura giuridica del Provvedimento (normativa, di indirizzo, interpretativa?) al rapporto con la legge n. 2/2009, alle connessioni tassonomiche tra le fonti dell'ordinamento bancario (ad esempio, l'applicazione diretta della disciplina comunitaria – persino in contrasto con norme vigenti – è affermata da un provvedimento, sostanzialmente, amministrativo).

In definitiva, la situazione appare tutt'altro che fluida. Ma prima di provare a dare alcune risposte è opportuno esaminare quanto meno i principali contenuti del Provvedimento del Governatore con riferimento a talune integrazioni e “disapplicazioni” della disciplina vigente.

4.1. Partecipazioni soggette agli obblighi autorizzativi

La parte del Provvedimento che qui rileva è l'Allegato 1, relativo appunto alla partecipazione al capitale delle banche, che si apre con l'individuazione delle fattispecie partecipative da assoggettare agli obblighi autorizzativi.

La direttiva 2006/48 (artt. 12 e 19), come modificata dalla direttiva 2007/44, incide su alcune delle soglie rilevanti ai fini dell'autorizzazione ex art. 19 t.u.b., stabilendo che deve essere autorizzato chiunque (da solo o di concerto) intenda acquisire, direttamente o indirettamente, partecipazioni in banche o capogruppo che (considerate quelle già possedute) danno luogo: a) a una partecipazione pari o superiore al 10% ovvero al raggiungimento o superamento delle soglie del 20%, 33% e 50% del capitale sociale o dei diritti di voto; in verità, la direttiva prevede la soglia del 30%, ma consente al contempo la permanenza di quella del 33%, laddove presente nelle norme nazionali vigenti; b) alla possibilità di esercitare un'influenza notevole sulla gestione; c) al controllo.

Di conseguenza – si afferma nel Provvedimento – deve essere disapplicato l'art. 19, comma 1, nella parte in cui prevede l'autorizzazione per l'acquisto di una partecipazione superiore al 5% del capitale di una banca ⁽¹²⁾. Soglia che rimane ferma, tuttavia, ai fini degli obblighi informativi di cui all'art. 20, comma 1, t.u.b.

D'improvviso, il Provvedimento fa riferimento alla disciplina di attuazione in vigore e si “rammenta” che l'art. 14 della legge n. 2/2009, «al fine di dare prima attuazione alla direttiva 2007/44», ha abrogato i commi 6 e 7 dell'art. 19. Si riporta poi il contenuto della norma e si

⁽¹²⁾ Restano fermi gli obblighi di comunicazione previsti dalla Titolo II, Capitolo 1, Sezione III delle Istruzioni di Vigilanza vigenti; quelli relativi alle partecipazioni soggette ad obblighi autorizzativi si applicano con riferimento alle nuove soglie individuate dalla direttiva, cfr. Provvedimento, All 1, p. 1.

afferma, in maniera alquanto singolare, che «alle citate previsioni [ossia all'art. 14] si applica, ovviamente, quanto illustrato nella presente comunicazione» (corsivi ns.).

Si tratta con evidenza di una “disposizione” anomala perché va a invertire il normale nesso funzionale tra norme primarie e secondarie tipico delle fonti del settore bancario. Si dubita, però, fortemente che questo documento abbia efficacia normativa, quanto piuttosto interpretativa e/o “illustrativa” (come lo stesso Provvedimento afferma) delle norme comunitarie direttamente applicabili nell'ordinamento nazionale. E allora, visti anche gli ambiti di incidenza differenti, è normale chiedersi come possa “applicarsi” un provvedimento di indirizzo concernente la efficacia diretta di norme comunitarie ad una legge nazionale di recepimento delle norme medesime.

Il Provvedimento del Governatore fa poi riferimento alle modalità di calcolo delle soglie rilevanti, indicando i criteri previsti dalle norme comunitarie e le diverse ipotesi di esclusione dal computo dei diritti di voto, che si sostanziano nel non considerare le interessenze detenute temporaneamente, a fini di mera negoziazione e, comunque, quelle che non presentano una rilevante incidenza gestionale (in relazione ai criteri previsti dalla direttiva) ⁽¹³⁾.

4.2. I criteri per la valutazione dell'istanza di autorizzazione: dalla “reputazione” del candidato acquirente (di cui alla direttiva 2007/44) alla “competenza professionale” dei soci non finanziari (ex legge n. 2/2009).

Sulla base della normativa comunitaria ⁽¹⁴⁾, la Banca d'Italia deve valutare il progetto di acquisizione, al fine di tutelare la gestione sana e prudente della banca coinvolta, avvalendosi di precisi criteri: a) la reputazione del potenziale acquirente; b) la reputazione e l'esperienza dei soggetti che svolgeranno funzioni di amministrazione, direzione e controllo nella banca ⁽¹⁵⁾; c) la solidità finanziaria del candidato acquirente; d) la capacità della banca di continuare a rispettare le disposizioni di vigilanza; e) la verifica del rispetto delle norme in materia di riciclaggio di proventi di attività illecite o di finanziamento del terrorismo (v. direttiva 2005/60/CE).

Rinviando alla lettura del Provvedimento per l'analisi di tali criteri, qui ci si sofferma brevemente su quello sub a), poiché potrebbe fornire soluzione ad uno dei problemi sopra

⁽¹³⁾ Cfr. art. 12 della direttiva 2006/48 e artt. 9, 10 e 12, paragrafi 4 e 5, della direttiva 2004/109, ma sul punto si rinvia diffusamente al Provvedimento, All 1, par. 2, p. 2 s.

⁽¹⁴⁾ Cfr. art. 19-bis della direttiva 2006/48, inserito dalla direttiva 2007/44.

⁽¹⁵⁾ Per reputazione e esperienza degli esponenti aziendali si intendono i requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza di cui all'art. 26 t.u.b. Tale criterio trova applicazione nel caso in cui, a seguito dell'acquisizione della partecipazione, il potenziale acquirente sia in grado e intenda effettivamente nominare nuovi esponenti aziendali.

evidenziati in merito all'art. 14 della legge n. 2/2009, ossia la definizione della "competenza professionale" degli aspiranti soci non finanziari.

Appare evidente come l'organo di vigilanza debba valutare la "qualità" complessiva dell'aspirante socio e sembra potersi affermare che tale vaglio comprenda la verifica del possesso dei requisiti di onorabilità (di cui all'art. 25 t.u.b.), ma che debba estendersi anche alla correttezza nei comportamenti e nelle relazioni d'affari, nonché alla "competenza professionale", come del resto espressamente affermato dal Provvedimento del Governatore⁽¹⁶⁾. Tuttavia, non si può fare a meno di notare come, anche nella direttiva questo concetto sia generico e necessita, quindi, di ulteriore specificazione che, come già affermato, potrebbe ottenersi applicando anche agli esponenti aziendali (o alle maggiori cariche sociali) degli aspiranti soci industriali i requisiti di professionalità previsti dall'art. 26 t.u.b.

Il Provvedimento "illustra" poi la disciplina comunitaria della procedura di autorizzazione con particolare riguardo ai termini per la valutazione delle istanze di acquisizione delle partecipazioni. Rinviando, ancora una volta, al testo per gli opportuni approfondimenti, qui ci si limita a evidenziare la previsione di tempi piuttosto serrati e l'applicazione del silenzio-assenso a conclusione dell'istruttoria, ciò al fine di garantire certezza e maggiore celerità del procedimento⁽¹⁷⁾.

In chiusura, il par. 5 del Provvedimento "stabilisce" che «la disciplina comunitaria deve essere applicata nell'ordinamento italiano a partire dalla scadenza del termine per il suo recepimento» e che «le istanze di autorizzazione presentate dopo il 21 marzo 2009 saranno quindi esaminate modificando e/o integrando la disciplina vigente secondo quanto previsto nei precedenti paragrafi».

Anche in questo caso suscita alcune perplessità l'approccio utilizzato sia per la individuazione del momento di "entrata in vigore" della disciplina comunitaria nell'ordinamento nazionale, sia per l'auto-attribuzione della funzione di modifica/integrazione della normativa vigente, con buona pace della certezza del diritto per gli operatori e di almeno un paio di principi fondamentali dell'ordinamento giuridico.

Certo, è evidente (e del tutto condivisibile) l'intento di porre rimedio ad una situazione di stallo creatasi a seguito del "tentato" recepimento della disciplina comunitaria relativa a un settore delicato, come quello della regolazione degli assetti proprietari delle banche, proprio perché si va a "toccare" uno dei pilastri su cui si regge dall'inizio dello scorso secolo il sistema bancario italiano (la separatezza).

⁽¹⁶⁾ Cfr. Provvedimento, cit., p. 5, nota 10, cpv.

⁽¹⁷⁾ Cfr. Provvedimento, cit., p. 6 ss.

Poco condivisibili sono, invece, le modalità utilizzate che sembrano riproporre tentazioni autoreferenziali tipiche di un modo di “fare vigilanza” che si auspicava ormai superato per sempre. Non spetta certo alla Banca d’Italia porre rimedio alla “inconsistenza” di taluni legislatori, quanto piuttosto fungere da stimolo e dare supporto tecnico per la realizzazione di riforme del settore che consentano di evitare simili empasse.

5. Osservazioni conclusive (?).

I motivi per cui una norma dello Stato – l’art. 14 della legge n. 2/2009 – emanata espressamente per adempiere ad un obbligo di recepimento di direttive comunitarie, sia stata sostanzialmente ignorata da un provvedimento della Banca d’Italia sono palesi.

L’art. 14 è una disposizione mal scritta, del tutto scollegata dal tessuto normativo specifico (il testo unico bancario) e da quello generale (la disciplina del mercato finanziario). È norma incompleta nel suo (mal riuscito) tentativo di recepimento: non tiene conto di tutte le modifiche apportate dalla direttiva e, soprattutto, ignora che l’attuazione doveva riguardare anche società di intermediazione mobiliare e imprese di assicurazione. Pone, infine, una tale serie di problemi interpretativi e di contenuto da risultare, quasi certamente, inapplicabile (v. quanto già affermato infra par. 3).

Ecco perché la Banca d’Italia si è trovata costretta, in un certo senso, a ignorare il tentativo di recepimento avvenuto con la legge n. 2/2009 e a diffondere le “istruzioni” (in senso del tutto atecnico) per l’applicazione diretta delle disposizioni comunitarie.

L’art. 14, tuttavia, esiste ed è vigente. Se ne può, forse, ipotizzare la disapplicazione per contrasto con la direttiva, ma sicuramente non l’abrogazione per il tramite di un provvedimento amministrativo.

Quanto alla natura giuridica del Provvedimento appare arduo giungere a conclusioni univoche. Non sembrano esserci precedenti analoghi, se non ripensando magari all’esercizio delle tradizionali funzioni di moral suasion che però mai si sono estrinsecate in un provvedimento di tal genere.

Dunque, sulla base delle categorie generali, sembrerebbe trattarsi di un atto di indirizzo, privo di potere normativo, come confermerebbero anche i principi fissati dalla legge n. 262/2005 (c.d. legge sulla tutela del risparmio), ma al contempo vincolante per la stessa Banca d’Italia in quanto pur sempre diretto alle articolazioni organizzative di un’amministrazione statale.

Un complicazione (ulteriore), tuttavia, viene dalla stessa legge n. 262/2005 che ha spostato sensibilmente il baricentro di competenze e attribuzioni della Banca d’Italia verso una

gestione collegiale, con la conseguenza che il Provvedimento in esame, essendo di valenza generale (seppure di mero indirizzo), doveva forse essere adottato dal Direttorio. Si potrebbe azzardare che non potendo più farvi ricorso nell'attuale sistema ⁽¹⁸⁾, la Banca d'Italia (rectius il Governatore) abbia optato per l'inedita via di una moral suasion "formalizzata" per gestire una situazione di "emergenza" normativa. Ma i dubbi restano e di non poco momento.

Dunque, allo stato permane una situazione di aporia normativa, solo momentaneamente "tamponata" dal Provvedimento del Governatore in cui, per altro, la affermata condivisione di intenti con il Ministero dell'economia sembra avere più la finalità (politica) di attenuare "frizioni" istituzionali che quella di conferire effettività applicativa ad una disciplina contraddittoria e disorganica (l'art. 14).

Situazione che, chiaramente, può essere risolta solo con un intervento legislativo che elimini questa "prova" di recepimento e riporti l'attuazione della direttiva 2007/44 nelle sue sedi naturali (t.u.b., t.u.f. e codice delle assicurazioni). Con l'auspicio però che, stavolta, si affidi la scrittura delle nuove norme a estensori dotati delle necessarie competenze tecniche.

Sia consentita, in ultimo, una breve digressione per sottolineare come il quadro della disciplina qui esaminata sia reso ulteriormente complesso, se possibile, dagli effetti della crisi finanziaria.

È singolare notare, infatti, come la disciplina comunitaria venga ad inserirsi negli ordinamenti nazionali proprio in concomitanza con una serie di salvataggi bancari, interventi che in alcuni Stati sono giunti fino alla nazionalizzazione degli intermediari coinvolti, al punto da far paventare il ritorno dei ruoli (obsoleti) dello "Stato imprenditore" e dello "Stato proprietario", con tutti i problemi legati a tali categorie concettuali ⁽¹⁹⁾. Ma preme qui evidenziare, piuttosto, come la presenza dello Stato nel capitale delle banche risulti difficilmente conciliabile con il mantenimento di assetti di mercato concorrenziali e, soprattutto, con l'obiettivo perseguito dalla disciplina comunitaria di agevolare la partecipazione al capitale delle banche, anche da parte di soggetti non finanziari. Si deve auspicare, pertanto, che si tratti di soluzioni temporanee dettate dall'esigenza far uscire dalla crisi il sistema bancario senza ulteriori stravolgimenti e che, passata la fase di emergenza, si pervenga al pieno rispetto da parte di tutti gli Stati membri delle norme della direttiva 2007/44/CE ossia di quello che può essere definito come il nuovo "modello" comunitario di regolamentazione degli assetti proprietari delle banche.

⁽¹⁸⁾ In tal senso, cfr. MINERVINI, La Banca d'Italia, oggi, in Banca, borsa, tit. cred., 2007, I, p. 627 s.

⁽¹⁹⁾ In argomento, v. le riflessioni critiche di RISPOLI FARINA, Note a margine dei «Tremonti bond», in Le Società, 2009.

L'introduzione degli IAS/IFRS nel sistema delle imprese Italiane: scenari interni e prospettive di sviluppo.

Antonio Visconti

Premessa

Ormai da qualche anno hanno fatto ingresso nel sistema delle imprese Italiane i principi contabili Internazionali.

L'adozione di tali principi a livello interno promana da una chiara scelta del Legislatore Comunitario tesa allo stimolo dei processi di sviluppo e di integrazione delle imprese dell'unione, sia rispetto al mercato interno all'unione che a quello internazionale.

Non pochi sono i problemi che derivano dalla piena implementazione di tali metodologie contabili, tuttavia altrettante sono le opportunità che le stesse offrono agli operatori economici.

Il presente contributo ha lo scopo di fornire qualche spunto su quello che è l'impatto sul sistema economico derivante dall'introduzione degli IAS, anche rispetto ad altre disposizioni quali la CCCTB (Common Corporate Consolidated Tax Base) e il protocollo di Basilea II, nell'ottica comune che ha mosso tutte queste misure, ossia quella di individuare

nuovi strumenti che consentano di gestire e agevolare l'incessante processo di competizione internazionale a cui le imprese sono sottoposte.

1) Gli IAS quale strumento per addivenire all'armonizzazione delle basi imponibili tra i soggetti comunitari.

Il Legislatore Comunitario con il Regolamento (CE) n. 1725/2003 del 29.9.2003, ha disposto l'obbligo in capo a determinate tipologie di imprese di procedere alla redazione dei propri bilanci adoperando i criteri di valutazione e contabilizzazione internazionali cd. IAS/IFRS.

In particolare, in attuazione delle strategie di Lisbona, l'obiettivo sotteso all'introduzione di tale obbligo è rappresentato dall'esigenza di avviare un processo di armonizzazione della base imponibile delle società, al fine di garantire alle imprese Europee migliori e più consistenti occasioni di crescita, sviluppo e occupazione.

L'utilizzo degli IAS/IFRS può, infatti, far dialogare gli operatori economici dei Paesi Membri su una base comune, e quindi garantire migliori flussi di informazioni tali da spingere l'integrazione e la crescita delle imprese anche al di fuori dello stesso territorio comunitario.

Inoltre, a livello di sistema, l'adozione degli IAS/IFRS rappresenta un primo passo verso quello che è uno dei maggiori progetti di armonizzazione e integrazione dei trattamenti fiscali riservati ai soggetti residenti negli stati membri, ossia, quello di procedere alla definizione di una base imponibile uniforme per le società europee, c.d. CCCTB.

Già dal 2001, infatti, la Commissione europea ha avviato una serie di progetti finalizzati proprio alla riorganizzazione dell'imposizione delle società nel mercato interno (SEC/2001/1681).

In particolare, a seguito di tali attività, sono state individuate alcune possibili strategie attraverso cui addivenire ai suddetti obiettivi. In particolare, nell'ambito di tali attività, sono emersi i seguenti progetti: l'Home State Taxation, ossia, la possibilità di procedere alla tassazione delle società di un gruppo, esclusivamente con le regole previste per la tassazione della casa madre; la Common Corporate Consolidated Tax Base, rappresentata dalla creazione di un unico meccanismo comune di regole di determinazione della base imponibile per tutte le società di rilevanti dimensioni operanti a livello comunitario. In particolare questa prevederebbe la riattribuzione delle quote di reddito alle singole partecipate, come definite in maniera unitaria, e la loro successiva tassazione all'interno di ogni singolo stato membro con

le aliquote proprie di ognuno; la European Union Corporate Income Tax, ossia la creazione di una vera e propria imposta comunitaria, con aliquota e basi imponibili uniche; la Single compulsory harmonised tax base, vale a dire una base imponibile armonizzata obbligatoria per le imprese che sostituirebbe le basi imponibili nazionali.

Tuttavia, tra queste diverse soluzioni ipotizzate, nel 2003 la Commissione europea ha deciso di puntare principalmente sulla Home State taxation e sulla CCCTB in quanto strumenti di più facile applicazione, anche in virtù della vigente formulazione del Trattato in materia di riserve di poterne degli stati nell'ambito della fiscalità diretta.

In particolare, per quanto attiene la Home State taxation, questa è stata ritenuta la strada più conveniente per l'attuazione dei processi di ravvicinamento delle basi imponibile delle piccole e medie imprese, in virtù della più semplice attuazione di questa, basata sul reciproco riconoscimento da parte delle legislazioni degli stati membri, in virtù dell'attuazione di un concetto allargato di beneficiario effettivo.

Per quanto attiene la CCCTB è stata ritenuta la soluzione più in linea con le esigenze delle imprese multinazionali.

Come in parte sopra accennato, la CCCTB prevede la elaborazione a livello comunitario di una sola base imponibile consolidata, di natura opzionale, rispetto a quella previste dai singoli ordinamenti.

Tale base imponibile così determinata dovrebbe essere poi suddivisa tra i diversi Stati membri interessati per la tassazione, con le aliquote proprie, nello Stato di residenza della controllata.

Il collegamento tra la CCCTB e i principi contabili internazionali (IAS-IFRS) è posto in essere per la prima volta nel 2003 dalla Commissione in un documento dal titolo "IAS come punto di partenza?".

Successivamente, nel 2004, con l'istituzione di Gruppi di lavoro aventi ad oggetto lo sviluppo applicativo della CCCTB, si è proceduto ad approfondire il tema relativo ai rapporti tra i principi contabili internazionali e la determinazione della base imponibile e più specificatamente la possibilità di utilizzare le regole di valutazione insite nei principi contabili internazionali quali criteri di determinazione dell'imponibile fiscale.

In particolare, nell'ambito delle proprie attività, la Commissione europea col documento n. 157/2006 ha chiarito che pur non volendo vincolare il progetto europeo di base imponibile comune consolidata ai principi contabili internazionali, gli stessi possono

rappresentare un valido strumento interpretativo e di supporto per la definizione delle categorie impositive da prendere in considerazione.

Tuttavia, al di là delle dichiarazioni fatte, ciò che emerge rilevante dalla comunicazione della Commissione è il l'intenzione di stabilire nell'ambito del progetto della base imponibile comune, un legame indissolubile tra il risultato d' esercizio da un punto di vista civilistico e la determinazione della base imponibile. In altre parole, il modello previsto dalla Commissione europea facendo proprio il principio di dipendenza del reddito fiscale dal reddito civilistico contabile, determina l'inevitabile conseguenza che il secondo assuma le categorie del primo quali fatti indice della forza contributiva dell'impresa, e quindi determinando a livello comunitario un unicum tra principi contabili e imponibili fiscali.

In ogni caso, un forte limite alla diffusione e alla facilità di fruizione dei principi che verranno stabiliti in sede di attuazione della CCCTB, sta sicuramente nel fatto che ad oggi non tutti i paesi comunitari hanno posto l'obbligo di adozione dei principi contabili internazionali a favore delle medesime tipologie di soggetti.

Ne consegue, pertanto, che ai risultati civilistici determinati secondo i differenti principi contabili locali, dovranno essere apportate le variazioni su determinate fattispecie reddituali (cd. key elements) al fine rispettare le disposizioni volte a determinare una base imponibile consolidata comune.

Sulla base di quanto testé considerato, sebbene la Commissione non abbia apparentemente legato l'attuazione della CCCTB con l'adozione di principi contabili comuni, appare evidente che l'unica strada concreta da percorrere al fine di poter addivenire a dei meccanismi di tassazione su base comune, e quindi al conseguimento dei vantaggi collegati, sia proprio rappresentata dall'esigenza di stabilire dei meccanismi contabili comuni, almeno per quei soggetti verso i quali tali uniformazioni sono imposte dal mercato oltre a rappresentare per loro concreti elementi per agevolare lo sviluppo e la crescita competitiva.

2) L'adozione degli IAS a livello interno: semplificazione attraverso la derivazione rafforzata.

Con il Regolamento CE n. 1606 del 2002 in materia di armonizzazione contabile, la Commissione europea nell'ottica dell'integrazione del mercato comune ha avviato un passo importante nel processo di integrazione dei mercati finanziari dei singoli Stati membri.

In particolare, tale Regolamento oltre ad introdurre l'obbligo a carico delle imprese operanti sui mercati finanziari di procedere all'adozione dei principi contabili Internazionali (cd. IAS), ha altresì disposto che gli Stati membri debbano prescrivere l'applicazione dei principi

contabili internazionali (IAS/IFRS), emanati dallo IASB (International Accounting Standard Board) ed omologati in sede comunitaria dai vari Regolamenti della Commissione, secondo la procedura di cui all'art. 6 del citato Regolamento n. 1606 (c.d. endorsement mechanism), nei bilanci consolidati delle società non quotate e nei bilanci d'esercizio delle società quotate o non quotate.

Il legislatore italiano ha dato eco a tali disposizioni con il D.Lgs. 28 febbraio 2005, n. 38.

Gli artt. 2, 3 e 4 del citato decreto n. 38 individuano le varie categorie di soggetti interessati all'applicazione dei principi contabili internazionali ai fini della redazione del bilancio consolidato e di quello individuale e le relative decorrenze.

In particolare, per quanto attiene il bilancio consolidato, è stato previsto l'obbligo di applicazione degli IAS/IFRS, sia per le società quotate, che per le società aventi strumenti finanziari diffusi presso il pubblico in misura rilevante, le banche e gli intermediari finanziari vigilati, le società finanziarie e le imprese di assicurazione.

Mentre, per quanto attiene le imprese che redigono il bilancio individuale, l'obbligo di applicare gli IAS/IFRS è stato previsto a carico di: società quotate, banche e intermediari finanziari vigilati, società aventi strumenti finanziari diffusi presso il pubblico in misura rilevante; nonché imprese di assicurazione che emettono strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in mercati regolamentati di qualsiasi stato membro dell'U.E. e che non redigono il bilancio consolidato.

Per tutte le altre imprese, l'applicazione degli IAS/IFRS è comunque ammessa, ad eccezione dei bilanci individuali delle imprese di assicurazione diverse da quelle teste menzionate nonché delle imprese che redigono il bilancio in forma abbreviata (ex art. 2435-bis del cod. civ.) per le quali è previsto il divieto di applicare gli IAS nella redazione del bilancio.

La scelta del legislatore italiano, come appena visto, è stata quella di includere nell'alveo dei soggetti tenuti all'adozione dei nuovi principi contabili una molteplicità di categorie di imprese oltre a quelle con obbligo del consolidato a cui gli stessi sono originariamente demandati.

Tale scelta, unita alle recenti novità in materia fiscale (L. 244/2007) che hanno introdotto a carico di detti soggetti un meccanismo di tassazione basato sul principio della "derivazione rafforzata" del reddito fiscale dal risultato di bilancio, impone l'obbligo di comprendere quelli che sono i principi cardinali sottesi alla redazione del Bilancio

Fatta questa premessa di carattere soggettivo, al fine di comprendere la reale portata dalle novità recate dalla L. 244/2007 aventi ad oggetto l'introduzione del principio della cd.

“derivazione rafforzata” dell’imponibile fiscale dall’utile di bilancio per i soggetti che adottano i suddetti principi fiscali, appare necessario procedere ad analizzare quelle che sono le differenze strutturali tra i “nuovi” principi contabili internazionali e i “vecchi” principi contabili interni.

Come noto, il bilancio d’esercizio nella sua impostazione tradizionale è volto ad esporre la situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell’impresa nell’obiettivo di rappresentare con prudenza la ricchezza generata dall’impresa e la sua capacità di conservarla.

Tra i vari principi espressi dal legislatore (buona fede, ragionevolezza, etc.), di sicuro quello della “prudenza” rappresenta lo strumento basilare per attuare i suddetti obiettivi.

Lo stesso trova poi la propria realizzazione concreta, per quanto attiene lo stato patrimoniale, nel criterio del “costo storico” quale limite insuperabile nella valutazione delle poste, mentre, relativamente alla costruzione del conto economico, nella asimmetria esistente tra la valutazione dei componenti negativi e quelli positivi, ove per i primi è fatto obbligo di esposizione oltre che per i componenti certi anche quelli probabili, mentre per i secondi occorre rilevare solo quelli certi e obiettivamente determinabili.

Per quanto riguarda invece i principi contabili internazionali, questi sono strutturati su un sistema che ha come obiettivo quello di tutelare l’interesse degli investitori in un’ottica che li aiuti a decidere se comprare, mantenere, a vendere le quote di partecipazione o gli altri strumenti rappresentativi del capitale della società. In particolare, obiettivo informativo principale del bilancio redatto secondo gli standard internazionali è rappresentato dall’esigenza di fotografare la capacità che la società ha di creare e distribuire dividendi.

Criteri cardine sui quali si basa l’elaborazione del suddetto bilancio sono rappresentati dalla valutazione degli “asset” patrimoniali al cd. fair value, ossia sulla base di un criterio tendente ad esprimere costantemente il valore effettivo dei beni posseduti, e dalla rappresentazione delle poste correnti privilegiando la sostanza alla forma dei negozi posti in essere (ad esempio: una compravendita si considera realizzata, e dunque da contabilizzare, non nel momento in cui si realizza l’effetto traslativo del contratto, ma in quello in cui si ottiene la materiale disponibilità del bene).

Fatte queste premesse di ordine sistemico, procediamo ad analizzare lo scenario normativo attualmente vigente per quanto attiene le tecniche e i procedimenti di determinazione della base imponibile fiscale per i soggetti che per obbligo e per scelta adottano per i principi contabili internazionali per la redazione dei loro bilanci.

Con la recente legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Finanziaria 2008) il Legislatore ha modificato la disciplina relativa alla determinazione del reddito di impresa per i soggetti IAS rispetto al sistema previgente, disciplinato dal D.Lgs. 28 febbraio 2005, n. 38.

Per effetto di tale modifica, si è passati dal previgente “regime di neutralità”, che mirava ad assicurare una sostanziale “parità di trattamento” ai fini fiscali tra le imprese che adottavano gli IAS a quelle che, invece, continuavano ad applicare i principi contabili nazionali, attraverso una riqualificazione delle poste IAS sulla scorta dei principi contabili nazionali e al successivo assoggettamento alle norme previste dal TUIR su queste parametrato dando così vita ad un “doppio binario” di valori; in favore del nuovo principio di “derivazione pura” o “derivazione rafforzata”, il quale, prevedendo la rilevanza degli IAS anche ai fini fiscali, è diretto a semplificare i criteri di determinazione del reddito di impresa per i soggetti IAS, eliminando l’effetto duplicazione.

Tale passaggio è sancito dalla nuova formulazione dell’art. 83 del TUIR, il quale, nell’ultimo periodo, stabilisce che “per i soggetti che redigono il bilancio in base ai principi contabili internazionali di cui al regolamento (CE) n. 1606/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 luglio 2002, valgono, anche in deroga alle disposizioni dei successivi articoli della presente sezione, i criteri di qualificazione, imputazione temporale e classificazione in bilancio previsti da detti principi contabili”.

Tuttavia, il principio di neutralità non scompare del tutto dal sistema di determinazione del reddito di impresa dei soggetti IAS, in quanto sopravvive relativamente al trattamento fiscale applicabile in sede di prima applicazione dei principi contabili internazionali (cd. first time adoption - FTA).

L’art. 1, comma 59, della Finanziaria 2008 ha stabilito, infatti, che resta ferma l’applicazione delle disposizioni dell’art. 13 del D.Lgs. n. 38/2005 in materia di trattamento fiscale applicabile in sede di transizione ai principi contabili internazionali.

Pertanto, anche in vigenza del nuovo sistema di determinazione del reddito di impresa, per i soggetti IAS rimane ferma la disciplina di neutralità fiscale prevista per la FTA fino al 31 dicembre 2007, con l’evidente intento di non penalizzare quelle imprese che, adottando il criterio di valutazione del fair value, vedono emergere nel primo bilancio redatto in base agli IAS plusvalenze patrimoniali prima di allora solo latenti.

Come indicato dalla relazione governativa al Decreto, con tale scelta si è quindi inteso equiparare lo stato dei soggetti che adotteranno gli IAS dall’esercizio 2008 a quelli che li hanno adottati negli esercizi precedenti.

Il Legislatore, inoltre, al fine di garantire la concreta attuazione delle disposizioni recate dalla finanziaria 2008 in materia di derivazione rafforzata, ha previsto con l'art. 15 del D.L. 185/2008, previo versamento di un'imposta sostitutiva, un complesso meccanismo che consente il riallineamento delle divergenze tra valori civili e fiscali generatesi nella fase di vigenza del doppio binario.

Tuttavia, come chiarito anche in un recentissimo intervento dell'Agenzia delle Entrate (C.M. n. 33/E del 2009), il nuovo regime fiscale per i soggetti che adottano i principi contabili internazionali, basato come detto sulla "derivazione rafforzata" dell'imponibile dal reddito civilistico, non elimina tutte le possibili divergenze tra i valori civili IAS e quelli fiscali.

In particolare, danno vita a fenomeni di disallineamento: gli ammortamenti dei beni materiali deducibili nei limiti dei coefficienti tabellari, gli ammortamenti di taluni beni immateriali (avviamento) deducibili extra-contabilmente, gli accantonamenti al TFR deducibili nei limiti previsti dalle specifiche disposizioni di legge, e altre poste.

Come chiarito dalla medesima circolare, le divergenze strutturali che traggono origine dalle regole fiscali previste dalla vigente formulazione degli artt. 83 e ss. del TUIR, non sono riallineabili attraverso la predetta imposta sostitutiva, la quale tra l'altro ha carattere transitorio, ma importeranno un'inevitabile onere di gestione di un doppio binario duraturo e crescente.

3) Il rapporto tra Basilea 2 e gli IAS-IFRS.

Basilea 2 e gli IAS-IFRS, rappresentano entrambi strumenti finalizzati a garantire alle imprese un maggiore supporto nella sfida dell'internazionalizzazione dei mercati.

Entrambi, sebbene introdotti in virtù della spinta comunitaria, hanno un ambito applicativo che va al di là sia dell'area Euro sia dell'UE, e per questo mirano a favorire la diffusione di prassi gestionali e di assetti organizzativi più razionali, trasparenti ed efficienti, soprattutto presso i grandi operatori economici (società quotate, banche e intermediari finanziari).

Passiamo di seguito a trattare i profili di specificità di ognuno, al fine di poterne cogliere al meglio quelli che sono i molteplici elementi di contatto e cercarne di ipotizzare, ove possibile, di ulteriori.

Per quanto attiene Basilea 2, è noto come l'obiettivo di tali disposizioni sia rappresentato dall'esigenza di trovare strumenti che meglio e più attendibilmente rappresentino il patrimonio degli intermediari finanziari al fine di farne meglio comprendere la capacità di provvedere alla copertura dei rischi e alla tutela della loro stessa stabilità gestionale.

L'affinamento degli strumenti che consentono di determinare l'impiego patrimoniale quale rapporto tra questo e la rischiosità degli assets, unitamente all'allargamento dei processi cognitivi riferiti alle tipologie di rischio cui tali enti sono sottoposti (rischio operativo, rischio di concentrazione, etc., prima non considerati), costituisce un fatto altamente innovativo, in quanto, tende a diffondere conseguenze di grande rilievo sulla gestione bancaria, sulle modalità di funzionamento delle relazioni tra banche e imprese, sulla governance stessa delle imprese, sulle politiche del credito e così via.

Le banche infatti rappresentano fondamentali pilastri dell'economia che negoziano ed emettono strumenti finanziari, fanno nascere e scomparire aziende, sono a loro volte protagoniste dei mercati finanziari, partendo da tali consapevolezza, ci si è resi conto che non è più possibile che tali soggetti si autoregolamentino esponendo milioni di soggetti a possibili devianze che inevitabilmente possono generarsi all'interno di quelle che sono in ogni caso a loro volta delle "aziende".

Parallelamente sono stati introdotti una serie di strumenti tesi al miglioramento dell'informativa verso gli investitori esterni, con particolare riferimento alle tipologie di rischio che maggiormente caratterizzano gli intermediari finanziari ed al loro impatto sulla redditività e sulla consistenza patrimoniale.

Nel complesso, quindi, Basilea 2 può essere sì concepito come un processo di graduale affinamento delle logiche di prudenza gestionale cui si ispirano le norme di vigilanza, ma anche e soprattutto come un grande processo di riavvicinamento dei sistemi bancari dei Paesi progrediti, verso quelli che sono i migliori standard di analisi, gestione e comprensione possibili, tali da rendere più sicura e meglio fruibile per gli investitori e per le aziende, la possibilità di operare sui mercati globali.

Pertanto sebbene Basilea 2 nasce sulla spinta di razionalizzare e migliorare la vigilanza sul sistema bancario e di aumentare le garanzie e gli strumenti di tutela per gli investitore, la stessa, data la sua accezione e il suo impiego globale, finisce per essere un importantissimo strumento per la costruzione dei processi di globalizzazione dei mercati.

Passando alla trattazione delle motivazioni sottese all'introduzione degli IAS, al di là delle valutazioni di ordine tecnico-giuridico innanzi svolte, avendo dunque come angolo di visuale quello relativo alla comprensione delle ragioni di ordine sistemico, è verosimilmente possibile affermare che l'applicazione dei nuovi principi contabili appare determinata dal ruolo centrale assunto dai mercati e dal business finanziario nell'ambito del panorama economico globale.

In altri termini, tale strumento appare essere la risposta alla sempre crescente esigenza delle imprese e degli investitori dei diversi paesi di poter operare sui mercati economici e finanziari dei diversi paesi, utilizzando un linguaggio unico che consenta loro di ridurre le incertezze operative e migliorare le occasioni di operatività.

E' sotto gli occhi di tutti il fatto che gli IAS-IFRS più che esser diretti a fornitori, dipendenti, creditori e così, come lo sono ad esempio i nostri principi contabili nazionali, risultano invece orientati a fornire informazioni investitori e agli analisti di mercato, in una sempre più marcata ottica di centralità del mercato finanziario all'interno dell'universo economico.

Il sopra menzionato passaggio dalla valutazione dei costi a quella dei valori, dalla prudenza e dalla cautela al fair value, sono l'innegabile sintomo di una rivoluzione copernicana in atto che sta spingendo i processi di cognizione dell'impresa come realtà statica e patrimoniale verso una visione dinamica, finanziaria e intangibile della stessa.

Infine è di immediato riscontro il fatto che tra i soggetti destinatari a "titolo originale" dei suddetti strumenti contabili vi sono proprio gli intermediari finanziari, i soggetti quotati, oltre che i grandi gruppi di imprese, ove tra l'altro i soggetti in tal senso più vivaci sono proprio quelli bancario-assicurativi.

Dall'insieme delle considerazioni testé svolte, appare sempre più evidente come i differenti motivi sottesi all'avvio di Basilea 2 e degli IAS-IFRS, siano oramai sempre più ravvicinati, quasi unici, ossia entrambi tesi alla creazione e all'integrazione dei processi di evoluzione dei mercati finanziari e dei grandi soggetti, emittenti ed intermediari, che su tali mercati operano e si confrontano.

In conclusione, quindi, è possibile affermare che l'introduzione di Basilea 2 e degli IAS-IFRS, sebbene per ora da più parti criticati in virtù dei costi attuativi e delle complessità gestionali derivanti, rappresentano un fondamentale contributo ai processi di miglioramento e uniformazione delle prassi e delle culture aziendali e conseguentemente garantiscono, attraverso la maggiore efficienza e trasparenza di cui sono portatori, un sicuro e prezioso stimolo ai soggetti coinvolti negli oramai inevitabili processi di espansione e crescita internazionale.

Inoltre, non può essere sottaciuto il contributo che tali strumenti stanno dando al tessuto delle PMI Italiane, nel senso dell'arricchimento di queste di tutti quegli strumenti di ordine finanziario e informativo tali da far loro iniziare il processo di superamento di tutti quei limiti organizzativi e strutturali che le stanno tenendo fuori dal panorama internazionale.

Conclusioni

Dalle pagine precedenti se ne evince che sia il Legislatore comunitario che quello nazionale hanno avviato misure utili a sostenere le imprese nell'attuale scenario economico.

L'esigenza di operare su nuovi mercati e la possibilità di non trovare ostacoli (o di cercare di diminuirli) nei processi di internazionalizzazione rappresentano condizioni essenziali e imprescindibili per le imprese.

Gli IAS possono rappresentare un utile strumento per stimolare e consolidare i processi di crescita e di sviluppo delle imprese.

In questo il Legislatore Italiano, accelerando su di una loro introduzione ad ampio raggio, si è dimostrato lungimirante.

Resta tuttavia aperte a danno delle imprese una serie di problematiche di carattere applicativo che vanno al più presto risolte, al fine di garantire quella "certezza delle regole del gioco" che rappresenta un ulteriore corollario di cui necessitano le imprese per la realizzazione dei succitati processi.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE:

- L. Kovács, le prospettive della CCCTB, in RassTrib. 3/2008;
- S Nanni, Basilea 2 guida operativa, Maggioli editore 2008, p. 71 e ss.;
- A Vicini Ronchetti, Legge Finanziaria 2008 e principi IAS/IFRS, in RassTrib. 3/2008;
- G. Zizzo, L'ires e i principi contabili internazionali, in RassTrib. 2/2008;
- A, Lucarelli, Doppio binario e derivazione forte. In mezzo c'è il riallineamento, in Fiscooggi del 10.7.09;
- M Leo, Le imposte sui redditi nel testo unico, Giuffré;
- M. Damiani, La fiscalità delle Transazioni tra soggetti IAS e non IAS, in CorrTrib. 5/2009;
- L. Miele, Criterio della prevalenza della sostanza sulla forma e imponibile IRES per soggetti IAS, in CorrTrib. 5/2009;
- Common Consolidated Corporate Tax Base: le novità per la tassazione consolidata delle imprese UE di Piergiorgio Valente e Caterina Alagna - Commercio Internazionale n. 10/2007;
- La ricerca "Modelli di tassazione delle società e allargamento dell'Unione Europea": Augusto Fantozzi ricerca del Ceradi LUISS Guido Carli.

La responsabilità per danno ambientale: recenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali

Ernesto Aceto

Introduzione - Il tema della politica ambientale rappresenta uno dei pilastri fondamentali della politica comunitaria ed infatti, l'Unione Europea sta cercando di attuare una politica ambientale uniforme all'interno degli Stati membri, seppure con diverse difficoltà causate dal fatto che in precedenza ogni ordinamento aveva una propria normativa di "tutela ambientale".

Quanto alla nascita del rinnovato interesse del legislatore verso i temi della politica ambientale esempio emblematico è rappresentato dalla stessa evoluzione registratasi nella nostra Carta Costituzionale in seguito alla modifica del 2001; si è passati da riferimenti generici all'ambiente di cui all'art. 2, 9 e 32 della Costituzione ad una esplicita previsione di tutela ambientale.

Ed infatti, con la legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3 nel novellato articolo 117 della Costituzione il legislatore costituzionale ha fatto esplicito riferimento, nel comma 2 lettera s), alla tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali come materia espressamente riservata alla legislazione esclusiva dello Stato; mentre, al comma 3, ha attribuito alla legislazione concorrente delle Regioni le materie della tutela della salute, del governo del

territorio, della protezione civile, della produzione, trasporto e distribuzione dell'energia, della valorizzazione dei beni culturali ed ambientali nell'ambito dei principi fissati da leggi cornice dello Stato.

Molti sistemi interni hanno tenuto conto infatti, delle esigenze ambientali, che hanno inciso significativamente sulla tipologia, la struttura ed il ruolo dei diversi tributi.

Da qui anche la nascita di un interesse sempre più forte per l'approfondimento di quelle tematiche relative alla politica energetica e la maturazione della consapevolezza dell'incidenza che la fiscalità ambientale può avere sul costo e sulla mobilità dei diversi fattori della produzione.

Emblematico in tal senso è stata la evoluzione del concetto di "danno ambientale" in dottrina e giurisprudenza.

Il danno ambientale è un concetto prettamente giuridico introdotto nel nostro ordinamento nel 1986 con la Legge 349/86, Art. 18, che riconosceva l'ambiente come bene giuridico, oggetto di tutela "in sé e per sé", meritevole di risarcimento indipendentemente dalla lesione di qualsiasi altro diritto soggettivo, quali la proprietà privata o la salute ed obbligava il responsabile al ripristino della componente ambientale danneggiata e al risarcimento del danno.

L'Art. 18 introduceva per i danni all'ambiente una figura tipica di illecito civile extracontrattuale, in quanto prevedeva "il risarcimento per quei fatti dannosi che alterassero, deteriorassero o distruggessero in tutto o in parte l'ambiente, se commessi in violazione di legge, di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge".

La Direttiva 2004/35/CE ha istituito un quadro comune europeo per la responsabilità ambientale basato sul principio "chi inquina paga" in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale recepita nell'ordinamento italiano con il D. Lgs. 152/2006, Parte VI, che riscrive la norma di riferimento per il danno ambientale abrogando l'Art 18 della Legge 349/86.

La Direttiva ha introdotto un regime di responsabilità ambientale esclusivamente per i danni al suolo, alle acque nonché specie ed habitat naturali protetti, lasciando invece ai singoli Stati membri la disciplina del risarcimento a terzi.

Fin dall'emanazione dell'Atto Unico Europeo, tale principio parve assumere una diversa configurazione: pur ribadendo la linea di principio evidenziatasi fin dai primi anni settanta in merito al carattere preventivo della tutela dell'ambiente, sembrava prevedersi un carattere aggiuntivo, in cui una parte della dottrina ha intravisto la possibilità di introdurre,

nell'ambito dei singoli ordinamenti, una responsabilità civile¹, quale strumento per contenere tali danni, rappresentando, nel contempo, un incentivo economico successivo per la gestione ed il controllo dell'inquinamento.

La Direttiva 2004/35/CE - La realizzazione di un'azione di responsabilità nei confronti dell'inquinatore è vista con favore e sollecitata dalle Istituzioni per l'applicazione interna nei singoli ordinamenti dei vari Paesi, sotto forma di sanzioni per danni all'ambiente², pur nella piena consapevolezza che siffatta responsabilità, ha carattere meramente eventuale e successivo, rispetto al danno ambientale. Su tali premesse, è stata emanata la Direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità per danno ambientale; tale Direttiva inizialmente è stata ricollegata meramente ad esigenze risarcitorie, ma in realtà realizza il principio in esame con modalità di portata molto più ampia³. La Direttiva prevede in modo esplicito la responsabilità dell'operatore non solo quando la sua attività abbia già causato un danno all'ambiente ma anche quando ne abbia prodotto una semplice minaccia⁴; in tal modo si amplia in modo considerevole l'ambito di intervento, legittimando l'addebito all'operatore delle attività e dei costi necessari non solo al ripristino dello stato di salubrità dell'ambiente ma anche alla prevenzione dell'eventuale danno ambientale⁵.

¹ E' questa l'opinione di TARANTINI G., Il principio "chi inquina paga" tra fonti comunitarie e competenze regionali, cit., p. 733. Contro tale opinione quella di MELI M., Le origini del principio "chi inquina paga" e il suo accoglimento da parte della Comunità Europea, cit., p 224, secondo cui l'Atto Unico non mostra ancora in sé gli elementi di tale connotazione risarcitoria.

² Appare opportuno fornire, senza alcuna pretesa esaustiva, taluni minimi riferimenti bibliografici in relazione alla responsabilità per danno ambientale. Più addietro nel tempo cfr. MADDALENA P., Responsabilità per danno pubblico ambientale in AA.VV. Corso di legislazione ambientale, Milano, 1982, pp. 113/143; DI FIDIO G., tutela dell'ambiente naturale, cit., pp.85 e ss; TOLEDO JAUDENES J., El principio "quien contamina, paga" y el canon de vertidos in Cronica Administrativa, N. 112, 1987, p. 302; PASQUALINI SALSA C., Il diritto dell'ambiente, Milano, 1988, pp. 137/150; GIAMPIETRO F., Responsabilità dei pubblici amministratori in specie regionali e locali per danno all'ambiente in La qualità della vita e l'ambiente, Quaderni della Rivista Giuridica dell'ambiente (a cura di FERRANTI D e PASCOLINI A.), Milano, 1989, pp.127/139; ALBAMONTE A., Danni all'ambiente e responsabilità civile, Padova, 1989; BARBIERA L. (a cura di), Proprietà, danno ambientale e tutela dell'ambiente, Napoli, 1989. Più recenti nel tempo cfr. LONGO E., Ambiente ed impresa, Milano, 1993, p. 57; BRESSO, Per un'economia ecologica, cit., p. 222; MELI M., Le origini del principio "chi inquina paga" e il suo accoglimento da parte della Comunità Europea, cit., p 219; ID, Il principio comunitario "chi inquina paga", cit. pp.151/194. P. Perlingieri, La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento, in Rass. Dir. Civ. 2004 F.D. Busnelli- S. Patti Danno e responsabilità civile Torino 2003.

³ P. SELICATO, Imposizione fiscale e principio "chi inquina paga" in Rass. Trib. n. 4, 2005, p. 1157

⁴ Si veda secondo punto del preambolo e art. 5 della Direttiva 2004/34/CE.

⁵ La responsabilità dell'operatore è subordinata alla sola condizione che il danno (o la sua "imminente minaccia") sia provocato da una delle attività elencate in apposito allegato (art. 3, par. 1, lettera a), a prescindere dalla presenza di un comportamento doloso o colposo di questi, che rileva soltanto per i danni alla specie e agli habitat naturali protetti (o per la "imminente minaccia" di questi) causati da attività professionali diverse da quelle espressamente elencate.

- Il principio "chi inquina paga" consiste nell'imputazione dei costi ambientali (c.d. esternalità ovvero costi sociali estranei alla contabilità ordinaria dell'impresa) al soggetto che ha causato la compromissione ecologica illecita (poiché esiste una compromissione ecologica lecita data dall'attività di trasformazione industriale dell'ambiente che non supera gli standards legali). Ciò, sia in una logica risarcitoria ex post factum, che in una logica preventiva dei fatti dannosi, poiché il principio esprime anche il tentativo di internalizzare detti costi sociali e di incentivare - per effetto del calcolo dei rischi di impresa - la loro generalizzata incorporazione nei prezzi delle merci, e, quindi, nelle dinamiche

La direttiva prevede altresì che gli Stati membri hanno la mera facoltà - e non l'obbligo - di escludere la responsabilità dell'operatore per i costi delle azioni di riparazione soltanto qualora costui "dimostrì che non gli è attribuibile un comportamento doloso o colposo" e limitatamente ai casi in cui l'immissione sia stata effettuata in base ad un'autorizzazione conferita o concessa ai sensi delle vigenti disposizioni legislative e regolamentari nazionali o si sia prodotta per ragioni che l'operatore "dimostrì non essere state considerate probabile causa di danno ambientale secondo lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento del rilascio dell'emissione o dell'esecuzione dell'attività". L'operatore è soggetto ad una responsabilità di carattere oggettivo: per le attività previste, la responsabilità viene meramente subordinata al nesso di causalità tra attività esercitata e pregiudizio sofferto dall'ambiente.

Tale previsione comporta una significativa modifica dalla fattispecie disciplinata dall'art. 18 della Legge istitutiva del Ministero dell'Ambiente 8 luglio 1986, n. 349, che attribuiva allo Stato e agli Enti territoriali il diritto-dovere di agire in giudizio per il risarcimento del danno causato all'ambiente ed a concludere accordi transattivi per la definizione dei relativi risarcimenti. Tale articolo, per certi versi, è parso ricollegarsi al modello civilistico di tutela extracontrattuale ex art. 2043 c.c., anche se ha suscitato notevoli perplessità la sua connotazione sanzionatoria⁶. Tale disciplina mostra i segni di un'evoluzione, posta in essere

di mercato dei costi di alterazione dell'ambiente (con conseguente minor prezzo delle merci prodotte senza incorrere nei predetti costi sociali attribuibili alle imprese e conseguente indiretta incentivazione per le imprese a non danneggiare l'ambiente). Pres. Branca, Est. Montedoro - A.L. (avv.ti Carozzo e Menghini) c. Comune di Ciriè (avv.ti Montanaro e Romanelli) e ARPA Piemonte (avv.ti Villata e Vivani), riunito ad altri ricorsi - Conferma TAR Piemonte n. 2207/2004. [CONSIGLIO DI STATO, Sez. V - 16/06/2009, n. 3885](#)

- Non avendo adottato, entro il termine prescritto le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004 sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, la Repubblica ellenica è venuta ad adempiere ai suoi obblighi ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, della direttiva 2004/35/CE. (Testo Uff.: En ne prenant pas, dans le délai prescrit, les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, la République hellénique a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 19, paragraphe 1, de cette directive). CORTE DI GIUSTIZIA CE, Sez. VI, 19/05/2009 Sentenza C-368/08

- Non reccendo, entro il termine prescritto, le disposizioni legislative, regolamentare ed amministrative necessari per conformarsi alla direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale per quanto riguarda la prevenzione ed il risarcimento dei danni ambientali, il Granducato di Lussemburgo è venuto meno agli obblighi che gli incombono ai sensi dell'articolo 19 di questa direttiva. (Testo Uff.: En ne prenant pas, dans le délai prescrit, toutes les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, le Grand-Duché de Luxembourg a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 19 de cette directive). CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITA' EUROPEE, Sez. V, 24/03/2009, Sentenza C-331/08

⁶ Parte della dottrina rileva nella responsabilità aquiliana prevalente carattere reintegratorio. Si veda in particolare, M. MELI, Il principio comunitario "chi inquina paga", cit. p.159 secondo cui l'art.18 della legge 349/1986 "appare un ibrido tra una sanzione di tipo civilistico ed una sanzione penale; tipizza le fattispecie di illecito ambientale ancorandole ai comportamenti, a leggi o a provvedimenti adottati in base a legge; introduce un criterio di imputazione rigorosamente soggettivo." Parimenti, pone in evidenza il carattere riduttivo di tale interpretazione G. DI PLINIO, Le trasformazioni nell'amministrazione dell'ambiente nel processo di unificazione europea, tra imperativi economici e

soprattutto dalla giurisprudenza, dal punto di vista dei soggetti legittimati ad agire, con piena estensione della legittimità alle associazioni ambientaliste⁷, del riconoscimento del carattere oggettivo di tale responsabilità⁸ e delle prime applicazioni del diritto al risarcimento anche per gli Enti minori e le associazioni ambientaliste^{9-10, 11}

La previsione comunitaria non richiede all'operatore di rispondere del danno con una mera riparazione di carattere monetario del danno subito, ma prevede interventi diretti, la cui natura è rimessa ad una "appropriata discrezionalità amministrativa" delle autorità competenti di ciascuno Stato membro. La Direttiva ha accolto un orientamento di tipo pubblicistico per cui

tutele giuridiche differenziate, cit., p. 23 che rileva i limiti di una previsione della responsabilità soltanto per dolo o colpa, in luogo di una responsabilità oggettiva, prevista da altri Stati o da convenzioni internazionali, il riconoscimento dei poteri di azione soltanto allo Stato o agli enti territoriali, in luogo di una più ampia condivisione del medesimo fra pubblici poteri e soggetti privati individuali e collettivi; l'individuazione meramente in capo allo Stato del diritto al risarcimento, senza neppure porre vincoli alla destinazione delle somme relative all'effettivo soggetto danneggiato o ad iniziative di reintegro ambientale.

⁷Cass. pen., sez. V, 12 gennaio 1996, massima n.31, Cass. pen., sez. III, 23 gennaio 1996, massima n.58; Cass. pen., sez. III, 1 ottobre 1996, massima n. 128, tutte contenute in Rep.Giur.It., 1981-1998, Utet, Torino, versione CD n. 3, 1998.

⁸ Cass. pen., sez. III, 24 aprile 1995, n. 7690, massima n.254, in Rep. Giur. It., 1981-1998, Utet, Torino, versione CD n. 3, 1998.

⁹Cass. pen., sez. III, 4 febbraio 1993 massima n. 91; Cass. pen., sez. III, 10 novembre 1993, massima n. 117, entrambe in Rep. Giur. It., Utet, Torino,

¹⁰ Cfr. Cass. civ., sez. III, 19 giugno 1996, n. 5650 in Riv. Giur. Amb., 1997, p. 679, con nota di BORASI.

¹¹ La peculiarità della legittimazione delle associazioni di protezione ambientale (ma il discorso vale anche per quelle di protezione faunistica, tanto più quando si tratta di associazione riconosciuta ex art. 13 della l. n. 349/1986) consiste nel fatto che essa è attribuita non ad un soggetto individuale, ma ad un ente esponenziale di interessi diffusi, legittimato ad impugnare qualsiasi provvedimento lesivo di un bene ambientale giuridicamente rilevante. Una volta che l'associazione è individuata con il decreto del Ministro dell'Ambiente ex art. 13 della l. n. 349 cit. ed è, quindi, titolare in astratto del potere di proporre ricorso dinanzi al giudice amministrativo, le condizioni per agire in giudizio sono uguali a quelle che devono esistere affinché ogni soggetto dell'ordinamento abbia in concreto legittimazione ad agire in giudizio. Ciò sta a dire che il soggetto dovrà essere titolare di una posizione legittimante caratterizzata dalla qualificazione e dalla differenziazione. Quest'ultima può discendere dall'atto amministrativo, non soltanto quando esso incide direttamente nella sfera giuridica del soggetto, ma anche quando vi è un collegamento tra tale sfera ed il bene della vita oggetto della potestà pubblica, in base al quale l'atto, producendo i suoi effetti, è destinato ad interferire sulla posizione sostanziale del ricorrente. La qualificazione, invece, sta a significare che l'interesse, individuale o collettivo, è considerato dalla norma attributiva del potere, nel senso che detta norma, ovvero l'ordinamento nel suo complesso, devono prendere in considerazione, oltre l'interesse pubblico che la norma stessa è precipuamente preordinata a soddisfare, anche l'interesse individuale, o, come nel caso in discorso, diffuso, facente capo al soggetto che intende agire in giudizio. Pertanto, la posizione delle suddette associazioni di protezione ambientale (o faunistica) riconosciute, certamente differenziata da quella della generalità dei consociati, è anche qualificata quando l'interesse sostanziale dedotto in giudizio dall'associazione attiene ad un bene ambientale preso in considerazione dall'ordinamento ed invece non è qualificata quando il bene che si mira a tutelare non viene individuato dall'ordinamento come rilevante sotto il profilo ambientale (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, n. 3481/2009, cit.). Pres. Nicolosi, Est. De Berardinis - L.A.V. (avv. Felicetti) c. Comune di Marradi (n.c.). [TAR TOSCANA, Sez. II - 2 dicembre 2009, n.2584](#)

Ed ancora, in materia di impugnazione di provvedimenti amministrativi lesivi dell'ambiente da parte delle associazioni protezionistiche, il giudice amministrativo può riconoscere, caso per caso, la legittimazione delle associazioni locali, avendo l'art. 13 della l. 8 luglio 1986, n. 349 creato un ulteriore criterio di legittimazione, che si è aggiunto e non sostituito a quelli in precedenza elaborati dalla giurisprudenza per l'azionabilità dei c.d. "interessi diffusi" in materia ambientale (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, V, 14 giugno 2007, n. 3192). Pres. f.f. Maisano, Est. Lento - W.W.F. (avv.ti Bonanno e Giudice) c. Presidenza della Regione siciliana e altro (Avv. Stato) - [TAR SICILIA, Palermo, Sez. I - 19 ottobre 2009, n. 1633](#)

L'art. 10 bis della direttiva 85/337, come modificata dalla direttiva 2003/35, osta a una disposizione di una normativa nazionale che riserva il diritto di esperire un ricorso contro una decisione relativa a un'operazione rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva in parola, come modificata, alle sole associazioni di tutela dell'ambiente con un numero minimo di 2.000 aderenti. Pres./Rel. Bonichot - Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsforening c. Stockholms kommun genom dess marknämnd. [Corte di Giustizia CE, Sez. II, 15/10/2009, Sentenza C-263/08](#)

fermo restando l'obbligo degli operatori di informare l'autorità competente e di prendere le misure appropriate al fine di prevenire i danni all'ambiente o di eliminare le conseguenze nocive dei danni provocati, viene prevista la facoltà degli Stati membri di adottare essi stessi "le misure di riparazione necessarie".

La Direttiva stabilisce un criterio preferenziale per il ripristino piuttosto che per la liquidazione monetaria e, diversamente da quanto previsto dall'art. 2043 c.c., non copre i casi di lesioni personali, i danni alla proprietà privata e le perdite economiche, limitandosi unicamente, al pari dell'art. 18 della Legge 349/86, a sancire l'obbligo di riparare il danno di carattere ambientale, con esclusione del risarcimento dei danni subiti a livello individuale, per i quali restano in vigore le norme generali in materia di responsabilità aquiliana¹².

La disciplina interna - La fattispecie prevista dall'art. 18 della citata legge, pur evidenziando profili di sicura specialità, deve essere ricondotta nell'area dell'illecito aquiliano, attribuendo al titolare una pretesa risarcitoria di natura pecuniaria. Tutt'al più, come ha evidenziato la recente giurisprudenza della Suprema Corte, la normativa speciale della L. 349/86 ha avuto principalmente lo scopo di conferire allo Stato, nonché alle Regioni ed ai Comuni, la legittimazione a richiedere direttamente ed autonomamente il risarcimento del danno ambientale¹³.

¹² P. SELICATO, Imposizione fiscale e principio "chi inquina paga", cit, p. 1160, per cui la conferma della diversa natura della responsabilità ambientale rispetto alla responsabilità civile è evidente anche dall'analisi del tredicesimo "considerando" della Direttiva del 2004, secondo il quale la responsabilità civile non è "uno strumento adatto per trattare l'inquinamento a carattere diffuso e generale nei casi in cui sia impossibile collegare gli effetti ambientali negativi a atti o omissioni di taluni singoli soggetti". Ciò evidenzia che l'ambito di applicazione della direttiva è circoscritto a quello che nella legislazione italiana è solitamente definito "danno pubblico ambientale", lasciando alla legge nazionale il compito di disciplinare il risarcimento del danno subito individualmente.

¹³ Il D.L.vo n. 152 del 2006 riconosce alle Regioni un ampio margine di intervento, al fine di conferire esecuzione e talora di rendere eventualmente più severa la disciplina statale concernente l'inquinamento atmosferico: in particolare, l'art. 271, comma 3, affida a Regioni e Province autonome la determinazione dei valori limite di emissione all'interno di quelli indicati dalla normativa nazionale; l'art. 271, comma 4, ammette l'introduzione in sede decentrata di valori limite di emissione e di prescrizioni più restrittivi rispetto agli standard statali, per mezzo dei piani e dei programmi previsti dall'art. 8 del decreto legislativo 4 agosto 1999, n. 351 (Attuazione della direttiva 96/62/CE in materia di valutazione e di gestione della qualità dell'aria ambiente), e dall'art. 3 del decreto legislativo 21 maggio 2004, n. 183 (Attuazione della direttiva 2002/3/CE relativa all'ozono nell'aria), purché ciò sia necessario al conseguimento dei valori limite e dei valori bersaglio di qualità dell'aria. Inoltre, la disposizione da ultimo citata stabilisce che «fino alla emanazione dei suddetti programmi», continuano ad applicarsi i valori di emissione e le prescrizioni contenute nei piani di cui all'art. 4 del d.P.R. n. 203 del 1988. L'art. 271, comma 9, infine, legittima l'imposizione al singolo impianto di condizioni ancora più rigide in sede di rilascio e di rinnovo dell'autorizzazione. Il ruolo e l'ampiezza delle funzioni affidate alle Regioni vanno perciò apprezzati alla luce dell'assetto complessivo del decreto legislativo impugnato e non possono viceversa divenire oggetto, come vorrebbero le ricorrenti, di una valutazione parcellizzata sulla base di una sola tra le disposizioni di cui esso si compone. L'art. 281, comma 10, si inserisce in tale più ampio contesto di valorizzazione delle competenze regionali, aprendo un ulteriore campo di intervento alle Regioni, in presenza di situazioni di rischio sanitario o di zone che richiedano una particolare tutela ambientale, ma nel contempo ne subordina la relativa azione all'intesa con il Ministro dell'ambiente e con il Ministro della salute. Nel concorso della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente con quella concorrente in materia di tutela della salute, la disposizione censurata provvede ad allocare l'esercizio della funzione in sede regionale, dimostrandosi in tal modo rispettosa dell'art. 118 Cost., mentre la previsione dell'intesa agisce da strumento di raccordo idoneo a soddisfare il canone della leale collaborazione, in presenza di una concorrenza di

L'impiego della responsabilità civile per danni ambientali assume, dunque, un ruolo positivo sul piano della concreta gestione dei problemi ambientali come modalità indiretta ed accessoria di internalizzazione dei costi ambientali. L'impiego della responsabilità civile appare non soltanto possibile ma anche doveroso, assumendo un ruolo positivo ai fini dell'internalizzazione dei costi. L'esternalità provocata dall'inquinamento può incidere sia su beni che appartengano alla collettività, sia su beni appartenenti a singoli.

In tutte le ipotesi in cui si ponga in essere un'attività inquinante non consentita - perchè non regolamentata o perché, pur essendo regolamentata, il pregiudizio verificatosi superi il livello consentito - ovvero in tutte le ipotesi in cui l'inquinamento venga a provocare nocumento in relazione a beni, interessi, soggetti diversi da quelli lamentati nel caso di specie, occorre porre in essere l'azione di responsabilità civile¹⁴. Nell'ipotesi di inquinamento accidentale la responsabilità civile trova piena applicazione, in quanto l'inquinamento scaturisce da un elemento non prevedibile del processo produttivo a prescindere dal livello di inquinamento consentito. Ciò posto occorre verificare le condizioni in cui la responsabilità per danno ambientale possa trovare piena applicazione. Si è in assenza di un chiaro quadro di riferimento comunitario¹⁵, confuso anche in relazione a quale regime di responsabilità debba

competenze dello Stato e della Regione (sentenze n. 88 del 2009 e n. 219 del 2005). Pres. Amirante, Est. De Siervo - Regioni Calabria, Piemonte, Emilia-Romagna e Puglia c. Presidente del Consiglio dei Ministri - [CORTE COSTITUZIONALE - 24/07/2009, n. 250](#)

In base alla disciplina del Codice dell'ambiente, è pacifico, da un lato, che il risarcimento per equivalente patrimoniale è dovuto allo Stato (le relative somme sono versate in entrata del bilancio dello Stato e confluiscono in un apposito fondo di rotazione istituito nell'ambito dello stato di previsione del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio) e, dall'altro lato, che le Regioni hanno diritto, oltre che di agire in giudizio in qualità di soggetti danneggiati nei beni di loro proprietà dal fatto produttivo di danno ambientale (art. 313, comma 7), anche di ricorrere al giudice amministrativo per il risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione, da parte dell'amministrazione statale, delle misure di precauzione, prevenzione o contenimento del danno ambientale (art. 310, comma 1). Quanto, invece, alla legittimazione delle Regioni e degli enti locali a proporre l'azione risarcitoria per danno ambientale, va osservato che l'art. 311 del d.lgs. n. 152/2006, nel regolare in termini di alternatività il rapporto fra i due strumenti (amministrativo e giurisdizionale) con i quali l'amministrazione statale può reagire al danno ambientale, non riconosce tale legittimazione, ma neppure la esclude in modo esplicito. Pres. Amirante, Est. Cassese - Regioni Calabria, Piemonte e Puglia c. presidente del Consiglio dei Ministri - [CORTE COSTITUZIONALE - 23 luglio 2009, n. 235](#)

Gli art. 216 e 217 r.d. 27 luglio 1934 n. 1265, conferiscono al comune ampi poteri in materia di industrie insalubri, anche prescindendo da situazioni di emergenza e dall'autorizzazione a suo tempo rilasciata, a condizione però che siano dimostrati, da congrua e seria istruttoria, gli inconvenienti igienici e che si sia vanamente tentato di eliminarli (Consiglio di Stato, sez. V, 19 aprile 2005, n. 1794; T.A.R. Umbria, 18 ottobre 2004, n. 604 e T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 04 luglio 2008, n. 882). Pres. Leo, Est. Zucchini - E.s.p.a. (avv.ti Invernizzi e Clerici) c. Comune di Melegnano (avv. Borasi), Regione Lombardia (avv. Cederle), Provincia di Milano (avv.ti Bartolomeo, Baviera, Ferrari, Fiori, Gabigliani, Zimmitti), Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e Mare (avv. Stato) e altri (n.c.). [T.A.R. LOMBARDIA, Milano, Sez.IV - 16/07/2009, n. 4379](#)

¹⁴ Cfr. MELI M., Il principio comunitario "chi inquina paga", cit., p. 152. L'autrice incentra l'applicazione di tale responsabilità in merito ai danni residuali, ovvero del cd. livello di inquinamento consentito che "deve essere lasciato su chi cade, per non rendere dinamicamente instabile l'equilibrio raggiunto", anche in virtù del fatto che non può essere considerato illecito e fonte di risarcibilità un comportamento previamente autorizzato. Ciò per quanto riguarda il danno residuale collettivo, perché, nell'ipotesi di danno ai privati questi hanno diritto a tutela, anche qualora si tratti di fattispecie di "danno autorizzato".

¹⁵ Dal punto di vista comunitario non è stato ancora codificato in modo definitivo il concetto di responsabilità ambientale oggettiva. La responsabilità per danno ambientale è contenuta nella proposta di Direttiva del Consiglio in merito alla responsabilità civile per i danni causati dai rifiuti, presentata dalla Commissione il 1/9/1989 (in GUCE., C 251, 4/10/1989). Modificata nel 1991 (COM (91) 219 def., Bruxelles 27/6/1991). Particolarmente rilevante è poi la

essere applicato, se a carattere oggettivo o soggettivo¹⁶. L'assenza di precise indicazioni evidenzia il carattere di linea guida del principio in questione, per il quale occorre, dunque, verificare la concreta applicazione da parte dei singoli ordinamenti.

Il recepimento della Direttiva 2004/35 CE nel sistema Spagnolo.

Nell'ambito dell'ordinamento spagnolo sono stati realizzati diversi progetti per la realizzazione di una disciplina organica del danno ambientale.

Nell'ambito di tali progetti occorre citare l'Anteproyecto di legge relativo alla protezione ambientale del 1981 che, partendo dall'art. 1902 del c.c. relativo alla responsabilità civile tenta di realizzare una disciplina organica. Ancor più significativo è il Proyecto relativo specificamente alla responsabilità per danno ambientale, che ha direttamente previsto il risarcimento del danno e, dove possibile, il ripristino dello status quo ante, accanto alla normale responsabilità amministrativa e/o penale. Tale progetto è stato però reputato inapplicabile da parte del Ministero dell'Ambiente nel 1997¹⁷.

Il sistema di responsabilità per danno ambientale, in Spagna, è apparso, dunque, per diverso tempo, non totalmente definito e soggetto a notevoli cambiamenti, operati prevalentemente in sede interpretativa.

Occorre prevedere un maggior grado di garanzia, che trovi un miglior connubio con le istanze di fondo del sistema economico, al fine di permettere un più significativo margine di garanzia alla "libertà ambientale"¹⁸: si procede, così, ad un allargamento sia in relazione alla base di controllo sia nel senso di una piena applicazione di un principio di responsabilità oggettiva, pur nella piena consapevolezza del carattere marginale, eventuale e successivo della responsabilità per danno quale strumento di tutela ambientale¹⁹, in quanto non si realizza se non dopo il compimento del danno stesso.

Comunicazione della Commissione denominata "libro verde sul risarcimento dei danni all'ambiente" (COM (93) 47 def., Bruxelles, 14/5/1993), in cui si esamina l'utilità della responsabilità civile quale uno dei mezzi idonei ad imputare i costi legati al risanamento ambientale.

¹⁶ Il "libro verde", infatti, in alcuni punti pare far riferimento ad un sistema di responsabilità oggettiva, in altri rileva l'eccessiva onerosità di tale sistema, con un campo di applicazione troppo vasto, tale da risultare troppo oneroso per gli operatori economici interessati. Si veda il chiaro resoconto operato da MELIM, Il principio comunitario "chi inquina paga", cit., p.155.

¹⁷ Su tale valutazione da parte del Ministero cfr. BURDALO, S.: El que la hace, la paga y repara in *Revista de los Ministerios de Fomento y medio Ambiente*, n. 450, 1997, pp. 53 e ss.

¹⁸ L'espressione è di G. DI PLINIO, *Le trasformazioni nell'amministrazione dell'ambiente nel processo di unificazione europea*, tra imperativi economici e tutele giuridiche differenziate, cit., p.23, che ravvisa un primo passo significativo in tal senso anche nella legislazione ambientale successiva, in particolare nella legge 394/1991 sulle aree protette e nella legge 28/12/1993 n. 549, in materia di inquinamento atmosferico.

¹⁹ Correlato alle ipotesi di danno ambientale è il sistema dell'assicurazione ambientale, che, lentamente ma progressivamente, sta assumendo una significativa rilevanza pratica. Le imprese inquinanti pongono in essere un'assicurazione contro i rischi ambientali che si fonda sulla responsabilità per i possibili danni da essi stessi causati con emissioni o con lo stoccaggio di rifiuti. Si tratta di uno strumento per trasferire sulle compagnie assicurative il rischio degli eventuali danni: i premi riflettono il prezzo del danno e sono direttamente proporzionali alla probabilità che i danni si manifestino ed alle stime sulla loro possibile entità. Gli inquinatori tenderanno di ridurre i premi

E' necessario continuare a verificare la compatibilità di ulteriori strumenti di natura economica, ai fini dell'internalizzazione dei danni ambientali, nel rispetto delle esigenze del mercato²⁰.

L'ordinamento interno in Spagna ha provato a recepire la direttiva del 2004 analizzando il problema della responsabilità ambientale dal punto di vista della prevenzione e riparazione del danno ambientale.

Nonostante la Costituzione Spagnola del 1978 avesse una previsione assai estesa del diritto all'ambiente, il precetto costituzionale non si era mai concretizzato in una legislazione ad hoc, ed infatti la problematica inerente la risarcibilità dei danni causati da fenomeni di inquinamento veniva trattata secondo le normali regole della responsabilità extra contrattuale contenute nel Codice Civile spagnolo, stabilisce, riprendendo una formulazione classica del principio del *neminem laedere*, un criterio di responsabilità per colpa o negligenza per i danni causati a terzi. Ed infatti, l'articolo 45 della Costituzione spagnola stabilisce che i cittadini hanno il diritto a godere di un ambiente adeguato per lo sviluppo della persona, così come il dovere di conservarlo, e sancisce l'obbligo di riparare i danni causati alle risorse naturali. La giurisprudenza e la dottrina spagnola hanno interpretato tale disposizione nel senso di introdurre per certe attività pericolose una "responsabilità da rischi", che si affranca dai criteri di imputazione soggettiva della responsabilità stabiliti nel codice, per introdurre forme di responsabilità oggettiva.

Con la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental del 23 ottobre 2007 si è avuto nell'ordinamento spagnolo un ampliamento della responsabilità alla risarcibilità dei danni ambientali.

Il preambolo presenta la nuova responsabilità ambientale come una responsabilità dal carattere oggettivo ed illimitato, poiché l'operatore responsabile risponde dei danni arrecati alle risorse ambientali prese in considerazione anche in assenza della prova di una propria colpa o negligenza e per tutti i costi necessari alla prevenzione ed al ripristino del danno ambientale.

La legge spagnola del 2007 riprende, ampliandolo, l'elenco delle risorse ambientali tutelate dalla direttiva 2004/35/CE. La legge spagnola, prevede al pari di quella tedesca e a differenza di quella italiana, un apposito allegato tecnico in cui vengono enumerate le attività

attraverso una politica di incentivazione della sicurezza dei processi produttivi. Cfr. CELLERINOR, *Oltre la tassazione ambientale - Nuovi strumenti per il controllo dell'inquinamento*, cit., pp. 165/202.

²⁰ Sul punto vedasi, *Un excelente analisis de conjunto de la directiva en derecho italiano* in B. Pozzo, *La responsabilità ambientale. La nuova direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, Milano Giuffrè, 2005.

professionali che devono sottostare al regime di responsabilità previsto dalla normativa in esame.

Il legislatore spagnolo ha identificato immediatamente la responsabilità ambientale come oggettiva, ed infatti, nel caso di minaccia di danno all'ambiente l'operatore sarebbe tenuto ad intervenire, indipendentemente da una sua colpa o negligenza, anche nei casi in cui la sua attività non rientri nell'elenco di cui all'allegato III.

La prova del nesso causale rimane invece di fondamentale importanza per quanto concerne la responsabilità per i cosiddetti danni diffusi. Anche la legge spagnola, come d'altronde anche la direttiva, esclude che vi possa essere responsabilità in caso di danno diffuso all'ambiente salvo che si possa provare il nesso causale tra il danno e l'attività dell'operatore. In base alla legge spagnola, l'azione di responsabilità ambientale potrà essere avviata d'ufficio, su richiesta dell'operatore o in base all'istanza di qualsiasi interessato. La legge amplia così la legittimazione ad agire ad individui e associazioni, anche se il riconoscimento del diritto ad un risarcimento individuale esula dal campo di applicazione della disciplina. I soggetti pregiudicati dal danno ambientale potranno comunque scegliere se chiedere che vengano adottate le misure di riparazione del danno previste dalla legge, oppure richiedere il risarcimento del danno ambientale.

Sicuramente indubbio è il tentativo effettuato dal legislatore spagnolo di porsi all'avanguardia per quanto concerne la creazione di un sistema di responsabilità ambientale moderno ed efficiente.

Tornando al sistema italiano, nel D. Lgs. 152/2006 il danno ambientale è definito come "qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima", in particolare ai sensi della Direttiva 2004/35/CE è danno ambientale il deterioramento delle specie ed habitat naturali protetti, delle acque e del terreno.

È il Ministero dell'Ambiente ad esercitare l'azione per il risarcimento del danno ambientale e ad emanare ordinanze, immediatamente esecutive, per chiedere l'adozione degli interventi di ripristino necessari ai responsabili del danno.

Il danno all'ambiente è ora circoscritto a quello arrecato alle acque, alle specie e agli habitat nonché al suolo, mentre secondo l'interpretazione giurisprudenziale consolidata nel vigore dell'art. 18, il danno all'ambiente aveva una portata non limitata, tale da coprire anche il danno all'atmosfera, al paesaggio, agli aspetti fondamentali del territorio.

In tal senso è il disposto dell'art. 300, comma 2, D.Lgs. 152/2006.

Il primo comma dello stesso articolo stabilisce che la disciplina della responsabilità si applica ogni qualvolta vi sia un deterioramento significativo e misurabile di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima: tuttavia la nozione di "risorsa naturale" non è rimessa all'interprete, ma è data dallo stesso legislatore e si riferisce a "specie e habitat protetti, acqua e terreno" (ai sensi dell'art. 302, comma 10).

Nuovi Orientamenti giurisprudenziali - Sotto il profilo della quantificazione del danno, la giurisprudenza, in forza dell'art. 18, comma 6, si è spinta a chiedere all'autore dell'illecito la maggior somma tra il costo del ripristino e il profitto dell'autore dell'illecito o addirittura una sommatoria del costo del ripristino, del profitto e di un'ulteriore voce punitiva dipendente dalla gravità della colpa; la nuova disciplina sembra avere posto due diverse regole di selezione delle voci oggetto di risarcimento ma è comunque sicuro che non consente di fare riferimento né al profitto conseguito, né alla gravità della colpa.

In giurisprudenza si ammetteva l'applicazione della disciplina dell'art. 2050 c.c., intesa quale norma di responsabilità oggettiva, mentre la nuova disciplina sembra tornare, se si tiene fermo il dato letterale (art. 311, comma 2), al criterio soggettivo della colpa: a tal proposito va sottolineato che, secondo una recente sentenza di un Tribunale amministrativo, la rilevanza generale del principio della colpa ha permeato finanche la disciplina della bonifica dei siti contaminati, precedentemente regolata secondo criteri di responsabilità oggettiva²¹.

Tuttavia, il paragone tra il dato giurisprudenziale formatosi sotto la disciplina previgente e il dato letterale della nuova disciplina non è corretto: correttezza revocata in dubbio da una recente decisione della Cassazione penale, nella quale si afferma che la nuova disciplina andrebbe interpretata in modo conforme alle conclusioni alle quali è pervenuta la giurisprudenza in relazione alla disciplina abrogata²².

In dottrina, e per taluni versi anche in giurisprudenza, si è sostenuta la tesi dell'incompatibilità con il sistema generale della responsabilità civile della disciplina della responsabilità ambientale, considerata espressiva di una logica sanzionatoria propria del diritto pubblico: tesi che consentiva alla stessa dottrina, ed in una certa misura anche alla giurisprudenza, di essere libera di individuare ulteriori soggetti tutelati, legittimati a far valere in giudizio posizioni portatrici di interessi ambientali.

Sicuramente ambiziosa è l'idea che il risarcimento possa andare oltre il costo del ripristino, non per funzioni riparatorie, ma per eliminare l'arricchimento o per sanzionare la condotta dolosa o gravemente colposa.

²¹ Tar Sicilia, Catania, Sez. II 20 luglio 2007 n°. 1254; - Vedi pure M. Comporti, Nuovi Principi e nuove norme in tema di responsabilità per danno ambientale in scritti in onore di E. Romagnoli, vol. 1 Milano, 2000.

²² Sent. Cassazione penale, n°. 16575 del 6 marzo 2007.

Il ripristino dello stato dei luoghi, di cui al comma 8, pur avendo una funzione riparatoria, costituisce una regola speciale sottratta alla disponibilità della parte da disporre obbligatoriamente nella sentenza di condanna, secondo una tecnica legislativa solo un anno prima anticipata sia in materia urbanistica (in sede di condono edilizio: art. 7, L. 28 febbraio 1985, n. 47), sia in materia di tutela del paesaggio (nella c.d. legge Galasso: art. 1-sexies, L. 8 agosto 1985, n. 431).

Dottrina e giurisprudenza sono rimasti ancorati all'idea che in concreto i danni ambientali non siano solitamente calcolabili: solo adesso dopo che la direttiva comunitaria sulla responsabilità ambientale ha indicato nel costo delle misure complementari e compensative un possibile criterio di quantificazione del danno non ripristinabile o comunque temporaneo, appare evidente che il pregiudizio della incalcolabilità non sia condivisibile e che vi sono le condizioni per riconoscere un senso compiuto alla disciplina abrogata.

La legittimazione esclusiva dello Stato ad ottenere il risarcimento del danno sarebbe stata coerente con la regola posta dall'art. 1, comma 2, della L.349/1986 che attribuisce al Ministero dell'ambiente il compito di assicurare "il recupero delle condizioni ambientali": non è casuale che lo stesso art.18, ai commi 9-bis e ter (introdotti da una novella del 2000), disponeva che le somme ricevute dallo Stato a titolo di risarcimento del danno ambientale dovessero essere utilizzate prioritariamente per gli interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino dei siti danneggiati.

Se l'interpretazione dell'art. 18 richiede che si mettano in discussione orientamenti consolidati, non meno complessa è l'interpretazione della disciplina vigente.

Nella parte sesta del D.Lgs. 152/2006 sono state introdotte due diverse discipline: una prima disciplina, attuativa della direttiva comunitaria 2004/35/CE, che si applica solo agli esercenti attività professionali sottoposte a regolamentazione amministrativa in quanto pericolose per la salute e per l'ambiente, nella quale il Ministero dell'ambiente adotta le misure di riparazione, in sostituzione dell'autore dell'illecito, e chiede il rimborso dei costi sostenuti (art. 304 ss.); una seconda disciplina, volta a rendere più efficiente la previgente disciplina dell'art.18, di portata generale (applicabile a "chiunque"), nella quale lo stesso Ministero può chiedere, in via giudiziale o attraverso un'ingiunzione amministrativa, una somma di denaro a titolo di risarcimento dei danni all'autore dell'illecito, che non ha provveduto al ripristino, da impiegare per opere di riparazione ambientale con priorità nel luogo dove è avvenuto il danno (art. 311 ss.).

Vanno applicate, anche in sede di richiesta di risarcimento per equivalente per i danni derivanti da siffatte attività (e in sede di bonifica dei siti contaminati), le regole di derivazione

comunitaria, in cui si prevede la responsabilità degli imprenditori qualora non ricorrano le seguenti cause di esenzione (art. 308, commi 4 s.): che il danno sia causato da un terzo o da un ordine dell'Autorità, ovvero che l'evento o l'emissione siano stati espressamente autorizzati, ovvero ancora che non sia stata conosciuta ex ante la pericolosità dell'attività rispetto allo specifico danno verificatosi.

Si finisce per distinguere, coerentemente con i risultati dell'analisi economica del diritto, tra i danni provocati dalle attività fisiologiche dell'impresa (derivanti ad esempio dagli scarichi continui) e i danni provocati da incidenti: nel primo caso, il livello di inquinamento ottimale è stabilito direttamente dalle regole di diritto amministrativo e i danni vanno risarciti solo in caso di violazione delle regole imposte nell'eventuale autorizzazione; nel secondo caso invece non potendosi prevedere un livello ottimale, ha senso il ricorso al criterio della responsabilità oggettiva volto a ricondurre i danni provocati all'ambiente dagli incidenti tra i costi dell'impresa, coerentemente con il principio comunitario "chi inquina paga".

Conclusioni - Uno degli aspetti su cui, comprensibilmente, più si è appuntata l'attenzione di interpreti ed operatori giuridici nell'immediatezza dell'entrata in vigore del cd. Codice dell'Ambiente è stata l'abrogazione dell'art. 18 della legge 8 luglio 1986 n. 349 (recata dall'art.318, co. 2, lett. a, d.lgs. n.152/2006).

A prescindere da ogni considerazione sulla (il)legittimità costituzionale, oltre che sull'(in)opportunità, di accentrare pressoché ogni competenza in materia di danno ambientale in capo al Ministero dell'Ambiente e del Territorio, si ritiene doveroso dare il giusto risalto alla disposizione contenuta nell'art. 303, co. 1 lett. f), del detto decreto, ai sensi della quale "la parte sesta del presente decreto (...) non si applica al danno causato da un'emissione, un evento o un incidente verificatisi prima della data di entrata in vigore della parte sesta del presente decreto" ossia , anteriormente al 29 aprile 2006.

L'importanza di tale disposizione diviene evidente non appena ci si avvede che la norma (art. 318) che dispone l'abrogazione, tra gli altri, dell'art. 18 della legge n.349/1986 è essa stessa contenuta nella parte sesta: è chiaro, infatti, che tutta la nuova normativa (abrogazioni comprese) introdotta in subiecta materia dal suddetto Codice non sarà applicabile a tutti quei danni ambientali che trovino la propria origine in un fatto avvenuto prima del 29 aprile 2006.

Tale conclusione potrebbe, dare adito a qualche perplessità ove si ponga attenzione ai termini utilizzati dal legislatore – "emissione, evento ed incidente"- tutti accomunati da una valenza oggettiva.

La considerazione vale, per l'espressione ("evento") deputata a conferire alla prescrizione in commento una portata generale e/o residuale: infatti, pur trattandosi di una parola in sé neutra quanto a profilo soggettivo, essa viene spesso usata in diritto quale sinonimo di "fatto naturale" ed in contrapposizione a "fatto umano".

L'interprete, pertanto, è istintivamente indotto a porsi il dubbio se tale espressione sia o meno idonea ad escludere dall'applicazione della nuova normativa anche i fatti umani posti in essere prima del 29 aprile 2006 che abbiano causato un danno ambientale.

A favore di una risposta positiva depone, innanzitutto, il principio della irretroattività della legge sancito in via generale dall'art. 11 c.c. e che vale, come noto, per la responsabilità civile (ripristino e risarcimento per equivalente) e per la responsabilità amministrativa (sanzioni amministrative), ma non per la responsabilità penale.

In secondo luogo, il fatto che la nuova normativa (per lo meno nelle intenzioni dichiarate) abbia inteso recepire il principio comunitario (art. 174 Trattato istitutivo) del "Chi inquina paga" che, all'evidenza, presuppone un coinvolgimento umano (ancorché incolpevole).

Per tali ragioni è preferibile leggere il termine "evento" in senso lato, comprensivo di ogni fatto – naturale ovvero umano – verificatosi prima del 29 aprile 2006.

Quanto sopra vale, ovviamente, anche per altre due abrogazioni disposte dal ridetto art.318, co. 2, d.lgs n.152/2006, ossia le norme "ambientali" della legge Finanziaria 2006 (art. 1, co. 439 – 443 legge n. 226/2005) e la legittimazione processuale (sostitutiva) riconosciuta alle associazioni di protezione ambientale dell'art. 9, co. 3, d.lgs. n. 267/2000.

Concludendo, si può serenamente affermare che il principio "chi inquina paga" rileva soprattutto in quanto l'inquinatore è incentivato ad evitare l'inquinamento ambientale: qualora tale principio non venga attuato quale divieto di porre in essere comportamenti che inquinano l'ambiente, bensì sotto forma di una regolamentazione dei costi, l'inquinatore può decidere se cessare l'inquinamento ovvero ridurlo o sostenere invece le spese necessarie alla sua cessazione.

Inoltre, il principio "Chi inquina paga" espressione del principio di proporzionalità, concretizzazione del principio della parità di trattamento ovvero di non discriminazione è inteso a ripartire equamente i costi legati all'inquinamento dell'ambiente, che non vengono addossati ad altri (alla collettività), o semplicemente ignorati, bensì vengono imputati a colui che è responsabile dell'inquinamento.

Appare a chi scrive, fondamentale ed auspicabile una riforma fiscale in senso ambientale, che elimini alcuni sussidi perversi e sposti una quota non irrilevante di fiscalità,

dal prelievo sul lavoro, al prelievo sui consumi energetici, sulla motorizzazione, sulla produzione di rifiuti e sulle emissioni.

Al fine di raggiungere l'equilibrio del sistema occorre necessariamente focalizzare l'attenzione su tre importanti linee:

- 1) sviluppare nuove attività industriali e di servizi ad alto contenuto tecnologico;
- 2) ridurre la dipendenza energetica da paesi instabili o non democratici;
- 3) migliorare contemporaneamente la qualità ambientale e della vita riducendo altri fattori di inquinamento e di degrado.

GIURISPRUDENZA

CASI PRATICI

DOCUMENTAZIONE

Innovazione e Diritto

SOMMARIO: 1) Premessa; 2) I contrasti applicativi generati dal rinvio generico effettuato dall'art. 640-quater all'art. 322-ter; 3) Il recente decisum della Cassazione sul concorso apparente di reati sussistente fra la frode fiscale ex artt. 2 e 8 D.Lgs. n. 74/2000 e la truffa aggravata ai danni dello Stato ex art. 640 cpv c.p., n. 1; 4) Conclusioni

1) Premessa

Con una recente decisione la Corte di Cassazione ha avuto modo di fare ulteriormente il punto sul concorso apparente di reati sussistente fra la frode fiscale ex artt. 2 e 8 D.Lgs. n. 74/2000 e la truffa aggravata ai danni dello Stato ex art. 640 cpv c.p., n. 1. Con il suddetto decisum la Corte di Cassazione, ritenendo il reato previsto dall'art. 640 cpv c.p., n. 1 assorbito dal primo, ha sancito la non applicabilità della confisca per equivalente disciplinata dall'art. 322 ter c.p., in quanto non prevista ratione temporis per i reati tributari eccezion fatta per quelli commessi successivamente all'entrata in vigore della legge finanziaria per il 2008, n. 244/2007.

2) I contrasti applicativi generati dal rinvio generico effettuato dall'art. 640-quater all'art. 322- ter

La disciplina introdotta dall'art. 640-quater è stata oggetto di un contrasto giurisprudenziale per quanto riguarda l'applicazione o meno della confisca per equivalente.

Infatti tale articolo è stato aggiunto nell'impianto codicistico dall'art. 3 co. 2, L. 29 settembre 2000 n. 300.

Tale aggiunta ha avuto di mira la creazione di un sistema maggiormente idoneo ed al tempo stesso efficace nella lotta alle truffe.

Infatti il legislatore, con la norma prima citata, ha esteso ai delitti di truffa l'istituto previsto dall'art. 322 ter : la confisca c.d. per equivalente.

L'istituto da ultimo citato è stato introdotto nel nostro ordinamento in seguito all'espressione di volontà del legislatore europeo che, mediante l'utilizzo di questo stesso, ha avuto come obiettivo una maggiore neutralizzazione dei vantaggi economici derivanti da reato.

In particolare, l'articolo 640 quater con il rinvio diretto all'istituto del 322-ter, risulta essere applicabile ai seguenti reati: 640 co. 2 n. 1 c.p. (Truffa aggravata ai danni dello Stato); 640-bis c.p. (Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche); 640-ter c.p. (Frode informatica).

Tuttavia l'introduzione del 640-quater c.p., ad una prima lettura, ha comportato dei dubbi applicativi a causa del generico rinvio effettuato da questo stesso all'articolo 322-ter.

Scendendo nel particolare i dubbi applicativi prima menzionati sono stati generati dal rinvio generico effettuato al 322-ter senza che fosse stato esplicitato a quale dei suoi due commi si facesse riferimento.

Infatti il 322-ter al co. 1 prevede la "confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo"; al secondo comma, oltre a prevedere la confisca del profitto prevede altresì la confisca "per un valore corrispondente a quello di detto profitto": la confisca per equivalente.

La particolarità di tale confisca è dovuta al fatto che mediante quest'ultima cessa il rapporto di pertinenzialità tra reato e provvedimento ablatorio che al contrario è elemento di operatività per l'applicazione del 240 c.p. : Confisca.

Il rinvio generico di cui si è prima detto ha dato vita a due opposte tesi.

Secondo i sostenitori della prima era da escludere la confiscabilità per equivalente del profitto dei reati indicati nell'art. 640-quater. Infatti, questa interpretazione si fonda su di una valutazione che, partendo dalla lettera dello stesso 640-quater valuta il suo rinvio come riferito esclusivamente al primo comma dell'art. 322-ter e non invece al secondo comma che sarebbe stato dettato solo per il delitto previsto dall'art. 321 c.p. Di conseguenza tale disciplina non sarebbe estensibile alle fattispecie previste dall'art. 640-quater.

Per prima cosa è necessario distinguere i concetti di prezzo e profitto di reato secondo quanto è stato affermato definire

La Corte di Cassazione definisce il “prezzo” come quello pattuito e conseguito da una persona determinata come “corrispettivo” dell’esecuzione dell’illecito mentre definisce il “profitto” come l’utile ottenuto in seguito alla commissione del reato (cfr. Cass. Sez. Un. 17 ottobre 1996 n.9149).

In realtà la differenziazione operata dalla Cassazione fa chiaro riferimento al concetto aziendalistico di “costi” e “ricavi” e da quest’ultimo al concetto di utile.

La tesi che esclude la confiscabilità per equivalente è avallata dal richiamo ai lavori parlamentari della L. 29 settembre 2000 n. 300 che, autorizzando la ratifica di vari atti internazionali, per quel che riguarda la confisca, ha dato specifica attuazione all’art. 3, comma 3 della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione, prevedendo la confisca per equivalente essenzialmente con riferimento alla “tangente” della corruzione ed ai benefici che dal patto corruttivo sono derivati. Visto che nella fattispecie prevista dall’art. 640-quater manca tale elemento, ciò genera la mancata applicazione del comma II.

Al contrario, la seconda tesi, è a favore della confiscabilità per equivalente del profitto dei reati contemplati dall’art. 640-quater c.p.

Questa tesi è stata avallata da altra giurisprudenza (cfr. Cass. pen. , sez. I, 9 marzo 2005, n. 9395) che ha valutato la tesi negativa come contraria alla ratio del 322-ter c.p. in quanto finalizzata a contrastare in maniera maggiormente efficace il fenomeno della indebita percezione di fondi e ritiene, quindi, legittimo il richiamo contenuto nell’art. 640-quater c.p. al comma 2 dell’art. 322-ter escludendo che a tale interpretazione possa essere di ostacolo la circostanza che tale ultima disposizione contenga, ai fini della determinazione dei beni confiscabili, anche un riferimento a un termine di raffronto – il denaro o altra utilità dati o promessi per realizzare la corruzione – estraneo alla fattispecie di cui all’art. 640-bis.

Il contrasto appena citato è stato risolto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sent. n. 41936 del 25 ottobre 2005.

Con tale decisione la Suprema Corte ha optato per la confiscabilità per equivalente del profitto dei reati contemplati dall’art. 640-quater c.p. in forza della riferibilità diretta e non già analogica del rinvio di cui all’art. 322-ter c.p. comma II.

A favore di tale tesi milita, secondo quanto sostenuto nella prima citata sentenza, la lettera di tale norma che fa un rinvio indifferenziato (“in quanto applicabili”) alle disposizioni contenute nell’art. 322-ter c.p. ed inoltre in tale direzione conduce in modo decisivo l’esame dei lavori preparatori della legge con cui furono introdotte le norme di cui agli articoli 322-ter e 640-quater c.p.

La lettura teleologica ha avuto il merito di valorizzare la funzione dell'istituto eliminando gli effetti negativi che avrebbe generato l'opposto orientamento che, secondo le Sezioni Unite, svisciva le misure di nuova produzione nei reati contro la P.A. in quanto il profitto è il vero elemento da colpire.

3) Il recente *decisum* della Cassazione sul concorso apparente di reati sussistente fra la frode fiscale ex artt. 2 e 8 D.Lgs. n. 74/2000 e la truffa aggravata ai danni dello Stato ex art. 640 cpv c.p., n. 1.

Tornando alla sentenza citata in premessa la decisione dei giudici di merito, dovendo valutare tanto la responsabilità penale dei soggetti posti in posizioni aziendali apicali, quanto la responsabilità amministrativa dell'ente coinvolto, aveva valutato in maniera differente queste stesse.

Infatti, se per le persone fisiche poste in posizione apicale era stato escluso il concorso di reati, tale esclusione era stata negata per quanto riguarda la responsabilità amministrativa degli enti.

La decisione dei giudici di merito consentiva l'operatività, nei confronti dell'ente coinvolto, della confisca per equivalente normativamente prevista all'epoca del fatto solo per la truffa aggravata.

La Corte di cassazione, analizzando il *decisum* dei giudici di merito, ha avuto modo di affermare che il principio di legalità al quale si ispira tanto il sistema penale quanto l'ordinamento della responsabilità degli enti, "impedisce infatti che possa scomporsi il reato complesso – ovvero qualsiasi altra figura criminosa che ne assorba un'altra, esaurendo in sé l'intero disvalore del fatto – al fine di far derivare, da una parte artificialmente separata della condotta posta in essere ed isolatamente riguardata, quelle conseguenze sanzionatorie che solo da essa, e non invece da quella globalmente considerata dalla legge, conseguirebbero". Così decidendo la Suprema Corte ha annullato la sentenza di merito che aveva riconosciuto l'assorbimento dei reati solo ed esclusivamente per le persone fisiche e di conseguenza non aveva ritenuto operante per queste stesse il reato di truffa aggravata ai danni dello stato; diversa sorte invece era toccata all'ente a carico del quale, non venendo riconosciuto l'assorbimento e quindi riconoscendo operativo a carico di questo stesso il reato di truffa aggravata, veniva sancita l'operatività della confisca per equivalente ex art. 322 ter c.p. In realtà con tale ultima decisione la giurisprudenza di legittimità ha ulteriormente affermato il

principio in base al quale non è configurabile il concorso fra tali due reati, dovendosi ritenere il reato di truffa aggravata ai danni dello Stato assorbito nel delitto di frode fiscale. Tale valutazione impedisce l'applicazione della confisca per equivalente, non prevista dalla legge per i reati tributari, se non per i fatti, non ricorrenti nel caso di specie, successivi all'entrata in vigore della legge finanziaria per il 2008: la L. n. 244/2007.

4) Conclusioni

Alla luce di quanto sino ad ora affermato la decisione della Cassazione, affermando il rispetto di alcuni principi fondamentali in materia, sembra decisa a risolvere un contrasto la cui mancata risoluzione risultava generare una sperequazione fra le responsabilità delle persone fisiche rispetto a quella delle persone giuridiche.

Innovazione e Diritto

1. Nell'ambito del procedimento penale a carico di R.E. e R.G. sottoposti ad indagine per i delitti concorrenti di frode fiscale (*D.Lgs. n. 74 del 2000, artt. 2 e 8*) e truffa aggravata ai danni dello Stato (art. 640 cpv c.p., n. 1), veniva disposto dal Gip il sequestro preventivo dei conti correnti della Dante Rimordi s.r.l. - nella quale, a quanto è dato intendere, i predetti svolgevano funzioni apicali - fino alla concorrenza dell'IVA ritenuta evasa, sul presupposto che l'art. 640 cpv c.p., n. 1 e art. 322 ter c.p. ne autorizzassero la confisca per equivalente anche nei confronti della società ai sensi del *D.Lgs. n. 231 del 2001, artt. 19 e 53* in tema di responsabilità amministrativa degli enti.

2. Provvedendo sull'appello proposto dai suddetti interessati avverso l'ordinanza reiettiva della richiesta di dissequestro, il tribunale provinciale competente ai sensi dell'art. 322 bis c.p.p. prendeva atto della giurisprudenza di legittimità che esclude il concorso fra il delitto di frode fiscale, che non consentiva all'epoca la confisca per equivalente, e quello di truffa ai danni dello Stato, restando il secondo assorbito nel primo.

3. Rilevava tuttavia che la questione della qualificazione giuridica della condotta esclusivamente sub specie di frode fiscale, con derivante impossibilità di ablazione del tantundem, si ponesse solo con riferimento alla responsabilità penale degli indagati persone fisiche, perchè, con riguardo alla responsabilità amministrativa dell'ente, doveva ritenersi invece che il concorso apparente di norme non potesse "elidere sic et simpliciter la condotta (di truffa aggravata) consumata dai soggetti rivestenti in esso funzioni apicali", con la conseguenza che, essendo comunque configurabile, a causa di detta condotta integrante la truffa, la responsabilità della società ai sensi del *D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 24, comma 1*, doveva mantenersi in suo danno il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente sia pur solo sulle somme già vincolate e non sui conti correnti.

4. Avverso tale decisione hanno proposto ricorso per Cassazione le persone sottoposte ad indagine la Rimoldi s.r.l. denunciando, con due articolati motivi di ricorso, la violazione del *D.Lgs. n. 232 del 2001, artt. 2, 5, 19, 24 e 53, D.Lgs. n. 74 del 2000, artt. 2 e 8, artt. 1, 15, 332 ter, 640 e 640 quater c.p.*; rilevano i ricorrenti come l'assorbimento del delitto di cui *all'art. 640 c.p.* in quello di cui al *D.Lgs. n. 74 del 2000* abbia determinato l'inapplicabilità della legge sulla responsabilità amministrativa degli enti per l'assenza del reato presupposto e come alla condotta tipica del reato "assorbito" non possa essere attribuito alcun rilievo, in coerenza con il principio di legalità. 5. Il ricorso è fondato.

6. Da tempo la giurisprudenza di legittimità ha affermato il principio secondo cui non è configurabile il concorso fra il delitto di frode fiscale (*D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 2*) e quello di truffa aggravata ai danni dello Stato (art. 640 cpv c.p., n. 1), dovendosi ritenere il secondo consumato nel (ovvero in rapporto di specialità con il) primo, con la conseguenza che, verificandosi l'assorbimento nel delitto di frode fiscale di quello di truffa aggravata, è impedita l'applicazione della confisca per equivalente, non prevista dalla legge anche per i reati tributari, se non per i fatti - qui pacificamente non ricorrenti - successivi all'entrata in vigore della legge finanziaria 2008, n. 244/2007 (sez. 2^a, 11.1.2007, Per rozzi, rv 236126; sez. 2^a, 5.6.2008, Pulzella, rv 241110; sez. 2^a, 8.5.2008, Pulzella, rv 240910; sez. 3^a, 24.9.2008, Canisto, rv 241033).

7. Le conclusioni di siffatto univoco indirizzo giurisprudenziale valgono sia per la responsabilità penale delle persone fisiche che per quella c.d. "amministrativa" delle persone giuridiche.

Il principio di legalità, cui è ispirato l'intero sistema penale nonchè l'ordinamento settoriale della responsabilità degli enti, impedisce infatti che possa "scomporsi" il reato complesso - ovvero qualsiasi altra figura criminosa che ne assorba un'altra, esaurendo in sè l'intero disvalore del fatto -

al fine di far derivare, da una parte artificialmente separata della condotta posta in essere ed isolatamente riguardata, quelle conseguente sanzionatorie che solo da essa, e non invece da quella globalmente considerata dalla legge, conseguirebbero.

Il tribunale ha dunque violato il principio di stretta legalità, ritenendo applicabile all'ente una sanzione (quale deve essere considerata la confisca per equivalente) in ordine ad un'ipotesi criminosa (la contestata frode fiscale) che non la contempla; e ciò ha compiuto sia mediante la descritta, ardita in direzione - ai fini elusivi della legge - consistente nel valorizzare esclusivamente gli elementi della truffa aggravata contenuti nel delitto tributario del quale - è bene precisarlo - il legislatore ha escluso finora la natura di reato presupposto della responsabilità degli enti, non avendolo mai inserito nel catalogo contenuto nella sezione 3^a, capo I, *D.Lgs. n. 231 del 2001*; sia ritenendo irragionevolmente (dunque con manifesta illogicità) "scomponibile" il delitto di frode fiscale - al fine di apprezzarne penalmente una sua parte - solo con riguardo alla responsabilità della persona giuridica, avendo viceversa esattamente escluso siffatta creativa operazione ermeneutica nei confronti delle persone fisiche.

8. Il provvedimento impugnato deve pertanto essere annullato senza rinvio con le conseguenze di legge.

XXXIII Convegno Internazionale G.I.R.E.A.

Napoli 30 settembre, Ascea 1-2-3 ottobre 2009

Dipendenza ed emarginazione nel mondo antico e moderno (Dépendance et marginalisation de l'antiquité à l'âge contemporaine) è stato il tema del trentatreesimo Convegno Internazionale G.I.R.E.A. - Groupe International de Recherche sur l'Esclavage dans l'Antiquité¹, che è stato inaugurato² nel pomeriggio di mercoledì 30 settembre, ospitato dall'Aula Pessina della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II", in corso Umberto I, ed è proseguito nei giorni 1, 2 e 3 ottobre ad Ascea, nel Palazzo Alario, sede della Fondazione Alario³ per Elea-Velia, Auditorium Parmenide.

I temi della schiavitù e della dipendenza, in una con l'affascinante poliedricità degli aspetti ad essi connessi, hanno costituito attrattiva per gli studiosi delle realtà storiche, sociali, giuridiche, economiche, filosofiche di paesi molto diversi per tradizione giuridica, impostazione di studi, ma tutti accomunati dall'interesse di coagulare intorno a queste tematiche di scottante attualità, un lavoro interdisciplinare che avesse l'obiettivo di elaborare una conoscenza sfaccettata dei vari sistemi economico-sociali dell'antichità.

Proprio questo è stato l'intento degli organizzatori del Convegno, dal momento che il tema della dipendenza e dell'emarginazione è certamente un campo di indagine privilegiato per

¹ Il G.I.R.E.A. - Groupe International de Recherches sur l'Esclavage dans l'Antiquité è stato fondato nel 1972 per iniziativa di studiosi italiani e francesi come 'Gruppo italo-francese di ricerche sulla schiavitù antica'; si è poi ampliato rapidamente con adesioni importanti di gruppi, scuole e ricercatori eminenti dell'Ovest e dell'Est europeo. Ne fanno parte attualmente alcune centinaia di membri di tutto il mondo, sotto la direzione di Domingo Placido (Universidad Complutense, Madrid).

² Lo svolgimento della manifestazione si è svolto sotto gli auspici della Fondazione Alario per Elea-Velia, del Consorzio Interuniversitario Gérard Boulvert, della Casa Editrice Jovene, del Comune di Napoli, della Università degli Studi di Napoli "Federico II", Facoltà di Giurisprudenza, del Dipartimento di diritto romano e storia della scienza romanistica "F. De Martino" e del Polo delle Scienze Umane e Sociali.

³ Alario è una fondazione culturale, costituita nel 1986, che ha sede in Ascea Marina (Sa), in una masseria fortificata. L'antico Palazzo Alario fu costruito verso la fine del secolo XVIII e ristrutturato dall'Architetto Portoghesi, il quale, grazie ad un intervento programmato, ha dotato l'antico corpo di fabbrica di due moderne strutture, finalizzate all'espletamento di attività culturali, di comunicazione e di spettacolo. La struttura è molto vicina all'area archeologica dell'antica città greca di Elea ed è situata nel cuore del Parco Nazionale del Cilento e Vallo di Diano, in prossimità del mare.

l'evo antico e quello di mezzo, ma attiene anche, seppure in forme diverse, al mondo moderno e contemporaneo. A tal fine è stata privilegiata una dimensione diacronica con la partecipazione di storici del diritto, storici dell'antichità, archeologi, studiosi delle lingue e letterature antiche, storici dell'età medievale, moderna e contemporanea, giuristi positivi. Questa interdisciplinarietà ha consentito di cogliere appieno la tematica e di approfondire l'aspetto di emarginazione tra dipendenti e subordinati, che è realtà anche quotidiana.

La cura della Segreteria organizzativa è stata affidata alle capacità delle dottoresse Maria Vittoria Bramante, Adelaide Caravaglios, Francesca Del Sorbo e Paola Santini, tutte afferenti al Dipartimento di diritto romano e storia della scienza romanistica "F. De Martino" dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"; l'esercizio della Segreteria scientifica è appartenuta alla maestria della professoressa Francesca Reduzzi Merola; il Comitato scientifico ha visto quali autorevoli componenti i professori Antonio Gonzales (Université de Franche-Comté, Besançon), Luigi Labruna (Università degli Studi di Napoli "Federico II"), Domingo Placido (Universidad Complutense de Madrid), Francesca Reduzzi Merola (Università degli Studi di Napoli "Federico II") e Francesco Salerno (Università di Cassino).

1. Le operazioni pregressuali hanno preso il via, nel primo pomeriggio di mercoledì 30 settembre, con il ricevimento e la registrazione dei numerosi partecipanti italiani e stranieri, presso l'edificio centrale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II", nella storica sede di Corso Umberto I.

I lavori del Convegno, si sono aperti - nell'Aula Pessina - sotto la presidenza di Carla Masi Doria, Direttore del Dipartimento di diritto romano e storia della scienza romanistica "Francesco De Martino" - della Facoltà di Giurisprudenza della "Federico II" - ed hanno continuato raccogliendo le parole di saluto del Professor Guido Trombetti, Rettore dell'Università, il quale si è fatto portatore dello spirito di augurio di buon lavoro della comunità scientifica napoletana. Non sono mancati i voti augurali di Rosa Russo Jervolino, Sindaco di Napoli. Gli indirizzi di saluto del Professor Massimo Marrelli, Presidente del Polo delle Scienze Umane e Sociali, del Professor Lucio De Giovanni, Preside della Facoltà di Giurisprudenza e del direttore del G.I.R.E.A. Domingo Placido, hanno dato il via alle relazioni.

Quattro i relatori di questa prima tornata napoletana, gli studiosi: Domingo Placido dell'Universidad Complutense de Madrid; Jacques Annequin dell'Université de Franche-Comté, Besançon; Olivier Pétré-Grenouilleau dell'Institut d'études politiques de Paris e Francesca Reduzzi Merola dell'Università di Napoli Federico II.

Con *Los límites de la marginación en la formación del cuerpo cívico ateniense*, D. Placido ha illustrato i limiti dell'emarginazione nella formazione del corpo civico ateniese. Egli ha preso le mosse da un dato offerto dalla tradizione, secondo la quale, nel 594 a. C., Solone appariva il fondatore della democrazia. Le leggi, allora, offrivano la cornice giuridica ad una nuova società civica (non politicamente democratica nel senso moderno del termine), capace di garantire la libertà dei suoi membri, baluardo contro gli extranei, questi ultimi sprovvisti di protezione di fronte allo strapotere economico dei potenti.

Dopo l'interessante relazione di D. Placido, è stata la volta di J. Annequin, che ha parlato *De l'esclavage à la marginalité: une forme de déviance sociale? Le discours de la fiction*. Il relatore ha sottolineato come ogni società è tale in omaggio alle regole che impone ai propri consociati, l'inosservanza delle norme induce a comportamenti devianti che possono portare alla marginalizzazione. Nella domus si ripropone una struttura gerarchicamente organizzata (simile a quella della società civile), nella quale lo schiavo ha una posizione ambigua, quasi tra l'accettazione (consenso) e rifiuto. Gli inosservanti le regole di condotta (i banditi), a loro volta, possono costituire delle loro strutture come micro-società, nelle quali includere ed escludere i componenti, imponendo regole. Tra le domus emergono nuove forme di socialità, il fugitivus vive nella marginalità assoluta segnata dalla solitudine e dalla immersione nella natura. Secondo J. Annequin *L'asino d'oro* di Apuleio fotografa i limiti del consenso (accettazione) degli schiavi, l'ambiguità di alcune società marginali, la loro realtà nella marginalità. Così il comportamento del fugitivus diventa rigorosamente a-sociale.

Il terzo intervento della sessione pomeridiana napoletana dal titolo *La place de l'esclavage dans les formes de dépendance et d'exploitation: une situation marginale?* è stato di O. Pétré-Grenouilleau e si è focalizzato sull'idea che, anche se non universalmente popolare, la schiavitù era - e resta - una delle principali forme di sfruttamento dell'uomo sull'uomo. Essa si è manifestata e si manifesta in molteplici forme, anzi è costantemente rinnovata. Quale sarà, allora, la posizione da assumere verso fenomeni di marginalità o di dipendenza? L'interrogativo sollevato, secondo l'autore, è suscettibile di diverse risposte, legate proprio al flusso interpretativo del fenomeno della "sottoposizione", anche se si evidenziano posizioni interpretative un po' obsolete. Il percorso esegetico proposto dal relatore è diverso, in quanto egli ha prospettato una sintesi comparativa (non esaustiva) del fenomeno schiavitù, in relazione ad altre forme di sfruttamento e di dipendenza (la servitù della gleba, il lavoro salariato, ecc.). Attraverso l'analisi delle forme di sottoposizione ha cercato di evidenziare le somiglianze e le differenze che possono, in ultima analisi, forse far comprendere meglio la sua personale posizione.

Francesca Reduzzi Merola ha lanciato il discorso “conclusivo” della sessione dei lavori napoletani occupandosi di Dipendenza e schiavitù: integrazione, emarginazione, diritto. La relatrice ha, sapientemente, dosato il suo intervento concentrandosi sulle non numerose fonti dove sono menzionati schiavi sottoposti a schiavi che sono a loro volta dipendenti da (o comunque nella disponibilità di) altri schiavi (talvolta denominati vicari di vicari). Queste, tuttavia, offrono la possibilità di affrontare il tema della schiavitù, dipendenza ed emarginazione da un punto di vista forse privilegiato. Significativi, a giudizio dell’autrice, appaiono i pareri di Celso ed Ulpiano – espressi in due passi dei Digesta - in materia di legato di peculio a servi manumissi (D. 33.8.25, Celso, e D. 33.8.6.3, Ulpiano), alcune epigrafi (CIL. VI.6399 e 35700; Bull. Comm. 53,1925, p. 218 n.40; CIL. II.6091, da Tarraco) e la Tabula Londiniensis con emptio puellae, l’acquisto della schiavetta Fortunata da parte di un vicario di uno schiavo imperiale.

La discussione seguita a così interessanti relazioni è stata condotta da Carla Masi Doria ed è risultata quanto mai vivace ed animata. Gli interventi, in particolare quello di Tiziana J. Chiusi, hanno reso ancora più interessante il tema del Convegno.

Il Buffet, nella bella sala della Presidenza, ed il trasferimento dei convegnisti ad Ascea ha chiuso la giornata di lavoro.

2. Il 1° ottobre, ad Ascea, nella sala rossa della Fondazione Alario, i lavori sono ripresi, nella sessione antimeridiana, sotto la presidenza di Domingo Placido⁴.

Denso il programma dei lavori, proseguito con voti a lui dedicati e che ha visto, fino alla pausa prandiale, con una breve pausa caffè, una serrata lista di relatori.

Fino a metà mattinata si sono avvicendati con i loro interventi Marie-Rose Guelfucci (Université de Franche-Comté, Besançon), Arminda Lozano (Universidad Complutense de Madrid), James Roy (University of Nottingham), Miriam Amparo Valdés Guía (Universidad Complutense de Madrid), Adolfo J. Domínguez (Universidad Autónoma de Madrid), Manuel Rodríguez Gervás (Universidad de Salamanca), César Fornis (Universidad de Sevilla).

M. R. Guelfucci ha tenuto una relazione dal titolo *Marginaliser l'adversaire: indépendance et stratégies politiques en Grèce et à Rome*. La relazione ha preso le mosse dalle Storie di Polibio. L’indagine esegetica è partita dal lessico utilizzato, al fine di seguire le principali tappe di una strategia di dominio che stravolge le leggi dell'alleanza fino ad instaurare una relazione di dipendenza o di sudditanza. Infatti, l’autrice rileva che il Senato - portatore di interessi

⁴ Purtroppo una infausta notizia ha segnato questo giorno, la scomparsa del Professor Francesco Salerno ha destato commozione e tristezza tra la comunità degli studiosi raccolti nel Convegno.

particolaristici - sembrava aver voluto avviare, per gradi, una nuova strategia, rivolta al perseguimento dei propri fini. Il disegno venne perseguito mettendo in progressione una serie di attività, già in uso prima, seppure con diverse modalità, emarginando alcuni alleati, ostentatamente per indebolirli e - allo stesso tempo - esaltandone altri in modo da renderli maggiormente dipendenti dalle sue decisioni.

Già dal titolo *Ser o sentirse esclavo. La esclavitud espiritual entre los gringo* si comprende l'obiettivo dello studio di A. Lozano che si è articolato intorno a termini come $\delta\omicron\lambda\omicron\varsigma$, $\epsilon\rho\acute{o}\varsigma$, $\epsilon\rho\acute{o}\varsigma\ \delta\omicron\lambda\omicron\varsigma$, ed altri simili, presenti in testimonianze, essenzialmente, epigrafiche (ed in un contesto religioso), provenienti dalla Lidia e dalla Frigia. Dalla lettura delle fonti si poteva evincere che tali lemmi non rappresentavano tanto una categoria giuridica, quanto, invece, una situazione di dipendenza spirituale dalla divinità, una situazione, tra divinità ed individualità, che esprimeva così la totale sottomissione dell'individuo ai propositi divini. L'analisi ha continuato con la considerazione di aspetti simili in contesti religiosi ed ideologici dell'epoca ellenistico-romana.

J. Roy con *Le bérger, un personnage en marge de la société greque classique* ha sottolineato l'importanza economica del lavoro del pastore - schiavo o uomo libero - nella Grecia antica, anche se il suo ruolo è apparso marginale ai più, dal momento che il pastore appare raramente nelle iscrizioni e nei passi escerti dalle opere di storici greci od oratori. Nella poesia omerica si trovano menzioni di pastori, tant'è che hanno dato vita alla poesia pastorale. Fonti fittili, cocci e vasi testimoniano il loro ruolo come protagonisti di scene allegoriche e gettano luce sullo status "marginale" del pastore greco.

M. Amparo Valdés Guía, *Dependencia y marginación en Homero y en Hesíodo*, ha illustrato la dipendenza e l'emarginazione di chi possa essere considerato "libero" nei poemi di Omero ed Esiodo, reputati veicoli privilegiati per la comprensione delle relazioni sociali del VIII e del VII secolo in Grecia. L'analisi si è focalizzata sugli elementi che permettono di parlare di marginalizzazione dei ceti più bassi della società, rispetto a coloro che sono "normalmente integrati e riconosciuti" come membri del demos.

A. J. Domínguez si è occupato di *Dependencia y marginación de las poblaciones indígenas de la Sicilia griega*. Egli ha analizzato i meccanismi di sottoposizione utilizzati dalle città greche della Sicilia, in particolare Gela e Siracusa, al fine di "controllare" una parte delle popolazioni indigene della Sicilia stessa. Attraverso una politica aggressiva, queste città erano giunte ad ottenere il controllo di vasti territori e centri indigeni erano entrati nell'area di influenza delle città greche. Mentre con le sue campagne Ducezio aveva cercato di alleggerire la pressione, il

suo fallimento determinò una crescente dipendenza ed emarginazione del mondo non-greco, situazione chiaramente percepibile al momento della spedizione ateniese contro la Sicilia.

Prisión, pobreza y dependencia en el siglo IV: Libanio, con questo titolo M. Rodríguez Gervás si è occupato dei discorsi di Libanio e del loro contenuto sociale. Egli rileva che una serie di passi volti all'imperatore Teodosio rappresentano una chiara denuncia degli abusi che alcuni funzionari imperiali e alcuni membri dell'esercito perpetravano su decuriones e, più in generale, sugli humiliores. Da alcuni discorsi, ad esempio dal *De vinctis*, emergeva una società in cui le famiglie povere erano discriminate, o meglio, versavano in condizioni deprecabili a causa della lunga prigionia di bambini, genitori o mariti. Tutto ciò implicava una situazione di costrizione degli altri membri della famiglia in cattività tale da stabilire legami di dipendenza per la sopravvivenza.

C. Fornis ha tenuto una relazione dal titolo *Espartiatas e hilotas en la Revolución Francesa*. Lo studioso ha posto a base della sua discussione l'assunto che la Rivoluzione francese ha introdotto un vero e proprio culto dell'antichità, in particolare Atene, Sparta e Roma sono state erette a modello per la nuova Francia. La sua discussione si è concentrata sulla lettura delle fonti antiche, fatta dagli uomini della Rivoluzione, finalizzata a scopi propagandistici. L'autore rileva che l'uso e l'abuso degli stereotipi del passato hanno reso una immagine distorta del messaggio delle fonti classiche, sia per i giacobini (pervasi da un desiderio di rinascita politica e morale della società francese sul modello spartano), sia per i girondini, e più tardi idealisti e liberali, che si opponevano ad essa.

Nella seconda parte della mattinata, presidente Jacques Annequin, fino alla pausa pranzo, hanno sollecitato l'uditorio con le loro relazioni Guy Labarre (Université de Franche-Comté, Besançon), Antonio Gonzales (Université de Franche-Comté, Besançon), Pierre Jaillette (Université de Lille 3-Charles De Gaulle), Amparo Pedregal (Universidad de Oviedo), Rudy Chaullet (Université de Franche-Comté, Besançon), Girolamo Imbruglia (Università di Napoli L'Orientale).

Dopo la pausa caffè, G. Labarre, *Bandes armées et dépendance au Ier siècle av. J.-C. d'après les Vies de Plutarque*, si è occupato delle bande armate, utilizzate dai cittadini nelle lotte politiche nel I secolo a.C. Le informazioni – sottoposte all'uditorio - sono state tratte da *Le Vite di Plutarco* (in particolare quelle di Mario, Cicerone, Pompeo, Cesare e Catone Minore) nelle quali gli esempi attinenti a tale fenomeno sono numerosi. Attraverso l'analisi del contesto storico nel quale queste bande appaiono e del lessico impiegato da Plutarco per designarne gli appartenenti, il relatore ha evidenziato le finalità e le modalità di "costruzione" di queste bande. Inoltre, lo studioso non ha dimenticato il ruolo da loro svolto nell'ambito delle lotte

politiche a Roma e le loro relazioni con i cittadini. Il problema, in sostanza, che è stato posto è del seguente tenore: le bande erano formate da emarginati reclutati dai cittadini romani più potenti che aspiravano al potere per screditare e sminuire (emarginare) politicamente i loro avversari? Intorno a questo interrogativo si è snodato tutta la discussione.

L'invention de marginalisation à travers la catégorisation statutaire: le cas du statut d'incertain chez Pline le Jeune è stato il titolo della relazione di A. Gonzales. Scopo di questa comunicazione è stato quello dimostrare come lo storico, utilizzando una metodologia specifica per classificare gli individui, possa creare esclusione ed emarginazione senza legami effettivi con la o le società studiate. Il relatore ha cercato di analizzare questi meccanismi generatori di esclusione o di emarginazione a partire dalla corrispondenza di Plinio il Giovane, studiata secondo il metodo dell'Indice tematico, metodo di distribuzione dell'informazione concernente gli individui schiavi, liberti o di statuto incerto o impreciso. Questa autoanalisi metodologica ci permetterà di riflettere sulle eventuali illusioni retrospettive che possono inficiare il lavoro e le conclusioni dello storico quando si interessa ai meccanismi di esclusione.

P. Jaillette, con *Les esclaves ruraux dans la législation de l'époque romaine tardive: quelques observations*, ha sollevato il problema della disciplina del colonato nel tardo antico. Prendendo le mosse dal pensiero di Fustel de Coulanges secondo il quale non è facile sapere come il colonato è nato e come fu regolato, l'autore ha subito sgombrato il campo d'indagine da ogni e qualsiasi retaggio etico e religioso circa la richiesta di schiavi e la relazione tra schiavitù e Cristianesimo, concentrandosi essenzialmente sul fenomeno "schiavo-contadino" nella previsione normativa tardo antica, più precisamente nel Codice di Teodosio e nelle Novelle postteodosiane.

'Secessae Mundi'. Márgenes, (in)dependencia, espacios para la transgresión en el cristianismo primitivo è stato il titolo dell'intervento di A. Pedregal. Il relatore ha focalizzato la sua attenzione sul fenomeno della marginalizzazione, sia ideologica che fisica, delle donne quale presupposto del meccanismo religioso romano, per descrivere la sovversione che incoraggiava le stesse ad avvicinarsi ad alcuni culti misterici. Proprio quando il cristianesimo diventò religione ufficiale, con l'infittirsi delle pratiche ascetiche, si iniziò a considerare la condizione di mundi secessae come mezzo di perfezione femminile. Sia con la detenzione iniziale a casa, come con lo stanziarsi nel deserto (inteso questo come situazione ai margini della zona civile che rappresenta la città), le donne che cercavano la perfezione cristiana trovavano il giusto spazio per trasgredire strutture che erano sintomo della società patriarcale dominante. La proverbiale selvaggia natura femminile trovava nel deserto l'ambiente che si presentava come alternativa auspicabile al fine di aggirare le norme di sottomissione al maschio (figura

dominate nella società civile). Ma in questo ritiro dal mondo, subire il rigore ascetico della schiavitù e cercare la perfezione detenute nelle celle, talvolta sfociava in una situazione chiamata prigione.

R. Chaulet, con una relazione su *Marginaliser ou réduire en esclavage: le cas des orisques dans l'Espagne du XVIIe siècle*”, ha gettato luce sui più antichi abitanti della penisola iberica, i mori, prima cristiani, poi costretti a convertirsi all'Islam, in séguito all'arrivo dei mussulmani in quei luoghi, nel 711. Il relatore ha evidenziato come costoro furono emarginati fino a quando la monarchia spagnola li costrinse a convertirsi al cristianesimo. Essi versavano spesso in condizioni di schiavitù a causa della loro partecipazione a ribellioni (guerra del Alpujarras, 1567-1571). Da ciò R. Chaulet, proprio per la vasta comunità moresca di Spagna, ha evidenziato come il pericolo della schiavitù rappresentasse – per gli estraniati - una minaccia continua, anzi avrebbe contribuito a rafforzare l'emarginazione, che a sua volta indebolisce l'individuo che può essere più facilmente ridotto in schiavitù.

G. Imbruglia, con *Una servitù moderna? Il caso delle riduzioni gesuite e il potere spirituale*, ha chiuso i lavori dell'intensa mattinata. Datata 1640, l'Imago primi saeculi Societatis Jesu celebrò il primo centenario dell'esistenza della Compagnia di Gesù, allora all'apice del suo potere. La strategia di evangelizzazione fondata sulle missioni, inaugurata quasi nolente Societate Jesus, aveva dato frutti notevolissimi in Oriente (da Francesco Saverio a Roberto de' Nobili), in Occidente, tra i Cinesi e tra i selvaggi americani. Infatti, nell'America meridionale, ad Acosta, i gesuiti misero a punto una strategia e un'auto-rappresentazione della propria azione evangelizzatrice, che ruotava, sul ripudio della conquista militare, a favore della conquista spirituale. Questa impostazione, inizialmente attinente ad un'area del continente americano, divenne simbolo della condotta di tutta la Compagnia di Gesù: nell'Imago si parlò di un impero di un genere assolutamente nuovo, superiore e diverso da quelli romano e spagnolo, appunto perché la soggezione che esigeva non poggiava sulla coazione, ma sulla convinzione. Il modello di questa relazione di direzione, di dipendenza religiosa e politica stava nelle riduzioni gesuitiche del Paraguay. Per indagare questo nuovo e moderno genere di potere politico e religioso il relatore ha, inizialmente, discusso di quale fosse in effetti la vita politica e civile delle riduzioni; poi, di quali fossero state le difese e le critiche che si ebbero, fin dalla metà del XVII secolo, a quella esperienza. Vita religiosa degna della chiesa gerosolimitana, ovvero schiavitù completa, perché capace di arrivare fin dove la schiavitù classica non arrivava, ossia nella coscienza degli individui? Il potere spirituale, per adoperare una formula di Comte, era condizione di libertà, o presupposto di una nuova servitù? Lanciando questi interrogativi si è chiuso l'intervento

La discussione animata e piacevolmente condotta dal presidente della seduta mattutina ha visto un animato dibattito. Di séguito una colazione a buffet ha “spezzato” in due i lavori della giornata.

Subito dopo pranzo, i lavori sono ripresi guidati dalla presidenza di Antonio Ganzales e fino a metà pomeriggio si sono succeduti Maurice Bazemo (Université de Ouagadougou), Julián Gallego (Universidad de Buenos Aires-CONICET), Bernat Montoya (Universidad de Alicante), Bassir Amiri (Université de Franche-Comté, Besançon), Alberto Prieto (Universidad Autónoma de Barcelona).

La relazione di M. Bazemo dal tiolo *La marginalisation de l’esclave dans la société peul du Burkina Faso à l’époque précoloniale* ha offerto al pubblico la visione delle modalità di vita di alcuni gruppi etnici abitanti in Burkina Faso, i Fulani, i quali erano convinti di rappresentare il nucleo essenziale della civiltà, mentre gli “altri” versavano in una condizione di selvaggia inciviltà. La loro convinzione affondava le sue radici da un lato nella loro carnagione chiara e dall’altro nella loro superiorità. La cultura islamica e l’esperienza consentiva a questi di mantenere posizioni di superiorità. Tant’è che essi non esercitavano determinate attività, anzi gli altri erano da considerarsi “dipendenti” (subordinati) e la gerarchia del sistema sociale aveva permesso di utilizzare questi ultimi per le diverse esigenze. Quelli catturati attraverso i raid erano sottoposti a un trattamento rivelatore della loro posizione nella società dei Fulani. L’emarginazione si traduceva nelle attività loro riservate, nell’onomastica, e nel rifiuto, da parte dei Fulani, di sposare le loro donne.

E’ stata, poi, la volta di J. Gallego, che, con *La propuesta del ‘Viejo Oligarca’ sobre los poneroi y la crisis de la democracia radical ateniense*, ha illustrato la Costituzione degli Ateniesi dello Pseudo-Senofonte. Secondo il relatore essa è un documento significativo per avvicinarsi ai diversi aspetti della democrazia ateniese dell’ultimo terzo del V secolo a.C. In particolare, nei paragrafi 1.8-9, venivano illustrati gli effetti che si ottenevano nei casi in cui la democrazia fosse abbattuta: la rimozione politica del demos causerebbe la pronta caduta nella douleia. Così, l’emarginazione dei poneroi - e la loro esclusione dalla partecipazione politica - comporterebbe la perdita della libertà democratica, e li sottometterebbe a un rapporto di dipendenza che li equiparerebbe agli schiavi e ai meteci. L’acutezza di questa analisi rispetto alle conseguenze sociali che derivavano dalla soppressione del potere popolare si poteva comprendere meglio alla luce delle nuove forme di dipendenza che colpirono i cittadini poveri nell’Atene del IV secolo. Allo stesso tempo, l’ipotesi dell’autore mette immediatamente in rilievo i conflitti che si scatenarono apertamente nella guerra civile dal 411 al 403 e nei successivi colpi di stato oligarchici e restaurazioni democratiche, vale a dire quando la politica

del demos si indebolirà internamente per la sua propria incapacità di conservare la democrazia.

B. Montoya ha intrattenuto l'uditorio su *La marginación social como factor de identificación de la esclavitud en la antigüedad*. L'identificazione della schiavitù nelle società del mondo antico è un lavoro difficile e una delle principali ragioni sta nel fatto che non esiste una definizione chiara di che cosa si intendeva per "schiavitù". Molti degli studi moderni sull'argomento hanno polemizzato a proposito dell'identificazione degli iloti, dei penesti e di altri ceti sociali dell'antichità come "schiavi", inquadrandoli sotto forme di dipendenza diverse. A questo punto lo studioso ha pensato che "l'emarginazione sociale" dello schiavo, che è una caratteristica che possiamo trovare in ogni tipo di società, potrebbe risultare adeguato come criterio di distinzione universale.

Negotiator sericarius: sur la route de la promotion sociale è stato il titolo dell'intervento di B. Amiri, che si è occupato del commercio della seta. Dal primo secolo a.C., la seta fu oggetto di desiderio in Occidente e il suo uso si diffuse rapidamente nella società romana. Il commercio della seta tra Roma e l'Oriente fu organizzato sotto la egida della *negotiores sericarii*. Tra questi, il caso particolare di Aulo Pluzio Epafrodito, citato in due iscrizioni conservate al Louvre. L'autore ha dimostrato come la condizione di inferiorità, dettata dallo status di appartenenza, può essere superato da una ricca attività economica, da investimenti redditizi che erano sinonimo di visibilità e riconoscimento sociale.

Da ultimo, A. Prieto ha parlato di *Formas de marginación y dependencia en Roma antigua según el cine*. Secondo il relatore si trattava di analizzare vari esempi individuati in film che proponevano la visione di fenomeni di dipendenza in epoca romana. In essi si colgono diverse forme di emarginazione, che non trovavano pieno riscontro nella tradizione letteraria, dimostrando come il film tende a semplificare le forme di dipendenza, massificandole e prospettando per tutte una unica riduzione a ciò che è schiavitù.

La discussione, che ha visto gli interventi di Tiziana J. Chiusi e Carlos García Mac Gaw, ha aperto nuovi orizzonti di ricerca ed ha reso ancora più interessanti le suggestioni offerte dai relatori con i loro interventi.

Dopo la pausa caffè, introdotta da Antonio Gonzales la presentazione de I centri europei di ricerca sulla schiavitù, sono intervenuti di Tiziana J. Chiusi (Universität des Saarlandes - Mainzer Akademie der Wissenschaften und der Literatur. Forschungen zur antiken Sklaverei: Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei, CRRS), di James Roy (University of Nottingham, The Institute for the Study of Slavery, ISOS) e di Domingo Placido (Universidad

Complutense de Madrid, Groupe International de Recherche sur l'Esclavage dans l'Antiquité, G.I.R.E.A.) hanno offerto uno spaccato sullo stato dell'arte.

La discussione - animata dagli interventi di Jacques Annequin e di M Garrido-Hory - ha reso più interessante i temi presentati dai relatori.

E' succeduta alle relazioni la prima sessione di una "Tavola rotonda", presieduta e coordinata da Francesca Reduzzi Merola, che ha visto gli interventi di Chiara Corbo (Università di Napoli "Federico II"), In tema di mendicitas: una testimonianza giuridica⁵; di Adelaide Russo (Seconda Università di Napoli), Qualche osservazione sull'origine del processo di libertà⁶; di Annamaria Salomone (Università di Napoli "Federico II") L'evizione del servo vicario in D.21.2.5 (Paul. 33 ad edictum)⁷ e di Paola Santini (Università di Napoli "Federico II"), Riflessioni in materia di servi publici⁸.

Al termine, la discussione ha evidenziato i punti chiave degli interventi.

3. La mattinata del 2 ottobre, come di consueto divisa a metà dalla discussione e dalla pausa caffè, ha visto, nella prima parte, presidente Jean-Yves Guillaumin, gli interventi di Valeria Viparelli (Università di Napoli Federico II), Andea Binsfeld (Universität Trier), Susana Reboreda Morillo (Universidad de Vigo), Claude Brunet (Université de Franche-Comté, Besançon) e

⁵ L'intervento ha avuto ad oggetto l'analisi di CTh. 14.18.1, una costituzione emanata dall'imperatore Graziano nel 382 per arginare il fenomeno della mendicità a Roma, ponendosi, in particolare, quale misura punitiva della mendicitas praticata da poveri abili al lavoro.

⁶ La relatrice riporta il problema della legittimazione delle legis actiones riconoscendola ai soli cives. Quando si trattava di processi di libertà il presunto schiavo, sul cui status si controverteva, difettava dei presupposti fondamentali per assumere il ruolo di parte processuale. Si spiega così la necessità dell'adsertor in libertatem il quale, in quanto sui iuris e cittadino romano, poteva operare la vindictio in libertatem. I legittimati all'azione erano, dunque, da un lato il preteso dominus, dall'altro un soggetto, detto adsertor in libertatem, il quale rivendicava la libertà del presunto schiavo. Per molto tempo parte della dottrina ha ritenuto che legittimato a compiere l'adsertio in libertatem in epoca più antica non fosse un soggetto qualsiasi. Si è pensato che questi fosse individuato nell'alveo del gruppo gentilizio cui apparteneva lo schiavo e che solo successivamente, con il dissolversi del fenomeno gentilizio, la facoltà di asserire in giudizio la libertà di un uomo sarebbe stata attribuita a chiunque. Nell'ambito di questa idea generale poi sono state utilizzate argomentazioni differenti e più specifiche. L'autrice ha sottolineato la necessità di un riesame delle fonti sul tema il quale possa essere utile per formulare osservazioni in materia. Non è peregrina, infatti, l'idea che l'adsertor in libertatem in origine fosse un parente del presunto servo, oppure un membro della gens, portatore di un interesse ad agire del gruppo. Questa idea trova, infatti, appiglio in alcune fonti che suffragano ulteriormente tale tesi.

⁷ La relazione si incentra sul tema 'evizione del compratore e iniuria iudicis' e sulla testimonianza di Labeone (Paolo la riporta nel lib. XXX ad ed. praet., D. 21.2.5), che non si armonizza con il panorama evincibile dalle altre fonti in argomento, coeve o successive. Di qui i sospetti di interpolazioni e le complicazioni determinate dalle proposte emendative. La studiosa, in base ad alcuni risultati ai quali è pervenuta, su iniuria iudicis e absentia dell'auctor nel giudizio in cui si è determinata l'evizione del compratore, è convinta che si possa suggerire una lettura in parte nuova sia di D. 21.2.5 sia delle altre testimonianze in argomento, lettura che, fra l'altro, con riferimento al testo paolino sembra possa anche fornire un utile contributo agli studi sul ruolo degli schiavi nell'economia romana.

⁸ L'intento della relazione è quello di mettere in luce alcuni risvolti dell'attività dei servi pubblici ai fini di contribuire al ritratto di questa categoria complessa, di difficile definizione, le cui origini sono ancora in parte da svelare ed alla quale la storiografia ha forse prestato scarsa attenzione (basti pensare alla specifica riflessione scientifica in tema rispetto invece all'imponente, quasi sterminata, letteratura incentrata sul mondo servile), e per la quale, nel suo Staatsrecht, Mommsen avanzava, rispetto alla schiavitù per così dire comune, difformità non solo de facto, percepibili nella concretezza dei rapporti sociali («factische Unterschiede»), ma anche sotto il profilo più squisitamente giuridico («rechtliche Unterschiede»).

Saveria Gualerzi, (Università di Bologna), tutti sotto la guida del presidente Professor

V. Viparelli con Dipendenza ed emarginazione nell'elegia latina ha preso le mosse dalla prima elegia del primo libro delle elegie di Propertio, dove egli si presentava come un uomo libero diventato schiavo d'amore. La condizione di *servitium amoris* nei confronti della domina, la vita di *paupertas*, di *inertia* e di *nequitia*, di disimpegno politico e di emarginazione conseguente all'accettazione delle pene d'amore sono i motivi centrali intorno a cui ruotavano tutte le manifestazioni dell'amore elegiaco. Lo statuto letterario del *servitium amoris* apre lo spazio a una riflessione sulle categorie di dipendenza e di emarginazione nel mondo antico: basti pensare all'influsso che ha avuto il linguaggio giuridico su quello erotico nella definizione del ruolo dei protagonisti della poesia elegiaca e nella descrizione dei rapporti tra un uomo libero e la sua domina.

A. Binsfeld si è interessato di Emarginazione e integrazione degli schiavi e liberti nei monumenti archeologici, ponendosi alcuni interrogativi: come venivano rappresentati gli schiavi e i liberti nell'arte greca e romana? O più precisamente: come i padroni facevano raffigurare i loro schiavi nei monumenti archeologici, soprattutto nei monumenti funerari, e come i liberti si mettevano in mostra? Sull'esempio dell'iconografia degli schiavi e liberti il relatore ha trattato della loro sorte tra sfruttamento e sentimenti d'affetto da parte del padrone, tra emarginazione e integrazione. In questo modo, secondo l'autore, si può scoprire il potenziale - spesso sottovalutato - dell'archeologia come contributo alla comprensione della schiavitù nell'antichità.

S. Reborada Morillo ha riflettuto sulla condizione delle madri in Grecia. Con *Madres dependientes en la Antigüedad Griega*, ha sottolineato che la condizione della donna nei tempi antichi, in generale, e in Grecia, in particolare, aveva un carattere che potremmo chiamare la dipendenza eterna. Infatti, dai tempi omerici le donne venivano descritte come la figlia di ..., la moglie ..., o la madre ... Proprio quest'ultimo aspetto ha convinto la relatrice a sviluppare un ulteriore esame delle donne come "produttori" dei cittadini ed a porre l'accento su una situazione di dipendenza che veniva contestualizzata all'interno di una società che ruotava attorno a uomini che avevano lo status di cittadini.

C. Brunet ha riaperto i lavori – dopo la pausa caffè – con *Création lexicale de la marginalité dans le Satyricon de Pétrone*. L'autore è partito, nella sua analisi, dal *Satyricon*, dove Petronio ritraeva un mondo cosmopolita che mescolava liberi, schiavi e liberti, anche se per molti personaggi, oggi, è difficile stabilire con certezza il loro status. Petronio, secondo la visione prospettata, ha sfruttato la sua creatività linguistica creando le identità degli interpreti in

modo da presentarle ai lettori come gli emarginati rispetto alla società tradizionalista del I secolo. Egli ha portato le situazioni al di fuori del lessico comune, al margine delle soluzioni usuali ed ha reso conto di una straordinaria sensibilità per le diverse stratificazioni sociolinguistiche. Attraverso questo meccanismo di emarginazione dei significati della lingua latina, meccanismo sconosciuto ad altri autori, Petronio è riuscito a creare la marginalità dei significati e quindi a descrivere questa brillante microsocietà con grande precisione.

Da Ovidio, che in molti casi rifiuta i valori rigidamente tradizionali della società romana, ci si poteva attendere un'apertura mentale nei confronti del problema della schiavitù; al contrario, egli rivela in merito un'ottica quanto mai antiquata e classista. Da queste premesse è partita l'analisi di S. Gualerzi con Ovidio: schiavitù senza metamorfosi. La riflessione condotta dalla studiosa si è sviluppata intorno all'assunto che gli schiavi rimangono a margine della sua poesia e sono considerati semplici strumenti di cui il cittadino libero può disporre senza remore (anche dal punto di vista sessuale). Le poche figure servili rilevanti appaiono creazioni eminentemente letterarie (Cypassis, Nape e Bagoa negli Amori) o vengono relegate alla sfera del mito (Briseide nelle Eroidi, le prigioniere troiane nelle Metamorfosi).

Ha chiuso questa prima parte della mattina un'interessante discussione che ha visto protagonisti non solo gli studiosi, tra i quali ricordiamo Oriol Olesti, Tiziana J. Chiusi, Domingo Placido e María José Hidalgo, ma anche l'uditorio.

La seconda parte della mattinata, sotto la presidenza Valeria Viparelli, è stata segnata dagli interventi di María José Hidalgo (Universidad de Salamanca), di Colette Jourdain-Annequin (Université Pierre Mendès-France, Grenoble), di Oriol Olesti e Cesar Carreras (Universidad Autónoma de Barcelona), di Jean-Yves Guillaumin (Université de Franche-Comté, Besançon), Thomas Guard, (Université de Franche-Comté, Besançon) .

M. J. Hidalgo racconta di Libertad, esclavitud y género: La bella fabella de Cupido y Psique. La relatrice ha, con il suo intervento, inteso analizzare la ricostruzione e la lettura da parte del sesso maschile di quello "femminile" e l'esclusione del femminile attraverso una serie di linee speculari che trasformano il mito apuleiano in un paradigma per altri romanzi. Ciò che – comunque – si è voluto mettere in risalto è che Apuleio presentava due figure, maschio e femmina, di diversa natura, dio e mortale, e li utilizzava per esplorare il rapporto tra i sessi e la loro interazione. D'altra parte, in questa luce ed attraverso le immagini del mito, si possono studiare le relazioni di dipendenza che si erano sviluppate tra Psiche e Venere.

Il terzo intervento della sessione è stato a voce di C. Jourdain-Annequin con Espaces et formes de la marginalité au féminin. La condizione femminile in Grecia è stata oggetto di molti studi da parte dei moderni interpreti. La relatrice si è concentrata sulla circostanza che i greci

usavano modi diversi (dalla commedia alla filosofia) per giustificare la scansione sociale che vedeva le donne in una situazione di subordinazione e persino di esclusione. Su questo punto, come prospettava la studiosa, il mito sembrava diverso. Lontano dalle categorie di consueto, il mito si basava su criteri spazio/temporali alternativi, dove le figure di marginalità femminile erano devianti da un ordine sociale concepito come naturale. Per l'autrice, l'esistenza di situazioni nelle quali le donne avevano forza di decidere e di parlare rappresentava una possibilità reale o, al contrario, un altro modo per confermare il vecchio ordine delle cose?

O. Olesti e C. Carreras si sono cimentati nello studio di *Esclavos y libertos en la producción vinícola y alfarera en el Ager Barcinonensis. De la marginalidad al éxito económico*. Nello scorcio degli ultimi quindici anni dati archeologici in uno alle scoperte epigrafiche hanno dato la possibilità agli studiosi di avvicinarsi a nuovi modelli di appartenenza della terra ed al sistema di produzione di vino nell'*Ager Barcinonensis*, nella Hispania Citerior. In un contesto così individuato, il ruolo dei liberti non solo ha assunto una posizione di chiave, ma ha rappresentato una ambita meta sociale. Lo studio delle attività economiche di alcuni di questi liberti Barcinonenses, attraverso bolle epigrafiche, ha mostrato la funzione e l'evoluzione di queste personae, dalla schiavitù alla libertà e, in alcuni casi, l'accesso alla posizione di proprietario di terra. La loro promozione fu comunque limitata e collegata agli interessi (o, meglio, all'area di influenza) del primo proprietario e della sua gens.

Il tema esposto da J.-Y. Guillaumin è stato *Marges et exclusion dans le corpus gromatique*. Il discorso ha posto l'accento sull'opinione, generalmente condivisa in dottrina, secondo la quale la fondazione di colonie da parte dei romani era una necessità governata dalla crescita numerica della popolazione, dalla richiesta sempre crescente di lotti di terreno da parte dei veterani e, da ultimo, dal desiderio (o dalla necessità) di creare nuove immagini di Roma. Ad un più attento esame, così come prospettato nell'intervento, possiamo renderci conto come i coloni venivano immessi in territori ai margini (sia nell'accezione economica che in quella geografica-culturale) tanto che rivestivano il ruolo di marcatori di confine. Il più delle volte i soldati stessi avvertivano di poter ricevere sotto il nome di terra, campi coltivati o boschi, paludi o, addirittura, regioni rocciose e sterili.

Nell'esercizio della tecnica oratoria o, per meglio dire, nei suoi discorsi più "forti" Cicerone usava la metafora della schiavitù contro il suo avversario, lo offendeva e lo umiliava, per metterlo in una condizione di subordinazione (quasi psicologica), cercava di tagliarlo fuori dai benefici della cittadinanza. Seguendo questo schema, T. Guard con *La métaphore de l'esclavage dans les discours de Cicéron: un processus de marginalisation politique*, ha cercato di evidenziare il fenomeno dell'emarginazione politica. Egli ha riferito il caso di Clodius, che ne

è stato l'esempio più evidente ed ha posto l'accento sulla circostanza che questa tecnica non solo ha assicurato successo retorico, ma ha affondato le sue radici nelle opere filosofiche di Cicerone, attraverso le quali si descriveva una umanità schiava di passioni.

Al termine della sessione dei lavori si è svolta un'interessante visita a Velia⁹.

Una colazione di lavoro ha chiuso i lavori dell'intensa mattinata.

Nel pomeriggio - sotto la presidenza di Tiziana J. Chiusi - si sono succeduti e di Maria Miceli (Università di Palermo), Carlos García Mac Gaw (Universidad Nacional de La Plata-Universidad de Buenos Aires), Aurelio Cernigliaro (Università di Napoli "Federico II"), Settimio di Salvo (Università di Napoli "Federico II") ed Alberto Alessandri (Università di Milano Bocconi).

M. Miceli si è cimentata Sulla capacità patrimoniale degli schiavi, e si è mossa da una breve ricognizione della capacità negoziale dello schiavo e di coloro che giacevano in potestà, per mostrare la rilevanza assunta dalla stessa nell'ambito del settore economico e commerciale. La struttura potestativa della familia romana (il rapporto di dipendenza che legava i soggetti alieni iuris ai propri aventi potestà) costituiva l'elemento fondante di gran parte dell'attività economica e commerciale. Il fatto stesso che gli alieni iuris fossero dotati di fasce di capacità (senza voler utilizzare concetti troppo moderni per gli assetti del tempo) garantiva lo svolgimento dell'attività economica nel proprio nome ed interesse. Infatti, i negozi giuridici conclusi dagli alieni iuris, vista l'incapacità giuridica di questi ultimi, avrebbero prodotto unicamente effetti nella sfera giuridica dell'avente potestà. La relatrice ha evidenziato che col tempo si realizzò un progressivo riconoscimento di capacità giuridica e patrimoniale ai filii familias e di parziale autonomia patrimoniale agli schiavi tramite il regime del peculium. In alcuni casi, inoltre, lo svolgimento dell'attività negoziale ed economica costituì addirittura strumento di affrancazione e acquisto della libertà per alcuni schiavi.

C.G. Mac Gaw ha illustrato la Marginación y proselitismo religioso: los circunceliones. La relazione ha analizzato - a partire dalle descrizioni pervenute per mano di Optato di Milevis ed Agustín di Hipona - la problematica da un lato critico, osservando questa categoria di lavoratori (i circunceliones) nella loro doppia accezione di produttori agricoli marginali e monaci fanatici itineranti. Infatti, l'azione dei circunceliones africani (gruppi violenti che

⁹ La città di Velia, il cui nome greco era Elea fu fondata dagli abitanti di Focea, una città greca dell'Asia Minore conquistata dai Persiani. Secondo Strabone i focei conquistarono una città dell'Enotria, (il nome con cui i greci indicavano il meridione d'Italia il cui significato è paese dei vigneti), e ne fecero la loro patria. In effetti sull'acropoli sono stati ritrovati i resti di un piccolo villaggio e questo avvalorata la testimonianza di Strabone. La felice posizione geografica, situata al centro dei traffici molto intensi tra Grecia ed Etruria, trasformò Elea (Velia) in una tra le polis più ricche della Magna Graecia. Elea fu un grande polo culturale dell'antichità, la scuola eleatica fu molto importante nella storia della filosofia e i suoi principali esponenti furono Parmenide, Zenone e Melisso di Samo. Ad Elea soggiornarono anche i filosofi Senofane e Leucippo. Fino almeno al 62 d.C. operò una fiorente scuola medica e di Velia furono i due grammatici Stazio (padre del più noto poeta latino) e Palamede (II sec. d.C.).

servirono come forza di scontro ai settori più intolleranti dentro il donatismo) fu uno degli elementi centrali intorno alla quale si elaborarono le moderne posizioni storiografiche (specialmente la prospettiva di Frend, *The Donatist Church*, Oxford, 1952) circa l'essenza di questa chiesa scismatica. Il fondamento di una tale convinzione è stato ritrovato nella costruzione di una lettura che fece del donatismo un fenomeno di resistenza sociale africana di fronte alla romanizzazione rappresentata dalla chiesa cattolica.

A. Cernigliaro ha rivolto la sua attenzione al fenomeno del pauperismo, che potremmo definire qualificato. Con Pauperismo, dipendenza, servi della gleba e complessi patrimoniali ecclesiastici il relatore ha focalizzato una serie di situazioni a metà tra l'antico ed il moderno, qualificando la povertà e la dipendenza anche attraverso la condizione di sottoposizione voluta dalla Chiesa cattolica, con l'insieme del suo organigramma e mediante il consolidamento di strutture patrimoniali ecclesiastiche.

Al limite tra profili sociologici e connotazioni giuridiche molto precise, il concetto di infamia raggruppa elenchi simili, ma lievemente diversi tra di loro. S. di Salvo si è occupato de I colpiti da 'infamia'. La differenza concerne gli effetti, cioè le distinte incapacità processuali (di postulare pro se, pro aliis, o altre limitazioni) che derivano da situazioni sociali, condanne in giudizi criminali, in *actiones ex delicto*, in azioni correlate ad una *fides bona impari* ecc. Il relatore ha fatto nascere suggestioni molteplici, quanto alla sua genesi, circa una sorta di elenco unitario di *personae ignominiosae*, il quale si presentava più ampio di nozioni strettamente giuridiche, ma stigmatizzato, poi, dal pretore e reso giuridico già prima, forse, stando agli elenchi della *lex Iulia municipalis*, del *Fragmentum Atestinum*, a quelli ciceroniani ecc. Nella prospettiva dello studioso, in perfetta sintonia con il tema del convegno, rileva soprattutto come l'incapacità di *postulatio* veniva avvertita come profondamente diminutiva della personalità, anche sociale, del soggetto e dunque illativa del ruolo centrale del processo civile.

A. Alessandri ha prospettato le suggestioni de *Le moderne forme di schiavitù fa sanzione penale e prassi sociale*. Secondo il relatore, si è abituati a considerare la schiavitù come un fenomeno del passato, ma, al contrario, la schiavitù non è affatto scomparsa dal mondo contemporaneo, anche nelle aree più ricche, che reclutano, in modo organizzato, nuovi schiavi nelle aree più povere del pianeta. Ha assunto certamente nuove forme rispetto a quelle tradizionali, che il diritto penale moderno cerca di contrastare con la creazione di nuovi reati. E' quanto avvenuto in Italia con la riforma del 2003, rispetto alla quale si pongono, tuttavia, numerosi problemi di adeguatezza del testo normativo e di efficienza dell'intervento repressivo.

La discussione ben dosata dal presidente ha chiuso i lavori previsti per la giornata.

4. L'ultimo giorno del convegno, il 3 ottobre, si è aperto con la seconda sessione di una Tavola rotonda, tutta al femminile, presieduta e coordinata da Aurelio Cernigliaro (Università di Napoli "Federico II"). Si sono sedute al tavolo dei lavori Maria Vittoria Bramante (Università di Napoli "Federico II"), con Schiavi e mutuo: documenti della prassi¹⁰, Adelaide Caravaglios (Università di Napoli "Federico II"), con Exceptio doli generalis e agire del servus¹¹ e Francesca Del Sorbo, (Università di Napoli "Federico II"), con L'autonomia negoziale dei servi nella prassi giuridica campana: un'applicazione del *mandatum pecuniae credendae* (TPSulp. 48)?¹²

Il saluto finale di Luigi Labruna (Università di Napoli "Federico II") è stato letto da Francesca Reduzzi, mentre le considerazioni conclusive sono state affidate ad Antonio Gonzales (Université de Franche-Comté, Besançon) e a Domingo Placido.

Insolitamente piacevole, ma in tema rispetto alla "sensibilità" degli organizzatori, la chiusura dei lavori: una gita a Paestum.

¹⁰ L'intervento ha posto l'accento sulla notorietà del valore delle raccolte delle *tabulae ceratae* e papiri, documenti tutti provenienti dalla prassi. Tra i documenti superstiti di mutuo o connessi a prestiti di danaro (I sec.), provenienti dall'archivio dei Sulpicii (uomini d'affari e banchieri, legati alla casata patrizia dei Sulpicii Galbae), se ne ritrovano molti attestanti attività di liberti o schiavi quali *mutua cum stipulatione* TPSulp. 50-51, ricognizioni di debito TPSulp. 66-69 o quietanze di pagamento TPSulp.70-77. Queste attività dei sottoposti sono testimoniate anche nella prassi greco-egiziana (in un papiro, ad esempio, il mutuante Aurelius Hieron si dichiara liberto di un tal Aurelianus Poseidonius, un noto personaggio di Alessandria, P. Mich. Inv. 182). La studiosa ha rivalutato, così, l'attività di questi personaggi, riconoscendo loro piena autonomia e sollevando a giusto rango i loro affari, non essendo rivolti esclusivamente a soddisfare gli interessi dei vecchi proprietari.

¹¹ Delicato il campo d'indagine tema dell'intervento di A. Caravaglios. L'applicabilità dell'*exceptio doli generalis* quale «strumento di controllo dell'equità dell'azione» sembra potersi rinvenire anche in tema di *pacta de non petendo* conclusi da un servo nel proprio interesse (Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.7.18): sulla *falsariga* del ragionamento di Marcello, per il quale il rimedio processuale poteva essere utilizzato «... in similibus speciebus ...», Ulpiano sembrerebbe, infatti, confermarne l'operatività *ex latere servorum*, con l'inciso *immo et tamen in servo doli exceptio non est respuenda*, a prescindere, quindi, dalla *condicio personale* rivestita.

¹² Le fonti giurisprudenziali romane - nell'occuparsi dello schiavo ora come *res*, ora come *persona* - tramandano situazioni rilevanti per il diritto, omologhe a quelle risultanti dai documenti campani. Ne è un esempio il negozio racchiuso in TPSulp. 48. Esso è un'ingegnosa soluzione offerta dalla giurisprudenza (cautelare di Puteoli) per regolare i rapporti di C. Iulius Prudens e dei suoi collaboratori, lo schiavo Hyginus e il liberto Suavis, con la banca sulpicianiana. Lo scopo da realizzare era quello di rendere responsabile C. Iulius Prudens nei confronti unicamente di C. Sulpicius Cinnamus per tutte le operazioni di finanziamento, poste in essere a favore di Hyginus e Suavis da C. Sulpicius Cinnamus stesso e da quattro suoi schiavi nominativamente indicati nell'atto.

Innovazione e Diritto



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

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