



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

Il sovraffollamento delle carceri in violazione dei diritti umani e il caso Sulejmanovic
di Antonio Lanzaro

La crescita imponente della popolazione penitenziaria interessa ormai da più di un decennio la maggior parte delle democrazie del mondo. Sebbene gli Stati Uniti mantengano ancora oggi il primato di paese con il più alto numero di detenuti, incrementi degli indici di detenzione si sono avuti anche in molti paesi europei già a partire dagli anni ottanta. Tra questi, l'Italia, che ha registrato un aumento considerevole della popolazione detenuta, cresciuta a ritmi sostenuti anche per effetto delle ondate migratorie che hanno investito il nostro paese, diventato una delle mete scelte dagli immigrati o per la loro definitiva stabilizzazione sul territorio italiano o anche semplicemente come sosta intermedia per raggiungere altre destinazioni. Si tratta, peraltro, di un fattore comune ad altri paesi dell'Unione europea, soprattutto quelli di recente immigrazione come, appunto, il nostro paese e la Grecia¹.

Le trasformazioni riscontratesi all'interno della popolazione detenuta in Italia, ed individuate nel progressivo ringiovanimento dell'universo carcerario, nel citato incremento del tasso di detenuti stranieri nonché all'aumento della lunghezza delle pene piuttosto che nel numero delle nuove incarcerazioni, sono infatti nel segno di quanto determinatosi in tutti i paesi occidentali che hanno conosciuto un processo significativo di "ricarcerizzazione"².

Gli ultimi dati sulla popolazione carceraria resi noti dal Ministero della Giustizia annoverano ben 63.981 detenuti nelle carceri italiane³ (di cui il 37% costituito da stranieri), ben oltre la soglia cosiddetta "regolamentare" e quella di "tollerabilità" fissata per ciascuna struttura. Questa situazione è andata ad aggravare l'atavico e strutturale problema del sovraffollamento degli istituti penitenziari che, oltre a determinare un peggioramento delle

¹ L. Re, Le carceri europee: sovraffollamento e detenzione degli immigrati, in *Jura Gentium*, rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale.

² M. Pavarini, Processi di ricarcerizzazione e nuove teorie giustificative della pena, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2000, n.1-3, pp. 94 e ss.

³ Situazione al 1 settembre 2009. Fonte: Dip.to dell'amministrazione penitenziaria.

condizioni di vita dei detenuti, pone notevoli problemi sotto il profilo della tutela dei “diritti dei detenuti”⁴.

Tale argomento è stato di recente affrontato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nella causa Sulejmanovic c. Italia, all’esito della quale i giudici di Strasburgo, per cinque voti contro due, hanno affermato che, sebbene non sia possibile determinare in maniera certa e definitiva uno spazio vitale minimo da assicurare a ciascun detenuto all’interno della propria cella ai termini della Convenzione, la mancanza evidente di spazio personale costituisce violazione dell’articolo 3 della CEDU. Innanzitutto è evidente come nonostante l’evoluzione storico-giuridica che ha coinvolto la nostra società civile, i comportamenti delinquenziali manifestatisi nel tempo si sono spesso modificati ma mai nettamente diminuiti. Purtroppo, infatti, non si è mai constatata una percentuale di estinzione di questi fenomeni tale da poter affermare che i diversi strumenti posti in essere siano stati completamente efficaci. Tra i principali mezzi punitivi adottati nelle varie epoche, ad emergere è sempre stata la tendenza ad usare la restrizione della libertà personale mediante la reclusione in appositi istituti penitenziari. Tali istituti e le loro modalità punitive e di recupero si sono negli anni modificati fino ad arrivare a riforme più vicine ai nostri tempi; quest’ultime riforme del sistema penitenziario hanno teso a sottolineare lo scopo rieducativo della pena mediante processi di reinserimento sociale e l’introduzione di misure alternative alla detenzione. Ciononostante il ricorso alla carcerazione resta modalità diffusa dato l’aumento delle persone che si macchiano dei più svariati reati di diversa gravità sociale. Un tale aumento delinquenziale, in un’attuale società sempre più complessa e globalizzata, riporta al sorgere di un’altrettanta problematica realtà che consiste nel sovraffollamento degli istituti penitenziari.

Il carcere è spesso sinonimo di esclusione sociale e il luogo in cui il detenuto mette a dura prova la sua identità. La società e le istituzioni carcerarie chiedono di uniformarsi alle regole, ma il sovrannumero dei carcerati e le condizioni di invivibilità delle strutture rendono difficile attuare tale richiesta e di conseguenza ciò rimanda al più ampio e complesso problema della tutela del rispetto dei diritti umani dei carcerati che soffrono questa situazione. Il problema del sovraffollamento comporta, spesso, la violazione del divieto di tortura sancito all’articolo 3 della CEDU, motivo per cui il nostro ed altri paesi europei vengono condannati dalla Corte di Strasburgo presso la quale fanno ricorso gli individui che sono stati vittima di tali soprusi durante il periodo della loro detenzione. Dall’analisi di varie sentenze concernenti

⁴ Tale espressione è stata coniata in tempi abbastanza recenti, essendosi affermata dopo la seconda guerra mondiale, sebbene affondi le sue radici nell’ordinamento scandinavo, che già nel 1809 aveva previsto la figura dell’ombudsman. Se ne trova traccia nelle Regole minime per il trattamento dei detenuti dell’ONU (Risoluzione del 30.08.1995) e del Consiglio d’Europa (Risoluzione n.5 del 19.01.1973).

queste condanne, come ad esempio quella relativa al caso Sulejmanovic, si evince quali sono state le condizioni di vita di questi soggetti durante la detenzione, che hanno portato alla violazione dei loro diritti. Come abbiamo detto sono circa 65 mila i detenuti attualmente reclusi nelle carceri italiane, 20 mila in più rispetto al numero effettivo dei posti disponibili, circa 43 mila: ciò fa sì che nelle celle di dimensioni ristrette si trovano a vivere più persone con la conseguente perdita dei propri spazi vitali minimi concessi; ogni due giorni muore un detenuto e il 2009 è l'anno nero per i suicidi.

E' necessario soffermarsi a pensare all'efficacia delle restrizioni della libertà personale e, più in generale, delle politiche repressive del Governo, che hanno prodotto più criminalizzazione dei soggetti deboli e quindi, in definitiva, più carcere. Si ricorda inoltre il ruolo fondamentale che gioca il fenomeno dell'immigrazione, nell'ambito di tale circostanza, infatti le carceri italiane esplodono anche perché tarate sulla popolazione italiana e non sulla nuova popolazione immigrata, altro motivo questo per riflettere sulle possibili soluzioni del problema, nonché, nel caso specifico dell'immigrazione, sulla necessità di porre in essere giusti ed equi processi che vedono coinvolta la popolazione straniera. Calano quindi le misure alternative alla detenzione, mentre si continua a parlare di costruire nuove carceri ma il luogo comune che viene ripetuto è "più carcere, più sicurezza". A giustificare così tanta attenzione a questa problematica è che oggi appare inverosimile che ciò possa ancora accadere in un paese avanzato come il nostro e ancora di più suscita clamore l'incapacità di reagire nonostante le diverse ipotesi di risoluzione. Il caso Sulejmanovic mostra soltanto alcune delle sfere dei diritti umani che possono essere lese durante la reclusione in istituti che vivono la realtà del sovraffollamento carcerario, parliamo nel caso specifico della violazione dell'articolo 3 della CEDU. Ovviamente in un discorso più generico è possibile sostenere che gli articoli della Convenzione che potrebbero essere messi in discussione da questa circostanza sono multipli.

Analizziamo quindi quanto accaduto nel caso in questione che vede la Corte europea dei diritti dell'uomo riunita in Camera di Consiglio emettere il 16 luglio 2009 la sentenza nella causa intentata dal 36enne Izet Sulejmanovic, cittadino della Bosnia Erzegovina, contro l'Italia. Il Sulejmanovic, condannato per furto, ricettazione e falso, veniva arrestato il 30 novembre 2002 mentre si trovava a Roma per ottenere un permesso di soggiorno. Egli doveva scontare nel complesso un anno, nove mesi e cinque giorni di reclusione, pertanto veniva condotto nel carcere di Rebibbia a Roma. Per tale sentenza, con cinque voti favorevoli su sette, il nostro paese è stato condannato ad un risarcimento pari a 1000 euro per danni morali subiti dal Sulejmanovic durante il periodo di carcerazione trascorso nel carcere di Roma tra il 2002 e il

2003, carcerazione avvenuta in violazione della CEDU, la quale all'articolo 3 stabilisce che "nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti".

La sentenza rappresenta un precedente gravissimo per l'Italia con conseguenze imprevedibili per le casse dello Stato se l'esempio venisse seguito dagli oltre 63.000 detenuti ammassati nelle celle di nostri penitenziari. Sulejmanovic, già condannato tra il 1992 e il 1998 a due anni, cinque mesi e cinque giorni di reclusione per evasione, rapina aggravata, furto e falsificazione dei documenti, il 30 novembre 2002 si era presentato alla Questura di Roma per ottenere un permesso di soggiorno ma come abbiamo visto era stato arrestato e condotto a Rebibbia per espiare una pena residua di nove mesi e cinque giorni. Dal giorno dell'arresto fino al 15 aprile 2003, aveva sostenuto poi il detenuto nelle sue denunce alla Corte, era passato in diverse celle aventi una grandezza di mq 16.20, condivise con altri cinque compagni per cui a ciascuno di essi rimaneva uno spazio di soli 2.70 mq. Dal 15 aprile al 20 ottobre era stato con quattro persone, disponendo, in tal caso, di mq 3.40, nella denuncia aveva scritto che era stato in cella ogni giorno per più di 18 ore da dove era uscito solo per usufruire di poco più di quattro ore e mezzo di "aria", regime vissuto fino alla scarcerazione, avvenuta il 20 ottobre 2003. Già qualche mese prima, però, il 4 luglio 2003, i suoi avvocati avevano denunciato la violazione dell'articolo 3 alla Corte di Strasburgo, lamentando le condizioni di detenzione, in particolare lo stato di sovraffollamento (1560 detenuti invece che 1188) e il tempo ritenuto inadeguato trascorso all'interno della cella. Il Governo italiano a richiesta della Corte e con nota datata 4.07.2008, aveva trasmesso la documentazione relativa alla carcerazione del Sulejmanovic, allegando gli ordini di servizio della Direzione di Rebibbia circa l'organizzazione delle sezioni detentive dove era stato ristretto il ricorrente ed un progetto cronologico delle celle in cui era stato con indicazione degli occupanti. La Corte, dopo aver analizzato la normativa penitenziaria italiana e internazionale, si è pronunciata in maniera positiva circa la ricevibilità del ricorso, valutando le contrapposte tesi del detenuto e della difesa formulate dal nostro governo. I principi generali richiamati dalla CEDU nel caso in esame permettono di ripercorrere la giurisprudenza sviluppatasi in materia. La CEDU, facendo riferimento alle sentenze della Grande Camera nei casi Saadi c. Italia, sentenza del 28.02.2008 e Labita c. Italia, sentenza del 6.04.2000, ricorda innanzitutto che l'articolo 3 della Convenzione consacra uno dei valori fondamentali delle società democratiche in quanto proibisce in termini assoluti la tortura e le pene o i trattamenti inumani o degradanti, quali che siano i comportamenti della vittima. La CEDU ricorda inoltre che l'articolo 3 della Convenzione impone allo Stato di assicurare che tutti i prigionieri siano detenuti in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione del provvedimento non

provochino all'interessato uno sconforto e un malessere di intensità tale da eccedere l'inevitabile livello di sofferenza legato alla detenzione e che, tenuto conto delle necessità pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati in modo adeguato (Kudla c. Polonia, sentenza della Grande Camera del 26.10.2000). La CEDU ricorda anche che il CTP, il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o delle pene inumani o degradanti del Consiglio d'Europa, ha fissato a 7 mq per persona la superficie minima suggerita per una cella di detenzione e che un sovraffollamento carcerale grave pone di per sé un problema sotto il profilo dell'articolo 3 della Convenzione. La CEDU ricorda anche che non può dare la misura, in modo preciso e definitivo, dello spazio personale che deve essere attribuito a ciascun detenuto secondo la Convenzione, dato che questa questione può dipendere da numerosi fattori, come la durata della privazione della libertà, la possibilità di accesso alla passeggiata all'aria aperta o la condizione mentale e fisica del detenuto (si veda in Trepachkine c. Russia, sentenza del 19.07.2007). La CEDU ricorda anche che in certi casi la mancanza di spazio personale per i detenuti era talmente evidente da giustificare, di per sé, la constatazione della violazione dell'articolo 3. In questi casi, in linea di principio, i ricorrenti disponevano individualmente di meno di 3 mq (si vedano i casi, tutti contro la Russia, Aleksandr Makarov c. Russia, n. 15217/07, 12.03.2009; Lind c. Russia, n. 25664/05, 6.12.2007; Kantyrev c. Russia, n. 37213/02, 21.06.2007; Andrei Frolov c. Russia, n. 205.02, 29.03.2007; Labzov c. Russia, n. 62208/00, 16.06.2005 e Mayzit c. Russia, n. 63378/00, 20.01.2005). La CEDU ricorda infine che nei casi dove il sovraffollamento non solleva automaticamente l'eccezione di violazione dell'articolo 3, al fine di verificare il rispetto di questa disposizione, possono essere presi in considerazione altri aspetti riguardanti le condizioni detentive. Tra questi elementi figurano la possibilità di utilizzare i servizi igienici privatamente, l'areazione disponibile, l'accesso alla luce naturale e all'aria aperta, al qualità del riscaldamento e il rispetto delle esigenze sanitarie di base. Inoltre al CEDU ricorda che anche in casi dove ciascun detenuto disponeva dai 3 ai 4 mq, ha accertato la violazione dell'articolo 3 quando la mancanza di spazio era accompagnata da una mancanza di ventilazione e di luce (si vedano i casi Moisseiev c. Russia, n. 62936/00, 9.10.2008; Vlassov c. Russia, n. 78146/01, 12.06.2008; Babouchkine c. Russia, n. 67253/01, 18.10.2007; Trepachkine e Peers c. Grecia, n. 28524/95, sentenza del 19.04.2001).

In ogni caso, anche sulla base dei documenti dell'Italia, era risultato che il detenuto per più di due mesi e mezzo aveva condiviso una cella con altri disponendo per sé solo di 2.70 mq, cosa che era stata fonte di disturbo e disagio quotidiano. Per quanto attiene invece il periodo trascorso fuori dalla cella, la Corte aveva accertato, attraverso la documentazione

esibita dall'Italia, che il detenuto poteva trascorrere 8 ore e 50 minuti fuori dalla stessa, calcolando le ore del cortile di passeggio, quelle della sala ping-pong e del tempo trascorso per consumare il pasto nella cella di altri detenuti. Valutate le contrapposte posizioni in fatto e in diritto, si era passati ad esaminare la richiesta risarcimento per danni fisici e psichici che il Sulejmanovic aveva quantificato in 15.000 euro, somma considerata esorbitante dal governo italiano, che aveva messo in evidenza come il detenuto avesse beneficiato di una legge proprio finalizzata ad attenuare il problema del sovraffollamento e che già lo stesso riconoscimento della avvenuta violazione avrebbe potuto costituire una soddisfazione equa. In via subordinata si dichiarava disposto a riconoscere un risarcimento non superiore a 3.000 euro. La Corte, visto l'articolo 41 della Convenzione, secondo cui in caso di accertata violazione va riconosciuta alla parte lesa un risarcimento equo, il 16.07.2009 ha stabilito, con il voto contrario e motivato del giudice Vladimiro Zagrebelsky, rappresentante per l'Italia, cui si è associato un altro giudice, che il Sulejmanovic ha subito un torto morale certo, riconoscendogli un risarcimento per danni, ritenuto equo per una somma pari a 1.000 euro. E' evidente come tutta la sentenza ruoti intorno alla questione relativa allo spazio personale che deve essere riconosciuto all'interno delle singole celle a ciascun detenuto ai fini dell'accertamento o meno di una violazione dell'articolo 3 della Convenzione. Tale disposizione, come specifica la Corte richiamandosi ad un suo precedente, sancisce uno dei valori fondamentali di tutte le società democratiche ed impone allo Stato di assicurare che le condizioni detentive siano compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della pena non sottopongano l'interessato ad un disagio o ad una prova di intensità superiore al livello di sofferenza che discende, inevitabilmente, dallo stato di privazione della libertà personale, e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere siano adeguatamente garantite⁵. Ne discende, peraltro, che, ai fini dell'accertamento della violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, occorre verificare che anche nella cella, in cui il detenuto trascorre la maggior parte della giornata, presenti caratteristiche tali da garantire il rispetto del principio sopra richiamato.

Ai fini di tale valutazione, la Corte ha utilizzato come parametro di riferimento quello indicato dal Comitato per la Prevenzione della Tortura e delle Pene o Trattamenti inumani o degradanti (CPT⁶), che ha individuato in 7 mq per detenuto "la superficie minima auspicabile

⁵ In tal senso, Kudla c. Polonia, Grande Chambre, n. 30210/1996

⁶ Il Comitato europeo per la Prevenzione della Tortura e delle Pene o Trattamenti inumani o degradanti è stato istituito nel 1987 nell'ambito della Convenzione del Consiglio d'Europa. Il lavoro del CPT è concepito come parte integrante del sistema del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti umani e si colloca come meccanismo non-giudiziale attivo affianco all'esistente meccanismo giudiziale reattivo della Corte. Il CPT, infatti, svolge la sua funzione essenzialmente preventiva attraverso due tipi di visite, periodiche e ad hoc. Le prime sono effettuate in tutti gli Stati membri con

per una cella detentiva”⁷. Tuttavia la Corte si è affrettata a precisare che non è possibile quantificare, in modo preciso e definitivo, lo spazio personale che deve essere concesso a ciascun detenuto ai sensi della Convenzione, in quanto esso dipende da diversi fattori, come la durata della privazione della libertà personale, la possibilità di accesso alla passeggiata all’aria aperta nonché le condizioni mentali e fisiche del detenuto⁸. In questo caso, però, in analogia con gli altri precedenti, i giudici di Strasburgo hanno giudicato la situazione di sovraffollamento talmente evidente da giustificare, da sola, la constatazione della violazione dell’articolo 3. E’ alla luce di tali considerazioni che la Corte ha rilevato che la permanenza del ricorrente, finì all’aprile del 2003, in una cella nella quale ciascun detenuto poteva disporre di soli 2.7 mq, quindi di una superficie di gran lunga inferiore a quella minima ritenuta auspicabile dal CPT, costituiva trattamento inumano e degradante ai sensi dell’articolo 3 della CEDU. Per il periodo di detenzione successivo, durante il quale il ricorrente aveva potuto disporre di uno spazio personale di oltre 3.2 mq, la Corte ha ritenuto, invece, che il trattamento cui era stato sottoposto il ricorrente non avesse raggiunto quel livello di gravità minimo richiesto per rientrare nella previsione dell’articolo 3. Particolare interesse riveste l’opinione del giudice Sajò, il quale rilevava che, nel caso in esame, non era stata la mancanza di spazio nella cella a costituire di per sé un trattamento inumano e degradante, quanto la mancata adozione da parte dello Stato membro di misure compensative supplementari volte ad attenuare le condizioni veramente gravose derivanti dalla situazione di sovrappopolazione del carcere⁹.

Di diverso avviso il giudice Zagrebelsky, secondo il quale le condizioni detentive lamentate dal ricorrente non avrebbero raggiunto quel “minimo di gravità” richiesto per l’applicazione dell’articolo 3, tenuto conto non solo della giovane età del ricorrente e del periodo relativamente breve di detenzione, ma anche di alcuni precedenti della Corte. Questi osserva preliminarmente che la misura indicata dal CPT come “auspicabile” (e non come “regola minima”), alla quale ha fatto riferimento la maggioranza nella pronuncia de quo, si

regolarità, quelle ad hoc sono disposte quando le circostanze lo richiedono. Il compito del Comitato, infatti, non è quello di condannare gli Stati, piuttosto di aiutarli a prevenire i maltrattamenti delle persone private della libertà personale.

⁷ Cfr. II Rapporto generale CPT par. 43.

⁸ In altre pronunce la Corte aveva, invece, rilevato come, da sola, la questione del sovraffollamento carcerario non fosse sufficiente a sollevare un problema sotto il profilo dell’ articolo 3, ed aveva pertanto preso in considerazione altri aspetti delle condizioni detentive, come la possibilità di utilizzare i servizi igienici, l’aerazione dei locali, l’accesso alla luce e all’aria naturale o la qualità del riscaldamento. A tal proposito si vedano Kalachnikov c. Russia del 15.07.2002, Moisseiev c. Russia del 9.10.2008, Vlassov c. Russia e Babouchkine c. Russia.

⁹ A tal riguardo appare opportuno segnalare che il cosiddetto “sistema tratta mentale”, invocato dal giudice Sajò in merito alla mancata concessione di misure premiali, non è in grado di optare nei confronti di tutte le tipologie di detenuti. Esso, infatti, si rivela scarsamente utilizzabile nei confronti dei detenuti stranieri, in larga parte clandestini, in quanto essi non sono in grado di fornire garanzie sufficienti, non essendo il più delle volte in possesso di una residenza certa, di legami familiari e delle possibilità di reinserimento lavorativo.

riferisce alle sole celle di polizia e non anche alle celle di reclusione degli istituti penitenziari¹⁰, all'interno delle quali i detenuti non sono costretti a trascorrere l'intera giornata, essendo espressamente previsto nei regolamenti dei penitenziari l'accesso alla passeggiata all'aria aperta e altri momenti di convivialità al di fuori delle celle. Pertanto, afferma Zagrebelsky, deve escludersi qualunque automatismo nel rapporto tra dimensioni delle celle e numero di detenuti. Secondo il giudice dissenziente, inoltre, sebbene nella giurisprudenza della Corte si rinvenivano dei precedenti in cui si è affermato che l'esiguità dello spazio personale a disposizione possa, da sola, giustificare una constatazione della violazione dell'articolo 3, tale principio sarebbe tuttavia smentito dall'applicazione pratica che ne ha fatto la Corte. Viene a tal proposito citata la sentenza resa nel giudizio *Valasinas c. Lituania*¹¹ in cui la Corte ha dichiarato non sussistente la violazione dell'articolo 3 poiché lo spazio personale era compreso tra 2.70 e 3.20 mq; e ancora nella causa *Labzov c. Russia*¹² i giudici di Strasburgo non avrebbero considerato la mancanza di spazio vitale di per sé sufficiente ad integrare la violazione dell'articolo 3, sebbene il ricorrente disponesse di meno di un metro quadrato. Infine, il giudice Zagrebelsky ha evidenziato come l'orientamento espresso dalla Corte con questa sentenza, se da un lato dovrebbe assicurare una maggiore tutela contro i trattamenti vietati dall'articolo 3, allo stesso tempo reca con sé il rischio di una relativizzazione del divieto¹³, dato che, quanto più si abbassa la soglia "minima di gravità" tanto più si è costretti a tenere conto dei motivi e delle circostanze.

Al di là della questione di carattere più generale sollevata dal giudice Zagrebelsky circa il rischio di una "deriva pericolosa verso la relativizzazione del divieto" di cui all'articolo 3, è innegabile come sempre più spesso la Corte sia chiamata ad affrontare problematiche legate ai diritti dei detenuti. Tale tendenza è strettamente correlata ad un clima penale marcato in molti Stati membri, in cui si registra un ricorso sempre maggiore allo strumento penale al fine di rasserenare l'opinione pubblica, specie nei momenti di emergenza sul fronte della sicurezza.

Alla luce di tali considerazioni, sarebbe auspicabile avviare una seria e profonda riflessione sul ruolo e sulle funzioni che oggi riveste la misura della custodia in carcere e sull'opportunità di incrementare l'utilizzo delle misure alternative alla detenzione, che potrebbero in parte risolvere o quanto meno alleviare il problema del sovraffollamento carcerario e del continuo aumento del tasso di detenzione. Occorrerebbe quindi intraprendere

¹⁰ Il punto n. 3, lettera a) del II Rapporto generale CPT.

¹¹ *Valasinas c. Lituania*, n. 44558/98, sentenza del 24/07/2001.

¹² *Labzov c. Russia*, n. 62208/00, sentenza del 15/06/2005

¹³ La Corte ha più volte ripetuto che l'articolo 3 della Convenzione contiene una garanzia assoluta, un diritto inderogabile che non ammette né restrizioni né deroghe, contrariamente ad altre disposizioni della Convenzione e non consente alcun margine di apprezzamento da parte degli Stati.

la via di una riforma della normativa penale e delle pratiche giudiziarie che, riducendo le ipotesi di ricorso alla carcerazione, incentivi l'utilizzo di soluzioni alternative a d essa, come indicato anche nella Raccomandazione n. 2 del 1999 del Consiglio d'Europa. Certo è che non vanno sottovalutate le conseguenza della sentenza in Italia e negli altri paesi europei dove il problema del sovraffollamento è altrettanto drammatico. Va di certo condivisa la conclusione dello stesso Zagrebelsky quando afferma che questo affare avrebbe dovuto trovare una conclusione differente e che il problema che pone va bel al di là del singolo caso di specie.

**Il patto di stabilità e crescita alla luce delle crisi economiche dei paesi membri
di Maria Antonietta Converti**

**Introduzione – La crisi greca - Il patto : dalle origini alle prospettive future - Il
Patto di stabilità in Europa - L'Italia : il patto di Stabilità per gli anni 2009/2011 -
Conclusioni**

Introduzione

I Paesi membri dell'Unione Europea, nel sottoscrivere il Patto di Stabilità e Crescita, hanno teso all'obiettivo comune di non generare disavanzi eccessivi, assumendosi l'impegno di realizzare una situazione di bilancio che, nel medio termine, potesse comportare un saldo vicino al pareggio o positivo.

L'attuazione del patto, insieme all'unificazione della moneta e alla costituzione della Banca Centrale Europea, rientra nell'ambizioso processo di integrazione e convergenza fra i Paesi membri dell'UE.

L'esplosione della crisi economica greca ha rappresentato una seria preoccupazione per i governi dell'Unione che, per il timore di ripercussioni di quegli eventi all'interno dei propri ordinamenti, si sono impegnate ad impostare significative manovre di correzione dei conti pubblici per riportarli in linea con i diktat dei mercati finanziari e con i parametri imposti dalla normativa comunitaria.

In tale ottica il Patto di stabilità interno che, come è noto, è uno degli strumenti con cui lo Stato tenta di coordinare la gestione finanziaria degli Enti territoriali (Regioni ed Enti Locali) in funzione degli obiettivi aggregati di finanza pubblica imposti dal Trattato di Maastricht e dal Patto europeo di stabilità e crescita, ha inciso notevolmente sulle scelte di strumenti correttivi tesi a porre il Paese nelle condizioni di riprendere la crescita in equilibrio con la sostenibilità del debito.

La crisi greca

Il recente caso della Grecia ha lasciato emergere, in tutta la sua evidenza, la necessità di riformare il Patto di stabilità e crescita. E' ormai chiaro che gli articolati sistemi di vigilanza di Maastricht sui deficit e i debiti pubblici non impediscono le crisi finanziarie.

Il tema è delicato. Infatti se la "crisi Greca" contagiasse gli altri paesi europei¹ ad alto debito (pubblico ed estero) e bassa competitività, i cd. Gipsi (Grecia, Irlanda, Portogallo, Spagna, Italia), verrebbe messa in discussione la stabilità dell'euro e la coesione dell'Eurozona. Il timore, in sostanza, è quello di un effetto domino e ciò perché il rigore fiscale di uno stato è materia di interesse comunitario. Il problema, infatti, è che la crisi fiscale di uno stato può tradursi in una crisi di fiducia per altri, secondo fenomeni di contagio.

Occorre ricordare che la situazione ellenica nasce da conti con l'estero in deficit, problematici per i mercati. Quando uno Stato sovrano accumula un livello molto elevato di debito, gli investitori cominciano a temere che esso non sia "sostenibile", cioè che lo Stato non riuscirà a restituire capitale e interessi generando avanzi di bilancio in futuro (cioè un gettito fiscale superiore alla spesa pubblica). Questa è la crisi fiscale, ed ha due esiti possibili: 1) l'insolvenza da parte dello stato, con conseguente ristrutturazione del debito; 2) la "monetizzazione" del debito, che viene acquistato dalla banca centrale immettendo moneta nell'economia e quindi causando inflazione e deprezzamento del tasso di cambio.

Un risparmio nazionale insufficiente e che non trova sostegno estero, ha gettato la Grecia in crisi di liquidità². Il primo a soffrirne è stato il settore pubblico, perché più esposto e meno diversificato.

Fra le tante cause che hanno contribuito al dissesto finanziario della Grecia ci sono state: una dilagante corruzione dell'apparato dirigente, speculatori e società di rating immorali ma, soprattutto, la gravità della recessione si intreccia con un problema di controllo dei conti pubblici da parte dell'UE che ha portato a vere e proprie falsificazioni dei bilanci, al fine di evitare reprimende applicate per il superamento del limite del 3% deficit/PIL.

Per risolvere questa grave situazione i Paesi dell'UE hanno ritenuto necessaria una manovra di risanamento di bilancio coordinata a livello europeo.

¹ Vedi anche "La crisi greca e la cultura costituzionale della stabilità economica e finanziaria" a cura di L. Cosetti, pubblicato su www.Federalismi.it del 2/06/2010

² Sul punto gli approfondimenti di G. Corsetti " Cambiamo il patto di stabilità", del 16/02/2010 , di G. Rossini " Lo strabismo di Maastricht" del 7/05/2010 e di M.Pagano "Crisi fiscale, contagio e futuro dell'Euro" del 9/05/2010 tutti su www.lavoce.info

Il Governo greco ha dovuto fare ricorso all'aiuto dell'Ue e del Fondo Monetario Internazionale per evitare la bancarotta ed ha, altresì, approvato un programma di risanamento economico e finanziario, che è stato negoziato con l'Unione europea in collegamento con la Bce, e con il Fmi³.

L'assistenza richiesta ai partner europei non va intesa come un temporaneo sostegno finanziario, ma un aiuto a fondo perduto. Il soccorso è stato inevitabile, senza un "bailout" l'Europa sarebbe precipitata in una crisi finanziaria profonda, con effetti devastanti sull'economia.

La crisi greca ha, pertanto, messo in rilievo tutte le debolezze della costruzione monetaria europea e la sua soluzione impone riflessioni sul processo di integrazione monetaria che, una volta messo in moto, comporta una serie di costi, oltre che di importanti benefici.

Il patto : dalle origini alle prospettive future

Occorre partire dalla ratio che traccia lo sfondo del Patto di stabilità e crescita. Esso trova il suo fondamento nel complesso processo di costruzione dell'Unione Economica e Monetaria Europea. La necessità di proteggere la moneta unica da situazioni di instabilità economica è la motivazione alla base della risoluzione del Consiglio Europeo di Amsterdam con cui, nel giugno del 1997, fu adottato il Patto di stabilità e crescita volto a garantire l'equilibrio delle finanze pubbliche attraverso il raggiungimento dell'obiettivo del saldo di bilancio prossimo al pareggio o decisamente positivo (surplus).

Il Patto di stabilità e crescita è, quindi, costituito da una serie di vincoli economici e finanziari definiti dalla Comunità europea e rappresentanti l'elemento fondamentale per le successive scelte di bilancio.

Al fine della realizzazione dell'Unione Economica e Monetaria, gli Stati Membri si impegnarono ad un risanamento dei conti, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 104 del Trattato di Maastricht.

Venne programmato un deficit annuale non superiore al 3% del PIL e il contenimento del debito pubblico al di sotto del 60% del PIL o in ogni caso, nell'impossibilità di raggiungere in tempi brevi tale obiettivo, improntato a una politica di contenimento.

³Approfondita la documentazione per le Commissioni n. 113 del 14/05/2010, dal titolo "Misure dell'UE per il sostegno finanziario alla Grecia e la stabilizzazione dell'area euro", dell'ufficio rapporti con l'Unione Europea

Il Consiglio Europeo, per sostenere crescita ed occupazione e per porre vincoli ai bilanci degli Stati membri in modo da rafforzare l'impegno degli stessi a conservare equilibrate condizioni economico-finanziarie, propose i seguenti strumenti di controllo quali:

Il Processo di Sorveglianza Multilaterale (regolamento 1466/97) e Le Sanzioni in caso di disavanzo eccessivo (regolamento 1467/97).

La Grecia, ora, dimostra che il principio di sorveglianza sui conti pubblici non è effettivo. La crisi fiscale che, in misura differente, mina la ripresa in molti paesi europei solleva problemi di coordinamento per la stabilità e la crescita.

Il Patto instaura i limiti del 3 per cento per i deficit e del 60 per cento per i debiti ma, in realtà, non dispone di alcun "serio" deterrente per farli rispettare.

Il sistema delle sanzioni finanziarie, con la previsione di depositi infruttiferi seguiti da un'ammenda pari allo 0,5 per cento del Pil, riveste un carattere simbolico che non determina un reale effetto dissuasivo per paesi, come la Grecia, con deficit di ampie proporzioni⁴.

La Commissione Europea ha, quindi, iniziato a delineare delle proposte per rafforzare il patto di stabilità ed estendere la supervisione europea agli squilibri macro-economici. L'esecutivo comunitario ha chiesto ai governi dei paesi membri soprattutto di rendere "coerenti" i bilanci nazionali alla dimensione europea.

I punti su cui si articola la strategia⁵ messa a punto dalla Commissione europea sono quattro: 1) coerenza dei conti pubblici con il Patto di stabilità ed un più profondo coordinamento delle politiche fiscali; 2) ampliamento della sorveglianza economica per prevenire e correggere gli squilibri macroeconomici e di competitività; 3) istituzione di un "semestre europeo" ogni anno per sincronizzare le valutazioni delle politiche economiche degli stati membri; 4) creazione di un meccanismo permanente di prevenzione della crisi, al di là delle situazioni di emergenza.

Quindi i cardini della riforma del Patto si fondano su un sistema di controllo preventivo dell'Ue sulle manovre di bilancio e sulle riforme strutturali degli Stati membri. L'obiettivo è quello di individuare ex ante le incoerenze con gli orientamenti di politica economica e di bilancio dettati dalla Ue e gli elementi che rischiano di aumentare gli squilibri macroeconomici all'interno dell'Eurozona. Un esercizio che dovrebbe essere condotto durante il cosiddetto «semestre europeo» al fine di tenerne conto nella predisposizione delle decisioni più importanti da prendere, a livello nazionale, in materia di bilancio.

⁴Interessanti i capitoli del Rapporto annuale(2010) sull'Economia europea a cura del EEAG del CESifo.

⁵ Vedi anche " Il sole 24 ore " del 12 maggio 2010

Nella bozza della commissione si parla inoltre di un «deposito fruttifero» da costituire in caso di «politiche fiscali inadeguate» per rendere più stringente l'applicazione del Patto europeo di stabilità e di crescita nei confronti di Paesi che non ne rispettano i parametri. L'esecutivo europeo propone poi l'utilizzo dei fondi strutturali e di coesione della Ue per sostenere gli sforzi dei Paesi impegnati nell'opera di risanamento delle proprie finanze pubbliche.

Mentre lotta per risolvere i problemi della Grecia, l'Unione Europea si cimenta anche con un'altra questione : riformare il suo sistema di regolamentazione finanziaria, compresa l'istituzione delle prime autorità di vigilanza a livello europeo⁶. Il risultato del processo legislativo europeo è incerto, ma avrà un impatto decisivo sulla forma del sistema finanziario europeo.

Le norme all'esame del Parlamento europeo porterebbero alla creazione di tre nuove agenzie europee che vigilerebbero su banche, assicurazioni e borse e mercati. Al contrario delle istituzioni che dovrebbero sostituire, le tre nuove agenzie⁷ avrebbero una capacità decisionale formalmente riconosciuta e poteri vincolanti sui singoli casi, caratteristiche che in effetti le renderebbero le prime autorità di vigilanza e regolamentazione sovranazionali al mondo. In più, un Comitato europeo del rischio sistemico⁸, essenzialmente coordinato dalla Banca centrale europea, dovrebbe monitorare i maggiori rischi finanziari e emanare raccomandazioni per evitarli.

Si tratta di un passo avanti di importanza fondamentale. L'Unione Europea aspira a costruire un unico mercato finanziario, ma la finanza non può svilupparsi senza una vigilanza efficace. L'esistenza di una supervisione finanziaria a livello di Unione Europea è dunque una condizione necessaria per un'integrazione dei mercati sostenibile.

Il patto di Stabilità in Europa

⁶ Il gruppo di "saggi" presieduto da Jacques de Larosière ha formulato, nel "rapporto del gruppo Larosière" presentato il 25/02/09 a Bruxelles, concrete proposte di riforma per la struttura della vigilanza in Europa finalizzate ad assicurare coerenza tra gli obiettivi di crescita economica e quelli di protezione degli investitori.

⁷ Per un'analisi sul tema della riforma del sistema di regolamentazione finanziaria e l'istituzione delle prime autorità di vigilanza a livello europeo, è interessante l'articolo di Nicolas Veròn del 23/04/2010 su www.lavoce.info.

⁸ In tal senso la Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla vigilanza macroprudenziale del sistema finanziario nella Comunità e che istituisce il Comitato europeo per il rischio sistemico, Bruxelles 23/3/09

La prassi applicativa del Patto nelle diverse realtà europee si è risolta in interpretazioni affatto univoche dei vincoli europei in riferimento al controllo sui bilanci degli Stati membri. In base all' art. 104 del Trattato infatti i Paesi europei⁹ non sono obbligati a regolare la formazione dei disavanzi locali. La scelta di coordinare o meno i comportamenti finanziari del centro e della periferia è rientrato nella sfera di discrezionalità di ogni Paese ed è dipesa anche dal diverso grado di decentramento esistente.

Le varie realtà europee si sono dunque comportate secondo diverse modalità, aderendo alternativamente a modelli più cooperativi, come è avvenuto in Austria, Belgio, Olanda e Germania oppure a modelli più rigidi basati su regole fiscali fisse stabilite "ex ante", come quelli adottati in Francia, Spagna, Scandinavia e appunto in Italia.

Il modello austriaco e tedesco, sono entrambi caratterizzati da ordinamenti istituzionali di tipo federale. In tali realtà il bisogno di un Patto Interno di Stabilità si è presentato soprattutto per la necessità di rispettare i parametri del Trattato di Maastricht. Le norme che ne discendono infatti sono caratterizzate da un'asimmetria perché mentre la conformità nazionale dipende dal comportamento di tutti i vari livelli dell'amministrazione, invece solo l'amministrazione centrale è legalmente responsabile delle deviazioni e solo questa può essere sanzionata.

Il Patto Interno di Stabilità Austriaco si caratterizza per la ripartizione del valore di riferimento del disavanzo tra i diversi livelli amministrativi, assegnandone circa il 90% all'amministrazione del Bund ed il rimanente 10% alle amministrazioni dei Laender e dei Comuni.

Se l'obiettivo assegnato non è raggiunto, le sanzioni consistono nella riduzione della parte dei trasferimenti diretti alle municipalità del suddetto Land: ciò significa che tutte le amministrazioni locali all'interno del Land sono sanzionate.

L'altro elemento caratterizzante è la possibilità di trasferire quote di disavanzo fra i diversi Land; tra le autorità comunali e i Land; tra le singole autorità comunali all'interno di un Land e tra il complesso delle autorità comunali di un Land e quello di un altro Land.

Ciò consente di avere la necessaria flessibilità in particolare rispetto alle spese per gli investimenti comunali poiché un disavanzo eccessivo provvisorio di una singola autorità comunale non innesca il procedimento sanzionatorio finché le amministrazioni comunali di un determinato Land non superino il valore di deficit loro assegnato.

⁹ Interessante sul punto la relazione " Il patto di stabilità in Europa e in Italia" dell'ufficio studi e ricerche dell'Anci a cura di F. Clementi e M. Frondaroli

Nel caso in cui all'Austria, al termine del procedimento per deficit eccessivo, venga inflitta una sanzione dovuta al superamento dei parametri fissati dal trattato di Maastricht ad ogni livello amministrativo viene trasferita una quota parte della sanzione stessa in proporzione alla quota di disavanzo che supera il limite assegnato.

È previsto infine un modo per rendere partecipi i vari enti delle decisioni degli altri. Si tratta del "meccanismo di consultazione" e serve per impedire che un livello di governo approvi e faccia rispettare leggi od altri provvedimenti che potrebbero creare difficoltà finanziarie ad altri livelli di governo.

In Germania nel 2002 i principali organismi istituzionali tedeschi (Il Bund, i Länder ed i Gemeinden) hanno fissato i contenuti di un Patto teso a garantire l'osservanza di una politica di bilancio dei diversi livelli di governo in linea con i parametri fissati dal Patto di Stabilità e Crescita Comunitario.

Il Patto Interno di Stabilità ha introdotto in Germania un monitoraggio continuo su tutti i livelli di governo sul modello del "Processo di Sorveglianza Multilaterale del Patto di Stabilità e Crescita Comunitario" ed ha, nel Consiglio di Pianificazione Finanziaria, il suo fulcro.

Quest'ultimo è l'organo di coordinamento delle finanze e svolge rilevanti funzioni consultive in rapporto alla definizione delle politiche di bilancio dei diversi livelli di governo, analizzando l'incidenza dei vari fattori socio-economici sugli equilibri della finanza pubblica. In particolare mira a garantire il puntuale rispetto dei vincoli posti dall'articolo 104 del Trattato e dal Patto europeo di stabilità e crescita, contribuendo alla definizione del Programma di stabilità, formulando raccomandazioni sulla gestione delle politiche di spesa e monitorando gli andamenti dei conti pubblici.

Nel panorama comunitario la Francia riveste un ruolo a sé. La situazione francese può definirsi "anomala" non avendo tradotto il vincolo esterno gravante sulla stessa e proveniente dal Patto di Stabilità Comunitario in un vincolo interno gravante sui vari livelli amministrativi con un Patto Interno di Stabilità.

Tutti i vincoli esistenti non sono legati ad esso, ma rispondono a logiche antecedenti. Così, ad esempio, il Code général des collectivités territoriales dispone che il bilancio deve essere votato in pareggio: le due sezioni devono essere in equilibrio (spese correnti e spese in conto investimenti, un prelievo dalla prima può alimentare la sezione investimenti). Se il bilancio non è in pareggio, il Prefetto apre la "Procedura di Bilancio" e se una spesa obbligatoria non è iscritta in bilancio, il Prefetto la può prevedere.

Nel 2004 il Ministro delle Finanze Nicolas Sarkozy ha proposto alle Collettività Locali l'introduzione di un Patto Interno di Stabilità, tentativo che fino ad ora non ha prodotto esiti significativi.

Attualmente sono in atto tentativi tendenti a confrontare serenamente lo Stato, gli Organismi Sociali e le Collettività Territoriali, per stabilire una norma consensuale indicativa per la spesa pubblica.

Ben più complessa è l'esperienza spagnola che impone maggiori riflessioni sul sistema italiano di adeguamento agli obiettivi di stabilità fissati in sede europea.

La Spagna ha una struttura federale. Il modello prescelto viene indicato comunemente come "Stato delle Autonomie Territoriali" in quanto rappresenta un'opzione intermedia tra lo Stato Unitario e quello Federale.

I soggetti istituzionali sono: lo Stato; le Comunità Autonome; gli Enti Locali.

Su ognuno di essi è ripartito l'intero raggio di competenze dell'ordinamento spagnolo in quanto modello ispirato non a mero decentramento amministrativo ma ad una vera e propria autonomia per ciascun ente.

Gli articoli 148-150 della Costituzione ripartono la funzione legislativa tra lo Stato e le Comunità Autonome. Il principio è quello secondo il quale il potere di legiferare su materie non espressamente assegnate allo Stato spetta alle Comunità Autonome, qualora esso sia contemplato nello Statuto della rispettiva Comunità Autonoma.

I vincoli derivanti dalla legge sul Patto Interno di Stabilità trovano la loro legittimazione costituzionale nella necessità di garantire, in un paese fortemente decentralizzato come la Spagna, un quadro di stabilità del bilancio.

La Costituzione assegna un considerevole spazio di manovra alla finanza locale ancorandola ad un articolato processo di concertazione, con le Comunità Autonome che assume connotati negoziali rifluenti nel disposto normativo.

Il Governo nazionale spagnolo fissa l'obiettivo di stabilità finanziaria per gli Enti Locali e per le Comunità autonome. Le due leggi prevedono che questo abbia luogo in maniera concertata.

E' questo il momento della concertazione, che la Spagna prevede per la determinazione degli obiettivi sia delle Comunità autonome, sia degli Enti Locali.

L'esperienza spagnola vede ripetute conferme del sistema collaborativo, con la distribuzione di compiti sia al livello centrale che alle autonomie.

In particolare, l'autonomia regionale gode in Spagna di una tutela piuttosto intensa, che ha, da un lato, reso necessaria la formazione di una legge apposita (la legge organica) per

vincolare le Comunità autonome al rispetto del patto europeo, e dall'altro imposto delle particolari garanzie anche nell'attuazione del patto.

I principi generali cui si ispira il sistema spagnolo sono quattro: di stabilità finanziaria, di pluriannualità, di trasparenza e di efficienza (artt. 2-6 l. 18/01).

In particolare attraverso il principio di pluriannualità (art. 4) il sistema spagnolo mira all'adeguamento ai parametri comunitari in uno scenario di medio periodo (tre anni). Al Governo spetta il compito di fissare l'obiettivo della stabilità finanziaria per i tre esercizi successivi, per poi rimmetterlo alle Camere per l'approvazione (art 8 l. 18/01). In questo modo viene individuato sia l'obiettivo complessivo, sia quello di ciascuno dei comparti del settore pubblico: Stato, Comunità autonome, Enti locali e Sistema di sicurezza sociale.

L'Italia : il patto di Stabilità per gli anni 2009/2011

In Italia il Patto di Stabilità Interno, pur in mancanza di un vero e proprio accordo con le Amministrazioni locali che giustificasse la denominazione di "Patto", è stato introdotto dall'articolo 28 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, collegata alla Legge Finanziaria per il 1999. La finalità è il coinvolgimento degli Enti decentrati nel raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica assunti con il Patto di Stabilità e Crescita.

Il d.l. n. 112 del 25 giugno 2008 – convertito con modificazioni con la l. n. 133 del 6 agosto – ha introdotto numerose innovazioni determinando, tra l'altro, la modifica completa delle disposizioni relative al patto di stabilità interno – p.s.i. – per il triennio 2009-2011¹⁰. Così come già registrato negli ultimi anni, il nuovo patto di stabilità interno si applica alle province e ai comuni con popolazione superiore ai 5 mila abitanti, determinati facendo riferimento al criterio previsto dal Tuel¹¹.

Il documento, in particolare contempla:

¹⁰ Completo sul punto il documento realizzato dall'Associazione delle autonomie locali, dal titolo " Patto di stabilità 2009/2011"; a cura di M. Marafini e R. Mastrofini

¹¹ Articolo 156 - Classi demografiche e popolazione residente - Le disposizioni del presente testo unico e di altre leggi e regolamenti relative all'attribuzione di contributi erariali di qualsiasi natura, nonché all'inclusione nel sistema di tesoreria unica di cui alla legge 29 ottobre 1984, n. 720, alla disciplina del dissesto finanziario ed alla disciplina dei revisori dei conti, che facciano riferimento alla popolazione, vanno interpretate, se non diversamente disciplinato, come concernenti la popolazione residente calcolata alla fine del penultimo anno precedente per le province ed i comuni secondo i dati dell'Istituto nazionale di statistica, ovvero secondo i dati dell'Uncepm per le comunità montane. Per le comunità montane e i comuni di nuova istituzione si utilizza l'ultima popolazione disponibile.

- ✓ la riduzione del saldo finanziario in termini di competenza mista¹² differenziando la situazione sulla base di due variabili principali: il rispetto o meno del patto di stabilità per il 2007 e il saldo di competenza mista positivo o negativo, confermando quel sistema di determinazione personalizzata degli obiettivi per ogni singolo ente (art. 77 bis). A tal fine sono stati individuati quattro gruppi di enti in funzione del segno del saldo di competenza mista registrato nel 2007 ed in funzione del rispetto o meno delle regole del patto di stabilità del 2007. Per gli enti appartenenti a ciascuno dei quattro gruppi è stata individuata la variazione del saldo 2007 da conseguire al fine della determinazione del singolo saldo programmatico;
- ✓ un meccanismo di premialità per gli enti virtuosi individuati in base al loro posizionamento rispetto a due indicatori economico-strutturali¹³: indicatore di rigidità strutturale e indicatore di autonomia finanziaria. Ad essi è concesso un beneficio sul saldo valido ai fini della verifica del rispetto del patto;
- ✓ l'introduzione a decorrere dal 2010 di misure volte a contenere la dinamica di crescita del debito degli enti locali, in linea con i medesimi obiettivi di crescita del debito indicati nel DPEF;
- ✓ un sistema sanzionatorio, per gli enti inadempienti al patto, che opera mediante la riduzione dei trasferimenti erariali, impossibilità di contrarre nuovi mutui, il blocco delle assunzioni, limiti agli impegni della spesa corrente, il divieto all'indebitamento e la riduzione delle indennità degli amministratori. Alla Corte dei conti continua ad essere affidato il compito di accertare il mancato rispetto degli obiettivi posti con il patto di stabilità interno e la vigilanza sull'applicazione delle sanzioni;
- ✓ un monitoraggio¹⁴ del patto di stabilità interno con cadenza semestrale e non più trimestrale;

¹² Il principio della competenza mista è analizzato N. Tommasi, Per tutti i conti vale il saldo misto, IISole24ORE del 14 luglio 2008.

¹³ Sul sistema premiante è sorta una lunga diatriba in quanto la norma così come è strutturata crea un effetto contrario alla meritocrazia. Il patto avrebbe dovuto incentivare gli enti con i bilanci in attivo ma nella pratica rischia di distribuire i premi al contrario in quanto la maggior parte dei capoluoghi di provincia con saldo positivo dovranno peggiorare i saldi rispetto al 2008. Le cause sono da ricercare nel cambio delle basi di calcolo, non più il triennio 2003/2005 ma il 2007 e l'introduzione della competenza mista anche nel saldo di riferimento. Il problema è affrontato in maniera molto approfondita da N. Tommasi e G. Trovati, I premi del patto soprattutto ai comuni in rosso, IISole24ORE del 11 agosto 2008.

¹⁴ Il sistema del monitoraggio del patto è stato trattato da E. Piscino, Il patto di stabilità interno per il 2008, DirittoItalia, Strumentario n. 1/2008.

- ✓ Le trasmissioni dei prospetti avverrà utilizzando solo ed esclusivamente il sistema web previsto. I comuni che a partire dall'anno 2009 sono soggetti per la prima volta alle disposizioni del p.s.i. dovranno accreditarsi al suddetto sistema richiedendo un'utenza.

Il patto di stabilità interno individua nel principio della competenza mista l'elemento cardine delle nuove disposizioni, abbandonando il sistema duplice degli anni passati che da un lato determinava l'importo della manovra, in parte sulla spesa corrente e in parte sul saldo di cassa, e dall'altro prevedeva il principio della competenza mista in sede di applicazione.

Gli enti che presentano un saldo di competenza mista positivo vengono premiati ottenendo la possibilità di peggiorare il saldo, mentre quelli con saldo negativo debbono effettuare una riduzione, consistente, dei risultati.

Le 146 pagine del decreto legge "recante misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria"¹⁵(questa la denominazione tecnica della manovra 2010) prevedono, tra le altre, un complesso di disposizioni relative al "Patto di stabilità interno e altre disposizioni sugli enti territoriali"¹⁶. Naturalmente solo in prospettiva sarà possibile verificare se queste misure definite di "austerità fiscale" saranno sufficienti a dare un segnale significativo per il rilancio dei mercati finanziari.

In particolare la manovra fiscale, in ordine al PSI, prevede: un contributo di regioni ed enti locali in proporzione all'incidenza sul bilancio complessivo del settore pubblico; sanzioni mancato rispetto Patto di Stabilità interno 2010 e successivi: riduzione trasferimenti e perdita dell'eleggibilità degli amministratori pubblici; possibilità per gli enti locali di utilizzare residui passivi in conto capitale al 31 dicembre 2008 (con abrogazione del meccanismo della premialità per l'anno 2010); attribuzione ai Comuni di un contributo di 200 milioni di euro da ripartire in base a decreto Ministro interno. Roma Capitale: in funzione di anticipazione del federalismo e della delega su Roma Capitale, creazione di un fondo di 200 milioni per concorso agli oneri del piano di rientro, erogabili solo a condizione di verifica positiva circa il reperimento da parte del Comune delle restanti risorse, nonché di quelle occorrenti per mantenere l'equilibrio della gestione ordinaria; per questa finalità, possibilità per il Comune di ricorrere a una serie di misure fiscali e di riduzione delle spese appositamente autorizzate. Regione Campania: annullamento atti della precedente giunta con cui si deliberava di violare il patto e trasmissione alla Corte dei Conti; revoca incarichi di dirigenti; piano di rientro con

¹⁵ Il testo completo del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, recante «Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica», pubblicato sul supplemento ordinario 114 alla «Gazzetta Ufficiale» 125 del 31 maggio 2010.

¹⁶ Da "Il sole 24 ore" del 28/05/2010.

commissario ad acta. Esercizio in forma associata delle funzioni da parte dei piccoli comuni. Divieto per piccoli Comuni di costituire società. Norma interpretativa su Iva /Tia per evitare il rimborso a carico dei Comuni e delle società municipalizzate.

Conclusioni

La materia fiscale rappresenta uno dei punti di maggiore difficoltà d'integrazione che il sistema comunitario si trova ad affrontare. La finalità dell'ordinamento europeo, di creare un sistema istituzionale dell'Unione ossia di conferire uniformità agli ordinamenti degli stati aderenti, è ancora in fase di definizione.

L'Unione Europea in attesa di significative manovre di riforma ha, rispetto alle politiche fiscali degli Stati membri, soprattutto poteri di coordinamento e regolazione. La fiscalità comunitaria va intesa come un complesso di principi destinati a regolare attività e mercati degli stati membri, una sorta di cornice all'interno della quale si sviluppano i sistemi fiscali degli Stati membri.

La riflessione sul sistema italiano di adeguamento agli obiettivi di stabilità fissati in sede europea, sembrano indicare alcune possibili linee di maggiore considerazione .

Andrebbe ripensata la procedura di definizione degli obiettivi in sede nazionale, almeno da tre punti di vista. In primo luogo, i target andrebbero definiti in un'ottica di medio periodo. Una logica di breve periodo impedisce gli investimenti e più in generale la programmazione.

In secondo luogo, gli obiettivi andrebbero definiti con largo anticipo, per consentire alle autonomie territoriali di adeguare i propri strumenti di pianificazione finanziaria.

In terzo luogo, sarebbe utile istituzionalizzare il dialogo tra lo Stato e le autonomie nella decisione degli obiettivi, affinché Stato, Regioni ed enti locali siano reciprocamente informati sulle situazioni finanziarie, sulle esigenze e sulle priorità.

Infine in un'ottica responsabilizzante un ruolo importante rivestirebbero le misure premiali, che avevano caratterizzato la prima fase di attuazione del Patto di stabilità europeo.

La direttiva habitat tra controllo accentratato ed esigenza di vigilanza diffusa
di Aldo D'Arienzo*

1. Introduzione; 2. La normativa italiana in tema di salvaguardia degli habitat naturali; 3. Il contributo alla realizzazione degli obiettivi della direttiva habitat da parte della Corte di giustizia; 4. L'enforcement della direttiva habitat tramite l'azione dei singoli e l'ampliamento della legittimazione ad agire; 5. Conclusioni

1. Introduzione

Con sentenza del 10 giugno scorso¹ la Corte di giustizia dell'Unione europea ha condannato l'Italia per violazione della direttiva n. 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche (c.d. "direttiva Habitat")² in relazione alla realizzazione del complesso turistico sul litorale Is Arenas, designato quale sito di importanza comunitaria (SIC).

La citata direttiva habitat, nel prevedere la costituzione di una rete ecologica europea coerente di zone speciali di conservazione (ZSC), denominata "Natura 2000", ha predisposto, all'art. 4, un procedimento di classificazione dei questi siti che, partendo dalle proposte formulate dagli Stati, sono definiti di interesse comunitario dalla Commissione e relativamente ai quali gli Stati sono poi tenuti ad adottare le opportune misure per evitare che al loro interno si verifichino "il degrado degli habitat naturali e degli habitat di specie nonché la perturbazione delle specie per cui le zone sono state designate, nella misura in cui tale perturbazione potrebbe avere conseguenze significative per quanto riguarda gli obiettivi della presente direttiva"³.

Il sito Is Arenas, situato in Sardegna nella Provincia di Oristano, è stato oggetto, a partire dagli anni '90, di un progetto turistico-edilizio con annesso un campo da golf, e, nel 1997, di un accordo di programma immobiliare fra la Regione autonoma della Sardegna, il Comune di Narbolia e il gruppo immobiliare Is Arenas s.r.l. Nel frattempo, fin dal maggio 1995, l'area delle

*Dottore di ricerca in "Disciplina della concorrenza e del mercato nell'Unione Europea"

¹ Corte giust. 10 giugno 2010, C-491/08.

² Direttiva del 21 maggio 1992, in GUCEL 206 del 22 luglio 1992, p. 7 ss.

³ Art. 6.

dune boscate costiere di Is Arenas è stata individuata quale proposto sito di importanza comunitaria (SIC) in quanto è presente l'habitat naturale prioritario "2270 - Dune con foreste di *Pinus pinea* e/o *Pinus pinaster*".

Sollecitata da alcune associazioni ambientaliste, con lettera del 10 aprile 2000 la Commissione europea ha aperto la procedura di infrazione n. 4381/2000, contestando all'Italia la violazione della direttiva habitat. La fase precontenziosa è durata piuttosto a lungo, in quanto al parere motivato del 9 febbraio 2001 ha fatto seguito una serie di lettere di diffida complementari, e si è conclusa col parere motivato complementare del 29 febbraio 2008. In data 25 novembre 2008, la Commissione ha fatto ricorso alla Corte di Giustizia.

Quest'ultima ha ritenuto che, sia in fase precedente che successiva all'iscrizione del sito nell'elenco dei SIC, l'Italia non aveva adottato le necessarie misure di tutela dell'habitat. La Corte ha anche accertato che i lavori sono proseguiti secondo il progetto originario oltre il termine dei due mesi indicato dal parere motivato, mentre il piano di gestione provvisorio, adottato dalla Regione Sarda con deliberazione del 28 aprile 2009, come misura appropriata ex art. 6§ 2 della direttiva habitat, è stato approvato solo allo scadere dei termini indicati dal parere motivato. Di conseguenza, per la Corte l'Italia è venuta meno agli obblighi derivanti dalla direttiva.

La sentenza riapre il dibattito sulle difficoltà di applicazione che, a distanza di diciotto anni dalla sua adozione, la direttiva habitat ancora registra e costituisce l'occasione per ulteriori riflessioni sulle problematiche relative alla normativa ambientale.

2. La normativa italiana in tema di salvaguardia degli habitat naturali

La normativa italiana rilevante in materia trae origine da alcuni trattati internazionali e dalla normativa europea. Sul piano internazionale, vengono in particolare in rilievo il Trattato di Ramsar del 2 febbraio 1971, poi modificato dal Protocollo del 3 dicembre 1982, e il trattato di Rio de Janeiro del 5 giugno 1992, che prevedono la costituzione di aree protette e riserve per la preservazione di "zone umide" o per la conservazione di specifici ecosistemi⁴.

Nell'ambito della normativa europea rilevano specificamente la direttiva 79/409/CEE del 2 aprile 1979 sulla conservazione degli uccelli selvatici⁵ e, soprattutto, la direttiva habitat. Pur perseguendo entrambe obiettivi di conservazione attraverso l'istituzione di aree protette, la direttiva habitat non si limita a prevedere misure di mera salvaguardia, ma anche interventi

⁴ Cfr. G. GRECO, La direttiva habitat nel sistema delle aree protette, in Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario, 1999, p. 119 ss.

⁵ In GUCEL 103 del 25 aprile 1979, p. 61 ss. L'Italia è stata condannata per non corretta trasposizione di questa direttiva con sentenza del 17 maggio 2001. Cfr. G. CORDINI, Condanne degli Stati per inadempimento del diritto ambientale comunitario in tema di conservazione di habitat, acque, aria, rifiuti, sostanze pericolose e uccelli selvatici, in Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, 2001, p. 1981 ss., p. 1983 ss.

migliorativi e di sviluppo che tengano conto “delle esigenze economiche, sociali, culturali e regionali”.

In Italia la trasposizione della direttiva è risultata particolarmente complessa. Va ricordato infatti che la sua adozione è stata di poco successiva all’entrata in vigore nel nostro paese della legge quadro n. 394 del 6 dicembre 1991⁶ sulle aree protette e ciò ha comportato che inizialmente il Governo italiano ha ritenuto che non fosse necessario adottare uno specifico atto di recepimento, potendo, la direttiva, ricevere “piena attuazione tramite una corretta applicazione della legge 394/91”⁷.

In effetti, la direttiva comunitaria e la normativa nazionale condividono in parte l’approccio. Si pensi alla necessità di integrare l’obiettivo di tutelare l’ambiente attraverso misure di “conservazione e valorizzazione del patrimonio naturale” con l’esigenza di garantire forme di gestione⁸. Va sottolineato, però, che la normativa comunitaria, rispetto a quella italiana, riconosce che l’individuazione dei siti e l’indicazione delle misure di protezione devono rispondere ad una logica rigorosamente scientifica e a tal fine predispone uno strumento specifico di salvaguardia, la valutazione di incidenza. Peraltro, a differenza di quanto previsto per la valutazione di impatto ambientale dalla direttiva 85/337/CEE⁹, la direttiva 92/43 non contiene un elenco tassativo di opere su cui effettuare la valutazione di incidenza. Essa, invero, all’art. 6 impone che sia sottoposto a tale procedura “qualsiasi piano o progetto non direttamente connesso e necessario alla gestione del sito ma che possa avere incidenza significativa su tale sito”¹⁰. Dal canto suo, la legge 394/91 non fa alcun riferimento alla valutazione di incidenza.

Le difformità di fondo tra le due normative hanno determinato la necessità di recepire la direttiva con un atto specifico, il DPR n. 357 dell’8 settembre 1997¹¹. L’atto di recepimento si è limitato, però, a riproporre pedissequamente il testo della normativa comunitaria, senza minimamente porsi il problema di coordinarne le disposizioni con quelle della legge quadro,

⁶ In GURI n. 292 del 13 dicembre 1991.

⁷ Cfr. Primo Programma Pluriennale del Comitato delle aree naturali protette istituito dall’art. 3 della l. 394 del 1991. Il Comitato era costituito dai Ministri dell’ambiente, dell’agricoltura e delle foreste, della marina mercantile, per i beni culturali e ambientali, dei lavori pubblici e dell’università e della ricerca scientifica e tecnologica e da sei presidenti di regione o provincia autonoma designati dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano. Esso è stato abolito con l. 59 del 1997 e sostituito dalla Conferenza Stato – Regioni.

⁸ Cfr. G. BELLOMO, I modelli di conservazione e valorizzazione nelle aree naturali protette: profili italiani e comparati, in Riv. Giur. Ambiente, 2008, p. 291 ss.; E. A. IMPARATO, Il turismo nelle aree naturali protette: dalla compatibilità alla sostenibilità, in Riv. Giur. Ambiente, 2008, p. 327 ss.

⁹ Direttiva del 27 giugno 1985, in GUL 175 del 5 luglio 1985, p. 40 ss.

¹⁰ A. MILONE, In merito d alcune questioni in materia di valutazione di impatto ambientale e valutazione di incidenza, in Riv. Giur. Edilizia, 2007, p. 644 ss.; E. A. IMPARATO, Il turismo, cit., p. 332.

¹¹ In GURI n. 284 del 23 ottobre 1997. Cfr. A. G. URETA, Habitats Directive and Environmental Assessment of Plans and Projects, in JEEPL, 2007, p. 84 ss.

creando così problemi di diversa disciplina tra aree protette di interesse comunitario e parchi e riserve previsti a livello nazionale¹².

Le uniche norme contenute nel DPR n. 357/97 che non si limitano a riprodurre la direttiva sono, da un lato, la norma che conferisce alle regioni la competenza a dichiarare un SIC “zona speciale di conservazione” e a predisporre tutte le misure di conservazione necessarie e, dall'altro, la disposizione secondo cui, in caso di coincidenza con le aree protette nazionali, si applicano le misure di conservazione previste dalla l. 394/91.

Difficoltà simili a quelle riscontrate in Italia nella trasposizione della direttiva sono state registrate anche in altri Stati e ciò ha comportato non pochi problemi conseguenti alla mancata o imprecisa trasmissione degli elenchi dei siti nazionali¹³. Probabilmente, anche la tardiva predisposizione dei formulari da parte della Commissione¹⁴ ha comportato ritardi nella redazione dell'elenchi di SIC da parte della Commissione stessa e nella successiva designazione delle ZSC da parte degli Stati membri¹⁵.

A fronte di questo scenario, è da evidenziare lo sforzo della Corte di giustizia inteso ad evitare che i ritardi della Commissione e degli Stati ostacolassero l'attuazione della direttiva.

3. Il contributo alla realizzazione degli obiettivi della direttiva habitat da parte della Corte di giustizia.

La Corte di giustizia si è pronunciata più volte in merito alla direttiva habitat. Oltre alle numerose sentenze relative al mancato o non corretto recepimento da parte degli Stati¹⁶, vanno soprattutto evidenziate le pronunce con cui la Corte ha avuto modo di specificare la portata

¹² G. CORDINI, *Condanne*, cit., p. 1209 ss. In particolare, ciò che differenzia le aree di interesse comunitario rispetto a quelle di interesse nazionale è che mentre, secondo la normativa italiana, la distinzione tra parchi e riserve è fondata essenzialmente su una diversa dimensione di interesse, la direttiva 92/43, che si pone in un'ottica di sviluppo sostenibile, individua gli habitat di interesse in:

a) habitat che “rischiano di scomparire”;

b) habitat che “hanno un'area di ripartizione naturale ridotta”;

c) habitat che “costituiscono esempi notevoli di caratteristiche tipiche di una o più delle cinque regioni biogeografiche alpina, atlantica, continentale, macaronesica e mediterranea”.

Tra queste aree la direttiva non individua alcuna gerarchia di importanza.

¹³ Cfr. sentenze dell'11 settembre 2001, in cause C-67/99, C-71/99, C- 220/99, in *Racc.*, p. 5757 ss., con cui la Corte ha condannato per inadempimento l'Irlanda, la Germania e la Francia perché la documentazione (elenco dei siti, informazioni richieste nel formulario e relative alla mappa del sito, alla sua denominazione, alla sua ubicazione, all'estensione e all'applicazione dei criteri di scelta e qualificazione) non era adeguata, completa e conforme alle prescrizioni della direttiva stessa. Cfr. G. CORDINI, *Condanne*, cit., p. 1987 ss.

¹⁴ Decisione 97/266 del 18 dicembre 1996, in *GUCEL* 107 del 24 aprile 1997, p. 1 ss. A causa di questi ritardi un primo elenco di SIC, poi costantemente aggiornato, è stato redatto dalla Commissione solo con decisione del 2001 e ha riguardato la regione “Macaronesica” mentre il primo che abbia riguardato l'Italia è stato adottato con decisione del 22 dicembre 2003 e concerne la regione biogeografia alpina. In pratica l'intero processo ha scontato un ritardo di circa 6 anni. Cfr. L. CIANFONI, *Direttiva habitat: efficacia delle misure di salvaguardia di cui all'articolo 6 in attesa dell'adozione delle liste dei siti d'importanza comunitaria*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2004, p. 601 ss.

¹⁵ Cfr. P. KOLLER, L. CASHMAN, *Implementing EC environmental law. Compliance promotion and enforcement by the European Commission*, in *JEEPL*, 2009, p. 1 ss.

¹⁶ Cfr. *supra*, n. 13

degli obblighi che incombono sugli Stati membri sia in riferimento all'individuazione dei siti da proteggere che in riferimento alla corretta applicazione delle misure di protezione, in particolare in quali casi sia necessaria la valutazione di incidenza e in quali fasi della procedura di individuazione dei SIC quest'ultima sia obbligatoria.

In riferimento al primo punto, la Corte ha chiarito che gli Stati membri non possono escludere dall'elenco dei siti da proporre alla Commissione, per esigenze economiche, sociali e culturali o specificità regionali e locali, un habitat meritevole di tutela¹⁷.

In riferimento alla valutazione di incidenza, la Corte ha affermato che la metodologia di valutazione è strettamente connessa alle caratteristiche e alle condizioni ambientali del sito e che è necessario valutare tutti gli aspetti del piano o progetto che, da soli o in combinazione con altri piani o progetti, possano pregiudicarne la conservazione. La Corte ha anche precisato che, conformemente al principio di precauzione, il piano o progetto può essere autorizzato solo qualora “non sussista alcun dubbio ragionevole da un punto di vista scientifico quanto all'assenza di effetti pregiudizievoli” e ha chiarito che il giudice nazionale, chiamato a verificare la legittimità di un'autorizzazione relativa ad un piano o progetto ai sensi dell'art. 6§3 della direttiva, può controllare il rispetto dei limiti posti dalla normativa comunitaria alla discrezionalità delle autorità nazionali competenti, anche se, scaduto il termine di recepimento, la direttiva non è stata recepita dallo Stato membro¹⁸.

In questo modo, la Corte ha riconosciuto che dall'art. 6 della direttiva 92/43 deriva un obbligo chiaro e preciso di svolgere una valutazione preventiva di incidenza in quanto “l'effetto utile della direttiva 92/43 sarebbe affievolito se, in un caso del genere, fosse precluso ai cittadini comunitari di valersene in giudizio e ai giudici nazionali di prenderla in considerazione”.

La Corte ha anche chiarito che gli Stati hanno l'obbligo di applicare le misure di salvaguardia di cui agli artt. 4 e 6 della direttiva, compresa la valutazione di incidenza, fin dal momento in cui il sito è proposto come SIC¹⁹.

La Corte di giustizia, infine, ribadendo la rilevanza della valutazione di incidenza come misura di salvaguardia tesa ad “assicurare la biodiversità mediante la conservazione degli habitat naturali,

¹⁷ Sentenza del 7 novembre 2000, causa C-371/98, in Racc., p. 9235 ss., p. 24. G. CORDINI, Inadempimenti degli Stati, interpretazione delle norme comunitarie e verifica della base giuridica in tema di acque, habitat, inquinanti gassosi e di particolato, rifiuti, sostanze pericolose e protezione del Danubio, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 987 ss., p. 989 s.

¹⁸ Sent. del 7 settembre 2004, causa C-127/02, in Racc., p. 7405 ss. Cfr. G. CORDINI, Giurisprudenza ambientale della Corte di giustizia in tema di acque, habitat naturali, mare Mediterraneo, OGM, oli usati, rifiuti, suolo e VIA, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, p. 2002 ss., p. 2004 ss. Cfr. anche A. TROWBORST, The Precautionary Principle and the Ecosystem Approach in International Law: Differences, Similarities and Linkages, in *RECIEL*, 2009, p. 26 ss.

¹⁹ Cfr. sentenza 7 settembre 2004, causa C 127/02, in Racc., p. 7405 ss.; sentenza 13 gennaio 2005, causa C 117/03, in Racc., p. 167 ss.; sentenza 4 marzo 2010, causa C 241/08.

nonché della flora e della fauna selvatica”²⁰, ha chiarito anche il rapporto tra la valutazione di incidenza e valutazione di impatto ambientale (VIA) di cui alla direttiva 85/337/CEE e, precisando che una normativa nazionale non può arbitrariamente esentare da valutazione di incidenza i piani e progetti per i quali sia prevista la VIA.

Per quanto la giurisprudenza della Corte abbia influenzato notevolmente sia la normativa²¹ che la giurisprudenza italiana²², le sentenze relative all'inadempimento della direttiva habitat che, a distanza di diciotto anni, la Corte ancora pronuncia nei confronti del nostro Paese dimostrano che i principi e la metodologia di tutela dettati dalla direttiva non sono stati ancora completamente assorbiti nella prassi sia nazionale che regionale.

4. L'enforcement della direttiva habitat tramite l'azione dei singoli e l'ampliamento della legittimazione ad agire

Un rimedio alla situazione appena descritta può rinvenirsi, sulla spinta della giurisprudenza comunitaria citata, nell'azione privata - in particolare delle associazioni ambientaliste - che contribuisce in maniera sempre più incisiva all'enforcement della normativa comunitaria.

²⁰ Sent. 29 gennaio 2004, causa C-209/02, in Racc., p. 1211 ss.

²¹ Si pensi in particolare al DPR n. 120 del 2003 (in GURI n. 124 del 30 maggio 2003), che ricomprende la VIA nella valutazione di incidenza qualora un'opera rientrante nell'elenco di cui agli allegati I e II della direttiva 85/337 ricada in un SIC o in un ZPS. Cfr. A. MILONE, op. cit., p. 648. Nella stessa prospettiva, il d. legisl. 152 del 2006 (in GURI n. 88 del 14 aprile 2006), nel prevedere, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di carattere self executing delle disposizioni della direttiva 85/337/CE (sent. 18 giugno 1998, causa C-81/96, in Racc., p. 3923 ss.) che è nulla l'approvazione dell'opera rilasciata in assenza di valutazione di impatto ambientale, determina che anche l'atto di approvazione rilasciato in assenza della valutazione di incidenza di cui all'art. 6 dir. 92/43 è nullo, dato il carattere self executing che le disposizioni relative alla valutazione di incidenza acquisiscono in analogia a quelle relative alla VIA. Cfr. A. MILONE, op. cit., p. 648.

²² Cfr. la sent. n. 534 del 27 agosto 2001 del TAR Friuli-Venezia Giulia. È da premettere che, mentre la direttiva 92/43 impone obblighi di salvaguardia chiari relativamente ai siti inseriti dalla Commissione nell'elenco dei SIC, il DPR 357/97, con cui l'Italia ha trasposto la direttiva, non prevede nulla relativamente all'applicazione delle misure conservative nella fase di individuazione dei siti ed anzi, sia all'art. 4 relativo alle "misure di conservazione" che all'art. 5 relativo alla "valutazione di incidenza", fa riferimento ai siti dichiarati di importanza comunitaria, facendo dedurre che le misure di conservazione si applichino solo ai siti già definiti tali dalla Commissione. Il TAR Friuli ha chiarito che, poiché l'allegato III della direttiva 92/43 sancisce che i siti che contengono habitat prioritari devono essere considerati SIC, ad essi devono applicarsi le misure conservative fin dalla loro inclusione nell'elenco nazionale proposto alla Commissione. In tal modo il TAR ha esteso la norma transitoria anche alla fase precedente l'inserimento del sito nell'elenco dei SIC. Cfr. R. MONTANARO, op. cit., p. 3606 ss. Si pensi anche all'Ordinanza del TAR Lazio n. 6856 del 2005, confermata dalle Ordinanze del CdS n. 797, 780 e 783 del 14 febbraio 2006, che hanno annullato il DM 25 marzo 2005 con cui il Ministero dell'Ambiente aveva a sua volta annullato la deliberazione del Comitato per le aree naturali con cui quest'ultimo disponeva che le zone di protezione speciale di cui alla direttiva 79/409 e le zone speciali di conservazione di cui alla direttiva 92/43/CE vanno ricomprese nell'ambito delle aree protette, ad integrazione di quelle previste dalla L. 394/91. Ciò comporta che a queste aree, ormai pienamente ricadenti nella categoria di aree protette secondo la normativa nazionale, si estendono le misure di conservazione previste dall'art. 6 della legge 394 del 1991 per le aree protette, in particolare il divieto di esecuzione di nuove costruzioni e la trasformazione di quelle esistenti fuori dai centri edificati e, per gravi motivi di salvaguardia ambientale, con provvedimento motivato, anche nei centri edificati. Ne deriva anche che nelle ZSC, come in tutte le aree protette, sono vietati mutamenti dell'utilizzazione dei terreni con destinazione diversa da quella agricola e tutte le operazioni che possano incidere sulla morfologia del territorio, sugli equilibri ecologici, idraulici e idrogeotermici e sulle finalità istitutive dell'area protetta. Cfr. R. MONTANARO, op. cit., p. 3606 ss.

Ciò tanto più che si registra, a livello nazionale, internazionale ed europeo, un processo che tende, sia pur non senza difficoltà, ad ampliare il novero dei soggetti legittimati ad agire contro le violazioni della normativa ambientale.

Per quanto concerne l'Italia, la legge 394 del 1991 ha riconosciuto legittimazione ad agire agli organismi di gestione delle aree protette. Successivamente, anche su impulso della giurisprudenza interna²³, la legge 265 del 1999²⁴ ha riconosciuto legittimazione ad agire alle associazioni ambientaliste individuate dall'art. 13 della l. 349 del 1986²⁵.

A livello internazionale la Convenzione di Aarhus, firmata il 25 giugno 1998, ha dettato norme sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale.

La Comunità, dopo la firma della Convenzione nel 1998 e prima della conclusione avvenuta con Decisione del 2005²⁶, ha cominciato ad adeguare la normativa ambientale preesistente al c.d. primo pilastro della Convenzione²⁷, adottando la direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale²⁸, e al c.d. secondo pilastro della Convenzione, adottando la direttiva 2003/35/CE²⁹ che prevede la partecipazione del pubblico nell'elaborazione di taluni piani e programmi in materia ambientale. Proprio il pilastro della convenzione relativo all'accesso alla giustizia non ha trovato ancora piena attuazione. Infatti, una proposta di direttiva del 2003, mirante a stabilire disposizioni volte a garantire l'accesso alla giustizia in materia ambientale ai cittadini in genere ("membri del pubblico") e ai "soggetti abilitati", è ancora in fase di discussione³⁰.

In riferimento ai primi, la proposta prevede che essi, per essere legittimati a ricorrere, sono tenuti a dimostrare un interesse sufficiente o una violazione di un diritto, nozioni la cui definizione è demandata agli Stati.

In riferimento ai "soggetti abilitati", cioè le organizzazioni, le associazioni e i gruppi internazionali, nazionali, regionali o locali che soddisfino alcuni criteri dettati dalla direttiva stessa³¹, gli Stati sono tenuti ad assicurare l'accesso a ricorsi in materia ambientale senza che

²³ Cfr. Cass., Sez. Un., 2 luglio 1995 n. 8300. Cfr. F. NOVARESE, La tutela del parco e la protezione dell'ambiente, in Riv. Giur. Edilizia, 2003, p. 203 ss.

²⁴ In GURI n. 183 del 6 agosto 1999.

²⁵ In GURI n. 162 del 15 luglio 1986.

²⁶ Decisione 2005/370/CE del 17 febbraio 2005, in GUL 124 del 17 maggio 2005, p. 1 ss.

²⁷ B. JADOT, La participation du public à l'examen des demandes d'autorisation en matière d'environnement, in Journal des tribunaux droit européen, 2007, p. 201 ss.; H. UNNERSTALL, Public Participation in the Establishment and Management of the Natura 2000 Network – Legal Framework and Administrative Practices in Selected Member States, in JEEP, 2008, p. 35 ss.

²⁸ Direttiva del 28 gennaio 2003, in GUUE n. L 41 del 14 febbraio 2003, p. 26 ss.

²⁹ Direttiva del 26 maggio 2003, in GUUEL 156 del 25 giugno 2003, p. 17 ss. Cfr. K. H. FEHR, B. FRIEDRICH, S. SCHEIL, Liability Directive – a Useful Tool for Nature Protection?, in JEEP, 2007, p. 110 ss.

³⁰ COM (2003) 624 def. del 24 ottobre 2003.

³¹ Cfr. art. 8 COM (2003) 624 def. In particolare, per essere riconosciuti quali soggetti abilitati, le associazioni devono:

essi debbano “dimostrare un interesse sufficiente o far valere la violazione di un diritto”, a condizione che l'oggetto del ricorso rientri specificamente nelle attività che essi svolgono conformemente al loro statuto e che il ricorso riguardi il loro ambito geografico specifico di azione.

Appare evidente che, seppur con cautela, la proposta tende al ravvicinamento delle normative nazionali in materia di legittimazione ad agire, rispondendo ad un'esigenza di controllo diffuso sul rispetto della normativa ambientale. Ed è forse questo il punto che tuttora impedisce il raggiungimento di un accordo per la sua adozione.

Certamente, l'approvazione della disciplina di accesso alla giustizia in materia ambientale recherebbe un contributo fondamentale ai fini di un maggiore controllo, “dal basso”, sul rispetto anche della direttiva habitat.

5. Conclusioni

La sentenza da cui trae spunto il presente lavoro evidenzia la perdurante difficoltà di applicazione della direttiva habitat, e in generale dei principi cardine della politica ambientale europea sanciti nell'art. 191 TFUE, tra cui, per quel che rileva in questa sede, il principio di precauzione e quello di azione preventiva.

Di conseguenza il contemperamento tra salvaguardia del patrimonio ambientale ed esigenze economiche e sociali, fine ultimo della normativa sia europea che nazionale, è costantemente disatteso, rendendo sempre più evanescente la realizzazione di un modello di sviluppo responsabile e sostenibile³².

In questa prospettiva, è auspicabile che si affermi pienamente una logica di controllo diffuso sulle violazioni in materia ambientale. In effetti, nei settori che costituiscono il core della disciplina comunitaria, come la concorrenza, la responsabilizzazione degli individui, attraverso il “private enforcement”, ha portato risultati importanti sia in termini di individuazione delle violazioni che in termini di deterrenza.

-
- a) essere persone giuridiche indipendenti e senza fini di lucro, aventi come obiettivo la tutela dell'ambiente;
 - b) disporre di una struttura organizzativa idonea a garantire il perseguimento dei fini statutari;
 - c) essere legalmente costituiti e aver operato attivamente ai fini della tutela dell'ambiente, secondo quanto previsto dal proprio statuto, per un periodo di tempo stabilito dallo Stato membro in cui sono costituiti, ma in ogni caso non superiore a tre anni;
 - d) aver fatto certificare il proprio bilancio di esercizio da un revisore ufficiale per un determinato periodo di tempo stabilito da ciascuno Stato membro. L'art. 9 stabilisce la procedura per garantire il rapido riconoscimento dei soggetti abilitati che soddisfino i criteri di cui all'articolo 8, che può consistere in un riconoscimento caso per caso (“riconoscimento ad hoc”) o in un riconoscimento preventivo. All'uopo, gli Stati membri devono designare l'autorità o le autorità competenti e provvedono affinché le decisioni di rigetto delle richieste di riconoscimento possano essere impugnate dinanzi a un organo giurisdizionale o a un altro organo indipendente e imparziale istituito dalla legge. L'art. 10, infine, impone agli Stati membri di istituire procedure di ricorso adeguate ed efficaci, che siano obiettive, eque, rapide e non eccessivamente onerose.

³² Cfr. K. BOSSELMAN, *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*, London, 2008.

L'approvazione della proposta di direttiva relativa all'accesso alla giustizia in materia ambientale, in uno con il rafforzamento dei diritti di informazione e partecipazione, potrebbe stimolare la responsabilizzazione dal basso anche in questo settore contribuendo ad una piena compliance di stabilità europeo.

Innovazione e Diritto

La manovra economica per il 2010 rivoluziona la disciplina dell'accertamento sintetico..... ma con quali effetti sul contribuente?
di Giuseppe De Girolamo

1. Introduzione – 2. Disciplina ante riforma – 3. Modifiche introdotte dal D.L. 78 del 2010 – 4. Sovrapposizione tra accertamento sintetico e studi di settore – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

L'art. 22 del D.L. 31 maggio 2010 n. 78 “Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica” (cd. Manovra economica per il 2010) è intervenuto sul metodo dell'accertamento sintetico, modificando l'art. 38 comma 4-8 del D.P.R. 600/1973, che ne detta la disciplina.

L'art. 38 sopracitato, nella sua formulazione originaria, era stato introdotto in attuazione della delega contenuta nella legge 9 ottobre 1971 n. 825, che al n.13 prevedeva: “la determinazione analitica del reddito complessivo netto sulla base dei singoli redditi che lo compongono, salvo il ricorso alla determinazione sintetica quando si siano elementi presuntivi di maggiore reddito risultanti da fatti certi”.

A seguito delle modifiche apportate dalla legge 30 dicembre 1991 n.413, il D.P.R. 29 novembre 1973 n. 600 recante “Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi” prevede diversi metodi per determinare il reddito imponibile:

-accertamento analitico (art. 38 comma 2). L'imponibile è ricostruito in maniera dettagliata considerando le singole componenti del reddito in relazione alla loro fonte; per le

imprese tale tipo di accertamento è di natura contabile (cd. accertamento analitico-contabile, art. 39 comma 1) in quanto si basa sulle risultanze delle scritture, qualora siano attendibili e tenute correttamente;

-accertamento sintetico (art. 38 comma 4-8). A differenza del metodo analitico, con quello sintetico l'imponibile complessivo viene ottenuto facendo ricorso a elementi e fatti economici individuati che permettono di ricostruire induttivamente la situazione reddituale di un contribuente;

-accertamento analitico-induttivo basato su studi di settore. Tale metodo di accertamento è utilizzato unicamente per determinare induttivamente il reddito di un contribuente sulla base della sua capacità teorica di produrre ricavi, capacità definita in base ad una serie di fattori preindividuati;

-accertamento induttivo extra-contabile (art. 39 comma 2). Gli Uffici finanziari ricorrono a tale tipo di accertamento principalmente quando la contabilità è inattendibile o non è tenuta correttamente.

In queste brevi note si intende porre attenzione solo sul metodo dell'accertamento sintetico, oggetto di revisione da parte della manovra economica per 2010.

2. Disciplina ante riforma.

Il reddito complessivo di un contribuente persona fisica può essere determinato con metodo sintetico in presenza di determinati presupposti che legittimano l'Ufficio a procedere in tal senso.

L'accertamento sintetico si fonda sul procedimento induttivo, in quanto si sostanzia nel ricorso a presunzioni in virtù delle quali l'Amministrazione finanziaria, partendo da un fatto noto, giunge ad uno ignorato.

Nella formulazione ante riforma¹, applicabile ai redditi fino al 2008, l'art. 38 prevede la possibilità di ricorrere a tale forma di determinazione in via induttiva in presenza di "elementi

¹ D.P.R. 600/1973 art. 38 comma 4-8: "L'ufficio, indipendentemente dalle disposizioni recate dai commi precedenti e dall'art. 39, può, in base ad elementi e circostanze di fatto certi, determinare sinteticamente il reddito complessivo netto del contribuente in relazione al contenuto induttivo di tali elementi e circostanze quando il reddito complessivo netto accertabile si discosta per almeno un quarto da quello dichiarato. A tal fine, con decreto del Ministro delle finanze, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, sono stabilite le modalità in base alle quali l'ufficio può determinare induttivamente il reddito o il maggior reddito in relazione ad elementi indicativi di capacità contributiva individuati con lo stesso decreto quando il reddito dichiarato non risulta congruo rispetto ai predetti elementi per due o più periodi di imposta.

Qualora l'ufficio determini sinteticamente il reddito complessivo netto in relazione alla spesa per incrementi patrimoniali, la stessa si presume sostenuta, salvo prova contraria, con redditi conseguiti, in quote costanti, nell'anno in cui è stata effettuata e nei quattro precedenti.

e circostanze di fatto certi' che comportino uno scostamento del reddito complessivo netto accertabile per almeno un quarto da quello dichiarato.

Tali "elementi e circostanze di fatto certi" si sostanziano in una serie di fatti-indici in base ai quali l'Ufficio finanziario può determinare induttivamente il reddito globale del contribuente, tra i quali in primis vi sono quelli tipici del redditometro, cioè di quello strumento predisposto dal legislatore per addivenire alla determinazione del reddito presunto complessivo partendo da alcuni cc.dd. "indici di capacità contributiva" individuati con decreto del Ministro dell'Economia e Finanze; applicando a tali indici i coefficienti di moltiplicazione si giunge alla trasformazione della spesa nel reddito determinato sinteticamente.

Va precisato, però, che nella disciplina previgente si può far ricorso al redditometro solo "quando il reddito dichiarato non risulta congruo rispetto ai predetti elementi per due o più periodi di imposta".

L'accertamento sintetico, sempre nella disciplina ante manovra economica, non necessariamente deve fondarsi sui fatti-indici tipici posti a base del redditometro, ma può fondarsi anche sulla "spesa per incrementi patrimoniali", metodo disciplinato dall'art. 38 comma 5 del D.P.R. 600/1973.

L'Ufficio, infatti, può procedere alla determinazione induttiva del reddito complessivo netto basandosi su spese eccessive poste in essere dal contribuente rispetto al reddito dichiarato nell'anno in corso e negli anni precedenti; in tal caso vi è la presunzione relativa che tali spese siano state poste in essere ricorrendo a redditi conseguiti non solo nell'anno in corso ma anche nei quattro precedenti, per cui l'Ufficio potrà procedere ad una rettifica, in tal senso, del reddito dichiarato.

L'accertamento sintetico, indipendentemente dai fatti-indici posti alla base della determinazione del reddito complessivo netto, si fonda su presunzioni legali relative, che ammettono dunque prova contraria da parte del contribuente, il quale dovrà dimostrare che il maggior reddito accertato è costituito in tutto o in parte da redditi non tassabili (esempio,

Il contribuente ha facoltà di dimostrare, anche prima della notificazione dell'accertamento, che il maggior reddito determinato o determinabile sinteticamente è costituito in tutto o in parte da redditi esenti o da redditi soggetti a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta. L'entità di tali redditi e la durata del loro possesso devono risultare da idonea documentazione.

Dal reddito complessivo determinato sinteticamente non sono deducibili gli oneri di cui all'art. 10 del decreto indicato nel secondo comma. Agli effetti dell'imposta locale sui redditi il maggior reddito accertato sinteticamente è considerato reddito di capitale salva la facoltà del contribuente di provarne l'appartenenza ad altre categorie di redditi. Le disposizioni di cui al quarto comma si applicano anche quando il contribuente non ha ottemperato agli inviti disposti dagli uffici ai sensi dell'art. 32, primo comma, numeri 2), 3) e 4) ".

redditi esenti) o proviene da fonti non reddituali (per esempio, donazioni, somme avute in successione, risparmi effettuati in passato, ecc.)².

3. Modifiche introdotte dal D.L. 78 del 2010.

La definizione della disciplina previgente in tema di accertamento sintetico è risultato necessaria per poter comprendere a pieno le novità introdotte dalla manovra economica per il 2010 (D.L. 78/2010), che possiamo dire ha attuato una vera e propria rivoluzione del metodo dell'accertamento sintetico.

L'art. 22³, infatti, è intervenuto a riscrivere integralmente i comma 4-8 dell'art. 38 del D.P.R. 600/1973, sull'assunto della necessità di una modifica dettata dal mutamento del contesto socio-economico dell'ultimo decennio; la nuova disciplina ha effetto "per gli accertamenti relativi ai redditi per i quali il termine di dichiarazione non è ancora scaduto alla data di entrata in vigore del presente decreto", cioè per gli accertamenti relativi ai redditi a partire dal 2009 in poi, per cui per quelli precedenti continuerà a trovare applicazione la disciplina previgente, della quale si è detto poc' anzi.

E' stato eliminato l'obbligo per l'Amministrazione di procedere a determinazione induttiva del reddito complessivo netto solo sulla base di "elementi e circostanze di fatto certi"; nella nuova formulazione dell'art. 38, infatti, l'Ufficio può sempre procedere a "determinare sinteticamente il reddito complessivo del contribuente sulla base delle spese di

² A tal proposito cfr., ex plurimis, Cass. 14778/2000, Cass. 8665/2002, Cass. 20588/2005, Cass. 16284/2007, Cass. 327/2006, Cass. 5991/2006.

³ L'art. 22 del D.L. 78/2010 recita: "1. Al fine di adeguare l'accertamento sintetico al contesto socio-economico, mutato nel corso dell'ultimo decennio, rendendolo più efficiente e dotandolo di garanzie per il contribuente, anche mediante il contraddittorio, all'articolo 38 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, con effetto per gli accertamenti relativi ai redditi per i quali il termine di dichiarazione non è ancora scaduto alla data di entrata in vigore del presente decreto, i commi quarto, quinto, sesto, settimo e ottavo, sono sostituiti dai seguenti:

"L'ufficio, indipendentemente dalle disposizioni recate dai commi precedenti e dall'articolo 39, può sempre determinare sinteticamente il reddito complessivo del contribuente sulla base delle spese di qualsiasi genere sostenute nel corso del periodo d'imposta, salva la prova che il relativo finanziamento è avvenuto con redditi diversi da quelli posseduti nello stesso periodo d'imposta, o con redditi esenti o soggetti a ritenuta alla fonte a titolo di imposta o, comunque, legalmente esclusi dalla formazione della base imponibile.

La determinazione sintetica può essere altresì fondata sul contenuto induttivo di elementi indicativi di capacità contributiva individuato mediante l'analisi di campioni significativi di contribuenti, differenziati anche in funzione del nucleo familiare e dell'area territoriale di appartenenza, con decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale con periodicità biennale. In tale caso è fatta salva per il contribuente la prova contraria di cui al quarto comma.

La determinazione sintetica del reddito complessivo di cui ai precedenti commi è ammessa a condizione che il reddito complessivo accertabile ecceda di almeno un quinto quello dichiarato.

L'ufficio che procede alla determinazione sintetica del reddito complessivo ha l'obbligo di invitare il contribuente a comparire di persona o per mezzo di rappresentanti per fornire dati e notizie rilevanti ai fini dell'accertamento e, successivamente, di avviare il procedimento di accertamento con adesione ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 19 giugno 1997, n. 218. Dal reddito complessivo determinato sinteticamente sono deducibili i soli oneri previsti dall'articolo 10 del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986 n. 917; competono, inoltre, per gli oneri sostenuti dal contribuente, le detrazioni dall'imposta lorda previste dalla legge".

qualunque genere sostenute nel corso del periodo d'imposta"; è scomparso il riferimento ai fatti-indici che comportino la determinazione in via induttiva del reddito, e si è avuta la loro sostituzione con un metodo della spesa che potremmo definire "puro", nel senso che centrale nella determinazione del reddito sarà solo la spesa effettivamente esborsata dal contribuente nell'anno in corso, presumendosi che essa sia stata affrontata con redditi realizzati nello stesso anno.

Al contribuente è data comunque facoltà di dimostrare l'erroneità di tale assunto, esibendo prove circa il ricorso a redditi esenti o a disponibilità provenienti da fonti non reddituali, per esempio donazioni.

Si è mantenuto, dunque, l'utilizzo dello strumento della presunzione legale relativa, anche se si può osservare che la dimostrazione dettagliata della provenienza delle disponibilità economiche nell'anno in corso, al fine di poter giustificare la credibilità delle spese sostenute e la loro congruità rispetto al reddito dichiarato, comporta un'ingerenza eccessiva nella vita del contribuente ed un indebolimento delle garanzie costituzionali proprie di ogni cittadino, in primis il diritto alla privacy⁴.

Ulteriori elementi di criticità si riscontrano dall'analisi della disciplina del redditometro contenuta nella nuova versione dell'art. 38 comma 5; in realtà non vi è alcuna disciplina definita, ma vi sono delle norme programmatiche che esprimono il proposito del legislatore di offrire all'Amministrazione finanziaria un nuovo strumento che le permetta di procedere all'accertamento sintetico del reddito sulla base di indici di capacità contributiva che tengano conto dell'intero nucleo familiare e dell'area territoriale di appartenenza.

Con tale norma si vogliono correggere alcune distorsioni dello strumento redditometrico nella sua precedente versione, in quanto gli indici di capacità contributiva individuati con decreto del Ministro dell'Economie e Finanze non tengono conto né del contesto territoriale in cui operano né del reddito complessivo familiare.

Per esempio, un'abitazione in centro città, a parità di metri quadri, generalmente ha un valore maggiore della stessa abitazione in periferia, così come limitare il controllo alle spese sostenute dal solo contribuente non impedisce la non infrequente prassi di intestare beni mobili registrati costosi a familiari, così da evitarne la rilevazione in fase di accertamento sintetico.

Allo stato, dunque, possiamo ragionevolmente sostenere il contenuto programmatico dell'art. 38 nella sua nuova formulazione, in quanto rimanda ad un successivo decreto

⁴ In tal senso leggi, ex plurimis, Cass. 27927/2009 in cui la Suprema Corte ha delineato come il metodo analitico di determinazione del reddito va preferito a quello sintetico in quanto offre maggiori garanzie al contribuente.

ministeriale l'individuazione degli indici, con i correttivi sopracitati: bisogna necessariamente attendere tale atto per dare un contenuto più definito alla nuova formulazione del redditometro.

Va precisato, però, che è scomparso il limite della necessità della non congruità per almeno due periodi di imposta, per cui l'Ufficio potrà ricorrere al metodo del redditometro anche in presenza di una incongruità per una sola annata.

In realtà tale ultima modifica è conforme alla mutata prospettiva alla base del nuovo redditometro, in quanto mentre nella sua formulazione ante riforma risulta fondamentale l'elemento della disponibilità di un bene costoso per più periodi d'imposta, l'utilizzo ora di un metodo "puro" della spesa comporta la rilevanza di un'incongruità anche solo occasionale, ponendo così il presupposto fondamentale legittimante il ricorso al metodo sintetico basato sul redditometro.

Per quanto riguarda i limiti in presenza dei quali l'Amministrazione può procedere ad accertamento con metodo sintetico, deve rilevarsi che mentre nella versione prima della manovra economica è necessario un scostamento del 25% del reddito determinato in via induttiva rispetto al reddito dichiarato, nella nuova disciplina tale scostamento può essere anche solo del 20%.

Va sottolineato, inoltre, che è stato abolito il riferimento al metodo della "spesa per incrementi patrimoniali"; ciò è coerente con la circostanza che la spesa effettuata dal contribuente nel corso dell'anno è diventato il leit motiv dell'intero metodo sintetico di determinazione del reddito, per cui prevedere separatamente la possibilità dell'Amministrazione finanziaria di porre attenzione ad una spesa eccessiva rispetto al reddito dichiarato, risulterebbe superfluo.

Possiamo dire, però, che mentre nel caso del metodo della "spesa per incrementi patrimoniali", vi è la presunzione della realizzazione di tali uscite con maggiori redditi realizzati negli ultimi 5 anni, con la nuova disciplina vi è la presunzione relativa che la spesa è stata interamente coperta con redditi realizzati nell'anno in corso, per cui uno scostamento del 20% necessario per il ricorso al metodo sintetico dell'accertamento è più probabile che nella disciplina vigente, amplificando a dismisura, a parere di chi scrive, il ricorso a tale metodologia.

Una garanzia procedimentale di indubbio valore è stata introdotta con la previsione, al comma 7, dell'obbligatorietà da parte dell'Amministrazione di invitare il contribuente a comparire, di persona o per mezzo di rappresentanti, al fine di procedere ad accertamento con adesione, offrendogli così la possibilità di esibire preventivamente prove idonee a

giustificare lo scostamento superiore al 20% tra reddito determinato induttivamente e reddito dichiarato, nonché la non congruità nel periodo di imposta considerato tra spese sostenute e reddito asserito.

Con favore, a parere di chi scrive, va vista anche la partecipazione dei Comuni al procedimento di accertamento del reddito, in quanto il D.L. 78/2010 (art. 18) prevede che gli uffici dell'Agenzia delle Entrate "...prima dell'emissione degli avvisi di accertamento, ai sensi dell'articolo 38 quarto comma e seguenti, inviano una segnalazione ai comuni di domicilio fiscale dei soggetti passivi", i quali comunicano "entro sessanta giorni da quello di ricevimento della segnalazione ogni elemento utile alla determinazione del reddito complessivo".

Trattasi di una partecipazione necessaria dei Comuni all'accertamento del reddito con metodo sintetico; inoltre, siamo in presenza di uno dei primi esempi di collaborazione diretta tra Amministrazione centrale e periferica nella fase preparatoria antecedente all'emissione di un atto accertativo.

In tale fase la collaborazione del Comune di residenza, quale ente più vicino al contribuente e quindi meglio informato, può essere determinante per valutare in concreto la sussistenza di elementi giustificativi dello scostamento tra reddito dichiarato ed accertato, o di altri elementi a sostegno della contestazione di maggior reddito di un contribuente persona fisica da parte degli Uffici finanziari.

4. Sovrapposizione tra accertamento sintetico e studi di settore.

Delineate le novità introdotte dalla manovra economica per il 2010, si vogliono offrire alcuni spunti sulla possibile sovrapposizione tra i due strumenti più utilizzati oggi dall'Amministrazione finanziaria, il redditometro e gli studi di settore, per l'accertamento induttivo del reddito di alcune categorie di contribuenti, soprattutto alla luce della nuova formulazione dell'art. 38 del D.P.R. 600/1973, nonché delle circolari dell'Agenzia delle Entrate nn. 13/E del 2009 e 20/E del 2010.

In primis va rilevato che tale sovrapposizione può aversi solo per i contribuenti persone fisiche, in quanto lo strumento del redditometro non trova applicazione per le società di capitali; inoltre può aversi solo per le imposte sui redditi, in quanto mentre l'accertamento di un maggior reddito presunto sulla base di studi di settore può portare all'addebito di Irpef, Ires, Iva e Irap, l'accertamento induttivo del reddito complessivo sulla base del redditometro può portare solo all'obbligo di pagare maggiore Irpef.

Ulteriore elemento di differenziazione è che mentre nel caso del redditometro la legge attribuisce agli indici di capacità contributiva individuati con decreto ministeriale il valore di presunzione legale relativa, per cui al Giudice non è dato valutare nel merito la rilevanza da conferire a tali indici, ma solo la validità della prova contraria adottata dal contribuente, negli studi di settore il legislatore attribuisce agli indici rilevanti ai fini di tale strumento di accertamento solo una valenza di presunzione semplice, per cui abbisognano di ulteriori elementi probatori che dimostrino la fondatezza della pretesa dell'Ufficio, in assenza dei quali il Giudice potrebbe anche disporre l'annullamento dell'avviso di accertamento per infondatezza delle pretese avanzate dall'Amministrazione.

Aldilà di queste differenze, va sottolineato che, soprattutto alla luce della riforma operata con la manovra economica per il 2010, è concreto il rischio di un'eccessiva attività istruttoria dell'Amministrazione finanziaria, poco attenta alle garanzie proprie del contribuente.

Se da un lato, infatti, vi sono casi in cui la sovrapposizione tra studi di settore e redditometro può portare a dei risultati efficaci, si pensi ad esempio ai contribuenti minimi non soggetti per espresso dettato normativo agli studi di settore, per cui l'assoggettabilità ad uno strumento redditometrico costruito con attenzione anche all'intero nucleo familiare ed al contesto territoriale in cui opera potrebbe portare all'accertamento di un reddito maggiore effettivamente evaso, dall'altro lato l'integrazione tra i due strumenti di accertamento può contribuire alla creazione di uno stato di polizia, in cui la libertà di spesa e la sua segretezza sono effettivamente sacrificati nell'unica ottica di aumentare il gettito nelle casse dello Stato.

5. Conclusioni.

A conclusione di queste brevi note, si vogliono offrire alcuni spunti di riflessione.

Le modifiche introdotte dal D.L. 78/2010 in tema di accertamento sintetico non possono non far riflettere sul comportamento quantomeno irragionevole, e talvolta sembrerebbe contraddittorio, del legislatore, che se da un lato nella nuova disciplina pone attenzione al contesto familiare prevedendo l'individuazione di nuovi indici-fatti rilevanti ai fini del metodo di accertamento basato sul redditometro, in senso dunque penalizzante per il contribuente, dall'altro lato non sembra porre in essere misure agevolative di sostegno ai consumi, misure che non possono non avere il loro punto di partenza in un'attenta e programmata politica di sostegno al reddito familiare.

Le misure anticrisi adottate dal Governo a sostegno delle famiglie sembrano essere state, a parere di chi scrive, frammentarie e non sempre del tutto efficaci; in più di un

occasione hanno mostrato degli evidenti errori di valutazione effettuati dagli Uffici che coadiuvano il Ministero, si pensi, a titolo esemplificativo, al bonus famiglia che nei calcoli ministeriali sarebbe dovuto essere una misura a sostegno di una platea di circa un milione e mezzo di contribuenti, e che invece si è risolto in un contributo a tantum elargito a poco più di 500.000 mila persone.

A questo vanno ad aggiungersi i dati allarmanti provenienti dal monitoraggio delle entrate tributarie statali, dai quali si evince che nel biennio di crisi 2008-2009, a fronte di una netta caduta del gettito IVA determinata, chiaramente, da una sensibile riduzione degli scambi commerciali interni ma soprattutto esterni, si è avuto mediamente un aumento del gettito Irpef.

Questo denota sicuramente una scarsa attenzione del legislatore al peso della fiscalità sulla famiglia, che è il soggetto maggiormente penalizzato in questa fase congiunturale critica, ma denota soprattutto, a parere di chi scrive, l'assenza di un chiaro disegno di politica tributaria, che è stata caratterizzata, negli ultimi tempi, più da interventi frammentari a sostegno di qualche categoria reddituale, che da un piano coordinato di contrasto alla crisi⁵.

La nuova disciplina del redditometro si inserisce in questo contesto, in quanto rischia di generare un'eccessiva penalizzazione del contribuente persona fisica rispetto alle altre categorie, peggiorandone ulteriormente la condizione; l'obiettivo del contrasto all'evasione non può essere raggiunto, a parere di chi scrive, ponendo in essere misure di controllo poliziesco della spesa, ma deve essere perseguito rendendo poco conveniente evadere, e creando quel senso di compliance tributaria che è quasi assente in una parte del nostro Paese.

Un'attenta riforma tributaria, ispirata ad un disegno chiaro ed unitario, sicuramente risulta essere un tassello fondamentale in questo percorso.

⁵ Per un'attenta analisi del peso della fiscalità nella crisi italiana attuale nonché delle ragioni che rendono imminente e necessaria una riforma del sistema tributario nel nostro Paese, leggi PERRONE CAPANO R., Ridurre le imposte sulle famiglie e sulla produzione per consolidare la ripresa; stabilizzare la pressione fiscale dando avvio alla riforma del fisco per accelerare il riequilibrio del bilancio: quadratura del cerchio o avvio di un possibile ciclo virtuoso?, in *Innovazione e diritto*, 1-2/2010, pp. 1 e ss.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

- ARTUSO E., L'applicazione "retroattiva" del redditometro: osservazioni sulle recenti linee ermeneutiche della Suprema Corte, in Riv. dir. trib., II, 2/2006, pp. 149 e ss.;
- BEGHIN M., Determinazione sintetica del reddito complessivo Irpef, conoscenza delle fonti e alternative dei metodi di accertamento in un recente arresto giurisprudenziale, in Riv. dir. trib., II, 11/2009, pp. 784 e ss.;
- BEGHIN M., Reddito complessivo Irpef e accertamento in base al redditometro: brevi considerazioni intorno alla necessità di distinguere le pesi sostenute per l'utilizzo di beni da quelle supportate per il loro acquisto, in Riv. dir. trib., II, 12/2009, pp. 816 e ss.;
- BEGHIN M., La determinazione sintetica dell'imponibile Irpef e il problema degli "scostamenti" tra reddito accertabile e reddito dichiarato, in Rass. trib., 1/2009, pp. 222 e ss.;
- BRIGHENTI F., Sinossi del "redditometro", in Boll. trib., 20/2008, pp. 1610 e ss.;
- CISSELLO A., Novità in tema di accertamento, riscossione e contenzioso, in Il Fisco, 24/2010, II, pp. 3833 e ss.;
- CONTE D., Aspetti problematici del redditometro e di altri consimili metodi come strumenti di contrasto all'evasione, in Riv. dir. trib., I, 12/2008, pp. 1095 e ss.;
- FALSITTA G., Corso istituzionale di diritto tributario, CEDAM, 2009;
- GUIDA FISCALE (a cura di Longoni M.), La manovra 2010, ed. Italia Oggi, Giugno 2010;
- GIOE' C., Studi di settore e obbligo di motivazione, in Rass. trib., 6/2007, pp. 1726 e ss.;
- GUIDA NORMATIVA, Nuovi studi di settore e redditometro, ed. Il Sole 24 Ore, Giugno 2010;
- PERRONE CAPANO R., L'andamento del gettito delle imposte evidenzia il ruolo centrale della politica tributaria nell'emergenza economica, non solo in funzione anticiclica, in Innovazione e Diritto, 5/2008, pp. 3-37;
- PERRONE CAPANO R., Ridurre le imposte sulle famiglie e sulla produzione per consolidare la ripresa; stabilizzare la pressione fiscale dando avvio alla riforma del fisco per accelerare il riequilibrio del bilancio: quadratura del cerchio o avvio di un possibile ciclo virtuoso?, in Innovazione e diritto, 1-2/2010, pp. 1 e ss.;
- PERRUCCI U., Reddito e ricchezza in arrivo, in Boll. trib., pp. 1329 e ss.;
- PINO C., L'accertamento sintetico e il nuovo redditometro, in Corriere trib., 26/2010, pp. 2057 e ss.;
- SELICATO G., Reddito e auto di interesse storico e collezionistico, in Rass. trib., 2/2007, pp. 536 e ss.;

SUCCIO R., Brevi note in tema di retroattività e studi di settore, in Riv. dir. trib., II, 11/2009, pp. 767 e ss.;

TESAURO F., Istituzioni di diritto tributario (Vol. 1), UTET, 2006;

TESAURO F., L'accertamento sintetico del reddito ed il redditometro, in Boll. trib., 12/1986, pp. 952 e ss.;

TREVISANI A., Al via i correttivi congiunturali degli studi di settore, in Corriere trib., 26/2010, pp. 2063 e ss.

Innovazione e Diritto

La dimensione internazionale dei diritti umani nella Comunità Europea
di Tiziana Russo

Premessa - Evoluzione storica dell'Unione Europea - L'individuo nel diritto internazionale e la protezione dei diritti dell'uomo - I legami fra le categorie di diritti nell'ambito dei diritti umani - Verso un primo tentativo di "costituzionalismo" dei diritti della persona: la Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo - I diritti dell'uomo nella prospettiva comunitaria - Il rispetto dei diritti umani sancito nel Trattato di Amsterdam e le recenti evoluzioni - Gli orientamenti futuri - Conclusioni

Premessa.

Le esigenze avanzate in tutti i tempi e in tutti gli ambienti sociali per il miglioramento della condizione dell'uomo hanno determinato la rivendicazione della libertà e dei diritti dello stesso sia in ambito nazionale, che in quello comunitario.

E' chiaro che la modalità come pure i limiti che queste rivendicazioni hanno incontrato sono strettamente legate alla forza e al contenuto che gli ideali umanitari hanno acquisito nel corso del tempo.

Un primo interrogativo da porsi è legato alla natura giuridica da riconoscere a tali diritti: più concretamente sarebbe opportuno chiedersi se essi siano da ritenere diritti naturali, spettanti all'uomo per il solo fatto di essere individuo, e in tale senso lo Stato dovrebbe, quindi, semplicemente limitarsi a riconoscerli, o se, al contrario, sarebbero da considerare come diritti soggettivi concessi agli individui dallo Stato in virtù di un'autonoma sovranità di esso, che in tal modo si autolimiterebbe.

Vi è poi da sottolineare che l'originaria concezione individualistica dei diritti dell'uomo può dirsi, oramai, tramontata. Quella antica diffidenza del cittadino nei confronti di ogni forma di potere

organizzativo è stata superata: allo stato attuale si ritiene pacificamente che l'individuo sia un essere sociale che vive in un preciso contesto, e al quale vanno riconosciuti e garantiti una serie di diritti civili, politici e sociali.

Il pericolo maggiore di una mancata tutela dell'uomo potrebbe provenire non soltanto dallo Stato ma anche dalla globalizzazione della nostra società di massa, la quale, con la sua "disumanizzazione", finirebbe per comprimere del tutto ogni forma di garanzia dei diritti legati all'individuo.

Nella presente trattazione, il tema del riconoscimento dei diritti dell'uomo viene affrontato in due fasi: la prima si prefigge di ricostruire la vicenda prendendo le mosse dall'origine storica della Comunità Europea, analizzando quindi i diritti dell'uomo in una prospettiva comunitaria, la seconda invece, si preoccupa di individuare gli strumenti necessari per tutelare gli stessi, soprattutto in virtù di futuri orientamenti.

Evoluzione storica dell'Unione Europea.

Negli anni successivi al secondo conflitto mondiale, è stata perseguita e poi successivamente realizzata, l'idea di un processo di integrazione fra Stati e popoli europei.

Già lo stesso Churchill, nel settembre del 1946 in un discorso tenutosi all'Università di Zurigo, sosteneva la possibilità di ricostruire gli Stati Uniti d'Europa prendendo come punto di partenza l'esigenza di una partnership tra Francia e Germania¹. Nell'immediato dopoguerra e nell'ultima fase del conflitto, si ragionava proprio su come impedire il riprodursi di quelle situazioni politiche, economiche e militari che avevamo indotto l'Europa e il mondo intero a quel disastro. L'idea proprio di un'Europa unita che stabilisse un legame stretto e definitivo tra Francia e Germania e la presa di coscienza che solo attraverso l'unificazione si ponesse fine ai tanti conflitti avvenuti nel continente europeo, furono necessità ritenute imminenti.

Le preoccupazioni maggiori e i problemi più urgenti riguardavano, da un lato l'assetto territoriale e militare dell'Europa centrale e, dall'altro, le vicende economiche dell'industria carbosiderurgica della Ruhr e della Saar.

Fu così che, da una celebre dichiarazione del maggio 1950, il Ministro degli Esteri francese Schuman, tra i principali padri fondatori dell'Europa comunitaria, insieme a De Gasperi e Adenauer, poneva l'accento sulla necessità di eliminare l'opposizione tra Francia e Germania e

¹ Tesouro, G., Diritto comunitario, Cedam, Padova 2003, p. 3.

<< di porre l'insieme della produzione franco-tedesca di carbone e di acciaio sotto un' Alta autorità comune, in un'organizzazione aperta alla partecipazione degli altri Paesi europei>>².

Lo stesso Schuman, infatti, era convinto, che solo attraverso la realizzazione di opere concrete, che originassero di fatto l'unione tra i diversi Paesi, potesse realmente determinare il superamento dell'ostacolo rappresentato dalla distanza tra posizioni funzionaliste e posizioni federaliste³.

Pur aderendo alla prima, la quale consentiva il coinvolgimento della Gran Bretagna nel disegno associativo, Schuman lasciò intuire le grandi possibilità che il piano apriva all'integrazione politica.

La sua proposta fu accolta dal Belgio, dalla Germania federale, dall'Italia, dal Lussemburgo e dai Paesi Bassi, che insieme alla Francia firmarono, il 18 aprile 1951, Il Trattato di Parigi, dando così vita alla Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio⁴.

Con la creazione della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA), entrata in vigore il 25 luglio 1952, si realizzava la prima Europa sovranazionale⁵. Fu così che nacque l'idea di mettere in comune la produzione franco-tedesca del carbone e dell'acciaio. Tale scelta, oltre che essere dettata da una logica economica, fu anche perseguita per motivi politici poiché queste due materie prime costituivano l'elemento chiave dell'industria e della potenza dei due paesi. L'obiettivo politico era quello di rafforzare la solidarietà franco-tedesca, spianare la strada al processo di integrazione europea, ricostruire l'economia del continente europeo, nonché di allontanare lo spettro della guerra per garantire una pace durevole.

Il Trattato CECA era circoscritto alle industrie del carbone e dell'acciaio e prevedeva l'instaurazione di un mercato interno esclusivamente per la circolazione delle merci, da realizzarsi attraverso l'abbattimento delle barriere economiche fra Stati, senza però contemplare la creazione di una tariffa doganale esterna.

Un ulteriore passo avanti verso l'integrazione europea veniva compiuto quando il 25 marzo 1957, quando venivano firmati a Roma i ben noti "Trattati di Roma". Il primo istituiva una

² Tesauro, op. cit., p. 4

³ La posizione funzionalista privilegiava la collaborazione economica e militare, soprattutto in funzione antisovietica; quella federalista, invece optava per la creazione immediata di istituzioni europee con poteri sovrani.

⁴ All'accordo erano interessati gli Stati del Benelux in quanto produttori di carbone e acciaio, confinanti con Francia e Germania e, quindi, favorevoli alla risoluzione dei conflitti tra questi due paesi. La situazione era diversa in Italia. La nostra nazione non primeggiava nella produzione di queste materie ma non solo. Geograficamente più distante dalle zone interessate all'accordo, confinava soltanto con la Francia. Nonostante ciò, De Gasperi riteneva la CECA un'ottima opportunità per arginare la disastrosa economia italiana e reinserire il Paese nelle situazioni politiche ed economiche internazionali.

⁵ Per la prima volta, i sei Stati membri di tale organizzazione rinunciavano a una parte della loro sovranità a favore della Comunità. Questo primo sforzo di integrazione europea rivelò presto i suoi limiti, fallendo nel 1954 il progetto di una Comunità europea di difesa (CED). Il Trattato, fondato sull'idea di una forza europea collegata ad una struttura istituzionale unitaria, fu firmato a Parigi il 27 maggio 1952, ma non entrò mai in vigore per la mancanza di consenso del Parlamento francese. Cfr. Tesauro, op. cit. p. 5.

Comunità Economica Europea (CEE), il secondo invece costituiva una Comunità Europea dell'energia atomica, meglio conosciuta come EURATOM. Le ratifiche da parte degli ordinamenti nazionali non posero problemi e il 14 gennaio 1958 i due Trattati entrarono in vigore.

Sorto nel 1957, al fine di contribuire allo sviluppo dell'impiego pacifico dell'energia atomica, l'EURATOM aveva stabilito un vero e proprio mercato comune dei materiali nucleari, grazie al funzionamento di un vero e proprio centro di ricerche e di quattro attrezzati stabilimenti di ricerca nucleare installati a Ispra, Karlsruhe, Mol e Petten⁶.

Il Trattato mirava alla formazione e allo sviluppo delle industrie nucleari europee consentendo di trarre beneficio dallo sviluppo dell'impiego pacifico dell'energia atomica, assicurando un elevato livello di sicurezza per la popolazione nel garantire che le materie nucleari, destinate a finalità civili, non venissero utilizzate per fini militari.

Con l'istituzione della CEE e la creazione del mercato comune si volevano raggiungere due obiettivi. Il primo consisteva nella trasformazione delle condizioni economiche degli scambi e della produzione nella Comunità. Il secondo, più di impronta politica, vedeva nella CEE un contributo alla costruzione funzionale dell'Europa politica e all'unificazione più ampia della stessa.

Per conseguire questi obiettivi, venivano previste precise linee d'azione: l'unione doganale mediante l'eliminazione progressiva fra gli Stati membri di dazi doganali; l'istituzione di una tariffa doganale unica e l'avvio di una politica commerciale comune verso i paesi terzi; l'unione economica mediante la libera circolazione dei cittadini dei servizi e dei capitali; l'istituzione di politiche comuni nel settore dell'agricoltura e del trasporto; l'armonizzazione delle politiche economiche; la creazione di nuove risorse mediante la valorizzazione delle regioni sottosviluppate e delle forze di lavoro inutilizzate⁷. Il Trattato CE ha assegnato alla Comunità il compito di instaurare un mercato comune (art 2), vale a dire uno spazio economico dove le merci, le persone, i servizi ed i capitali possano circolare liberamente in un regime concorrenziale unico. Il suo nucleo, disciplinato nel primo capitolo (art. 12-29) della parte I del trattato CE, è una unione doganale che si estenda al complesso degli scambi di merci, incluse quelle provenienti dai Paesi non membri, che si trovano in libera pratica all'interno degli stessi, e che comporti il divieto fra gli Stati membri, dei dazi doganali all'importazione e all'esportazione e di qualsiasi tassa ad effetto equivalente, come pure l'adozione di una tariffa doganale comune nei loro rapporti con i Paesi terzi (art. 9 comma I). L'Unione doganale include anche il

⁶ Monti, s., L'Europa degli Organismi Comunitari, Loffredo Editore, Napoli, 1974 p. 51.

⁷ Mammarella, G., Cacace, P. . Storia e Politica dell'Unione Europea, Laterza, Roma-Bari, pp 88-89

principio del libero transito delle merci attraverso il territorio di uno Stato membro⁸. L'abbattimento delle barriere doganali viene completato dal divieto di altre limitazioni imposte dalle autorità nazionali al traffico interno delle merci, come le restrizioni quantitative e le misure ad effetto equivalente (i c.d. ostacoli commerciali non tariffari) degli artt. 30- 36 del trattato CE, le imposizioni interne discriminatorie degli art. 95 e ss. e le pratiche discriminatorie dei monopoli nazionali dell'art. 37.

Infine all'atto finale del Trattato erano state allegare nove dichiarazioni⁹. La risposta ai motivi dell'esistenza di una politica regionale a livello comunitario può essere rintracciata direttamente nel Trattato di Roma, sia nel Preambolo, dove si sostiene che gli Stati membri "sono ansiosi di rafforzare la coesione delle loro economie e di assicurare il loro sviluppo armonioso attraverso la riduzione delle differenze esistenti tra le varie regioni e dell'arretratezza di quelle meno favorite", che nell'art. 158 stabilisce che "la Comunità mira alla riduzione delle disparità tra i livelli di sviluppo tra le varie regioni". Una politica espressamente rivolta al raggiungimento di un obiettivo squisitamente politico quale l'eliminazione della disparità di benessere economico e sociale tra le varie regioni.

L'individuo nel diritto internazionale e la protezione dei diritti dell'uomo.

Nella Comunità internazionale gli ideali umanitari sono stati per lungo tempo normalmente invocati soltanto in relazione al trattamento degli stranieri, e più sporadicamente, in relazione a quello degli individui facenti parte di una minoranza etnica o di un gruppo religioso. La grande importanza che gli Stati hanno attribuito alla difesa della propria sovranità e, di conseguenza, al rispetto di quella degli altri, ha fatto sì che essi abbiano attivamente agito per la tutela dei diritti dell'uomo solo nel caso della messa in gioco dei loro interessi, ad esempio per esercitare la protezione diplomatica dei propri cittadini all'estero.

Fra i principi fondamentali del diritto internazionale, un posto di sicuro rilievo spetta al principio di eguaglianza sovrana fra gli Stati al quale fanno da corollario, la libertà di scegliere un sistema politico interno, il principio di non ingerenza negli affari degli altri Stati: tutte regole che

⁸ Il concetto di "unione doganale" deve essere distinto da quello di "zona di libero scambio". Si tratta di un'area dove la circolazione interna delle merci è liberalizzata, ma nei rapporti con i Paesi terzi continuano ad essere applicate delle tariffe doganali differenziate. L'Unione doganale, creata sulla base del Trattato CE, non è in contraddizione con la clausola della nazione più favorita contenuta nel GATT, in base alla quale ogni facilitazione doganale concessa a un Paese membro, deve essere estesa, in linea di principio, a tutti gli altri Paesi membri del GATT.

⁹ www.europa.eu

rappresentano le basi della coesistenza politica fra gli Stati e che vengono più volte richiamate nel corso dei dibattiti della Nazioni Unite.

Dopo il 1945 e le aberrazioni del nazismo, ampio spazio si è dato ai principi di dignità umana e di autonomia dell'individuo in molti aspetti della sua vita, anche e soprattutto nell'ambito dei suoi rapporti con l'autorità di governo. Ciò ha prodotto un forte interesse e un'impennata nell'impiego degli Stati a proteggere e assicurare tali diritti. Non è concepibile e sopportabile che lo Stato si senta libero di trattare i propri cittadini come crede, né che sia precluso di interessarsi del trattamento ricevuto dai cittadini di uno Stato straniero, nel loro territorio. Molte delle conseguenze che prima del 1945 si traevano dal principio di sovranità sono venute meno, tale principio è sottoposto ai limiti che corrispondono ai diritti umani internazionalmente tutelati. In virtù di tale limitazione si è assistito a un conflitto fra vecchia e nuova concezione del potere dello Stato sugli individui: il problema che si verifica non è tanto relativo a quali Stati rispettano in larga o minore misura le norme internazionali sui diritti dell'uomo, ma come le frequenti violazioni rappresentino un sintomo delle difficoltà che incontra l'ordinamento internazionale a proteggere gli interessi essenziali della persona.

L'anno 1945 rappresenta l'anno di svolta e il punto di partenza delle attività internazionali per la protezione dei diritti dell'uomo, in quanto segna l'inizio della creazione di un sistema di norme internazionali teso a vincolare gli Stati a rispettare un catalogo di diritti umani: si è profilata una vera e propria azione internazionale per la promozione e la tutela dell'uomo in quanto tale.

Nel clima della cooperazione per la realizzazione di ideali comuni che si è allora realizzato, il primo gennaio del 1942 i governi firmatari della Dichiarazione delle Nazioni Unite si sono proclamati convinti che una vittoria completa sui loro nemici era “essenziale per difendere la vita, la libertà, l'indipendenza e la libertà religiosa, così come per conservare i diritti umani e la giustizia nei propri paesi e nelle proprie nazioni”. Il 26 giugno 1945 nella Carta delle Nazioni Unite si è compreso come fine quello di “conseguire la cooperazione internazionale nella soluzione dei problemi internazionali di carattere economico, sociale e culturale o umanitario, e nel promuovere e incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua o di religione”.

Inoltre si è inserito nello “Statuto” della medesima organizzazione gli artt. 55 e 56, con i quali i “membri si impegnano a agire collettivamente o singolarmente in cooperazione con l'organizzazione” al fine di promuovere il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo.

In questa prospettiva appare evidente come la creazione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite abbia introdotto tre grandi novità. In primo luogo si è assistito al passaggio da una prospettiva

frammentaria ad uno scopo globale e totalizzante da non inquadrarsi come mera difesa religiosa, bensì come rispetto per i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali per tutti.

In secondo luogo, il fatto che lo scopo globale fosse inserito tra le finalità dell'organizzazione, ha sottolineato come si cercasse di stabilire un livello di protezione comune tra tutti gli Stati.

In terzo luogo, significativa fu la creazione di un organo mirante a tale scopo, La Commissione per i diritti dell'Uomo, nonché l'attribuzione di funzioni e competenze precise nello stesso campo sia all'Assemblea generale, sia al Consiglio Economico e Sociale.

Nel Preambolo della Dichiarazione dei diritti dell'uomo viene in rilievo che “ gli Stati membri sono impegnati a perseguire, in cooperazione con le Nazioni Unite, il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”. Inoltre la dignità umana viene a rappresentare il fondamento delle libertà, della giustizia e della pace nel mondo racchiudendo quindi tutti i diritti inviolabili della persona umana.

La Dichiarazione pur essendo un atto proprio dell'ONU, non è dotata di forza obbligatoria diretta per gli Stati membri, essa è, in buona sostanza, assimilabile alle raccomandazioni, la cui caratteristica è quella di non avere efficacia obbligatoria per i soggetti destinatari.

Tuttavia, essa assume un valore complementare allo Statuto, indicando aspetti e punti specifici dell'Organizzazione e promuovendo una serie di principi cardine, adottati all'unanimità e con forma solenne, i quali indirizzano di sicuro gli Stati membri al rispetto dei diritti legati all'individuo.

Se, come si è appena accennato, la Dichiarazione assume un'efficacia simile a quella delle raccomandazioni, potendo essere inquadrata tutt'al più come una “ dichiarazione di principi” non vincolante per gli Stati membri, è pur vero che la prolungata inosservanza da parte di uno Stato membro dei principi in essa sanciti, può portare all'adozione di determinate sanzioni sociali, in alcuni casi anche molto gravi.

Fra il 1948 e il 1966 si sono verificati profondi mutamenti nella realtà internazionali che hanno finito per influenzare indirettamente anche l'Assemblea delle Nazioni Unite, dovuti al processo di decolonizzazione di quegli anni nonché alla nascita di un gran numero di nuovi Stati.

Ciò spiega come questo profondo cambiamento si sia fatto sentire anche rispetto alla redazione di quella che verrà definita come Convenzione dei diritti dell'uomo, in quanto l'ultima fase dell'approvazione di quest'ultima ha potuto contare sull'appoggio di nuove realtà statali che differiva per qualità e quantità da quello ottenuto nella Dichiarazione del 1948, epoca in cui a prevalere era soprattutto la voce delle grandi potenze occidentali.

Ciò che è opportuno sottolineare è proprio l'atteggiamento dei nuovi Stati che, malgrado l'attaccamento alla propria sovranità, hanno comunque messo in atto una collaborazione più

solidale per l'approvazione di una Convenzione sui diritti dell'uomo, nonché " un comune sentire" di fortissimo impatto rispetto ai valori legati alla dignità umana e al rispetto delle libertà fondamentali dell'individuo.

I legami fra le categorie di diritti nell'ambito dei diritti umani

La relazione tra le categorie di diritti civili e politici, da una parte, e economici, sociali e culturali dall'altro, rappresenta una delle principali questioni affrontate dalla comunità internazionale.

In particolare, si è messo in evidenza come i soli diritti civili e politici possano essere oggetto di un'applicazione immediata a beneficio degli individui, attraverso gli strumenti giuridici a disposizione degli Stati membri, mentre i diritti economici, sociali e culturali si riducono essenzialmente a scopi da perseguire. Mentre i primi sono protetti per il mero fatto che le autorità ed i singoli sono obbligati ad astenersi da atti di coercizione o di interferenza che ne ostacolano il godimento, i secondi, invece, esigono un numero di azioni che creino le condizioni affinché quei diritti si attuino. La realizzazione dei primi è assicurata dall'esistenza di previsioni nelle leggi dello Stato, e dalle possibilità che i Tribunali siano chiamati ad applicare queste norme, per assicurare invece quei diritti che appartengono al secondo gruppo, ogni Stato è chiamato ad intraprendere azioni o misure specifiche.

A ben vedere, però, la distanza fra le due categorie di diritti non è poi così netta: alcuni diritti economici, sociali e culturali possono anche avere delle ripercussioni immediate sulla posizione giuridica degli individui e hanno una natura tale da poter essere garantiti con mezzi giudiziari, così come d'altra parte alcuni diritti politici e civili non possono essere protetti senza l'intervento della pubblica amministrazione.

In buona sostanza la problematica è legata all'esistenza di due Patti sui diritti civili e politici e sui diritti sociali ed economici. Nell'odierna situazione, più volte l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha cercato di porre l'accento sulla necessità di un unico Patto, nonché l'indivisibilità delle due categorie di diritti, motivata dalla convinzione che la garanzia dei diritti economici sia una condizione preliminare per promuovere concretamente i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali di esso.

Tale impostazione di pensiero non viene condivisa del tutto sulla base del presupposto che riconoscere priorità ai diritti economici, sociali e culturali equivarrebbe a giustificare la negazione dei diritti politici o di alcune libertà che di certo rivestono un'importanza maggiore nell'ambito della società.

E' essenziale quindi perseguire l'idea della indivisibilità delle due categorie di diritti dell'uomo sia intesa come tale da obbligare gli Stati alla simultanea adozione di misure capaci di assicurare il godimento dei diritti di entrambe le categorie.

Verso un primo tentativo di “ costituzionalismo” dei diritti umani: la Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo.

Il tema della protezione dei diritti umani attirava cospicuamente l'attenzione dei vari Stati e degli uomini politici del tempo. In questo processo storico di trapasso, l'Europa occupò una posizione d'avanguardia. Nel maggio del 1948 il Comitato Internazionale dei Movimenti per l'Unità Europea organizzò un “ Congresso d'Europa” che si svolse all'Aia. Questa iniziativa diede impeto necessario e decisivo alla fondazione del Consiglio d'Europa nel 1949 cui aderirono inizialmente dieci stati: Belgio, Danimarca, EIRE, Francia, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito e Svezia. Al termine di un dibattito piuttosto acceso, La Commissione giuridica dell'Assemblea (composta da ventitré membri tra cui eminenti giuristi), fu incaricata di prendere dettagliatamente in considerazione le questioni in merito alla struttura della Convenzione che si voleva redigere, ai diritti che si riteneva opportuno disciplinare e così via. La Convenzione Europea si può effettivamente considerare come il risultato di una serie di “ navette” tra l'Assemblea Consultiva ed il Comitato dei Ministri i quali, a loro volta, si affidarono, per quanto concerneva i punti di carattere più tecnico, a delle Commissioni specializzate.

La Commissione giuridica dell'Assemblea cominciò con il redigere una lista di diritti, facendo riferimento agli articoli pertinenti della Dichiarazione Universale espressamente citati nel progetto. Durante questa fase di travaux préparatoires si prese anche in considerazione l'idea di un controllo giurisdizionale “ a due tappe”, con una prima fase di inchiesta e di conciliazione e poi, in caso di fallimento delle trattative, il ricorso ad un vero e proprio organo giudiziario con la creazione di una Corte di Giustizia Europea.

Finalmente, il 4 novembre 1950 fu firmata a Roma (a Palazzo Barberini) la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti e delle Libertà Fondamentali, durante la sessione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Tale Convenzione fu realizzata, secondo quanto si dichiarò nel Preambolo, “ To take the first steps for collective enforcement of certain rights stated in the Universal Declaration”¹⁰ ed entrò in vigore, come già precedentemente affermato, il 3 settembre 1953.

¹⁰ 213UNTS, No.2889 p. 221, Council of Europe, European treaty Series, No 5, 4 November 1950.

Essa fu il frutto di una serie di compromessi e concepita, sin dall'inizio, come un sistema evolutivo che prevedeva l'adozione d'eventuali dichiarazioni facoltative, oppure quella di nuovi impegni politici. S'impose, inoltre, una piena coincidenza tra la partecipazione al Consiglio d'Europa e l'adesione alla Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo, tanto ciò è vero che, nella prassi recente, tutti i nuovi Paesi membri hanno sottoscritto la Convenzione al momento della loro ammissione al Consiglio d'Europa.

Il sistema di garanzie costituito con la Convenzione di Roma disciplina: il diritto alla vita (art. 2) ed alla integrità fisica delle persone (art. 3); l'interdizione della schiavitù, della servitù, del lavoro forzato e obbligatorio(art. 4); il diritto alla libertà e alla sicurezza personale(art. 5) ; il diritto alla buona amministrazione della giustizia, con riguardo sia al giudizio sulle contestazioni dei diritti e dei doveri di carattere civile di una persona, sia al giudizio nelle accuse penali contro di essa mosse (art. 6) ; l'interdizione di condanne non fondate sul principio della legalità dei delitti e delle pene (art. 7) ; il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza (art. 8) ; il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 9) ; il diritto alla libertà di espressione (art. 10) ; ed alla libertà di riunione pacifica e d'associazione (art. 11) ; il diritto di sposarsi e di formarsi una famiglia (art. 12).

Era questa, possiamo dire con gli occhi dei posteri, una delle prime manifestazioni di un "costituzionalismo transnazionale", al quale prestavano ossequio i singoli ordinamenti statali, laddove ovviamente per " costituzionalismo" intendiamo , sia pure in maniera ideologica, soltanto un insieme organico e sistematico di principi e di regole, racchiusi per solito in un testo scritto, con il fine di tutelare i diritti fondamentali.

Un costituzionalismo quindi, che prescinde da una concreta realtà statale come appare evidente nel Preambolo della Convenzione Americana relativa ai diritti dell'uomo del 2 novembre del 1962, che, non a caso, si allinea con gli stessi principi ispiratori della CEDU, nel dichiarare che " i diritti fondamentali derivano all'uomo non dalla sua appartenenza ad uno Stato, ma si fondano sugli attributi della persona umana".

I diritti dell'uomo nella prospettiva comunitaria.

Per molti anni, l'obiettivo principale della Comunità è stato quello di giungere ad una completa e definitiva liberalizzazione degli scambi e all'abolizione di tutti gli ostacoli di natura commerciale tra gli Stati membri. Il contrasto tra " Europa economica" e " Europa politica e sociale" è

apparso evidente, e ciò spiega anche le ragioni per le quali nei Trattati istitutivi delle Comunità del 1957 non vi siano norme che tutelino i diritti dell'uomo.

I primi chiari riferimenti ad alcuni diritti fondamentali, quali ad esempio quello alla libertà e alla libera circolazione di merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, sono contenuti nel Trattato istitutivo della Comunità Europea.

Tali diritti, che venivano sanciti e tutelati, si ponevano come strumentali alla realizzazione del mercato unico secondo l'ottica degli Stati membri i quali, avevano ratificato il Trattato in previsione di un'integrazione economica, con la conseguenza che l'individuo non veniva tutelato come persona ma solo come protagonista di quel complesso mondo economico costituito dagli stessi Stati membri.

Di non poca importanza fu il timore, avvertito dagli Stati firmatari, che l'inserimento di una Carta dei diritti fondamentali all'interno del Trattato, non avrebbe più posto limiti al campo d'azione comunitaria, facendo in modo che la Comunità avrebbe tutelato non già solo interessi economici ma anche quelli di natura politica.

Questo vuoto di previsioni di carattere squisitamente politico si scontrava però con la constatazione che negli ordinamenti giuridici interni degli Stati firmatari vi era, invece, ampio spazio riconosciuto alla tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali della persona, lasciando presagire anche la possibilità di sopperire adeguatamente all'ipotesi nelle quali si fosse determinata una chiara violazione dei diritti umani da parte degli atti comunitari.

La possibilità di un'eventuale lesione di tali diritti da parte della Comunità Europea nasce dal fatto che gli Stati membri della Comunità Europea, ratificando i Trattati istitutivi della stessa, hanno di fatto conferito alla stessa il potere di emanare atti che incidono direttamente sull'ordinamento giuridico interno degli Stati membri. Ciò determina la conseguenza che, la mancanza di una norma espressa che tuteli le libertà fondamentali legate alla persona umana, porterebbe gli Stati membri ad essere sprovvisti di qualsiasi strumento nell'eventualità di un atto comunitario lesivo dei diritti umani.

Anche la Corte di Giustizia Europea si era preoccupata di ribadire, intorno agli anni 50 e 60, l'impossibilità di una propria competenza sull'interpretazione del diritto comunitario, e quindi, in buona sostanza l'esclusione di una effettiva tutela non solo dei diritti sanciti nel Trattato ma anche di quelli appartenenti alle Costituzioni interne degli Stati membri.

Questo atteggiamento di chiusura determinò l'intervento della Corte Costituzionale italiana che, nella sentenza Frontini del 1973, affermò precisamente che il trasferimento delle competenze alla Comunità Europea e la conseguente limitazione della sovranità italiana possono determinare la conseguenza che gli organi della CEE sono legittimati ad un inammissibile potere di violazione

dei principi cardini del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona. La posizione della nostra Corte e successivamente l'intervento di quella tedesca, determinarono un mutamento dell'iniziale orientamento della Corte di Giustizia Europea la quale arrivò ad affermare che i diritti umani rientrano nei principi generali del diritto comunitario e, in quanto tali, spetta alla Corte l'obbligo di garantirne l'effettiva osservanza. Nonostante l'effettivo riconoscimento dell'importanza dei diritti ricollegabili alla persona umana, tutelati come parte integrante del diritto comunitario, della tutela degli stessi continuava a non esservi traccia nei trattati istitutivi. Nell'Atto Unico Europeo del 1986 la questione era stata affrontata solo nel Preambolo, nel quale si dichiarava la volontà degli Stati "di promuovere insieme la democrazia, basandosi sui diritti fondamentali riconosciuti dalle Costituzioni degli Stati membri, dalla CEDU, e dalla Carta sociale Europea. Soltanto con il trattato di Maastricht fu approvato l'attuale articolo 6 che afferma "l'Unione Europea rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione di Roma del 1950 sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali, oltre che dalle tradizioni comuni degli Stati membri, come principi generali di diritto comunitario".

La norma in questione non è però esaustiva: l'utilizzazione della CEDU non viene ampliata, ed inoltre la Comunità non viene sottoposta al giudizio della Corte dei diritti dell'uomo.

Il tema dell'adesione da parte della Comunità Europea alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo è stato in questa sede opportunamente trattato. Si dirà solamente che già nel 1979 la Commissione Europea aveva presentato al Parlamento Europeo e al Consiglio un memorandum nel quale si dichiarava favorevole all'adesione formale della Comunità alla CEDU. L'atteggiamento negativo del Consiglio dell'Unione aveva però, lasciato cadere l'argomento fino al 1990 anno in cui la Commissione ha di nuovo proposto il tema dell'adesione determinando la conseguenza che, tre anni dopo, il Consiglio ha preso la decisione di chiedere l'opinione della Corte di giustizia sulla compatibilità dell'accordo di adesione con le disposizioni del Trattato. Quest'ultima con il parere 2/ 94 ha negato la competenza della Comunità ad aderire alla Convenzione, poiché si determinerebbe l'inserimento della stessa in un diverso sistema istituzionale, nonché l'integrazione delle disposizioni della Convenzione nell'ordinamento comunitario.

Il rispetto dei diritti umani sancito nel Trattato di Amsterdam e le recenti evoluzioni.

L'emanazione del parere 2/94 ha favorito l'accelerazione del processo comunitario di protezione dei diritti umani, la Conferenza Intergovernativa aveva avvertito l'esigenza di modificare le disposizioni del Trattato istitutivo della Comunità che ne regolavano la tutela.

All'interno del Trattato di Amsterdam il tema della tutela dei diritti fondamentali è spezzettato in una serie di disposizioni che o modificano quelle presenti disposizioni o vengono inserite ex novo nel testo.

Il nuovo articolo 6 del Trattato di Maastricht sancisce che “ l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, principi che sono comuni agli Stati membri”.

Benché questo paragrafo non presenti particolari novità, in quanto già menzionato nel Trattato di Maastricht, riveste comunque un'importanza fondamentale in quanto il rispetto dei principi menzionati costituisce condizione essenziale per l'adesione dei nuovi Stati alla Comunità Europea. A ciò deve aggiungersi che, è stato successivamente inserito l'art. 7 il quale si preoccupa di disciplinare una procedura di accertamento di una eventuale violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro ai principi sanciti dall'art. 6.

Il compito di constatare l'esistenza di una tale violazione spetta al Consiglio Europeo, il quale delibera all'unanimità su proposta di un terzo degli Stati membri e previo conforme parere del Parlamento Europeo.

Il Governo dello Stato che ha determinato la violazione viene in via preliminare invitato a presentare le proprie osservazioni e successivamente, il Consiglio dell'Unione a maggioranza qualificata, può decidere la sospensione del diritto di voto dello Stato in questione in seno al Consiglio, pur restando comunque vincolato al rispetto degli obblighi che derivano dal Trattato.

E' importante però sottolineare che si deve trattare di una violazione “ grave e persistente”, volendo con ciò esprimere l'esigenza che essa non possa considerare l'eventuali violazioni dei singoli diritti individuali né per quei principi contenuti nel successivo paragrafo 2 dell'art. 6, il quale si riferisce ai principi della CEDU, ma, considerata la complessità della procedura di accertamento della violazione, essa deve riguardare esclusivamente le sole violazioni dell'art. 6.

Tale esigenza sembrerebbe essere stata creata al fine di garantire che, i nuovi Stati che intendano aderire alla Comunità Europea e che non siano in linea con i principi che tutelano i diritti fondamentali della persona, si attivino per il rispetto di essi.

Il Trattato di Nizza, ampliando la procedura prevista dall'art. 7 TUE, ha previsto un dispositivo di avviso preventivo: in virtù del nuovo art. 7, su proposta di un terzo degli Stati membri, del Parlamento e della Commissione, il Consiglio può constatare che esiste un chiaro rischio di violazione grave dei diritti fondamentali da parte di uno Stato membro e può rivolgergli appropriate raccomandazioni.

Bisogna però aggiungere, che il maggior ostacolo alla possibilità di un intervento attivo e concreto nell'ambito della tutela dei diritti dell'uomo da parte dell'Unione Europea, era infatti pacificamente rinvenuto nella mancanza di un catalogo dei diritti fondamentali dell'uomo e, soprattutto, nella mancata adesione formale al sistema CEDU. A tale carenza si è cercato, solo di recente, di porre rimedio grazie al progetto di codificazione dei diritti fondamentali, il quale si è sostanziato nella decisione del Consiglio Europeo riunito a Colonia il 3 e 4 giugno del 1999, elaborando una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Quest'ultima prevede i diritti di libertà e di eguaglianza, i diritti fondamentali garantiti nel testo della CEDU risultanti anche dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, nonché a ciò bisogna aggiungere i diritti sociali ed economici enunciati dalla Carta sociale Europea e dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori.

Il Consiglio Europeo, inoltre, sottolineava la necessità di un'eventuale integrazione della Carta nei Trattati comunitari, riconoscendole così, l'efficacia vincolante che l'avrebbe distinta da tutte le altre disposizioni in materia di diritti umani.

La Convenzione, quale organo incaricato di redigere la Carta, ha adottato la bozza definitiva il 2 ottobre del 2000 e, a seguito dell'adozione da parte del Parlamento e della Commissione, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata ufficialmente proclamata.

Nell'originario intento di riconoscerne l'efficacia vincolante, la Carta non va ad integrarsi nei Trattati istitutivi, così come era stato previsto, ma costituisce un documento separato che manca di efficacia vincolante, rappresentando certamente un'occasione mancata nel difficile e arduo cammino del rispetto dei diritti umani.

La Carta fondamentale dell'Unione Europea si compone di sei sezioni: dignità, libertà, eguaglianza, solidarietà, diritti relativi alla cittadinanza, giustizia, raccogliendo in tal modo l'intera gamma dei diritti civili, politici ed economici dei cittadini dell'Unione. Le disposizioni della Carta si attuano alle istituzioni e agli organi dell'Unione, nel rispetto del principio di sussidiarietà, nonché agli Stati membri in attuazione del diritto comunitario.

Si è sempre più sentita l'esigenza, soprattutto segnalata dal Parlamento Europeo, di gettare le basi per la creazione di una vera e propria Costituzione Europea. In una risoluzione adottata il 25 ottobre del 2000, il Parlamento Europeo colse l'occasione per lanciare una proposta di

sostituzione degli attuali trattati istitutivi con un unico “trattato – quadro” il quale potesse prevedere la fusione dell’Unione Europea e delle tre Comunità in un’unica entità. Il progetto in questione avrebbe previsto esclusivamente le disposizioni relative ai diritti fondamentali della persona, gli obiettivi dell’Unione, le disposizioni fondamentali di natura costituzionale, la cittadinanza, l’attribuzione e la ripartizione dei poteri, nonché le questioni istituzionali. Va anche detto che, a partire dal 2001, vi è stato un ampio dibattito intorno alle questioni che attengono il futuro dell’Unione e soprattutto lo status da attribuire proprio alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea.

Gli orientamenti per il futuro.

L’obiettivo prioritario della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea è stato quello di creare un catalogo di diritti la cui tutela è suscettibile di evoluzioni verso standard maggiori, facilmente raggiungibili attraverso il progressivo processo di integrazione degli Stati membri.

Ciò che dovrebbe far riflettere è che, il mondo “occidentale”, oltre a non aver mai raggiunto standard ottimali nella protezione dei diritti della persona, è stato sorprendentemente la causa originaria di tutte quelle limitazioni dei diritti dell’uomo attuati in vaste aree del mondo.

I sempre più crescenti processi di globalizzazione economica, che si evolvono in maniera esponenziale, colgono sempre più impreparati gli Stati membri alla tutela delle libertà fondamentali dell’individuo. Del resto, i gruppi economici che fanno capo alle multinazionali estendono i loro interessi ben al di là dei confini nazionali, che, per forza di cose, non possono valutare in una prospettiva adeguata ciò che avviene ad un livello superiore rispetto alla loro estensione territoriale.

Così sembra rendersi finalmente prossima la possibilità di perseguire a livello internazionale l’acquisizione sempre più ampia di standard di tutela dei diritti fondamentali dell’uomo volti a garantire anche i diritti dei cittadini di quei paesi che da tale processi sono rimasti inesorabilmente esclusi.

Sembrerebbe possibile affermare che, tale opera di acquisizione possa essere soddisfatta, non già attraverso l’esportazione del modello occidentale, chiaramente inadeguato allo scopo da perseguire, bensì tramite l’attuazione di un effettivo dialogo interculturale.

Ciò che occorre sottolineare è che l’esigenza della promozione dei valori fondamentali delle libertà umane è direttamente ricollegabile con le attività di scambio e di aiuto che la Comunità ha attivato con i paesi membri nella fase di pre-adesione. Gli accordi che legavano tali paesi con gli Stati membri, ben più noti come accordi PECO, non costituivano semplici accordi con i quali si mirava allo sviluppo dei mercati o alla trasformazione di essi, o allo sviluppo del processo di

privatizzazione. In ognuno di questi accordi si introdusse un Preambolo che prevedeva il rispetto dei diritti delle minoranze, dei principi democratici e dei diritti dell'uomo.

Il motivo per il quale l'Unione cercava di raggiungere tali obiettivi era evidente: la creazione di un'unica base giuridica, comune, di diritto fra i Paesi, nonché disporre una piattaforma tradizionale dei diritti e di quei principi strettamente legati ad una comune visione dell'individuo.

Al di là di quanto ribadito precedentemente, sembra che l'assetto economico mondiale vada nel senso di una generazione di persone che, sia pure distanti migliaia di miglia, cominciano a condividere modo di vestire, di mangiare, stili di vita che getterebbero le basi anche per una visione comune della persona umana.

Accanto però a questi effetti di indiscutibile valore positivo, non manca chi ha voluto sottolineare anche l'altra faccia della medaglia legata proprio al mancato raggiungimento di un'effettiva tutela dei diritti fondamentali della persona.

Di fronte a l'emergere di nuovi colossi economici, gli Stati membri, cui era stato affidato il compito proprio di tutelare i diritti fondamentali dell'individuo, non sarebbero più in grado di controllare la situazione attraverso meccanismi che si rivelano inadeguati.

Sulla base di una simile situazione, credo sia opportuno seguire un'unica strada, vale a dire l'accettazione dei principi contenuti nella Dichiarazione dei diritti fondamentali dell'uomo.

Tuttavia la posizione delle Nazioni Unite sui diritti umani è stata singolare: essa continua ad ancorarsi sulla non divisibilità dei valori fondamentali contrastanti con la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, lasciando così chiaramente intendere che essa mira a porsi come un catalogo universale ed esclusivo.

Tale atteggiamento ha determinato la reazione del mondo asiatico che ha delineato una propria tipologia di diritti fondamentali regionali, diversi e contrapposti a quelli occidentali. Tale intervento manifesta la chiara ed evidente volontà del mondo orientale di non accettare pedissequamente i valori cardini del mondo occidentale, senza dar vita preliminarmente, ad un dibattito che tenga conto anche delle peculiarità delle singole aree geografiche investite da tale dibattito.

In particolare le caratteristiche più rilevanti del mondo orientale sono rintracciabili soprattutto intorno a dei concetti comuni propri dell'Asia orientale e sud-orientale, ossia la concezione e l'attenzione rivolta alla Comunità piuttosto che all'individuo, privilegiando così lo sviluppo e l'armonia sociale ma non le libertà personali dell'individuo stesso.

Questa considerazione deve poi essere valutata anche alla luce del dato di fatto che, alcune regioni orientali stanno conoscendo un notevole sviluppo innescato soprattutto dai meccanismi della globalizzazione.

Questo impressionante sviluppo lascia presagire, senza dubbio, che tale regioni assumeranno un ruolo privilegiato sulla scena mondiale e che difficilmente potranno accettare l'estensione globale di valori fondamentali della persona che non recepiscono come propri.

Conclusioni.

Mentre si afferma l'indiscutibile esigenza di rispetto per i valori fondamentali della persona, nel mondo si continua, però, a combattere, e, gli interventi di tipo armato, dimenticano ingiustizie ed orrori propri del passato, continuando a far prevalere la cruenta legge di violenza e di dolore. Per risolvere problemi di questa entità, si impone, come già ampiamente ribadito, la collaborazione internazionale, usufruendo di aiuti massicci dei paesi industrializzati e più ricchi a quelli meno sviluppati, in cui fame e miseria costituiscono materiale esplosivo.

I contributi dell'ONU rappresentano un lavoro duro e difficile proprio perché alcuni paesi non accettano di buon grado la presenza dei caschi blu.

Allora mi chiedo: "Cosa possiamo veramente fare affinché i diritti fondamentali siano riconosciuti effettivamente?".

Pensando ai nostri diritti civili, mi viene in mente la libertà di stampa, di voto e di parola. Il Presidente Sudafricano Nelson Mandela, il quale è riuscito a votare dopo secoli di schiavitù e di razzismo, Barack Obama, primo presidente di colore che ha vinto le elezioni in America, sono questi indiscutibilmente esempi positivi. Ma non basta. E' diritto anche non avere come unica fonte di acqua un pozzo nel deserto, oppure un'infanzia senza armi in mano. Sono questi i diritti che oggi sono violati e sui quali dovremmo riflettere.

Se guardiamo più nello specifico, nemmeno i diritti di nuova generazione come il diritto alla salute, alla salvaguardia dell'ambiente, alla tutela dei bambini, possono dirsi realizzati a pieno.

Eppure, se guardiamo ad esempio, al nostro ordinamento, chi osserva l'utilizzo pratico di essi da parte del nostro legislatore e delle istituzioni preposte alla loro tutela, non può fare a meno di notare che, specialmente nell'ultima decina di anni a questa parte, in nome proprio dei diritti umani si può arrivare a decisioni significative contro l'uomo, che si intrecciano con problemi sociali, etici e politici i quali hanno giustificato l'intervento anche degli stessi Pontefici.

Qualche esempio tratto dalla prassi è costituito, nel 2008, dal caso clamoroso di Eluana Englaro, una vicenda consumatasi anche negli Stati Uniti con il caso di Terri Schiavo, nel quale i giudici italiani hanno autorizzato l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali di una giovane donna in stato vegetativo permanente, in nome del rispetto della volontà e della libera scelta della paziente riguardo alle cure mediche. Il caso Englaro è emblematico di un orientamento generale e sempre più diffuso per il quale il massimo rispetto dei diritti dell'uomo

si realizza nella tutela della libertà, a sua volta considerata come pura libertà di scelta, anche quando questa scelta conduce all'annientamento del soggetto.

A prescindere da ogni considerazione sulla fragilità degli indizi su cui si basa la ricostruzione della presunta volontà della malata, non si può non rimanere turbati di fronte ad una decisione che in nome dei diritti umani conduce alla morte di una giovane donna. In tal sede, i diritti dell'uomo sono invocati addirittura contro l'uomo.

Si potrebbe continuare su questa scia, elencando molti altri interventi, meno noti all'opinione pubblica, come l'intervento, ad esempio, della Corte di Strasburgo con il caso Tysiatic, con il quale si sollecitano gli Stati europei ad eliminare ogni restrizione all'aborto, affermato per la prima volta in Europa, come diritto fondamentale.

Possono costituire questi esempi citati come diritti fondamentali della persona? E, in effetti, lo stesso discorso pronunciato dal Pontefice Benedetto XVI, ha come oggetto tutt'altro che un elogio incondizionato e acritico dei diritti umani.

In un ampio passaggio, lo stesso Pontefice, sottolinea il rischio che i diritti umani vengano presentati come "l'esclusivo risultato di provvedimenti legislativi o di decisioni normative prese da coloro che sono al potere", come se ciò che viene affermato come diritto di un giudice, diventasse per ciò stesso, diritto umano fondamentale.

Poiché domina una concezione positivista del diritto, si tende a ritenere che qualunque situazione, venga qualificata da un'istituzione come diritto fondamentale posto come patrimonio dell'umanità.

Il Pontefice ricollega il suo discorso al concetto della "prevalenza della legalità sulla giustizia", il quale si intreccia con l'esigenza di tutela dovuta all'esistenza dei c.d. "nuovi diritti". Il XXI secolo è un'epoca in cui, ogni nuova esigenza umana- drammatica, profonda, banale o persino futile- viene troppo facilmente tradotta in termini normativi come diritto soggettivo e per lo più come diritto umano basilare. Le raccolte giurisprudenziali vedono il fiorire di diritti inediti, che ricomprendono, ad esempio, il diritto a non nascere, il diritto a morire, il diritto di procreare figli, con l'assistenza medica, la facoltà di drogarsi, fino al diritto a non essere disturbato da messaggi pubblicitari non graditi o il diritto ad esprimere la propria personalità attraverso l'abbigliamento preferito.

L'esito inevitabile è la banalizzazione dei diritti umani e il loro snaturamento.

Che cosa ha permesso che i diritti umani perdessero l'originaria densità di significato, per diventare vuoti contenitori, liberamente adattabili a qualunque contenuto?

Per limitarci alle stagioni di diritti più vicine a noi, quelle successive alla Seconda Guerra Mondiale, possiamo osservare che il "miracolo" che ha permesso l'approvazione di un

documento come la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, non è stata la condivisione di una comune base culturale. Forse il vero fondamento della Dichiarazione universale è stata la comune esperienza storica dell'ingiustizia.

Paradossalmente è dall'esperienza dell'ingiustizia, personale o storica, che la ragione umana è arrivata a postulare l'esigenza della giustizia e l'esistenza dei diritti fondamentali.

Con il passare del tempo, quei diritti umani si sono gradualmente svuotati della memoria viva e si sono trasformati in valori universali astratti privi di storicità. I diritti sono stati codificati nelle Carte e nelle dichiarazioni, con l'intento di consegnare all'umanità uno strumento che impedisse il ripetersi delle negazioni più aberranti della dignità umana, fissando un punto di non ritorno nella storia.

Una volta codificati, però, i diritti sono stati ridotti a formulazioni linguistiche e astratte e per ciò stesso, manipolabili in vista dei più svariati obiettivi politici e culturali.

Nessun documento può prendere il posto di un'esperienza viva. Il distacco delle Carte dalla storia, dal vissuto e dalla memoria, ha reso i diritti umani preda di mille interpretazioni soggettive e particolaristiche, di scopi lobbistici, faziosi e parziali.

I diritti sono diventati "valori senza storia" che hanno reciso il nesso con la linfa vitale che li alimentava, cioè "l'esperienza viva dell'umanità".

Bibliografia

- Archibugi D., Beetham D. “ Diritti umani e democrazia cosmopolita” , Milano, Feltrinelli 1998.
- Barile P. “ I diritti dell’uomo e le libertà fondamentali” Bologna, Il Mulino 1984
- Berlin I. “ Two concepi of liberty”. Milano, Feltrinelli 1989
- Berger P, “ Are human rights universal?”, in Commentary September 1977.
- Bobbio N. “ L’età dei diritti”; Torino, Einaudi ,1990.
- Calamandrei P. “ Libertà dei moderni” (a cura di Gaetano Pecora) Milano DUNOD, 1997
- Cassese A. “ I diritti umani nel mondo contemporaneo” ; da Enciclopedia giuridica Treccani (vol XI) 1989.
- Capograssi G. “ L a dichiarazione universale dei diritti dell’uomo e suo significato” ,Padova Cedam 1957.
- Conforti B. “ Il diritto internazionale” , Napoli, Editoriale Scientifica 1997.
- De Stefani P. “ La tutela giuridica internazionale dei diritti umani. Casi e materiali “. Padova, Cedam 1997.
- De Salvia M. “ La Convenzione Europea dei diritti dell’uomo- Procedure e contenuti”, Napoli Editoriale Scientifica 2001.
- Fassò G. “ Giusnaturalismo” in Dizionario di politica, cit. pag. 440-445
- Ferrajoli L. “ Dai diritti del cittadino ai diritti della persona” in AA-VV “ La cittadinanza: appartenenza, identità, diritti, a cura di Zolo D., Roma- Bari, Laterza 1994.
- Gentile G. “ Genesi e struttura della società”, Firenze, Le lettere 1987.
- Mammarella G. , Cacace P. “ Storia e politica dell’Unione Europea”, Laterza, Roma- Bari pagg. 88- 89.
- Monti S. “ L’Europa degli organismio comunitari”, Loffredo editore , Napoli 1974.
- Peces Barba Martinez G. “ Teoria dei diritti fondamentali” Milano Giuffrè 1997.
- Rosselli C. “ Socialismo liberale” , Torino Einaudi 1997.
- Dichiarazioni ed accordi internazionali.
- Carta dei diritti fondamentali (Carta di Nizza).
- Carta ONU 1945.
- Consiglio d’Europa.
- Convenzione Europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali 1950, anche in Codice del diritto e delle organizzazioni internazionali.

Convenzione americana dei diritti dell'uomo 1969.

Dichiarazione dei diritti dell'uomo 1948, anche in Codice del diritto e delle organizzazioni internazionali.

La necessità di seguire i figli che studiano in Italia non impedisce l'espulsione del padre clandestino

Corte di Cassazione – Sezione I civile – Sentenza 14 gennaio-10 marzo 2010, n. 5856

di Giulia Malinconico

Le esigenze di legalità e di sicurezza non sono di per sé recessive rispetto all'interesse del minore, nemmeno ai sensi della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York. Pertanto, chi è privo di permesso di soggiorno e vuole restare accanto ai figli deve fare domanda di ricongiungimento familiare.

L'autorizzazione non può essere rilasciata al familiare in ragione delle esigenze di salvaguardia di una situazione di integrazione del minore nel tessuto sociale che renda le sue condizioni di vita migliori rispetto a quelle godute nel suo paese d'origine, o altrove.

1. Il fatto

Il ricorrente, cittadino extracomunitario privo di permesso di soggiorno, con ricorso 15 novembre 2007 proposto innanzi al Tribunale per i Minorenni di Milano, chiedeva di essere autorizzato ai sensi dell'art. 31 del Testo Unico sull'Immigrazione (D. Lgs. 286/98) alla temporanea permanenza sul territorio nazionale, in deroga alle altre norme sulla disciplina dell'immigrazione e nell'interesse dei figli minori nati dal matrimonio celebrato il 26 febbraio 1997 con altra cittadina extracomunitaria; quest'ultima in possesso di regolare permesso di soggiorno e in attesa della cittadinanza italiana a seguito di adozione da parte di cittadino pronunciata con sentenza n. 15/2005 dal Tribunale di Busto Arsizio.

Il Tribunale adito respingeva l'istanza con decreto 24 settembre 2000 che, impugnato dall'istante innanzi alla Corte d'Appello di Milano, veniva confermato con decreto n. 1009 depositato il 5 febbraio 2009.

Avverso tale pronuncia il richiedente ha proposto ricorso dinanzi alla Suprema Corte, che si è pronunciata con la sentenza 14 gennaio-10 marzo 2010 n. 5856, qui in commento.

2. La sentenza 5856

Con la pronuncia in commento la Suprema Corte ha rigettato il ricorso sulla base del seguente principio: i “gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico” del minore menzionati dall’articolo 31, comma 3¹, del decreto legislativo 286 del 1998 devono essere determinati da situazioni di emergenza e non possono derivare da circostanze di tendenziale stabilità, come la frequenza della scuola da parte dei minori. Pertanto, non rientra fra le ipotesi di cui al ricordato articolo 31, che giustificano l’ingresso e la permanenza dello straniero extracomunitario in Italia, la necessità di seguire i figli negli studi in modo da garantirne un sano sviluppo psico-fisico.

I giudici della Suprema Corte si sono soffermati preliminarmente sulla duplice fattispecie prevista dalla norma in esame: quella dell’autorizzazione all’ingresso e quella dell’autorizzazione alla permanenza dello straniero extracomunitario nel territorio dello Stato, in deroga alle disposizioni normative concernenti la disciplina dell’immigrazione e sul presupposto della sussistenza di “gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico” del minore, tenuto conto della sua età e delle sue condizioni di salute.

La Suprema Corte ha chiarito poi che tali gravi motivi non sono ravvisabili in rapporto a situazioni che presentino carattere di normalità e di tendenziale stabilità (si pensi alle ordinarie esigenze di compimento del ciclo scolastico o dell’intero processo educativo-formativo del minore, di indeterminabile o lunghissima durata) come si desume inevitabilmente dalla circostanza che tale autorizzazione deve essere temporalmente limitata e revocata non appena si verifichi la cessazione dei motivi che ne abbiano giustificato il rilascio. I gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico del minore, tali da autorizzare una deroga alle norme che regolano la disciplina dell’immigrazione, devono essere

¹ “Il Tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell’età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l’ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni del presente testo unico. L’autorizzazione è revocata quando vengono a cessare i gravi motivi che ne giustificano il rilascio o per attività del familiare incompatibili con le esigenze del minore o con la permanenza in Italia. I provvedimenti sono comunicati alla rappresentanza diplomatica o consolare e al questore per gli adempimenti di rispettiva competenza.”

necessariamente connessi alla sussistenza di condizioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali che pongano in serio pericolo il normale sviluppo della personalità del minore dal punto di vista fisico e psichico, tali da richiedere necessariamente la presenza del genitore per affrontarle.

In altre parole, ad avviso della Suprema Corte, l'autorizzazione prevista dall'articolo 31 del decreto legislativo 286 non può essere rilasciata al familiare al semplice scopo di favorire l'integrazione del minore all'interno del tessuto sociale in modo da garantirgli condizioni di vita migliori rispetto a quelle godute o godibili nel Paese d'origine, o altrove. Argomentare diversamente configurerebbe un modo anomalo di legittimare l'inserimento di famiglie di stranieri illegalmente presenti nel territorio dello Stato attraverso una forma di strumentalizzazione, e non già di tutela, dell'infanzia.²

La Corte chiarisce altresì che una tale interpretazione della norma positiva non è in contrasto con il diritto del minore a crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia, atteso che il diritto all'unità familiare sancito dagli articoli 29 e 30 del decreto 286 è garantito in particolare dall'istituto del ricongiungimento, il quale può essere tuttavia adoperato soltanto nell'ipotesi di regolare presenza sul territorio nazionale del genitore o del minore. Quest'ultimo, peraltro, ha diritto di seguire nel luogo di destinazione il genitore espulso dal territorio nazionale, ai sensi dell'articolo 19, comma 2, lettera a)³ del citato decreto.

L'interpretazione sopra riferita non contrasterebbe neppure con il principio di cui all'articolo 3⁴ della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 27 maggio 1991,

² In tal senso v. anche Cassazione, 2 maggio 2007, n. 10135 che ha rilevato come l'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia per gravi motivi del familiare di minore straniero possa essere rilasciata solo in condizioni di emergenza, ovvero in circostanze contingenti ed eccezionali che pongano in grave pericolo lo sviluppo normale della personalità del minore tanto da richiedere la presenza del familiare per fronteggiarle (nella specie, si è escluso che ricorressero i gravi motivi in relazione alle esigenze di salvaguardia di una situazione di integrazione nel tessuto sociale che rendevano le condizioni di vita del minore consone alle esigenze evolutive proprie dell'età e migliori rispetto a quelle godute o godibili nel paese di origine o altrove).

³ “Non è consentita l'espulsione, salvo che nei casi previsti dall'articolo 13, comma 1, nei confronti:

a) degli stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi; [...]”

⁴ “In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente.

Gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere, in considerazione dei diritti e dei doveri dei suoi genitori, dei suoi tutori o di altre persone che hanno la sua responsabilità legale, ed a tal fine essi adottano tutti i provvedimenti legislativi ed amministrativi appropriati.

Gli Stati parti vigilano affinché il funzionamento delle istituzioni, servizi ed istituti che hanno la responsabilità dei fanciulli e che provvedono alla loro protezione sia conforme alle norme stabilite dalle Autorità competenti in particolare nell'ambito della sicurezza e della salute e per quanto riguarda il numero e la competenza del loro personale nonché l'esistenza di un adeguato controllo.”

n. 176 ed espressamente richiamata dall'articolo 28 del citato decreto legislativo 286/2008) che, in tema di diritto all'unità familiare, afferma che "l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente", considerando che la stessa Convenzione definisce i contorni dell'ambito di applicazione del principio imponendo, da un lato, l'obbligo per gli Stati di vigilare affinché il fanciullo non sia separato dai genitori contro la sua volontà, ma facendo salva, dall'altro, l'ipotesi in cui la separazione sia la conseguenza di provvedimenti legittimi adottati dallo Stato, come la detenzione, l'esilio, l'espulsione; provvedimenti tutti in cui lo Stato è tenuto unicamente a fornire ai genitori, al fanciullo o, se del caso, ad altro membro della famiglia le informazioni essenziali per risalire al luogo in cui si trovano i familiari (articolo 9, commi 1 e 4⁵).

Così argomentando la Corte giunge ad affermare, sul piano esegetico, che la norma di indirizzo generale non ha portata né assoluta né illimitata e che le esigenze di legalità e di sicurezza sottese all'espulsione non sono recessive rispetto all'interesse primario del fanciullo, nemmeno alla luce della citata Convenzione.⁶

3. La giurisprudenza anteriore

Occorre peraltro far presente che la giurisprudenza sul punto è tutt'altro che pacifica, atteso che in altre occasioni la stessa Cassazione è pervenuta a conclusioni opposte rispetto a quelle sopra trascritte, ravvisando la necessità di distinguere il caso dell'ingresso in Italia del genitore che si trova all'estero dalla permanenza del genitore già presente in Italia e opinando per una diversa valutazione dei gravi motivi nei due casi, atteso che, nel secondo caso, quale

⁵ "1. Gli Stati parti vigilano affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno che le autorità competenti non decidano, sotto riserva di revisione giudiziaria e conformemente con le leggi di procedura applicabili, che questa separazione è necessaria nell'interesse preminente del fanciullo. Una decisione in questo senso può essere necessaria in taluni casi particolari, ad esempio quando i genitori maltrattano o trascurano il fanciullo oppure se vivono separati ed una decisione debba essere presa riguardo al luogo di residenza del fanciullo.

2. [...]

3. [...]

4. Se la separazione è il risultato di provvedimenti adottati da uno Stato Parte, come la detenzione, l'imprigionamento, l'esilio, l'espulsione o la morte (compresa la morte, quale che ne sia la causa, sopravvenuta durante la detenzione) di entrambi i genitori o di uno di essi, o del fanciullo, lo Stato parte fornisce dietro richiesta ai genitori, al fanciullo oppure, se del caso, ad un altro membro della famiglia, le informazioni essenziali concernenti il luogo dove si trovano il familiare o i familiari, a meno che la divulgazione di tali informazioni possa mettere a repentaglio il benessere del fanciullo. Gli Stati parti vigilano inoltre affinché la presentazione di tale domanda non comporti di per sé conseguenze pregiudizievoli per la persona o per le persone interessate."

⁶ Nello stesso senso v. anche Cassazione, 19 febbraio 2008, n. 4197, che ha rilevato come l'interesse allo sviluppo psico-fisico del minore straniero presente sul territorio italiano non integri "grave motivo" idoneo a consentire il rilascio dell'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia al familiare colpito da provvedimento di espulsione, in quanto le esigenze di legalità e sicurezza sottese a tale provvedimento non sono, di per sé recessive rispetto all'interesse pur preminente del fanciullo.

quello di specie, i “gravi motivi” di cui all’articolo 31 possono consistere sia in motivi già esistenti, e quindi attuali, sia in motivi legati alle possibili o probabili conseguenze di un improvviso allontanamento del genitore.

Più incisivamente la Corte ha osservato che non può ragionevolmente dubitarsi che per un minore, specie se in tenerissima età, subire l’allontanamento di un genitore, con conseguente impossibilità di avere rapporti con lui o anche solo di poterlo vedere, costituisca di per sé un sicuro danno alla sua persona, in grado di mettere in pericolo uno sviluppo psico-fisico armonico e compiuto, con conseguente violazione non solo dell’articolo 31 del decreto 286, ma anche dell’articolo 155 c.c.⁷ e dell’articolo 1⁸ della legge 184 del 1983, nonché delle numerose disposizioni della Carta di Nizza, poste a tutela della dignità umana, della vita familiare e del benessere dei minori, i quali trovano espressione, tra l’altro, nel “diritto ad intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori”. La Corte ha escluso altresì che l’interesse del minore potesse essere strumentalizzato dai genitori ed invocato al solo scopo di fare ingresso o di trattenersi nel territorio dello Stato, in violazione della legge sull’immigrazione, atteso che il permesso di soggiorno rilasciato al genitore rappresenta un titolo temporaneo e non convertibile in permesso di lavoro.⁹

Nello stesso senso si era già pronunciata la Corte con la Sentenza n. 22080 del 16 ottobre 2009, la quale ha affermato che la temporanea autorizzazione all’ingresso o alla permanenza in Italia del familiare del minore, prevista dall’articolo 31 in presenza di gravi motivi connessi con il suo sviluppo psico-fisico non postula necessariamente la presenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali, strettamente collegate alla sua salute, potendo essere legata anche soltanto alla tenerissima età del minore in considerazione delle conseguenze negative che l’allontanamento del genitore determinerebbe sul suo naturale sviluppo psico-fisico.

Tale orientamento viene espresso in continuità con un principio già affermato dalle Sezioni Unite nella Sentenza n. 22216 del 16 ottobre 2006, secondo la quale la presenza di gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico del minore deve essere puntualmente dedotta nel ricorso introduttivo soltanto nell’ipotesi di

⁷ “[...] il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura istruzione ed educazione da entrambi (i genitori) [...]”.

⁸ “Il minore ha diritto di essere educato nell’ambito della propria famiglia. [...]”.

⁹ Cassazione, I Sezione Civile, 10 novembre 2009, n. 823.

richiesta di autorizzazione all'ingresso del genitore nel territorio dello Stato; allorchè invece la richiesta di autorizzazione concerna la permanenza del genitore, la situazione di eccezionalità nella quale sia possibile ravvisare la sussistenza dei gravi motivi richiesti dall'articolo 31 del decreto 286 può essere dedotta quale conseguenza dell'allontanamento improvviso del genitore fino ad allora presente e cioè da una situazione futura ed eventuale rimessa all'accertamento del giudice minorile.

4. Osservazioni

Così riassunti i termini del dibattito, non può dubitarsi, a mio modesto avviso, della correttezza della sentenza in commento sotto il profilo dell'esegesi delle fonti normative citate.

E difatti, il titolo quarto del decreto legislativo 286 del 1998 contiene la disciplina del "diritto all'unità familiare" e della "tutela del minore". Non è opinabile che il diritto del minore "di crescere ed essere educato nella propria famiglia" (di cui all'art. 1¹⁰ della legge 184 del 1983), nonché il diritto "di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno [dei genitori]" e "di ricevere cura, educazione ed istruzione da entrambi" (di cui all'articolo 155, comma 1, c.c.¹¹) trovino compiuta ed espressa tutela negli articoli 28, 29 e 30 che disciplinano l'istituto del ricongiungimento familiare.

Particolare rilevanza assume, in quest'ottica, il terzo comma dell'articolo 28 che stabilisce che in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori "deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo".

La disposizione, tra l'altro, va letta anche alla luce della Convenzione Internazionale sui Diritti del Fanciullo del 20 novembre 1989 (espressamente richiamata dall'articolo 28). Il principio dell'unità della famiglia ed il diritto al ricongiungimento familiare trovano specifica previsione, proprio con riferimento al preminente interesse del minore, ad esempio nell'articolo 9 della citata Convenzione che impone agli stati membri di fare "in modo che il fanciullo non sia separato dai suoi genitori contro la sua volontà", e nel successivo articolo 10 che rileva: "ogni domanda presentata da un fanciullo o dai suoi genitori al fine di un

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

ricongiungimento familiare sarà considerata con uno spirito positivo, con umanità e rapidità”.¹²

Non è altresì opinabile che il successivo articolo 31 rappresenti una norma eccezionale (e come tale non suscettibile di interpretazione estensiva) che, al comma 3, ed in presenza di determinati presupposti, consente una deroga alle norme sulla disciplina dell’immigrazione e, in ultima analisi, alle esigenze di legalità e di sicurezza sottese all’espulsione.

Tuttavia un elemento di dissenso nasce dalla netta distinzione, operata dalla Corte con la sentenza in commento, tra gli articoli 28, 29 e 30 (che disciplinano l’istituto del ricongiungimento familiare) e l’articolo 31 (quale norma eccezionale recante disposizioni a favore dei minori). Da tale distinzione discenderebbe l’esclusione dell’articolo 31 dal novero delle norme specificamente rivolte alla tutela del diritto all’unità familiare e del diritto del minore a crescere e essere educato nella propria famiglia mantenendo un rapporto continuativo con entrambi i genitori e l’assorbente considerazione per la quale lo straniero sprovvisto di permesso di soggiorno che desideri seguire i propri figli lungo il loro percorso di studi debba necessariamente fare domanda di ricongiungimento familiare, ai sensi degli articoli 28 e ss. del decreto 286.

A tal proposito parrebbe più giusto affermare che la presenza dei gravi motivi di cui all’articolo 31 non possa essere aprioristicamente esclusa nel caso in cui la richiesta di autorizzazione si fondi semplicemente sull’esigenza di seguire il percorso di studi del minore, mancando quelle non meglio specificate “condizioni di emergenza” che sole legittimerebbero il rilascio del permesso di soggiorno temporaneo; essendo invece preferibile procedere ad una valutazione caso per caso, in cui si tenga conto dell’età, delle condizioni di salute, nonché della personalità e della situazione emotiva del minore.

In altre parole, sarebbe forse più aderente alla ratio sottesa all’articolo 31, e nell’ottica di un corretto bilanciamento degli interessi coinvolti, legare la presenza di “gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico”, almeno nei casi in cui l’autorizzazione afferisca alla permanenza e non all’ingresso del genitore

¹² Ad ulteriore supporto dei principi enunciati occorre menzionare gli articoli 7 e 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea del 2000, secondo i quali “in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l’interesse del bambino deve essere considerato preminente”; ed ancora la Carta di Nizza secondo cui “ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori”.

clandestino, alla sussistenza di condizioni contingenti che rendano vitale la presenza dello stesso, anche quando tali condizioni dipendano unicamente dalla tenerissima età del minore e dal possibile o probabile danno che l'improvviso allontanamento del genitore possa provocare nella sfera psico-emotiva dello stesso. Tanto nell'ottica della tutela del preminente interesse del fanciullo, secondo quanto enunciato dalle fonti internazionali, prima fra tutte la Convenzione di New York.

E' appena il caso di ricordare, tra l'altro, che l'articolo 31 si configura, forse più delle norme che lo precedono, quale baluardo posto a tutela del primario interesse del fanciullo. Ciò è di palmare evidenza ove solo si presti attenzione al dato letterale della norma riflettendo sulla circostanza che proprio nell'ottica di salvaguardare il diritto fondamentale del minore ad un sano ed equilibrato sviluppo psico-fisico, il legislatore ha autorizzato una deroga a valori pure di preminente interesse per un Paese: i valori della legalità e della sicurezza interna. Pertanto l'articolo 31 concorre con le norme disciplinanti l'istituto del ricongiungimento familiare alla tutela del diritto all'unità familiare, seppur nella logica delle norme speciali, volte alla salvaguardia di un interesse giudicato preminente, sul presupposto della sussistenza di condizioni specifiche ed eccezionali: nel caso di specie, i gravi motivi connessi con lo sviluppo psico-fisico del minore.

Sulla base delle considerazioni appena svolte non appare così peregrina la posizione assunta dalla Suprema Corte con la già citata sentenza n. 823 del 19 gennaio 2010, dalla quale la sentenza in commento ha inteso discostarsi. Con detta precedente pronunzia la S.C., in maniera assolutamente condivisibile, afferma che, nei casi di autorizzazione alla permanenza del genitore già presente nel territorio italiano, i "gravi motivi" di cui all'articolo 31 possono consistere sia in motivi già esistenti, sia in motivi legati, in chiave prospettica, alle possibili conseguenze scaturenti da un improvviso e brutale allontanamento del genitore, atteso che per un minore subire l'allontanamento di un genitore, con conseguente impossibilità di avere rapporti con lui, costituisce di per sé un sicuro danno alla salute della sua persona, in grado di minare uno sviluppo psico-fisico armonico e

compiuto¹³, con conseguente violazione non solo dell'articolo 31, ma anche dell'articolo 155 c.c. e dell'articolo 1 della legge 184 del 1983, nonché delle numerose disposizioni della Carta di Nizza, poste a tutela della dignità umana, della vita familiare e del benessere dei minori.

Un'ultima considerazione merita poi la preoccupazione espressa dalla Corte, con la sentenza in commento, in relazione ad una possibile strumentalizzazione del minore al solo fine di legittimare la presenza sul territorio nazionale di soggetti sprovvisti dei requisiti di legge. Essa ci pare priva di riscontro pratico, atteso che, com'è noto, l'articolo 31 riconosce allo straniero la possibilità di ottenere un permesso di soggiorno necessariamente temporaneo e non convertibile in permesso per motivi di lavoro.

¹³ E' appena il caso di ricordare che il diritto alla salute dell'individuo deve essere inteso, secondo la più recente definizione fornita dall'Organizzazione mondiale della Sanità, come "stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia".

Bibliografia:

Belfiore, I gravi motivi che legittimano la permanenza in Italia del familiare di un minore straniero devono essere attuali o anche solo futuribili?, in *Giur. Mer.*, 2008, 125;

Bellagamba – Cariti, *La disciplina dell'immigrazione*, Milano, 2005;

Cocchini, Tutela del minore straniero e diritto all'unità familiare: l'art. 31, 3° comma t.u. immigrazione, non tutela situazioni di stabilità e normalità, in *NGCC*, 2008, I, 998 e ss.;

Finocchiaro, Chi è senza permesso ma vuole stare con i bambini deve fare domanda di ricongiungimento familiare, in *Guida al Diritto*, 2010, 13, 49 e ss.;

Liberati, *La disciplina dell'immigrazione e i diritti degli stranieri*, Padova, 2009;

Long, Ancora sull'autorizzazione ai genitori immigrati alla permanenza in Italia nell'interesse dei figli minori: un felice revirement della Cassazione, in *Minori giustizia*, 2006, 180 e ss.;

Morozzo Della Rocca, Sui presupposti per il rilascio del permesso di soggiorno al familiare "nell'interesse del minore", in *Fam. e dir.*, 2007, 224 e ss.;

Olivetti, La Corte di Cassazione e i minori stranieri: nuove aperture e consolidate resistenze, in *Dir., imm. Citt.*, 2006, 67 e ss.

Il diritto di accesso agli atti endoprocedimentali del procedimento tributario
di Michele Rossi

1. Breve excursus in tema di diritto d'accesso agli atti amministrativi 2. Evoluzione normativa fino alla L. 69/2009. 3. Sulla controversa natura giuridica del diritto d'accesso fino alla recente legislazione sul punto. 4. La sentenza n. 1215

1. Breve excursus in tema di diritto d'accesso agli atti amministrativi.

Il T.A.R. Toscana, con sentenza n. 1215 depositata il 09 luglio 2009, ha sancito che in base all'attuale disciplina prevista dall'art. 24 co. 1, lett. b), L. 241/90, così come modificato dalla L. 15/2005, il diritto di accesso è escluso per gli atti relativi ad un procedimento tributario, anche nel caso in cui questo sia concluso.

Il tema del diritto di accesso agli atti della P.A. è da sempre stato materia tanto di riforme normative quanto di contrasti giurisprudenziali fin da quando venne introdotto quale principio generale del procedimento amministrativo all'interno della L. 241/90. Prima di tale data infatti il diritto di accesso agli atti era stato previsto solo in determinate ipotesi normative e solo limitatamente ad alcuni settori.

La dottrina prevalente in merito alla L. 241/90 ha avuto modo di precisare che grazie a questa, piuttosto che una normativa generale sul procedimento amministrativo si è ottenuta una nuova visione dell'amministrazione, conforme a più di cinquant'anni di distanza dalla sua entrata in vigore, con la Costituzione.

Sul punto autorevole dottrina facente capo a Sabino Cassese ha avuto modo di affermare che “al riconoscimento della cittadinanza politica inizia a seguire il riconoscimento... della cittadinanza amministrativa”¹.

Il fatto che un diritto di così fondamentale rilievo, prima del 1990, fosse stato disciplinato solo in specifici settori, dando così allo stesso un ambito di operatività bolso e limitato non deve trarre in inganno. Infatti un’opera di organizzazione del sistema dei principi e delle regole di maggiore e fondamentale rilievo si è avuto solo con la prima ricordata L. 241/90.

Prima di allora, in mancanza di una disciplina generale in tema di diritto d’accesso, ricordiamo nella qualità di discipline di settore le leggi nn. 27/12/1985 n. 816 e 02/08/1990 n. 142 in materia di accesso agli atti degli enti locali; la legge n. 08/07/1986, n. 349 per quanto riguarda l’accesso alle informazioni a carattere ambientale.

In cosa consista il diritto d’accesso ed in quali forme si estrinsechi lo si evince dalla lettera dell’art. 25 co. 1 della L. 241 secondo il quale “Il diritto di accesso si esercita mediante esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi, nei modi e con i limiti indicati dalla presente legge.”

Tuttavia restano salve le esclusioni previste dall’art. 24 la cui ratio sarà oggetto di trattazione in un successivo momento.

Il diritto d’accesso, sebbene si inserisca nella più complessa disciplina del procedimento amministrativo, genera una posizione giuridica del soggetto titolare di tale facoltà che è autonoma.

Con ciò si vuole dire che il relativo procedimento può essere esercitato anche nel caso in cui questo stesso sia terminato e di conseguenza non deve essere considerato solo ed esclusivamente come istituto capace di permettere la conoscenza dei documenti amministrativi in via strumentale alla partecipazione.

Inteso in questo senso l’istituto dell’accesso si collega non solo alla trasparenza solo ed esclusivamente procedimentale bensì ad una più ampia visione dello stesso inteso in un senso di maggior respiro.

Infatti è bene ricordare che il diritto d’accesso, rispetto alle dinamiche procedurali, si manifesta secondo due linee direttrici: quella endoprocedimentale e quella esoprocedimentale².

Inteso in questi termini non si può comprendere tale diritto se non lo si intende quale strumento atto a garantire operatività di un ancor più fondamentale diritto: quello della trasparenza.

¹ Nino Longobardi - La legge n. 15/2005 di riforma della legge n. 241 del 1990.

Una prima valutazione, in www.giustamm.it, Speciale sulla riforma della L.241/1990.

² Casetta Manuale di diritto amministrativo, Giuffrè, Milano 2003. P.396

Il principio fondamentale in materia infatti è sempre quello della trasparenza il cui scopo è quello di consentire agli amministrati, nel rispetto dell'art. 97 Cost. , la possibilità di esercitare un controllo democratico sull'operato della pubblica amministrazione al ricorrere della titolarità di una posizione legittimante e purché non si sconfini da parte del cittadino in un preteso controllo sul merito dell'operato della P.A.³.

Infatti la giurisprudenza con andamento costante ha sempre tenuto a precisare allargando di volta in volta la legittimazione all'accesso agli atti che, l'accesso in quanto tale, giammai deve sconfinare in una capacità per il cittadino di controllare l'operato della P.A.

L'allargamento, infatti, è stato dovuto ad una interpretazione evolutiva inizialmente portata innanzi dalla giurisprudenza amministrativa e successivamente recepita dal legislatore

2. Evoluzione normativa fino alla L. 69/2009.

Come si è accennato in precedenza la disciplina del diritto di accesso si è snodata attraverso vari passaggi normativi che hanno di volta in volta recepito gli spunti elaborati in dottrina e giurisprudenza.

In particolare, partendo dall'art. 22 della L. 241/90 da ultimo modificato dalla L. n. 69/09 viene esplicitamente affermato che "l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza".

Tuttavia il diritto d'accesso ha avuto un pieno riconoscimento nel nostro ordinamento con la L. 15/05 che con due passaggi fondamentali ha sia elevato il diritto d'accesso a principio generale dell'attività amministrativa e al tempo stesso sul piano del riparto di giurisdizione ha affermato la giurisdizione esclusiva del G.A. per il relativo contenzioso⁴.

La modifica sancita dalla legge del 2005 all'art. 22 ha in realtà precisato un concetto di maggiore rilievo inserito all'art. 1 della L. 241/90.

Infatti all'art. 1 viene inserito tra i principi fondamentali in materia quello di trasparenza di cui l'istituto dell'accesso agli atti costituisce lo strumento applicativo mediante il quale rendere operativo il principio affermato dal primo articolo.

Tuttavia l'importanza rivestita dal diritto d'accesso nel nuovo quadro normativo ha fatto sì che la L. 69/09 si occupasse di ridefinire l'inquadramento sistematico della diritto d'accesso all'interno della L. 241.

³ cfr. ex multis, sez. V, 19 maggio 2009, n. 3081, in Red. Amm. CDS 2009, 05;

⁴ Manuale di diritto amministrativo, Francesco Caringella Dike 2009;

Infatti ad una prima lettura del testo così come modificato nel 2005 all'art. 22 il legislatore aveva voluto assicurare un livello di tutela uniforme a livello nazionale rimettendo al 2 comma dell'art. 22 la possibilità per le Regioni di garantire livelli ulteriori di tutela.

La legge n. 69 ha avuto il merito di eliminare un equivoco di ordine sistematico venutosi a creare con la riforma del 2005. In quel contesto normativo, infatti, una volta affermato che la disciplina del diritto di accesso attiene ai livelli essenziali delle prestazioni così come enunciato dalla lett. m) dell'art. 117 Cost. , era affermato che alle Regioni spettava l'eventuale disciplina di livelli ulteriori di tutela.

3. Sulla controversa natura giuridica del diritto d'accesso fino alla recente legislazione sul punto.

Ogni qual volta si discute di un rapporto fra cittadino e P.A. è necessario chiedersi quale sia la posizione giuridica vantata dal primo nei confronti della seconda. La differenza è fondamentale per quanto riguarda facoltà riconosciute, forme di tutela e modi di protezione di cui è titolare il cittadino stesso.

Si è sempre molto discusso se l'accesso del cittadino nei confronti della P.A. dovesse essere inquadrato nel diritto soggettivo piuttosto che nell'interesse legittimo. Questo soprattutto a dispetto di quanto affermato dalla lettera dell'art. 22 che parla espressamente di diritto.

Tuttavia lo scontro su quale fosse la posizione giuridica vantata dal cittadino iniziò ad essere oggetto di dubbio sin dalla L. 142/90 che, affermando la pubblicità di tutti gli atti dell'amministrazione comunale e provinciale, non fissava alcun limite alla conoscibilità se non quello derivante dalla riservatezza. Al contrario la L. 241/90 afferma il diritto di accedere agli atti per la "tutela di situazioni giuridicamente rilevanti".

Dal confronto fra i due testi normativi ne è inevitabilmente derivato uno scontro fra i sostenitori della tesi del diritto soggettivo e quelli che al contrario, partendo dalla lettera della 241 e, facendo riferimento al potere dell'amministrazione di valutare la consistenza della posizione vantata, inquadravano tale fattispecie in quella di interesse legittimo.

La tesi a sostegno dell'interesse legittimo ha preso in considerazione il requisito in forza del quale fino alla legge 80/05 la giurisdizione sul punto era riconosciuta al G.A. senza che la natura della giurisdizione stessa fosse di natura esclusiva.

Al contrario, quella parte della dottrina favorevole all'inquadramento nel diritto soggettivo, facendo leva sul fatto che i poteri dei pubblici uffici fossero circoscritti al controllo della posizione legittimante ed altresì all'assenza di impedimenti individuati nel testo normativo,

ponevano l'accento di conseguenza sull'assenza di valutazioni, da parte della P.A., di opportunità.

Se inizialmente sembrava essersi affermata la tesi che inquadrava tale istituto nel diritto soggettivo, successivamente il Consiglio di Stato, attraverso due pronunce di cui una Adunanza Plenaria⁵, invertendo la linea interpretativa affermatasi sino a quel momento ha inquadrato l'istituto dell'accesso nella posizione di interesse legittimo.

I dati da cui la giurisprudenza amministrativa prima citata è giunta a tale conclusione partono dalla considerazione che la disciplina del diritto d'accesso è regolata da una normativa di settore che in quanto tale prevede un bilanciamento fra interessi contrapposti⁶ e, secondariamente dall'analisi del termine perentorio nel quale proporre ricorso che fa propendere per la natura di interesse legittimo della pretesa vantata.

Sebbene l'arresto giurisprudenziale prima citato, in un secondo momento, in forza della L. 15/2005 il diritto d'accesso è stato sia elevato a diritto fondamentale del cittadino ed in quanto tale rimesso alla competenza esclusiva dell'art 117, comma 2 Cost. per poi essere oggetto di giurisdizione esclusiva ad opera della L. 80/2005 che in quanto tale prevede una competenza di diritto soggettivo.

Tuttavia i dubbi sul punto non sono stati del tutto definiti. All'indomani dell'intervento riformatore del 2005 il Consiglio di Stato, con una Adunanza Plenaria n. 7 del 2006 ebbe modo di affrontare ed altresì risolvere due problemi di fondamentale rilievo. Il primo riguardante la riproponibilità dell'istanza di accesso nel momento in cui è scaduto il termine decadenziale per l'impugnativa del diniego, espresso o tacito; il secondo riguardante l'eventuale provvedimento emanato oltre il termine.

Le due problematiche affrontate dalla sentenza costituiscono le due questioni maggiormente discusse sul punto. Tale divergenza di opinioni è dovuta anche al fatto che le soluzioni offerte dalla dottrina e dalla giurisprudenza erano diverse a seconda della opzione sulla natura giuridica dell'accesso.

Il caso affrontato nella decisione riguardava quello in cui l'interessato, proposta inizialmente l'istanza di accesso, si vedeva negato questa stessa una prima volta e di conseguenza, dopo aver fatto scadere il termine decadenziale, proponeva una nuova istanza, che l'amministrazione respingeva nuovamente con un atto questa volta oggetto di impugnativa. Compito dell'Adunanza Plenaria era quello di dare soluzione a due ordini di problemi. Il primo riguardava la natura giuridica da riconoscere al diritto di accesso e quindi se questo stesso fosse da

⁵ C.d.S., Ad. Plen. 24/06/1999, n. 16.

C.d.S., sez. V, 02/12/1998, n. 1725.

⁶ Manuale di diritto amministrativo, Francesco Caringella Dike 2009.

inquadrate nella posizione giuridica di diritto soggettivo a seguito della novella legislativa introdotta dalle richiamate leggi nn. 15 e 80 del 2005, considerato che la stessa Adunanza Plenaria con la decisione 24 giugno 1999 n. 16 lo aveva qualificato come interesse legittimo. Il secondo problema invece era inerente al dubbio generato dal fatto che la consistenza di diritto soggettivo non escludesse la natura decadenziale del termine per l'impugnazione del diniego (esplicito o tacito) di accesso, con la conseguenza che dalla mancata impugnazione del diniego discendeva l'inammissibilità dell'impugnazione del diniego successivo, avente carattere meramente confermativo di quello precedentemente opposto.

Con tale decisum il Supremo giudice amministrativo, dopo aver menzionato il percorso giurisprudenziale altalenante, rimasto tale anche dopo la sentenza n. 16 del 1999 in cui la stessa Adunanza Plenaria inquadrava nella categoria di interesse la situazione soggettiva oggetto d'analisi, affermava come non fosse necessario per decidere adottare l'una o l'altra tesi in maniera netta, visto che la situazione soggettiva (diritto o interesse) di colui che richiede un documento risulta essere di natura strumentale, in quanto "trattasi, a ben vedere, di situazioni soggettive che, più che fornire utilità finali (caratteristica da riconoscere, oramai, non solo ai diritti soggettivi ma anche agli interessi legittimi), risultano caratterizzate per il fatto di offrire al titolare dell'interesse poteri di natura procedimentale volti in senso strumentale alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante (diritti o interessi)". Pertanto nel caso di specie si ritenne che il termine entro cui impugnare il silenzio serbato sull'accesso da parte della p.a. – silenzio da qualificarsi in termini di diniego – aveva carattere decadenziale e l'eventuale riproposizione dell'istanza non solo non riapriva il decorso di un nuovo termine, ma conferiva carattere meramente confermativo alla eventuale risposta dell'amministrazione⁷.

Infine, si esamina il particolare settore dell'accesso agli atti tributari. Prima dell'intervento della legge n. 15/05 la giurisprudenza aveva risolto in senso affermativo il problema della compatibilità della normativa sul diritto di accesso con il settore tributario. La tesi positiva era stata da ultimo sostenuta dalle sezioni unite della Cassazione con la sentenza 28,05,1998 n. 5292.

Altro punto oggetto di analisi inoltre è stato quello relativo alla ratio riguardante la riforma che, nel riscrivere i casi di esclusione del diritto di accesso, ha stabilito in modo esplicito l'esclusione dell'accesso nei procedimenti tributari, affermando che per questi ultimi "restano ferme le

⁷Gianpiero Paolo Cirillo "Il nuovo sistema della tutela giustiziale e giurisdizionale in materia di accesso ai documenti amministrativi"*, Testo della relazione tenuta a Milano il 6 ottobre 2006, nell'ambito del seminario organizzato da Paradigma dal titolo "Il nuovo diritto di accesso agli atti amministrativi"; (ottobre 2006)

particolari norme che li regolano”. La regola prima citata è coerente con quella affermata all’art. 13 comma 2 della legge 241/90. Il problema dell’ammissibilità del diritto di accesso nei procedimenti tributari è stato risolto in senso negativo, giungendo in questo modo a conclusioni opposte a quelle sostenute dalla giurisprudenza prevalente.

La ratio di tale esclusione sarebbe da ricondurre alla peculiarità strutturali del procedimento tributario.

Infatti in quest’ultimo caso viene riscontrata la presenza di un solo soggetto interessato (il soggetto d’imposta) e di conseguenza non è astrattamente configurabile la partecipazione di terzi. In ragione di ciò il diritto di accesso prima e, la partecipazione al procedimento poi, sono inquadrati per quanto riguarda i procedimenti tributari, nelle particolari forme che li regolano. Sul punto, una conferma di ciò la si può avere analizzando la legge n. 212 del 27/07/2000 meglio noto come “statuto del contribuente”. Quest’ultima, avendo come obiettivo il perseguimento di finalità simili alla legge n. 241/90, ha sancito l’ingresso nel sistema normativo di alcuni principi generali orientati alla collaborazione e alla buona fede reciproca tra fisco e contribuente, la cui caratteristica è quella di risultare derogabili solo espressamente a mezzo di legge ordinaria⁸.

4. La sentenza n. 1215 depositata il 09 luglio 2009.

Come si è detto all’inizio il diritto d’accesso è stato oggetto di una decisione del T.A.R. Toscana che, con sentenza n. 1215 depositata il 09 luglio 2009, ha sancito che in base all’attuale disciplina prevista dall’art. 24 co. 1, lett. b), L. 241/90, così come modificato dalla L. 15/2005, il diritto di accesso è escluso per gli atti relativi ad un procedimento tributario, anche nel caso in cui questo sia concluso.

Il fatto verificatosi, in realtà, nasce da un’istanza presentata da un soggetto all’ufficio dell’Agenzia delle Entrate di Firenze 2.

L’istanza da ultima citata conteneva la richiesta di accesso agli atti, anche endoprocedimentali, in merito a due avvisi di accertamento di cui uno a carico del soggetto istante e, l’altro, a carico della società di cui lo stesso era rappresentante. Entrambi gli avvisi di accertamento erano già

⁸ Paola Pozzani “Nuovi profili del diritto di accesso dopo la L. 15/05” in <http://www.giustizia-amministrativa.it>

stati oggetto di impugnativa innanzi alla Commissione tributaria provinciale competente per territorio.

Alla base della richiesta di accesso agli atti, in realtà, era sotteso l'interesse a difendersi così come sancito dall'art. 24 della Costituzione.

Infatti, la condotta tenuta dal contribuente destinatario dell'atto amministrativo, aveva fatto scattare la denuncia nei suoi confronti.

In particolare, in seguito al rinvio a giudizio disposto in base alla richiesta della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Firenze, veniva contestato al contribuente la commissione del reato di cui agli artt. 110 e 81 c.p. e 3 del D.Lgs. n. 74/2000: dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici.

Scendendo nel particolare la richiesta di accesso agli atti veniva richiesta riguardo:

- a) ai documenti inerenti ai procedimenti di accertamento con adesione promossi nei confronti dei contribuenti destinatari degli atti amministrativi;
- b) al parere reso sull'intera controversia dalla Direzione Regionale delle Entrate;
- c) ai documenti inerenti al procedimento di annullamento in via di autotutela degli avvisi di accertamento promosso dai contribuenti;
- d) ai documenti inerenti al procedimento relativo alla conciliazione ex art. 48 del D.Lgs. n. 546/1992 dei predetti avvisi di accertamento;
- e) nonché ad ogni ulteriore documento formato dall'Agenzia delle Entrate in relazione agli avvisi di accertamento in questione.

Sia l'Agenzia delle Entrate - Ufficio di Firenze 2, sia la Direzione Regionale della Toscana della medesima Agenzia rigettavano la richiesta fondando il diniego sull'art. 24 co. 1, lett. b) della L. 241 del 1990.

Il ricorrente, chiedendo l'annullamento dei dinieghi in questione ed il contestuale riconoscimento del suo diritto ad accedere agli atti richiesti, fondava il suo ricorso affermando che la previsione di cui all'art. 24 comma 1 lett. b) della legge n. 241/1990 non costituisce impedimento all'applicazione di tale principio. Infatti, sosteneva il ricorrente, non era dato riscontrare nella normativa tributaria "particolari norme" tali da impedire la conoscenza degli atti da parte del contribuente istante. Inoltre, sempre secondo quanto sostenuto dal ricorrente, il limite introdotto dalla L. 15/05 poteva avere il suo ambito di operatività in quanto interpretato come termine valevole al massimo fino alla definizione del procedimento tributario; una volta scaduto tale termine, non era più operante l'esigenza di segretezza in base alla quale veniva sancita l'esclusione dell'accesso.

In realtà, per ben comprendere la dinamica inerente la questione di cui si discute, è necessario analizzare la disciplina dell'accesso agli atti amministrativi, in particolare quelli inerenti ad un procedimento tributario prima e dopo la riforma della disciplina dell'art. 24 L. 241/90 ad opera della L. 15/2005.

Infatti, la formulazione dell'art 24 ante riforma prevedeva, facendo rinvio all'art. 13 della stessa legge avente ad oggetto i procedimenti tributari, che "Non è comunque ammesso l'accesso agli atti preparatori nel corso della formazione dei provvedimenti di cui all'articolo 13, salvo diverse disposizioni di legge". Se la vecchia formulazione prevedeva un limite fissato solo per gli atti preparatori, la lettera dell'art. 24 post L. 15/2005 prevede, restringendo l'ambito di operatività del diritto stesso che "Il diritto di accesso è escluso:[...] b) nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano".

Il T.A.R. nel motivare la sua decisione fa leva sul dato letterale dell'articolo 24 ed in particolare sulla successiva lett. c) in base al quale afferma "Non è senza rilievo che la formulazione adoperata dal legislatore sia, nella materia de qua, la stessa di quella attinente l'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione ("per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione"), pacificamente sottratti al diritto di accesso (cfr. comma 1, lett. c)."

Sul punto è necessario analizzare l'ordine sistematico della L. 241/90 ante e post riforma.

Infatti, analizzando il dato letterale, è possibile notare come in seno all'art. 13 della medesima legge (in tema di partecipazione al procedimento) il legislatore, lasciando invariata sia la sua divisione in commi, sia la lettera dello stesso, tende a distinguere da una parte gli atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione (I co.), e dall'altra i procedimenti tributari.

Ora se per quanto riguarda il primo comma gli atti citati sono caratterizzati per lo più da un'indeterminatezza dei soggetti destinatari, lo stesso non si potrà affermare per i procedimenti tributari. Inoltre, se l'art. 24 nella sua vecchia formulazione limitava il divieto d'accesso (atti preparatori nel corso della formazione dei provvedimenti di cui all'articolo 13) facendo riferimento in modo coerente alla disciplina dell'art 13 risulta non facile, in una lettura costituzionalmente orientata, ravvisare la stessa coerenza in base all'interpretazione fornita nel testo post riforma.

Oltretutto, sempre facendo riferimento al dato letterale, è la stessa legge a recare un passaggio fondamentale nel momento in cui, in seno allo stesso art. 24, il suo comma 7 afferma che "Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici".

Non si comprende come sia possibile al singolo difendere in modo pieno e completo il proprio diritto in assenza degli atti necessari a consentirgli il pieno esercizio dello stesso.

Sulla medesima questione e, riprendendo il comma da ultimo citato, ha avuto modo di pronunciarsi anche il Consiglio di Stato con sentenza n. 5144 del 21 ottobre 2008.

Nella suddetta pronuncia l'organo giudicante ha avuto modo, valutando la questione alla luce della medesima disciplina in tema di accesso, di affermare che "è lo stesso articolo 24, al secondo comma, con norme di chiusura, a configurare la garanzia di accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria ai richiedenti per curare o per difendere i propri interessi giuridici, col solo limite relativo ai documenti contenenti dati sensibili e giudiziari: e non si vede come possa curare o difendere i propri interessi giuridici nella materia che ne occupa il soggetto cui sia precluso l'accesso agli atti di cui trattasi".

Alla luce di quanto sostenuto dal massimo consesso amministrativo, la norma oggetto di analisi pare possa trovare, il proprio corretto ambito di operatività, solo in base ad una lettura costituzionalmente orientata.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 695 del 2009, proposto da: Paolo Nocentini, in proprio e quale legale rappresentante della Finlisar S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Marco Miccinesi e Francesco Pistolesi, con domicilio eletto presso Marco Miccinesi in Firenze, via Pier Capponi n. 24;

contro

Agenzia delle Entrate - Ufficio di Firenze 2; Agenzia delle Entrate - Direzione Regionale della Toscana, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distr.le dello Stato in Firenze e domiciliati per legge in Firenze, via degli Arazzieri n. 4;

per l'annullamento

del provvedimento di diniego di accesso agli atti formulato dall'Agenzia delle Entrate - Ufficio di Firenze 2 (prot. n. 15822/2009) notificato in data 26 marzo 2009, nonchè di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente, nonchè per l'annullamento

del provvedimento di diniego di accesso agli atti formulato dall'Agenzia delle Entrate - Direzione Regionale della Toscana (prot. n. A0/2009/17278), notificato in data 26 marzo 2009, nonchè di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Agenzia delle Entrate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23/06/2009 il dott. Carlo Testori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.1) Con istanza in data 12/3/2009, indirizzata all'Agenzia delle Entrate - Ufficio di Firenze 2 ed all'Agenzia delle Entrate - Direzione Regionale della Toscana, il sig. Paolo Nocentini, in proprio e quale legale rappresentante della Finlisar S.r.l., ha chiesto, ai sensi degli artt. 22 ss. della legge n. 241/1990, l'accesso a "tutti i documenti amministrativi, anche endoprocedimentali, comunque riguardanti l'avviso di accertamento a carico del Signor Paolo Nocentini n. R5H010300721, in materia di IRPEF e di imposta sostitutiva sulle plusvalenze azionarie per il periodo d'imposta 2003, nonché l'avviso di accertamento a carico di Finlisar s.r.l., già ritualmente impugnati con ricorsi pendenti dinanzi alla Commissione Tributaria Provinciale di Firenze, rispettivamente iscritti con R.G.R. n. 539/2008 e n. 537/2008". Tale istanza è stata motivata con la circostanza che la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Firenze ha formulato richiesta di rinvio a giudizio nei confronti del sig. Nocentini, imputato del reato di cui agli artt. 110 e 81 c.p. e 3 del D.Lgs. n. 74/2000, e che il G.I.P. ha fissato l'udienza preliminare per il 31/3/2009 (poi rinviata al 26/5/2009); in particolare, l'accesso è stato richiesto con riguardo:

a) ai documenti inerenti ai procedimenti di accertamento con adesione promossi nei confronti del sig. Paolo Nocentini e di Finlisar s.r.l.;

b) al "parere reso sull'intera controversia Savino Del Bene S.p.A." dalla Direzione Regionale delle Entrate;

c) ai documenti inerenti al procedimento di annullamento in via di autotutela degli avvisi di accertamento di cui si tratta, promosso dai contribuenti con istanza del 21/7/2008;

d) ai documenti inerenti al procedimento relativo alla conciliazione ex art. 48 del D.Lgs. n. 546/1992 dei predetti avvisi di accertamento;

e) nonché ad ogni ulteriore documento formato dall'Agenzia delle Entrate in relazione agli avvisi di accertamento in questione.

1.2) Sia l'Agenzia delle Entrate - Ufficio di Firenze 2, sia la Direzione Regionale della Toscana della medesima Agenzia (rispettivamente con note prot. n. 15822/2009 e prot. n. A0/2009/17278, entrambe notificate il 26/3/2009) hanno fornito riscontro negativo alla richiesta di accesso agli atti formulata dal sig. Paolo Nocentini, facendo riferimento alla disposizione di cui all'art. 24 comma 1 lett. b) della legge n. 241/1990 ed alle specifiche disposizioni riguardanti i procedimenti tributari richiamati dal richiedente nella sua istanza, nonché al ritenuto difetto di un interesse idoneo a legittimare l'accesso.

1.3) Per l'annullamento dei dinieghi in questione e per il riconoscimento del suo diritto ad accedere agli atti richiesti il sig. Paolo Nocentini ha proposto il ricorso in epigrafe, ai sensi dell'art. 25 della legge n. 241/1990.

Si è costituita in giudizio l'Agenzia delle Entrate chiedendo la reiezione delle domande avversarie.

Nella camera di consiglio del 23 giugno 2009 la causa è passata in decisione.

2) In sintesi, nel ricorso si sostiene: che l'accesso costituisce principio generale dell'attività amministrativa; che la previsione di cui all'art. 24 comma 1 lett. b) della legge n. 241/1990 non è ostativa all'applicazione di tale principio poiché non è dato riscontrare, nella normativa tributaria, "particolari norme" che impediscano la conoscenza degli atti da parte del contribuente; che il limite introdotto dalla norma citata può valere tutt'al più fino alla definizione del procedimento tributario, dopo di che viene meno l'esigenza di segretezza in funzione della quale è prevista l'esclusione dall'accesso; che in tal senso si è espresso il Consiglio di Stato nella sentenza della Sezione Quarta n. 5144 del 21 ottobre 2008; che, contrariamente a quanto affermato dall'Agenzia delle Entrate, sussiste un interesse diretto, attuale e concreto all'accesso ai documenti richiesti, soprattutto in considerazione del procedimento penale pendente a carico del sig. Nocentini; che sono infondate tutte le argomentazioni richiamate dall'Amministrazione per motivare il diniego di accesso, con riferimento ai singoli procedimenti considerati.

3) Il dato normativo di riferimento per la questione di cui si discute è l'art. 24 della legge n. 241/1990 che così dispone al comma 1 lett. b):

"1. Il diritto di accesso è escluso:

.....

b) nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano;

.....".

Tale disposizione è stata introdotta dalla legge n. 15/2005, che all'art. 16 ha integralmente sostituito l'originario testo dell'art. 24 citato, che al comma 6, ultima parte, prevedeva: "Non è comunque ammesso l'accesso agli atti preparatori nel corso della formazione dei provvedimenti di cui all'art. 13, salvo diverse disposizioni di legge"; e tra i provvedimenti di cui all'art. 13 figuravano (e figurano tuttora) quelli tributari (insieme, tra gli altri, a quelli finalizzati "alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione").

Il punto oggetto di controversia è il significato da attribuire alla modifica normativa introdotta nel 2005 e alla formulazione del testo ora vigente, palesemente diversa, per la parte che qui interessa, rispetto a quella del testo precedente. Questa Sezione si è già pronunciata al riguardo nella sentenza n. 5143 del 20 dicembre 2007, che si è così espressa:

"..... la modifica dell'art. 24 della legge n. 241/90, introdotta dall'art. 16 della legge n. 15 del 2005, ha esteso l'ambito di operatività del divieto di accesso agli atti nell'ambito dei procedimenti tributari, stabilendo che "il diritto di

Innovazione e Diritto

accesso è escluso nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano” (cfr. comma 1, lett. b).

Non è senza rilievo che la formulazione adoperata dal legislatore sia, nella materia de qua, la stessa di quella attinente l'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione (“per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione”), pacificamente sottratti al diritto di accesso (cfr. comma 1, lett. c).

Né può sostenersi (secondo la tesi del ricorrente) che detto divieto operi fino a quando non sia intervenuto un provvedimento conclusivo del procedimento.

Ciò poteva, al più, sostenersi nel previgente quadro normativo, allorché il diritto di accesso in materia era vietato in relazione all'attività preparatoria della pubblica amministrazione (TAR Friuli Venezia - Giulia, 21 dicembre 2002 n. 1070; Consiglio di Stato, sez. IV, 9 luglio 2002 n. 3825).

Non è più sostenibile, nel nuovo contesto normativo, nel quale la formulazione generale adoperata dal legislatore non lascia adito a dubbi sulla portata estensiva del divieto nell'ambito dei “procedimenti tributari”.

Le argomentazioni svolte dal TAR nella sentenza citata risultano tuttora condivisibili, tenuto conto in particolare che dal confronto tra l'attuale e la previgente formulazione della norma di cui si discute emerge in modo chiaro la scelta del legislatore di ampliare la portata del divieto di accesso in relazione agli atti dei procedimenti tributari; e se anche è vero che il Consiglio di Stato si è recentemente e autorevolmente espresso nel senso opposto, il Collegio non può non manifestare perplessità circa le considerazioni svolte dalla Sezione Quarta laddove afferma che la ratio della modifica introdotta nel 2005 “ben può essere rinvenuta... nella esigenza di armonizzazione lessicale tra i ridetti articoli” (cioè gli artt. 24 e 13 della legge n. 241/1990). Tale affermazione appare fortemente riduttiva rispetto a un dato letterale che risulta puntuale e inequivoco e che invece, attraverso la lettura che ne ha dato la citata decisione n. 5144/2008, finisce col perdere pressoché integralmente di significato.

Questo Tribunale ritiene dunque di dover confermare l'orientamento già seguito nella propria sentenza n. 5143/2007 e, conseguentemente, conclude per la infondatezza del ricorso, a fronte di provvedimenti di diniego adottati dall'Agenzia delle Entrate che appaiono conformi alla disposizione normativa di riferimento.

4) Per le ragioni illustrate il ricorso va respinto.

I segnalati contrasti giurisprudenziali giustificano l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione I[^], definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 23/06/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Gaetano Cicciò, Presidente

Saverio Romano, Consigliere

Carlo Testori, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO

Innovazione e Diritto

Riflessioni in tema di avviso di accertamento “integrativo” e Autotela

(Nota alla Sent. Corte di Cassazione, sez. V civ. trib. 3 febbraio 2010, n.2424)

di Valeria Maresca

Introduzione

La sentenza N.2424 del 3 febbraio 2010 ha ad oggetto la pronuncia della Corte di Cassazione sull'impossibilità della Pubblica Amministrazione di integrare con nuovi elementi un avviso di accertamento illegittimo. La Corte ha rilevato la nullità dell'atto impositivo della Pubblica Amministrazione, modificativo di un precedente avviso di accertamento, privo dei requisiti fondamentali di chiarezza e precisione che sono alla base dell'art. 42 del D.P.R. 600 del 1973, negando efficacia integrativa all'atto, bensì qualificando lo stesso come atto di autotutela. Per il principio secondo cui l'annullamento in via di autotutela di un atto, da parte dell'amministrazione finanziaria, successivamente alla sua impugnazione, determina la sopravvenienza di carenza di interesse, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo- art. 46 del D.lgs 546 del 1992, fattispecie della cessazione della materia del contendere nel processo tributario- ne è conseguito il venir meno degli effetti prodotti dal provvedimento originario e dell'interesse ad una pronuncia in merito. Le tematiche di questa analisi riguarderanno l'avviso di accertamento e l'obbligo di motivazione; l'avviso di accertamento integrativo; infine, l'autotutela e la cessazione della materia del contendere, art. 46 D.lgs 546/1992.

La Corte ha verificato il rapporto tra l'atto originario e il successivo riferendosi al tema normativo in materia di “Autotutela”, che prevede la sostituzione di un atto illegittimo, e di avviso di accertamento “integrativo”, che presuppone che un atto continui ad esistere e non venga sostituito, qualora si conoscano nuovi elementi, integri e modifichi l'oggetto del primo atto, conservando ciascun provvedimento la propria autonoma esistenza ed efficacia. Inquadrato l'atto, come esercizio del potere di autotutela da parte dell'Amministrazione

finanziaria, e non del potere di accertamento integrativo, la Corte ha ritenuto opportuno sottolineare le conseguenze processuali per il giudizio avente ad oggetto la legittimità dell'atto di accertamento originario. Infatti l'esercizio del potere di autotutela determina la caducazione dell'atto originario. Il giudice non può pronunciarsi sulla nullità dell'atto che, nei fatti, è stato già annullato dall'Amministrazione, ma dichiarare la cessata materia del contendere, per venire meno dell'interesse alla prosecuzione del giudizio.

IL FATTO

Ricorso presentato da un libero professionista. Il ricorrente impugnava l'avviso di accertamento emesso dall'Ufficio, a seguito di indagini bancarie per la rettifica del reddito di lavoro autonomo, non fondato su dati certi e viziato da errori di calcolo (indicando le aliquote esclusivamente nella misura massima e nella misura minima). Nella more del giudizio di primo grado, l'Ufficio emetteva un nuovo avviso di accertamento- oggetto di autonomo ricorso- definito "integrativo", che specificava le aliquote applicate. Rigettato il ricorso dalla Commissione Tributaria Provinciale, il ricorrente proponeva appello, chiedendo la cessazione della materia del contendere, in seguito all'annullamento in via di autotutela del primo provvedimento. La Commissione Tributaria Regionale confermava la decisione del giudice di primo grado, chiarendo che l'Ufficio aveva annullato e sostituito il primo avviso di accertamento con un altro, integrando l'indicazione delle aliquote degli scaglioni d'imposta, applicabili al reddito imponibile. Avverso tale decisione, il ricorrente proponeva ricorso per cassazione, deducendo violazione e falsa applicazione del D.P.R. 600 del 1973, art. 42, e vizio di motivazione in ordine ad un punto decisivo della controversia, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., commi 3 e 5. Si costituivano in controricorso le parti interessate, contestando la fondatezza dell'impugnazione.

La Corte ha rilevato del tutto pacifica la circostanza relativa all'emissione nelle more del giudizio di primo grado, di un nuovo avviso di accertamento di contenuto quasi identico, con la sola specificazione delle aliquote applicate. Secondo il contribuente si trattava di un nuovo atto emesso in via di autotutela, e mera integrazione secondo la Commissione Tributaria Regionale. Questione di carattere pregiudiziale per la Corte, infatti, accogliendo la tesi della caducazione del provvedimento per autotutela dell'Amministrazione si rilevava la cessazione della materia del contendere. La Corte ha negato la natura integrativa del secondo provvedimento, con efficacia sanante della motivazione di un atto già perfezionato, per violazione del principio di chiarezza e precisione dell'art. 42 del D.P.R. 600 del 1973, come modificato, in attuazione dell'art. 7 dello Statuto dei diritti del contribuente che vincola l'Ufficio, non consentendo di differire a un momento successivo all'emanazione dell'atto impositivo l'esplicitazione delle ragioni della pretesa impositiva. Constatata, nell'avviso di accertamento oggetto del giudizio,

l'assenza dell'indicazione delle aliquote applicate, e, quindi, la nullità dell'atto impugnato, per violazione del principio di chiarezza e precisione e risultando pacificamente dagli atti l'emanazione di un nuovo avviso di accertamento, con indicazione precedentemente omessa, che determina la caducazione del primo atto, la Corte dichiarava la cessazione della materia del contendere.

L'avviso di accertamento: l'omessa indicazione delle aliquote d'imposta rende nullo l'atto.

Per un attento esame della sentenza è utile analizzare le caratteristiche generali dell'avviso di accertamento, atto esplicativo della potestà impositiva dell'Amministrazione Finanziaria. Per lungo tempo si è discusso sulla natura di tale atto tra i sostenitori della tesi che ne afferma la natura rigorosamente amministrativa e quelli della tesi della natura processuale (o pre-processuale) dell'atto quale provocatio ad opponendum. Questa contrapposizione era presente anche in giurisprudenza, ma a tale situazione ha posto rimedio la sentenza delle Sezioni Unite 3 giugno 2004 n. 19854 che ha risolto il problema della sanabilità dei vizi di notifica per effetto della tempestiva proposizione del ricorso da parte del contribuente, ed ha fermamente escluso la natura processuale dell'atto di accertamento e affermando la natura esclusivamente amministrativa dello stesso.¹ La qualificazione dell'atto di accertamento quale atto amministrativo determina l'assoggettamento al principio costituzionale di legalità dell'attività amministrativa, posto nell'art. 97 della Costituzione.² Da ciò deriva che l'Amministrazione opera adottando esclusivamente gli atti previsti dalla legge e con contenuto tipico da questa indicato. Le norme che disciplinano l'accertamento tributario, contenute nelle leggi istitutive dei singoli tributi, e in corpi normativi distinti, adottate prima sia della legge sul procedimento amministrativo legge n. 241 del 1990, sia dell'art. 7 legge n. 212 del 2000 (Statuto dei diritti del

¹ È utile ricordare come l'accoglimento dell'una o dell'altra tesi non è senza effetti pratici ma, al contrario, dà luogo ad importanti conseguenze nei contesti giudiziari: affermare la natura processuale dell'atto di accertamento significa riconoscere l'applicabilità della sanatoria dei vizi di notifica per raggiungimento dello scopo di cui all'art. 156, comma 3 c.p.c., mentre riconoscere una natura esclusivamente amministrativa dell'atto di accertamento comporta l'esclusione di tale sanatoria, riferibile esclusivamente ad atti di natura processuale. Si è detto come anche la Cassazione si divideva tra i fautori della natura processuale (sent. Cassazione 12 dicembre 2002 n. 17762, sent. Cassazione 22 agosto 2002 n. 12394) e fautori della natura esclusivamente amministrativa e dell'inapplicabilità della sanatoria di cui all'art. 156 c.p.c. (sent. Cassazione 21 aprile 2001 n. 5924, sent. Cassazione 11 marzo 2002 n. 3513). La citata sentenza delle Sezioni Unite ha posto un punto fermo affermando la natura prettamente amministrativa dell'atto, pur riconoscendo che la tempestiva proposizione del ricorso impedisce comunque di dedurre l'eventuale vizio di notificazione in quanto proprio tale impugnazione mostra che il contribuente ha avuto piena conoscenza dell'atto e ha potuto adeguatamente esercitare il proprio diritto di difesa.

² Dalla natura amministrativa consegue il carattere dell'autoritatività, ossia dell'idoneità dell'atto ad incidere in via unilaterale sulle situazioni giuridiche soggettive dei contribuenti in maniera irreversibile, se non contestato nei termini di legge. L'atto di accertamento rispetto ai provvedimenti della PP.AA. è pertanto caratterizzato, secondo dottrina quasi unanime, dall'assenza di "discrezionalità": con esso infatti l'Amministrazione fiscale non effettua alcuna comparazione di interessi ma dà mera esecuzione alla legge tributaria sostanziale. L'atto di accertamento tributario può pertanto definirsi come l'atto emanato dall'Amministrazione finanziaria, in rettifica della dichiarazione del contribuente o d'ufficio, col quale il Fisco fornisce la propria versione sulla capacità contributiva effettivamente manifestata dal presupposto e, quindi, sulla base imponibile e sul tributo dovuto, fissandolo in via autoritativa (A. FANTOZZI, Accertamento tributario).

contribuente), contengono rigorose previsioni in ordine ai requisiti che l'atto deve avere e la cui assenza è sanzionata espressamente con la nullità dell'atto adottato. Innanzitutto è necessario verificare la competenza territoriale dell'Ufficio emanante e il rispetto dei termini entro i quali notificare l'atto secondo gli artt. 137 e ss. C.p.c., con le modifiche di cui all'art. 60 D.P.R. 600 del 1973.³ Il documento, sottoscritto dal capo dell'Ufficio o da altro funzionario da lui delegato, deve contenere "... l'indicazione dell'imponibile o degli imponibili accertati, delle aliquote applicate e delle imposte liquidate, al lordo e al netto delle detrazioni, delle ritenute di acconto e dei crediti d'imposta, e deve essere motivato ...". La mancanza di tali elementi è sanzionata con la nullità dell'avviso stesso.⁴ L'art. 42 del D.P.R. 600 del 1973 prevede che nell'avviso di accertamento siano indicati una serie di elementi tra i quali è prevista, a pena di nullità, la specifica menzione delle aliquote applicate per determinare il quantum del tributo accertato. La norma disciplina la struttura sia del dispositivo sia della motivazione dell'avviso di accertamento.⁵ La motivazione dell'atto impositivo ha un ruolo importante, indica i presupposti e le ragioni giuridiche per cui è emesso l'avviso, ed è imposta per tutte le PP.AA. dall'art. 3 della legge n.241 del 1990. Oltre a determinare gli elementi costitutivi della pretesa tributaria, la motivazione delimita la materia del contendere nel processo tributario impugnazione-merito, volto ad accertare la legittimità e fondatezza del debito per imposte. La sua, quindi, è una doppia funzione in quanto indica le ragioni giustificatrici dell'esercizio del potere amministrativo e delimita le ragioni che l'Amministrazione può far valere in giudizio in caso d'impugnazione dell'atto emanato. La giurisprudenza, inizialmente, non ha riconosciuto la necessità di specificare tutte le aliquote applicate nell'avviso di accertamento; in seguito, ha sostenuto che tale indicazione fosse fondamentale pena la nullità dell'atto impositivo. Una motivazione incompleta lesiva dei principi di chiarezza e precisione impedisce il controllo in primis del cittadino e poi del giudice ed è giustamente sanzionata con la nullità.⁶ Tutti gli elementi

³ Dottrina e giurisprudenza considerano concordemente l'atto di accertamento come recettizio: produce pertanto i suoi effetti solo quando viene portato a legale conoscenza del destinatario.

⁴ Il termine "nullità" di cui parlano le norme citate è da considerarsi impropriamente utilizzato in luogo di quello più corretto di annullabilità. Si osserva infatti, come l'art. 61 comma 2 D.P.R. n. 600 del 1973 e l'art. 59 D.P.R. n. 633 del 1972 in materia di IVA pongono a carico del ricorrente l'onere di eccepire i vizi di omissione o insufficienza delle indicazioni prescritte a pena di decadenza entro il primo grado di giudizio. Gli stessi vizi, pertanto, non possono essere rilevati d'ufficio dal giudice. Di nullità potrà parlarsi, invece, nel caso ad esempio di avviso emesso da ufficio non competente.

⁵ Distinzione tra motivazione e dispositivo nell'avviso di accertamento: A. FANTOZZI, Il diritto tributario; G. FALSITTA, Manuale di diritto tributario, parte generale; F. TESAURO; Istituzioni di diritto tributario. Sull'importanza del dispositivo nell'avviso di accertamento si veda F. TESAURO, Il rimborso d'imposta, che nell'analizzare la problematica del rapporto tra avviso di accertamento originario e quello integrativo o modificativo, proprio facendo leva sulla parte dispositiva dell'atto di imposizione, giunge a ritenere che l'atto integrativo o modificativo rinnovi l'intero rapporto obbligatorio e non si limiti ad imporre un rapporto supplementare o una differenza. Sulla rilevanza nell'atto amministrativo del dispositivo e della motivazione vd. O. RANELLETTI- A. AMORTH, Atti amministrativi.

⁶ Come precisato da illustre dottrina (R. LUPI, Diritto tributario, Parte generale), la motivazione è diretta ad informare il contribuente dell'operato dell'ufficio mentre davanti al giudice l'ufficio dovrà dimostrare la fondatezza del proprio atto mediante prova. In sostanza, al giudice dovranno essere fornite non "motivazioni" ma "prove"; è però pur vero che la

dell'avviso di accertamento sono a garanzia del contribuente, la mancanza di uno di questi pone il contribuente nell'impossibilità di esercitare la sua difesa. Pertanto, come la motivazione di un avviso di accertamento esprime la necessità di tutelare il diritto di difesa del contribuente e di garantire la trasparenza dell'azione amministrativa, così anche il dispositivo è espressione di trasparenza dell'azione amministrativa e di tutela del contribuente^{7 8}.

Tra gli elementi previsti vi è l'indicazione delle aliquote impiegate nell'atto di accertamento, dalla cui applicazione scaturisce la misura del debito d'imposta richiesto in atto. Sul tema dell'indicazione delle singole aliquote d'imposta è intervenuta la giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, considerando necessaria, a pena di nullità, l'indicazione delle aliquote negli avvisi di accertamento, nel rispetto del principio di "precisione e chiarezza". Tale principio è espresso nell'art. 57 D.P.R. 633 del 1972 e nell'art. 42 del D.P.R. 600 del 1973. L'art. 7 dello Statuto dei diritti del contribuente legge n. 212 del 2000, ha enunciato il principio di chiarezza e motivazione degli atti dell'Amministrazione finanziaria. È stato sancito che gli atti di natura tributaria devono essere motivati con l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni di diritto che hanno determinato l'adozione del provvedimento amministrativo e che, qualora nella motivazione si faccia riferimento ad altro atto, quest'ultimo deve essere allegato all'atto che lo richiama (motivazione per relationem)⁹. Gli stessi principi erano già contenuti nell'ordinamento grazie alla legge 7 agosto 1990, n. 241, recante norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi. Al fine di stabilire un collegamento tra i suddetti principi, il decreto legislativo n. 32 del 2001 ha apportato nell'ambito del diritto tributario una serie di necessarie modifiche ed integrazioni. Ha integrato l'art. 42 del D.P.R. 600 del 1973, in materia di accertamento delle imposte sui redditi. Secondo la nuova formulazione la motivazione dovrà indicare oltre imponibile accertato, le aliquote applicate e le imposte liquidate d'acconto ed i crediti d'imposta, nonché i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato l'emissione dell'avviso di accertamento. Viene, inoltre, stabilito che se la motivazione fa riferimento ad altri atti non conosciuti o ricevuti dal contribuente l'amministrazione deve, a pena di nullità, allegare l'atto richiamato o, in alternativa, riprodurre il contenuto essenziale. La giurisprudenza della Corte di Cassazione,

motivazione circoscrive la causa petendi e senza motivazione non vi sarà per l'ufficio alcuna possibilità di fornire prove, avendo del tutto impedito al contribuente di esercitare i suoi diritti di difesa.

⁷ In quest'ottica sono condivisibili le affermazioni di M. BEGHIN, La necessaria indicazione delle aliquote d'imposta nell'accertamento tributario, secondo cui il "creditore-Stato" come qualsiasi creditore deve dare piena contezza delle ragioni del credito e della sua quantificazione.

⁸ La ratio della norma è un vincolo per l'interprete solo se intesa in senso funzionale e teologico: cioè come scopo, il risultato razionale, che la norma può oggettivamente perseguire nel momento in cui viene applicata: così R. GUASTINI, L'interpretazione dei documenti normativi, in Trattato di diritto civile e commerciale.

⁹ È lo Statuto dei diritti del contribuente che ha imposto l'obbligo di allegare l'atto richiamato dall'avviso di accertamento; in precedenza, bastava che gli atti o documenti richiamati fossero conosciuti da parte del contribuente.

assieme alla dottrina maggioritaria¹⁰, ha sempre sottolineato che l'indicazione di tutte le aliquote risponde ai requisiti di chiarezza e precisione dell'avviso di accertamento. Solo attraverso questa puntuale indicazione che il contribuente può comprendere come è stato qualificato il debito di imposta e se la liquidazione è avvenuta in maniera corretta.¹¹ I requisiti di chiarezza e precisione si realizzano in concreto attraverso la specificazione di quali siano le aliquote applicate per quel determinato periodo d'imposta, ed in relazione all'imponibile accertato, per determinare un maggior tributo. L'art. 42, nel prevedere la necessaria indicazione delle aliquote applicate, esprime una funzione di garanzia del contribuente, nel momento in cui è oggetto di accertamento; tale tutela si manifesta consentendo al soggetto passivo d'imposta con un semplice calcolo e sulla scorta di tutti gli elementi contenuti nell'atto di sapere come è stata quantificata l'imposta dovuta. Come nella sentenza in esame, l'avviso di accertamento che contiene solo l'indicazione dell'aliquota minima e massima applicata, viola il principio di chiarezza e precisione dell'"indicazione" che è alla base del precetto del D.P.R. n. 600 del 1973. art. 42 ed incorre, pertanto, nella sanzione di nullità disposta dallo stesso articolo, comma 3. la specificazione ai fini di "chiarezza e precisione" non è indicativo di semplice "formalismo giuridico"¹² ma momento di giustizia sostanziale, che risponde alle esigenze di tutela del diritto di difesa del contribuente, a cui è così data l'opportunità di avere esatta nozione dell'an e del quantum della pretesa fiscale, ai fini di tutte le possibili contestazioni inerenti all'accertamento subito; ma anche momento di garanzia e di trasparenza dell'azione amministrativa.

L'accertamento integrativo

Nella sentenza in commento la Pubblica Amministrazione specificava le aliquote applicate con un nuovo avviso di accertamento, attribuendo al nuovo atto impositivo carattere integrativo. L'Amministrazione finanziaria può infatti integrare o modificare l'attività di accertamento successivamente all'emissione di un primo avviso. Nel caso in cui l'Amministrazione finanziaria, per sopravvenuta conoscenza di nuovi elementi, abbia emanato un nuovo atto di accertamento, si verifica una situazione in cui un atto amministrativo dispone in modo contrastante con uno precedente. Il nuovo atto di accertamento provoca l'abrogazione del primo atto. Il nuovo atto di accertamento ha quindi natura diversa da un atto di revoca o di annullamento. L'abrogazione, in

¹⁰ A. FANTOZZI, Il diritto tributario, I. MANZONI, Potere di accertamento e tutela del contribuente, M. BEGHIN; Conferme giurisprudenziali in ordine alla necessaria indicazione, negli avvisi di accertamento emessi ai fini Irpef, di "tutte" le aliquote applicate.

¹¹ Evidenzia il profilo della correttezza della liquidazione Cass., 22 gennaio 1993, n. 777; M. BEGHIN; La necessaria indicazione delle aliquote d'imposta nell'accertamento tributario.

¹² Così S. SATTA, Il formalismo nel processo, in "Riv. Trib. Dir. Proc. civ." 1958, pag. 1143 e specialmente pag. 1147

modo diverso dall'annullamento e dalla revoca, non costituisce un rimedio contro l'invalidità degli atti amministrativi.¹³ Il nuovo accertamento non è quindi un *contrarius actus*, un atto negativo per il suo contenuto come ad esempio la revoca.¹⁴ L'effetto principale del nuovo atto non è quello di eliminare il primo atto, ma determinare con efficacia obbligatoria il debito d'imposta. Essendo il secondo atto abrogativo e interamente sostitutivo del primo, non rileva la distinzione fra integrazione e modificazione dell'accertamento. Si è ritenuto, tuttavia, che si ha una modificazione quando il nuovo atto di accertamento modifica il precedente reddito per quanto concerne la qualificazione e integrazione nel caso di modifica dell'entità del reddito. Condizione principale per esercitare il potere di emanare un nuovo atto di accertamento è la sopravvenuta conoscenza di nuovi elementi. Perché tale condizione si verifichi è necessaria l'esistenza di nuovi elementi che non abbiano avuto influenza sulla determinazione della base imponibile al momento del primo accertamento, e la sopravvenuta conoscenza di tali elementi da parte dell'Amministrazione. Con l'espressione "nuovi elementi" si intende nuovi fatti o circostanze che abbiano influenza sulla determinazione della base imponibile. Ma tale nozione non si restringe solo ad elementi che incidono sulla estimazione del reddito, ma comprende anche tutti gli elementi che possono influire sull'accertamento del fatto e quindi, ad esempio, le circostanze che giustificano un'esenzione, gli elementi rilevanti ai fini dell'esistenza del reddito, della sua appartenenza o che giustificano un mutamento nel titolo della imposizione.

Requisito necessario perché l'ente impositore possa emettere accertamenti integrativi o modificativi di un avviso di accertamento notificato in precedenza è la sopravvenuta conoscenza di nuovi elementi, ai sensi dell'art. 43, comma 3, del D.P.R. 600 del 1973 e art. 57, comma 4, del D.P.R. 633 del 1972.¹⁵ La "sopravvenuta conoscenza dei nuovi elementi" deve essere intesa come effettiva impossibilità di conoscere i nuovi elementi al momento della emissione del primo

¹³ Una parte della dottrina usa il termine di abrogazione nel senso di revoca impropria. La revoca in senso proprio retroattiva è da essi riferita alla eliminazione dell'atto amministrativo originariamente inopportuno, mentre la revoca impropria o abrogazione con efficacia *ex nunc* riguarda la eliminazione di un atto, la inopportunità del quale sia sopravvenuta per mutamento della situazione di fatto, cui l'atto originariamente si riferiva (ZANOBINI, Corso di diritto amministrativo, GIUCCIARDI, L'abrogazione degli atti amministrativi, Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. VACCHELLI).

Il concetto di abrogazione che si è accolto nel presente lavoro, che esclude ogni riferimento ai rimedi contro l'invalidità ed è basato sul principio obiettivo dell'incompatibilità e sul criterio della prevalenza dell'atto posteriore, è più aderente al concetto generale di abrogazione. CANNADA BARTOLI, Abrogazione.

¹⁴ RESTA, La revoca degli atti amministrativi.

¹⁵ Così la Corte di Cassazione, con la sent. N. 6549 del 17 marzo 2010, fa un ulteriore passo verso la devastazione del già ingiuriato principio di "unicità dell'accertamento". Uno dei postulati cardine del nostro sistema impositivo è l'unicità dell'accertamento. In sostanza, una volta che l'ufficio abbia notificato un atto impositivo, il potere deve ritenersi consumato. Ciò soffre di alcune eccezioni. Il potere può essere reiterato nel caso dell'accertamento parziale che, tra l'altro, può essere utilizzato addirittura dopo che il contribuente abbia definito la propria posizione mediante adesione e, come nel caso di specie, dell'accertamento integrativo. Quest'ultimo è legittimo solo ove sussista la "sopravvenuta conoscenza di nuovi elementi". Nella parte motivata dell'atto, a pena di nullità, occorre l'indicazione dei fatti o atti attraverso i quali i funzionari sono stati resi edotti dei predetti elementi.

avviso di accertamento.¹⁶ Se all'Ufficio sopravviene la conoscenza di nuovi elementi bisogna verificare se gli elementi nel momento in cui ha emesso il primo avviso di accertamento erano conosciuti o conoscibili; e in tal caso mancherebbero i presupposti per emettere un accertamento integrativo o modificativo. L'Amministrazione finanziaria ha l'obbligo di valutare attentamente gli elementi di cui è a conoscenza, sulla cui scorta emetterà l'atto impositivo, in quanto la possibilità di integrare o modificare l'atto non deve essere un modo per correggere eventuali sviste o valutazioni approssimative precedenti. La conoscenza degli elementi deve riferirsi alla valutazione della rilevanza fiscale dei singoli elementi e il requisito della novità può riconoscersi a tutti gli elementi diversi da quelli considerati nei precedenti accertamenti¹⁷

L'avviso di accertamento integrativo e modificativo ha una doppia funzione: nel rispetto del principio di economia ed efficacia dell'azione amministrativa obbliga l'Ufficio a valutare attentamente tutti gli elementi di cui dispone prima di emettere l'avviso;¹⁸ ed evita il reiterarsi del potere impositivo attraverso l'emissione di numerosi avvisi di accertamento. Dal combinato disposto degli articoli 43, comma 3, del D.P.R. 600 del 1973 e 57, comma 4, del D.P.R. 633 del 1972 si evince la volontà del legislatore di fare in modo che l'Ufficio valuti i nuovi elementi sopravvenuti in chiave oggettiva. Seguendo una interpretazione soggettiva, invece, la specificazione della necessità che gli elementi fossero "nuovi" diventa evitabile, considerando sufficiente solo la sopravvenuta conoscenza, a nulla rilevando la disponibilità dell'Ufficio al momento dell'emissione del primo avviso di accertamento. In tal caso l'unico dato significativo è la presa di coscienza di quegli elementi in qualunque momento fosse avvenuta. Mentre il carattere della "novità" è la condizione oggettiva che connota il potere di integrazione ed è strettamente legato alla valutazione oggettiva della sopravvenuta conoscenza dei nuovi elementi. Nella sentenza in esame la Suprema Corte afferma che nel caso di avviso di accertamento mancante dell'indicazione dell'aliquota applicata e pertanto nullo per violazione dei principi di cui all'art. 42 del D.P.R. 600 del 1973, l'emanazione di un nuovo atto, immune dai vizi indicati, costituisce esercizio del potere di autotutela da parte dell'Amministrazione.

¹⁶ Un elemento si può definire nuovo quando vi è impossibilità di conoscenza da parte dell'ufficio, al momento della emissione dell'avviso di accertamento: così Cass. 23 gennaio 1985, n. 282. Al riguardo A. BERLIRI, Principi di diritto tributario, L'accertamento tributario per spiegare la novità di un elemento sostiene che si deve trattare di un elemento di fatto o di diritto diverso da quello posto a base del primo avviso di accertamento.

Come nota M. MICCINESI, La sopravvenuta conoscenza, gli elementi devono essere nuovi non in assoluto, ma per l'ufficio, nel senso di elementi sconosciuti prima da quest'ultimo; G. TREMONTI, Imposizione e definitività nel diritto tributario; In tema di accertamento per sopravvenuta conoscenza di nuovi elementi.

¹⁷ S. LA ROSA, Principi di diritto tributario, il quale aggiunge che solo in questo modo si permette agli uffici di graduare meglio i tempi, i modi dell'azione accertativa alla progressività maturazione dei convincimenti sulla rilevanza fiscale dei diversi elementi conosciuti o conoscibili; L. ZAPPALA' - F. LANZA, L'imposta sui redditi mobiliari.

¹⁸ A. HENSEL, Diritto tributario, collega questo principio, immanente dell'azione amministrativa, tanto in funzione di tutela del contribuente quanto della stessa Amministrazione finanziaria. Invero l'insigne studioso sottolinea come sia "un'esigenza dell'economia amministrativa di non caricare le autorità nuovamente di lavoro sulla medesima materia"; ed inoltre come ogni "procedura tributaria prima di essere definitivamente conclusa deve offrire all'autorità la possibilità di applicare la legge al caso singolo con un esame tranquillo e di tutelare gli interessi del creditore dell'imposta".

finanziaria e non del potere di integrazione. Il nuovo avviso di accertamento contenente il dato originariamente omissivo (indicazione delle aliquote applicate) non può avere efficacia meramente integrativa e ciò comporta l'annullamento del primo atto, con conseguente cessazione di qualsiasi interesse ad esso inerente, risultando l'atto viziato per omessa indicazione delle aliquote.

L'accertamento integrativo non annulla né sostituisce il precedente atto emanato, ma si aggiunge a questo, anche integrandolo. Il potere di accertamento integrativo o modificativo è strutturalmente e funzionalmente diverso da potere di annullamento . quanto alla struttura, esso ha per presupposto un atto-avviso di accertamento già adottato- che è legittimo, e continua a esistere perché non è sostituito dal nuovo avviso di accertamento. per contro, l'atto amministrativo di annullamento assume ad oggetto un precedente avviso di accertamento che è illegittimo ed al quale esso si sostituisce , non quanto all'oggetto, ma quanto al contenuto, comprensivo del dispositivo e della motivazione. Dal punto di vista funzionale, mentre l'avviso di accertamento integrato o modificato, e l'avviso di accertamento integrativo o modificativo insieme determinano l'oggetto dell'imposta, il provvedimento amministrativo di autotutela sostituisce , in ordine al medesimo oggetto, il proprio contenuto a quello dell'avviso di accertamento precedente, ponendosi così in luogo di quello.

Autotutela

Nel paragrafo precedente abbiamo analizzato l'esercizio del potere dell'Amministrazione finanziaria di integrare o modificare l'avviso di accertamento, che non annulla né sostituisce l'atto originario; e in conclusione abbiamo anticipato la caratteristica del potere di autotutela che annulla l'atto amministrativo illegittimo, a differenza dell'accertamento integrativo o modificativo. L'istituto dell'autotutela o *jus poenitendi* consiste nel potere dell'Amministrazione finanziaria di annullare o di revocare un suo atto ritenuto privo di fondamento o di legittimità. Tale istituto trae origine dal diritto amministrativo in cui l'autotutela viene intesa come la capacità dell'ente di "farsi ragione da sé" in via amministrativa e nel rispetto del principio di legalità. La valutazione sull'esistenza di un interesse pubblico alla eliminazione dell'atto è l'ambito nel quale si esplica l'esercizio della discrezionalità amministrativa finanziaria. L'istituto è stato introdotto per la prima volta nel diritto tributario dal D.P.R. 287 del 1992 ora disciplinato dalla legge 656 del 1994 e dal D.M. 37 del 1997. I provvedimenti di autotutela possono essere di annullamento, che determina il ritiro con efficacia *ex tunc* dell'atto inficiato da un vizio di

legittimità; di revoca, che determina il ritiro di un atto inopportuno o infondato per diversa valutazione delle esigenze che sono alla base dell'emanazione dell'atto. La revoca ha efficacia *ex nunc* se l'atto da annullare ha carattere generale o favorevole al contribuente, mentre, ha efficacia *ex tunc* se sfavorevole. Infine il provvedimento di autotutela può essere una rinuncia all'imposizione in caso di autoaccertamento. L'annullamento degli atti emanati dalla pubblica amministrazione può avvenire sia d'ufficio che su istanza del contribuente. Ai sensi dell' art. 13, comma 6, della Legge 212 del 200 (Statuto dei diritti del contribuente) la procedura di autotutela può essere attivata anche dal Garante del contribuente nei confronti di atti amministrativi di accertamento o di riscossione notificati al contribuente. Competente ad adottare il provvedimento di autotutela è lo stesso ufficio che ha emanato l'atto da annullare.

In diritto tributario l'esercizio del potere di Autotutela è riconosciuto dall'art. 7, comma 2, lett. b) dello Statuto dei diritti del contribuente, che in tema di chiarezza e motivazione degli atti dell'Amministrazione, prevede come necessario l'indicazione dell'organo e l'autorità amministrativa presso i quali è possibile promuovere il riesame dell'atto. L'autotutela può essere esercitata a seguito di richiesta del contribuente o d'ufficio, in pendenza di giudizio ma anche dopo che l'atto è divenuto definitivo, purchè non impugnato o impugnato senza successo. Alcuni autori hanno evidenziato il carattere non discrezionale di tale potere in materia tributaria, in quanto investe atti posti in essere dall'ente impositore nell'esercizio di un'attività legislativamente vincolata destinata da incidere su posizione di diritto soggettivo del contribuente e che, quanto meno nel provvedimento di accertamento, non consente alcuna discrezionalità.¹⁹ Questo essenziale carattere dell'esercizio impositivo non cambia in sede di riesame dell'atto. Nel procedimento di riesame viene esercitato lo stesso potere dell'amministrazione utilizzato nell'emanare l'atto da ritirare. L'annullamento dell'atto illegittimo appare doveroso con riguardo ad un'attività di imposizione che rispetta l'oggettiva valutazione dei fatti e dell'imparziale applicazione delle norme tributarie, onde evitare che un eventuale adempimento dell'obbligazione inesistente, o di minore entità, configuri un indebito oggettivo o soggettivo *ex latere debitoris*.²⁰ In sede di riesame di atti vincolati non emerge un interesse pubblico da soddisfare diverso dall'interesse primario tutelato dalla norma attributiva del potere che legittima l'emanazione del provvedimento originario. L'attività di riesame, che comporta l'annullamento dell'atto illegittimo determina una sorta di trasformazione della funzione giurisdizionale in un provvedimento amministrativo capace di esplicitare, per il contribuente, i

¹⁹ Sull'argomento, GALLO, Discrezionalità (diritto tributario).

²⁰ M. CANTILLO, Il controllo giudiziale del provvedimento di diniego dell'autotutela

medesimi effetti satisfattivi di una sentenza dichiarativa di nullità²¹ La legge disciplina due diverse modalità di attivazione della procedura a seguito di istanza: nelle ipotesi più frequenti è il contribuente, portatore di un interesse individuale, a richiedere il riesame dell'atto; mentre in altri casi del tutto eccezionali, è un soggetto terzo, portatore di un interesse collettivo, generale e diffuso, a riproporre l'istanza che, in quanto sottoposta a vaglio, diviene qualificata e difficilmente sarà considerata dall'Amministrazione come irragionevole e infondata. In entrambe le ipotesi si ha un procedimento conseguente ad un'istanza che obbliga l'Amministrazione non solo a procedere ma anche a concludere, generalmente entro 90 giorni, mediante l'adozione di un provvedimento espresso.²² Il contribuente ha diritto a pretendere dall'Amministrazione l'avvio del procedimento di secondo grado e una risposta, non solo in caso di accoglimento ma anche in caso di rigetto della sua richiesta. In altri termini all'obbligo dell'Amministrazione di concludere il procedimento si contrappone la necessità di tutelare la legittima aspettativa del contribuente ad avere una comunicazione relativa all'esito del riesame.

All'Amministrazione finanziaria non è consentito in genere annullare, l'avviso di accertamento notificato al contribuente e sostituirlo con un nuovo, contenente una maggiore pretesa impositiva derivante da un diverso e più attento giudizio degli elementi istruttori già disponibili al momento dell'emanazione del primo accertamento., tale pretesa contrasta con i presupposti dell'accertamento integrativo. Mentre l'Amministrazione finanziaria non ha alcun limite nel riesaminare il proprio operato, nell'annullare i propri atti di sostituirli con altri ritenuti legittimi purchè l'ammontare dei tributi contestati sia uguale o inferiore rispetto a quello dell'atto originario.

Conclusioni

Nei precedenti paragrafi oggetto di studio sono stati i provvedimenti amministrativi e le disposizioni normative che hanno un ruolo centrale nella sentenza in esame: l'obbligo di motivazione così come sancito all'art. 42 del D.P.R. 600 del 1973 e gli istituti dell'accertamento integrativo e dell'autotutela. Ebbene la Corte, esaminate le eccezioni addotte dalle parti afferma che, nel caso di avviso di accertamento privo dell'indicazione dell'aliquota applicata, quindi nullo per violazione dei principi di cui all'art. 42 del D.P.R. 600 del 1973, l'emanazione di un successivo atto costituisce esercizio del potere di autotutela dell'Amministrazione finanziaria

²¹ F. BENVENUTI, Appunti di diritto amministrativo, qualifica gli atti di secondo grado come provvedimenti amministrativi espressione di una funzione materialmente giurisdizionale.

²² Così F. TESAURO; Gli atti impugnabili ed i limiti della giurisdizione tributaria, in Giust. Trib. 2007; G. GIANNI', L'autotutela tributaria e i mezzi di tutela alla luce delle modifiche introdotte alla L. n. 241/1990; S. MUSCARA'; Gli inusuali ambiti dell'autotutela in materia tributaria.

e non del potere di accertamento integrativo. Divergente è stata, in ultimo, la valutazione della Corte di Cassazione in merito alla portata del secondo avviso, mera integrazione secondo la Commissione Tributaria Regionale adita. Dopo aver inquadrato l'atto, la Corte sottolinea le conseguenze sul piano processuale, del giudizio avente ad oggetto la legittimità dell'atto originario, sancendo che, vi è impossibilità per il giudice di emanare una pronuncia di nullità di un atto, nei fatti già annullato dall'Amministrazione, che preso atto del venir meno di ogni interesse ad agire deve dichiarare cessata la materia del contendere. La Cassazione chiarisce gli effetti giuridici della dichiarazione della cessata materia del contendere: il venire meno dell'interesse ad agire in giudizio determina la caducazione della sentenza perché è l'interesse al processo e non all'impugnazione che è venuto meno, differente della rinuncia al ricorso che ne determina il passaggio in giudicato; assoluta inidoneità della sentenza di cessazione della materia del contendere ad acquistare efficacia di giudicato sostanziale sulla pretesa fatta valere, se non limitatamente al profilo processuale del venir meno dell'interesse alla prosecuzione del giudizio, la sentenza può esplicare effetti sull'oggetto del giudizio, nel caso di specie, l'atto originario è venuto meno ed è stato sostituito (e non integrato) da un nuovo atto, rispetto al quale il precedente giudizio non può produrre effetti. Il potere dell'Amministrazione di integrare ha come presupposto un atto (l'avviso di accertamento originariamente adottato) che continua ad esistere e non viene sostituito dal nuovo avviso di accertamento che, qualora l'Ufficio venisse a conoscenza di nuovi elementi, integrerebbe e modificherebbe il contenuto del primo atto, conservando ciascun atto la propria autonomia ed efficacia. L'atto di autotutela, invece, ha per oggetto un precedente atto di accertamento che è illegittimo e al quale si sostituisce con innovazioni che possono investire tutti gli elementi strutturali dell'atto e che, quindi, deve condurre alla sua eliminazione con la contestuale sostituzione con nuovo provvedimento diversamente strutturato. Qualora fosse accettata la natura integrativa del secondo provvedimento si arriverebbe al risultato - come raggiunto dai giudici di merito - di attribuire efficacia sanante alla motivazione di un atto già perfezionato., in contrasto con quanto stabilito dall'art. 7 dello Statuto del contribuente che non consente all'Ufficio di differire, ad un momento successivo rispetto all'emanazione dell'atto impositivo, la specificazione delle ragioni della pretesa

Svolgimento del processo

1.1. M.G. impugnava l'avviso di accertamento emesso dall'Ufficio delle II.DD. di Montichiari con cui, a seguito di indagini bancarie, il reddito di lavoro autonomo relativo all'anno 1993, già dichiarato nella misura di L. 67.076.000, veniva determinato in L. 181.813.000. Veniva eccepita la violazione del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 47, rilevandosi che l'accertamento non era fondato su dati certi, essendo per altro viziato da errori di calcolo.

1.2 - Nelle more del giudizio di primo grado l'Ufficio emetteva un avviso di accertamento definito "integrativo" - oggetto di impugnazione autonoma da parte del contribuente - con il quale venivano specificate le aliquote applicate, indicate nel primo provvedimento soltanto con riferimento alla misura massima ed a quella minima.

1.3 - La Commissione tributaria provinciale di Brescia rigettava il ricorso.

1.4 - Proponeva appello il M., deducendo in primo luogo che, essendo stato annullato in via di autotutela il primo provvedimento, la CTP avrebbe dovuto rilevare l'intervenuta cessazione della materia del contendere.

1.5 - La Commissione tributaria regionale della Lombardia confermava la decisione di primo grado, osservando, quanto alla suindicata eccezione di natura procedurale, che l'Ufficio aveva "annullato e sostituito il primo avviso di accertamento con altro successivo solo ed esclusivamente nella parte in cui vi era l'integrazione con l'indicazione delle aliquote degli scaglioni d'imposta, applicabili ai redditi imponibili". 1.6 Con atto notificato in data 4 aprile marzo 2002 il M. proponeva ricorso per cassazione, nei confronti del Ministero dell'Economia e delle Finanze e dell'Agenzia delle Entrate, avverso detta decisione.

1.7 Si deducevano violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 42, vizio di motivazione in ordine a un punto decisivo della controversia, ai sensi, rispettivamente, dell'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, ribadendosi l'eccezione di nullità dell'avviso di accertamento, per omessa specificazione delle aliquote applicate, non esaminata, ancorchè ritualmente dedotta e ribadita nel corso dei giudizi di merito.

1.8 Si costituivano con controricorso le parti intimiate, contestando la fondatezza dell'impugnazione.

Motivi della decisione

2.1 Rileva preliminarmente il Collegio come risulti del tutto pacifica la circostanza relativa all'emissione, nelle more del giudizio di primo grado, di nuovo avviso di accertamento - impugnato con autonomo ricorso che ha dato vita a un distinto procedimento - di contenuto quasi identico a quello da cui è scaturito il presente giudizio, vale a dire del medesimo tenore, con la sola eccezione della specificazione delle aliquote applicate, in un primo momento indicate con il mero riferimento a quella minima e a quella massima.

2.2 - Divergente, tuttavia, è la valutazione parti in merito alla portata del secondo avviso: nuovo accertamento emesso in via di autotutela, secondo il contribuente, e tale da costituire un nuovo atto autonomamente impugnabile; mera integrazione, secondo l'assunto, recepito dalla Commissione tributaria regionale, della difesa erariale.

2.3 - Codesta questione assume carattere pregiudiziale, poichè, ove si acceda alla tesi della caducazione, a seguito del concreto esercizio dei poteri di autotutela dell'amministrazione, del primo provvedimento, impugnato con il ricorso che ha dato vita al presente giudizio, non potrebbe non rilevarsi la cessazione della materia del contendere.

2.4 - Mette conto di evidenziare, in via preliminare, l'infondatezza dell'eccezione dei controricorrenti secondo cui la decisione impugnata (in cui non risulta esaminato il vizio dedotto, evidentemente perchè ritenuto sanato mediante l'atto qualificato come "integrativo") sarebbe corretta, anche perchè il M. non avrebbe dedotto "alcuna cessazione della materia del contendere". In proposito va richiamato il costante orientamento di questa Corte secondo cui la cessazione della materia del contendere - che deve essere dichiarata dal giudice anche d'ufficio - costituisce, nel rito contenzioso avanti al giudice civile, una fattispecie di estinzione del processo, creata dalla prassi giurisprudenziale, che si verifica quando sopravvenga una situazione che elimini la ragione del contendere delle parti, facendo venire meno l'interesse ad agire e contraddire, e cioè l'interesse a ottenere un risultato utile, giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice, da accertare avendo riguardo all'azione proposta e alle difese svolte dal convenuto. All'emanazione di una sentenza di cessazione della materia del contendere, pertanto, segue, da un lato, la caducazione della sentenza impugnata, a differenza della rinuncia al ricorso, che ne determina il passaggio in giudicato, e dall'altro, l'assoluta inidoneità della sentenza di cessazione della materia del contendere ad acquistare efficacia di giudicato sostanziale sulla pretesa fatta valere, limitandosi tale efficacia di giudicato al solo aspetto del venire meno dell'interesse alla prosecuzione del giudizio (Cass., 25 maggio 2007, n. 12310; Cass., 3 marzo 2006, n. 4714).

2.5 - Nè si dubita che la sopravvenuta carenza d'interesse a una pronuncia a seguito di cessazione della materia del contendere debba rilevarsi, anche d'ufficio, nel giudizio di legittimità, a condizione che della situazione che l'abbia determinata sussista la prova, che può essere anche fornita attraverso produzione documentale effettuata ai sensi dell'art. 372 c.p.c., (Cass. Sez. Un., 21 giugno 2007, n. 14385).

2.6 - Con specifico riferimento al procedimento contenzioso in materia tributaria, è costantemente affermato il principio secondo cui l'annullamento in via di autotutela di un atto, da parte dell'amministrazione finanziaria, successivamente alla sua impugnazione, determini la sopravvenienza di carenza di interesse, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo (Cass., 2 luglio 2008, n. 18054; Cass., 13 gennaio 2006, n. 634; Cass. 4 febbraio 2005, n. 2305).

In tal senso, depongono, per altro, sia la lettera che la ratio del D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 46. Nel regolare la fattispecie della cessazione della materia del contendere nel processo tributario, questa norma, infatti, sancisce perentoriamente ed in via generale che "il giudizio si estingue... nei casi di definizione delle pendenze tributarie e in ogni altro caso di cessazione della materia del contendere" ed appare improntata a chiari intenti deflattivi, anche in considerazione dell'automatico criterio di regolamentazione delle spese processuali, originariamente previsto al comma 3 (con disposizione, poi, dichiarata parzialmente incostituzionale da Corte Cost. n. 274/2005). A tale ultimo proposito, non va trascurato di considerare che - in funzione del principio costituzionale di ragionevole durata del processo di cui

all'art. 111 Cost., rilevante anche ai fini del processo tributario - le finalità deflattive (che l'evoluzione legislativa tende, del resto, costantemente a potenziare, come si evince dalla disposizioni in tema di accertamento con adesione) configurano, senza dubbio, privilegiato canone ermeneutico per una lettura costituzionalmente orientata delle norme che regolano le liti.

3.1 - Tanto premesso, si impone una verifica del rapporto fra l'atto originario e quello successivamente emesso, da effettuarsi sulla base della loro effettiva connotazione, vale a dire prescindendo dal nomen iuris utilizzato dalla parte, in quanto anche gli atti amministrativi, cui vanno generalmente condotti quelli impositivi, vanno interpretati non solo in base al tenore letterale, ma anche risalendo all'effettiva volontà dell'amministrazione ed al potere concretamente esercitato (Cons. St., 15 ottobre 2003, n. 6316).

Avuto anche riguardo al quadro normativo in tema di autotutela (D.P.R. n. 287 del 1992, art. 68; D.L. n. 564, art. 2 quater, convertito in L. n. 656 del 1994), mette conto di richiamare l'orientamento di questa Corte secondo cui il potere di accertamento integrativo ha per presupposto un atto (l'avviso di accertamento originariamente adottato) che continua ad esistere e non viene sostituito dal nuovo avviso di accertamento il quale, nella ricorrenza del presupposto della conoscenza di nuovi elementi da parte dell'ufficio, integra e modifica l'oggetto ed il contenuto del primitivo atto cooperando all'integrale determinazione progressiva dell'oggetto dell'imposta, conservando ciascun atto la propria autonoma esistenza ed efficacia, con tutte le conseguenze che ne derivano anche in tema di impugnazione. L'atto di autotutela, invece, assume ad oggetto un precedente atto di accertamento che è illegittimo, ed al quale si sostituisce con innovazioni che possono investire tutti gli elementi strutturali dell'atto, costituiti dai destinatari, dall'oggetto e dal contenuto e può condurre alla mera eliminazione dal mondo giuridico, del precedente o alla sua eliminazione ed alla sua contestuale sostituzione con un nuovo provvedimento diversamente strutturato (Cass., 22 febbraio 2002, n. 25; V. anche Cass., 7 luglio 2009, n. 15874).

3.2. - D'altra parte, ove si accedesse alla tesi della natura integrativa del secondo provvedimento, si perverrebbe al risultato, sostanzialmente conseguito dalla Commissione tributaria regionale, di attribuire efficacia sanante alla motivazione integrativa di un atto già perfezionato (nella specie carente sotto tale profilo e già autonomamente impugnato), privo, per l'appunto, di idonea struttura argomentativa, in netta contrapposizione rispetto al principio secondo cui, come emerge dal D.P.R. n. 600 del 1973, art. 42, come modificato in attuazione dell'art. 7, dello Statuto del contribuente, non è consentito all'ufficio differire a un momento successivo rispetto all'emanazione dell'atto impositivo l'esplicitazione delle ragioni della pretesa impositiva.

4. Tanto premesso, deve constatarsi come sia del tutto pacifico, risultando dal tenore della decisione impugnata, e dalle affermazioni della parti, che nell'avviso di accertamento oggetto del presente giudizio, vale a dire nella sua originaria consistenza, non erano indicate le aliquote applicate. In tale caso, secondo un orientamento condiviso dal Collegio, si verifica una violazione del principio di chiarezza e precisione posto alla base della norma contenuta nel D.P.R. n. 600 del 1973, art. 42, tale da determinare la nullità dell'atto impugnato (v. Cass., 20 febbraio 2009, n. 4187; Cass., 11 giugno 2008, n. 15381; Cass., 12 luglio 2006, n. 15834). Alla relativa declaratoria (che, del resto, sarebbe priva di efficacia sostanziale nei confronti del nuovo provvedimento, immune da vizi: Cass., 14 maggio 2007, n. 10949), tuttavia, non è dato di pervenire, risultando altrettanto pacificamente dagli atti la circostanza relativa all'emanazione di nuovo avviso di accertamento contenente l'indicazione originariamente omessa, il quale, per le ragioni esposte, non può avere efficacia meramente integrativa e che comporta, quindi, la caducazione del primo atto, con conseguente cessazione di qualsiasi interesse a una pronuncia ad esso inerente (cfr. Cass., 4 ottobre 2006, n. 21380, proprio in tema di atto viziato per omessa indicazione delle aliquote).

5. Deve pertanto dichiararsi la cessazione della materia del contendere, ricorrendo giusti motivi, avuto riguardo alla peculiarità della fattispecie, per l'integrale compensazione delle spese dell'intero giudizio.

P.Q.M.

La Corte dichiara cessata la materia del contendere. Dichiara compensate le spese dell'intero giudizio. Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Quinta Civile - Tributaria, il 7 ottobre 2009. Depositato in Cancelleria il 3 febbraio 2010