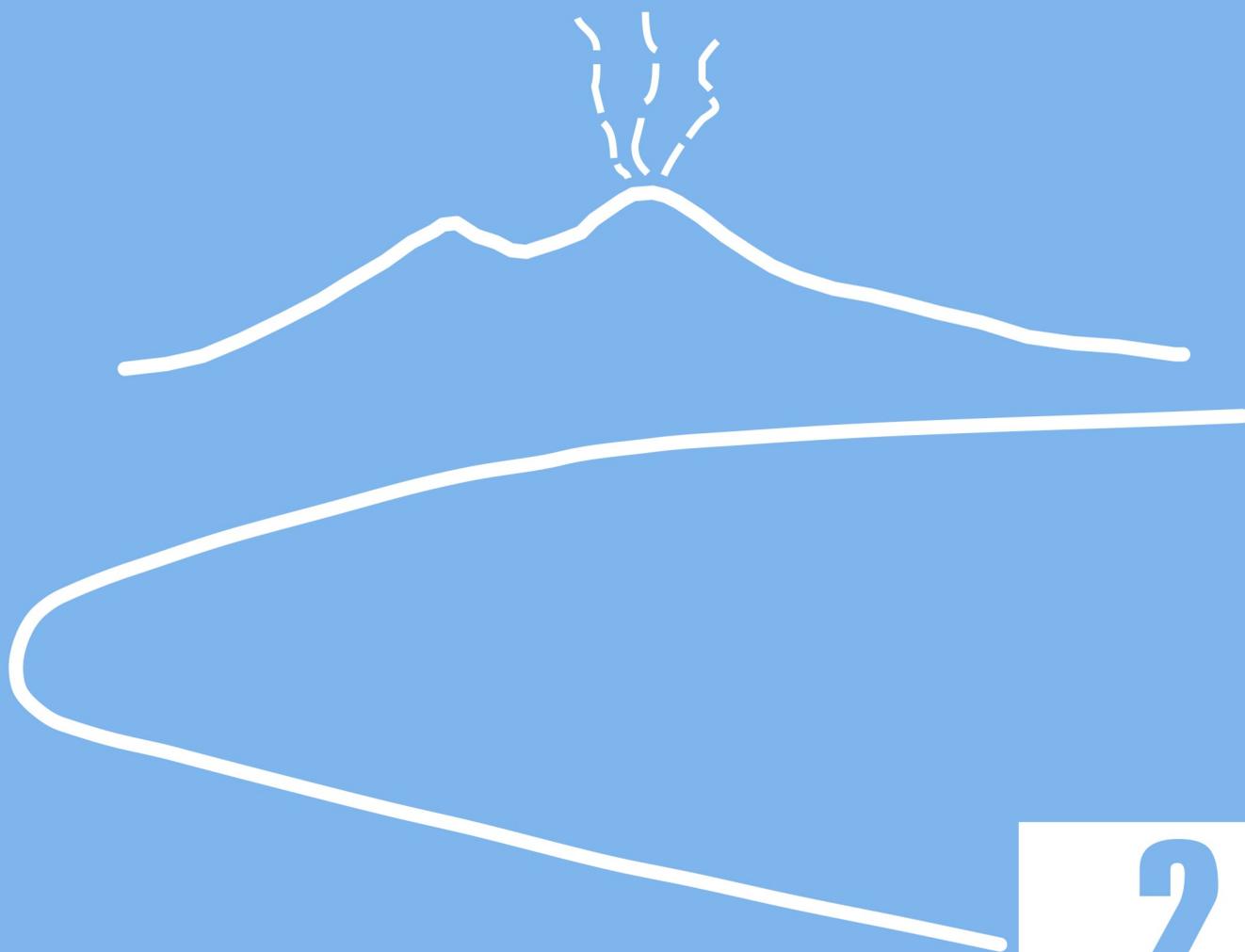




UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

*I*nnovazione *e* *D*iritto



2

2006

COMITATO SCIENTIFICO

Prof. Raffaele Perrone Capano (direttore)
Prof. Andrea Amatucci
Prof. Raffaele Balbi
Prof. Agostino Carrino
Prof. Benedetto Conforti
Prof. Pasquale De Sena
Prof. Silvano Labriola
Prof. Cesare Dell'Acqua
Prof. Massimo Iovane
Prof. Vincenzo Lippolis
Prof. Roberto Mastroianni
Prof. Emilio Pagano
Prof. Flavia Petroncelli Hubler
Prof. Luigi Sico
Prof. Giuliana Stella
Prof. Mario Tedeschi
Prof. Talitha Vassalli
Prof. Elisabetta De Franciscis
Prof. Luciana Di Renzo
Prof. Marinella Fedeli
Prof. Francesco Janes Carratu'
Prof. Vincenzo Pace
Prof. Manlio Ingrosso

COMITATO DI DIREZIONE

Prof. Andrea Amatucci (Diritto finanziario)
Prof. Carlo Amatucci (Diritto commerciale interno ed internazionale)
Prof. Alfonsina De Felice (Diritto della previdenza sociale)
Prof. Pasquale De Sena (Diritti umani)
Prof. Luciana Di Renzo (Finanza degli Enti locali)
Prof. Stefano Fiorentino (Diritto tributario)
Prof. Massimo Iovane (Organizzazioni economiche internazionali)
Prof. Fiorenzo Liguori (Diritto amministrativo)
Prof. Giovanni Marino (Filosofia del diritto)
Prof. Paolo Nunziante (Cibernetica del linguaggio)
Prof. Francesco Santoni (Diritto del lavoro)
Prof. Luigi Sico (Diritto dell'Unione europea)
Prof. Sandro Staiano (Diritto costituzionale)
Prof. Mario Tedeschi (Diritti dell'uomo e libertà di religione)
Prof. Talitha Vassalli (Diritto internazionale)
Dott.ssa Maria Modesta Minozzi

DIRETTORE RESPONSABILE

Avv. Maurizio Migiarrà

RESPONSABILI DI REDAZIONE

Roberta Alfano
Giordano Di Meglio
Chiara Fontana
Filippo Perriccioli
Loredana Strianese

REDAZIONE

Gino Buonauro
Germana Carobene
Anna Di Lieto
Antonio Lanzaro
Rita Mazza
Caterina Nicolais
Fulvio Maria Palombino

INNOVAZIONE E DIRITTO – rivista on line

<http://www.innovazioneDiritto.unina.it>
Registrazione Tribunale di Napoli n. 45 del 22 giugno 2005
ISSN 1825-9871

GRAFICA

Sebastiano Romitelli

PDF EDITING

Vittorio Mostacciuolo



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI
NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

I nnovazione

e

D iritto

I nnovazione e D iritto è una rivista *open*. La rivista è consultabile e scaricabile liberamente attraverso le pagine del suo sito web all'indirizzo

<http://www.innovazionediritto.unina.it>

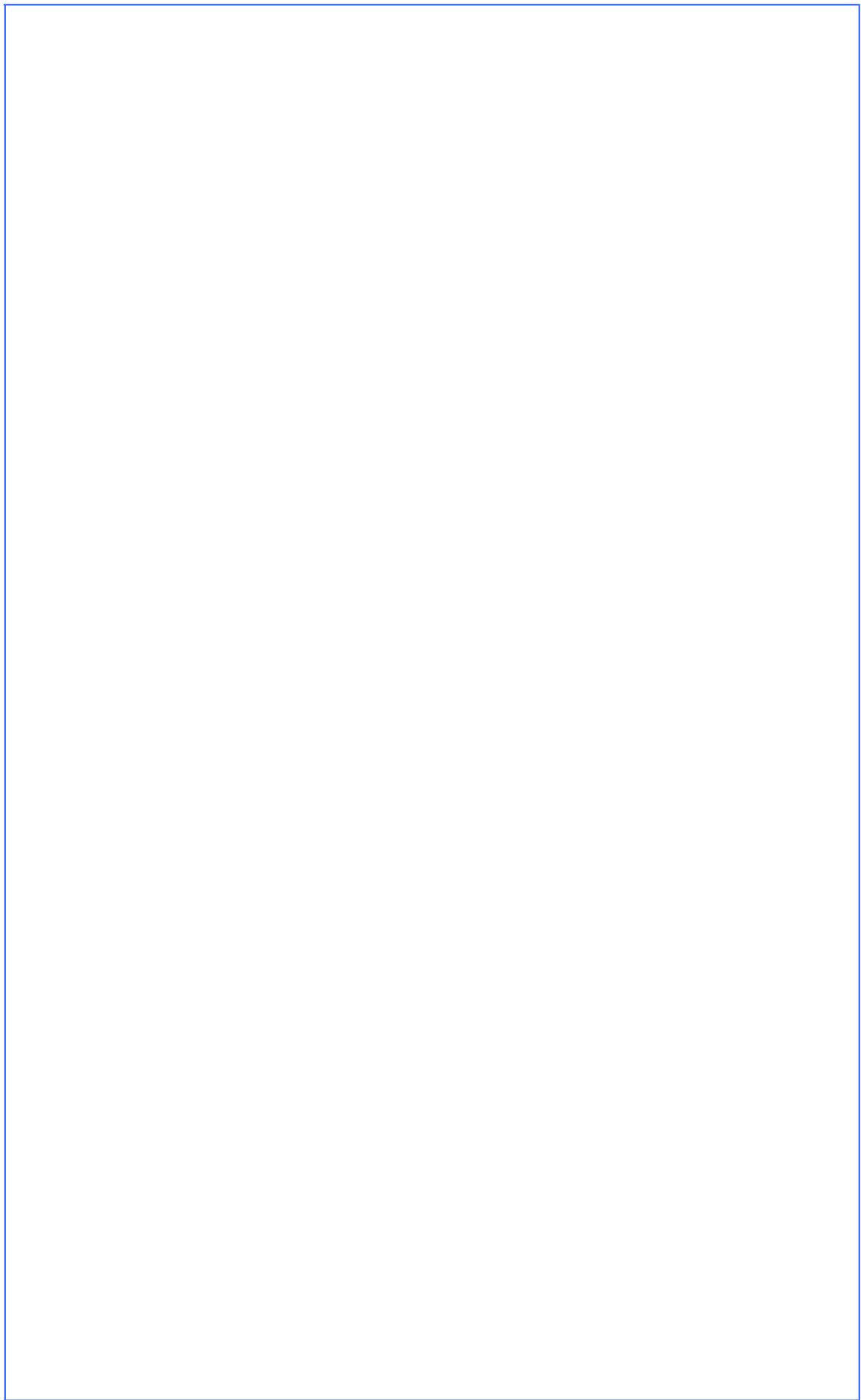
La rivista e tutti i suoi contenuti possono essere riprodotti liberamente a condizione che se ne citi sempre la fonte, riportando il web address.

Per contattare la redazione utilizzare il seguente indirizzo email:
redazione@innovazionediritto.unina.it

*La rivista è edita dal laboratorio **LARIGMA** presso il Dipartimento di Scienze Internazionali e Studi sul Sistema Politico ed Istituzionale Europeo*

INDICE

Tra storia e diritto: ne discutono Mario Tedeschi e Raffaele Ajello	1
A proposito della questione IRAP-CORTE DI GIUSTIZIA di Luciana di Renzo.....	25
Riformare l'IRAP per renderla compatibile con l'ordinamento europeo è interesse dell'Italia di Raffaele Perrone Capano.....	30
L'autotutela e la compensazione delle spese di giudizio: il <i>revirement</i> della Corte costituzionale di Maria Pia Nastri.....	52
L'efficacia diretta del diritto OMC nell'ordinamento giuridico comunitario alla luce del caso <i>Fedon</i> di Giovanbattista Greco	65
Autonomia tributaria regionale e progressività: il limite dei principi di coordinamento di Ivana Ruotolo	78
L'evoluzione del concetto di scarico dalla Legge Merli al nuovo Testo Unico Ambientale di Dea Squillante	91
SEGNALAZIONI GIURISPRUDENZIALI	107
NEWS	109
Relationship between municipal and international law di Alfredo Terrasi.....	110
Verso una eccellenza sostenibile di Guido Trombetti.....	115



Tra storia e diritto: ne discutono Mario Tedeschi¹ e Raffaele Ajello²

Tedeschi. [Per una dimensione ampia dell'esperienza giuridica]

Ho aderito molto volentieri all'invito rivoltomi dall'amico Perrone Capano di discutere con te su questo tema, anche per aver modo di porre a confronto le nostre ricerche, che pure – come abbiamo avuto modo di constatare molte volte – concordano pienamente su un punto centrale: nella convinzione che sia necessario collocare l'esperienza giuridica entro coordinate molto ampie, per coglierne i significati profondi e non meramente formali. Alla problematica storica sono connessi alcuni dei quesiti che mi hanno impegnato fin dall'inizio della mia formazione di giurista. Quasi vent'anni fa, in un breve libretto, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, mi sono occupato, nel primo capitolo, proprio dei rapporti tra storia e diritto sul piano metodologico, tema che costituisce il presupposto di un mio interesse generale. Nel nostro dialogo ritornerò su questi aspetti, consapevole che alcune delle mie posizioni sono da te condivise ed altre possono esserlo un po' meno.

La storia del diritto in Italia si è aperta solo da poco tempo all'esame della cultura giuridica quale meditazione sugli ordinamenti e sulle strutture normative delle società. In precedenza, quando ero studente, si procedeva diversamente quanto ai metodi, ai tempi, ed agli spazi geografici. Si preferiva trattare degli istituti giuridici, intesi come monadi logiche astratte, non pienamente collegate al campo delle tensioni sociali, si era soliti segnare la fine del medioevo e l'inizio dell'età moderna con la pace di Westfalia, e difficilmente gli storici del diritto si rapportavano con il mondo attuale e si aprivano ad ampi problemi di storia della cultura giuridica moderna e della società contemporanea. I nostri maestri erano in genere medievalisti ed italianisti, ossia volti allo studio dei primordi della nostra storia nella fase comunale, signorile e premoderna o, al più, ai rapporti con il papato, ma sempre all'interno della realtà italiana e con prevalenti interessi positivisticci e tecnico-dogmatici. Oggi è fuori dubbio che gli orizzonti delle discipline giuridiche si sono di molto ampliati nei metodi, nei tempi e nei confini geografici. Dando per scontato che entrambi utilizziamo metodologie chiaramente non formalistiche né dogmatiche, la prima richiesta che ti vorrei rivolgere è di descrivere della storia giuridica italiana un rapido profilo, tale da mostrare i problemi più importanti.

¹ Ordinario di Diritto Ecclesiastico, Facoltà di Giurisprudenza, Università Federico II, Napoli

² Professore F.R. di Storia del Diritto italiano, Facoltà di Giurisprudenza, Università Federico II, Napoli

Ajello. [I metodi della conoscenza in generale: due teorie e due fasi]

Concordo pienamente con l'indirizzo che intendi dare alla nostra conversazione e con i tuoi giudizi espressi; ma dare un risposta breve è difficile. Infatti, due fattori storici sono strettamente tra loro intrecciati: i cambiamenti delle mentalità collettive e la serie degli avvenimenti. Tra questi due ordini di fenomeni esiste un rapporto di reciprocità, poiché l'uno dipende dall'altro e viceversa, secondo nessi circolari che non è possibile isolare: gli avvenimenti storici, in parte casuali, creano le esperienze esistenziali ed i punti di vista che così si sono formati determinano i giudizi sui successivi casi della vita. Risponderò indicando prima un profilo del versante teoretico, relativo alle mentalità, e poi quello pratico e politico, degli avvenimenti.

Com'è naturale, le società concepiscono in ogni epoca idee diverse dei loro metodi della conoscenza, anche giuridica, secondo logiche che tocca poi scoprire. Attribuiamo valori anche sentimentali alle differenze notate entro il breve arco della nostra esperienza esistenziale; ma il tema dei rapporti tra storia e diritto ha impegnato gli studiosi durante tre millenni almeno. Mi viene in mente il titolo di un'*Oratio inauguralis* di Jean Barbeyrac, tenuta nella Università di Losanna nell'aprile 1711: «*De dignitate et utilitate juris ac historiarum et utriusque disciplinae amica coniunctione*». Egli ne inserì il testo in appendice alla sua traduzione francese (due grossi volumi) del *De jure naturali et gentium* del giurista sassone Samuel Pufendorf. Per il giusnaturalista svizzero due componenti sono necessarie in una buona formazione giuridica, oltre quella sperimentale, la comparatistica e la storica, ed entrambe erano già da Aristotele considerate indispensabili a chi volesse concepire una corretta idea del diritto e dei suoi problemi. Quel suggerimento fu poi seguito sempre, ed indica le coordinate entro cui fin dall'antichità si è svolto il lavoro dei giuristi.

Ma la storia è, contemporaneamente, continuità e discontinuità. Chi non tiene conto di ciò che cambia, ignora la vita e si preclude la possibilità di fare il punto sulla situazione attuale. In una storia d'Europa ricchissima di avvenimenti e molto complessa, bisogna innanzi tutto individuare un punto che indichi la nascita della condizione attuale di civiltà in tutte le popolazioni che oggi fanno parte dell'Occidente, al loro interno ed ancor più verso l'esterno, verso gli altri 'mondi'. Non è il caso di riferirsi alla nascita del cristianesimo, perché anche questa religione prima fu perseguitata e poi mostrò a sua volta comportamenti persecutori, durante circa un millennio e mezzo, sia al suo interno sia verso l'esterno. La vera conquista moderna non è nella fede, ma nel dubbio e nel

senso dei limiti delle nostre conoscenze. A mio parere, la svolta più importante della mentalità occidentale si è prodotta in una fase che va dalla rivoluzione scientifica, intesa in senso lato, con i suoi primordi nel rinascimento, fino all'illuminismo ed alla rivoluzione francese.

Durante quei quattro secoli sono avvenuti cambiamenti profondi non solo nei contenuti delle conoscenze, ma nel modo d'intendere i metodi di produzione del pensiero, da cui derivano i risultati, il significato ed il valore da attribuire alle nostre convinzioni. Conseguenze di quella svolta teoretica sono state i valori fondamentali della vita civile: la tolleranza, la non violenza, l'uguaglianza, la democrazia, la libertà di pensiero.

Ma le *formae mentis* hanno radici molto profonde (molti pensano ancor oggi secondo idee medievali) e le loro trasformazioni hanno subito e subiscono l'influenza di condizioni ambientali e di vicende storiche estremamente varie. Non vi è paese che abbia una storia (ed una mentalità sociale) del tutto simile a quella di un altro. Ciò vale per gli Stati d'Europa ed in particolare per le regioni che solo da circa 160 anni possiamo dire legittimamente italiane. Perciò preciso che il mio esame delle strutture sociali (mentali ed istituzionali) giuridiche tiene conto specialmente della popolazione meridionale, che ha vissuto, nella parte continentale del Mezzogiorno, una storia unitaria particolarmente lunga, almeno dalla conquista normanna in poi; ma che si è tenuta sempre in rapporto con l'Europa, nella condizione, molto scomoda e penalizzata, di sua frontiera meridionale.

Tutti sanno che, nella visione medievale ed umanistica, il diritto era inteso come scienza 'essenziale' di valori 'oggettivi', da configurare ben oltre ogni relazione con i casi transeunti e con le sorti cangianti delle società. Della *Jurisprudentia* i giuristi colti ripetevano spesso e volentieri la definizione ulpianèa: *Divinarum atque humanarum rerum notitia* (Digesto 1,1,10). Era una formula che fin dall'antichità aveva convalidato la loro funzione di *sacerdotes juris*. In questo modo essi implicitamente affermavano che gli schemi organizzativi delle società avevano caratteri divini, quindi oggettivi, universali ed eterni, più che umani. Quella dottrina nacque a Bologna, agli inizi del secolo dodicesimo, dove i glossatori, riscoprendo le fonti imperiali del diritto romano, si attribuirono le stesse funzioni dei *proceres et senatores*, ossia dei magnati e saggi che gli imperatori consultavano prima di emanare qualunque legge. Lo scopo di quell'ideologia è trasparente: serviva ad esaltare le funzioni ed i poteri dei giuristi. Erano tempi in cui dominavano le signorie feudali, gli uomini di spada, ed era già esploso, con la riforma gregoriana, lo scontro tra le massime autorità terrene: il papato, l'impero, le prime forme degli Stati monarchici.

In base a quella concezione della Verità, le volontà dei singoli e dei comuni mortali, e le maggioranze politiche avevano valore molto limitato: contava solo la volontà degli addetti al culto, simulata com'interpretazione di strutture oggettive *a priori*. È perfettamente logico che questa idea del diritto si dovesse affermare specialmente dov'era in corso un forte processo di accentramento statale, e potesse esser posta al servizio dei nuovi, forti apparati statali, contro le forze centrifughe, in primo luogo il feudo e la chiesa romana: infatti ebbe gran successo in Francia e nel regno di Napoli, ma, ad esempio, non in Inghilterra ed in Sicilia. In conseguenza, quella visione prevalse, prevalse sulle medievali organizzazioni per ceti (stati generali e parlamenti), che non a caso a Parigi ed a Napoli s'indebolirono progressivamente fino a non esser più convocate dopo la prima metà del '500.

In realtà, in tutt'Europa sopravvissero forme istituzionali vecchie insieme alle nuove, ed anzi queste ultime manifestarono una forte vocazione a porsi a loro volta come ceto egemone, in una continua dialettica multipla, in una sorta di caleidoscopio di figure in movimento, continuamente cangianti. Una particolare instabilità delle forze, prive di un forte punto di coagulo, si ebbe in quasi tutte le regioni italiane, perché il papa affermò la sua sovranità sulla Penisola ed impose una politica di equilibrio, affinché nessuno degli Stati regionali fosse in grado di prendere il sopravvento sugli altri. In conseguenza i poteri giurisdizionali, grazie anche all'accennata visione ontologica della Verità e delle scienze, acquisirono dovunque funzioni di supplenza rispetto a governi centrali, che erano deboli all'interno e verso l'esterno. Solo Venezia e Genova si sottrassero in parte a questa sorte.

Rispetto all'estrema varietà delle situazioni, una certa uniformità fu creata proprio dal modello di conoscenza cui erano fedeli i due ceti più colti, i *sacerdotes* sia *juris* sia *ecclesiae*, con differenze importanti, ma non fondamentali. L'Ordine, ossia la Verità, era concepito come oggettivo, in base al modello formale della matematica: che due e due fanno quattro e non cinque è un dato che non potrà essere mai modificato da nessuno. Come sacerdoti di un culto divino, i giuristi non temevano contraddizioni e, in apparenza, non degnavano di considerazione né la politica, né le altre discipline scientifiche, verso cui dichiaravano la superiorità del loro specifico sapere, fondato su esperienze antiche ed insuperabili, trasfuse nei testi romani (si pensi alle affermazioni di Andrea Alciato). Pochi anni più tardi, in pieno Cinquecento, il giurista francese Gérard de Maynard scriveva che i magistrati, ed in genere i giuristi, grazie alla loro *Scientia*, ricevevano dall'al di là ispirazioni misteriose.

Ma intanto l'analisi della fenomenologia conoscitiva umana e la critica delle relative tecniche, attraverso Valla, Machiavelli, Montaigne, Bacon, Descartes, Pascal e Bayle, pervenne con Locke all'elaborazione di nuove basi teoriche del sapere, non logico-formali, ma empirico-pragmatiche, e quindi ad una svalutazione radicale dei metodi secondo cui erano state elaborate le vecchie scienze. Per effetto di quel plurisecolare e graduale processo di demolizione di 'Verità' un tempo ritenute 'oggettive', nella prima metà del Settecento crollò la convinzione che il coordinamento logico degli astratti dati numerici (il modello matematico) potesse esser preso come esempio e come metodo secondo cui costruire una qualsiasi verità oggettiva. A questo punto, prima il più autorevole tra i matematici viventi, Isaac Newton ed i suoi divulgatori, poi i due massimi creatori dell'*Encyclopédie*, d'Alembert e Diderot, dimostrarono che con la matematica si perviene a risultati che sembrano dotati di una perfezione apodittica solo perché tutto il procedimento si fonda su monadi astratte, in realtà inesistenti, prive di connotati che non siano meramente formali. Tutto il ragionamento aritmetico è basato sull'ipotesi che un'unità sia identica all'altra; ma questa premessa non ha alcun riscontro nella natura, e quindi neanche in noi stessi, dove tutto è diverso e tutto cambia continuamente.

Quando questo modo di pensare si fu diffuso tra i dotti, se ne trasse la conferma che, come Locke aveva avvertito, tutte le tecniche del pensiero e delle scienze dovevano subire una profonda revisione, tutto doveva esser ripensato alla luce della sola tecnica acquisitiva che dava affidamento: l'esperienza. Essa appariva certa nella sua volubilità problematica, perché non soltanto le conoscenze umane, ma anche tutte le strutture della vita, della società, del mondo umano erano state costruite mediante un'acquisizione graduale e sperimentale. Intanto, i primi dati delle ricerche naturalistiche ed antropologiche mostravano che le vecchie ricostruzioni della storia naturale ed umana non erano che miti, da giudicare tutt'al più poetici. Ne nacque – come dimostrò Paul Hazard – persino una radicale svalutazione della poesia.

Fu a questo punto che il vecchio impianto del diritto fu rapidamente messo in dubbio. Negli anni quaranta del Settecento Ludovico Antonio Muratori era l'intellettuale italiano vivente più autorevole: nel 1742 egli qualificò la definizione ulpianèa (*Divinarum atque humanarum rerum notitia*) come una «strepitosa sparata, che non gli si può menar buona». Con quel tagliente giudizio, che suscitò un vespaio di polemiche e di furibonde proteste da parte dei giuristi positivi, il mite e geniale sacerdote modenese esprimeva i nuovi ideali pragmatici delle scienze ed i nuovi indirizzi critici, tratti da Locke. Quella critica può essere riassunto così: deve esserci qualcosa di profondamente sbagliato in un

complesso di dottrine giuridiche e di sistemi giudiziari che in pratica bloccano la produttività, sono al servizio del potenti e, nel migliore dei casi, funzionano malissimo. È legittimo il dubbio che l'errore sia proprio nelle pretese metafisiche e sacerdotali.

La protesta di Muratori prova che, per effetto della rivoluzione scientifica, l'idea di una conoscenza universale ed oggettiva era tramontata. Le scienze incominciavano ad essere valutate non in astratto, ma per la loro capacità di generare effetti produttivi. Verso i risultati pratici, non sui valori in sé e per sé, si spostava l'attenzione degli intellettuali. Ma i giuristi, anche i migliori – si pensi a Francesco Rapolla – rifiutarono duramente quella diagnosi perché, operando essi in una situazione di supplenza rispetto a poteri politici deboli, spesso incolti e squalificati, accoglierla avrebbe comportato di affidare anche il diritto all'avventurismo di cortigiani e di gruppi dirigenti avventurosi ed impreparati. Tuttavia è molto grave che, ancor oggi, almeno negli ultimi decenni, tra gli storici italiani del diritto e specialmente tra i meno giovani, i più continuino a dar torto a Muratori.

Durante l'antico regime, non soltanto in Italia, ma anche in Francia ed quasi in tutta l'Europa continentale, la polemica rivendicazione d'indipendenza delle magistrature rispetto alle classi politiche cortigiane corrispondeva ad una situazione caotica ed indecorosamente compromissoria. Poiché le corti di giustizia non motivavano le sentenze e le decisioni, la pletorica produzione dottrinale costituiva uno sfondo puramente teorico rispetto ai loro orientamenti, che erano noti solo approssimativamente, poiché si mantenevano volutamente liberi ed arcani, privi di ogni vincolo. In questo modo erano totalmente nascoste le eccezioni di volta in volta richieste dalla corte, e concesse agli amici, ai potenti, a vantaggio dei propri e degli altrui interessi: non trovava remore e freni la difesa dell'*establishment*. In quel modo, tuttavia, quando si voleva, si realizzava una valida e rapida efficienza.

Ma un altro aspetto del sistema si rivelò con il tempo ancora più grave, e fu causa di conseguenze soltanto negative e di gravissimo impatto sulla formazione delle mentalità sociali: la *Scientia juris*, non essendo rispettata in modo documentato e palese dalle grandi corti, poteva spaziare senza freni sui piani puramente ideali, teorici e tecnici, poiché colui che raccordava quelle astrazioni alle realtà pragmatiche era il singolo magistrato, che operava in assoluto segreto. E tanto costui taceva, quanto i dottori pontificavano e pubblicavano le loro elucubrazioni meramente teoriche. Ne nacque una grave deformazione dottrinale, idealistica, formalistica e meramente tecnica, libreria della produzione giuridica dottrinale. Le bandiere delle più alte e raffinate idealità

potevano essere continuamente agitate al vento, poiché quelle finzioni nessun prezzo comportavano e nessuna palese conseguenza producevano, se non una sola: la convinzione mentale che perseguire gli astratti ideali, moltiplicare i *flatus vocis*, rendesse gratuitamente in termini di prestigio. Ne nacque la sindrome della cicala, che realizza risultati opposti ai comportamenti dell'ape o della formica: una *forma mentis* pervasiva, che è stato poi molto difficile correggere

Questi caratteri, per effetto della naturale conversione circolare tra l'attività umana ed il suo oggetto funzionale, tra il risultato astratto da conseguire e lo strumentario con cui produrlo, attribuirono alle elaborazioni della scienza giuridica caratteri di astrattezza, che, ad esempio, erano e sono ignoti all'esperienza anglosassone. Non a caso in Inghilterra le Facoltà di Giurisprudenza e lo studio teorico-dogmatico del diritto sono nati soltanto nel secolo diciannovesimo. Da tutto ciò ebbero origine i caratteri di formalismo dottrinario tipici della scienza giuridica continentali; l'attività rivelata e dichiarabile, la cosiddetta giurisprudenza, non era altro che dottrina; le raccolte ufficiali di sentenze riproducevano le motivazioni del singolo magistrato, non della corte.

Qui interviene un altro dato storico che fu causa di conseguenze fondamentali. Queste consolidate *formae mentis* formalistiche furono poco nocive finché in sede di attuazione furono corrette dall'arbitrio e dal pragmatismo dei giudici; ma divennero devastanti quando operarono gli obblighi post-rivoluzionari di motivare le sentenze. Allora il dottrinarismo si estese all'intera attività dei giuristi, anche ai magistrati, che invece prima disprezzavano le dottrine, ma almeno si sentivano responsabili della giustizia materiale. Dopo la codificazione, avvenne l'inverso. Le colpe del disastro furono addossate totalmente ai politici, ed i magistrati acquisirono le forme del dottrinarismo giuridico, usandole da schermo per la massima conservazione possibile delle loro private mentalità arbitrarie.

Questi meccanismi perversi furono assai più inquinanti nelle società, come quella italiana, in cui i poteri politici avevano operato non nel pubblico agone, ma secondo prassi nascoste e non teorizzabili. *Tantum contende in republica, quantum probare tuis civibus possis*, soleva ripetere Tanucci, che se ne intendeva. In sostanza, il primo comandamento del vero politico era tutelare gli *arcana* della sua gestione, e del potere. Al segreto dei magistrati si aggiungeva quello dei politici: da quale fonte potevano trarre esperienza i cittadini?

Intanto, dopo Muratori, che cosa era avvenuto nelle pretese della *Scientia Juris*? Nella fase illuministica e postilluministica, del positivismo romantico e della restaurazione,

che si è prolungata molto a lungo in mancanza di soluzioni migliori, i giuristi di mestiere si sono rinchiusi nel loro specifico tecnico, isolandosi pur di salvare la loro astratta superiorità. Grazie alle radici profonde delle mentalità giuridiche (che già Tocqueville e Vivien de Goubert avevano previsto insuscettibili di riforme), essi sono in gran parte riusciti anche in Francia a ricostruire la loro autarchia e condizione separata, come dimostrò Arnaud in *Les juristes face à la société*. Tuttavia è da considerare una profonda differenza tra la Francia ed i modesti principati italiani: Oltralpe le strutture mentali poste alla base del governo politico, da Carlo Magno in poi, erano vecchie di oltre mille anni ed erano state collaudate da una rivoluzione epocale, si presentavano (e sono) senza confronto più forti che in Italia. Qui, invece, da Lorenzo de' Medici a Franceschiello ed oltre, la politica è stata sempre prassi svalutata rispetto all'arte del bel vivere ("chi vuol essere lieto, sia, del diman non v'è certezza"). Al machiavellismo rosso del Segretario fiorentino si aggiunse – come ha descritto Toffanin – il machiavellismo nero dei gesuiti; il diritto si è arroccato in tecniche prevalentemente formali. È prevalso così un metodo machiavellico che è la corruzione dell'insegnamento critico di Machiavelli.

La debolezza delle classi dirigenti regionali era generale, perché non era causata dalla scarsità d'uomini di talento, ma dalle inclinazioni mentali alla minuta furberia, che corrispondeva in modo speculare alla mancanza di qualunque religiosità, in particolare civile. José de Montealegre, ministro di Carlo di Borbone, notò che a Napoli nessuno si occupava del pubblico interesse e vide questo comportamento come aspetto caratteriale dei napoletani. Era ben noto un fatto a prima vista inspiegabile: di regola, all'approssimarsi di ogni esercito conquistatore, la popolazione si predispondeva non alla difesa, ma all'opposto, era immancabilmente a favore della nuova dominazione. In un memoriale informativo di fine Seicento, questa singolarità fu descritta con l'immagine di un asino che rode il cesto di paglia portato sul dorso come soma, perché spera che il nuovo sarà più leggero. Una predisposizione di questo genere, tipica di popolazioni molte volte perdenti, non poteva essere rapidamente sanata con l'Unificazione. A parte il caso limite napoletano, il vuoto di fiducia politica nelle comunità organizzate era generalizzato. Avviene sempre che, quando manca il terreno sotto i piedi, si ricorre ad ideali astratti come surrogato per consolarsi. Non è un caso che al cinismo di molti si aggiungeva la tendenza all'idealismo astratto di pochi. Certo è che negli anni Settanta dell'Ottocento, lo spostarsi della cultura giuridica dai modelli francesi ed inglesi, sin allora prevalenti, verso la cultura tedesca e verso l'idealismo hegeliano, indicò il crollo totale del pragmatismo costruttivo illuministico: e fu anche segno del persistere di un idealismo formalistico,

dovuto alle descritte condizioni potenti, ma compromissorie ed asfittiche, della cultura giuridica italiana. In questo modo il fondamentale problema di come si organizza in modo efficiente, e non soltanto ideale, una società, è stato molto più che altrove sottratto al dibattito pubblico, ed al maturarsi di esperienze collettive.

Tedeschi. [Le strutture mentali indicate come si comportano oggi?]

Il tuo *excursus* riguarda le strutture mentali profonde, quali si sono sviluppate e radicate fino all'Unificazione nazionale. Potresti dare qualche indicazione su come esse reagiscono oggi ai grandi cambiamenti dell'età postmoderna?

Ajello. [Digressione sull'attualità: dall'Universale al globale]

Ritorno subito dopo sui modi, sui tempi e sui caratteri delle *formae mentis* giuridiche, per fornire altri particolari sulla loro evoluzione comparativa in rapporto agli avvenimenti storici. Rispondo intanto al tuo quesito.

In questi ultimi decenni, con il crescere a dismisura degli strumenti d'informazione culturale e quindi delle nozioni naturalistiche, etnologiche, storiche, e con l'allargarsi dei problemi oltre i confini nazionali, ossia con l'affermarsi – come si suol dire – del "villaggio globale", i fenomeni giuridici stanno riacquistando la dimensione amplissima che il positivismo aveva limitato. Si può dire che il diritto tende a riguadagnare in orizzontale l'ampiezza che ha perduto in direzione verticale con la rivoluzione scientifica e specialmente con l'illuminismo. Ciò nonostante, non accenna a tramontare in una parte cospicua dei giuristi italiani, anzi si rinnova e si rafforza, l'antica tentazione di sfruttare l'importanza delle loro funzioni quali strumenti di poteri e di egoismi corporativi. Non a caso in Italia le remunerazioni dei magistrati sono le sole agganciate a quelle dei politici, in continuo aumento. La paralisi della giustizia è palese, ma le cause del fallimento non sono viste nel difetto di pragmatismo tipico della mentalità giuridica. È ancora forte la suggestione dei compiti sacerdotali, tarda a realizzarsi la trasformazione dello spiritualismo giuridico in una vera e propria ingegneria sociale, che sappia fare i conti dei costi e ricavi.

Non a caso questo fenomeno si manifesta specialmente in Italia, nella società che più tardi in Europa ha conosciuto la formazione di un forte, unitario, coordinato ceto di governo. Nella classe politica italiana, alla ritardata conquista di autorevolezza e di credibilità complessiva corrisponde la sua difficoltà di disciplinare il pluralismo delle funzioni legali, l'incapacità di ricondurre all'ordine ed al controllo centrale la molteplicità

delle pretese giurisdizionali: non a caso ad esse, nell'antico regime, durante la frammentazione regionale, erano stati attribuiti ibridi, ambigui compiti di supplenza politica, protratti durante molti secoli.

Analogamente, sul piano della storia giuridica, in perfetta contraddizione con l'accennato ampliarsi globale del quadro, cresce la pretesa di difendere gli esclusivismi disciplinari e di mantenere in piedi, anzi di rafforzare le barriere entro cui, durante molti secoli, sono stati celebrati i riti esclusivi, arcani e quasi esoterici, oggi palesemente anacronistici, dei *sacerdotes juris*. Sono temi, perciò, che, specialmente in Italia, attribuiscono un valore di nuova attualità ai vecchi fenomeni storici e socioculturali del diritto.

La tua domanda coglie, perciò, il punto focale del discorso. A mio avviso, i docenti di diritto, per evitare di chiudere anziché riaprire le menti dei giovani, dovrebbero fornire ad essi una conoscenza ampia dei fenomeni giuridici, quali espressioni delle grandi fasi e manifestazioni attuali della civiltà. La storia del diritto che s'insegna nelle Università d'Europa non dovrebbe avere ad oggetto soltanto le vicende e gli ordinamenti di Paesi, come il nostro, che per oltre mezzo millennio, ossia l'ultimo, sono stati ai margini del mondo moderno. Nel campo delle scienze sociali la produzione italiana è stata estranea al flusso della produttività giuridica europea, perché è fuori dubbio che nell'età moderna le società viventi nel bel Paese hanno realizzato più tardi di altre in Europa un'organizzazione ampia, adulta e competitiva. Il neoidealismo filosofico ha operato in questo solco, come se mancasse l'oggetto stesso di una storiografia sociale. Invece, ad esempio, l'enorme agglomerato napoletano offre un mirabile campo di sperimentazione. È del tutto inopportuno indurre i discenti ad una sorta di visione italo-centrica del diritto, senza collegamenti con le realtà regionali. Bisogna realizzare un costante confronto con le società che sono state capaci di progredire meglio in questo campo negli ultimi secoli. Non a caso, nel panorama italiano, di fronte allo spettacolo dell'enorme e tumultuosa popolazione napoletana, proprio nel Mezzogiorno le ricerche sulle connessioni tra società, cultura, politica e diritto hanno avuto un indiscutibile primato: basti pensare a Giovanbattista De Luca, a Francesco D'Andrea, a Biscardi, Gravina, Argento, Giannone, Genovesi, Filangieri, Pagano, Galanti, Palmieri e tanti altri. Oggi l'*équipe* napoletana è l'unica che procede decisamente in questa direzione.

Il 'tono' o 'clima' della legalità non nasce da processi normativi che si possono importare, come le automobili, e che funzionano bene sia dove sono state progettate e costruite, sia altrove. Il diritto vigente è fenomeno che esprime profonde mentalità

sociali: esse sono acquisite o si sono deformate durante molti secoli di esperienze vissute complessivamente dalle società. Ad esempio e ragionando per assurdo, la *forma mentis* di una comunità che fu sempre vincente, dominante, schiavista, negriera, è diversa rispetto a quella che ha fornito gli schiavi. Non è detto che la prima sia, in tutto e per tutto, migliore della seconda. Certo sono diverse. È compito degli storici del diritto compiere un esame critico delle cause da cui deriva l'arretratezza pratica italiana in questo campo. Sono a tutti evidenti le condizioni di ritardo e di disagio in cui, nell'ultimo mezzo millennio, hanno vissuto le società italiane. In un mondo intensamente integrato, bisogna insegnare la storia dell'esperienza di ciascun popolo in relazione con gli altri ed aiutare i giovani italiani a guardare in faccia, con franchezza, le difficoltà ed a diagnosticare le origini dei mali cronici. Altrimenti la cura, che proprio essi dovranno realizzare, non potrà avere un valido inizio.

Avvenimenti storici indiscutibili dimostrano che noi abbiamo prima esportato, nell'antichità e negli ultimi secoli del medio evo, e poi, durante l'intera età moderna, importato la civiltà giuridica dalla Francia e, poiché essa guardava Oltremarica, anche dall'Inghilterra. Si può avanzare una tesi provocatoria, ma che dà l'idea di ciò che avvenne: se l'Italia non avesse subito l'invasione napoleonica, noi staremmo ancora ad interpretare la legislazione giustiniana e forse saremmo ancora soggetti alla feudalità. Motivi nazionalistici e tecnico-ontologici premoderni inducono invece, nella *ratio studiorum* delle nostre Università, a privilegiare le fasi più antiche rispetto alla moderna, anche se da questa e non da quelle nascono le attuali difficoltà.

Ma vi è di peggio: per cercare di nascondere l'evidente errore, molti storici italiani del diritto compiono un'esaltazione totalmente artificiosa della vita giuridica d'antico regime in Italia, ne fanno un'apoteosi fantasiosa, del tutto irrealista, come di un'età dell'oro, confondendo la deontologia formale con i fatti, prendendo per moneta contante i panegirici dello *status quo* compiuti dai membri dell'*establishment* e dichiarando frutto d'ignoranza o di mala fede le critiche espresse dagli illuministi, che denunciarono l'arretratezza italiana. In questo modo gli storici, invece di far nascere nelle menti dei giovani corretti criteri d'interpretazione della realtà, li disorientano, fornendo notizie incoerenti, brandelli di libri stracciati, a giustificazione un'autarchia che li limita e li immiserisce nella mera gestione del fallimento in atto.

Se tutto fosse stato in Italia quasi perfetto in campo giuridico, bisognerebbe capire perché quei meravigliosi ordinamenti non furono esportati, perché si ritenne opportuno, dopo la rivoluzione francese, cambiarli profondamente. La condizione giuridica degli

italiani era intimamente, strutturalmente intessuta di ambiguità. Si può dire che molto di quanto è carente e sbagliato nella nostra vita pubblica derivi dagli assetti irrazionali che le società hanno creato e conservato nel nostro paese, senza sostanziali cambiamenti, dal medio evo in poi. Non sono stati realizzati mai, nelle nostre società, episodi rivoluzionari e di rinnovamento di tipo inglese o francese. La storia italiana del diritto non registra fasi di rinnovamento se non importate più o meno traumaticamente. Quanto c'è di utile, quanto altrove funziona, quanto è ancora per noi meta ambita da imitare, proviene da modelli transalpini: francese, inglese, americano, scandinavo. Non possiamo fare gli apologeti del fallimento storico italiano adottando gli stessi criteri di gestione dell'azienda fallita. Per non subire l'impatto di questa fastidiosa verità, una storiografia critica di rado è presente nelle Facoltà di Giurisprudenza. I docenti di diritto positivo spesso vedono l'inutilità della storia giuridica. In alcuni casi questa diagnosi è addirittura indulgente: tace sui gravi effetti fuorvianti che quell'insegnamento acritico ed apologetico produce.

Tedeschi. [Ritorniamo ai precedenti storici, alla serie degli avvenimenti]

La tua diagnosi è molto radicale e polemica; ma poiché si riferisce a fenomeni storici che hanno cause lontane, sarebbe utile qualche altra indicazione, anche sommaria, sulle fasi storiche del fenomeno che t'induce a giudizi così drastici.

Ajello. [Due processi di formazione della mentalità giuridica laica]

La tua richiesta, dopo le mie affermazioni, è più che giustificata, ma la semplificazione cui m'inviti è difficile. Non possiamo impegnare i nostri lettori ad affrontare un corso di storia del diritto europeo, sia pure in *abrégé*. Inoltre il problema si complica, per due motivi. Prima, perché l'arco di tempo da osservare è ben più ampio dei cinquecento anni durante i quali si è manifestata appieno la crisi italiana, e bisogna risalire alle cause, alle origini del fenomeno. Poi, perché una netta distinzione, non soltanto in Italia, separa in due compartimenti stagni, la storiografia politica e le vicende giuridiche. Per gli stessi secoli si hanno due profili molto differenti, non corrispondenti, deformati da interessi che dovrebbero coincidere, ma che per vecchi, anacronistici motivi, divergono nettamente. Ecco perché l'abbozzo non può avvalersi di modelli previ; ma quest'occasione, poiché permette un certo schematismo, invita a tentare l'impresa. Inoltre le indicazioni sui tempi e modi della dialettica teoretica forniti all'inizio aiuta a vederne alcuni sviluppi storici essenziali.

La distinzione tra due grandi *itinerari*, che per semplificare indicherò in quello franco-inglese per un verso ed in quello italiano per un altro, si è verificata dopo la riforma gregoriana (anni settanta dopo il Mille). Poste di fronte alla dilacerante duplicità e bivalenza dei valori, collocati su due piani, quello dell'Universale, dell'Assoluto e del Sacro, e quello del relativo, del precario e del mondano, già nel secolo XI le società e le culture di quei due paesi transalpini iniziarono a riorganizzare le loro deontologie pubbliche ed i relativi riti e statuti ufficiali, attribuendo un significato religioso alla sfera regia e 'civile', realizzando una sorta di contaminazione tra sacro e profano, che consentì di rendere questa seconda sfera gradualmente autonoma dalla prima, di cui il papato si era attribuita la gestione autocratica totale. Gli studi di Bloch e di Kantorowicz hanno dimostrato con documenti inoppugnabili questo aspetto singolare della storia medievale, e sono stati proseguiti in questi ultimi decenni con risultati brillanti dalle fervide e produttive loro scuole specialmente francesi. In Italia, poiché il potere nello Stato non fu e non è visto quasi da nessuno (tranne che a Napoli dopo Federico II) come suscettibile di essere idealizzato, e poiché l'autorità della Chiesa ha tutto l'interesse a porsi come unica capace di funzioni etiche e spirituali, le ricerche vecchie intorno a questi temi sono poco sviluppate e le più recenti sono addirittura ignorate.

La dimostrata sacertà dei due sovrani rivela un significato politico e giuridico ovvio: ai due lati della Manica si stavano rafforzando non soltanto due regni, non solo due organizzazioni piramidali di carattere materiale e potestativo, ma anche due strutture ideologiche, culturali, mentali, due *itinerari* etici e teoretici. Nella stessa direzione ebbe una parte cospicua anche il regno normanno e poi svevo di Sicilia.

Quando quest'elaborazione politico-sacrale era Oltralpe appena iniziata, il papato la vide come concorrente rispetto ai suoi interessi di dominio universale, tanto più poiché capì che avrebbe dovuto esso stesso, quale Stato, realizzare quella logica accentratrice a suo vantaggio, contro i residui del controllo imperiale, insopportabile e sempre più equivoco: di lì nacque la lotta per le investiture. Negli anni settanta dopo il Mille il papi si erano in gran parte liberati dal pericolo arabo, allontanato dalla conquista normanna della Sicilia, ancora in corso, ma già a buon punto. Inoltre, per la loro elezione, realizzarono un sistema episcopale, in modo da essere autonomi sia dall'influenza dell'imperatore sia dalla volontà dell'aristocrazia romana. A questo punto ritennero che fosse arrivato il momento di porsi in netta ed aperta concorrenza con le altre massime autorità, le vecchie (l'Impero) e le nuove (gli Stati 'nazionali') ed affermarono, con la riforma gregoriana e con i *dictatus papae*, il loro assoluto primato nella gestione di tutti i valori e poteri, sia

metafisici sia terreni, in tutto il mondo. Di lí anche l'idea delle crociate. Quanto ai comuni, quelli francesi – come ha dimostrato Petit-Dutaillis – tendevano a rinunciare ai loro connotati politici e si amalgamavano all'unità; quelli italiani s'illustravano nella tecnica di diluire il diavolo nell'acqua santa, e di sciogliere in quella mistura la loro spina dorsale, per poter strisciare meglio tra le fessure dei grandi blocchi di potere, conciliando di tutto e di piú, alla luce equivoca e fioca del loro 'particolare'.

Già in questa fase s'incominciarono a delineare due diversi rimedi per tener testa alla forte affermazione teocratica papalina. In Italia quale fu la soluzione che escogitò la scuola dei glossatori, che proprio alla fine del secolo XI stava nascendo? Nel riscoprire le fonti imperiali del diritto romano, essa cercò di trovare un *modus vivendi* civile rispetto alla debordante autorità pontificia. Non era praticabile separare lo spirito dalla materia, come stava avvenendo in Francia ed in Inghilterra, perché quella soluzione richiedeva che esistesse un'organizzazione istituzionale forte, capace di resistere ai papi ed all'Impero, un punto di coagulo e d'appoggio statale su cui fondare le realtà materiali. Questo fattore materiale ha funzionato come fondamentale condizione per la nascita di forti e coese comunità: dove è mancato si sono prodotti squilibri non solo istituzionali, ma mentali, nel rapporto tra idealità e prassi. Si può dire che nel Trecento i dadi furono lanciati ed i giochi erano fatti in Europa. I comuni e poi i nascenti principati in Italia erano incapaci d'indipendenza rispetto alle due autorità, Impero e Chiesa. A parte il regno normanno, spesso legato ai pontefici (in particolare a Gregorio VII, non a caso poi esule a Salerno), non esisteva un potere politico tanto ardito da attribuirsi pienamente la gestione *in materialibus* e da resistere alle ingerenze ecclesiastiche. In effetti la soluzione che si venne maturando in Italia, specialmente poco dopo il 1250, ossia dopo il fallimento dell'ardita, quasi temeraria, strategia fridericiana, fu la creazione di un coacervo equivoco di spirito e materia, facente capo a due sacerdotalità diverse: la ecclesiastica e la giuridica. Il dualismo tagliava la materia del contendere non in orizzontale, ma in verticale ed esprimeva esigenze compromissorie interne all'*establishment*, dirette, in ciascuna delle due parti, a prevalere, tuttavia con l'intesa tra di esse di non cambiare lo *status quo*, che vedeva trionfanti i due poteri.

I *sacerdotes juris* ed i *sacerdotes ecclesiae* portavano vesti molto simili, crearono apparati, funzioni, sfere istituzionali, aureole di santità una mutuata dall'altra, e da amministrare in una concorrenza coerente e mai del tutto esclusiva. Un ecclesiastico era (ed è) presente anche nel piú banale e piú mondano dei riti laici. Di qui fondamentali equivoci nell'organizzazione civile. Negli Stati italiani si avviò la costruzione di sistemi

giuridici e di potere sempre necessariamente molti timidi: essi aspiravano ad essere autonomi da quello della Chiesa, che era fortemente difeso dalla funzione spirituale, e da due protezioni, interna dei chierici ed estera dello Stato pontificio. Quella pretesa d'indipendenza ebbe successo, dove più dove meno, un anno più un anno meno, secondo le circostanze; ma in un clima di assoluta incertezza e di totale impossibilità di progettare qualsiasi cambiamento. Ciò che in effetti vinse e caratterizzò le strutture materiali e mentali fu il primato indiscutibile dei più tortuosi e precari compromessi, che apparvero prove d'ingegno, e non di abiezione. In fondo, ancor oggi è così. Ciò che influì nella demolizione dell'etica sociale e della religiosità civile fu che gli ordinamenti giuridici erano intimamente duplicati, incerti nei loro confini e nelle loro consistenze, e si sono sviluppati come un sistema a doppia faccia. Le società italiane non furono mai coese come una famiglia, ma caratterizzate da una sorta di *ménage a trois*, tra ecclesiastici, *sacerdotes juris* e nobili di corte, ossia di spada. Nella dialettica sociale del potere quest'ultima componente fu in Italia più debole che altrove, a parte le repubbliche di Venezia e di Genova e poi del regno sabaudo: ma nell'etica medievale è l'uomo di spada che difende la dignità, la coerenza e l'onore.

Secondo il tradizionale ordine dei valori, tutto ciò che era spirituale nella personalità umana, in particolare nel pensiero, apparteneva alla sfera religiosa e doveva essere amministrato dal Papa. Trascurabile rispetto allo spirito appariva la precarietà esistenziale ed anche su di essa la chiesa romana interveniva con la sua pretesa di avere parte notevole d'ingerenze e di proventi nella gestione dei beni materiali. Per questi ultimi aspetti nacque il ben noto conflitto tra i nuovi Stati e l'organizzazione papale. In Francia ed Inghilterra i due sistemi politici accentrati e piramidali che si erano già organizzati ai due lati della Manica furono in grado di pretendere la distinzione: l'elemento spirituale fu riservato al Papa che continuò ad amministrarlo, così come al re fu affidata la gestione della sfera materiale. Nella trattatistica giuridica francese del '200 e del '300 gli elementi esistenziali furono indicati come strutturalmente diversi da quelli spirituali: di questi ultimi era possibile la *reductio ad unum*, invece la varietà naturale appariva talmente limitata e varia nel tempo e nello spazio, da impedire qualunque elaborazione di un sistema unico, universale e compatto, affidato ad una sola persona. Per questo i re, le organizzazioni politiche, si attribuirono ogni tipo di amministrazione e di decisione nella sfera pratica.

Tedeschi. [Tra universalità ecclesiastico-imperiale e nazionalismo]

Il Sacro Romano Impero pretendeva di avere un carattere di sacralità, mentre il papato si strutturava come un'istituzione politica. Da ciò nacquero molti fraintendimenti. Io condivido in pieno l'analisi che tu fai e che giustifica anche il lento sviluppo delle nostre istituzioni in Italia ed il loro difficile rapporto con il papato, da cui è stata condizionata la nostra storia. Ma c'è un altro aspetto su cui vorrei la tua opinione: il papato partiva dal concetto della *plenitudo potestatis*, del primato della cattedra petrina e da strane opinioni: che Cristo avesse concesso il mondo a Pietro, e che Pietro avesse fondato la Chiesa su questa donazione. In un certo momento, il Papa diventò l'arbitro del mondo. Per cui fu inevitabile una reazione politica: ci si voleva affrancare da tutto ciò. Per secoli, il diritto canonico, lo *ius publicum ecclesiasticum externum*, fece le veci del diritto internazionale, che nacque tardivamente, in età abbastanza avanzata, quando si spezzò quest'unità del potere ed esso si duplicò, come tu giustamente dicevi poc'anzi. Tutto ciò ci riconduce alla centralità, nella nostra storia, delle istituzioni pontificie. Io non voglio sollecitare un tuo ulteriore intervento su questo, anche perché ho le mie idee in proposito; però vorrei capire perché noi, che siamo stati in passato culla del diritto, ne siamo poi diventati la tomba. Questo è molto importante perché al modello di un diritto nazionale è connesso, secondo me, un passaggio ulteriore: il fatto che i giuristi, esaltando le proprie funzioni, si sono proposti come classe dirigente. E come ha contribuito la storiografia e la dottrina a questa direzione nazionalistica?

Ajello. [Alle origini del realismo giuridico: nazionalità contro universalità]

I tuoi quesiti sono tanto stimolanti che mi riesce difficile evitare una divagazione rispetto al discorso che stiamo facendo. Però le domande che mi fai mi offrono spunti di arricchimento, mentre possiamo seguire lo stesso percorso in vari modi, ed il tema del nazionalismo si presta alla trattazione dello stesso oggetto. Per rispondere alla tua domanda senza allontanarmi dall'*iter* storico che stavo seguendo, devo risalire alle origini medievali del problema: solo così posso collegarla al mio discorso, in modo che il lettore possa fruire di un profilo, e non di segmenti sparsi. In questo modo anche il tema del nazionalismo si presta al confronto tra le mentalità giuridico-istituzionali. Guardando alle origini, sono da contrapporre due tipi di nazionalità, l'italiana e la francese. Mi limito a dare una risposta schematica, per far capire una differenza che ha avuto straordinaria importanza nella storia del nostro paese.

Il nazionalismo di Filippo IV il Bello, padre della patria parigina, fu legato allo schema d'indipendenza della monarchia dalla chiesa romana, teorizzata nel 1303 dal *De potestate regia et papali* di Jean de Paris. Quest'opera fu lo statuto dell'impresa sociale e civile francese, formulò una sorta di costituzione materiale per cui non soltanto la monarchia, ma l'intero popolo si posero al servizio dell'interesse nazionale. Era già un ben organizzato progetto sociale, fondato sul diritto consuetudinario validato dal re, e fu espressione di quel «Secolo senza Roma» contro cui reagì l'umanesimo italiano. In quel modo non solo si creava un forte ostacolo ad ogni interferenza religiosa, ma si fondava la scienza e la stessa organizzazione sociale su basi mondane, problematiche, aperte all'estrema varietà esistenziale, e quindi si creavano le premesse per il metodo sperimentale. Un bel saggio di Ernst Kantorowicz spiega come, all'inizio del '300 esisteva in Francia già un'opinione pubblica ferocemente antipapalina e appassionatamente regia.

Che cosa avveniva contemporaneamente in Italia. Negli stessi anni Dante sosteneva nel *De Monarchia* una tesi diametralmente opposta e che si rivelò presto perdente: che le energie morali delle popolazioni europee dovevano rafforzare un unico schema sintetico, l'Impero sacro e profano, difensore della fede. In questo modo, veniva meno la distinzione tra sfera spirituale e materiale che, secondo i politologi francesi, giustificava i regni nazionali senza contrapporli alla chiesa romana. Ed in Italia si preparava anche un progetto culturale ed ideologico che doveva servire anche a ricucire la frattura francese e che ebbe i seguenti caratteri: rinvio ad una sapienza «perpetua e non corruttibile» (come aveva scritto Dante nel *Convivio*), reazione contro il volgarizzarsi del sapere mediante l'esaltazione della lingua latina, rifiuto di ogni progetto largamente popolare a favore di una visione sapienziale e di *élites*, armonia tra la Roma attuale e l'antica, fiducia nella sintesi provvidenziale espressa dalla continuità del latino e del diritto romano.

Com'è evidente, ai caratteri scientifici e sociali francesi, ossia al problematicismo fenomenologico e ad un progetto tendenzialmente pattizio, si contrapponeva nuovamente una struttura verticale unica. Si creavano così le premesse per un gran progresso degli studi sull'antichità, i modelli classici aprivano un enorme campo d'ispirazione estetica, ma dal punto di vista sociale e politico la nuova sensibilità rappresentava pure – come hanno mostrato Toffanin e Weise – un «ostacolo gagliardo a qualcosa che era già nato e che riprenderà dopo la Riforma». Quella reazione fu favorita dal nazionalismo italiano, che non poteva presentarsi come movimento politico, e che non aveva altra via per rinvigorirsi che assumere vesti letterarie, estetiche, giuridiche, di reincarnazione degli ideali eroici antichi.

Si delinearono due versioni dell'umanesimo, a favore della religiosità tradizionale e della critica laica. La chiesa fu favorevole a quel movimento, perché vi vide un appello all'unità ed una convergenza tra l'ortodossia religiosa e gli ideali umanistici. Agl'inizi del '400 fu Lorenzo Valla colui che realizzò la versione laica: il suo paese (era nato a Roma), rispetto al passato, presentava poco da esaltare dal punto di vista politico, non offriva una base istituzionale sufficientemente ampia per appoggiarvi la nazionalità: egli la fondò sulla lingua latina e quindi sul diritto romano. Era un modo di vedere nella legge una *ratio* universale, e di attribuire caratteri di superiorità scientifica perenne, e quasi di santità provvidenziale al diritto romano. Fu avviata così un'operazione che si rivelò poi deleteria dal punto di vista attuale e pratico: la sovrapposizione alle nazionalità di uno schema unitario e statico, meramente ideale e fortemente manipolato dal punto di vista ideologico, contro il riconoscimento della varietà nel tempo e nello spazio degli ordinamenti giuridici.

Invece in Francia, nel complesso plurisecolare e stratificato di legislazioni e d'interpretazioni che prendevano nome di diritto romano, i giuristi al servizio di Filippo il Bello avevano visto un coacervo d'indirizzi mal utilizzabili a favore della monarchia, anche perché già il papato se ne era attribuita la gestione. Infatti le norme imperiali del quinto secolo, successive a Teodosio il Grande, rispecchiavano una situazione di totale cedimento dell'Impero alle richieste degli ecclesiastici. In definitiva i teorici del nuovo Stato nazionale davano di quel sistema normativo una diagnosi realistica, come di un insieme di regole nato da prevaricazioni e prepotenze, fin dagli inizi, fin dal fratricidio di Romolo contro Remo. Era, dunque, un sistema che aveva dominato in maniera tirannica, era riuscito con la violenza ad assoggettare gran parte del mondo ed era naufragato nell'immoralità. Di fronte a questa visione fosca della storia antica, la diagnosi di Valla, uno dei massimi creatori del realismo moderno ed iniziatore del pensiero critico, si presentava contraddittorio: l'impero romano è provvidenziale, la lingua latina si è affermata come lingua dei dotti per un mirabile, miracoloso consenso. Valla, umanista seguace dell'epicureismo lucreziano (il *De reum natura* era stato da poco scoperto da Poggio Bracciolini), ergeva di nuovo la struttura verticale come perno intorno a cui girava il mondo, e la provvidenza divina rimediava al crollo della religiosità metafisica perché il piano degli avvenimenti naturali rispecchiava nella sua unità e continuità l'Ordine divino.

Tedeschi. [Perché è italiano il praticismo e non il pragmatismo scientifico?]

La tua diagnosi mi sembra esatta. Vorrei, però, conoscere i motivi che ti hanno indotto a cercare interpretazioni della storia sociale fuori della cultura italiana. Se non ricordo male, già in *Arcana juris* e in altri tuoi studi hai scelto come punto di riferimento il pragmatismo di John Dewey, ed hai visto i problemi giuridici come parte delle mentalità collettive e del loro modo di porre la conoscenza, in un rapporto soggetto-oggetto che è tipico degli storici del pensiero. Quindi il versante che t'interessa di più è metodologico, rivolto allo studio delle società attraverso le loro vicende storiche e non alla scelta teorica ed astratta tra determinismo e indeterminismo. Guardi al rapporto tra i comportamenti umani e non tra diritto positivo e naturale. Qui, come storico del diritto, hai dato, a mio avviso, contributi importanti. Oggi sono venute meno molte certezze, tra cui la credibilità di un diritto convenzionale e fittizio, come l'ordinamento internazionale: perciò bisogna porre i problemi sul piano della realtà storica globale, non in riferimento a categorie astratte e metastoriche, sia consuetudinarie sia pattizie. Il cambiamento in corso impone di capire i condizionamenti di mentalità che esprimono esigenze del passato. Lo storico ha rispetto della realtà dei fatti, così come dei documenti, atteggiamento che è analogo a quello del giurista impegnato ad elaborare gli schemi sociali d'ordine; ma l'uomo di legge pretende di avere l'appannaggio di una scienza già costruita, vicina alle scienze esatte, naturali, e quindi di raggiungere un grado di verificabilità maggiore. Lo storico, invece, relativizza i problemi, ricostruisce il modo, che è peculiare ad ogni epoca, di rapportarsi del soggetto all'oggetto, invita ad accettare che tutto è convenzionale, relativo, cangiante nella storia, non dà spazio a verità assolute. Questo è il punto che mi sembra centrale. Sarebbero utili altri riferimenti storici.

Ajello. [La risposta è nel confronto tra storia francese ed italiana]

Come un artigiano che non conosca gli strumenti che usa, l'intellettuale che non ponga come preliminare il problema della conoscenza e della scienza non è in grado di usare correttamente alcun concetto. Croce ha ragione quando identifica storia e filosofia. Chi non prende atto di questa identità si comporta come (a torto) si suol dire degli struzzi: immagina di salvarsi chiudendo gli occhi per non essere visto. Nel nostro caso, guardare in faccia la realtà significa conoscere le difficoltà attraverso cui si sono formate le mentalità sociali italiane durante oltre mezzo millennio, fino all'unificazione nazionale.

Abbiamo osservato in parallelo alcuni aspetti della storia italiana e francese perché le due società, latine e molto simili in origine, hanno avuto vicende moderne molto diverse.

Oltrelpe il compito di superare la divaricazione tra unione ideale e particolarismo materiale fu avviato a soluzione già nel Duecento, il disciplinamento di quelle esigenze fu collocato, in modo sia teorico che pratico, al di sotto della sfera spirituale, *in materialibus*. In Italia la pluralità dei punti riferimento ideali ha annullato la loro efficacia e perciò, secondo la diagnosi di Machiavelli, la popolazione è stata privata di ogni reale religiosità intima, le pulsioni materiali non hanno trovato alcuna regola a livello pratico, la teoria ha proceduto in astratto e gli interessi in concreto, il rapporto tra idealità e realtà non è stato mai di distinzione, mai autentico e sincero, sempre possibilista, ambiguo, fonte di corruzione delle mentalità comuni.

Non a caso i re Cristianissimi tennero conto teorico e progettuale dell'economia, dei settori produttivi, della necessità di sviluppare, espandere, potenziare, arricchire la società. In Italia, invece, come ha dimostrato Christopher Hill ponendo a confronto l'economia inglese con l'italiana tra medio evo ed età moderna, le piccole aziende statali furono poste fuori mercato dall'angustia quasi insignificante delle loro dimensioni, dal prevalere al loro interno di corporazioni prive dei freni richiesti dall'interesse generale. Inoltre le pubbliche gestioni furono (per autogiustificazione della loro impotenza e per influenza ecclesiastica) dominate da una sorta di giustizialismo formalistico, non seppero mai calcolare in modo corretto i rapporti pubblici tra costi e ricavi, ebbero di mira improbabili dimensioni assolute, che erano adatte solo a nascondere gli arbitrii delle miopi classi dirigenti.

L'«empia alleanza» di Francesco I con la Porta ottomana, nata intorno al 1525 e mantenuta in piedi durante almeno trecento anni, non fu un caso: fu la conseguenza del realismo su cui era stata basata la politica interna francese oltre due secoli prima. In Italia, invece, mezzo secolo prima degli ardimenti di Filippo IV il Bello, il tentativo di Federico II di dare una dimensione ampia alla sua impresa era fallito, stroncato dai Papi e dal particolarismo comunale, che rappresentavano intime e connesse ambiguità tra idealismo e particolarismo. Solo dopo oltre mezzo millennio, con il Risorgimento, il potere dei papi fu ridimensionato; ma era troppo tardi per correggere le strutture mentali. Il lungo blocco ha impedito non che rinascessero le propensioni produttive, ma che si riequilibrassero in modo sano i rapporti tra spirito e materia, tra idealità e prassi: nesso fondamentale nei fenomeni pubblici, giuridici in particolare. L'esperienza legale era stata corrotta e sottratta alla dimensione mondana durante mezzo millennio di compromessi obbligati e segreti; non a caso toccò nel 1742 ad un sacerdote, che era anche uno storico, come Muratori, ridicolizzare le pretese sacerdotali e sapienziali dei giuristi.

Ritorniamo per un momento alle origini. In Francia già agli inizi del '300 prevalse una dimensione relativistica e 'mondana' nell'organizzazione sociale, mentre si lasciò arbitro il Papa di amministrare l'Assoluto. In Italia, invece, la direzione e proiezione verticale, metastorica, influì anche in uno dei massimi geni dell'umanesimo, quale fu Valla; poi, un secolo più tardi, fu ripiegata verso il basso, verso la realtà, da Machiavelli. Anch'egli aveva subito il fascino dell'antico, ma non per motivi nazionalistici, e vide nella religione dei romani uno spirito di concretezza che era stato poi tradito dal cristianesimo. Non a caso la sua esperienza internazionale fu francese, con un viaggio nel 1508 in Germania che servì a fargli valutare meglio le differenze. Gli eruditi, i filosofi, i giuristi italiani si arroccarono dietro al successo della lingua latina e del diritto romano, e lo videro com'espressione di un'unica struttura verticale, provvidenziale, convalidata dal *consensus gentium* intorno a valori metastorici. Questa soluzione impedì che il diritto fosse collocato tra le scienze sociali e bloccò ogni ricerca sperimentale sulle cause e ragioni contingenti, fu all'origine dell'assurdità, che ancora oggi dura nell'insegnamento del diritto, per cui alcuni docenti, in particolare gli storici, fanno di tutto per diffondere il cancro metafisico, giudicandolo benefico. L'equivoco nacque nel Trecento dalla mancata distinzione tra spirito e materia, e dalla mancata collocazione dell'impegno umano sul piano esistenziale. In conseguenza, l'idea di non poter fare a meno dei *sacerdotes juris* ha inquinato la circolazione sanguigna delle idee sociali. Anche un realista scettico come Tanucci non giudicava folle che i libri del *Corpus juris* fossero custoditi in Toscana sotto teche di cristallo, come le statue dei santi, e venerati dietro candele votive. Per rendersi conto di questo equivoco e condizionamento mentale, bisogna guardare ai due connessi fattori di sociologia culturale: in Italia, nei secoli delle dominazioni straniere, le umiliazioni pratiche internazionali favorirono il rimedio di rifugiarsi nell'esaltazione della sintesi spirituale umanistica, riferita all'antichità, e quel miraggio prese il posto del nazionalismo frustrato.

Tedeschi. [La religiosità francese, inglese, tedesca è fonte di unità nazionale]

Le suggestioni che nascono dalla tua risposta sono tante. La prima si converte in una domanda che mi pongo e ti pongo. Perché alcune reazioni al Papato si ebbero molto più chiaramente in Inghilterra, in Francia, in Germania, e non nel resto d'Europa? Gli inglesi allontanarono i papisti da molti settori, in alcuni momenti arrivarono a dire che il magistrato civile non ha alcuna competenza nelle questioni spirituali, pervennero, come Hobbes, ad unificare potere politico ed ecclesiastico tant'è che oggi la regina è anche capo della Chiesa anglicana. Quindi pervennero a una concezione spesse volte

nazionalista, certo antiromana. Reazioni analoghe si ebbero in altri Paesi. In Italia invece il punto di arrivo è tutt'al più un velato separatismo, ma sono stati molto meno forti per un verso la reazione ed in senso opposto gli effetti coesivi. Anche su questi aspetti gli interventi della storiografia giuridica mi sembrano spesso elusivi. Si sono studiate acriticamente certe istituzioni, da parte di una dottrina che io chiamo autoreferenziale, di santi e padri della Chiesa che parlano dall'interno dell'organizzazione ecclesiastica e non si pongono il problema di un sistema al di fuori di essa. Perché ciò è stato possibile?

Ajello. [Dovunque è la dialettica dei gruppi ciò che rivela i moventi del diritto]

La tua più che una domanda, è una risposta, ed offre squarci di riferimenti storici a conferma delle tesi comuni. Il secolo senza Roma è stato breve, poi Roma è ritornata, in un rigurgito endemico, ancora nel periodo del fascismo ed ancora è oggi presente con una sorta di esaltazione quasi divina del Papa. La religione diventa rito estrinseco, mentre scarseggia la partecipazione reale. Certo nessuno può disconoscere il valore fondamentale che ha avuto la civiltà romana, che ha posto le basi dell'Europa e quindi dell'intero Occidente. I problemi italiani sono nati dalla difficoltà delle nostre organizzazioni politiche di uscire dal medio evo senza demolirne i valori ideali. Machiavelli capì, distinse e guardò alla Francia per indicare il paese che procedeva sulla via del progresso. Ma il pensiero italiano divenne machiavellico, non machiavelliano, perché le condizioni esterne imposero il realismo compromissorio, non l'audacia critica: essa produsse sofferenze e a volte martirio, come sperimentarono in molti, ben noti. Certo è che senza Machiavelli non sarebbe nato il pensiero di Montaigne, Bacon, Hobbes, Pufendorf, Locke, Rousseau: lí furono le premesse della rivoluzione scientifica e del realismo illuministico. Non a caso nel paese dove era nata e si erano sviluppate le teorie della Ragion di Stato, apparentemente il machiavellismo non interessò i giuristi.

Per evitare l'eccesso di collocare tutti i limiti nella società italiana, è necessario tener conto delle pulsioni di fondo secondo cui la dialettica storica procede dovunque. Quando in Francia si sono affermati la distinzione fra Spirito e materia e l'amor di patria, anche lí incominciò a verificarsi un fenomeno che è tipico della evoluzione umana e della dialettica degli interessi. Quando un sistema supera una difficoltà, essa rinasce in forme diverse. La dialettica che il re di Francia era riuscito a scomporre e dominare nel rapporto con la Chiesa e con il feudo, rinacque all'interno dell'apparato statale. Il parlamento di Francia, organo giurisdizionale che era stato riorganizzato tra la fine del '200 e gli inizi del '300, incominciò ad imporsi sulla monarchia come potere autonomo. Senza considerare lo

scontro dei poteri separati e la conseguente dialettica interna all'organizzazione degli Stati è impossibile fare una storia moderna del diritto, perché non saremmo in grado di riconoscerne i moventi. In Italia, il Paese era indotto a vivere in una sorta di amalgama grigia in cui scomparivano le differenze e tutto era nascosto dai blocchi di potere. Guardando alla Francia, si capisce meglio anche ciò che avveniva qui meno palesemente.

Tedeschi. [La deriva del diritto come scienza meramente pratica è un problema?]

Finora abbiamo guardato al passato come fonte del presente: riferiamoci per un momento ad un altro problema, che non nasce da quelle radici. Il diritto, soprattutto di recente, è stato concepito come scienza pratica, come *lex mercatoria*, come strumento professionale. Questo non aiuta la comprensione del reale. Tra gli storici del diritto, sei considerato il docente più sensibile al dato storico, capace di fare ricerche di storia giuridica, ma nel contempo di storia delle idee, della politica, dell'economia. Questo è coerente con l'impostazione che accomuna diritto e storia all'interno delle scienze umane. Resto però molto preoccupato dell'evoluzione attuale degli studi giuridici. Il diritto tende ad affrancarsi dalla storia, a considerare autonomi, non storici, i problemi giuridici, a risolverli soltanto come casi pratici. Vorrei che mi dicessi se condividi i miei timori.

Ajello. [L'autarchia culturale dei giuristi riproduce l'antico corporativismo]

Non posso non approvare anche questa volta le tue affermazioni. In questo caso, tuttavia, è necessario tener conto delle normali stratificazioni orizzontali, ossia delle differenze tra gli operatori meramente pratici e gli studiosi dei problemi, che usano gli strumenti della ricerca indicati da Aristotele e da Barbeyrac. Sono due lavori diversi, di pari dignità, nella stessa misura utili; ma le strutture mentali pregresse sono comuni, forti e radicate in entrambi i mestieri, e perciò l'analisi non può che essere storiografica. Il danno si verifica quando i due livelli, dell'operatore pratico e dello storico, si appiattiscono sulla dimensione tecnica, e il teorico, avendo scarsa attitudine ad analizzare le proprie e le altrui deformazioni mentali, non sia in grado di oggettivarle, resti al loro interno, finisca per esaltarne i difetti come pregi, tradisca il proprio compito critico, venga meno alla funzione di aiutare gli operatori pratici a capire. Spesso agisce la mala fede, poiché il corporativismo dei giuristi è stato ed è una grande forza. Negli apparati di ampie dimensioni, la dialettica emerge comunque, diventa pubblica, rivela gli egoismi e gli interessi collettivi, crea esperienze, induce alle diagnosi, prepara le cure. Senza questi elementi di chiarezza non crescono le società. La forza educativa del dibattito pubblico è

la spina dorsale della civiltà moderna, che si fonda sul primato dei dubbi rispetto alle certezze, del dialogo contro l'affermazione del *logos*, mentre quest'ultimo è il presupposto dell'odio. La struttura surrettiziamente corporativa fa quadrato ad uso e consumo dei propri interessi materiali, e crea una pseudo-scienza ed una pseudo-storia, che riproducono il circolo vizioso, rafforzando le condizioni di difficoltà. Da tutto questo nacquero i vecchi problemi del diritto in Italia: i nuovi hanno le stesse fonti.

A proposito della questione IRAP – Corte di Giustizia

di Luciana Di Renzo¹

Le conclusioni depositate dall'Avvocato Generale della Corte di Giustizia nella causa C-475/03, vertente sulla compatibilità dell'imposta regionale sulle attività produttive con il diritto comunitario (art. 33 VI Direttiva IVA) indicano che la vicenda dell'IRAP italiana è giunta alla sua fase critica e, pertanto, offrono lo spunto per una serie di riflessioni con riguardo allo stato di attuazione del tributo e al problema della sua abolizione nel sistema tributario italiano².

L'opinione dell'Avvocato Generale è che l'IRAP, quale descritta dal giudice del rinvio (Commissione Tributaria provinciale di Cremona), possiede le caratteristiche essenziali dell'IVA, a causa della sua applicabilità generale, della sua proporzionalità rispetto ai prezzi, del fatto che è riscossa ad ogni stadio della produzione e della distribuzione e che viene riscossa sul valore aggiunto alla cessione ad ogni stadio, con un meccanismo per la detrazione della tassa pagata negli stadi precedenti, purché il rapporto tra gli importi pagati da un campione rappresentativo di imprese a titolo di IRAP e a titolo di IVA risulti sostanzialmente costante. Spetta al giudice nazionale determinare se questo avvenga tenendo conto delle caratteristiche dell'IRAP. Se così fosse, il tributo sarebbe vietato dalla sesta direttiva IVA (art. 33, n. 1). E' la seconda volta che l'Avvocato Generale della Corte interviene sulla vicenda, in quanto, nel marzo del 2005, l'Avvocato generale Jacobs (che ha lasciato la Corte nel gennaio 2006) aveva già presentato le conclusioni di questa causa, sostanzialmente simili a quelle proposte in questi giorni dall'Avvocato Christine Stix-Hackl³.

Tuttavia, dato che un esito del genere comporterebbe il rimborso di notevoli somme riscosse in contrasto con il diritto comunitario, provocando gravi disfunzioni nel finanziamento regionale italiano, Jacobs aveva suggerito alla Corte di stabilire un limite temporale per gli effetti della sentenza. La fase orale del procedimento, dunque, era stata riaperta, per consentire una discussione approfondita riguardo alla limitazione stessa degli effetti della sentenza. A tale riguardo, l'Avvocato Stix-Hackl suggerisce che la sentenza produca effetti alla scadenza dell'esercizio tributario nel corso del quale la Corte pronuncerà la sua sentenza, concedendo, in tal modo, all'Italia il tempo per adottare

¹ Associato di Diritto Finanziario, Facoltà di Giurisprudenza, Università Federico II, Napoli

² Cfr. Conclusioni Avvocato Generale causa C-475/03, 14 marzo 2006, www.curia.eu.int

³ Cfr. Conclusioni Avvocato Generale cusa C-475/03, 17 marzo 2005, *ibidem*

nuove misure, con l'eccezione a questa limitazione a favore di tutti coloro i quali abbiano avviato azioni legali dirette al rimborso anteriormente alla presentazione delle conclusioni di Jacobs del 17 marzo 2005. Eppure, la probabile dichiarazione di illegittimità dell'IRAP da parte della Corte di Giustizia, non coglie l'attuale governo di sorpresa, dal momento che a prescindere da tale eventualità, erano in atto necessità politiche interne che comportavano un graduale superamento già dall'annuncio della riforma fiscale alla fine del 2001. L'imposta regionale sulle attività produttive, introdotta con il d. lgs. n 446/1997, aveva costituito il cardine della riforma fiscale del centro-sinistra attuata nel 1997 e fu ispirata da diversi obiettivi, tra i quali si ricordano le maggior neutralità del sistema tributario riguardo all'impiego dei fattori, una semplificazione attraverso la riduzione del numero di imposte e contributi, l'ampliamento dell'autonomia finanziaria regionale in quanto il gettito è incamerato dalle Regioni per il finanziamento della sanità. Ben presto, però, la contabilizzazione tra i prelievi sui profitti e non deducibilità, hanno alimentato una critica all'IRAP, vista come imposta diretta. Inoltre gli argomenti << contro >> più visitati hanno riguardato la presunta violazione, in quanto imposta sul reddito, del principio costituzionale della capacità contributiva (Falsitta,1999); dell'irrazionalità dell'imposta (De Mita, 2005); della sua incompatibilità con la sesta direttiva (Fantozzi, 2005); argomento questo ultimo contestato da altri studiosi (R. Lupi, 2005; D. Stevanato, 2005; S. Giannini, 2005)⁴.

Il fatto è che tassando i redditi non in capo al percettore, bensì in capo a coloro che esercitano attività produttive, l'IRAP ha alimentato posizioni discordanti riguardo alla sua stessa natura, tant'è che mentre gli enti statistici (ISTAT, EUROSTAT, OCSE) la considerano un'imposta indiretta sui fattori della produzione, per i principi contabili commerciali l'IRAP viene commisurata come imposta diretta sul reddito d'impresa. Oltre che un rilevante dibattito scientifico, il tributo in oggetto ha alimentato, un cospicuo contenzioso tributario, un confronto acceso tra esponenti politici e rappresentanti di categorie produttive, un giudizio di legittimità costituzionale (solo parzialmente fugato dalla nota sentenza n.156/2001) sulla presunta violazione degli art. 3 e 53 Cost. (relativamente all'individuazione del presupposto d'imposta e alla determinazione della base imponibile), notevoli difficoltà applicative in base alla difficoltà di accertare, in

⁴ Su tale questione, V.si G. Falsitta, *Intervento alla tavola rotonda su Irap, imprese e lavoro autonomo*, in Il Fisco, n° 29; e anche E. De Mita, *Eutanasia di una tassa*, in Il "Sole 24 Ore" del 18 marzo; A. Fantozzi, *Relazione al Convegno Oltre l'Irap, proposte di riforma fra vincoli comunitari ed esigenze di crescita*, memo, Università Bocconi, 15 maggio; R. Lupi, *Ritocchi e nuovi tributi per uscire dall'impasse*, in "Il Sole 24 Ore" del 19 marzo; D. Stevanato, *Lo scopo non è tassare il consumo*, ibidem, 24 maggio; S. Giannini, *L'Irap è morta, viva l'Irap*, www.lavoce.info;

determinate fattispecie, la ricorrenza del suo presupposto. Sulla scia di tali questioni, la disciplina giuridica del tributo, sin dall'anno 2000, ha ricevuto un'evoluzione normativa, con la possibilità per le Regioni di variare l'aliquota di un punto percentuale rispetto al valore base per settori di attività economica e soggetti passivi. Ne è conseguita un'ampia varietà di misure adottate, come la concessione di agevolazioni alle ONLUS e alle cooperative sociali, a nuove attività imprenditoriali o al settore montano, fino a fissare un ventaglio di aliquote differenziate in base al settore di attività economica (generalmente maggiorazioni di aliquote per le società finanziarie). Con la finanziaria per il 2003 è stata, poi, introdotta una deduzione legata al numero di dipendenti impiegati (fino a un massimo di cinque e solo per alcuni soggetti passivi), mentre con la finanziaria per il 2005, le modifiche hanno riguardato la determinazione dell'imponibile (deducibilità del costo del personale addetto alla ricerca e allo sviluppo; elevazioni delle deduzioni per le PMI; un'ulteriore deduzione per l'inserimento occupazionale). Per altro verso, le finanziarie del 2003 e del 2005 hanno transitoriamente bloccato la facoltà di manovra sull'aliquota assegnata originariamente alle Regioni, che, secondo la legge istitutiva, potevano calibrare fino a un punto percentuale in più o in meno rispetto al valore normale del 4,25%, il prelievo differenziando altresì tra soggetti d'imposta e settori produttivi. Le intenzioni manifestate dal governo centrale, in sede di riforma del sistema fiscale statale, di graduale abolizione dell'IRAP, imposta cardine dell'autonomia tributaria regionale, e i successivi congelamenti di manovra dell'aliquota apprestati con le leggi finanziaria succitate, hanno provocato una rivendicazione da parte delle Regioni del rispetto degli spazi di autonomia finanziaria, previsti dal nuovo titolo V della Costituzione, investendo della questione la Corte Costituzionale. Pronunciandosi sui ricorsi avanzati dalle Regioni, la Corte ha sciolto la questione in senso favorevole allo Stato (cf. sentenza n. 296/2003 e n. 241/2004), con il solo limite di sopprimere, senza sostituirli, gli spazi di autonomia già riconosciuti dalle leggi statali in vigore alle Regioni o non in linea con la logica della tendenziale indipendenza finanziaria degli enti territoriali sottesa al novellato art. 119 Cost. (cf. sentenza n. 37/2004). Da questo contesto confuso e incerto emerge chiaramente che, a prescindere dal verdetto comunitario, l'abolizione dell'IRAP e la sua sostituzione nel sistema tributario è sicuramente una priorità di politica economico-finanziaria interna. Essa va affrontata in termini rapidi e inquadrando la questione nella prospettiva più ampia del ridisegno complessivo dalla finanza regionale necessario per realizzare i principi contenuti nel titolo V Cost. Infatti, una delle ragioni per cui sulla vicenda IRAP non vi sono stati sbocchi concreti e che questa imposta partecipa ad un

altro nodo irrisolto dell'aspetto fiscale del Paese: l'attuazione del federalismo fiscale (cf. G. Arachi-A. Zanardi, 2005)⁵.

Attualmente l'IRAP è il più importante tributo regionale per gettito e, nei limiti concessi dal legislatore centrale, le Regioni hanno apprezzato la possibilità di gestire il tributo in modo attivo soprattutto a partire dal 2001 con il decreto n. 56/2000, con la possibilità di variazione dell'aliquota (in aumento e in riduzione) dell'1% e di operare differenziazioni tra settori e categorie di contribuenti. Però, come in precedenza si è riportato, si è trattato di una situazione breve, in quanto a partire dalla finanziaria per il 2003 con il blocco dell'addizionale IRPEF e all'IRAP, i margini di autonomia tributaria sono stati ridotti drasticamente con l'esimente dell'attesa *dell'accordo sui meccanismi strutturali del federalismo fiscale*. La riforma dell'IRAP dovrebbe trovare, dunque, collocazione proprio all'interno degli istituendi nuovi rapporti finanziari tra Stato e autonomie che l'attuazione dell'art. 119 Cost. richiede. Ai sensi di tale normativa lo Stato deve fissare i principi fondamentali del sistema tributario e della struttura finanziaria per livelli di governo, in particolare progettando e realizzando i sistemi di perequazione. Le Regioni, nell'ambito di tali principi, quindi, attraverso una competenza legislativa concorrente, possono istituire tributi propri e << concordare >> l'istituzione di tributi propri degli enti locali. In quest'ottica, la legge di coordinamento costituisce l'indispensabile istituto con cui si delineano, in primo luogo, le caratteristiche fondamentali e le fattispecie tributarie dei diversi livelli di governo nella considerazione unitaria della pressione fiscale complessiva, della politica dei saldi di bilancio, della crescita economica; in secondo luogo, si definisce, su base nazionale e per ciascun livello regionale, la sfera complessiva necessaria all'esercizio delle funzioni relative alle materie di cui all'art. 117; in terzo luogo si definisce il livello di autonomia tributaria complessiva come copertura delle spese per le funzioni decentrate. In estrema sintesi, è con la legge di coordinamento fiscale che si delinea la struttura del sistema tributario federale ed è quindi, con tale legge che la questione IRAP va sistemata nel quadro di definizione delle fattispecie impositive che Regioni, Comuni, Province, stabiliscono e applicano in attuazione dell'art. 119 Cost. In una visione di razionalità del sistema tributario, così come richiesta dalla normativa costituzionale, le ipotesi di soluzione non mancano e la scelta tra le varie alternative, gode il conforto di studi e analisi di spessore in grado di fornire un orientamento coerente degli effetti distributivi e dei costi e dei benefici che essi comportano. Si tratta di proposte, da tempo presenti nel dibattito, da parte di giuristi, economisti, centri studi, istituzioni e enti di

⁵ G. Arachi- A. Zanardi, *Irap, dove sono le Regioni*, ibidem

ricerca, e da ultimo, dei risultati forniti dall'ACOFF. Non è un caso, che nei riguardi dell'IRAP, l'Alta Commissione si è espressa per la disomogeneità della distribuzione sul territorio nazionale e per la non coerenza con il principio di correlazione tra prelievo e beneficio connesso alle funzioni esercitate, in conclusione, per la non condivisibilità dell'imposta quale tributo regionale ma di pertinenza erariale, di cui, comunque, si auspica il superamento.

In definitiva, la questione IRAP - Corte di Giustizia, a parere di chi scrive, va risolta a livello interno come capacità di risposta del sistema politico alla concezione del tributo come strumento di giustizia contributiva e distributiva nel concorso alla spesa pubblica plurilivello e non dunque, nell'ottica centralistica fra abolizione o modificazione ma nell'alternativa superamento-sostituzione a garanzia di finanziamento e funzionamento dello Stato delle Autonomie. In questo senso, l'IRAP può essere sostituita mediante una serie articolata di misure impositive autonome (compartecipazioni IRE e IVA diversamente congegnate, tributi ambientali, tributi para-comutativi, tributi di scopo, imposte sui servizi, imposte sui consumi, ecc.) contestuali a misure di contenimento e razionalizzazione sul versante della spesa corrente, nell'ambito del coordinamento della finanza pubblica, del sistema tributario e dell'armonizzazione dei bilanci pubblici. Il compito riguarda sia le Regioni che lo Stato, perché, altrimenti, <<...senza IRAP e senza una strategia di attuazione dell'art.119 Cost. ci dovremo accontentare di un federalismo dimezzato >> (F. Osculati,2005), di una continua perdita di competitività, della tenuta stessa della coesione sociale del Paese.

Riformare l'IRAP per renderla compatibile con l'ordinamento europeo è interesse dell'Italia¹

di Raffaele Perrone Capano²

Sommario: 1. L'IRAP tra obiettivi di contenimento dell'evasione ed incongruenze strutturali del tributo - 2. Profili distributivi ed irrazionalità dell'IRAP alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento tributario - 3. Il restyling dell'IRAP tra vincoli comunitari ed esigenze di razionalità dell'imposta.

1. L'IRAP tra obiettivi di contenimento dell'evasione ed incongruenze strutturali del tributo.

Che il pagare i tributi non sia la prima aspirazione dell'uomo e che le imposte in genere non siano argomento particolarmente popolare è un dato di comune esperienza.

D'altra parte la democrazia parlamentare nasce e si consolida proprio sul presupposto della legittimità del dovere tributario, in quanto consentito, attraverso la legge dal popolo, al quale in ultima istanza appartiene la sovranità.

È all'interno di questo quadro di riferimento che va analizzata la vicenda dell'IRAP, la cui anomalia ricade proprio nell'ampiezza delle opposizioni che hanno accompagnato fin dalla nascita il nuovo tributo.

E pure, le linee guida che avevano ispirato la Commissione Gallo a metà degli anni '90 erano tutt'altro che irrazionali.

L'idea originaria era infatti quella di istituire un tributo a larghissima base imponibile, sull'insieme delle attività produttive, che inglobasse una serie di tributi minori, i contributi sanitari e l'imposta locale sui redditi (ILOR) con l'obiettivo di attribuire alle Regioni una entrata tributaria non solo consistente e poco influenzata dalle oscillazioni del ciclo economico, ma anche sufficientemente elastica, allo scopo di aumentarne il grado di autonomia finanziaria e fiscale.

¹ Una più ampia trattazione dell'argomento con particolare riferimento ai profili all'esame della Corte di Giustizia sarà pubblicato nel n. 4/06 di "Rassegna tributaria" dal titolo "Una bussola nel labirinto dell'IRAP, tra pregiudiziali politiche, limiti giuridici e vincoli di finanza pubblica".

² Ordinario di Diritto finanziario, Facoltà di Giurisprudenza, Università Federico II, Napoli

Lo schema originario prevedeva poi una significativa graduazione del prelievo, per tener conto sia del fatto che i redditi da lavoro autonomo non erano precedentemente assoggettati all'ILOR, sia più in generale, delle ridotte capacità contributive di cui le imprese minori sono espressione.

L'IRAP nasce nel 1997 con una pluralità di obiettivi, che ne hanno negativamente condizionato sin dall'inizio sia la struttura giuridica, sia gli effetti economici e distributivi, sia il rapporto con le altre imposte dirette e l'IVA.

Accanto a finalità condivisibili, quali la razionalizzazione del sistema fiscale, attraverso la sostituzione dell'ILOR, della tassa sulla salute, di quella sulle società, e di altre imposte minori, con un'unica imposta caratterizzata da una base imponibile molto ampia e meno esposta all'evasione, rispetto alle tradizionali imposte sul reddito e all'IVA, l'IRAP avrebbe dovuto, almeno nelle intenzioni dei proponenti, determinare una redistribuzione del carico fiscale a vantaggio del settore manifatturiero, più aperto alla competizione e alla concorrenza internazionale, e, ormai privo della protezione del cambio flessibile, dopo l'avvio del processo che porterà nel 2002 all'introduzione dell'euro.

Obiettivo redistributivo sostanzialmente mancato anche per il modo indiscriminato con cui fu introdotta la nuova imposta: tassando in eguale misura situazioni espressive non solo di capacità contributive differenziate, ma anche incise in modo non uniforme dai tributi soppressi, con comprensibili riflessi sul consenso al nuovo tributo da parte dei contribuenti minori.

La motivazione inespressa di questa scelta, confermata d'altra parte dalla coeva riforma dell'IRPEF, del 1997 era quella di contrastare la diffusa evasione fiscale nei settori del lavoro autonomo e delle imprese minori, con la previsione di prelievi maggiorati nelle aree economiche caratterizzate da maggiore evasione.

Soluzione questa comunque improvida, proprio per le caratteristiche del nuovo tributo. L'IRAP tassa infatti il valore aggiunto della produzione su base fisica, e non finanziaria, come avviene nell'IVA, e quindi presenta rispetto a quest'ultima una maggiore resistenza all'evasione, il che avrebbe dovuto indurre il legislatore a maggiore equilibrio e prudenza, nel definirne gli assetti, proprio in considerazione della diffusione dell'evasione.

Gli effetti redistributivi determinati dalla nuova imposta erano al contrario così accentuati a danno delle imprese familiari e soprattutto del lavoro autonomo, non assoggettato in precedenza all'ILOR, da determinare, fin dal primo anno, una vera fuga davanti alla nuova imposta, con un saldo negativo rispetto alla previsione di parità di gettito fissata dalla legge istitutiva, con riferimento alle imposte sostituite, di oltre 7.500 miliardi di lire.

La perdita di gettito non fu, come sostenuto da qualche economista frettoloso, dovuta ad errori di calcolo da parte del Ministero delle Finanze, che in questo campo ha una consolidata tradizione di prudenza, ma al radicalismo nella formulazione del modello distributivo della nuova imposta, che specie nei settori precedentemente esclusi dall'ILOR, determinò forti resistenze dei contribuenti al nuovo tributo, con un consistente incremento dell'evasione, in un settore per altro caratterizzato da un numero elevatissimo di soggetti, che ne rende difficile quando non problematico il contrasto.

Ovviamente la diffusa resistenza alla nuova imposta, comportò effetti di traboccamento dell'evasione anche nelle imposte sul reddito e nell'IVA, poco contrastati dagli studi di settore, in fase di avvio; anzi, questi ultimi, proprio per gli effetti distributivi della riforma tributaria del 1997, partirono con l'handicap di una evasione non solo diffusa ma in fase espansiva.

L'evasione fiscale ha assunto quindi nel tempo la caratteristica di elemento strutturale del nostro sistema tributario, che non può essere analizzato e compreso con un approccio di tipo moralistico, che guardi agli effetti piuttosto che alle cause dell'evasione, o con l'adozione di misure di tipo redistributivo che istituzionalizzano disparità di trattamento a parità di capacità contributiva, in contrasto con il buon senso, prima ancora che con i principi.

D'altra parte l'evasione, almeno nelle dimensioni assunte attualmente, ha origini complesse, conseguenza sia di alcune scelte compiute con la riforma tributaria dell'inizio degli anni 70', sia di interventi successivi a carattere spesso estemporaneo, che hanno caratterizzato 30 anni di politica tributaria. All'origine vi è tuttavia a mio parere l'errore strategico compiuto con la riforma tributaria del 72'-73', di ritenere applicabile ad una realtà economica quale quella italiana, caratterizzata da milioni di lavoratori autonomi, imprese individuali e microimprese, un modello di imposizione reddituale a carattere personale mutuato dall'esperienza nord europea, senza opportuni adattamenti.

In definitiva la cultura economico giuridica del tempo sottovalutò i problemi che avrebbe comportato in Italia il passaggio, nell'imposizione sui consumi, dal consolidato modello dell'imposta generale sull'entrata a carattere cumulativo (IGE), all'imposta sul valore aggiunto. Problemi moltiplicati dal pressoché contestuale abbandono del vecchio modello di imposizione dei redditi gestito dall'amministrazione finanziaria; cui era affidato il compito di determinare l'imposta a carico dei contribuenti, attraverso l'emissione dei ruoli.

È indiscutibile che il nuovo modello di imposizione reddituale basato sui principi della personalità dell'imposta, sull'obbligo della tenuta di una contabilità analitica per tutti i contribuenti, sulla progressività delle aliquote, sulla dichiarazione dei redditi e l'autodeterminazione dell'imposta da parte dei contribuenti, rappresenti un sistema tecnicamente più moderno e razionale, rispetto a quello disciplinato dal Testo Unico del 1958.

Un modello di imposizione sul reddito quest'ultimo, basato essenzialmente sull'imposta di ricchezza mobile, un'imposta proporzionale caratterizzata da una tenue progressività per classi, sull'imposta di famiglia, e su una imposta progressiva a carattere complementare, che interessava un numero relativamente ristretto di soggetti; ed in cui la determinazione dell'imposta era affidata all'amministrazione finanziaria, cui era demandato il compito di predisporre i ruoli.

Proprio l'abbandono di questo modello, la cui gestione d'altra parte, senza l'adozione di adeguati correttivi, avrebbe probabilmente incontrato ostacoli amministrativi insormontabili nella moltiplicazione dei contribuenti, determinata dalla riforma del 1972, ha comportato nel tempo, per una serie di concause che non è possibile approfondire in questa sede, una sostanziale perdita del controllo della gestione dei principali tributi da parte dell'Amministrazione finanziaria; con il conseguente rincorrersi di misure finalizzate a recuperare gettito, spesso arbitrarie e irrazionali, e il parallelo consolidamento di diffuse pratiche di elusione e di evasione.

Ho voluto ripercorrere brevemente questo itinerario, sviluppatosi nell'arco di un quarto di secolo, perché l'evasione fiscale, che oggi in tanti condannano, rappresenta un forte elemento di differenziazione della nostra realtà fiscale, rispetto al gruppo dei paesi ad elevato sviluppo di cui l'Italia è parte, non solo sotto il profilo quantitativo, ma dal punto di vista strutturale.

L'evasione cioè costituisce non solo la violazione degli obblighi connessi con l'appartenenza ad una collettività organizzata, ma rappresenta uno degli elementi endogeni che concorrono a determinare il sistema dei prezzi ed in definitiva gli equilibri del mercato. In buona sostanza, accanto a fenomeni di evasione comuni a tutte le economie avanzate, perseguiti e scoperti dall'amministrazione finanziaria in modo sostanzialmente non diverso rispetto agli altri Paesi, vi è in Italia un'evasione strutturale, cioè connessa alle caratteristiche proprie del sistema tributario, in relazione alle caratteristiche strutturali del sistema socio economico, che è illusorio pensare di poter correggere soltanto con misure repressive e maggiori controlli.

Si vuole qui richiamare l'attenzione sul fatto che l'evasione non rappresenta, come sembra credere qualcuno, una risorsa alla quale poter attingere, attraverso la repressione del fenomeno, per finanziare nuove spese o ridurre eventualmente le imposte, ma un elemento sia pure distorsivo intorno al quale si è formato l'equilibrio dei prezzi e più in generale del sistema economico. Equilibrio, non certo virtuoso, che può essere modificato stabilmente solo attraverso l'adozione di misure correttive tra loro coordinate che incidano sulla struttura interna dei diversi tributi. Riducendo da un lato la convenienza ad evadere, che interagisce su una pluralità di imposte, con effetti sinergici; aumentando dall'altro il tasso di fedeltà dei contribuenti al sistema.

Obiettivo quest'ultimo che presuppone non solo che la somma degli oneri fiscali e la loro ripartizione tra i contribuenti sia determinata secondo ragionevolezza, ma sia basata su criteri distributivi trasparenti, che aumentino nei contribuenti stessi la consapevolezza della doverosità del concorso al prelievo, e la sua sostanziale equità.

Va sottolineata al riguardo anche l'ipocrisia che accompagna l'adozione ricorrente di condoni fiscali e le polemiche che ne conseguono. Il condono è infatti, nell'attuale assetto del nostro sistema tributario uno strumento strutturale, che si affianca agli studi di settore, finalizzato all'adeguamento periodico degli imponibili.

In un sistema in cui l'autoliquidazione delle imposte è lasciata al buon volere di quasi sette milioni di contribuenti, senza alcuna partecipazione dell'Amministrazione alla determinazione e liquidazione del dovuto, se non nella successiva fase di accertamento, che riguarda inevitabilmente una percentuale minima di soggetti, il condono non è altro che un accertamento di massa, con l'obiettivo di fare emergere materia imponibile, riducendo al minimo gli oneri relativi al passato. I condoni sono la spia del malessere che accompagna il sistema tributario, non certo la causa dell'evasione, conseguenza dei limiti strutturali e degli squilibri distributivi che lo caratterizzano.

Da questo punto di vista la riorganizzazione della riscossione avviata negli ultimi due anni rappresenta una positiva inversione di tendenza. Essa richiederebbe tuttavia, per essere realmente efficace, di rappresentare il punto di arrivo di un percorso, più ampio di riforme che, investe sia la struttura delle imposte sia i profili gestionali ed applicativi, per i quali il Parlamento aveva dato al Governo un'ampia delega con la legge 80/2003, rimasta, purtroppo in buona parte inattuata.

All'interno di questo lungo percorso, la riforma tributaria del 1997 ed in particolare l'istituzione dell'IRAP, hanno rappresentato dal punto di vista degli effetti distributivi un

punto di svolta in senso negativo, anche per le condizioni di stress fiscale in cui venne realizzato in quegli anni il riequilibrio dei conti pubblici.

La resistenza all'IRAP, specie da parte dei lavoratori autonomi e delle imprese minori, nacque infatti proprio da alcune scelte distributive assai discutibili, operate all'atto dell'introduzione della nuova imposta. Quest'ultima doveva assicurare la parità di gettito con i tributi soppressi, tra cui l'ILOR, imposta da cui erano precedentemente esclusi sia il lavoro autonomo sia le imprese individuali con redditi modesti. Non avendo il legislatore dell'epoca discriminato l'IRAP in ragione delle diverse capacità contributive, con l'effetto irragionevole di aumentare per qualche milione di soggetti l'onere fiscale anche del 100%, il risultato fu un rifiuto di massa del nuovo tributo con una riduzione del gettito rispetto ai tributi soppressi vicina a 7.500 miliardi di lire.

Questo esito in sé prevedibile, fu aggravato dalla contestuale riforma dell'IRPEF, che per il diverso gioco delle detrazioni determinava, specie per i redditi medio bassi diversi da quelli da lavoro dipendente, compresi nei primi due scaglioni dell'IRPEF, oneri fiscali anche doppi rispetto al lavoro dipendente.

L'aumento dell'evasione connessa con l'introduzione dell'IRAP rappresenta quindi il punto di arrivo di una politica tributaria improvvida, che non avendo la capacità e la forza politica di riformare complessivamente il sistema, nel settore cruciale della gestione amministrativa delle imposte, per ricondurre anche in Italia l'evasione entro confini fisiologici, ha cercato di correggerne gli effetti distributivi guardando esclusivamente al profilo macroeconomico; attingendo a tutto il campionario dei possibili interventi (riduzione degli oneri deducibili, duplicazione di imposte, indeducibilità di tributi inerenti alla produzione del reddito, ecc.) finalizzati ad allargare artificiosamente le basi imponibili: con l'esito, questo si prevedibile, di espandere l'evasione a macchia d'olio, rendendola un elemento strutturale di equilibrio del sistema.

Favorendo il diffondersi nell'opinione pubblica di un atteggiamento lassista nei confronti dell'evasione, determinato dalla sostanziale rottura del contratto sociale su cui si fonda la democrazia parlamentare, basato sul consenso al sistema impositivo.

Questione questa praticamente ignorata dai giuristi, che meriterebbe invece un'attenta riflessione, in una fase storica in cui sono messe in discussione le basi stesse della legittimità politica della fiscalità. Alle prese da un lato con la moltiplicazione dei decisori fiscali, che spinge verso una sorta di neocorporativismo fiscale; dall'altro con la mondializzazione degli scambi, che rende sempre più mobile la materia imponibile, riducendo quindi la sovranità fiscale degli Stati.

In questo quadro il contribuente tende a porsi rispetto allo Stato come cliente che paga il costo dei servizi di cui è beneficiario, piuttosto che come soggetto legato alla Comunità da vincoli di solidarietà, che ha l'obbligo di concorrere alla spesa pubblica in ragione della propria capacità contributiva.

Dei rischi di questa tendenza, che in ultima istanza mette in discussione, con la sovranità fiscale, uno degli elementi essenziali della democrazia parlamentare, si è reso interprete sia il legislatore con la legge 212/2000 sullo statuto del contribuente, che impone al Governo, nell'esercizio del potere di imposizione e nella sua gestione, una serie di vincoli finalizzati ad assicurare al sistema tributario nei suoi effetti distributivi trasparenza, ragionevolezza nella graduazione dei prelievi e coerenza sistematica ai diversi tributi; sia la Costituzione, nel testo novellato, di cui è espressione di rilievo la legge di coordinamento del sistema tributario, art. 117 III comma Cost., destinata a disciplinare l'esercizio della potestà tributaria da parte delle Regioni e più in generale il rapporto tra sistema tributario statale ed autonomia fiscale degli Enti di decentramento.

Alla luce di queste considerazioni, la questione IRAP si presenta particolarmente delicata, perché l'imposta oltre ad incontrare forti resistenze nei settori maggiormente incisi dal nuovo tributo, è anche fortemente indiziata di rappresentare un duplicato dell'IVA, in contrasto con l'art. 33 n. 1 della VI Direttiva, proprio per il carattere lineare con cui colpisce il valore aggiunto della produzione, che la rende, quanto agli effetti, un'imposta sulla cifra d'affari, assai simile all'IVA.

Probabilmente un'IRAP più articolata, per tenere conto di capacità contributive sicuramente diverse, sulla base delle proposte della commissione Gallo, di cui fosse stata consentita la deducibilità dal reddito, non sarebbe mai arrivata all'esame della Corte di Giustizia, e avrebbe incontrato minori resistenze da parte dei lavoratori autonomi e delle imprese individuali, soggetti particolarmente penalizzati dagli effetti sostitutivi della nuova imposta.

Anche dal punto di vista strettamente economico l'IRAP presenta inconvenienti strutturali che ne compromettono la razionalità fiscale. È vero che essa ha sostituito la tassa sulla salute, che in precedenza gravava sul monte salari, ma la stessa considerazione deve farsi per l'ILOR che era invece un'addizionale sul reddito e quindi non incideva direttamente sul costo del lavoro, come avviene invece nell'IRAP.

Il fattore lavoro è stato quindi penalizzato dal nuovo tributo e ha accentuato il carattere dualistico del nostro sistema produttivo: da un lato l'introduzione dell'IRAP ha incentivato fiscalmente il processo di decentramento produttivo verso i paesi dell'est europeo, delle

aziende di dimensioni medio grandi, specie in alcuni comparti manifatturieri (tessile, abbigliamento, pellami e calzature, ecc.); dall'altro ha favorito l'incremento del lavoro irregolare nelle imprese di dimensioni più modeste, alimentando la pratica delle corresponsioni fuori busta di una parte del salario, con effetti di trascinamento negativi sulle imposte sui redditi.

Altri inconvenienti evidenti dell'IRAP sono stati determinati da una combinazione poco meditata di strumenti giuridici finalizzati ad obiettivi di gettito, con elementi di illusione finanziaria.

Penso ad esempio alla singolare definizione di tributo reale attribuita dalla legge istitutiva all'IRAP, con l'obiettivo di giustificarne l'indeducibilità dall'imposta sul reddito; soluzione considerata positivamente da alcuni economisti, perché l'indeducibilità, a parità di gettito, consente di adottare un'aliquota nominale ridotta, che, combinata con una larga base imponibile determina rendimenti elevati.

Ma a parte la considerazione che l'argomento in sé non sembra dei più solidi, perché potrebbe essere esteso a qualsiasi modello di imposizione capitaria, con esiti abnormi dal punto di vista distributivo, l'indeducibilità ha effetti molto diversi a seconda che si riferisca ad attività di lavoro autonomo o a redditi di impresa: questione quindi, tutt'altro che irrilevante, sotto il profilo giuridico.

Nel primo caso l'indeducibilità si limita ad introdurre un elemento di illusione finanziaria, che incide tuttavia in maniera discutibile, aumentandola, sulla progressività dell'imposta personale, perché l'aliquota implicita dell'IRAP è pari a quella nominale, maggiorata dell'aliquota marginale dell'IRE a cui è assoggettato il contribuente e varia quindi da un minimo del 5,22% fino al 6,07%.

Nel reddito di impresa il discorso è ben diverso. Non solo l'IRAP penalizza le esportazioni (sia rispetto all'IVA, sia a quei tributi sostituiti caratterizzati da una minore propensione ad incidere sui prezzi finali) ma disincentiva, al contrario dell'IVA, gli investimenti. L'imposta è infatti dovuta anche quando l'impresa non presenta un reddito fiscalmente rilevante; ipotesi questa che coinvolge non solo le imprese in perdita ma anche quelle che effettuano investimenti consistenti. Rappresenta quindi un ostacolo irrazionale di origine fiscale alla ristrutturazione e all'innovazione tecnologica delle imprese, che contrasta con l'esigenza di far crescere dimensionalmente le imprese italiane e di aumentarne la competitività.

Sotto il profilo giuridico poi va segnalata l'incongruenza nell'IRAP di un modello di imposizione sul valore aggiunto che adotta uno schema di tipo prodotto, e non solo non

ne consente la deducibilità dall'imposta sul reddito, che è consustanziale alla produzione, ma non permette neppure di sospendere e riportare in avanti l'IRAP dovuta negli anni in cui il contribuente non presenta un reddito tassabile, e quindi, anche sotto il profilo del valore aggiunto prodotto, evidenzia una capacità contributiva quanto meno attenuata.

Anche per questo motivo è praticamente impossibile calcolare a priori il peso dell'IRAP sui diversi settori produttivi e quindi il carico fiscale effettivo sul reddito dell'impresa: l'aliquota implicita dell'IRAP è infatti del 5,65%, su una base imponibile che, specie nelle attività ad elevata intensità di lavoro, rappresenta un multiplo del reddito imponibile ai fini IRES.

Anche dal punto di vista del finanziamento dei bilanci regionali, principale motivazione che aveva condotto all'istituzione del nuovo tributo, l'IRAP presenta evidenti elementi di criticità, puntualmente rilevati dall'Alta Commissione sul federalismo fiscale.

L'adozione nell'IRAP di un modello di imposizione del valore aggiunto della produzione, basato su uno schema di determinazione dell'imponibile di tipo fisico, caratterizzato dalla deduzione base da base e non finanziario, come nell'IVA, mentre non sembra idoneo a porre l'IRAP al riparo dal divieto posto dall'art. 33 n. 1 della VI Direttiva di istituire imposte sulla cifra d'affari a effetto equivalente rispetto all'IVA, determina una distribuzione territoriale del gettito ancora più sperequata rispetto al rapporto tra reddito pro capite nazionale e regionale, con effetti di traboccamento che rendono l'imposta inidonea allo scopo.

Tutto questo a prescindere dal diverso grado di distribuzione della disoccupazione sul territorio nazionale che incide sul gettito dell'IRAP, penalizzando ulteriormente le Regioni con minore capacità fiscale per abitante; l'IRAP è quindi, almeno per la componente relativa al monte salari, sicuramente regressiva.

2. Profili distributivi ed irrazionalità dell'IRAP alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento tributario

Pur considerando l'IRAP un'imposta datata, sia per i profili strutturali richiamati in precedenza, che ad un'analisi sistematica evidenziano una pluralità di elementi di criticità, ad effetti sinergici; sia per l'incompatibilità del tributo con un sistema efficiente di tassazione delle imprese in un'economia mondializzata, ritengo che obiettivo realistico di breve periodo debba essere quello di una sua riforma, che ne riduca gli elementi di contrasto con l'ordinamento comunitario, apparendo irrealistica una sua rapida

sostituzione attraverso l'aumento di altri tributi, correggendone contemporaneamente i profili più criticabili.

Se infatti dal punto di vista teorico l'abolizione dell'IRAP nel settore privato (il cui gettito è stato pari a 26 miliardi euro nel 2005) potrebbe essere assorbita con un mix di interventi su altri tributi, in particolare sull'IVA, dal punto di vista pratico la situazione si presenta in modo assai meno semplice.

Da un lato la struttura delle principali imposte dirette è ancora in fase di assestamento, dopo la riforma avviata nel 2003; l'incremento del gettito dei redditi diversi, rispetto a quelli da lavoro dipendente, negli ultimi tre anni ha evidenziato alcuni segnali positivi nelle aree più esposte all'evasione, che potrebbe essere compromesso da nuovi aumenti del prelievo, non coordinati a sistema.

Dall'altro, il forte incremento del prezzo delle fonti di energia registrato nell'ultimo anno, rende irrealistico l'aumento delle accise e delle altre imposte sull'energia, per cui il recupero del gettito dovrebbe concentrarsi prevalentemente sull'IVA.

Tuttavia anche l'intervento sulle aliquote dell'IVA, seguendo il precedente danese, della causa *Dansk Denkavit*, che aveva determinato una perdita di gettito molto inferiore rispetto a quella rappresentata da una eventuale dichiarazione di illegittimità dell'IRAP, incontra difficoltà ed obiezioni molto serie, sia per le dimensioni dell'aumento (non meno di 5 punti dell'aliquota base) che ne rendono irrealistica l'adozione, sia per la maggiore evasione che caratterizza l'IVA rispetto all'IRAP, che comporterebbe un premio irrazionale all'evasione.

E questo senza contare i profili distributivi e gli effetti sui prezzi di una manovra di queste dimensioni, che scaricherebbero sui consumatori e sulle famiglie, buona parte degli oneri connessi con la soppressione dell'IRAP.

La difficoltà di abolire in tempi realistici un tributo come l'IRAP il cui gettito è ormai secondo soltanto a quello dell'IRE e dell'IVA, e le cui caratteristiche di stabilità di gettito, così importanti per la finanza regionale, non possono essere ignorate, portano a riflettere sulla opportunità di individuare alcuni interventi correttivi, funzionali rispetto all'obiettivo di rimuovere i punti di attrito rispetto al principio di capacità contributiva, correggendo gli elementi di più evidente irrazionalità del tributo.

In conclusione si tratta di armonizzare l'IRAP alle altre forme di imposizione, reddituale e non, che gravano sui redditi di lavoro autonomo e di impresa, in una logica di sistema, in armonia con i vincoli costituzionali. Nella convinzione che un'imposta come l'IRAP proprio per il fatto che il valore aggiunto della produzione calcolato su basi fisiche offra una

maggiore resistenza all'evasione rispetto all'IVA, il cui valore aggiunto è calcolato su basi finanziarie, non solo non possa giustificarsi solo per questo motivo; ma all'inverso debba, attraverso l'introduzione di specifici e razionali elementi di raccordo con le altre principali imposte, contribuire a ridurre gradualmente l'evasione, migliorando in definitiva la funzionalità complessiva del sistema tributario.

Sotto questo profilo, poiché una delle esigenze più stringenti è rappresentata oggi dalla necessità di aumentare il grado di differenziazione del valore aggiunto, che costituisce la base imponibile dell'IRAP, rispetto a quella dell'imposta sul valore aggiunto, è indispensabile che gli interventi correttivi dell'IRAP presentino evidenti elementi di discontinuità, anche rispetto a quegli elementi costitutivi, che evidenziano profili di dubbia legittimità costituzionale, che è comunque opportuno correggere.

Personalmente non mi convincono le critiche più radicali, che imputano all'IRAP di colpire attraverso il valore aggiunto della produzione, solo formalmente l'attività produttiva; secondo queste tesi le effettive manifestazioni di capacità contributiva incise dall'IRAP sarebbero rappresentate dalle diverse componenti l'attività di produzione; il contribuente assoggettato all'IRAP dovrebbe essere inciso solo per la parte riferita al profitto: l'imposta secondo queste opinioni è quindi costituzionalmente illegittima in quanto assoggetta all'IRAP manifestazioni di capacità contributiva riferibili prevalentemente a soggetti diversi dal contribuente inciso.

A mio avviso il problema delle legittimità costituzionale dell'IRAP non è costituito dal suo oggetto, il valore aggiunto della produzione, ma dalle sue caratteristiche applicative. Da un lato essa non discrimina, almeno all'origine, le diverse attività in relazione alla effettiva capacità contributiva, e le attività produttive in senso stretto da quelle di lavoro autonomo; il che presta il fianco a fondate obiezioni in punto di ragionevolezza, evidenziate ma non risolte dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 156/2001.

D'altra parte, l'indeducibilità dal reddito di un'imposta che rappresenta per il contribuente IRAP un costo inerente al reddito, oltre ad introdurre una doppia imposizione ed un elemento di illusione finanziaria (la tassazione come reddito di quanto dovuto ai fini IRAP), non consente di considerare l'IRAP una perdita fiscale da riportare a nuovo, in tutti i periodi in cui il contribuente IRAP risulti in perdita, ai fini dell'imposta sul reddito.

Del resto parte anche l'opinione che la base economica e la giustificazione del tributo sarebbe costituita dal godimento dei servizi pubblici locali non risolve il problema, sia perché appare difficile sostenere che vi sia sempre una relazione diretta tra valore aggiunto prodotto e godimento dei pubblici servizi; sia perché il principio del beneficio

può essere collegato legittimamente al presupposto di un tributo solo se esso esprime contestualmente una capacità contributiva riferibile al contribuente assoggettato al tributo stesso: il criterio del beneficio, anche nelle imposte reali, può al più integrare quello di capacità contributiva, non certo sostituirlo.

La deducibilità dell'IRAP dalle imposte sul reddito, per la particolare struttura dell'IRAP, funzionalmente connessa alla produzione di reddito, rappresenta quindi solo formalmente una opzione lasciata alla discrezionalità del legislatore: di fatto, in relazione alle caratteristiche strutturali del tributo essa assume, sotto il profilo funzionale, il ruolo di un vincolo di coerenza del sistema, finalizzato al rispetto del principio di capacità contributiva.

Questo aspetto merita un approfondimento: lo statuto del contribuente, nel definire i principi fondamentali dell'ordinamento tributario, vincolanti sia per la formazione della legge tributaria, sia per la sua applicazione amministrativa, ha valorizzato il tema della coerenza del sistema ai fini della conformità della legge tributaria ai parametri di costituzionalità. La Corte di Cassazione ha ulteriormente rafforzato questi principi riconoscendo loro un carattere vincolante, paracostituzionale.

Ne consegue che, mentre dal punto di vista economico nel caso dell'IRAP la deducibilità-indeducibilità dell'onere dell'imposta appare una scelta di opportunità, essendo evidente che per assicurare la parità di gettito la deducibilità comporta, in ogni caso, l'adozione di un'aliquota maggiorata in almeno una delle due imposte; dal punto di vista giuridico la deducibilità dell'IRAP dall'imposta sul reddito ne condiziona la razionalità del prelievo sotto il profilo della capacità contributiva. Il collegamento del valore aggiunto tassato ai fini IRAP è infatti così intrinsecamente connesso all'attività del contribuente, finalizzata a realizzare il profitto, da non poter essere scissa da quest'ultimo.

La deducibilità consente infatti di considerare l'IRAP un costo imputabile pro quota alle diverse componenti del valore aggiunto, che incide sulla determinazione del reddito netto tassabile ai fini IRE e IRES; al contrario l'indeducibilità accolla irragionevolmente al produttore l'onere dell'IRAP, a prescindere dal fatto che nel periodo considerato sia stato evidenziato o meno un reddito tassabile, attribuendo al carattere reale dell'IRAP, che ne giustifica l'imposizione autonoma rispetto al reddito, un ulteriore improprio elemento di patrimonialità.

La molteplicità di elementi organizzativi che caratterizzano il presupposto dell'IRAP, possono essere presi in considerazione come espressione di una capacità contributiva del produttore, autonoma rispetto alla produzione del reddito, solo se non viene spezzato

arbitrariamente il rapporto tra l'attività e reddito prodotto: collegamento non necessariamente presente ai fini della legittimità di un'imposta patrimoniale, indispensabile invece in quella sulle attività, il cui carattere reale non può attenuare il collegamento al reddito fino al punto di consentire il prelievo in assenza di reddito. Quindi, per un'evidente esigenza di razionalità e corenza del sistema dovrebbe essere consentito al contribuente IRAP quanto meno di riportare a nuovo o di compensare l'imposta nei periodi in cui non presenti un reddito fiscalmente rilevante.

L'esigenza della deducibilità è, se possibile, ulteriormente accentuata nelle attività di lavoro autonomo, in cui spesso valore aggiunto e reddito vengono a coincidere; ed in cui come appare evidente, la legittimità del tributo è vincolata al fatto che il valore aggiunto non si identifichi con il reddito, ma rappresenti una realtà autonoma, in cui le componenti del valore aggiunto del contribuente IRAP diverse dal reddito, siano quanto meno prevalenti.

A queste considerazioni di ordine generale occorre aggiungere che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 156 del 2001, interpretativa di rigetto, ha riconosciuto la legittimità costituzionale del tributo in quanto imposta sul valore aggiunto della produzione, ma ha anche sottolineato che l'IRAP richiede, ai fini della qualificazione dell'attività svolta, perché se ne realizzi in concreto il presupposto, che l'elemento organizzativo assuma un rilievo non marginale, ai fini dell'assoggettamento al tributo delle attività di lavoro autonomo.

La Corte invece ha evitato di pronunciarsi sulla questione della legittimità dell'indeducibilità del tributo ai fini delle imposte sui redditi, sul presupposto che la questione riguarderebbe la disciplina di queste ultime e solo indirettamente l'IRAP.

In definitiva la Corte Costituzionale, pur riconoscendo in via di principio la legittimità costituzionale dell'IRAP, ha evidenziato alcuni aspetti (carattere di imposta sul valore aggiunto della produzione, organizzazione dell'attività di lavoro autonomo, deducibilità dell'IRAP dall'imposta sui redditi) che presuppongono interventi correttivi del legislatore, sia ai fini della differenziazione della base imponibile IRAP da quella dell'IVA, per i noti vincoli della VI Direttiva, sia, della delimitazione dell'area dell'assoggettabilità all'IRAP, delle attività di lavoro autonomo.

Appare quindi opportuno individuare, possibilmente prima della decisione della Corte di Giustizia, una serie di interventi correttivi che, incidendo sulla struttura dell'IRAP rendano l'imposta più simile ad un tributo che abbia ad oggetto alcuni elementi rilevanti dell'attività economica svolta da ciascun contribuente, piuttosto che l'insieme del valore

aggiunto prodotto, con l'obiettivo di ridurre sia il grado di affinità rispetto all'IVA, sia di correggere gli elementi sistematici di arbitrarietà ed irrazionalità.

La soluzione apparentemente più semplice potrebbe essere quella di sdoppiare l'IRAP in una tassa uniforme sul monte salari, ed in un'addizionale sui profitti, consentendo una deduzione solo parziale degli interessi passivi. Ma, a parte gli inconvenienti dal punto di vista distributivo e della ripartizione del gettito tra le Regioni, una scelta di questo tipo comporterebbe obiezioni assai più stringenti, in tema di capacità contributiva, di quelle già formulate da Falsitta rispetto all'IRAP.

Nell'IRAP, la base imponibile è il valore aggiunto della produzione e, se l'imposta è strutturata in modo equilibrato, può non essere arbitrario e irrazionale tassarlo in testa al produttore, fatti salvi i problemi di compatibilità con la sesta Direttiva IVA; appare invece assai meno giustificabile porre a carico del produttore una tassa sul costo del lavoro, che rappresenta appunto un costo e non una manifestazione di capacità contributiva, sia pure indiretta del produttore.

Ma il problema della compatibilità dell'IRAP con il divieto di duplicazione dell'imposta sul valore aggiunto stabilita dall'art. 33 n. 1 della VI Direttiva IVA è ancora attuale? Oppure l'ipotesi di rinviare al Giudice Nazionale l'indagine sulla reale sovrapposizione tra valore aggiunto IRAP ed IVA, per campioni significativi di imprese, proposta dall'Avvocato Generale Stix-Hackl, nelle conclusioni presentate il 16 marzo 2006, apre la strada ad una decisione della Corte di Giustizia che salvi l'IRAP, togliendo dall'imbarazzo il nuovo Governo, espressione della stessa maggioranza che aveva istituito il tributo nel '97?

La mia convinzione è che le conclusioni dell'Avvocato Generale Stix-Hackl, sul punto sostanziale della incompatibilità dell'IRAP con l'art. 33 n. 1 della VI Direttiva IVA, non si discostino nella sostanza, da quelle formulate nel marzo 2005 dell'Avvocato Generale Jacobs.

L'approccio è tuttavia meno meccanicistico, più argomentato in relazione al contenuto funzionale del divieto posto dall'art. 33 n. 1 della sesta Direttiva e in definitiva più problematico anche sulla definizione contenutistica degli elementi di raffronto, ai fini della delimitazione più precisa dei confini che separano i diversi modelli ipotizzabili di imposte sulla cifra d'affari, dall'IVA comunitaria, sui quali è chiamata a pronunciarsi la Corte di Giustizia.

Il percorso logico del ragionamento della Stix-Hackl, teso ad individuare i parametri che un'imposta sulla cifra d'affari deve rispettare per non interferire con il funzionamento dell'IVA comunitaria, offre qualche utile elemento per un restyling dell'IRAP, anteriore alla

decisione della causa, che elimini i possibili punti di frizione con l'ordinamento comunitario, migliorando nel contempo la funzionalità del tributo.

In definitiva, l'impianto argomentativo della Hackl, proteso da un lato a limitare gli effetti sul bilancio dello Stato italiano della retroattività di una eventuale pronuncia di incompatibilità dell'IRAP con il diritto comunitario, dall'altro ad indicare indirettamente la strada dei correttivi da introdurre nell'impianto del tributo per consentirne la coesistenza, evidenzia una convinzione diffusa circa l'effetto equivalente di un'imposta come l'IRAP rispetto all'IVA comunitaria.

E quindi esprime la preoccupazione di evitare che l'obiettivo di ottenere una dichiarazione di incompatibilità di principio dell'IRAP, in quanto imposta sulla cifra d'affari ad effetto equivalente rispetto all'IVA, possa essere vanificato dalla preoccupazione politica della Corte di Giustizia di evitare gli effetti potenzialmente dirompenti per il bilancio dello Stato italiano di una propria decisione negativa, ed indirettamente per gli equilibri comunitari. A meno che non sia lo stesso Governo italiano a eliminare il problema, modificando l'IRAP in maniera incisiva: il che non comporta necessariamente perdite di gettito incompatibili con le note difficoltà di finanza pubblica.

3. Il restyling dell'IRAP tra vincoli comunitari ed esigenze di razionalità dell'imposta.

Una prima questione aperta, che non può più essere rinviata, è quella di individuare un criterio giuridico che consenta di stabilire con precisione, sulla base degli indirizzi della sentenza n. 156 del 2001 della Corte Costituzionale, in quali ipotesi, ai fini della qualificazione dell'attività svolta l'elemento organizzativo, assume un rilievo marginale e quindi non determina la nascita di un autonomo presupposto, idoneo a consentire l'assoggettamento all'IRAP delle attività di lavoro autonomo.

L'esigenza di introdurre in questo ambito elementi di certezza, che scorraggino non solo il contenzioso, ma evitino comportamenti elusivi, in contrasto con i principi di eguaglianza e di ragionevolezza, potrebbe suggerire di assumere a criterio discriminante, ai fini dell'assoggettamento all'IRAP delle attività di lavoro autonomo, il principio di prevalenza.

Se nel valore aggiunto determinato ai fini IRAP l'elemento reddituale riferibile al medesimo soggetto è prevalente rispetto al valore aggiunto prodotto, l'imposta non dovrebbe essere dovuta e viceversa.

La deduzione fissa dall'imponibile pari ad 7.500, eviterebbe bruschi salti di imposta, mentre il rilievo assunto dalla componente reddituale, ai fini della non assoggettabilità

all'IRAP, introdurrebbe un incentivo a non occultare quote di reddito, con effetti strutturali positivi dal punto di vista del contrasto all'evasione e della coerenza del sistema.

In ogni caso l'effetto di diversificazione dell'imponibile IRAP, rispetto al valore aggiunto assoggettato all'IVA nello stesso periodo di imposta, sarebbe evidente.

Un effetto analogo potrebbe ottenersi consentendo di dedurre dall'imponibile IRAP delle attività di lavoro autonomo, una percentuale decrescente del reddito prodotto annualmente, variabile tra il 75 e il 50 per cento eliminando la deduzione fissa di 7.500 euro.

Questa soluzione è probabilmente preferibile perché, da un lato favorirebbe l'allargamento degli imponibili e determinerebbe una tassazione più equilibrata delle attività il cui valore aggiunto è caratterizzato da una consistente componente a carattere reddituale; dall'altra avrebbe il pregio di introdurre un elemento di notevole discontinuità rispetto al valore aggiunto tassato ai fini dell'IVA, in un settore in cui per altro le eventuali interferenze del modello di imposizione del valore aggiunto della produzione considerato nell'IRAP, con il funzionamento dell'IVA mi sembrano difficilmente ipotizzabili.

Ovviamente il costo della riduzione della base imponibile potrebbe essere spalmato su due o tre esercizi, per ridurre l'impatto sul gettito, e potrebbe essere in parte coperto concedendo alle Regioni maggiore autonomia nella determinazione dell'aliquota.

In ogni caso i correttivi alla tassazione del lavoro autonomo ai fini IRAP dovrebbero privilegiare il raccordo con le imposte sul reddito rispetto alle esigenze immediate di gettito, sia per evidenti ragioni di coerenza del sistema, sia perché in prospettiva anche la determinazione dell'IRAP dovrebbe rientrare tra gli elementi di valutazione degli studi di settore.

Un discorso più complesso e articolato riguarda invece le imprese, caratterizzate da un regime fiscale particolarmente oneroso, sia nella tassazione del reddito prodotto, sia nella componente previdenziale e fiscale che grava sul costo del lavoro. L'attuale maggioranza parlamentare ha assunto l'impegno di ridurre nel primo anno di 5 punti il cosiddetto cuneo fiscale sul costo del lavoro, intervenendo sia sugli oneri previdenziali impropri, sia direttamente sulle imposte che gravano sul monte salari.

Una parte della componente tributaria della manovra potrebbe quindi riguardare proprio l'IRAP, affiancando alla deduzione in cifra fissa attualmente prevista per le imprese minime una ulteriore deduzione dall'imponibile, di una quota crescente del costo del

lavoro sia nella componente salariale, sia in quella previdenziale(fino al 50%), anche questa attuabile in due o tre anni per evitare eccessivi contraccolpi nel gettito.

Dal punto di vista della base imponibile, l'IRAP attenuerebbe il carattere di imposta parallela all'IVA e quindi verrebbe corretto il principale elemento di possibile contrasto con l'art. 33 n. 1 della VI Direttiva, almeno sulla base dei criteri fin qui presi in considerazione dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Sotto il profilo della politica tributaria la riduzione della componente lavoro nella base imponibile IRAP ridurrebbe l'incentivo, diffuso specie nelle attività minori, ad occultare una quota del reddito distribuito ai dipendenti, e a contrastare il fenomeno del lavoro irregolare.

Questa tematica, assai poco esplorata nelle sue componenti di origine fiscale, non può essere affrontata in questa sede. Quello che appare comunque incontrovertibile è che la struttura distributiva e la gestione delle principali imposte, incide in modo determinante sulla dinamica dell'economia irregolare. Quindi da un lato l'opinione che l'evasione non riguardi i redditi da lavoro dipendente appare un luogo comune, dall'altro la convenienza ad evadere è in genere accompagnata da minore sicurezza e protezione sociale: elementi questi che attenuano di molto i vantaggi per il dipendente che riceve una quota della retribuzione al nero, e che potrebbero essere ulteriormente contrastati dalla revisione distributiva e gestionale dell'imposta sul reddito per le attività minori.

Per le imprese di maggiori dimensioni, più aperte alla concorrenza internazionale e non investite da questi fenomeni, la riduzione della componente lavoro nell'imponibile IRAP avrebbe effetti positivi immediati sul costo del lavoro e quindi sulla competitività del sistema.

Altra questione delicata è quella della indeducibilità, dell'IRAP, dall'IRES conseguenza del carattere reale dell'imposta sulle attività produttive, nella versione attuale.

Nelle attività di lavoro autonomo la deducibilità invertita qui proposta (una quota del reddito prodotto dedotta dall'imponibile IRAP) renderebbe l'imposta sulle attività produttive più equilibrata rispetto al principio di capacità contributiva, e risolverebbe in radice il problema della differenziazione rispetto all'IVA, perché l'IRAP perderebbe le caratteristiche di imposta sulla cifra d'affari.

La diversità intrinseca del reddito d'impresa, rispetto al lavoro autonomo, rendono difficile l'estensione di una deduzione di questo tipo alla base imponibile IRAP delle imprese. D'altra parte, anche nel reddito d'impresa, l'indeducibilità dell'IRAP ha effetti negativi già illustrati che non occorre richiamare ulteriormente.

La scelta della deducibilità, che introdurrebbe un ulteriore forte elemento di discontinuità nell'IRAP rispetto ad un'imposta sulla cifra d'affari con le caratteristiche dell'IVA in alternativa alla possibilità di riportare in avanti l'IRAP nei periodi di imposta che non evidenziano un reddito tassabile, appartiene, pur con i limiti richiamati in precedenza in tema di coerenza del sistema, alla discrezionalità del legislatore, che potrebbe, opportunamente, optare per la deducibilità, accompagnandola con l'aumento sia dell'aliquota base, sia della possibilità di manovra delle aliquote, da parte delle Regioni, per contenerne l'impatto sul gettito.

L'aspetto più delicato del rapporto tra IRAP e ordinamento comunitario è riconducibile al fatto che in Italia, economisti e giuristi concentrano la difesa dell'IRAP o sui profili strutturali, o su quelli economici, mentre le conclusioni dell'Avvocato Generale Stix-Hackl, integrano i due profili coordinandoli con la precedente giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Sotto questo profilo è evidente che la deducibilità dell'IRAP dalle imposte sul reddito rappresenterebbe da un lato un elemento di discontinuità che, proprio per i suoi effetti, non potrebbe essere assimilato ad un miniscopo aggiustamento per salvare il tributo. D'altra parte il costo della deducibilità potrebbe essere finanziato in tutto o in parte con un intervento sulle aliquote, che non comporterebbe aggravii per i contribuenti, aumentando il grado di razionalità del tributo.

Una ipotesi diversa e attenuata, che risolverebbe i rilievi di quanti contestano la legittimità-opportunità di un prelievo sulla produzione, nelle ipotesi in cui l'impresa sia fiscalmente in perdita, potrebbe essere quella di differire il versamento del tributo ad un esercizio successivo. Una soluzione di questo tipo non inciderebbe né sul carattere reale del tributo né sul gettito, mentre favorirebbe le ristrutturazioni produttive in caso di bilanci in perdita; ovviamente dovrebbe essere affiancata da misure di contrasto rispetto alla tendenza diffusa, specie tra le società di capitali a presentare bilanci in perdita.

In queste ipotesi la repressione degli abusi dovrebbe essere affidata agli studi settore, il cui ruolo dovrebbe essere in parte ripensato, per tenere conto della amplissima forbice di situazioni diversificate a cui ne è stata ormai estesa l'applicazione.

Mi riferisco in particolare alle posizioni reddituali minori alle quali ben potrebbe adattarsi uno strumento, quale la pianificazione fiscale concordata, che, almeno a parere di chi scrive, dovrebbe assumere un ruolo analogo alla "dichiarazione controllata" dell'ordinamento francese, in cui appunto la fase della dichiarazione e quella dell'accertamento coincidono. Consentendo così all'Amministrazione finanziaria di

riappropriarsi, dopo quasi quarant'anni, della gestione coordinata dei principali tributi (IRE, IRES, IRAP, IVA) collegati alle attività minori di produzione di beni e servizi; anticipando la fase di controllo, che non sarebbe quindi più solo eventuale e residuale, al momento della dichiarazione.

In un quadro di riferimento di questo tipo la previsione del differimento del versamento dell'IRAP ad un esercizio successivo, ovvero la possibilità di compensare il tributo con altre imposte in caso di bilanci in perdita, non inciderebbe sulla struttura del tributo che rimarrebbe sostanzialmente immutata, mentre introdurrebbe comunque un elemento di differenziazione, sia pure attenuato rispetto alla deducibilità del tributo rispetto delle imposte sul reddito, nei confronti dell'IVA.

Un ulteriore elemento di diversificazione, da coordinare con le altre misure precedentemente descritte, potrebbe riguardare l'esclusione dalla base imponibile IRAP di una percentuale, variabile, piuttosto elevata degli oneri sociali, con l'obiettivo sia di non penalizzare eccessivamente le imprese labour intensity sia di valorizzare quelle caratterizzate da retribuzioni medie più elevate, che evidenziano maggiore propensione all'innovazione.

In definitiva l'obiettivo dovrebbe essere quello di realizzare un sistema di imposizione delle realtà di impresa che coordini l'imposta sulle attività produttive con le imposte sul reddito e sul valore aggiunto in misura molto più stretta di quanto avviene attualmente, in un'ottica di sistema.

Un'imposta regionale ad ampia base, caratterizzata da stabilità nel gettito, quale è oggi l'IRAP, può essere quindi ripensata, con un opportuno restyling, correggendone alcuni inconvenienti, che attengono sia agli effetti distributivi sia agli altri elementi strutturali che penalizzano le imprese italiane.

Penso sia giunto il momento, proprio per le conseguenze che la mondializzazione sta determinando in termini di concorrenza fiscale e di perdita di sovranità da parte degli Stati, di recuperare la percezione che la fiscalità, prima di essere la somma di una pluralità di imposte, ha come destinatario ultimo il contribuente.

Assume quindi rilievo sempre più stringente la funzione di coordinamento tra i diversi tributi, caratterizzati da una serie di vasi comunicanti che il legislatore sembra talvolta ignorare, e la loro gestione unitaria, evitando che il cattivo funzionamento di un'imposta riverberi i propri effetti negativi sulle altre imposte, che attengono al medesimo contribuente, moltiplicandoli.

In conclusione chi ritiene che la competitività del sistema Italia sia compromessa anche da una struttura del prelievo poco equilibrata, mal distribuita e non coordinata al sistema, ha ben presente che i problemi di finanza pubblica sia dal lato della spesa sia fiscali, richiedono un mix ben proporzionato di misure strutturali caratterizzate da innovazione e prudenza, rigore ed equilibrio. Sotto questo profilo è evidente che la tassazione delle imprese, grandi e minori, (reddito + attività produttive + valore aggiunto) sia uno dei punti di sofferenza del sistema e richieda particolare attenzione a quanto avviene nei paesi vicini ed in quelli con i quali la nostra economia è più integrata.

Non considerare questi aspetti, ritenere quindi che il sistema Italia possa permettersi ancora, in una stagione caratterizzata da modificazioni profonde degli assetti che caratterizzano le economie mature, di consolidare e stabilizzare un modello di tassazione delle imprese tra i più elevati al mondo, è del tutto irrealistico.

Gli interventi correttivi dell'IRAP qui proposti e la riflessione sulla indispensabilità di affrontare i diversi aspetti dell'imposizione, persone, famiglie, patrimonio, consumi ed imprese in un'ottica di sistema, si inseriscono, credo in modo costruttivo in questo percorso.

BIBLIOGRAFIA DI RIFERIMENTO

Antonini, *La prima giurisprudenza costituzionale sul federalismo fiscale: il caso dell'IRAP*, in *Riv. dir. Fin. e Fisc.* 2003, p. 97.

Baggio, *Profili di irrazionalità e d' illegittimità costituzionale dell'imposta regionale sulle attività produttive*, in *Riv. dir.trib.* 1997.

Battistoni Ferrara, *Prime impressioni sul salvataggio dell'Irap*, in *Rass. trib.*, 2001, n. 3, pp. 860 e ss.

Bodrito, *L'Irap tra genesi ed esegesi*, in *Dir. prat. trib.*, 1999.

Boria, *Il sistema dei tributi locali*, in Russo, *Manuale di diritto tributario*, vol. II, Milano, 2002.

Bosi, Guerra. *I tributi nell'economia italiana*, Bologna, 1998.

Buccico, *L'Irap nel sistema tributario italiano*, Napoli, 2000.

Castaldi, *Considerazioni a margine della sentenza n.156 del 2001 della Corte Costituzionale in materia di IRAP*, in *Rass. Trib.*, 2002, p. 858.

Ciocca, *I professionisti soggetti all'Irap non diminuiscono ma aumentano le perplessità*, in *Boli. trib.*, 2002, n. 7, p. 502.

COMMISSIONE GALLO, *Proposte e documenti*, in *Quaderni 1-2*, 1997, Ministero delle Finanze.

Corasaniti, *Irap: Gli elementi della fattispecie imponibile, la giustificazione costituzionale e la graduale abrogazione*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2001, p. 973.

Del Torchio, *Il Concetto di "autonoma organizzazione" secondo l'insegnamento dei giudici e secondo l'orientamento dell'Agenzia delle Entrate*, in *Boll. Trib.*, 2002, pp. 578 e ss.

De Mita, *Irap e Irpef. Fantasie e acrobazie*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 ottobre 1997.

De Mita, *Eutanasia di una tassa*, sul Sole24ore del 18 marzo 2005.

De Mita, *Fisco in fuori gioco sull'Irap negli studi. Consulta travisata*, in *Il Sole 24 Ore*, 3 febbraio 2002.

Falsitta, *Nuove riflessioni in tema di Irap*, in *Boll. trib.*, 1998, n. 6, p. 485.

Falsitta, *La sentenza della Consulta sull'Irap e l'insostenibile iniquità di un tributo malfatto*, in *Il fisco*, 2001, n. 25, p. 8722.

Falsitta, *Aspetti e problemi dell'Irap*, in *Riv. dir. trib.*, I, 1997, pp. 633 e ss.

Falsitta, *L'Irap? Una seconda IVA da ripensare*, in *Ilsole24ore* del 30 luglio 2004.

Fedele, *Prime osservazioni in tema di Irap*, in *Riv. dir. trib.*, I, 1998. Parte I, pp. 469 e ss.

- Fedele, *La "discriminazione" dei redditi di lavoro autonomo ed i principi di eguaglianza e capacità contributiva*, in *Giur. it.*, 1980.
- Ferlazzo Natoli, Colli Vignarelli, *Il meccanismo impositivo dell'Irap: dubbi di costituzionalità*, in *Boll. trib.*, 1998, n. 8, p. 649.
- Ficari, *La rilevanza dell'organizzazione nella tassazione dei proventi dei lavoratori di analisi tra reddito di lavoro autonomo e reddito d'impresa*, nota a *Comm. Trib. Centr.*, sez. XVI, 22 maggio 2001, n. 3900, in *Boll. trib.*, 2002, n. 22, p. 1667.
- Gallo, *Ratio e struttura dell'Irap*, in *Rass. trib.*, 1998, n. 3, p. 627.
- Gallo, *Imposta regionale sulle attività produttive*, in *Enc. dir.*, agg. V, Milano, 2001.
- Leoni, *I lavoratori autonomi sono da considerarsi sempre soggetti passivi ai fini Irap?*, in *Il fisco*, 2002, pp. 6750 e ss.
- Leoni, *Irap, autonoma organizzazione, Impresa*, in *Il fisco*, 2002, pp. 6833 e ss.
- Lupi, *L'Irap tra giustificazioni costituzionali e problemi applicativi*, in *Rass. trib.*, 1997, p. 1412.
- Marongiu-Bodrito, *L'imposta regionale sulle attività produttive, Irap*, in *Trattato di Diritto Tributario*, diretto da A. Amatucci, IV vol., Padova, 2001, pp. 528 e ss.
- Marongiu, *Irap, lavoro autonomo e Costituzione*, in *Dir. prat. trib.*, 2000.
- Moschetti, *Profili costituzionali dell'Irap, imposta disattenta alla persona e alla tutela del lavoro*, in *Riv. dir. Trib.*, I, 1999, pp. 735 e ss.
- Porcaro, *Riflessioni sulla soggettività passiva dell'Irap: in particolare, i casi del non residente, degli enti non commerciali e delle amministrazioni pubbliche*, in *Rass. trib.*, 1997.
- Sallustio, *Il rimborso dell'Irap ai lavoratori autonomi: questioni controverse ed ipotesi interpretative*, in *Rass. trib.*, 2002.
- Salvati, *Alcuni spunti in tema di costituzionalità dell'Irap*, in *Rass. trib.*, 1998.
- Salvatores, *Contrastanti opinioni sull'Irap*, in *Boll. trib.*, 1998, n., p. 10.
- Schiavolin, *Sulla dubbia conformità dell'IRAP al principio di capacità contributiva*, in *Riv. Dir. Trib.*, I; 1998, p. 737.

L'autotutela e la compensazione delle spese di giudizio: il *revirement* della Corte costituzionale

di Maria Pia Nastri¹

Sommario: 1. Premessa - 2. La cessata materia del contendere e l'autotutela – 3. I precedenti orientamenti giurisprudenziali – 4. La recente sentenza della Corte costituzionale: le ragioni del "*revirement*".

1. Premessa

La sentenza della Corte costituzionale del 12 luglio 2005, n. 274 ha, finalmente, dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 46, c. 3, del d.lgs. n. 546/92 con riferimento alle ipotesi di cessazione della materia del contendere diverse dai casi di definizione delle liti tributarie previsti dalla legge. La questione esaminata dalla Corte concerneva l'impugnativa di una cartella di pagamento emessa nell'anno 1996 dall'ufficio Iva di Napoli nei confronti di una società in liquidazione. L'ufficio impositore, in pendenza di giudizio, disponeva lo sgravio dell'intero importo iscritto a ruolo con provvedimento di autotutela. La Commissione tributaria provinciale di Napoli rimetteva, pertanto, al vaglio della Consulta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 46, c. 3, del d.lgs. n. 546/92, con riferimento agli articoli 3 e 24 cost., evidenziando come detta norma precludesse l'applicazione del principio processualcivilistico secondo cui, in caso di cessazione della materia del contendere, il regolamento delle spese dovesse seguire la valutazione della soccombenza virtuale rimessa al giudice della causa.

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 46, c. 3, del d.lgs. n. 546/92 in tema di compensazione delle spese per cessazione della materia del contendere², era stata rimessa al vaglio della Corte costituzionale più volte negli ultimi anni e dichiarata

¹ Ricercatore di Diritto tributario presso la Facoltà di Giurisprudenza, Università Suor Orsola Benincasa, Napoli

² Si precisa che l'art. 46, comma 3, dispone che " le spese del giudizio estinto restano a carico della parte che le ha anticipate", comprese ad es. eventuali consulenze tecniche di parte. Naturalmente diversa è la fattispecie della compensazione delle spese, cui sovente viene assimilato il dettato dell'art. 46. Infatti, la compensazione prevede, analogamente al processo civile, la ripartizione delle spese processuali in capo ad entrambe le parti, ivi comprese le eventuali spese sostenute da una sola delle parti nel corso del giudizio (ad es. consulenze tecniche). Pur essendo evidente la differenza, è necessario evidenziare che nella prassi i giudici si sono spesso espressi equiparando il disposto dell'art. 46, comma 3, alla compensazione delle spese. Per chiarezza espositiva di seguito si farà quindi riferimento alla compensazione delle spese.

sempre manifestamente infondata o inammissibile³. La Consulta, con la recente sentenza, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina contenuta nel citato art. 46 c. 3, sotto un diverso profilo esaminando la disposizione citata sotto l'aspetto dell'irragionevolezza. Il diverso orientamento della Corte, rispetto a quello delle precedenti sentenze e ordinanze, merita pertanto un approfondimento.

2. La cessata materia del contendere e l'autotutela

Preliminarmente è necessario analizzare l'istituto della cessata materia del contendere nell'ambito del processo tributario considerate le precise peculiarità in merito alla struttura e all'oggetto dello stesso⁴.

L'art. 46 del d.lgs. n. 546/92, c. 1, dispone, infatti, l'estinzione del giudizio nei casi di definizione delle pendenze tributarie ed in ogni altro caso di cessazione della materia del contendere ed al c. 3 disciplina che le spese del giudizio estinto restano a carico della parte che le ha anticipate, salvo diverse disposizioni di legge⁵. Il legislatore per definire la cessazione della materia del contendere ha, poi, ipotizzato una categoria astratta di situazioni che comportano i medesimi effetti, riconducendo nel novero sia fattispecie regolate da provvedimenti aventi contenuto particolare (ad es. i condoni), sia ipotesi di annullamento dell'atto da parte dell'amministrazione⁶. Inoltre, anche quando sia sopravvenuto un fatto riconosciuto e ammesso da entrambe le parti tale da far venir meno le ragioni sostanziali della lite e da rendere inutile la pronuncia del giudice sulla controversia interviene la cessata materia del contendere o, ancora, quando una nuova

³ La questione di legittimità costituzionale è stata affrontata ben sei volte dalla Corte costituzionale con sent. n. 53 del 1998, in *Fisco*, 1998, p. 5514, e ordinanze n. 368 del 1998, n. 77 del 1999, n. 265 del 1999, n. 465 del 2000 e n. 68 del 2005, tutte in Banca dati *Fiscoonline*.

⁴ La cessata materia del contendere nel processo civile ordinario non è né prevista, né espressamente regolata, ma risulta dalla prassi giurisprudenziale. V. Cass., sez. un., sent. 28 settembre 2000, n. 1048, in Banca dati *Fiscoonline*. Tuttavia, la dottrina processualcivile si è interessata della fattispecie qualificandola come una pronuncia dichiarativa con cui il giudice conclude il processo per il venir meno della pretesa di diritto, senza esprimersi sulle domande delle parti. Si tratta, in sintesi, del riflesso processuale del venir meno delle ragioni di fatto o di diritto che hanno fatto sorgere la controversia. Cfr. C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, Giappichelli, Torino, 2002, p. 344 ss.

In diritto amministrativo, invece, l'art. 23 della l. n. 1034/71 prevede espressamente che in caso di cessazione della materia del contendere il giudice disponga in merito alle spese dopo aver valutato l'ammissibilità e la fondatezza del gravame. La norma impone che il giudice amministrativo provveda in merito alle spese, ma non esclude che le stesse possano essere compensate.

⁵ L'art. 39 del d.p.r. n. 636/72, previgente, escludeva l'applicabilità degli articoli da 90 a 97 del c.p.c. e la Corte costituzionale, negli anni, ha ritenuto legittima tale esclusione. In tal senso Corte cost., sent. n. 196 del 1982, in *Fisco*, 1983, p. 379 e ord. n. 79 del 1990, in *Fisco*, 1990, p. 1748.

⁶ In tal senso A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Commentario al nuovo contenzioso tributario*, Giuffrè, Milano 1996, p. 647.

disposizione normativa modifichi o elimini il tributo⁷. Altre ipotesi possono configurarsi, anche, quando il contribuente, pur non rinunciando espressamente al ricorso, ma attraverso l'adempimento spontaneo, accetti attraverso fatti concludenti le richieste dell'amministrazione ponendo fine alla controversia ed in tutti i casi di acquiescenza da parte dell'amministrazione finanziaria, compreso il rimborso⁸.

La norma pur avendo il pregio di aver tipizzato la cessazione della materia del contendere nell'ambito del diritto tributario ha, però, disciplinato la liquidazione delle spese in modo difforme rispetto al rito ordinario⁹.

Nel processo tributario la cessazione della materia del contendere viene, quindi, distintamente disciplinata dall'estinzione del giudizio che invece viene regolata negli artt. 44 e 45 del d.lgs n. 546/92, in modo analogo alle disposizioni civilistiche ed amministrative¹⁰.

Prescindendo dai casi espressamente previsti dalla legge, possono quindi configurarsi alcune situazioni, quali ad es. l'autotutela, che generano la cessazione della materia del contendere¹¹. Detta cessazione si può verificare a seguito di un evento esterno e successivo all'istaurarsi del giudizio riconosciuto da entrambe le parti tale, da determinare il venir meno della controversia¹², ma anche nei casi in cui il fatto che determina l'annullamento risulti essere preesistente alla data dell'istaurarsi del giudizio¹³.

Tuttavia, prima dell'annullamento dell'atto, il contribuente in costanza di un atto palesemente illegittimo si vedrà costretto a proporre ricorso assumendosi i costi della difesa tecnica. La disparità di trattamento tra le parti emerge quando l'amministrazione

⁷ Cfr. A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Commentario al nuovo contenzioso tributario*, cit., p. 644 ss.

⁸ Cfr. A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Commentario al nuovo contenzioso tributario*, cit., p. 645; gli autori annoverano tra i casi di cessazione della materia del contendere anche i rimborsi. Tuttavia l'annullamento o la riforma dell'atto con il quale è stata respinta l'istanza di rimborso, non è rilevante ai fini della cassazione della materia del contendere, che si verificherà solo con l'effettiva restituzione, da parte dell'amministrazione finanziaria, delle somme in contestazione.

⁹ Cfr. B. BELLE', *Le spese del giudizio*, in *Il processo tributario* a cura di F. Tesauro, UTET, Torino 1999, p. 316.

¹⁰ La dottrina in materia tributaria, tuttavia, si è soffermata "sull'incoerenza sistematica" dell'art.46, c. 3, che disciplina la cessata materia del contendere equiparandola sostanzialmente all'estinzione del giudizio. Sulla intrinseca diversità tra l'estinzione del processo e la cessazione della materia del contendere v. P. RUSSO, *Cessazione della materia del contendere*, III, *Diritto tributario*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1988, p. 2.

¹¹ Nel processo amministrativo e in quello civile l'estinzione del processo scaturisce o dalla rinuncia agli atti del giudizio o dalla inattività delle parti.

¹² L'art. 46 non prevede alcunché in merito al cd. riconoscimento della cessata materia del contendere da parte del contribuente. Tale consenso è requisito indispensabile, sia esso espresso o tacito, per la cessazione della lite; tuttavia, in caso di mancata accettazione sembrerebbe che il ritiro del provvedimento impugnato determini in ogni caso il venir meno del contendere e pertanto il giudice tributario potrebbe ugualmente dichiarare la cessazione della materia del contendere. Non vi sarebbe d'altronde motivo per proseguire il giudizio se non relativamente al profilo della condanna alle spese.

¹³ E' sovente il caso di annullamento per vizio preesistente alla data di emissione dell'atto stesso, piuttosto che per vizio sopravvenuto, pertanto l'autotutela e la conseguente applicazione del citato art. 46, si configurano nella prassi come strumenti per evitare la soccombenza delle spese.

finanziaria, in caso di probabile esito negativo del giudizio, annulli il proprio atto impositivo, chiedendo ai giudici la compensazione delle spese del giudizio. E' evidente che, in siffatte ipotesi, il contribuente, già virtualmente vittorioso, dovrà sostenere le spese della difesa tecnica.

L'autotutela risulta essere, in tali ipotesi, l'unico rimedio per l'amministrazione per evitare la soccombenza delle spese della lite. configurandosi come un mero *escamotage* per non effettuare una rinuncia vera e propria con relativo obbligo di rimborso delle spese alla controparte¹⁴.

L'art. 68 del d.p.r. n. 287/92 ha introdotto, come noto, l'autotutela nel nostro ordinamento disciplinando il suo esercizio senza limiti di tempo su atti per i quali pende giudizio e su atti divenuti inoppugnabili per decorso infruttuoso dei termini di impugnazione, detto articolo, tuttavia, è stato abrogato, senza conseguenze sul piano operativo, dall'art. 23, lett. m) punto 7 d.p.r. 26 marzo 2001, n. 107. Con successivo regolamento di cui al d.m. 11 febbraio 1997 n. 37, l'art. 2 c. 2 ha individuato quale limite all'esercizio dell'autotutela il giudicato favorevole limitatamente ai motivi sui quali sia intervenuta sentenza passata in giudicato. L'amministrazione può, infatti, in costanza di un giudicato di rito, riesaminare un proprio atto impositivo sia sulla base di circostanze non considerate nel primo atto di accertamento che su vizi rilevati nel ricorso, ma sui quali il giudice non si sia espresso. Prescindendo in questa sede dalle ricostruzioni sui profili sistematici¹⁵ l'autotutela, costituisce, un potere-dovere¹⁶, dell'amministrazione finanziaria di annullare un proprio atto impositivo in caso di palese illegittimità¹⁷.

¹⁴ Il suddetto regolamento che disciplina gli aspetti procedurali dell'istituto è stato pubblicato anche in *Riv. dir. trib.*, 1997, III, p. 342 ss.

¹⁵ Cfr. R. LUPI, *Atti definitivi e decadenze: se l'autotutela non arriva cosa può fare il contribuente?*, in *Rass. Trib.*, 1994, p. 750, D. STEVANATO, *L'autotutela dell'amministrazione finanziaria*, Cedam, Padova 1996, p. 39, secondo i quali si ravvede in tale istituto un dovere dell'amministrazione finanziaria all'annullamento. L'interpretazione prevalente, tuttavia, ravvedeva un interesse legittimo del contribuente, in tal senso cfr. V. FICARI, *Autotutela e riesame nell'accertamento tributario*, Giuffrè, Milano 1999, p. 29; P. RUSSO, *Riflessioni e spunti in tema di autotutela nel diritto tributario*, in *Rass. trib.*, 1997, p. 552 ss.; mentre altra parte della dottrina ravvede nel potere di annullamento il mero ripristino della legalità ex art. 97 cost., in tal senso cfr. M. A. GALEOTTI FLORI, *Il principio dell'autotutela tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 1996, I, p. 657 ss.; F. MOSCHETTI, *La capacità contributiva*, Cedam, Padova 1993, p. 13 ss. e F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, UTET, Torino 2002, p. 136 ss. Di particolare rilievo è Cass., sez. un., sent. 10 agosto 2005, n. 16776, in *Rass. trib.*, 2005, p. 1732, con commento di S. DONATELLI; la sentenza ha attribuito alla giurisdizione delle commissioni tributarie le controversie relative al diniego espresso o tacito dell'autotutela. L'art. 19 d.lgs. n. 546/92, non avrebbe, alla luce di detta interpretazione, più natura tassativa. L'ampliamento della giurisdizione, secondo i giudici della cassazione, scaturisce dal dettato dell'art. 12, comma 2, come modificato dalla l. 28 dicembre 2001, n. 448, che ha reso la giurisdizione tributaria pur nella sua specialità, una giurisdizione a carattere generale. In senso difforme Cons. st., 9 novembre 2005, n. 6269, in Banca dati *Fisconline*.

¹⁶ Prescindendo, in questa sede, dalla questione relativa al configurarsi in capo al contribuente di un interesse legittimo o di un diritto soggettivo e della mancata previsione di una tutela giurisdizionale in caso di diniego di autotutela, cui sono riconducibili gli orientamenti dottrinari citati nelle precedenti note, la più recente

Esaminiamo, pertanto, detto istituto limitatamente agli effetti che produce facendo venir meno le ragioni della lite e quindi la pronuncia del giudice¹⁸.

3. I precedenti orientamenti i giurisprudenziali

La questione relativa alla ripartizione delle spese a seguito di un provvedimento di autotutela emesso in corso di giudizio è stata sollevata dinanzi alla giurisprudenza di merito di molte commissioni tributarie trovando interpretazioni discordanti.

Una breve disamina degli orientamenti formati può essere utile al fine di evidenziare come i giudici di merito abbiano cercato di interpretare l'art. 46 cit. nel rispetto dei principi costituzionali.

La giurisprudenza di merito ha distinto cause di cessazione della materia del contendere di natura sostanziale e processuale limitando l'applicazione dell'art. 46, c. 3, a questi ultimi casi¹⁹. Secondo altra parte della giurisprudenza i provvedimenti di autotutela possono essere distinti tra quelli che scaturiscono da una scelta discrezionale e quelli in cui sopravviene una fattispecie estintiva²⁰. Mentre però nel primo caso si è configurata una rinuncia processuale da parte dell'amministrazione finanziaria ex art. 44 d.lgs. n. 546/92; nel secondo caso, l'ufficio impositore ha emesso un provvedimento di autotutela a seguito di un fatto esterno modificativo che incide oggettivamente sul giudizio, con applicazione dell'art. 46, c. 3²¹.

giurisprudenza del T.A.R. appare orientata verso un riconoscimento della propria giurisdizione nei suddetti casi, cfr. T.A.R. Emilia Romagna, 28 gennaio 2005, n. 114, in *Boll. trib.*, 2005, p. 553.

¹⁷ In caso di intervenuta autotutela e conseguente cessata materia del contendere ed eventuale inammissibilità del ricorso, la giurisprudenza ha ritenuto che prevalga la prima causa di estinzione rispetto all'inammissibilità che farebbe "rivivere" l'atto illegittimo con effetti distorsivi del sistema. In tal senso L. CASTALDI, *Estinzione del processo per rinuncia al ricorso*, in *Il nuovo processo tributario*, in T. BAGLIONE, S. MENCHINI, M. MICCINESI (a cura di), Giuffrè, Milano 2004, p. 468.

¹⁸ Tralasciando per brevità di materia gli aspetti interpretativi è necessario evidenziare che negli ultimi anni si è manifestato sempre più l'interesse del legislatore ad incentivare l'applicazione di istituti quali l'accertamento con adesione, la conciliazione giudiziale ed in particolare l'autotutela per evitare l'insorgere e risolvere le liti pendenti. Nel caso di annullamento attraverso un provvedimento di autotutela la compensazione delle spese è stata concepita come un incentivo nei confronti dell'amministrazione finanziaria per dirimere il contenzioso. Per ulteriori approfondimenti cfr. S. MUSCARÀ, *Autotutela, IV, Diritto Tributario*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1996, p. 1. e dello stesso autore *Gli inusuali ambiti dell'autotutela in materia tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, I, p. 70.

¹⁹ In tal senso Comm. trib. prov. Pisa, sent. 11 marzo 2001, n. 43, in *Riv. dir. trib.*, II, 2003, p. 761, nella sentenza viene considerata causa di natura sostanziale l'ammissione di erroneità della pretesa da parte dell'ufficio.

²⁰ V. Comm. trib. prov. Macerata, sent. 24 maggio 2001, n. 53 in *Boll. trib.*, 2001, p. 1099; in detta sentenza per fatto modificativo esterno s'intende una sentenza assorbente in un diverso giudizio, il pagamento del debito in pendenza della lite, la revoca e la sostituzione della delibera impugnata, l'abrogazione di una sanzione, un condono e la successione di leggi.

²¹ Diversi sono i casi di rinuncia al ricorso ex art. 44 e di inattività delle parti ex art. 45 i cui effetti sono da un punto di vista sostanziale equiparabili al caso di cessazione della materia del contendere, ma solo sotto il profilo dell'estinzione del giudizio; infatti, il regime delle spese viene diversamente disciplinato: nel primo caso queste

Diversamente altra giurisprudenza di merito ha ritenuto applicabile in caso di autotutela e conseguente cessata materia del contendere esclusivamente la compensazione delle spese ex art. 46, c. 3²².

I giudici di secondo grado del Piemonte hanno, invece, ritenuto applicabile la soccombenza virtuale nell'ipotesi in cui l'ufficio riconosca il proprio errore o rinunci alla pretesa impositiva²³.

Più di recente, poi, le commissioni di merito campane hanno condannato l'amministrazione finanziaria alla soccombenza delle spese in applicazione del principio di soccombenza virtuale nei casi di temerarietà della lite²⁴.

I giudici di secondo grado della Campania, invece, si sono espressi diversamente nei casi di rinuncia all'appello attraverso un provvedimento di autotutela²⁵. Infatti, nel caso in cui detto provvedimento sia stato posto in essere per rinunciare all'appello, la commissione tributaria regionale ha ritenuto applicabile l'art. 44, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 546/92, con relativa soccombenza delle spese del giudizio dell'amministrazione finanziaria.

Tuttavia, nel caso di annullamento dell'atto²⁶ e sua reiterazione²⁷ immune però dei vizi preesistenti, la giurisprudenza di merito non ha ritenuto applicabile la

ultime dovranno essere rimborsate dalla parte rinunciataria, mentre nel secondo caso verranno sempre compensate.

²² V. Comm. trib. reg. Lazio, sent. 14 maggio 2001, n. 272, in *Il Sole 24 ore, Guida normativa*, 28 giugno 2001, p. 29. Detta sentenza è sostenuta dai molteplici richiami alle citate sentenze e ordinanze emesse dalla Corte costituzionale sul tema.

²³ In tal senso Comm. trib. reg. Piemonte, sent. 16 maggio 2000, n. 15, in Banca dati *Fiscoonline*.

²⁴ Cfr. Comm. trib. prov. Avellino, sent. 9 aprile 2003, n. 207 e Comm. trib. reg. Campania, sent. 21 gennaio 2004, n. 254, entrambe in *Fisco* 2004, p. 2963.

²⁵ V. Comm. trib. reg. Campania, sez. staccata Salerno, sent. 10 febbraio 2003, n. 87, in *Il Sole 24 ore, Guida normativa*, 18 settembre 2003, p. 20.

²⁶ L'amministrazione finanziaria fino a quando non sia intervenuto un giudicato, può sempre integrare o rinnovare i propri atti di accertamento entro il termine di decadenza di cui all'art. 43 del d.p.r. n. 600/73 non essendo venuto meno il potere di amministrazione attiva. Detto termine di decadenza può intendersi quale unico limite all'autotutela in caso di integrazione in aumento o diminuzione. Resta tuttavia aperta la riflessione in merito al dato normativo che dispone l'esercizio dell'autotutela senza limiti di tempo e la certezza e la stabilità del rapporto giuridico tributario quale interesse prioritario da tutelare.

²⁷ L'autotutela non si configura in caso di integrazione in aumento o in diminuzione. In tali fattispecie, infatti, la sopravvenuta conoscenza di elementi nuovi, diversi da quelli esaminati nel precedente accertamento, determina l'integrazione del primo avviso che pertanto continua ad esistere e non viene sostituito dal nuovo, conservando ciascun atto la propria autonomia con tutte le conseguenze anche processuali. Nel caso invece di rinnovazione o sostituzione dell'atto, il presupposto è l'illegittimità dell'atto e la conseguente eliminazione con effetti *ex tunc*. In tale ipotesi l'autotutela non esclude tuttavia il potere da parte dell'amministrazione finanziaria di emettere, entro i termini decadenziali, un nuovo accertamento sostitutivo avente efficacia *ex nunc*. Per ulteriori approfondimenti, v. Cass., sez. trib., sent. 22 febbraio 2002, n. 2531, in *Fisco* 2002, p. 6908, con commento di P. RUSSO e G. FRANSONI, che individuano quale limite alla rinnovazione degli atti l'art. 10 della l. n. 212/2000 sulla tutela del legittimo affidamento.

compensazione delle spese, ma ha invece condannato l'amministrazione finanziaria al pagamento delle spese processuali²⁸.

Appare evidente, alla luce di questa breve disamina giurisprudenziale, che i giudici di merito hanno interpretato in modo controverso l'art. 46, ammettendo o escludendo la soccombenza virtuale a seconda dei casi e valutando nel merito le fattispecie. Tali ricostruzioni, seppure talvolta attraverso una forzata interpretazione dell'art. 46, c. 3, hanno tuttavia favorito l'introduzione nell'ambito del processo tributario, limitatamente ai casi di autotutela, della soccombenza virtuale.

La soccombenza virtuale, contemplata in diritto civile, prevede, come noto, in caso di estinzione del giudizio per il venir meno della materia controversa, la valutazione da parte del giudice sul probabile esito del giudizio al fine di decidere sulle spese.

Il legislatore tributario nella stesura del d.lgs. n. 546/92²⁹, pur inserendo una espressa disposizione in merito alla soccombenza delle spese, ha invece escluso la soccombenza virtuale sulla base di presunte esigenze di celerità del processo³⁰.

Tuttavia, risulta palese che l'esame del giudice in merito all'attribuzione delle spese processuali discende direttamente e senza ulteriori fasi processuali dalla disamina dei motivi che hanno generato la cessazione della materia del contendere. Se detti motivi risultano interni³¹ e quindi preesistenti all'istaurarsi del giudizio stesso, i giudici dovrebbero dichiarare soccombente l'amministrazione finanziaria, se invece i motivi sono esterni e quindi discendono da uno *ius superveniens*, la commissione adita dovrebbe valutare l'eventuale compensazione delle spese³².

In entrambe le fattispecie il giudice dovrà motivare la propria scelta, pertanto l'introduzione della soccombenza virtuale non determinerebbe un effettivo e reale ostacolo alla celerità del processo tributario.

²⁸ Così si è espressa la Comm. trib. reg. Puglia, sent. 15 marzo 1999, n. 20, in Banca dati *Fisconline* e Comm. trib. prov. Vicenza, 23 agosto 2002, n. 907, in *Giur. It.*, 2003, p. 2408, in Banca dati *Fisconline*.

²⁹ La dottrina, tuttavia, aveva già prima dell'introduzione del nuovo processo tributario rilevato come la limitazione alla soccombenza delle spese processuali rappresentasse un'ingiusta limitazione della tutela in palese violazione dell'art. 24 cost. In tal senso F. TESAURO, *Parità delle armi e del processo tributario*, in *Riv. dir. fin.*, 1977, I, p. 134.

³⁰ Il principio della soccombenza delle spese, introdotto, con l'art. 15 del d.lgs n. 546/92, ha segnato, come noto, un cambiamento decisivo nell'ambito del processo tributario. Nel vigore del vecchio rito, le cosiddette controversie dilatorie si moltiplicavano anche in considerazione dell'assenza di una specifica norma in tema di spese processuali. Il fenomeno non può dirsi tuttavia eliminato, sia per la prassi invalsa presso molte commissioni di compensare le spese del giudizio, tranne che nei casi conclamati di totale soccombenza, sia per il continuo proliferare di condoni.

³¹ In merito alla definizione di "causa di definizione interna ed esterna" si veda v. AZZONI, *Processo tributario: autotutela e spese di lite. Un nuovo intervento non risolutivo della Corte Costituzionale*, in Banca dati *Fisconline*.

³² In tal senso Corte cost. n. 53 del 1998, cit.

La questione, molto controversa, è stata, posta al vaglio dei giudici della Corte di cassazione più volte. I giudici della suprema Corte hanno, però, ritenuto applicabile la compensazione delle spese a tutte le fattispecie di cessata materia del contendere, indipendentemente dalla infondatezza della pretesa dell'amministrazione finanziaria³³.

La Suprema Corte, ha, inoltre, cassato la sentenza d'appello per non aver disposto sulle spese dell'intero giudizio, applicando quindi l'art. 46, c. 3³⁴.

I giudici di Cassazione, hanno, poi, ritenuto l'art. 46, c. 3, norma speciale applicabile solo ai processi pendenti dinanzi ai giudici tributari, non applicabile, invece, a seguito di un provvedimento di autotutela, in un giudizio dinanzi ad essa pendente³⁵.

Secondo la Corte, quindi, a tutti i casi di cessata materia del contendere per autotutela è applicabile la compensazione "sulla base di una scelta di politica legislativa."³⁶

Come innanzi evidenziato, anche la Corte costituzionale è intervenuta più volte in merito all'incostituzionalità del regime delle spese in caso di cessazione della materia del contendere, ed ha esaminato l'art. 46, c. 3, sotto diversi profili non ravvisando, tuttavia, elementi lesivi di alcuno dei principi costituzionali.

La Corte già nel 1998 si era espressa in merito alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 15, c. 1, e dell'art. 46, c. 3, ritenendo le norme non confliggenti con gli artt. 3 e 24 cost.³⁷.

Detta sentenza è stata richiamata nelle successive ordinanze e sentenze della Corte costituzionale evidenziando che il processo tributario ha una sua spiccata specificità rispetto a quello civile e amministrativo, sia per l'organo decidente che per l'oggetto sostanziale del giudizio³⁸. Pertanto, la Corte ha precisato che in virtù della piena autonomia dei sistemi processuali ed in considerazione del fatto che le liti riguardano materie non omogenee, la previsione di norme che non sono del tutto analoghe non lede il principio di uguaglianza. E', quindi, pacifico l'orientamento della Corte costituzionale

³³ Cfr. Cass., sez. trib., sent. 11 giugno 2001, n. 7833, in *Giur. trib.*, 2002, p. 556. e sent. 12 novembre 2003, n. 16987, in *Fisco*, 2004, p. 5849.

³⁴ Cfr. Cass., sez. trib., sent. 1 ottobre 2004, n. 19695, in Banca dati *Fisconline*.

³⁵ Cfr. Cass., sez. trib., sent. 29 aprile 2002, n. 11224, in *Giur. trib.*, 2003, p. 165 ss., con commento di M. BRUZZONE.

³⁶ Cfr. Cass. sez. trib. ord. 4 ottobre 2002, n. 12276, in Banca dati *Fisconline*

³⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 53 del 1998 cit. I giudici costituzionali hanno, inoltre, ritenuto l'art. 15, comma 1, conforme a quanto disposto nel codice di procedura civile in merito alla soccombenza delle spese del giudizio e conforme anche all'art. 12 del d.lgs. n. 546/92 che ha introdotto l'obbligatorietà dell'assistenza tecnica.

³⁸ V. Corte cost., ord. n. 77 del 1999 cit.

secondo cui “un modello processuale non può essere assunto a parametro per un rito diverso”³⁹.

Secondo i giudici della Consulta non ricorre la necessità di una valutazione della soccombenza virtuale poichè il processo tributario, caratterizzato dalla snellezza e dalla semplicità, risulterebbe inutilmente rallentato da una valutazione del merito ai fini della determinazione dell’attribuzione delle spese. L’art. 46 è stato infatti interpretato come “il frutto di un bilanciamento” tra esigenze dei contribuenti, snellezza del processo ed esercizio da parte dello Stato delle sue funzioni attraverso l’amministrazione finanziaria.

In merito, poi, alla presunta lesione del diritto di difesa ex artt. 24 e 113 cost., è da sottolineare che nel previgente testo normativo, non essendo prevista la difesa tecnica, il contribuente non aveva un costo obbligatorio da sostenere⁴⁰, mentre con l’entrata in vigore del d.lgs. n. 546/92 l’introduzione della difesa tecnica pone sotto un diverso profilo il problema della soccombenza delle spese⁴¹.

Il diritto di difesa del contribuente appare leso, come innanzi precisato, solo quando in pendenza di una lite temeraria posta in essere dall’amministrazione finanziaria, il contribuente virtualmente vittorioso è costretto a subire il costo della difesa.

Tuttavia, anche la limitazione della tutela giurisdizionale e la disparità di trattamento tra le parti, è stata superata dalla Corte costituzionale, che ha affermato che: “l’effettiva predisposizione delle difese in giudizio prescindesse dalla possibilità di conseguire (la eventuale) ripetizione delle spese processuali”⁴².

La Corte, poi, con l’ordinanza n. 265 del 2005 ha ribadito l’applicazione letterale dell’art. 46, c. 3, pur sottolineando quale principio insuperabile che la parte vittoriosa non venga in tutto o in parte gravata delle spese della lite.

Anche il profilo di incostituzionalità con l’art. 97 cost., in tema di mancato rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, è stato dichiarato dalla Corte manifestamente infondato. I giudici costituzionali hanno, infatti, sostenuto che il parametro dell’art. 97 cost. può essere specificamente richiamato solo

³⁹ In tal senso Corte cost., sent. n. 53 del 1998, cit.

⁴⁰ M. CANTILLO, *Il nuovo processo tributario all’esame della Consulta*, in *Rass. Trib.*, 1998, p. 645 ss.

⁴¹ L’art. 12 del d.lgs. n. 546/92 ha previsto l’obbligo della difesa tecnica per liti di valore superiore a euro 2582, 28. Sul punto per ulteriori approfondimenti si veda Corte cost., ord. n. 158 del 2003, in *Rass. Trib.*, 2003, p. 1351, e n. 189 del 2000, in *Fisco*, 2000, p. 9087 e Cass., sez. un., sent. 2 dicembre 2004, n. 22601, con commento di M. CANTILLO, *Una sentenza non persuasiva delle Sezioni Unite: nel processo tributario, nelle controversie diverse da quelle cosiddette minori, la difesa tecnica diviene obbligatoria dopo la presentazione del ricorso*, in *Rass. Trib.*, 2005, p. 219.

⁴² In tal senso Corte cost., sent. n. 53 del 1998 cit. e successiva ord., n. 265 del 1999, cit.

per le leggi concernenti l'ordinamento ed il funzionamento degli uffici giudiziari sotto l'aspetto amministrativo⁴³.

Con l'ordinanza n. 68 del 2005 della Corte costituzionale⁴⁴ viene affrontato, anche, il profilo d'incostituzionalità dell'art. 46, c. 3, con l'art. 111 cost.⁴⁵. La Corte, però, con tale ordinanza ha ritenuto che il riferimento del giudice *a quo* ai principi del "giusto processo" ed alla parità processuale in realtà ripropongono temi già esaminati e giudicati non fondati; anche in questo caso la Corte ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale poiché l'incostituzionalità così come prospettata dalla remittente con riferimento esclusivo all'ipotesi di cessazione della materia del contendere a seguito di un provvedimento di autotutela, determinerebbe una lesione del principio di uguaglianza tra le parti lasciando immutato il regime di compensazione delle spese negli altri casi, in particolare quando dal contribuente viene riconosciuta la fondatezza della pretesa tributaria.

4. La recente sentenza della Corte costituzionale: le ragioni del "revirement".

In tutti i casi innanzi esaminati la Corte costituzionale ha affrontato l'incostituzionalità della norma limitatamente alla cessata materia del contendere per intervenuta autotutela⁴⁶, nella sentenza n. 274 del 2005, la questione viene, invece, esaminata sotto il più ampio profilo dell'irragionevolezza dell'art. 46, c. 3, "nella parte in cui si riferisce alle ipotesi di cessazione della materia del contendere diverse dai casi di definizione delle pendenze tributarie previsti dalla legge".

La sentenza pone quale premessa delle argomentazioni il principio di responsabilità per le spese del giudizio cui è ispirato il processo tributario, come disciplinato dagli artt. 15 e 44 del d.lgs. n. 546/92, analogamente a quanto disposto nel processo civile e amministrativo⁴⁷.

⁴³ Cfr. Corte cost., ord. n. 368 del 1998, cit. e ord. n. 77 del 1999, cit.

⁴⁴ V. Corte cost., ord., n. 68 del 2005, cit.

⁴⁵ L'art. 111 cost. nella sua nuova stesura evidenzia il principio di parità processuale, pertanto risulta evidente la disparità tra le parti nel caso in cui l'amministrazione annulli un proprio provvedimento infondato o illegittimo lasciando a carico del contribuente le spese processuali da esso anticipate. Sui poteri processuali delle parti si veda per ulteriori approfondimenti A. TURCHI, *I poteri delle parti nel processo tributario*, Giappichelli, Torino 2003.

⁴⁶ La Corte costituzionale aveva nelle più volte citate ordinanze e sentenze evidenziato che il legislatore, nella stesura degli istituti del processo tributario conformemente a quanto disciplinato nel processo civile, non aveva mai travalicato con la sua discrezionalità il limite della razionalità.

⁴⁷ Nelle citate ordinanze precedenti alla sentenza in commento la Corte ha utilizzato quale *tertium comparationis* il processo civile al fine di determinare se la differente norma introdotta nel processo tributario ed oggetto del sindacato di legittimità potesse essere lesiva del principio di uguaglianza, senza però trovare un canone di

La Corte costituzionale contrariamente a quanto precedentemente affermato in tema di specificità del processo tributario, riconosce in tal modo un comune principio in tema di responsabilità delle spese in conformità con altre branche del diritto⁴⁸.

I giudici costituzionali, pertanto, abbandonano il precedente orientamento basato sulla specificità del processo tributario e sulla peculiarità delle sue disposizioni sostenendo, invece, l'applicazione di un generale principio di responsabilità anche al processo tributario⁴⁹.

L'irragionevolezza della norma in esame e la possibilità per il giudice tributario di disciplinare comunque la soccombenza virtuale nei casi di cessazione della materia del contendere non espressamente previsti dalla legge discende quindi da tale principio.

La compensazione delle spese in tutti i casi di cessazione della materia del contendere disattende tale principio di responsabilità favorendo ingiustamente l'amministrazione finanziaria nei confronti del contribuente e determinando una funzione dissuasiva all'esercizio della tutela giurisdizionale⁵⁰.

L'applicazione dell'art. 46, c. 3, nel caso di cessazione della materia del contendere determinata sia dal ritiro dell'atto da parte dell'amministrazione, sia dall'acquiescenza del contribuente, produce, infatti, un ingiustificato privilegio per l'amministrazione finanziaria dovendo il contribuente sostenere le spese del difensore tecnico.

Il dubbio di incostituzionalità della norma, pertanto, solo apparentemente viola il principio di uguaglianza, infatti, la Corte esamina anche la possibilità che il contribuente con il proprio comportamento possa determinare la cessata materia del contendere.

I giudici costituzionali basano, quindi, il giudizio di ragionevolezza sul rilievo che la compensazione delle spese costituisce, sia in caso di ritiro dell'atto o di acquiescenza del contribuente, un vantaggio per la parte che, sostanzialmente, riconosce la fondatezza delle ragioni della parte avversa.

raffronto sostenibile adducendo la diversità delle discipline e la peculiarità del processo tributario, Corte cost., ord. n. 465 del 2000 cit., ord. n. 77 del 1999 cit., ord. n. 368 del 1998 e ord. n. 265 del 1999.

⁴⁸ Cfr. V. AZZONI, *Le spese di lite nel processo tributario dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 274/2005*, in *Fisco*, 2005, p. 5612.

⁴⁹ Cfr. C. GLENDI, *La Consulta boccia la norma sulle spese compensate per cessata materia del contendere*, in *Corr. trib.*, 2005, p. 2693 ss.

⁵⁰ Sulla sostanziale ingiustizia della norma in esame cfr. P. RUSSO, *Spetta al legislatore cambiare le norme sulla soccombenza*, in *Il Sole 24 ore, Guida normativa*, 2001, p. 31 ss.

La problematica, pertanto, si pone non più limitatamente alla disparità di trattamento del contribuente a seguito di intervenuta autotutela, bensì in relazione a tutti i casi in cui una delle parti ponga in essere un comportamento, in corso di giudizio che riconosca la fondatezza delle motivazioni della controparte.

A fondamento del *revirement* si pone la questione sotto il più ampio profilo dell'irragionevolezza della norma riconducibile all'art. 3 cost., introducendo, pertanto, nel processo tributario, in tutti i casi di cessata materia del contendere determinati dal riconoscimento della fondatezza delle altrui ragioni, l'applicabilità del principio della soccombenza virtuale.

Detto mutamento interpretativo non scaturisce da una differente prospettazione della questione da parte della commissione remittente, bensì da una diversa interpretazione dei giudici costituzionali della natura del processo tributario.

La Corte costituzionale ha, pertanto, rivisitato il proprio originario orientamento a favore della piena autonomia dei sistemi processuali affermando che il processo tributario è anch'esso informato al generale principio della responsabilità delle spese conformemente ad altre branche del diritto.

Infatti, equiparando quest'ultimo al processo civile ed amministrativo⁵¹, i giudici costituzionali non hanno riconosciuto, seppure limitatamente al regime delle spese, la sua peculiarità, aprendo la strada ad interpretazioni che potrebbero anche giustificare l'applicazione di principi processuali generali anche al processo tributario⁵².

Tuttavia, l'interpretazione della Corte non ha trovato immediata applicazione nei processi pendenti, nonostante la natura processuale della disciplina delle spese: infatti, con una recente sentenza, i giudici di secondo grado del Lazio, hanno compensato le spese di entrambi i gradi di giudizio riformando la sentenza di primo grado che condannava al pagamento delle spese di giudizio l'amministrazione finanziaria

⁵¹ La sentenza precisa altresì, ad ulteriore sostegno, del principio di responsabilità delle spese che anche nel giudizio amministrativo, avente analoga natura impugnatoria, la soccombenza virtuale è esplicitamente prevista dall'art. 23, comma 7, della l. n. 1034 del 1971. Detto articolo testualmente dispone: "Il tribunale amministrativo regionale dà atto della cessata materia del contendere e provvede sulle spese", dichiarando la compensazione quando ne ricorrano i presupposti.

⁵² Cfr. C. GLENDI, *La Consulta boccia la norma sulle spese compensate per cessata materia del contendere*, cit. p. 2697, pur ravvisando in detta sentenza elementi di novità non ritiene che la Corte costituzionale abbia mutato orientamento in relazione alla specificità del processo tributario rispetto ad altri processi. La Corte, infatti, secondo l'autore, ha "implicitamente ribadito quanto affermato in precedenza circa l'inesistenza di una violazione del principio di uguaglianza rispetto al *tertium comparationis* rappresentato dalla disciplina del processo civile" spostando il giudizio d'incostituzionalità sull'intrinseca irragionevolezza della norma con il principio di responsabilità delle spese cui è generalmente informato il processo tributario sulla base di specifici riferimenti e non attraverso "il suo appiattimento ad altri modelli processuali".

virtualmente soccombente⁵³. Anche la Cassazione, con una recentissima ordinanza, ha compensato le spese di un giudizio pendente a seguito di un provvedimento di autotutela in conformità a precedenti sentenze della stessa Corte, senza tenere in alcuna considerazione l'innovativo intervento dei giudici costituzionali⁵⁴. Ci si domanda, quindi, se detto orientamento, tanto auspicato dalla dottrina, troverà un effettivo riconoscimento da parte della giurisprudenza o continuerà ad applicarsi la compensazione delle spese processuali sulla base dell'applicazione di un generale principio equitativo.

⁵³ Cfr. Comm. trib. reg. Lazio, sent. 26 ottobre 2005, n. 252, in *Fisco* 2006, p. 451.

⁵⁴ Cfr. Corte cass., sez. trib., ord. 1 marzo 2006, n. 4558, in Banca dati *Fisconline*

L'efficacia diretta del diritto OMC nell'ordinamento giuridico comunitario alla luce del caso *Fedon*

di Giovanbattista Greco

Sommario: 1. Breve ricognizione della sentenza *Fedon*. – 2. Mancanza di reciprocità e "negoziabilità" delle liti come cause di esclusione dell'efficacia diretta del diritto OMC: qualche nota critica. – 3. La valutazione dei presupposti per l'applicazione al caso in esame delle "dottrine" *Nakajima* e *Fediol*. – 4. Cenni alle prospettive *de jure condendo* per una tutela degli interessi individuali in seno all'OMC.

1. Il Tribunale di Primo Grado delle Comunità Europee con sentenza del 14 dicembre 2005 pronunciata nel caso *Fedon* ha scritto l'ennesima pagina di giurisprudenza sui rapporti tra ordinamento comunitario e diritto OMC.

Il ricorso ai giudici comunitari era stato promosso da alcune società costrette, per un certo periodo, a corrispondere delle tariffe doganali di importo maggiorato sui propri prodotti diretti al mercato statunitense. Gli Stati Uniti avevano deciso di applicare una sovrattassa su una serie di merci europee a titolo di contromisura per il mantenimento in vigore, da parte della Comunità, di un regime di importazione delle banane giudicato, nell'ambito dei meccanismi per la risoluzione delle controversie vigenti presso l'OMC, contrario agli accordi che disciplinano il commercio internazionale¹. Ritenendo che questa particolare circostanza fosse sufficiente a fondare la responsabilità extracontrattuale delle istituzioni comunitarie, le ricorrenti hanno agito in giudizio per ottenere il risarcimento del danno derivato alle loro esportazioni.

Affermata la ricevibilità del ricorso e la propria competenza a conoscere il merito della questione, il Tribunale sostiene che, come risulta da giurisprudenza consolidata, presupposto per l'applicazione dell'art. 288 del Trattato CE è la violazione manifesta e grave di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli². A parere dei giudici, però, il diritto OMC non figura in linea di principio tra le normative alla luce delle quali può valutarsi la legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie.

¹ Decisione WT/DS27/ARB del 9 aprile 1999. La lunga disputa, della quale il provvedimento citato rappresenta solo una tappa, è analizzata in J. P. Trachtman, *Bananas, Direct Effect and Compliance*, in *European Journal of International Law*, vol. 10 (1999), 4, 655 ss.

² *Fedon* cit., par. 80. Il principio è ripreso da Corte di giustizia sentenza 4 luglio 2000, in causa C-352/98 *Bergader e Goupil c. Commissione*, in *Raccolta*, I-5291, par. 42.

La reciprocità sulla quale si fonda l'accordo che istituisce l'Organizzazione Mondiale del Commercio impedirebbe di accordare ad esso efficacia diretta dal momento che alcune delle più importanti controparti commerciali delle Comunità, il riferimento è chiaramente agli USA e al Giappone, non offrono la medesima garanzia. Imporre ai giudici comunitari l'obbligo di disapplicare le norme di diritto interno che siano incompatibili con il sistema commerciale multilaterale avrebbe l'ulteriore conseguenza di impedire l'accesso da parte degli organi legislativi o esecutivi europei alle opportunità di negoziato offerte, sia pure a titolo provvisorio, dal sistema di soluzione delle controversie dell'OMC³.

Nel caso in rassegna, le norme che regolano gli scambi internazionali non ricevono diretta applicazione neppure ai sensi della c.d. "dottrina Nakajima".

Come affermato dalla Corte di giustizia nell'omonima sentenza⁴, perché il GATT e gli altri accordi allegati possano eccezionalmente fungere da parametro per valutare la legittimità di un atto comunitario è necessario che sia verificata la contemporanea presenza di due presupposti: l'esistenza di un obbligo particolare a carico della Comunità discendente dalla sua partecipazione all'OMC e la volontà del legislatore comunitario di darvi esecuzione proprio mediante l'atto sottoposto a controllo.

Quanto alla prima condizione, il Tribunale esclude che la formale dichiarazione di incompatibilità del regime comunitario di importazione delle banane con il GATT abbia fatto scaturire l'obbligo per le istituzioni europee di conformare la normativa in questione all'Accordo Generale. Infatti, grazie agli spazi di negoziazione garantiti dal sistema di soluzione delle controversie in vigore presso l'OMC, la misura interna incompatibile con le disposizioni che fanno capo all'organizzazione non è necessariamente destinata alla rimozione, essendo consentito alle parti in lite di concordare soluzioni alternative. In ogni caso, nessuno dei provvedimenti adottati per la soluzione della "guerra delle banane" avrebbe esaurito le modalità di soluzione delle contenzioso che il sistema commerciale multilaterale mette a disposizione dei suoi Membri⁵.

Quanto alla seconda condizione, l'organo giudicante sostiene che nell'attività di normazione sottoposta ad esame non sia riconoscibile alcuna chiara volontà del legislatore comunitario di agire per implementare la disciplina OMC. Infatti, tanto il preambolo del regolamento n. 216/2001 quanto l'art. 20 lett. e) del regolamento 404/93

³ Fedon cit., parr. 101-105.

⁴ Corte di giustizia, sentenza 7 maggio 1991, in causa C-69/89, *Nakajima*, in *Raccolta*, 1991, p. I-2069.

⁵ Fedon cit., parr. 109-130.

come modificato dal regolamento n. 1637/98 esprimerebbero l'intento delle istituzioni europee di conciliare con la propria azione normativa obiettivi divergenti.

La mancanza negli atti comunitari menzionati di un espresso rinvio a precise disposizioni degli accordi OMC impedirebbe infine che il controllo della loro conformità alla disciplina degli scambi internazionali possa avvenire alla luce del principio affermato nel caso *Fediol*⁶.

2. Le motivazioni con le quali il Tribunale di primo grado esclude che disposizioni del sistema OMC possano esplicare efficacia diretta traggono chiara ispirazione dalla giurisprudenza precedente e in maniera particolare dalla nota sentenza della Corte *Portogallo c. Consiglio*⁷.

La poca originalità dei contenuti argomentativi che andremo ad esaminare ci consente di attingere all'intensa meditazione dottrinale che sull'argomento si è sviluppata negli anni passati.

Oggetto di analisi sono state anzitutto le conseguenze ricavabili dall'assenza di reciprocità nell'implementazione del diritto OMC, che discenderebbe dalla negazione della sua efficacia diretta in ordinamenti di Paesi membri quali gli Stati Uniti o il Giappone.

Gode di un certo seguito la convinzione che il GATT 1994 non offra le medesime garanzie di attuazione, da parte degli Stati che vi accedono, che sono invece riscontrabili in altri trattati cui afferiscono le Comunità⁸. Tra la CE e gli altri Membri dell'Accordo generare sulle tariffe doganali e il commercio non esisterebbero legami storici tali da far presumere un atteggiamento di reciproca solidarietà nell'esecuzione delle obbligazioni contratte. Nel caso le controparti commerciali si rifiutassero di mantenere gli impegni internazionalmente assunti, le istituzioni comunitarie sarebbero prive di qualunque mezzo di pressione nei loro confronti, trattandosi molto spesso di Stati che godono di uguale o superiore potere politico e contrattuale⁹.

⁶ Fedon cit., parr. 134-143. V. Corte di giustizia, sentenza 22 giugno 1989, in causa 70/87, *Fediol*, in *Raccolta*, 1989, p. 1781.

⁷ Corte di giustizia, sentenza 23 novembre 1999, causa C-149/96, in *Raccolta*, 1999, p. I-8395.

⁸ Si veda J. O. Berkey, *European Court of Justice and Direct Effect for the GATT: A Question Worth Revisiting*, in *European Journal of International Law*, 1996, p. 626 ss

⁹ Anche Autori che mostrano perplessità verso la giurisprudenza comunitaria in materia di efficacia diretta del GATT e degli altri Accordi allegati non mancano comunque di guardare con una certa benevolenza al requisito della reciprocità, quasi scusasse l'ostilità delle giurisdizioni CE verso l'invocabilità del diritto OMC ad opera dei privati. «Non va tuttavia sottaciuto che l'atteggiamento della Corte è sicuramente influenzato dalla circostanza che altre parti contraenti (Stati Uniti, Canada e Giappone) non riconoscono l'effetto diretto alle norme in questione. Una tale situazione, che a stretto rigore non dovrebbe avere riflessi sulla giurisprudenza della Corte, è nondimeno rilevante, in quanto una diversa posizione avrebbe come conseguenza di svantaggiare gli operatori comunitari e, per contro, di avvantaggiare gli operatori di Stati terzi contraenti. In questo senso, la

La non idoneità all'efficacia diretta del diritto OMC troverebbe ulteriore sostegno nel fatto che il diritto OMC miri semplicemente a stabilire un sistema di riduzioni tariffarie reciproche e non discriminatorie e non sarebbe volto, come altri accordi internazionali che vedono la partecipazione comunitaria, a consentire il raggiungimento di un'integrazione economica fra Stati.

La dottrina di segno opposto, alla quale accordiamo la nostra preferenza, non riscontra alcuna differenza rilevante tra il sistema OMC e altri accordi ai quali la giurisprudenza comunitaria ha riconosciuto effetti diretti. Le motivazioni con le quali viene argomentata l'assenza di reciprocità nel GATT non riescono ad essere affatto convincenti, mancando di un fondamento giuridico certo. Si tratta piuttosto di valutazioni di ordine politico la cui incidenza sulla decisione di prestare o meno tutela al privato che lamenta un danno per la violazione da parte della Comunità di un trattato al quale si è vincolata comporterebbe seri problemi di certezza del diritto. L'invocabilità in giudizio di disposizioni di un accordo internazionale finirebbe per essere legata in via esclusiva ad un elemento, come la qualità delle relazioni diplomatiche tra le parti contraenti, che presenta gravi problemi di ponderazione. Il rischio conseguente è che si inauguri, in materia di effetti dei trattati internazionali, un approccio *à la carte* della giurisprudenza comunitaria in grado di compromettere la coerenza interna del sistema giuridico della CE, nella cui sfera si vieta l'ingresso alle disposizioni che fanno capo all'Atto Finale dell'*Uruguay Round* e contemporaneamente non si riserva il medesimo trattamento a quelle di alcuni accordi non dissimili¹⁰.

Del tutto arbitraria è da ritenersi poi l'opinione secondo cui il GATT non possa esplicare effetti diretti nell'ordinamento comunitario perché non è preordinato all'istituzione di un mercato comune tra i partecipanti. Un accordo internazionale, come incontro di volontà di due o più Stati per la disciplina di una determinata sfera di rapporti che li riguardano, non può vedere influenzata la propria efficacia da una classificazione, in termini di valore, degli interessi concreti che per il suo tramite trovano realizzazione.

circostanza di limitare alle ipotesi Fediol e Nakajima la possibilità di invocare l'effetto delle norme (anche) OMC potrebbe non essere così sorprendente, né, in definitiva, del tutto incoerente rispetto alle ragioni della giurisprudenza fino ad oggi affermatasi». (G. Tesaurò, *Rapporti tra la Comunità Europea e l'OMC*, in *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio (Atti del II Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale*, Milano, 5-7 giugno 1997), Napoli, 1998, p. 56 ss.

¹⁰ L'osservazione è ben svolta in G. M. Ruotolo, *Organizzazione Mondiale del Commercio e Ordinamento Comunitario nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia: un nodo ancora irrisolto*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2000, p. 1009 ss. In particolare pag. 1033 ss.

Non esiste allo stato attuale, né può immaginarsi in futuro, un criterio oggettivo che consenta di affermare che una determinata finalità perseguita da un trattato sia maggiormente meritevole di tutela e attenzione di un'altra. In materia, ciascun soggetto internazionale è miglior giudice dei propri interessi. La prova ci è data dalla disciplina che la Convenzione di Vienna dedica al caso di contrasto tra obblighi contenuti in trattati che non vedono la partecipazione dei medesimi Paesi. Nei rapporti con Stati contraenti di uno solo degli accordi considerati, è il Paese che afferisce a più convenzioni a dover scegliere a quale trova maggiormente conveniente tener fede, restando ovviamente responsabile degli impegni che, in conseguenza della sua scelta, lascerà inevasi¹¹.

L'affermazione del Tribunale secondo cui la "negoziabilità" delle controversie in seno all'OMC è incompatibile con l'efficacia diretta delle disposizioni del sistema commerciale multilaterale non è meno problematica di quelle sin qui criticate.

Diviene a questo punto necessario interrogarsi sulla natura del meccanismo di soluzione del contenzioso dell'OMC e sull'incidenza complessiva che nella sua qualificazione è esercitata dalla possibilità per le parti di concordare un componimento delle liti che incontri il reciproco gradimento.

Il sistema di soluzione delle controversie vigente nel sistema commerciale multilaterale secondo alcuni autori è destinato a produrre soluzioni politicamente orientate del contenzioso: l'ampia possibilità di ricorrere al negoziato tra le parti ne escluderebbe chiaramente, quindi, la natura giurisdizionale.

Su questo presupposto sono diverse le voci in dottrina che tendono a marcare una differenza netta tra le procedure previste dal *Dispute Settlement Understanding*, di tipo preminentemente conciliativo, e quelle contemplate da altri accordi ai quali partecipano le Comunità Europee, che avrebbero invece natura schiettamente arbitrale. In qualche caso al sistema OMC si accorda una peculiare configurazione ibrida, non sufficiente comunque ad accostarlo pienamente a sistemi *rule oriented*¹².

¹¹ V. art. 30 par. 4 e 5 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

¹² Per tutti si veda J. O. Berkeley, *European Court of Justice and Direct Effect for the GATT: A Question Worth Revisiting*, in *European Journal of Int. Law*, 1996, p. 626 ss. In particolare l'Autore sostiene: «Dispute settlement systems do not fall into one of two polar categories, i. e. hard legal or soft political systems, but rather lie along a continuum between the two. Although the DSU has shifted the GATT 94 system towards the legal pole, it is not yet clear where it falls on the continuum. While it certainly has made GATT 94 dispute settlement more legalistic, the DSU does not appear to have replaced all intergovernmental negotiation with strict precedent-based application of GATT 94 law». Di procedura a carattere ibrido in cui «il ruolo degli elementi di tipo conciliativo, ancorchè essere ridotto o soppresso, risulta per qualche verso addirittura potenziato» parla anche A. Ligustro, *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all'OMC*, Padova, 1996, p. 593 ss.

Presso questi autori non ha difficoltà a trovare accoglimento l'idea che l'efficacia diretta del GATT e degli altri accordi allegati possa privare la Comunità di forza contrattuale e spazi di manovra nel confronto con gli altri Stati membri OMC in sede contenziosa.

In senso contrario si pongono gli studiosi per i quali l'eventualità che una disputa si risolva in via concordata non inficia la natura giurisdizionale del meccanismo di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio¹³.

Tale dottrina nota che tentativi di conciliazione sono previsti in numerose procedure giurisdizionali senza che una siffatta evenienza abbia mai provocato dubbi sulla natura di tali sistemi. La possibilità di ricorrere al negoziato è, di conseguenza, un valore aggiunto del procedimento piuttosto che un elemento di incertezza, mirando tra le altre cose a ridurre il carico di lavoro dell'organo giudicante. In via ulteriore, ritenendo le consultazioni che avvengono tra le parti in lite prima dell'istituzione del panel escluse dalla vera e propria fase contenziosa, quest'ultima non può essere degradata a mero meccanismo di conciliazione per il solo fatto che sia concordabile tra le parti in lite una misura compensativa. Tutto ciò può al limite essere indice della disponibilità dei diritti sanciti dagli accordi OMC da parte degli Stati loro titolari. Lo stesso diritto comunitario non è estraneo a simili soluzioni, consentendo, pur se a titolo temporaneo, che la violazione di una norma convenzionale trovi ristoro monetario¹⁴.

La diversità delle opinioni che la dottrina offre sulla natura del procedimento di risoluzione delle controversie testimonia l'esistenza di problemi di inquadramento non certo trascurabili. Il dilemma sulla natura dei meccanismi previsti dal *Dispute Settlement Understanding* non è comunque destinato a restare insoluto.

Senza dubbio le procedure che garantivano l'osservanza del GATT 1947 risentivano di un'intrinseca debolezza. I panel di esperti non erano in grado di adottare decisioni vincolanti e l'intero sistema, per il principio del consenso, si trovava ostaggio della parte contro cui veniva fatta valere una pretesa¹⁵. Data l'inefficienza degli strumenti offerti dall'Accordo Generale, gli Stati tendevano a risolvere i conflitti commerciali ricorrendo ad

¹³ Si leggano le opinioni, oltre che del citato G. M. Ruotolo (v. nota n. 9), di B. Conforti, *Diritto internazionale*, 6° ed., Napoli, 2002, p. 430 e T. Cottier, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 325 ss.

¹⁴ L'art. 228, paragrafo 2, del Trattato CE recita: «La Corte di giustizia, qualora riconosca che lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza da essa pronunciata, può comminargli il pagamento di una somma forfetaria o di una penalità».

¹⁵ In via più generale, «spesso l'organizzazione non era in grado di giudicare sulla conformità di una determinata azione alle norme esistenti o perché il contenuto ne era incerto, o perché l'ente non disponeva delle competenze necessarie, o perché una decisione efficace (con un voto a maggioranza) non era prevista» (G. Sacerdoti, *Profili istituzionali dell'OMC e principi base degli accordi di settore*, cit. v. nota 9, p. 5).

iniziative unilaterali, quali misure di ritorsione o a pressioni sui partner per convincerli a rinunciare ai propri diritti.

Con l'istituzione dell'OMC, molti degli aspetti che decretavano l'inefficienza del modello vigente prima dell'*Uruguay Round* sono stati eliminati. Lo Stato che intenda far valere le proprie ragioni, tramite la tecnica del *consensus negativo*, si vede garantito un vero e proprio diritto all'istituzione di un *panel* di tecnici che valuti il suo ricorso. Sulla base dello stesso meccanismo, l'approvazione del rapporto compilato dagli esperti è adottato pressochè automaticamente. Il *Dispute Settlement Body*, organo a composizione politica che amministra la procedura, si trova a recitare, per l'effetto di questi accorgimenti, in un ruolo di forma più che di sostanza e la sua istituzione non è in grado di inficiare l'accresciuta legalità del sistema¹⁶.

La menzione di questi pochi elementi è già da sola in grado di dimostrare come l'originaria natura *power oriented* del sistema sia andata dunque a stemperarsi a vantaggio della sua giurisdizionalizzazione. Questa trasformazione genetica non può essere negata dato che le sue conseguenze sono di pubblico dominio: nel primo decennio di vita (1 gennaio 1995 – 31 dicembre 1994) le richieste di consultazione notificate all'OMC sono state 324 contro le 300 registrate in 47 anni dal GATT nella vecchia versione. Nonostante gli USA e le Comunità coprano insieme la metà del contenzioso, la partecipazione ai procedimenti dei Paesi in via di sviluppo è in generale aumento¹⁷. La statistica dimostra la crescente fiducia dei Membri OMC in un sistema in grado di costituire un serio temperamento alla regola che vuole che nelle controversie internazionali sia la forza politica a distribuire il torto e la ragione.

La nostra convinzione sulla natura giurisdizionale del meccanismo in questione trova conforto nei risultati che si conseguono applicando le regole di diritto internazionale in materia di interpretazione dei trattati al Memorandum di intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie nel sistema commerciale multilaterale.

All'art. 3, n. 7 esso sancisce che lo scopo della regolamentazione «[...] è garantire che una controversia possa essere positivamente risolta. Una soluzione reciprocamente

¹⁶ Diffusamente sul punto si segnala l'attenta analisi condotta in C. Lafer, U. Leanza, A. Ligustro, T. Treves, *La soluzione delle controversie nell'OMC*, in *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, cit. v. nota 9, p. 275 ss.

¹⁷ Un'analisi del funzionamento delle procedure del *DSU* nei primi dieci anni dalla loro entrata in vigore si può trovare in T. A. Zimmerman, *WTO Dispute Settlement at Ten: Evolution, Experiences, and Evaluation*, in *Aussenwirtschaft – The Swiss Review of International Economic Relations*, vol. 60 (2005), I, p. 27 ss. Da questo lavoro abbiamo attinto i dati da noi riportati.

accettabile per le parti di una controversia e compatibile con gli accordi contemplati è evidentemente preferibile. In assenza di una soluzione reciprocamente concordata, il primo obiettivo del meccanismo di risoluzione delle controversie è di norma garantire il ritiro delle misure in questione qualora esse risultino incompatibili con le disposizioni di uno degli accordi contemplati. Si dovrebbe ricorrere alle disposizioni in materia di compensazione unicamente qualora il ritiro immediato della misura in questione risulti impraticabile e quale misura provvisoria in attesa che venga ritirata la misura incompatibile con un accordo contemplato [...]»

Alla luce di questa disposizione, un'esegesi delle norme che regolano il contenzioso in sede OMC condotta «in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo fine»¹⁸ non può trascurare, come invece fa il Tribunale nel caso *Fendon*, che l'eventuale accordo sulla compensazione è indicato nel Memorandum come soluzione temporanea e di ripiego rispetto alla rimozione della misura nazionale incompatibile con gli accordi OMC. L'efficacia obbligatoria delle norme che regolano gli scambi internazionali non è derogabile neppure nel caso in cui le parti addivengano ad una "soluzione reciprocamente accettabile" della contesa che le oppone, dovendo ogni eventuale componimento degli interessi configgenti avvenire comunque in conformità ad esse.

Dalla natura di trattati internazionali che contraddistingue gli Accordi OMC¹⁹ è possibile ricavare un'ulteriore conseguenza. La Convenzione di Vienna, come corollario al principio *pacta sunt servanda*, stabilisce all'art. 27 che non è possibile invocare disposizioni interne per giustificare la mancata esecuzione di un accordo²⁰. L'attuazione, nell'ordinamento comunitario, di atti che pregiudicano la realizzazione dei fini del GATT o degli altri trattati in materia di commercio internazionale è quindi da intendersi internazionalmente illegittima.

¹⁸ Art. 31, comma 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati

¹⁹ Questo particolare viene ricordato con tono assai critico a chi sembra troppo spesso trascurarlo da U. Everling, *Will Europe slip on bananas? The bananas judgment of the Court of Justice and national Court*, in *Common Market LawReview*, 1996, p. 401 ss. Egli afferma: «The Gatt is not a caricature of an international agreement, but it is obligatory on the Community and on the Member States. It must be taken seriously by the institutions and the Court.» (p.422).

²⁰ Le conseguenze dell'applicazione del diritto internazionale dei trattati agli accordi del sistema OMC sono esaminate da P. Pustorino, *Osservazioni sulla legittimità degli atti comunitari in base alle norme del GATT*, in *Giustizia civile*, 2000, 4, p.959 ss. che sottolinea come «nel caso in cui non venissero revocate le norme nazionali configgenti con le norme OMC e qualora il ricorso agli strumenti di risoluzione delle controversie fra i quali è previsto anche il negoziato fra le parti, non conducesse ad alcun risultato, troverebbero pertanto applicazione le clausole della Convenzione di Vienna stabilite nell'ipotesi di inadempimento delle norme pattizie» (p. 961).

3. I giudici comunitari sostengono che nel caso *Fedon* non ricorrono i presupposti menzionati nella sentenza *Nakajima* per valutare la legittimità di un atto comunitario alla luce del diritto OMC e per derivare da questa operazione conclusioni in ordine alla liceità del comportamento delle istituzioni comunitarie che lo hanno emanato.

Il regime CE di importazione delle banane ha subito nel tempo numerose modifiche, soprattutto a seguito delle controversie che, proprio in seno all'OMC, hanno contrapposto l'Europa comunitaria a Paesi esportatori che si ritenevano discriminati dai criteri con i quali si disciplinavano le quote di ingresso. A parere del Tribunale di primo grado, tuttavia, non è possibile individuare un obbligo derivante dalla partecipazione al sistema commerciale multilaterale che giustifichi l'emanazione dei regolamenti sottoposti a controllo. Nessun Paese membro può considerarsi vincolato a conformare la propria legislazione in materia commerciale alle norme del GATT e degli altri accordi allegati, dal momento che gli spazi di negoziazione garantiti dal sistema di risoluzione delle controversie OMC consentono di mantenere in vita misure interne in contrasto con le regole dell'organizzazione.

A nostro parere, gli spazi di negoziato contemplati dal *DSU* non inficiano l'efficacia obbligatoria delle norme del sistema commerciale multilaterale. Riteniamo di conseguenza che i giudici comunitari avrebbero meglio operato se si fossero dedicati ad una valutazione di tipo obiettivo delle disposizioni del GATT, onde valutarne la diretta efficacia sulla base della completezza o meno del loro contenuto precettivo²¹. Un'impostazione del genere non è del resto estranea alla metodologia di indagine del Tribunale di Primo Grado, essendo stata già sperimentata, in riferimento al diritto OMC, pur se con esiti assai poco convincenti, nella sentenza *Chiquita Brands International*²².

Un'eccessivo rigore formalistico contraddistingue inoltre la pretesa che, per applicarsi la "dottrina Nakajima", un regolamento comunitario debba fare espresso riferimento alla volontà di implementare disposizioni del GATT o degli altri accordi che regolano gli scambi internazionali.

²¹ Significativamente, la Corte di giustizia ha statuito a riguardo che la disposizione contenuta in un accordo internazionale concluso dalla Comunità con un Paese terzo deve essere considerata direttamente applicabile quando, tenuto conto della lettera, dello scopo e della natura dell'accordo medesimo, contiene un obbligo chiaro e preciso che non è subordinato, ai fini della sua efficacia, all'adozione di alcuna misura di attuazione (v. Corte di giustizia, sentenza 30 settembre 1987, causa 12/86, *Demirel*, in *Raccolta*, 1987, 3719, par. 14).

²² Tribunale di Primo Grado, sentenza 3 febbraio 2005, causa T-19/01, in *GU C 93*, 16.04.2005, p. 24. Nell'occasione, pur concentrando la propria attenzione sul tenore delle disposizioni OMC di cui si denunciava la violazione, i giudici comunitari ritengono che possa applicarsi l'"eccezione Nakajima" solo in costanza di obblighi scaturenti dal sistema degli scambi internazionali che non abbiano natura generale ma siano puntualmente determinati. Nessuna precisazione viene tuttavia fornita in ordine ai criteri con i quali distinguere il grado di specificazione di una previsione normativa.

La ricostruzione dei moventi che hanno giustificato l'adozione di una normativa, condotta secondo il criterio enunciato, conduce all'estrema conseguenza di affidare alla piena discrezionalità delle istituzioni comunitarie la scelta di consentire o meno il sindacato di legittimità delle proprie discipline alla luce del diritto OMC. Tutto ciò semplicemente includendo o meno nel preambolo dell'atto da adottare un riferimento preciso agli impegni derivanti dalla partecipazione al sistema commerciale internazionale.

Il test per l'applicazione dell'eccezione Nakajima sarebbe maggiormente rispettoso delle esigenze di certezza del diritto se venisse incentrato sul confronto, teleologicamente orientato, tra il tenore della disposizione comunitaria contestata, da un lato, e una specifica disposizione OMC, dall'altro, evitando che un peso decisivo venga conferito a riferimenti testuali.

Su queste basi, deve a maggior ragione ritenersi privo di qualunque giustificazione l'atteggiamento dei giudici comunitari quando espressamente rifiutano, come nel caso in esame, di svolgere il controllo di legittimità del regolamento che, nonostante menzioni nei "considerando" introduttivi la volontà della Comunità di conformarsi alle norme del sistema commerciale multilaterale, sia volto al conseguimento anche di altre finalità.

L'importanza che il Tribunale conferisce al fatto che l'espressione della volontà di dare esecuzione agli obblighi OMC trovi risalto nella lettera dell'atto comunitario avvicina incredibilmente la valutazione dei presupposti per l'applicazione della "dottrina Nakajima" a quella da operarsi per l'"eccezione Fediol", aprendo la strada al dubbio che si tratti ancora di fattispecie agevolmente distinguibili.

4. La soluzione del caso *Fedon* non lascia adito a molte speranze che la giurisprudenza del Tribunale possa orientarsi a breve termine verso il riconoscimento dell'efficacia diretta di disposizioni del sistema OMC. Le argomentazioni con le quali si esclude l'invocabilità dei principi sanciti in *Nakajima* e *Fediol* sono addirittura suscettibili di rendere queste due eccezioni un mero simulacro se, come pare, finissero per incarnare l'opinione dominante dell'attuale giurisprudenza comunitaria²³.

Queste considerazioni spiegano i numerosi tentativi di prospettare soluzioni *de jure condendo* affinché le regole che sovrintendono gli scambi internazionali possano in maniera incontestata creare diritti ed obblighi per i privati.

²³ Ci sembra significativo il dato per cui le identiche motivazioni con le quali viene respinto il ricorso nel caso in esame siano impiegate dal Tribunale lo stesso 14 dicembre 2005 per escludere la responsabilità extracontrattuale della Comunità nelle sentenze *FIAMM* (causa T- 69/00) e *Beamglowe* (causa T-383/00).

Una delle proposte avanzate in dottrina consiste nell'introduzione della previsione espressa per cui le parti contraenti gli Accordi OMC sono obbligate a riconoscerne gli effetti diretti. Si tratta di un'idea non originale, ricalcando una posizione sostenuta dalla Svizzera nel corso dell'*Uruguay Round*. Essa trova già accoglimento nell'Accordo TRIPs il quale afferma nel Preambolo che "i diritti di proprietà intellettuale sono diritti dei privati" e si preoccupa di stabilire, all'art. 41, l'obbligo per le parti contraenti di garantire ai titolari l'accesso a meccanismi di tutela efficaci in caso di loro violazione. In maniera più limitata, il GATS, attraverso il principio di non discriminazione, consente ai prestatori di servizi la diretta azionabilità di talune situazioni soggettive verso altre persone fisiche o giuridiche. Estendere per espressa statuizione l'efficacia diretta a tutti i trattati che fanno capo all'Organizzazione Mondiale del Commercio eliminerebbe certamente il rischio che questi registrino una differente applicazione negli ordinamenti giuridici dei Paesi membri²⁴. Contemporaneamente, potrebbe inaugurarsi un riparto di giurisdizione tra le Corti nazionali e gli organi di risoluzione delle controversie del sistema OMC, con le prime competenti per i ricorsi dei privati e i secondi deputati a conoscere dei ricorsi degli Stati membri.

La prospettiva di risolvere in questo modo il problema degli effetti diretti, per quanto allettante, ci sembra trovi due ostacoli nella sua realizzazione. Il primo è di ordine diplomatico, dal momento che la modifica degli Accordi OMC dovrebbe incontrare il consenso di quelle stesse superpotenze commerciali che attualmente osteggiano apertamente la possibilità che i privati ne invocino in giudizio le disposizioni. Il secondo riguarda, nella prospettiva del menzionato riparto di giurisdizione, la difficoltà di produrre regole di coordinamento tra il giudizio interno e quello internazionale in grado di eliminare la possibilità di un conflitto di giudicati.

Una soluzione alternativa sarebbe quella di riconoscere l'accesso diretto dei soggetti non statali al sistema di soluzione delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

Il conferimento di un *locus standi* ai privati all'interno del procedimento non è tuttavia auspicabile come si potrebbe pensare, comportando una modifica radicale di meccanismi pensati per gli stati e che come tali hanno fornito ottime dimostrazioni di funzionamento nella configurazione assunta nel passaggio dal GATT 1947 all'OMC. Si aprirebbero nuovi fronti di discussione: di difficile soluzione sarebbe ad esempio la circostanza in cui il

²⁴ La nostra opinione trova corrispondenza in Ruotolo, cit. v. nota 9.

privato fosse portatore di una posizione in contrasto con quella del suo Paese di provenienza.

L'aumento dei soggetti che hanno diritto di accesso provocherebbe poi un ragguardevole incremento del contenzioso, destinato a gravare su una struttura che già attualmente opera con risorse limitate e che, per volontà stessa dei membri OMC, non dovrebbe vedere irrobustirsi gli stanziamenti in proprio favore negli anni a venire.

Preso atto che, in conformità a quanto osservato dalla moderna teoria delle scelte pubbliche, gli interessi dei governi non necessariamente coincidono con quelli di parti private, è comunque necessario che anche questi siano rappresentati in seno all'Organizzazione Mondiale del Commercio, magari tramite un rafforzamento del ruolo degli *amici curiae* dinanzi agli organi competenti a dirimere le liti tra Stati.

L'intervento in *amicitia* di soggetti non statali al procedimento è visto con una certa ostilità da chi ritiene che la mancata regolamentazione dell'istituto in questione nel Memorandum sulla risoluzione delle controversie sia indice della volontà di escluderne la rilevanza in seno all'OMC²⁵.

Il vuoto di disciplina segnalato però perde la propria consistenza dinanzi ad almeno due riflessioni che riteniamo non trascurabili.

Bisogna in primo luogo tenere presente che l'interazione tra interessi statali e non statali in consessi internazionali è fenomeno sempre più diffuso, come prova la partecipazione di soggetti diversi dagli Stati (in massima parte ONG) a conferenze e organizzazioni, anche operanti nel settore economico²⁶.

In secondo luogo, l'apporto, in punto di diritto e di fatto, che gli *amici curiae* sono in grado di fornire alla decisione di una contesa non può che agevolare gli organi giudiziali nella loro opera di ricostruzione della fattispecie e di interpretazione e applicazione delle regole che sovrintendono gli scambi internazionali²⁷.

Un deciso passo verso il riconoscimento di queste ragioni è stato compiuto dall'Organo di appello che ha contribuito, con il documento WT/DS/135/9 dell'8 novembre 2000, a specificare le procedure da seguire per la presentazione di memorie scritte da parte di

²⁵ A sostegno di questa tesi si schiera ampiamente M. Distefano, *Soluzione di controversie nell'OMC e diritto internazionale*, Padova, 2001, p. 190 ss.

²⁶ Ci riferiamo in particolare al caso dell'*Inspection Panel System* istituito nel 1993 presso la Banca mondiale, un meccanismo di controllo delle attività dell'ente attivabile da organizzazioni non governative e privati.

²⁷ Rispetto al ruolo *ad adiuvandum* che gli amici della Corte possono svolgere presso l'OMC si mostra fortemente favorevole R. Baratta, *La legittimazione dell' amicus curiae dinanzi agli organi giudiziali dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2002, 3, 549 ss. Una ricostruzione delle principali decisioni relative agli *amici curiae* assunte dagli organi giurisdizionali dell'OMC è operata da E. Baroncini, *L'apertura alla società civile del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC: gli amici curiae*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2003, 1, 155 ss.

persone o istituzioni private, diverse dalle parti e dai terzi. Di particolare pregio è la scelta di pretendere che il soggetto che intenda depositare osservazioni scritte specifichi quale possa essere il proprio contributo alla soluzione della disputa, non potendo le sue affermazioni essere semplicemente riproduttive di ciò che altri hanno già introdotto nel procedimento²⁸. Questo accorgimento rappresenta il migliore connubio tra rappresentazione degli interessi privati e efficienza del sistema, laddove elimina il rischio che, quando determinate istanze siano già state avanzate, una loro inutile riproposizione possa semplicemente rallentare l'operato dell'organo giudicante. A nostro modesto parere, proprio l'equilibrio tra maggiore apertura delle procedure e conservazione della loro funzionalità, come strada per garantire visibilità tanto agli interessi economici degli Stati quanto a quelli dei privati, potrebbe costituire una seria base per la riflessione futura sui meccanismi del *Dispute Settlement Understanding*.

²⁸ Doc. WT/DS/135/9, par. 3 lett. f).

Autonomia tributaria regionale e progressività: il limite dei principi di coordinamento

di Ivana Ruotolo¹

Sommario: 1. Introduzione – 2. La legislazione in materia di addizionale regionale all'IRPEF – 3. L'indirizzo della giurisprudenza costituzionale in materia di autonomia impositiva delle Regioni – 4. L'iter logico seguito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 2/2006. – 5. Osservazioni – 6. Conclusioni

1. Introduzione

Con la sentenza n. 2/2006, la Corte Costituzionale si è pronunciata sulle due questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1 comma 7 della L. Regione Marche 19 dicembre 2001 n. 35 e dell'allegata tabella A, sollevate dalla Commissione tributaria provinciale di Ascoli Piceno, dichiarandole non fondate.

La prima questione, sollevata in riferimento agli artt. 117, secondo comma lett. e), e 119, secondo comma Cost., concerne la previsione, contenuta nella disposizione normativa censurata, di una misura dell'addizionale regionale all'imposta sul reddito delle persone fisiche superiore alla soglia dell'1,4% anche per i periodi di imposta successivi all'anno 2002 - anno per il quale, attraverso una disposizione di carattere eccezionale, il legislatore statale aveva consentito alle Regioni di superare il limite dell'1,4%.

La seconda questione, sollevata in riferimento, oltre che ai citati articoli, anche agli artt. 3, 16, 41 e 120 Cost., riguarda, invece, l'articolazione dell'aliquota dell'addizionale regionale all'IRPEF per scaglioni di reddito, con la conseguente introduzione, ad avviso del giudice rimettente, di un elemento di ulteriore progressività, nell'ambito del tributo dell'IRPEF, già fortemente connotato da tale requisito. Da ciò deriverebbero, secondo la prospettazione della Commissione tributaria, un pregiudizio ai principi di equità e ragionevolezza e una grave disparità di trattamento tributario tra cittadini residenti entro e fuori i confini della Regione interessata.

2. La legislazione in materia di addizionale regionale all'IRPEF.

¹ Dottoranda in Istituzioni e politiche ambientali, finanziarie e tributarie presso la Scuola di dottorato in Scienze giuridiche ed economiche della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II

Un compiuto esame della pronuncia richiede che si ripercorrano, brevemente, gli interventi del legislatore in materia di addizionale regionale all'IRPEF, muovendo dall'art. 50 del Decreto legislativo 15 dicembre 1997 n. 446, istitutivo del tributo.

Al terzo comma, l'articolo citato aveva stabilito i livelli minimo e massimo del tasso di imposta, rispettivamente nella misura dello 0,50% e dell'1%, riconoscendo alle Regioni la facoltà di fissare, entro questi margini, con provvedimenti di carattere amministrativo, l'aliquota da applicare nel proprio ambito territoriale².

Questa disposizione, come modificata dal Dlgs 30 novembre 1999 n. 506³, avrebbe dovuto trovare applicazione a decorrere dall'anno 2000⁴; tuttavia, per effetto del Decreto legislativo 18 febbraio 2000 n. 56, a decorrere da tale anno d'imposta, le aliquote dell'addizionale regionale all'IRPEF hanno subito una variazione in aumento, venendo fissate, rispettivamente, allo 0,90% e all'1,4%.

In seguito, il legislatore è intervenuto ancora sulla materia: infatti, in sede di conversione del Decreto legge 18 settembre 2001 n. 347⁵, è stato introdotto, all'art. 4 del provvedimento normativo d'urgenza, il comma 3 bis, recante due fattispecie derogatorie della disciplina generale del tributo in esame.

La prima si sostanzia nel riconoscimento, in favore delle Regioni, del potere di fissare, limitatamente all'anno 2002, l'aliquota dell'addizionale - nei limiti dell'1,4% - con provvedimenti da adottarsi, entro il 31 dicembre 2001, in deroga, dunque, al termine previsto dall'art. 50 del Dlgs 446/1997.

La seconda fattispecie, senz'altro di maggior rilievo, si esplica invece nell'attribuzione agli enti substatali del potere di incrementare, in riferimento al solo periodo di imposta 2002, l'aliquota anche oltre il tetto dell'1,4%. In tale ultima ipotesi, il legislatore statale

² L'art. 50 comma 3 del Dlgs 446/97 inoltre stabilisce che tali provvedimenti devono essere pubblicati sulla G.U. non oltre il 30 novembre dell'anno precedente a quello cui l'addizionale si riferisce.

³ Con Dlgs 30 novembre 1999 n. 506, il comma 3 dell'art. 50 è stato sostituito dal seguente: " L'aliquota di compartecipazione dell'addizionale regionale di cui al comma 1 e' fissata allo 0,50 per cento. Ciascuna regione, con proprio provvedimento, da pubblicare nella *Gazzetta Ufficiale* non oltre il 30 novembre dell'anno precedente a quello cui l'addizionale si riferisce, puo' aumentare l'aliquota suddetta fino all'1 per cento ". La nuova formulazione chiarisce che, il tributo, nella misura dello 0,5 per cento, si configura come compartecipazione al gettito IRPEF mentre, nella misura che costituisce una maggiorazione rispetto all'aliquota di compartecipazione, assume i caratteri di una vera e propria addizionale regionale all'IRPEF, la cui previsione è affidata alle singole regioni.

⁴ Il comma 8 del citato art. 50 prevedeva, in riferimento agli anni 1998 e 1999, l'applicazione di un'unica aliquota sull'intero territorio nazionale.

⁵ Il decreto legge 347 del 2001 è stato convertito con modificazioni dall'art. 1 della legge 16 novembre 2001 n. 405.

richiedeva che la decisione fosse adottata attraverso un provvedimento regionale di natura legislativa⁶.

Non può non osservarsi, in merito alla accordata possibilità di valicare la misura dell'addizionale prevista dall'art. 50 del Decreto legislativo 446/97, successivamente elevata dall'art. 3 del decreto legislativo 56/2000, che il legislatore, limitatamente all'anno 2002, ha evitato di indicare qualsivoglia tetto massimo della misura dell'aliquota dell'addizionale.⁶

L'opzione legislativa richiama, invero, l'intesa raggiunta nella Conferenza Stato-Regioni dell'agosto 2001, di cui il decreto legge 347/2001 costituisce la trasposizione in termini legislativi. L'Accordo raggiunto in quella sede prevede, in proposito, un incremento delle risorse a carico del bilancio dello Stato a fronte della realizzazione, da parte delle Regioni, di una serie di impegni, sostanzialmente volti al contenimento della spesa pubblica, da attuarsi attraverso misure che, come si legge testualmente, "*potranno riguardare ... l'applicazione di un'addizionale regionale all'IRPEF o altri strumenti fiscali previsti dalla normativa vigente, nella misura necessaria a coprire l'incremento di spesa*"⁷

⁶ Si riporta il testo dell'art. 4, comma 3-bis, D.L. 347/2001: " Limitatamente all'anno 2002, in deroga ai termini ed alle modalità previste dall'art. 50, comma 3, secondo periodo, del decreto legislativo 15 dicembre 1997 n. 446, ed all'art. 24, comma 1, del decreto legislativo 30 dicembre 1992 n. 504, le regioni possono disporre la maggiorazione dell'aliquota dell'addizionale regionale all'imposta sul reddito delle persone fisiche e determinare i tributi regionali di cui all'art. 23 del citato decreto legislativo n. 504 del 1992 con propri provvedimenti da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale entro il 31 dicembre 2001. La maggiorazione dell'addizionale regionale all'imposta sul reddito delle persone fisiche superiore alla aliquota dello 0,5 è determinata con legge regionale. "

⁶ In riferimento alla mancata previsione del tetto massimo dell'aliquota dell'addizionale regionale all'IRPEF, l'art. 4, comma 3 bis, del decreto legge 347/2001 è stato sospettato di illegittimità costituzionale dalla Commissione tributaria di Pesaro, che, con tre distinte Ordinanze, ha promosso altrettanti giudizi dinanzi alla Corte Costituzionale. Quest'ultima, con la recentissima Ordinanza 148/2006, ha dichiarato inammissibile la questione, in relazione a due dei tre giudizi, e infondata, in relazione al terzo giudizio. I parametri costituzionali, alla cui stregua, la Corte è stata chiamata a valutare la legittimità della norma, dichiarando, poi, manifestamente infondata la questione sono gli artt. 3 e 119 Cost.. Quanto all'art. 119 Cost., la Corte ha affermato che " il rimettente – affermando che la mancata previsione ... di un limite massimo dell'addizionale regionale all'IRPEF dell'anno 2002 renderebbe impossibile il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario – evoca evidentemente il secondo comma del vigente art. 119 Cost e, dunque, un parametro costituzionale inconferente perché relativo al coordinamento dei << tributi propri >> della Regione, ...mentre l'addizionale regionale ... è da considerarsi tributo statale ". Quanto al prospettato *vulnus* dell'art. 3 Cost., consistente, ad avviso della Commissione tributaria, nel fatto che l'assenza della soglia massima potrebbe determinare l'applicazione di addizionali diverse nelle varie Regioni, con conseguente disparità di trattamento fiscale tra i cittadini italiani, la Corte perviene, ugualmente ad una dichiarazione di manifesta infondatezza. In particolare, il Giudice delle leggi afferma che " la diversità di trattamento fiscale tra contribuenti aventi lo stesso reddito imponibile costituisce la necessaria conseguenza non già dell'affermata mancanza di un limite massimo posto dalla normativa statale per l'addizionale regionale relativa all'anno 2002 ma dell'esercizio dell'autonomo e non censurato potere delle Regioni di prevedere aliquote dell'addizionale stessa che possono risultare tra loro diverse e giustificarsi in funzione delle diverse situazioni in cui versano gli enti territoriali. " Il riferimento alle diverse situazioni in cui versano gli enti territoriali evoca il criterio del " fabbisogno finanziario " quale possibile garanzia volta a controbilanciare la discrezionalità dell'ente impositore. Sul punto controverso si veda FANTOZZI, Il diritto tributario – terza ed. – UTET, pag. 94.

⁷ Si veda il verbale n. 11/01 della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano, del giorno 08 agosto 2001, argomento n. 2 all'ordine del giorno in materia di sanità, in www.governo.it.

Il quadro ora tracciato costituisce il tessuto normativo in cui viene a collocarsi la legge della Regione Marche n. 35/2001, il cui art. 1 comma 7, in combinato con l'allegata tabella A, dispone l'applicazione di un'addizionale regionale all'IRPEF superiore all'1,4%, a decorrere dall'anno 2002, e l'articolazione per scaglioni.⁸

Con un successivo provvedimento⁹, il legislatore statale è nuovamente intervenuto con la finalità di regolare la pressione fiscale, in attesa del raggiungimento di un accordo tra Stato, regioni ed enti locali sui meccanismi strutturali del federalismo fiscale.

Come si vedrà, la lettura che di tale intervento offre la Corte Costituzionale costituisce la base su cui la medesima fonda la dichiarazione di non fondatezza della prima questione di legittimità esaminata nella sentenza in commento.

3. L'indirizzo della giurisprudenza costituzionale in materia di autonomia impositiva delle Regioni.

Dalla lettura della disposizione legislativa regionale denunciata, si rileva che la fattispecie regolata presenta caratteri tali da renderla assimilabile ad altre, rispetto alle quali la Corte Costituzionale si è già pronunciata, a seguito della riforma del Titolo V della Carta costituzionale, in tema di autonomia impositiva delle Regioni.

A tal riguardo, si richiama il costante orientamento giurisprudenziale secondo il quale i tributi istituiti con legge statale, benché denominati, dalla legislazione anteriore alla riforma costituzionale, tributi propri delle Regioni, non possiedono tale valenza sul piano sostanziale, in rapporto al novellato art. 119 Cost..

Non rileva in senso contrario, come precisato dalla Corte, né la circostanza che il relativo gettito sia attribuito agli enti substatali né che a questi ultimi sia rimessa - nei limiti indicati dalla normativa nazionale - la disciplina attuativo-gestionale del tributo.

In sostanza, il Giudice delle leggi ha più volte chiarito la portata della locuzione "*tributi propri*", cui si riferisce il Costituente del 2001, ascrivendo a siffatta categoria soltanto quelli istituiti dal legislatore regionale.

⁸ La Legge Reg. Marche 19 dicembre 2001 n. 35, all'art. 1, comma 7, così recita: " A decorrere dall'anno 2002, l'addizionale regionale all'IRPEF di cui all'art. 50 del Dlgs 446/1997 e successive modificazioni è determinata applicando l'aliquota al reddito complessivo, determinato ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche al netto degli oneri deducibili, di cui all'art. 10 del d.p.r. 22 dicembre 1986 n. 917 e successive modificazioni, secondo gli scaglioni di reddito indicati nella tabella A allegata alla presente legge ". La citata tabella A riporta i seguenti scaglioni di reddito: " fino a euro 10.329,14: *aliquota dello 0,9%*; oltre euro 10.329,14 e fino a euro 15.493,71: *aliquota dello 0,9%*; oltre euro 15.493,71 e fino ad euro 30.987,41: *aliquota dell'1,91%*; oltre euro 30.987,41 e fino ad euro 69.721,68: *aliquota del 3,6%*; oltre euro 69.721,68: *aliquota del 4,0%* ".

⁹ Legge finanziaria 27 dicembre 2002 n. 289, art. 3 , comma 1, lett. a.

Da questa impostazione, la Corte deduce la persistenza della natura erariale in capo ai tributi - tra i quali si annovera certamente l'addizionale regionale all'IRPEF - istituiti dal legislatore statale, con la conseguente riserva in favore di quest'ultimo di una competenza legislativa esclusiva, ai sensi dell'art. 117 secondo comma lett. e) Cost.; riserva, da cui discende il divieto per le Regioni di disciplinare la materia se non nei limiti fissati dalle disposizioni di livello nazionale¹⁰.

Le decisioni della Corte tracciano in effetti il quadro limitato in cui il legislatore regionale attualmente può operare; la piena realizzazione dell'autonomia regionale finanziaria, e più in particolare di quella tributaria, così come delineata dal legislatore costituzionale, esige, infatti, una disciplina di attuazione dell'art. 119 Cost. oltre che l'indicazione dei principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, nel cui alveo nonchè in armonia con la Costituzione e nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, le Regioni potranno istituire tributi propri secondo la nuova accezione dell'art. 119 Cost..

4. L'iter logico seguito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 2/2006.

Nella fattispecie in esame, il Giudice delle leggi introduce la motivazione della dichiarazione di infondatezza di entrambe le questioni, richiamando il proprio citato orientamento, e, in conformità ad esso, afferma il divieto per le Regioni di integrare la misura dell'addizionale regionale all'IRPEF (in quanto tributo statale), se non nei limiti stabiliti dalla legislazione statale.

Alla precisazione, la Corte fa seguire la valutazione di infondatezza del rilievo di illegittimità costituzionale dell'art. 1 comma 7 della legge regionale denunciata e dell'allegata tabella A, ritenendo, quanto alla prima questione, legittima la disposizione normativa regionale che aveva fissato, anche per l'anno 2003, un'addizionale regionale all'IRPEF superiore all'1,4%.

La valutazione di legittimità fa leva sull'interpretazione data dell'art. 3, comma 1, lett. a) della legge 27 dicembre 2002 n. 289¹¹.

¹⁰ Si fa riferimento al noto filone giurisprudenziale che prende avvio dalle sentenze Corte Cost. nn. 296 e 297 del 2003, cui sono seguite altre pronunce tra cui le sentenze Corte Cost. nn. 311/2003, 241/2004, 335/2005. Per una puntuale ricostruzione del nuovo assetto finanziario e tributario delineato dalla riforma di cui alla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, si veda la sentenza Corte Cost. 37/2004. Un esempio di tributo proprio regionale, istituito anteriormente alla riforma, conforme all'accezione di cui al nuovo art. 119 Cost. è la tassa di concessione per la ricerca e la raccolta di tartufi introdotta dall'art. 12 comma 1, legge Regione Veneto 28 giugno 1988 n. 30, poi abolita.

¹¹ Si riporta il testo dell'art. 3, comma 1, lett. a) della L. 289/2002: " In funzione dell'attuazione del Titolo V della parte seconda della Costituzione e in attesa della legge quadro sul federalismo fiscale:

La Corte, in particolare, osserva che il legislatore statale, con la suddetta disposizione, ha voluto perseguire l'obiettivo di politica economica di evitare l'incremento della pressione fiscale, nella specie sospendendo gli aumenti dell'addizionale regionale in questione deliberati dopo il 29 settembre 2002 e non confermativi delle aliquote in vigore nel 2002. Ne discende, per converso, che il legislatore ha voluto mantenere fermi i provvedimenti confermativi delle aliquote in vigore nel 2002.

Da queste osservazioni preliminari, il Giudice delle leggi argomenta, innanzi tutto, l'esclusione della disposizione regionale in esame dall'ambito di applicazione della norma di sospensione contenuta nel menzionato art. 3, comma 1, lett. a) e, in secondo luogo, l'inquadramento della disposizione regionale tra i provvedimenti che, in quanto anteriori al 29 settembre 2002 e confermativi delle aliquote in vigore per l'anno 2002, il legislatore ha voluto, al contrario, mantenere fermi.

Ad avviso della Corte, dunque, la L. Reg. Marche non contrasta con gli artt. 117, secondo comma, lett. e), e 119, secondo comma, Cost. e soddisfa l'obiettivo di politica economica indicato dal legislatore e diretto a contenere il livello della pressione fiscale.

Altro profilo in base al quale la Corte esclude la fondatezza della prima questione prospettata dal giudice *a quo* concerne la previsione dell'aumento dell'addizionale per una pluralità di anni.

La Corte ritiene che legittimamente la Regione Marche abbia potuto fissare, con la denunciata legge regionale, la misura dell'addizionale per una pluralità indefinita di anni "a decorrere dal 2002". Non osta a tale conclusione la formulazione dell'art. 50, comma 3, DLgs 446/97 che stabilisce di determinare l'aliquota dell'addizionale entro il 30 novembre dell'anno precedente a quello cui l'addizionale stessa si riferisce.

A parere della Corte, infatti, dalla citata previsione normativa non discende alcun obbligo di determinare anno per anno la misura dell'addizionale, limitandosi essa ad indicare il termine entro cui i provvedimenti di aumento devono essere pubblicati.

La seconda questione di legittimità sottoposta al vaglio della Corte attiene alla suddivisione, per categorie di reddito, dell'addizionale.

a) gli aumenti delle addizionali all'imposta sul reddito delle persone fisiche per i comuni e le regioni nonché la maggiorazione dell'aliquota dell'imposta regionale sulle attività produttive di cui all'art. 16, comma 3, del decreto legislativo 15 dicembre 1997 n. 446, deliberati successivamente al 29 settembre 2002 e che non siano confermativi delle aliquote in vigore per l'anno 2002, sono sospesi fino a quando non si raggiunga un accordo ai sensi del decreto legislativo 28 agosto 1997 n. 281, in sede di Conferenza unificata tra Stato, regioni ed enti locali sui meccanismi strutturali del federalismo fiscale. " L'interpretazione della disposizione normativa ha creato taluni dubbi che il Dipartimento delle Politiche fiscali ha chiarito con la Circolare 11 febbraio 2003 n. 1.

La Corte ritiene che non si rinvengono nell'ordinamento ostacoli acchè le Regioni fissino l'aliquota secondo scaglioni, con criteri di progressività.

Al contrario, l'art. 53 Cost, secondo comma, pone un generale principio di progressività che deve informare l'intero sistema tributario, con l'effetto che le Regioni " nell'esercizio del loro autonomo potere di imposizione " sono legittimate ad osservare tale criterio e, nel caso in esame, articolando l'addizionale regionale all'IRPEF per scaglioni, coerentemente sviluppano " a livello regionale la struttura tipicamente progressiva di detta imposta erariale ".

Sotto tale profilo, dunque, la norma regionale non contrasta con gli artt. 117, secondo comma, lett. e) e 119, secondo comma, Cost. Per altro verso, il ricorso ad un'addizionale a struttura progressiva non lede gli artt. 3, 16, 41 e 120 Cost., come, viceversa, rilevato in sede di rimessione della questione di legittimità, in quanto non si traduce in una disparità di trattamento tributario tra cittadini residenti nella Regione Marche e quelli residenti in altre Regioni. La Corte evidenzia, infatti, che la disparità di trattamento tra contribuenti sarebbe l'effetto non del carattere progressivo dell'aliquota bensì del potere riconosciuto dalla legge nazionale a ciascuna Regione di fissare l'aliquota per il proprio territorio.

5. Osservazioni

L'assetto delineato dalla Corte prescinde, invero, dalla considerazione del carattere eccezionale della norma statale che circoscriveva all'anno 2002 l'esercizio del potere regionale di incrementare l'aliquota oltre la soglia dell'1,4%, fissata dalla disciplina generale del tributo *de quo*.

La circostanza rileva ulteriormente in ragione del richiamo operato dalla Corte al proprio orientamento, alla stregua del quale la legislazione statale determina il perimetro al cui interno è riconosciuto alle Regioni un potere integrativo-attuativo della disciplina dei tributi istituiti a livello di governo centrale; l'inosservanza dei limiti si è, difatti, risolta, come ricordato in precedenza, in altrettante declaratorie di incostituzionalità della normativa regionale sottoposta al vaglio del Giudice delle leggi.

In questa prospettiva, occorre, dunque, verificare quale sia la disposizione statale idonea a legittimare la Regione Marche a fissare anche per l'anno 2003 un'addizionale superiore all'1,4%.

Dall'esame della decisione in commento, sembra che la Corte ravvisi tale fonte legittimante nel più volte citato art. 3, comma 1, lett. a) L. 27 dicembre 2002 n. 289, in

quanto volto a mantenere fermi, in attuazione della politica di tendenziale mantenimento della pressione fiscale, quei provvedimenti confermativi delle aliquote in vigore nel 2002 anche se superiori all'1,4%, come nel caso della legge regionale in esame¹².

Si tratterebbe, tuttavia, di una fonte posteriore e implicita¹³, che, come tale, genera incertezze, ove si considerino e la successione cronologica dei provvedimenti normativi e la portata derogatoria riconosciuta in questo modo alla norma stessa.

Riguardo il primo profilo, una lettura che riconosca all'art. 3, comma 1, lett. a) l'idoneità a consentire un'ulteriore deroga alla norma generale, estendendo l'efficacia temporale della norma derogatoria di cui all'art. 4, comma 3-bis, Decreto-legge 347/2001, implica che la legge 289/2002, entrando in vigore il primo gennaio 2003, abbia esteso l'efficacia di una disposizione normativa che, a quella data, ha cessato di essere in vigore¹⁴. Con il duplice, ulteriore, effetto di dar luogo: in primis, ad una disparità tra le Regioni, in quanto l'estensione dell'efficacia della norma derogatoria riguarderebbe solo gli enti che nel 2002 si fossero avvalsi della facoltà di incrementare l'addizionale oltre l'1,4%; ed, in secondo luogo, ad un contrasto con l'interpretazione teleologica della norma stessa.

In sostanza, se il legislatore ha voluto perseguire con l'art. 3, comma 1, lett. a) L. 289/2002 il fine di evitare aumenti della pressione fiscale, ne discende che la stessa disposizione non può legittimare leggi regionali che, per il 2003, abbiano confermato le aliquote del 2002 eccedenti la soglia dell'1,4%. Non può consentire, cioè, che continui a trovare applicazione un'aliquota maggiore dell'1,4%, prevista da una norma di carattere eccezionale relativa al solo anno 2002; a maggior ragione se si tiene presente che comunque a decorrere dal 2003 avrebbe nuovamente trovato applicazione la disciplina generale del tributo in esame, con la conseguente necessaria riduzione dell'aliquota entro il limite dell'1,4%.

¹² In particolare nella sentenza n. 2/2006 si legge: "L'aumento dell'addizionale all'IRPEF per l'anno 2003, disposto nel 2001 dalla Regione Marche per un importo identico a quello vigente nel 2002 - anche se comportante l'applicazione di un'addizionale superiore all'1,4% del reddito imponibile, come consentito per l'anno 2002 dall'art. 4, comma 3-bis, del decreto-legge n. 347 del 2001 - non rientra, dunque, nella sfera di applicazione dell'indicata norma di sospensione [ndr art. 3, comma 1, lett. a) L. 289/2002] e va ricompreso nell'ambito di quei provvedimenti che il legislatore ha inteso confermare, in attuazione della indicata politica di tendenziale mantenimento della pressione fiscale".

¹³ Implicita, in quanto la disposizione della legge finanziaria non reca alcuna espressa attribuzione in favore delle Regioni di un potere derogatorio rispetto alla disciplina di carattere generale del tributo; posteriore, in quanto interviene dopo la determinazione dell'aliquota.

¹⁴ L'efficacia di tale disposizione era limitata all'anno d'imposta 2002, con la conseguente riespansione, a decorrere dal 2003, dell'efficacia della disposizione di carattere generale che fissa all'1,4% il tetto massimo dell'aliquota.

Sotto il secondo aspetto, in disparte la necessità di un'espressa enunciazione delle norme derogatorie, una lettura siffatta dell'art. 3, comma 1, lett. a), non si armonizza con i principi di trasparenza e chiarezza esplicitati dalla Legge 212/2000.

Infatti, una norma che legittimasse, non espressamente, la determinazione di un'aliquota dell'addizionale all'IRPEF eccedente l'1,4% - anche per l'anno 2003 - violerebbe, oltre che il comma 1 dell'art. 2 della L. 212/2000, per l'omessa indicazione nella rubrica di tale ulteriore oggetto della disposizione, anche il generale principio di trasparenza delle disposizioni tributarie, per non aver previsto espressamente la deroga¹⁵.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, l'art. 3, comma 1, lett. a), nel prevedere la sospensione degli aumenti non confermativi delle aliquote in vigore nel 2002, potrebbe riferirsi a quelle aliquote in vigore nel 2002 comunque non superiori alla soglia dell'1,4%.

Si vuol cioè dire che il legislatore ha probabilmente inteso mantenere ferme nel 2003 le addizionali confermativo di quelle in vigore nel 2002, purchè fissate nei limiti dell'1,4%, sospendendo gli aumenti non confermativi delle medesime.

Diversamente è a dirsi quanto al tasso di imposta stabilite dalla Regione Marche per il 2003, confermativo di quello in vigore nel 2002 ma superiore all'1,4%. Esso, secondo le osservazioni svolte, non solo, non avrebbe potuto essere mantenuto fermo per l'anno 2003 dalla citata legge finanziaria ma, prima ancora, non avrebbe neppure potuto essere stabilito in sede regionale. Sembra utile ricordare che delle due Regioni che si sono avvalse del potere- scaturente dal decreto legge 347/2001 - di incrementare nel 2002 l'addizionale, la Regione Veneto ha deliberato una nuova addizionale nei limiti dell'1,4% per l'anno 2003, mentre diversamente ha operato la Regione Marche.

In effetti, la Regione, della cui legge qui ci si occupa, avrebbe dovuto fissare, al pari della Regione Veneto, per il 2003 una nuova aliquota nei limiti dell'1,4%. In tal caso, l'aliquota non sarebbe stata suscettibile di sospensione ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a) L. 289/2002¹⁶ in quanto di misura, in ogni caso, inferiore a quella del 2002.

¹⁵ La Legge 27 luglio 2000 n. 212 reca disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente. In particolare, l'art. 1 statuisce che le disposizioni in essa contenute costituiscono principi generali dell'ordinamento tributario e possono essere derogate o modificate solo espressamente e mai da leggi speciali.

¹⁶ L'art. 3, comma 1, lett. a) L. 289/2002, in quanto recante una norma di sospensione degli aumenti delle addizionali, è stata sottoposta al giudizio di legittimità costituzionale su iniziativa di alcune Regioni - tra cui la Regione Veneto - che lamentavano il mancato rispetto, da parte dello Stato, del divieto di sopprimere, senza sostituirli gli spazi di autonomia già riconosciuti alle Regioni dalle leggi statali. La Corte Costituzionale, con la sentenza 381/2004, ha rigettato la censura in considerazione del fatto che la norma denunciata dispone una " temporanea e provvisoria sospensione dell'esercizio del potere regionale in attesa di un complessivo ridisegno dell'autonomia tributaria delle Regioni, nel quadro dell'attuazione del nuovo art. 119 Cost. ". In merito al divieto di soppressione degli spazi di autonomia regionale cui si fa cenno, si rinvia a Corte Cost. 37/2004.

In mancanza di nuova deliberazione, avrebbe dovuto applicarsi l'aliquota di compartecipazione fissata dal legislatore nazionale.

Quanto alla previsione dell'aliquota in prospettiva pluriennale, il legislatore nazionale non pone limiti né essi possono evincersi dalla lettera della norma che regola l'addizionale regionale all'IRPEF o in base ad altri criteri ermeneutici. A conforto di tale lettura, può osservarsi inoltre che, nei casi in cui il legislatore ha inteso disporre che si prevedesse, di volta in volta, la misura di un'aliquota, lo ha fatto avvalendosi di formulazioni normative che chiaramente indicavano tale obbligo¹⁷.

Nell'esaminare la seconda questione di legittimità prospettata dalla Commissione tributaria, la Corte risolve in senso affermativo il quesito se la Regione possa articolare per scaglioni di reddito l'addizionale regionale all'IRPEF¹⁸. La soluzione si fonda sul principio costituzionale di progressività che, in quanto criterio informatore dell'intero sistema tributario, assurge, ad avviso della Corte, ad elemento fondante la legittimazione delle Regioni, "nell'esercizio del loro autonomo potere di imposizione", ad improntare il prelievo a criteri di progressività: la Costituzione, precisa la Corte, non stabilisce una riserva esclusiva di competenza legislativa dello Stato in tema di progressività dei tributi. A prescindere da ogni riflessione sui limiti dell'esercizio del potere regionale di integrare ed attuare la disciplina dei tributi erariali e, dunque, sulla possibilità per le Regioni, anche in assenza di una previsione in tal senso da parte del legislatore statale, di conferire carattere progressivo ad un tributo erariale – il cui gettito e la cui fase integrativo-attuativa siano ad esse devolute –, occorre forse soffermarsi su un riflesso applicativo della progressività. In ordine al principio di progressività, si rileva, infatti, che esso, attraverso l'incremento più che proporzionale del prelievo, attua i principi di uguaglianza sostanziale e di solidarietà, alla cui stregua l'ordinamento esprime un giudizio di legittimità verso "forme di imposizione, che pur attuando una discriminazione fra i soggetti(in particolare a danno dei più abbienti e a favore dei meno abbienti) sono comunque giustificate dai fini di solidarietà economica e sociale"¹⁹ Ne discende che resta

¹⁷ Il riferimento è all'imposta comunale sugli immobili di cui al Dlgs 504/1992.

¹⁸ La Regione Marche non è l'unica Regione ad aver articolato per scaglioni di reddito l'addizionale regionale all'IRPEF. Per un quadro completo delle aliquote fissate dalle regioni si veda www.finanze.it/dipartimentodellepolitichefiscali.

¹⁹ La citazione è tratta da FALSITTA, *Manuale di Diritto tributario* – parte generale – quarta ediz. – Padova CEDAM 2003, pag 135 - 136.

La discriminazione che si realizza sul piano formale incontra un temperamento nell'"opportunità" evidenziata da Amatucci "che le aliquote maggiori non superino, però, il confine oltre il quale l'imposizione produce un disincentivo della produzione e del risparmio" in AMATUCCI, *L'Ordinamento giuridico della finanza pubblica* –

da vedere se non sia preferibile che il bilanciamento tra i principi di uguaglianza formale e sostanziale rientri – unitamente alla valutazione dei confini oltre i quali l'imposizione diventa disincentivante - nella sfera di competenza del legislatore statale e ciò sia nel caso di tributi erariali, di competenza esclusiva dello Stato, sia nel caso di tributi propri delle Regioni (secondo la nuova accezione dell'art. 119 Cost.) attraverso indicazioni nell'ambito dei principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, da determinarsi in sede di legislazione concorrente. Una preferenza per tale soluzione non contrasterebbe con l'art. 53, secondo comma, Cost. in quanto il principio da esso sancito non impone di conferire carattere progressivo a tutte le imposte²⁰. Si consideri, inoltre, che il sistema tributario, anche dopo la novella del Titolo V della Legge fondamentale, è informato anche ad un principio di unità, alla cui realizzazione è funzionale il ruolo dello Stato, cui è rimessa, infatti, la determinazione dei principi di coordinamento propedeutici all'esercizio della potestà tributaria delle regioni. Se ne ricava che lo Stato, garante dell'unità del sistema tributario, debba delineare i limiti e le modalità dell'atteggiarsi dei principi che lo informano nella sua interezza e dunque del principio di progressività²¹. Ed appare evidente come il legittimo esercizio della progressività a livello statale ed a livello regionale debbano essere coordinate a sistema quando, come nel caso delle addizionali regionali all'IRPEF, abbiano ad oggetto la stessa materia imponibile.

Quanto, infine, alla denunciata disparità di trattamento tributario tra cittadini residenti entro e fuori la Regione Marche, la Corte nell'escludere che la diversità di trattamento sia riconducibile alla progressività, come evidenziato dal giudice rimettente, ne ricerca la causa nel potere riconosciuto alle Regioni di fissare, ciascuna autonomamente, la misura dell' addizionale da applicare nel proprio territorio. Si osserva che nel caso, come quello in esame, l'omessa indicazione del tasso di imposta massimo può accentuare la diversità di trattamento tributario quale conseguenza della più ampia discrezionalità riconosciuta all'ente impositore (anche se da esercitarsi attraverso un atto legislativo).

6. Conclusioni

Jovene Editore Napoli 2004, pag. 60. In merito al profilo dei confini oltre i quali l'imposizione diventa disincentivante, invero, l'indicazione, da parte del legislatore statale, del tetto massimo della misura delle aliquote contiene in sé il giudizio ex ante su di essi.

²⁰ Sul punto si veda DE MITA, *Principi di diritto tributario* – quarta ed. – Giuffrè editore 2004, pag 217.

²¹ Per un'analisi approfondita del concetto di unità del sistema tributario e del rilievo che assumono, in tale ottica, i principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario si veda PERRONE CAPANO, *L'unità della finanza pubblica, elemento di raccordo tra sistema tributario dello Stato, autonomia territoriale di entrata e di spesa e garanzie dei cittadini in campo fiscale* in www.innovazionediritto.unina.it.

In conclusione, la sentenza n. 2/2006 sembra collocarsi al di fuori del filone giurisprudenziale inaugurato con le sentenze 296 e 297 del 2003, con il quale si è ricondotto il potere legislativo regionale in materia di autonomia tributaria nel ristretto confine delineato dal legislatore statale, in attesa dell'enunciazione dei principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario. Se, invece, si immagina un sistema a regime, in cui conviva, accanto all'esercizio della potestà tributaria dello Stato, un'autonoma potestà tributaria regionale, ebbene diventa essenziale individuare, tra i criteri di coordinamento, i parametri che consentano di armonizzare la legislazione tributaria elaborata ai due livelli di produzione normativa. In questo quadro, ad esempio, l'indeducibilità dell'IRAP dall'imposta sul reddito attualmente vigente rappresenta una scelta rimessa alla discrezionalità del legislatore statale, investito della disciplina di entrambe le imposte; ove, invece, l'IRAP assumesse la funzione di tributo proprio delle regioni e fosse da queste integralmente disciplinata, si renderebbe evidentemente necessario il coordinamento tra due imposte inerenti, in modi diversi, al reddito e regolate da diverse fonti legislative. Ne discende che l'opzione per la deducibilità dell'imposta regionale da quella statale potrebbe essere sottratta a qualsivoglia valutazione discrezionale, assumendo il contenuto di un principio di coordinamento, con il fondamentale obiettivo di evitare che il legittimo esercizio dell'autonomia tributaria regionale determini un eccesso di differenziazione del prelievo tra le diverse regioni che lo strumento della deducibilità tenderebbe a contrastare.

La decisione della Corte se, da un lato, valorizza l'autonomia regionale – e in questo è apprezzabile –, dall'altro, nel momento in cui consente l'impiego di strumenti progressivi fuori dei principi di coordinamento non fa un ragionamento di legittimità ma sembra risolvere solo un caso pratico: l'esito del giudizio di legittimità sarebbe stato probabilmente diverso se il legislatore regionale avesse articolato l'addizionale regionale secondo una forbice molto più elevata. Probabilmente, la decisione in esame vuol porsi anche come stimolo, rivolto al legislatore, affinché si dia compiuta attuazione alla riforma costituzionale e, nello specifico, all'autonomia tributaria degli enti substatali.

Bibliografia

Alfano, *Applicabilità d'ufficio del diritto comunitario nel processo tributario (a proposito del tributo regionale sul passaggio del gas metano attraverso il territorio della Regione Sicilia)* in *TributImpresa*, 3, 2004

Amatucci, *L'Ordinamento giuridico della finanza pubblica* – Jovene Editore Napoli 2004, pag. 60.

Antonini, *La prospettiva del federalismo fiscale alla luce del nuovo art. 119 della Costituzione* in *Osservatorio sul federalismo*, giugno, 2002

BIZIOLI, *I principi statali di coordinamento condizionano l'efficacia della potestà tributaria regionale. La Corte costituzionale aggiunge un altro elemento alla definizione del nuovo federalismo fiscale* – nota a Corte Costituzionale n. 37/2004 in *GiurCost*

De Joanna, *L'autonomia finanziaria: un'ipotesi di ricostruzione interpretativa fra diritti di cittadinanza e federalismo possibile* in www.federalismi.it - 2002

De Mita, *Principi di diritto tributario* – quarta ed. – Giuffrè editore 2004, pag 217.

De Roberto, *La riforma del Titolo V, Parte seconda, della Costituzione - La ripartizione delle funzioni normative* in www.giustizia-amministrativa.it

Del Federico, *Orientamenti di politica legislativa regionale in materia di tributi locali* in *La finanza locale*, 4, 2003

Fantozzi, *Il diritto tributario* – terza ed. – UTET, pag. 94

Falsitta, *Manuale di Diritto tributario* – parte generale – quarta ediz. – Padova CEDAM 2003, pag 135 - 136.

Micheli, *Corso di diritto tributario*, Torino, 1989

Perrone Capano, *L'unità della finanza pubblica, elemento di raccordo tra sistema tributario dello Stato, autonomia territoriale di entrata e di spesa e garanzie dei cittadini in campo fiscale* in www.innovazionediritto.it.

Perrone Capano, *Prime riflessioni su autonomia finanziaria e riforme del Titolo V della Cost* in *Riv del Dipartimento di Scienza dello Stato*, Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, 1, 2002

Russo, *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1999

Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario*, vol 1 Parte generale, Torino, 2004

L'evoluzione del concetto di scarico dalla Legge Merli al nuovo Testo Unico Ambientale

di Dea Squillante¹

Sommario: 1. Premessa. – 2. La Legge Merli e lo scarico indiretto. – 3. Il rapporto tra Decreto Ronchi e Decreto Acque: differenze tra scarico diretto e rifiuto liquido. – 4. Il concetto di scarico nel nuovo T. U. Ambientale. – 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Il 29 aprile 2006 è entrato in vigore il nuovo Decreto Legislativo in materia ambientale (D. Lgs. n. 152 del 2006), che attua la Legge delega n. 308/2004. Il provvedimento riscrive le principali regole in materia ambientale, introducendo nuovi adempimenti ad abrogandone altri. Esso è articolato in sei sezioni che disciplinano le diverse tematiche ambientali:

- Disposizioni comuni.
- Procedure per la valutazione di impatto ambientale e strategica (VAS), per la valutazione di impatto ambientale (VIA) e per l'autorizzazione ambientale integrata (IPPC).
- Norme in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione, di tutela delle acque dall'inquinamento e di gestione delle risorse idriche.
- Norme in materia di gestione dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinanti.
- Norme in materia di tutela dell'aria e di riduzione delle emissioni in atmosfera.
- Norme in materia di tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente.

Nell'articolo che segue verrà affrontato il problema del nuovo concetto di scarico idrico, ripercorrendo le fasi evolutive che lo hanno caratterizzato sotto un profilo normativo e giurisprudenziale. Si passa, infatti, dallo scarico indiretto (ricavato dalla

¹ Dottoranda in Istituzioni e politiche ambientali, finanziarie e tributarie presso la Scuola di dottorato in Scienze giuridiche ed economiche della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II

Legge n. 319 del 1976, la cd. *Legge Merli*) a quello diretto di acque reflue che si contrappone, nella disciplina, ai rifiuti liquidi (tale differenza è causa del rinvio del *Decreto Ronchi*, D. Lgs. n. 22 del 1997, al *Decreto Acque*, D. Lgs. n. 152 del 1999). Infine, si giunge al nuovo concetto di scarico, contenuto nel Testo Unico Ambientale e inteso come “*qualsiasi immissione di acque reflue in acque superficiali, sul suolo, nel sottosuolo e in rete fognaria, indipendentemente dalla loro natura inquinante, anche sottoposte a preventivo trattamento di depurazione*”².

Rispetto a quanto previsto dalla normativa precedente (D.lgs 152/1999), la nuova definizione si differenzia in maniera marcata in quanto viene meno la necessità di immissione “*diretta tramite condotta*” di acque reflue liquide.

2. La Legge Merli e lo scarico indiretto.

La Legge Merli (legge 10 maggio 1976, n. 319) è stata la prima normativa italiana specificamente posta a tutela delle acque dall'inquinamento.

Precedentemente ad essa, con una operazione definita di “*archeologia giuridica*”³, ricordiamo, in un primo momento, una normativa pubblicistica ispirata soprattutto a “*prevenire i possibili effetti dannosi delle acque, più che considerarne l'utilità*”⁴. Successivamente, prese piede una normativa frammentaria che non si preoccupava di salvaguardare il bene acqua, piuttosto intendeva arbitrare tra i diversi usi possibili (da quello civile a quelli variamente produttivi⁵).

Ma, perno principale della legislazione precedente alla legge del '76 era il Testo Unico delle Leggi Sanitarie. Ad esso si faceva riferimento sia in materia di acque che di aria, ed in particolare si rinviava agli artt. 217 (potere conferito al sindaco di dettare norme dirette a evitare che scoli di acque e rifiuti solidi e liquidi, provenienti da manifatture o da fabbriche, possano provocare pericolo o danno per la salute pubblica), 218, lett. d) (compito per i regolamenti locali di assicurare che l'acqua potabile nei pozzi,

² D. Lgs. n. 152 del 2006, art. 74, comma 1, lett. ff). Nella precedente normativa, D. Lgs. n. 152 del 1999, art. 2, comma 1, lett. bb) lo scarico veniva definito come “*qualsiasi immissione diretta tramite condotta di acque reflue liquide, semiliquide, e comunque convogliabili nelle acque superficiali, sul suolo, nel sottosuolo e in rete fognaria, indipendentemente dalla loro natura inquinante, anche sottoposte a preventivo trattamento di depurazione*”.

³ B. Caravita, *Diritto dell'ambiente*, il Mulino editore, Bologna, 2001, pag. 198.

⁴ U. Pototschnig, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina pubblica delle acque*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1969.

⁵ R. Lawansky, *Il controllo degli inquinamenti delle acque: l'attuazione di una politica pubblica*, Milano, 1986, pag. 47; M. Colucci ed A.A.V.V., *Piani e provvedimenti nel passaggio dall'amministrazione al governo delle acque*, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1974, pagg. 1284 ss.

nei serbatoi e nelle condutture sia garantita da inquinamento), infine 226 e 227 (obbligo di preventiva depurazione prima di immissione negli scarichi pubblici).

Ancora, un secondo gruppo di norme riguardava la conservazione e le modalità di utilizzazione delle acque pubbliche o, generalmente, il buon regime del bacino idrico⁶.

Dunque, la nuova Legge Merli si presentava sicuramente come il frutto di un compromesso, cui sarebbe stato difficile dare piena attuazione a causa delle risorse insufficienti, delle inadempienze e delle disfunzioni dei soggetti cui spettava applicarla e farla rispettare⁷.

Inoltre, le disposizioni fondamentali di questa legge si presentavano poco funzionali e poco adatte ad una materia così delicata come quella della tutela delle acque. Infatti: la strategia di intervento prevista era di tipo successivo (il cd. piano di risanamento), nel senso che si prevedevano interventi sulle preesistenti situazioni di degrado della risorsa idrica⁸; veniva preso in considerazione il criterio degli *standards* degli effluenti, rendendo più difficile l'individuazione del corpo idrico ricettore (il cui stato complessivo poteva peggiorare a causa della sommatoria degli inquinamenti)⁹; vi era unicità della disciplina degli scarichi (infatti, per i parametri inquinanti degli scarichi erano previsti identici limiti di accettabilità su tutto il territorio nazionale)¹⁰. Infine, la Legge Merli non soltanto classificava gli scarichi in base all'origine degli stessi, distinguendoli tra insediamenti civili e insediamenti produttivi¹¹, ma riconduceva tutti i comportamenti qualificabili come *scarico indiretto* alla disciplina delle acque.

⁶ Ad esempio: Testo Unico delle Leggi sulle acque e sugli impianti elettrici, r.d. 1285 del 1920; Regolamento per le derivazioni e utilizzazioni delle acque pubbliche; Regolamento di esecuzione del Testo Unico n. 195 del 1900 e della Legge n. 333 del 1902, con riferimento ai canali di bonifica; art. 103 del D.P.R. n. 128 del 1959, che poneva il divieto di scaricare prodotti e materiali infiammabili in corsi o specchi d'acqua; Legge n. 6 del 1957 in tema di ricerca e coltivazione degli idrocarburi liquidi e gassosi; altre disposizioni erano contenute nel Codice della navigazione, nel Testo Unico delle Leggi sulla pesca e nella Legge n. 963 del 1965 sulla tutela delle risorse biologiche delle acque marine.

⁷ B. Caravita, cfr., pag. 208 e ss.

⁸ La successiva normativa del *Decreto Acque* fa, invece, riferimento al principio della tutela integrata quali – quantitativa della risorsa idrica ed assegna ai nuovi piani di tutela una funzione di tutela preventiva (e non certamente successiva, come nella *Legge Merli*).

⁹ Tali standards non erano neppure correlati alle qualità preesistenti del ricettore, alla sua portata né alla portata o alla qualità dello scarico.

¹⁰ Tale principio è stato sostituito da quello di diversificazione delle soglie di emissione degli scarichi con riferimento agli obiettivi di qualità del corpo ricettore.

¹¹ Il decreto Legislativo n. 152 del 1999, invece, distingue gli scarichi in base alle diverse caratteristiche oggettive. Si distinguono in: *acque reflue domestiche* (quelle provenienti da insediamenti di tipo residenziale e da servizi, nonché derivanti prevalentemente da metabolismo umano); *acque reflue assimilate alle domestiche* (quelle provenienti da imprese agricole o zootecniche, comprese quelle che svolgono attività di trasformazione dei prodotti coltivati prevalentemente in azienda); *acque reflue industriali* (quelle scaricate da edifici o installazioni in cui si svolgono attività commerciali o di produzione di beni, diverse dalle acque reflue domestiche e dalle acque meteoriche di dilavamento); *acque reflue urbane* (quelle domestiche o il miscuglio di acque reflue

Per scarico indiretto doveva intendersi quello posto in essere dall'autotrasportatore o dal titolare di una autonoma impresa di spurgo, con riferimento al trasferimento di residui liquidi da lavorazione che fossero condotti in fognatura o in corpi ricettori. Una rilevante sentenza della Suprema Corte a SS.UU. aveva precisato che la distinzione tra rifiuto liquido e acque di scarico ricadeva sulla individuazione di una fase di immissione diretta e finale delle acque di rifiuto nei corpi ricettori, riconducibile esclusivamente alla disciplina della Legge 319/76 (salvo che per i fanghi e liquami che dovessero qualificarsi tossici e nocivi) rispetto ad ogni precedente fase di smaltimento del rifiuto liquido riconducibile al D.P.R. 915/82¹².

Dunque, secondo la giurisprudenza prevalente la nozione giuridica di scarico era caratterizzata dal requisito dell'immissione diretta del reflu in uno dei corpi ricettori elencato all'art. 1 della Legge Merli¹³. Ciò era preferibile per la presenza dell'allora vigente sistema tabellare ad hoc, mentre si riscontrava una lacuna nella normativa sui rifiuti, che non prevedeva una valutazione quantificabile dell'impatto ambientale dell'immissione sull'ambiente in base a parametri prestabiliti.

Così, le fasi di smaltimento dei rifiuti liquidi, che non corrispondevano ad immissione finale e diretta nel corpo ricettore, nonché le operazioni di raccolta, stoccaggio, trasporto, trattamento degli effluenti altrui, erano disciplinati dalla normativa sui rifiuti¹⁴.

domestiche, di acque reflue industriali ovvero meteoriche di dilavamento convogliate in reti fognarie, anche separate, e provenienti da agglomerato).

¹² In questo senso Cassazione SS.UU., sentenza 27 settembre 1995, n. 12310, Mass. Uff. Cass. Pen. 202899, aveva altresì precisato che "il D.P.R. n. 915 del 1982 disciplina tutte le singole operazioni di smaltimento (es.: conferimento, raccolta, trasporto, ammasso, stoccaggio) dei rifiuti solidi o liquidi, fangosi o sottoforma di liquami, con esclusione di quelle fasi, concernenti i rifiuti liquidi (o assimilabili), attinenti allo scarico e riconducibili alla disciplina della Legge 319 del 1976, con l'unica eccezione dei fanghi e liquami tossici e nocivi, che sono, sotto ogni profilo, regolati dal D.P.R. n. 915 del 1982".

¹³ Legge n. 319 del 1976, art. 1. La seguente legge ha per oggetto:

- a) la disciplina degli scarichi di qualsiasi tipo, pubblici e privati, diretti ed indiretti, in tutte le acque superficiali e sotterranee, interne e marine, sia pubbliche che private, nonché in fognature, sul suolo e nel sottosuolo;
- b) la formulazione di criteri generali per l'utilizzazione e lo scarico delle acque in materia di insediamenti;
- c) l'organizzazione dei pubblici servizi di acquedotto, fognature e depurazione;
- d) la redazione di un piano generale di risanamento delle acque, sulla base di piani regionali;
- e) il rilevamento sistematico delle caratteristiche qualitative e quantitative dei corpi idrici.

¹⁴ Sul tema la Corte Costituzionale, con sentenza 8 – 20 maggio 1998 n. 173, dichiarava incostituzionale l'art. 2 Legge Regione Friuli Venezia Giulia n. 22 del 1996, affermando la necessità di una specifica autorizzazione ai sensi del D.Lgs. 22/97 per lo svolgimento dell'attività di gestione di impianti di depurazione, per conto di terzi, di rifiuti liquidi.

Una importante sentenza della Suprema Corte¹⁵, inoltre, precisava che se il titolare di un insediamento produttivo, successivamente allo stoccaggio del refluo, lo avesse consegnato quale "rifiuto" ad un terzo (ad es. ad un'impresa di autospurgo) al fine di "smaltirlo" direttamente o indirettamente con apposito accordo contrattuale, non poteva parlarsi di "scarico indiretto" soggetto ad autorizzazione della Legge Merli, piuttosto di "conferimento" di rifiuti speciali allo stato liquido a terzi che si obbligano, previa autorizzazione espressa, a compiere determinati atti o fasi del loro smaltimento, con conseguente applicazione della normativa in tema di rifiuti. Ciò anche se il conferente era in grado di sapere sul piano documentale (considerato il contratto con il terzo, il registro di carico e scarico, il formulario di identificazione, ex art. 18 del decreto n. 915 del 1982, ecc.) quali sarebbero state le modalità di tale smaltimento (ad es. impianto di depurazione; trattamento e sconfinamento finale in discarica; riutilizzo dell'effluente, ecc.).

Quindi, per la Corte sono riconducibili alla nozione di *scarico indiretto* (e quindi soggette alla disciplina autorizzatoria della Legge Merli) le situazioni che riguardano: effluenti sottoposti a stoccaggio e/o trattamento, e successivamente (per cui indirettamente) immessi dallo stesso produttore, titolare di un insediamento, nel corpo ricettore; scarichi che raggiungono l'ambiente tramite fognatura pubblica; scarichi che giungono al corpo ricettore a mezzo condutture, canalette, fossi di scolo e simili; reflui trasportati e scaricati da un dipendente o da un terzo (anche impresa di autospurgo) in un determinato corpo ricettore prescelto dal titolare dell'insediamento¹⁶.

Al contrario, non potrebbe essere considerato scarico indiretto un conferimento di rifiuto a terzi nel caso in cui il titolare dell'insediamento, successivamente all'eventuale

¹⁵ Cassazione, sez. III, sentenza 7 maggio 1996, n. 2078, Mass. Uff. Cass. Pen. 206811, precisava che *ai fini del controllo pubblico della movimentazione e rilascio finale di tale "effluente" (che è stato inserito nel flusso e dunque nel regime giuridico dei rifiuti), il produttore di esso, non provvedendo direttamente né indirettamente alla sua immissione nei corpi ricettori, non è sottoposto all'autorizzazione, secondo la Legge n. 319 del 1976 ed è altresì esonerato da quella prevista dal D.P.R. n. 915 del 1982 (in quanto il conferimento del suo effluente – da qualificare rifiuto – non rientra nelle fasi sottoposte ad autorizzazione, ex artt. 1 e 6 del decreto), purché egli accerti il possesso, da parte dello smaltitore, affidatario delle sue acque di rifiuto, dell'autorizzazione in base al citato D.P.R. n. 915 del 1982*, inoltre, la Suprema Corte specificava che *l'immissione di acque di rifiuto (nella specie residui di lavorazione di un caseificio) in pozzi a tenuta stagna, periodicamente svuotati da terzi autorizzati (le cd. ditte di autospurgo) – qualora non attinga direttamente alcuno dei corpi ricettori indicati nella lettera a) dell'art. 1 della Legge 10 maggio 1976, n. 319, e cioè "...le acque superficiali e sotterranee, interne e marine, sia pubbliche che private, nonché in fognatura, sul suolo e nel sottosuolo" perché i pozzi non lo consentano in alcun modo – non costituisce una condotta di scarico soggetta al regime autorizzatorio previsto dalla Legge Merli, ma una distinta operazione di stoccaggio di rifiuti, allo stato liquido, contemplata e disciplinata esclusivamente dal D.P.R. 10 settembre 1982, n. 915 come "fase" tipizzata della più ampia nozione di smaltimento, di cui all'art. 1 dello stesso decreto.*

¹⁶ F. Cervetti Spriano, C. Parodi, *La nuova tutela delle acque*, Giuffrè, Milano, 2001.

stoccaggio del refluo, lo consegna quale "rifiuto" ad un terzo perché costui provveda, con apposito accordo contrattuale, a smaltirlo¹⁷.

E' possibile, dunque, riconoscere come la situazione normativa e giurisprudenziale della disciplina delle acque e, soprattutto, degli scarichi fosse frammentaria e instabile. Circa dieci anni più tardi, su tale sedimentata situazione si inserì l'art. 8 del Decreto Legislativo n. 22 del 1997 (il cd. Decreto Ronchi). Il Decreto costituiva la normativa quadro in materia di inquinamento, ma l'art. 8¹⁸ conteneva una deroga parziale riguardante i rifiuti liquidi.

In realtà, tale previsione ha reso problematica l'individuazione di una netta demarcazione tra la disciplina sui rifiuti e quella sugli scarichi.

3. Il rapporto tra Decreto Ronchi e Decreto Acque: differenze tra scarico diretto e rifiuto liquido.

La Legge Merli, che aveva rappresentato sicuramente la prima organica disciplina in materia di tutela delle acque dall'inquinamento, fu sostituita nel 1999 dal Decreto Legislativo n. 152 (successivamente corretto ed integrato dal D. Lgs. n. 258 del 2000). In tal modo, il legislatore ha voluto coordinare e riordinare la normativa vigente in materia di tutela delle acque definendo una nuova disciplina generale con riferimento alle acque superficiali, marine e sotterranee, e soprattutto col fine di recepire alcune importanti direttive comunitarie¹⁹.

Ma, va osservato che in realtà la normativa quadro in materia di inquinamento era²⁰ il cd. Decreto Ronchi (D.Lgs 22/1997), che, a sua volta, prevedeva espresse deroghe e rinviava ben due settori ad altra normativa. Infatti, il settore dell'inquinamento idrico era disciplinato dal Decreto acque (D. Lgs. n. 152 del 1999), mentre quello dell'inquinamento aeriforme si rifaceva al D.P.R. n. 203 del 1988.

¹⁷ Unico obbligo di tale soggetto sarebbe l'accertamento preventivo circa l'autorizzazione della ditta di autospurgo e/o sullo smaltitore finale ex D.P.R. 915/82.

¹⁸ D.Lgs. n. 22 del 1997, art. 8 (esclusioni), comma I, lett. e): *le acque di scarico, esclusi i rifiuti allo stato liquido*.

¹⁹ Il D. Lgs. n. 152 del 1999 aveva recepito le direttive comunitarie n. 91/271/CEE del 21 maggio 1991, sul trattamento delle acque reflue urbane, e n. 91/676/CEE del 22 dicembre 1991, sulla protezione delle acque dall'inquinamento provocato da nitrati provenienti da fonti agricole. La delega al Governo per l'attuazione delle due direttive fu concessa con Legge 22 febbraio 1994, n. 146 (il termine della delega fu prorogato dalla Legge 24 aprile 1998, n. 128). Per il mancato recepimento di tali due direttive l'Italia era stata condannata dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea con sent. 12 dicembre 1996, causa C – 302 del 1995, e con sentenza 25 febbraio 1999, causa C – 195 del 1997.

²⁰ La disciplina sui rifiuti (D.Lgs. 22/97) è stata assorbita anch'essa dal nuovo Testo Unico Ambientale, seppur con qualche modifica.

A questo punto va fatta una precisazione: se nel secondo caso (quello del settore dell'inquinamento aeriforme) non vi erano possibilità di collegamento con il Decreto Ronchi, altrettanto non accadeva per il D.Lgs. 152/99 che disciplinava la materia della tutela delle acque dall'inquinamento.

Infatti, l'art. 8, comma, 1, lett. e) del Decreto Ronchi conteneva una deroga parziale riguardante i rifiuti liquidi che, se considerati acque reflue di scarico diretto, erano soggetti alla disciplina del Decreto acque, mentre in via generale soggiacevano al dettato del Decreto medesimo (n. 22/1997).

Ora, il confine tra acque di scarico e rifiuti liquidi ha costituito sempre un aspetto di estrema rilevanza in sede applicativa, tanto che per anni è stato oggetto di discussione e di scontri dottrinali; ma la Corte di Cassazione, sezione III penale, ha definito la questione con sentenza n. 2358/1999²¹. Tale sentenza ha segnato il confine tra Decreto Ronchi (sui rifiuti) e Decreto Acque (in relazione agli scarichi – rifiuti liquidi). Infatti, attraverso il disposto del suddetto articolo, il legislatore ha posto sullo stesso piano i due fenomeni: quello dinamico di scarico idrico definito dalla Legge Merli e quello statico di rifiuto, assumendo come unico criterio distintivo non la sostanza in quanto tale ma la diversa fase del processo di trattamento della stessa (riservando alla disciplina della tutela delle acque solo la fase dello scarico, cioè quella della immissione diretta nel corpo ricettore)²².

Inoltre, secondo l'art. 1, lett. b) Decreto Acque, con il termine scarico si intendeva *"qualsiasi immissione diretta tramite condotta di acque liquide, semiliquide e*

²¹ Corte di Cassazione, Sezione III penale, sentenza depositata il giorno 03 agosto 1999 n. 2358, Presidente Tonini: *"il D.Lgs n. 22/1997 sostituisce il concetto di scarico con quello di acque di scarico, laddove, all'art. 8 lett.e), esclude dal campo di applicazione della normativa sui rifiuti le 'acque di scarico', esclusi i rifiuti allo stato liquido. In tal modo, il legislatore ha opportunamente reso omogenei i due termini di confronto, nel senso che se prima si confrontava un fenomeno dinamico quale lo scarico idrico definito dall'art. 1 della L. 316/1976 (spesso, ma non sempre prodotto da un'attività umana) con un elemento statico quale il rifiuto, per se stesso considerato come oggetto, ora si confrontano due elementi omogenei, staticamente considerati come oggetti (acque di scarico e rifiuti). Prendendo atto della coincidenza parziale tra acque di scarico e rifiuti liquidi si deve assumere come unico criterio di discriminazione tra le due discipline, non già la differenza della sostanza, bensì la diversa fase del processo di trattamento della sostanza, riservando alla disciplina della tutela delle acque solo la fase dello 'scarico', cioè quella della immissione diretta nel corpo ricettore. Non sembra dubitabile la scomparsa di quello che la giurisprudenza qualificava come scarico indiretto, ovvero la sua trasformazione in rifiuto liquido. Più esattamente, dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 152/1999, se per scarico si intende il riversamento diretto nei corpi recettori, quando il collegamento fra fonte di riversamento e corpo ricettore è interrotto, viene meno lo scarico (indiretto) per far posto alla fase di smaltimento del rifiuto liquido".*

²² In realtà, già la Corte di Cassazione a Sezioni Unite e la Corte Costituzionale si erano pronunciate sul tema delicato del rapporto tra la normativa sui rifiuti e quella sugli scarichi. Infatti, la sentenza della Cassazione n. 2358 del 1999 in un punto riprende una precedente pronuncia della Cassazione SS.UU. del 1995, precisamente la Cass. Pen., sez. un., n. 12310 del 13 dicembre 1995, ud. 27 settembre 1995, Forina; nonché una sentenza della Corte Costituzionale del 20 maggio 1998, n. 173, in cui si precisava che *"il D.Lgs. n. 22/1997, pur abrogando esplicitamente il D.P.R. n.915/1982, ne mantiene tuttavia la stessa impostazione rispetto alla regolamentazione degli scarichi idrici, dato che, all'art. 8 lett. e), ricomprende espressamente nel proprio ambito disciplinare i rifiuti liquidi, distinguendoli dalle acque di scarico".*

comunque convogliabili nelle acque superficiali, sul suolo, nel sottosuolo e in rete fognaria, indipendentemente dalla loro natura inquinante, anche sottoposte a preventivo trattamento di depurazione. Sono esclusi i rilasci di acque previsti dall'art. 40'. Importante, dunque, era il mezzo di trasmissione che, nel caso di specie, era la condotta, quindi "ciò che conduce"²³.

In altre parole, dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 152/1999 se si verificavano interruzioni tra la fonte di riversamento ed il corpo ricettore non poteva parlarsi di scarico (proprio per il fatto che non vi era riversamento *diretto* nel ricettore), quindi la disciplina del Decreto Acque lasciava spazio a quella del D. Lgs. n. 22/97 poiché ricadeva nel campo dei rifiuti liquidi.

Ma, a questo punto va fatta una seconda osservazione. La giurisprudenza della normativa precedente faceva riferimento al concetto di scarico indiretto (legge Merli), concetto che nella successiva disciplina (Decreto acque) scompare completamente. In realtà, tale concetto non è del tutto scomparso, ma si è trasformato ed è evoluto in quello di rifiuto liquido²⁴ (previsto e disciplinato dal Decreto Ronchi sui rifiuti).

Ricapitolando, la nozione di scarico resterebbe limitata alle immissioni dirette. Dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. 152/99, per scarico doveva intendersi il riversamento diretto nei corpi recettori. Quando, invece, il collegamento tra fonte di riversamento e corpo recettore veniva interrotto, lo scarico (che precedentemente si qualificava indiretto) veniva meno lasciando il posto alla fase di smaltimento del rifiuto liquido, con conseguente applicazione del D.Lgs. 22/97 anziché delle disposizioni in tema di acque.

4. Il concetto di scarico nel nuovo T. U. Ambientale.

Come già detto in premessa, il 29 aprile 2006 è entrato in vigore il nuovo Codice Ambientale, o più precisamente il D.Lgs. n. 152 del 2006, che ha ridisegnato la normativa in campo ambientale.

Con riferimento alla disciplina sulla tutela delle acque, va subito evidenziato che l'art. 74, comma 1, lett. ff) del citato Decreto fornisce una definizione di scarico diversa

²³ Corte di Cassazione, Sezione III penale, sentenza n. 1774 del 16 febbraio 2000, Imp. Scaramazza: " *la normativa di cui al D.Lgs. n. 152/1999 non impone la presenza di una tubazione che recapita lo scarico in quanto è sufficiente una condotta, cioè qualsiasi sistema con il quale si consente il passaggio o il deflusso delle acque*".

²⁴ In conseguenza dell'entrata in vigore del D.Lgs. 152 del 1999 non risulta più in concreto configurabile l'ipotesi di scarico indiretto consistente nel trasporto di acque reflue mediante autobotte, o altri mezzi: l'assenza della condotta trasforma tali acque in rifiuti a tutti gli effetti, e dunque soggetti alla disciplina del D.Lgs. n. 22 del 1997. Quindi, tali acque perdono la qualificazione di scarico.

rispetto a quella che precedentemente vigeva ex art. 2, comma 1, lett. bb) del D.Lgs. n. 152 del 1999²⁵.

Infatti, confrontando le due definizioni è possibile da subito notare che due elementi sono venuti meno: un elemento gestionale, la cd. *convogliabilità diretta*; un elemento fisico, cioè lo stato del refluo²⁶.

Con riferimento al secondo elemento, non sembra determinante la eliminazione del requisito di *liquide, semiliquide e comunque convogliabili* delle acque reflue poiché tale distinzione era servita in passato soltanto per distinguere le cose solide da quelle liquide. Infatti, altro non era che un compromesso lessicale di dottrine e giurisprudenze passate che oggi è stato superato poiché dalla definizione *acque reflue* implicitamente può dedursi il requisito della liquidità²⁷.

Dunque, la fattispecie astratta di cui all'art. 74, comma 1, lett. ff), del T.U.Ambientale prevede l'invio di un corpo liquido (acque reflue) al recettore, che invece non resta sottinteso nella definizione di scarico (*acque superficiali, suolo, sottosuolo, rete fognaria*²⁸). Ma, la norma oltre che essere esplicita ci sembra anche tassativa. Così, se per ipotesi delle acque reflue fossero immesse in acque sotterranee²⁹ (recettore naturale) o in infrastrutture diverse dalla rete fognaria (recettore artificiale), o, ancora, in qualsiasi altro manufatto imputabile alla costruzione dell'uomo (ad es. vasche o camion) ci troveremmo di fronte ad un corpo non recettore tecnicamente e giuridicamente inteso. Per cui, non configurandosi la fattispecie di scarico non potrebbe neanche applicarsi la disciplina per esso prevista ex D.Lgs. 152/2006 parte III relativa alla tutela delle acque,

²⁵ D.Lgs. 152/2006, art.74, comma1, lett. ff) definisce scarico *qualsiasi immissione di acque reflue in acque superficiali, sul suolo, nel sottosuolo o in rete fognaria, indipendentemente dalla loro natura inquinante, anche sottoposte a preventivo trattamento di depurazione*; il D.Lgs. 152/1999, art 2, comma 1, lett. bb), invece, definiva scarico *qualsiasi immissione diretta tramite condotta di acque reflue liquide, semiliquide e comunque convogliabili nelle acque superficiali, sul suolo e nel sottosuolo e in rete fognaria, indipendentemente dalla loro natura inquinante, anche sottoposte a preventivo trattamento di depurazione*.

²⁶ P. Ficco, M. Santoloci, *Confine tra acque di scarico e rifiuti allo stato liquido: il D.Lgs 152/2006 conferma la distinzione con qualche incertezza in più – nessun ritorno allo scarico indiretto*, in Diritto all'ambiente, testata giornalistica on line, www.dirittoambiente.com, pag. 2.

²⁷ Particolare stato di aggregazione della materia caratterizzato dal volume del corpo medesimo, che risulta ben determinato e pressoché invariabile qualunque sia la pressione cui esso è sottoposto, ma senza forma propria, per cui tale corpo assume la forma del contenitore che lo contiene. "Il Vocabolario Treccani", UTET, vol. III, pag.112.

²⁸ I corpi recettori indicati dalla norma sono soltanto quattro, di cui tre di origine naturale (acque superficiali, suolo, sottosuolo) ed uno di origine artificiale (la rete fognaria).

²⁹ D.Lgs. 152/2006, art. 74, comma 2, lett. a) "*acque superficiali: le acque interne ad eccezione di quelle sotterranee, le acque di transizione e le acque costiere, tranne per quanto riguarda lo stato chimico, in relazione al quale sono inclusa anche le acque territoriali*".

piuttosto quella relativa alla gestione dei rifiuti (sempre contenuta nel T.U. Ambientale, ma nella parte IV)³⁰.

Dunque, non tanto lo stato del corpo da immettere (liquido) quanto il corpo recettore resta elemento fondamentale per distinguere gli scarichi dai rifiuti liquidi.

Inoltre, come già anticipato, nella previgente definizione di scarico l'immissione nel corpo recettore era diretta tramite condotta. Vi era, quindi, una ulteriore specificazione che era stata usata dalla dottrina e dalla giurisprudenza per distinguere tra scarichi indiretti e scarichi diretti, e quindi per passare dalla disciplina dei rifiuti a quella della tutela delle acque senza troppi errori. Nell'attuale previsione normativa tale specificazione è stata eliminata (si legge, infatti, *qualsiasi immissione di acque reflue in ...*, e non più *qualsiasi immissione diretta tramite condotta di acque reflue...*). Ciò ha comportato, per alcuni, di ritenere che si fosse tornati al concetto di scarico indiretto, superato invece con l'abrogazione della Legge Merli.

Ora, la norma così riformulata ha dato vita ad alcuni orientamenti. Da un lato, quello appena citato di chi ritorna indietro alla nozione di scarico indiretto (con la conseguente applicazione della normativa sulla tutela delle acque); dall'altro, si ritiene che sostanzialmente non vi sia alcuna differenza con la previsione del Decreto Acque del 1999. Anzi, l'eliminazione dell'inciso *diretta tramite condotta* sarebbe stata una necessità lessicale e sostanziale poiché la sua apposizione era stata inutile e fuorviante, causa soprattutto di numerose sentenze della Suprema Corte atte a chiarire gli innumerevoli equivoci interpretativi nati intorno a tale concetto. Secondo i sostenitori di questa tesi, l'omogeneità tra vecchia e nuova disciplina è data dai corpi recettori, che restano esattamente gli stessi (*acque superficiali, suolo, sottosuolo e rete fognaria*). Allora, dovrebbe essere logico pensare che un reflu, domestico o produttivo che sia, per definirsi scarico debba raggiungere il recettore attraverso un qualsivoglia sistema di convogliamento. Ma, se il reflu è condotto attraverso un sistema che non è convogliante (ad es. un camion) o da un soggetto che non è il produttore del reflu medesimo, allora non si parlerà più di scarico ma di rifiuto liquido, con le obbligatorie conseguenze normative.

Altro orientamento, invece, mette in evidenza la contrapposizione tra concetto statico di *acque di scarico*, cui faceva riferimento l'art. 8 del D. Lgs. 22/97³¹, e concetto

³⁰ P. Ficco, M. Santoloci, Cfr., pag.4.

³¹ D. Lgs. 152/1999, art. 8, comma 1, lett. e) *le acque di scarico, esclusi i rifiuti allo stato liquido*.

dinamico di *scarico idrico*, che è contenuto nel nuovo T.U. ambientale³². Il passaggio ad una configurazione dinamica del concetto di scarico farebbe ritenere che il legislatore abbia voluto distinguere su tale elemento la normativa di riferimento. Più semplicemente, l'art. 185 del T.U. Ambientale, intitolato "limiti al campo di applicazione", altro non è che il vecchio art. 8 del Decreto Ronchi che conteneva la deroga alla disciplina sui rifiuti per il rinvio al Decreto Acque. Ora, il suddetto art. 185 esclude gli scarichi idrici dal campo di applicazione della parte IV del D. Lgs. 152/2006, per cui se tale scarico costituisce il nuovo concetto dinamico, allora si ricaverebbe, a contrario, che tutto ciò che ricade nella fase statica è soggetto alla disciplina sui rifiuti³³.

5. Conclusioni.

Il nuovo Testo Unico ha sollevato non pochi problemi in dottrina, forse perché si è voluto far ordine in una materia così vasta ma frammentata come quella ambientale.

Certo è che negli anni le pronunce giurisprudenziali hanno posto paletti interpretativi su argomenti specifici e delicati, come ad esempio proprio quello degli scarichi. Per cui, la nuova formulazione degli articoli che definiscono il concetto di scarico non può essere completamente distaccata e scevra dei risultati ottenuti fin oggi.

Dunque, la prevalente dottrina ritiene che sia errato individuare, come hanno fatto alcuni, il vecchio concetto di scarico indiretto nella nuova disciplina del Testo Unico Ambientale poiché il confine tra acque di scarico (oggi *scarichi idrici*) e rifiuti allo stato liquido rappresenta uno dei punti nodali del percorso interpretativo della Suprema Corte.

In realtà, bisogna far riferimento anche a tutte le altre norme che disciplinano tale settore per capire che non vi sono grandi differenze col recente passato. Per cui, il ragionamento del legislatore non sembra più così semplicistico, ma si comprende la volontà di *normativizzare* proprio quelle decisioni che hanno dato una svolta su tale argomento.

³² D. Lgs. 152/2006, art. 185, comma 1, lett. b) *gli scarichi idrici, esclusi i rifiuti liquidi costituiti da acque reflue*; D. Lgs. 152/2006, comma 1, lett. aa) *scarichi idrici: qualsiasi immissione di acque reflue in acque superficiali, sul suolo, nel sottosuolo e in rete fognaria, indipendentemente dalla loro natura inquinante, anche sottoposte a preventivo trattamento di depurazione.*

³³ G. Amendola, *Scarichi idrici e rifiuti liquidi nel nuovo Testo Unico Ambientale*, in *Diritto all'ambiente*, testata giornalistica on line, www.dirittoambiente.com, pag. 2

Dunque, soffermandoci sul fatto che l'indicazione dei corpi recettori è la stessa della previgente normativa, si può desumere che l'aver eliminato dal nuovo concetto di scarico gli elementi della convogliabilità diretta e dello stato del refluo non è altro che la volontà di porre l'attenzione, al fine della distinzione tra scarico e rifiuto, sulla natura dell'attività in concreto esercitata e non sulla composizione della sostanza liquida o su altri elementi secondari.

BIBLIOGRAFIA

- G. Amendola, *Scarichi idrici e rifiuti liquidi nel nuovo Testo Unico Ambientale*, in *Diritto all'ambiente*, testata giornalistica on line, www.dirittoambiente.com.
- B. Caravita, *Diritto dell'ambiente*, il Mulino editore, Bologna, 2001.
- F. Cervetti Spriano, C. Parodi, *La nuova tutela delle acque*, Giuffrè, Milano, 2001.
- M. Colucci ed A.A.V.V., *Piani e provvedimenti nel passaggio dall'amministrazione a al governo delle acque*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1974.
- P. Ficco, M. Santoloci, *Confine tra acque di scarico e rifiuti allo stato liquido: il D.Lgs 152/2006 conferma la distinzione con qualche incertezza in più – nessun ritorno allo scarico indiretto*, in *Diritto all'ambiente*, testata giornalistica on line, www.dirittoambiente.com.
- R. Lawansky, *Il controllo degli inquinamenti delle acque: l'attuazione di una politica pubblica*, Milano
- U. Pototschnig, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina pubblica delle acque*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1969

GIURISPRUDENZA

SEGNALAZIONI GIURISPRUDENZIALI ¹

CORTE COSTITUZIONALE, 28 marzo 2006, n. 129

Inquinamento elettromagnetico E' costituzionalmente illegittimo l'art. 27 comma 1, lettera e), numero 4, e l'art. 33 della L. R. Lombardia n. 12/2005 che sottopongono l'installazione di torri e tralicci per impianti di radio-trasmittenti e di ripetitori per i servizi di telecomunicazione ad un iter autorizzatorio comunale (rilascio del permesso di costruire) ulteriore rispetto a quello già previsto dall'art. 87 del d.lgs. n. 259 del 2003. L'art. 87 del d.lgs. n. 259 del 2003 costituisce attuazione della delega legislativa contenuta nell'art. 41, comma 2, lettera a), della legge n. 166 del 2002, che in materia di telecomunicazioni prescrive, al numero 3, la «previsione di procedure tempestive, non discriminatorie e trasparenti per la concessione del diritto di installazione di infrastrutture», e al numero 4 la «riduzione dei termini per la conclusione dei procedimenti amministrativi, nonché regolazione uniforme dei medesimi procedimenti anche con riguardo a quelli relativi al rilascio di autorizzazioni per la installazione delle infrastrutture di reti mobili». Con tali norme il legislatore nazionale ha posto la tempestività delle procedure e la riduzione dei termini per l'autorizzazione all'installazione delle infrastrutture di cui sopra come principi fondamentali operanti nella materia «governo del territorio», di competenza legislativa concorrente. La confluenza in un unico procedimento dell'iter finalizzato all'ottenimento dell'autorizzazione a costruire tali impianti risponde pertanto ai principi generali sopra richiamati perché, come ha osservato il Consiglio di Stato (sezione VI, sentenza n. 4159 del 2005), le «esigenze di tempestività e contenimento dei termini resterebbero vanificate se il nuovo procedimento venisse ad abbinarsi e non a sostituirsi a quello previsto in materia edilizia». Bisogna aggiungere che l'unificazione dei procedimenti non priva l'ente locale del suo potere di verificare la compatibilità urbanistica dell'impianto per cui si chiede l'autorizzazione. Il citato art. 87 del d.lgs. n. 259 del 2003 prevede infatti che tali installazioni vengano autorizzate dagli enti locali, previo accertamento, da parte dell'organismo competente ad effettuare i controlli, della compatibilità del progetto con i limiti di esposizione, i valori di attenzione e gli obiettivi di qualità. Questi ultimi sono specificati dall'art. 3, comma 1, lettera d), numeri 1 e 2, della legge 22 febbraio 2001, n. 36 (Legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici). Nella suddetta disposizione sono compresi «i criteri di localizzazione» e «gli standard urbanistici». La tutela del territorio e la programmazione urbanistica sono salvaguardate dalle norme statali in vigore ed affidate proprio agli enti locali competenti, i quali, al pari delle Regioni (sentenza n. 336 del 2005), non vengono perciò spogliati delle loro attribuzioni in materia, ma sono semplicemente tenuti ad esercitarle all'interno dell'unico procedimento previsto dalla normativa nazionale, anziché porre in essere un distinto procedimento.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI, 11/04/2006, n. 2001

Tramontata l'equazione discrezionalità tecnica – merito insindacabile a partire dalla sentenza n. 601/99 della IV Sezione del Consiglio di Stato, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. può oggi svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo.

La legislazione vigente in materia di risorse idriche, pur se non può essere letta in una chiave rigida di intangibilità radicale ed astratta delle acque avulsa da qualsiasi prospettiva di comparazione con interessi pubblici e con diritti anch'essi di dimensione costituzionale, impone un'adeguata valutazione in concreto della rilevanza e della necessità del sacrificio di una risorsa primaria ex se considerata in relazione alla coerenza degli interessi, pubblici e privati, antagonisti. La comparazione degli interessi in gioco al fine di verificare il rapporto costo/benefici dell'attività da autorizzare, deve essere ancora più attenta ove sia accertata l'impossibilità di soluzioni alternative a quella proposta, capaci di consentire il soddisfacimento dell'interesse privato - nella specie, coltivazione di una miniera, con ricadute sul piano occupazionale - e la preservazione delle fonti idriche. (La Presidenza del Consiglio dei Ministri aveva ritenuto comparabile la qualità delle acque sotterranee che sarebbero state sacrificate per la coltivazione di una miniera, con quella delle acque superficiali che sarebbero state fornite da un acquedotto alternativo, le quali ultime presentavano nichel in misura superiore al limite massimo consentito).

Il complesso dei principi espressi dal legislatore in materia di acque destinate al consumo umano (Carta europea dell'acqua, direttive comunitarie n. 98/83 e n. 60/2000, d.lgs. 31/2001, da coordinare con il precedente d.lgs. 152/99), in vista della consapevolezza della limitata disponibilità della risorsa, nonché dell'aumento dei fabbisogni residenziali, agricoli e produttivi, comporta che in sede amministrativa deve tenersi conto di un giudizio di prevalenza, già effettuato dal legislatore, tra l'uso dell'acqua per il consumo umano e ogni altro uso (tra cui rientra anche l'impossibilità di utilizzo delle acque). E' vero che ciò non deve essere inteso in una chiave

¹ consultabili, in versione integrale, on line nella relativa sezione del sito della rivista

rigida di intangibilità radicale ed astratta delle acque avulsa da qualsiasi prospettiva di comparazione con interessi pubblici e con diritti anch'essi di dimensione costituzionale; ma è anche vero che tale comparazione deve avvenire sulla base di una attenta analisi di tutti i costi e i benefici di un'attività che presuppone il sacrificio della risorsa idrica.

CASSAZIONE PENALE, sez. III, 8 marzo 2006, n. 8192

Non rientra tra i poteri dell'autorità giudiziaria ordinaria sindacare nel merito le valutazioni della pubblica amministrazione competente per l'individuazione delle zone soggette a vincolo paesaggistico al di fuori delle ipotesi normative stabilite.

In materia di interventi edilizi rientra tra i compiti del giudice non solo quello di accertare la regolarità formale dell'attività edilizia, per la presenza del corrispondente permesso di costruire, ma altresì sostanziale, mediante il riferimento ai parametri di legalità urbanistica ed edilizia, presuppone che il controllo di legalità venga effettuato alla luce della puntuale indicazione degli elementi normativi o degli strumenti urbanistici e dei regolamenti edilizi, con i quali l'attività di trasformazione del territorio, malgrado l'autorizzazione ottenuta dall'indagato, risulti in contrasto

CONSIGLIO DI STATO Sez. VI, 31/01/2006 (CC 25/10/2005), Sentenza n. 330

La legge 36\2002 attribuisce ai Comuni un generale potere di regolamentazione e individuazione delle zone ove ubicare impianti generatori di campi elettromagnetici, tra cui rientrano i ripetitori di telefonia mobile.

Le disposizioni dell'art.13 del P.T.P. dei comuni vesuviani, che prevede l'assoluto divieto di interventi che comportino l'incremento dei volumi esistenti, sono compatibili con le previsioni dell'art.21 dello stesso P.T.P., che consentono "in tutte le zone del presente piano, anche in deroga alle norme e prescrizioni delle singole zone di cui alla presente normativa", tra l'altro, la realizzazione di "impianti telefonici" (comma 1), ammettendo le "volumetrie strettamente indispensabili alla realizzazione e funzionalità dei predetti impianti" (comma 2).

L'atto con cui è negato il nulla osta paesistico per la realizzazione di un impianto di telefonia UMTS, sul lastrico solare di un edificio, deve essere motivata tecnicamente, sotto il profilo urbanistico-edilizio, circa la non precarietà delle opere finalizzate ad "impianti telefonici" e il conseguente impatto estetico ambientale. Inoltre, deve essere puntualmente dimostrata e non generica, l'affermazione che la documentazione a corredo della domanda sia incompleta.

T.A.R. CATANIA, Sez. II - 13 marzo 2006, n. 400

In materia di inquinamento elettromagnetico, l'esercizio del potere d'ordinanza contingibile e urgente per la sospensione dei lavori di realizzazione di una stazione radio base deve essere giustificato da una situazione di pericolo non altrimenti fronteggiabile, in base ad una valutazione probabilistica caratterizzata da un certo grado di consistenza e fondata su cognizioni tecnico-scientifiche attendibili, dall'eccezionalità e dall'imprevedibilità di cui agli artt. 50 e 54 D.lgs n. 267/2000. Ne consegue l'illegittimità di un'ordinanza emanata sul presupposto di proteste e manifestazioni di cittadini, che non sia preceduta da un'istruttoria volta a verificare se la presenza di più fonti di emissione elettromagnetica rappresenti un concreto pericolo a causa del cumulo di effetti dannosi.

NEWS

Relationship between municipal and international law

di Alfredo Terrasi

Region competence to implement international agreements and EU regulations – Constitutional legitimacy of Emilia Romagna Statute – Consistency of Article 13 paragraph 1 a) and Article 49 paragraph 2 with Article 117 of the Italian Constitution

Corte Costituzionale 6 December 2004, No. 379

Presidente del Consiglio dei Ministri v. Regione Emilia Romagna

Following the approval of Constitutional Law No. 3 of 2001, Italian Regions have commenced the undertaking to draft and enact their own constitutional laws (the so called "Statutes"). The new Title V of the Italian Constitution and, in particular, Article 123, provides that the Statutes are not, as they were in the past, laws of the [national] Parliament but fall within the legislative power of the Regions. However, Article 123 maintains a mechanism by which the Executive Branch of the national government may still claim possible violations of the Constitution by the Statutes. In fact, pursuant to the new rules, the Prime Minister has the power to petition the *Corte Costituzionale*, within thirty days of the publishing of the Statute in the *Gazzetta Ufficiale*, to allege any violation of the Constitution by the Statute (See M. Cecchetti e S. Pajno *L'autonomia statutaria delle regioni* in G. Corso e V. Lo Pilato (eds.) *Diritto amministrativo e riforme costituzionali*, Milano, 2006). Exercising this power, the Italian Executive Branch has already challenged several Statutes, including the Emilia Romagna Statute, approved with two subsequent deliberations, on July 1st, 2004 and on September 14th, 2004.

The *Corte Costituzionale*, while addressing the issue of the alleged inconsistencies between the Statute of Emilia Romagna and the Italian Constitution, has attempted to define the boundaries of Regional statutory autonomy and jurisdiction. In addition and with the same decision No. 379 of 2004, the Court, by rejecting the petition of the Italian Government has also taken position on the powers of the Regions to implement, in the subjects that fall within their jurisdiction, international treaties entered into by the central Government, as well as EU legislation.

It has to be noted that the new draft of Article 117 of the Constitution has deeply amended the matter of Regional powers also with respect to international and EU obligations. We will focus our analysis on the Regional power to implement international treaties and the EU legislation, while a discussion on the general obligations of the of State and Regional legislatures to comply with the constraints arising from EU laws and

international provisions, as set forth under Article 117, paragraph 1, exceeds the scope of the present essay (See E. Cannizzaro, *La riforma federalista della Costituzione e gli obblighi internazionali* in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, p. 921 ff.). Article 117 paragraph 5 of the Constitution expressly provides that the Regions and the autonomous Provinces of Trento and Bolzano are “*responsible for the implementation and execution of international treaties and EU actions, in compliance with the rules, set out in the State law, concerning the exercise of subsidiary powers by the State in case of failure to perform by the Regions and the autonomous Provinces*”.

In this case, among the several challenges raised by the State Attorney General against the Statute of Emilia Romagna, some were addressed against Article 13 paragraph 1 a) of the Statute, which concerns the implementation by the Region of international treaties, and Article 49 paragraph 2, of the Statute, which concerns the implementation or execution of EU regulations. Article 13, paragraph 1 above, provides that the Region, in the framework of its own jurisdiction, “*implements and executes international treaties stipulated by the State, in the compliance of the procedural rules set forth by the law*”.

The Government alleged two different grounds of unconstitutionality of Article 13 paragraph 1 of the Emilia Romagna Statute: first, it argued that the reference to treaties “stipulated” by the State would imply, for the Region, the power to give implementation also to those treaties, for which Article 80 of the Constitution requires the ratification, even before the adoption of the necessary legislative act of the Parliament. In other words, according to the argument of the Italian Government, the fact that Article 13 of Emilia Romagna Statute allows the region to execute international treaties “stipulated” by the State would entail, *de facto*, a breach of Article 117 paragraph 2 a) of the Constitution – which provides the exclusive legislative power of the State in the field of foreign policy and international relations. In fact, the Region could implement an agreement which has been only stipulated, neglecting the right of the Parliament to grant or deny, with the Law of ratification, the consent to the undertaking of that agreement.

With its second argument, which appears to be very formalistic, the Government complains that Article 13, paragraph. 1 a) of Emilia Romagna Statute fails to mention and make express reference to the state procedural rules in compliance with which the Region is allowed to implement the international treaties entered into by the State.

The first of the two above complaints is, probably, related to the discordance between the Statute provision and Article 6 of Law No. 131, adopted on June 5th 2003

(so called "*La Loggia Law*"), containing "*Provisions for conforming the Republic's legal system to Constitutional Law No. 3 of 18 October 2001*". In fact, according to *La Loggia Law*, Regions can give implementation only to the international treaties which have been "ratified", whilst Article 13 of Emilia Romagna Statute refers to the "stipulated" treaties. The *Corte Costituzionale*, while not addressing *La Loggia Law*, just verified the consistency of the Regional provision with Article 117 paragraph 2 a) of the Constitution and pointed out that the contested provision can be easily interpreted in accordance with the constitutional system. In fact, the Court held that "*the reference to the implementation of international agreements, stipulated by the State but not yet ratified, could not certainly result in a Regional implementation before the ratification, if the latter is required by Article 80 of the Constitution, even because, in this case, the international agreement is certainly lacking effectiveness for the Italian legal system*". Consequently, the wording of Article 13, referring to the agreements stipulated but not ratified, cannot imply the possibility for the Regions to give execution – by means of the adoption of a legislative measure – to agreements that, from the point of view of international law, are not yet binding for the Italian republic (See P. Bilancia, *Il cammino internazionale delle regioni: un altro banco di prova del federalismo italiano* in G. Cataldi e A. Papa (eds.) *Formazione del diritto comunitario ed internazionale e sua applicazione interna*, Napoli, 2005, p. 161).

Therefore, the quotation of stipulated agreements has to be interpreted in the sense that, even if the Executive enters into a treaty in simplified form – without the need of adopting the procedure provided in Article 80 of the Constitution. – Regions are allowed to give implementation and enforcement to this treaty if it refers to a matter falling within the Regional powers. Indeed, the *Corte Costituzionale* held that "*a draft such as the one provided under Article 13 paragraph 1 a) of the Statute may refer also to the enforcement of international agreements stipulated in simplified form and falling within the Regional powers, concurring with the State powers provided by Article 120 paragraph 2 of the Constitution*". On the other hand, limiting the power of Regions to give enforcement to international agreements only to those which fall within the field of application of Article 80 of the Constitution, would not be consistent with the constitutional legal system. Moreover the wording of Article 117 paragraph 5 does not allow such a limitation. One should then wonder if Article 6 of *La Loggia Law* breaches the Constitution, whereas it limits the power of Regions to implement agreements

entered into by the State only to those cases in which the ratification procedure is required.

The complaint concerning the missing explicit reference in Article 13 of Emilia Romagna Statute, to the procedural rules of the State which shall govern the implementation and the enforcement of agreements entered into by the State, has been resolved by the Court as a too much formalistic challenge. The Court found that it is, indeed, logical, in the framework of the constitutional system, that the rules of procedure, provided by both Article 117 paragraph 5 of the Constitution and Article 13 of Emilia Romagna Statute, have to be adopted by the Italian Parliament. These rules are supposed to regulate the exercise of subsidiary powers by the State in the case of non-performance by the Regions and autonomous provinces. The issue raised by the Italian Government has been settled by the *Corte Costituzionale* with a few lines: "*the stated compliance of the rules of procedure provided by the law has to be interpreted, both literally and on the basis of the constitutional legal system, as referred to the rules of procedure set forth by State law*".

As a result, the Court rejected the complaints made by the Presidency of the Council of Ministers about the provision of Article 13 paragraph 1 of the Emilia Romagna Statute, by holding that the interpretation of the said provision is consistent with the constitutional legal system. Nevertheless, the Court missed the opportunity to clarify the exact meaning to be attributed to the terms implementation and execution of international agreements. Common interpretation and practice do not allow to establish whether the term execution, if used together with implementation, has to be interpreted as referring to the power of Regions to issue the *ordine di esecuzione* (implementation order) of the treaties stipulated by the State but involving matters falling within Regional powers (*Contra* see B. Conforti, *Diritto Internazionale*, Napoli, 2002, p. 344). In our opinion, this interpretation would not be in conflict with the Constitutional system, as long as, even when a law of ratification is needed, the inclusion of ratification and implementation order in the same legislative measure is directed to save time in parliamentary activity. In fact the two measures can be kept quite distinct, on both logical and substantial grounds (See G. Cataldi, *In tema di rapporti tra autorizzazione alla ratifica e ordine di esecuzione del trattato* in *Rivista di diritto internazionale*, 1985, p. 520 ff.).

The second provision challenged by the Government, that is Article 49 of Emilia Romagna Statute, define the boundaries between the legislative powers and the

executive powers of the Region. In particular, paragraph 2 provides that the *Giunta regionale* (the Regional executive branch) has the power to implement EU regulations within the limits established by the Regional law. The Government argued that this provision would breach Article 117 paragraph 5 of the Constitution, to the extent that it fails to make reference to the procedural rules enacted with State law to be complied with. However the *Corte Costituzionale* has rejected also this claim by holding that “Article 49 of the Statute defines the boundaries between Regional legislative and executive powers, on the assumption that within such boundaries are defined solely with reference to the subjects falling within Regional powers”. In other words, the challenged provision, contrary to the allegations of the Government, does not acknowledge a Regional power to execute EU regulations beyond the limits settled by Article 117 paragraph 5. On the contrary, the provision is aimed at requiring the *Giunta regionale*, when implementing EU acts, to comply with the provisions set forth by a Regional law: however such a rule may operate solely within the context of the matters falling within the powers of the Region.

Verso una eccellenza sostenibile

Riflessioni programmatiche per il rettorato 2006-2010

di Guido Trombetti

IL FUTURO CHE CI ATTENDE

Nel 1988 i rettori delle Università europee firmarono a Bologna una Magna Charta delle Università, il cui primo punto recitava: *"l'avvenire dell'umanità, al concludersi di questo millennio, dipende in larga misura dallo sviluppo culturale, scientifico e tecnico che si svolge in quei centri di cultura, di sapere, di ricerca che sono divenuti vere università"*. È ribadito in modo energico un principio su cui tutti, almeno a parole, convergono: l'Università è al centro dello sviluppo culturale, sociale ed economico della società moderna. La seconda parte dell'affermazione evidenzia però che non tutti i *"centri di cultura, di sapere e di ricerca"* possono essere considerati *"vere università"*. La domanda che oggi molti si pongono è proprio: **che cos'è una VERA Università?**

- L'Università italiana è da molto tempo sottofinanziata. Con sempre maggiore insistenza viene chiesto agli atenei di impegnarsi per trovare sul mercato le risorse di cui hanno bisogno. Quale rapporto deve esistere in una VERA Università tra la formazione e la ricerca, intese come bene pubblico, e la formazione e la ricerca, intese come servizi da vendere? La mia opinione è semplice. L'Università produce beni pubblici; quindi è essa stessa un bene pubblico e tale deve restare. Ciò non significa sottovalutare l'importanza dei rapporti con il mondo esterno. Tutt'altro. Proprio perché è un bene pubblico l'Università deve perseguire l'interesse pubblico. E quindi tenere sempre ben presenti le esigenze del mondo del lavoro, del mondo produttivo e più in generale della società. Il punto è porre tali rapporti su piani paritetici. Lo sviluppo sarebbe a forte rischio se subordinato a logiche di mercato. Si avrebbe come risultato il declino di aree di grande rilevanza culturale, comunemente dette della ricerca di base, i cui risultati sono in generale poco appetiti dal mercato. Ed il cui declino anticiperebbe quello di tutta la

ricerca e quindi dell'intero Paese. Alcune aree già oggi soffrono ristrettezze insopportabili. Sia chiaro, non penso che possano esistere zone franche in cui chiedere senza mai essere valutati. Questo è un lusso che non si può più consentire a nessuno.

- L'autonomia dunque non può comportare l'abbandono da parte dello Stato. Se l'Italia intende competere con i paesi più avanzati, occorre che le Università italiane siano messe in grado di competere con quelle di tali paesi. A tal fine è necessario che il governo, come richiesto dalla CRUI, elabori un piano pluriennale di crescita dei finanziamenti agli Atenei (almeno il 10% all'anno di incremento del FFO per 5 anni). La gestione di finanziamenti pubblici va sottoposta a severi controlli attraverso la valutazione. Ciò per garantire che le risorse siano effettivamente utilizzate per realizzare i cambiamenti necessari. **In sintesi, mai più risorse senza cambiamenti, mai più cambiamenti senza risorse.**

- La riforma dell'ordinamento didattico è intervenuta sull'unità del percorso formativo. Se ai corsi di primo e secondo livello aggiungiamo i dottorati, le scuole di specializzazione, i master universitari, i corsi di perfezionamento, si comprende come sia diventata fortemente articolata l'offerta formativa. E come stia crescendo l'impegno nella formazione permanente. Anche qui va fatta chiarezza. Da molte parti si indica come un difetto dell'Università italiana una eccessiva distanza tra i contenuti dei corsi e le concrete esigenze del mondo del lavoro. A mio avviso molto si sta facendo in questa direzione; molto resta da fare. Alla Federico II ogni anno circa 900 studenti fanno un'esperienza di stage o tirocinio presso un'impresa o un ente pubblico. Deve essere però chiara una cosa. Non dobbiamo preparare tecnici iperspecializzati privi di strumenti culturali, bensì laureati formati in modo da saper rispondere alle esigenze di aggiornamento. **E poi, non dimentichiamolo mai, una VERA Università ha il fondamentale compito di formare le coscienze critiche del paese.**

- Lo spazio della ricerca da sempre è uno spazio internazionale. La crescita della mobilità degli studenti ha aperto anche uno spazio internazionale della formazione. E fornisce un'occasione straordinaria per integrare esperienze individuali e collettive, culture, religioni. L'internazionalizzazione è uno degli aspetti più qualificanti nel documento di programmazione triennale 2007-2009, ed entra in modo significativo nei sistemi di valutazione della ricerca e dell'offerta formativa. **Una VERA Università sarà**

sempre di più giudicata per la capacità di intensificare i flussi di ricercatori e studenti nello spazio internazionale.

- L'Università ha sempre costruito i propri sistemi di gestione con un orizzonte temporale di lungo o lunghissimo periodo. I corsi di laurea erano progettati per durare un tempo illimitato. I professori erano incardinati su una disciplina *"usque ad mortem"*. L'Università era concepita quasi fosse un universo praticamente immutabile. Nel giro di vent'anni tutto è cambiato. L'Università è diventata un cantiere perpetuo. Ciò obbliga a ripensare gli strumenti e i metodi di governo. **Una VERA Università dovrà saper combinare una visione di lungo periodo con una capacità di adattamento continuo. Dovrà saper coniugare efficienza e creatività.**

- L'Università invecchia progressivamente. Senza giovani non ha futuro. Ha la necessità di inserire al ritmo necessario giovani di talento. Contemporaneamente deve garantire stimoli di carriera ai tanti che lavorano con passione ed efficacia. Sia chiaro, non è serio promettere tutto a tutti. Non è nemmeno serio, però, chiedere che si lavori senza sapere se e quando ci sarà l'occasione per progredire. Una VERA Università non può tirare avanti sperando che qualcun'altro provveda. E nel frattempo distruggere risorse preziose di competenze e di motivazioni. **Una VERA Università deve poter programmare il proprio sviluppo.**

Questi, toccati con rapidi cenni, sono temi complessi per i quali non esistono risposte facili. Ogni Ateneo deve scegliere una propria linea di azione ricorrendo all'autonomia come metodo di governo dei processi. **Ciò che va disegnato è un modello di eccellenza sostenibile.**

Non dobbiamo farci spaventare dalle sfide. Né dalle difficoltà. La Federico II possiede una enorme risorsa, la sua complessità. 3 poli, 13 facoltà, 87 dipartimenti, 85 corsi di laurea, 78 corsi di laurea magistrale, 68 master, 26 scuole di dottorato, oltre 3.000 professori e ricercatori, circa 4.700 tecnici e amministrativi, 530 aule, oltre 100 biblioteche, centinaia di laboratori didattici e di ricerca. E ancora, straordinaria ricchezza, circa 100.000 studenti. La complessità dell'Ateneo è il punto di partenza di ogni riflessione e di ogni azione. Nella complessità si annidano i problemi. Nella stessa complessità sono presenti le soluzioni. In questi anni ho trovato sempre nell'Ateneo le

competenze per realizzare qualsiasi progetto. Partendo da una convinzione elementare: **una VERA Università deve porre al centro di ogni programmazione due soggetti, lo studente col suo processo di apprendimento e il ricercatore con la sua creatività.**

LA QUALITÀ DELL'APPRENDIMENTO

Ogni Università dovrà predisporre, entro il 30 giugno 2006, un programma triennale che, tra l'altro, deve tendere a qualificare e razionalizzare l'offerta formativa. Il sistema di valutazione nazionale dei corsi di studio farà uso di precisi indicatori. Ad esempio, l'attrazione esercitata dai corsi di laurea magistrale dell'Ateneo sugli studenti di altre Università. Sarà possibile affrontare con successo la valutazione esterna solo se svilupperemo una sempre più intensa attività di autovalutazione.

Ogni volta che riceveremo risorse per le nostre attività ci saranno chiesti dati per valutare il nostro operato. Oltre che essere la condizione necessaria per l'accesso a quote di finanziamenti, l'onerosa predisposizione di documenti di valutazione sarà compensata da una maggiore efficienza di gestione e trasparenza dei meccanismi decisionali. Il nostro Ateneo ne ha tutto da guadagnare.

La pratica dell'autovalutazione è già in atto. Il monitoraggio dei processi formativi si basa su informazioni aggiornate. Allo scopo è stato realizzato il cruscotto direzionale, uno strumento informatico utilissimo, già dall'inizio dell'anno a disposizione delle Presidenze. Alle facoltà e ai corsi di laurea tocca sempre di più il compito di predisporre piani di miglioramento sulla base dell'analisi dei dati e del confronto con gli studenti. Occorre anche utilizzare appieno le nuove possibilità di azione derivanti dalla trasformazione delle Presidenze di Facoltà in centri di spesa. **L'autovalutazione, dunque, come metodo per il governo della qualità della didattica.**

L'informatica nei processi formativi

Le tecnologie informatiche possono contribuire ad accrescere la qualità della didattica in molti modi:

a) nella comunicazione tra docente e studente. Si pensi all'uso della posta elettronica. Ancor più a quello del *sito docente*. Quest'ultimo è uno strumento prezioso la cui utilizzazione va fortemente incentivata. Al fine di favorirne l'uso capillare un gruppo di lavoro del Centro Servizi Informativi ne sta realizzando una versione ancora più semplice e flessibile;

b) come strumento di supporto allo studio ed alla ricerca. Si pensi al grande successo della biblioteca virtuale SireLib, che, realizzata nel giro di qualche anno ed affiancata da una politica di investimenti per l'acquisizione delle risorse digitali, ha reso accessibili in rete, negli ultimi tre anni, oltre 24.000 riviste. La creazione, poi, di un Open Archive, renderà disponibile *on line* la produzione didattica e scientifica dell'Ateneo, incluse le tesi di dottorato. Con SireLib la nostra Università è all'avanguardia in Italia per la tecnologia di gestione delle risorse digitali. Questa preziosa iniziativa deve saldarsi ad una politica coordinata a livello centrale degli acquisti e degli abbonamenti cartacei;

c) nel dar luogo ad un vero e proprio spazio di apprendimento, secondo le diverse modalità di attuazione che vanno sotto l'ampia etichetta dell'e-learning. Negli ultimi anni sono state attuate, anche se in modo un po' disorganico, molte sperimentazioni. Grazie ad esse docenti e studenti hanno comunque acquisito dimestichezza con le potenzialità ed i problemi connessi con l'e-learning. Sono stati svolti corsi di informatica di base e di inglese. Sono stati realizzati corsi a distanza sperimentando varie piattaforme tecnologiche e varie modalità di interazione. A valle di queste sperimentazioni è stato formulato col progetto MODEM un quadro di riferimento generale entro cui collocare tutte le esperienze. A partire da esso è necessario avviare ora, e rapidamente, una politica unitaria. Lo dico chiaramente. Non amo gli atenei telematici. Dove la ricerca è assente. Dove si spezza quella sintesi armonica tra produzione e diffusione della conoscenza che è da secoli la forza caratteristica delle Università. Proprio per questo, in prospettiva, dobbiamo creare la struttura di una vera e propria Università telematica che integri e

supporti la didattica tradizionale. Senza sostituirsi ad essa. **Le Università puramente telematiche non saranno mai VERE Università.**

L'e-learning può essere un forte ausilio anche nella strategia dell'internazionalizzazione. Si pensi, per fare soltanto un esempio, alla collaborazione con i paesi in via di sviluppo. Come nell'ambito di quella straordinaria impresa che è stata la realizzazione della Facoltà di Medicina e Chirurgia in Uganda. Questa avventura è partita come un sogno. Oggi è una realtà e la considero una delle cose più belle fatte in questi anni. Il merito va ascritto ai tanti colleghi che hanno donato con assoluto disinteresse il loro lavoro. E più di tutto alla generosità e alla tenacia di Luigi Greco. Unico nome che troverete in queste pagine. E speriamo di andare in Uganda con altre Facoltà.

Per fare tutto ciò occorre ovviamente un impegno dei docenti. Ed un rilevante sforzo finanziario. Va smentita la tesi ingenua che l'e-learning richieda soltanto un po' di tecnologia ed un tutor, più o meno improvvisato. È necessario perciò sensibilizzare opportunamente le istituzioni pubbliche e private a fornire il loro sostegno.

I servizi agli studenti e il diritto allo studio

La qualità della didattica dipende molto dalla qualità dei servizi agli studenti. Il processo di apprendimento non si esaurisce nella lezione o nello studio individuale. Non segue più una linea retta, fissata una volta per tutte al momento dell'immatricolazione. Lo studente ha un bisogno crescente di informazioni, di assistenza e di spazi. Per questa ragione, piuttosto che fissare un traguardo, occorre muoversi nella direzione del miglioramento continuo, soprattutto rispetto alle principali criticità, ovvero gli abbandoni degli studenti e le prospettive di occupazione dei laureati.

Per ridurre gli abbandoni vanno potenziati l'orientamento, il tutorato, il diritto allo studio, e va decisamente migliorata **la sostenibilità dei percorsi didattici**. Vanno potenziate le azioni di orientamento in ingresso già svolte dal SOF-Tel, dalle facoltà e dai corsi di studio. E' importante proseguire sulla strada già intrapresa di utilizzare le borse part-time per fornire agli studenti servizi di informazione aggiuntivi rispetto a quelli già esistenti. Attualmente l'Ateneo dispone di 530 aule per oltre 42.000 posti studente. Si tratta di un'offerta già ampia, che gli interventi edilizi in corso ampliaranno

significativamente. E' stato prodotto in questi anni uno sforzo notevole attrezzando molte aule informatiche e cablando gli spazi didattici. Tale sforzo non si deve arrestare.

Un fattore che incide sugli abbandoni, ma ancora di più sulla capacità di attrazione di studenti fuori sede, è la carenza di servizi e di strutture di accoglienza. Su questo versante occorre proseguire l'azione sinergica col Comune, e più ancora con la Regione, a cui compete la cura del Diritto allo Studio. Per essere concreto, penso alle residenze ed alle borse di studio. Per le residenze la Regione ha già messo in cantiere un aumento di circa 300 posti letto. E' auspicabile anche un aumento sensibile del numero di borse di studio. Un'altra iniziativa, in cui coinvolgere tutte le forze presenti sul territorio, è mettere in rete i servizi di accoglienza e del tempo libero oggi disponibili in città per gli studenti. Le informazioni devono, ovviamente, essere facilmente accessibili, anche in lingua inglese. Se facciamo dell'accoglienza uno dei nostri impegni principali, il nostro Ateneo può diventare un polo di attrazione non solo per gli studenti campani, ma anche del Mediterraneo e dell'Europa.

Più difficile è dare una risposta sulle prospettive di lavoro. Sia ben chiaro, gli Atenei non sono agenzie per l'occupazione. Possono però favorire l'inserimento professionale in un contesto nazionale ed europeo con alcune azioni:

- a) potenziare l'orientamento in uscita, attuando anche un servizio di *placement*;
- b) aumentare il numero di convenzioni con imprese ed enti per stage e tirocini;
- c) facilitare l'apprendimento delle lingue;
- d) utilizzare al meglio i master, in relazione alle esigenze del territorio.

Per concludere voglio ripetere un concetto semplice ma estremamente importante per la carriera dello studente.

Le facoltà e i corsi di studio, a partire dall'esperienza di questi ultimi anni, devono impegnarsi a rivedere i percorsi didattici in funzione della loro reale sostenibilità.

COMPETERE NELLA RICERCA

Per fare ricerca sono necessarie strutture organizzative, attrezzature scientifiche, biblioteche, reti telematiche. Ed ovviamente, risorse finanziarie adeguate. In un Ateneo di grande tradizione come il nostro buona parte di queste condizioni sono soddisfatte. Se però si vogliono mantenere gli attuali livelli di eccellenza occorre migliorare in continuazione. Rendere sempre di più la nostra ricerca capace di attrarre investimenti. Questa sfida accomuna tutte le aree culturali, nessuna esclusa.

Il finanziamento diretto della ricerca è ormai quasi del tutto affidato alla competizione dei gruppi di ricerca nei progetti regionali, nazionali o europei. In questo quadro l'Ateneo deve creare le condizioni al contorno perché i ricercatori possano lavorare al meglio. In altri termini, l'Ateneo, attraverso risorse strutturali, infrastrutturali ed organizzative, deve fungere da volano. Va in questa direzione la scelta compiuta dal CdA di mettere un milione di euro a disposizione del cofinanziamento dei progetti PRIN. Non dimentichiamo che uno degli indicatori previsto dal piano triennale per la valutazione della ricerca è proprio il numero di docenti che hanno avuto un giudizio positivo su PRIN, FAR e FIRB. Un altro strumento sarà fornito dalla convenzione che presto andremo a stipulare con l'Istituto Cassiere per il servizio di cassa. La convenzione consentirà ai dipartimenti e alle altre strutture di potersi giovare di anticipazioni finanziarie, spesso indispensabili per utilizzare al meglio i finanziamenti dei progetti. Come si sa in genere i soggetti finanziatori prevedono versamenti solo dopo l'effettuazione di parte della spesa o "a saldo". Naturalmente sarà necessario fissare un tetto massimo sostenibile e valutare la capacità delle strutture di far fronte agli impegni assunti. Nella direzione di snellimento dei mezzi di pagamento sarà la prossima disponibilità della carta di credito per i dipartimenti e le altre strutture. Queste iniziative, ovviamente, vanno integrate con altre azioni. Per fare qualche esempio significativo, occorre:

- promuovere una politica del reclutamento, a cominciare dal dottorato, che favorisca l'ingresso dei giovani talenti;
- offrire il supporto organizzativo necessario per cogliere al meglio tutte le occasioni disponibili per il finanziamento dei progetti di ricerca;

- monitorare e porre a disposizione della comunità scientifica i dati analitici (produzione scientifica, finanziamenti ai programmi di ricerca, ...) necessari per l'autovalutazione dell'attività di ricerca.

La ricerca, l'ho già detto in altre occasioni, si fonda sulle idee. E le idee, quelle nuove, rischiose e fertili, appartengono principalmente ai giovani. Alla formazione dei giovani ricercatori bisogna prestare una cura particolare. Negli ultimi anni ci siamo sforzati di farlo. Si pensi, ad esempio, che siamo ai primi posti in Italia per numero di borse di dottorato. Adesso occorre valorizzare appieno le attività delle Scuole di dottorato, strumento di coordinamento delle attività dei dottorati, e la loro internazionalizzazione, condizione indispensabile per attrarre le migliori intelligenze.

Ma la "competizione per l'eccellenza" richiede anche altro. Per accedere ai finanziamenti, nazionali ed internazionali, è oggi necessaria un'organizzazione che singoli gruppi di ricerca non sempre possono avere.

Ancora, l'utilizzazione sempre più diffusa, e condivisibile, dei meccanismi di valutazione rende necessario il monitoraggio costante delle attività di ricerca, che è anche un utile strumento di indirizzo per gli organi di governo.

La ricerca ha come obiettivo primario l'accrescimento delle conoscenze. Per questa ragione va preservata e incentivata la ricerca mossa dalla curiosità e dalla creatività dei ricercatori. Tuttavia, non va dimenticato che nella società di oggi la conoscenza è anche un potente strumento di sviluppo economico. Anzi, è il motore stesso delle economie avanzate. Per tale ragione un grande Ateneo come la Federico II non può trascurare il ruolo che è chiamato a svolgere per la crescita economica e sociale del territorio in cui è insediato. Va quindi perseguito con pazienza e tenacia il raccordo tra i gruppi di ricerca del nostro Ateneo e i soggetti pubblici e privati che operano sul territorio. Tale rete di collaborazione deve costruire occasioni per la proiezione esterna delle competenze e delle conoscenze presenti. E' già stato varato un regolamento spin-off, facendo tesoro delle esperienze più avanzate esistenti in Italia e all'estero. Inoltre è stata costituita una commissione per promuovere l'impiego economico dei risultati di ricerca e per incoraggiare i nostri laureati a sviluppare iniziative imprenditoriali. Ovviamente, sarà necessario reperire spazi adeguati perché le idee imprenditoriali

possano essere incubate. Questo problema può essere risolto anche con convenzioni con enti esterni.

Sviluppare azioni concrete in queste direzioni è un compito dell'Ateneo nel suo complesso, ed in questi campi può essere utilizzata al meglio l'articolazione in Poli. Bisogna intensificare azioni in parte già intraprese per realizzare:

- strutture che assistano i ricercatori, dalla presentazione delle proposte di finanziamento fino alla loro rendicontazione;
- un'anagrafe della ricerca d'Ateneo, comprensiva delle strutture, delle competenze e dei prodotti.

Per trasformare l'esperienza fatta nell'organizzazione dei dati trasmessi al CIVR da episodica ad azione di sistema è stato istituito l'**Osservatorio Permanente sull'Attività di Ricerca** che, in collaborazione con i Poli, ha una funzione di monitoraggio e di indirizzo sulla politica della ricerca dell'Ateneo. E' importante verificare puntualmente lo sviluppo della nostra attività di ricerca sulla base degli indicatori previsti. **Gli eccellenti risultati dell'analisi del CIVR provano al di là di ogni dubbio che la Federico II ha tutto da guadagnare da un sistema di valutazione accurato.**

Infine, un grande Ateneo non può perdere l'appuntamento con il nuovo programma comunitario di sostegno 2007/2013 dell'Unione Europea. In sinergia con i Poli, va predisposto un piano strategico che candidi la nostra Università alla realizzazione delle scelte che, in tema di ricerca ed alta formazione, farà l'Amministrazione Regionale. Tutto ciò in una visione solidale dell'utilizzazione dei finanziamenti pubblici e privati che il nostro Ateneo riuscirà ad attrarre. La valorizzazione della ricerca applicata in un sistema federativo solidale produrrà, come già accade, risorse aggiuntive per i gruppi impegnati nella cosiddetta ricerca *curiosity-driven*. **Del resto, solo sviluppando tutta la filiera della conoscenza potremo mantenere sempre fertile il terreno comune dal quale le idee dei nostri ricercatori si alimentano ogni giorno.**

IL CONTRIBUTO DEL PERSONALE TECNICO-AMMINISTRATIVO

Nessun obiettivo di eccellenza è perseguibile senza le conoscenze e le competenze delle persone. In un sistema complesso come quello della Federico II al personale tecnico-amministrativo tocca un ruolo estremamente delicato. Soprattutto continuare a ridurre la deriva burocratica a cui naturalmente il sistema tende per le sue grandi dimensioni. Eccellenza vuol dire imparare a ragionare non per procedure ma per problemi, passare dall'ottica del compito all'ottica del servizio, mettere in primo piano le esigenze delle persone che abbiamo di fronte. Per proseguire in questa direzione vanno potenziate tre linee di intervento già sperimentate negli ultimi anni:

- a) lo snellimento delle procedure, con una riorganizzazione delle attività più critiche. Penso alle segreterie studenti, con un potenziamento delle attività di informazione e di orientamento;
- b) l'informatizzazione delle procedure e lo sviluppo della comunicazione via e-mail. Un esempio da estendere è l'immatricolazione on-line realizzata lo scorso anno, con un risparmio notevole di risorse impegnate e con l'eliminazione delle file agli sportelli;
- c) la formazione del personale, sviluppata con metodi innovativi: addestramento via e-learning, apprendimento di gruppo, coinvolgimento in progetti di qualificazione.

Come già è accaduto in passato tali azioni dovranno essere attuate nel rispetto dei diritti sanciti nei contratti di lavoro e all'interno di un quadro di corrette relazioni sindacali. Inutile dire che è indispensabile anche una politica di incentivi. Il personale tecnico-amministrativo soffre di un livello retributivo tra i più bassi del pubblico impiego. La qual cosa è priva di ogni giustificazione. I progressi del sistema bibliotecario, dell'informatica e dell'edilizia sono stati possibili anche grazie alla qualità del personale tecnico e amministrativo.

LE SFIDE TRASVERSALI

Per sviluppare l'eccellenza nella didattica e nella ricerca è necessario affrontare, e vincere, almeno tre sfide: l'internazionalizzazione, l'edilizia, il reclutamento.

La prima sfida: l'internazionalizzazione

Se dovessi fare un solo esempio di una sfida da vincere nei prossimi anni, penserei all'internazionalizzazione. Innanzitutto internazionalizzazione della ricerca, con alcune azioni concrete:

- a) facendo crescere la nostra partecipazione a programmi di ricerca internazionali. Dell'importanza del VII Programma Quadro dell'Unione Europea abbiamo già parlato. Un ruolo essenziale dovranno svolgere i Poli, utilizzando la prevista anagrafe delle competenze e dei risultati della ricerca, per promuovere una intensa attività di comunicazione verso l'Europa e verso il Mediterraneo. La Federico II possiede grandi attrezzature, laboratori di ricerca e competenze specialistiche che dovranno essere valorizzate opportunamente all'interno di reti internazionali di cooperazione;
- b) sviluppando i dottorati e le scuole di dottorato in un'ottica internazionale. Incrementando le convenzioni con Università straniere, attraendo studenti di altre nazionalità, chiamando docenti stranieri a far parte dei collegi e favorendo la mobilità internazionale dei nostri dottorandi.

La seconda linea per lo sviluppo internazionale del nostro Ateneo riguarda la didattica. Sarà necessario potenziare ulteriormente la mobilità degli studenti nell'ambito del programma Socrates/Erasmus. Il principale problema per attrarre studenti stranieri è quello dell'accoglienza. Per rispondere a questa esigenza è in corso di costituzione un servizio denominato **International House**, che avrà cura di fornire allo studente straniero tutte le informazioni ed i servizi per facilitare il suo soggiorno nella città di Napoli. L'International House funzionerà come uno sportello unico, dove lo studente straniero troverà le risposte a tutte le sue esigenze, dall'alloggio all'apertura del conto bancario, al visto di soggiorno, fino a tutte le informazioni sull'Ateneo. Per rendere più

semplice l'inserimento si potrebbe lanciare un programma "Adotta uno studente straniero", affidandone la realizzazione al Consiglio degli Studenti.

Un'ulteriore leva su cui sarà necessario operare è costituita dai master. Sicuramente c'è uno spazio di azione per progettare master a valenza internazionale, capaci di attrarre studenti di altri paesi, ivi compresi quelli in via di sviluppo, ed in particolare gli studenti del Mediterraneo.

Decisivo sarà il contributo del personale amministrativo e tecnico. Conoscenza della lingua inglese, delle procedure e degli ordinamenti degli enti europei, snellimento delle procedure amministrative e gestione del portale internazionale sono le sfide che attendono l'amministrazione.

Infine, l'internazionalizzazione dell'Ateneo potrà svilupparsi in congiunzione con analoghi programmi regionali. Le conoscenze e le competenze presenti nell'Ateneo possono efficacemente aiutare il contesto produttivo regionale ad inserirsi nella competizione globale. In tal senso vanno anche sviluppati i programmi di trasferimento dei risultati della ricerca e la realizzazione di spin-off. Più in generale l'Università dovrà fungere da traino per gli Enti Locali, ed in particolare per il Comune, perché sostengano in modo concreto ed efficace la politica dell'internazionalizzazione in una città complessa come Napoli.

Se riusciremo a vincere la sfida dell'internazionalizzazione avremo dato al nostro Ateneo solide basi per affrontare il futuro.

La seconda sfida: l'edilizia

L'attività edilizia è un *continuum* che in generale si estende su tempi non brevi e coinvolge diverse amministrazioni. Pertanto è sempre difficile assegnare meriti e responsabilità o separare in modo netto le cose fatte da quelle da farsi. Quello che mi sento di affermare è che durante gli ultimi cinque anni l'edilizia ha compiuto molti passi in

avanti. Talvolta completando iniziative del mio predecessore. Tal altra aprendo strade nuove.

In particolare, con riferimento al Polo delle Scienze e delle Tecnologie, all'inizio del mio mandato è stata inaugurata la nuova sede di Ingegneria ad Agnano. Nel campus di Monte Sant'Angelo si sono conclusi i lavori ed è stata arredata la nuova sede del Dipartimento di Biologia Strutturale e Funzionale. Sono in fase avanzata i lavori per la realizzazione del grande Aulario. E' stato inoltre ultimato il progetto della nuova sede del Dipartimento di Area Geologica e della Centrale Tecnologica, che andrà tra breve in gara. Per quanto riguarda Piazzale Tecchio, sono stati appaltati gli importanti lavori di ammodernamento impiantistico e di adeguamento alle norme di sicurezza.

Nel centro storico sono terminati i lavori della nuova sede di Architettura allo Spirito Santo, bella ed efficiente. Adesso occorrerà riportare la sede di palazzo Gravina all'antico splendore. Inoltre è mia intenzione promuovere ulteriori interventi, primo tra tutti quello relativo alla Palazzina Rispoli.

Infine, cosa di estremo rilievo anche urbanistico, nella zona orientale della città si è concretamente avviata la realizzazione della sede di San Giovanni a Teduccio, presso l'ex stabilimento Cirio, con il reperimento di una significativa parte di fondi, l'avvio della bonifica e delle demolizioni, il progetto esecutivo dell'intero complesso e la realizzazione dei primi lotti.

Per quanto concerne il Polo delle Scienze Umane e Sociali, il trasferimento di strutture del polo scientifico e tecnologico a Monte Sant'Angelo ha reso e renderà disponibili molti spazi che man mano si dovranno ristrutturare. Penso a quelli di via Mezzocannone 16 e, in prospettiva, del complesso di San Marcellino. Gli ampi spazi di via Mezzocannone 4, sede storica del Dipartimento di Chimica, sono stati ristrutturati ed arredati per i Dipartimenti di Scienze dello Stato e Scienze Internazionalistiche. Abbiamo acquisito in uso la sede della Doganella, in parte destinata alla Facoltà di Medicina Veterinaria. Sono quasi terminati i lavori nell'Ospedale Militare e sono in fase avanzata anche i lavori nell'Albergo dei Poveri, dove il Polo delle Scienze Umane e Sociali avrà spazi ampi e prestigiosi. Sono anche conclusi i lavori nella sede di Sant'Antonello a Port'Alba i cui arredi sono già stati ordinati. Nei locali di via Sant'Aspreno, che i lavori effettuati hanno reso belli e accoglienti, sono stati sistemati gli uffici del Polo delle Scienze e Tecnologie della Vita e di quelli del Polo delle Scienze Umane e Sociali.

Relativamente al Polo delle Scienze e Tecnologie della Vita, la realizzazione della tensostruttura di Cappella Cangiani ha consentito un miglioramento delle condizioni della didattica delle Facoltà di Medicina e Chirurgia e di Scienze Biotecnologiche. Ha inoltre consentito, fungendo da polmone, di avviare la riqualificazione delle aule della Facoltà di Medicina e Chirurgia. La redazione del progetto della nuova sede per la Facoltà di Scienze Biotecnologiche e l'aggiudicazione del relativo appalto consentiranno nei prossimi anni di ottenere aule moderne ed adeguate, fra l'altro in collegamento con nuovi laboratori del CNR.

I problemi della facoltà di Agraria troveranno finalmente definitiva soluzione nella nuova sede di Ercolano, la cui progettazione è in stato molto avanzato. L'azione congiunta, che è stata svolta con il CNR, consentirà la creazione di un vero e proprio Polo agrario.

La progettazione della nuova sede di Veterinaria, seppur con molti problemi imprevisi, è ormai in fase avanzata. Sono stati comunque realizzati significativi lavori presso la sede storica. Il progetto per l'ulteriore ampliamento della Facoltà di Farmacia sopra la stazione della metropolitana è tra le priorità dell'Ateneo.

Voglio ancora sottolineare che all'inizio del mandato furono completati i lavori della prestigiosa sede di Via Partenope, opportunamente destinata ad iniziative congressuali. Inoltre sono stati completati i lavori presso Villa delle Ginestre, ora quotidianamente aperta al pubblico, con la ricollocazione degli arredi originali di Giacomo Leopardi.

La Facoltà di Medicina e Chirurgia

La Facoltà di Medicina e Chirurgia, nella quale i problemi della didattica e della ricerca sono legati a quelli dell'assistenza, patisce un'annosa mancanza di spazi, anche a causa della presenza delle attività della facoltà medica della Seconda Università di Napoli. La situazione di congestione è stata aggravata dalla istituzione di ben 16 Corsi di Laurea e 5 Corsi di Laurea Magistrale di area sanitaria, previsti dalla programmazione sanitaria regionale, nonché dall'ospitalità offerta ai corsi di Scienze Biotecnologiche. Si è verificato un sovraffollamento non solo della Facoltà ma anche dell'intera area di Cappella dei

Cangiani. Un primo intervento per migliorare le condizioni della didattica in tutta l'area è stata la realizzazione della tensostruttura. Infine, dopo un intenso lavoro teso alla ricerca di nuovi spazi, si è giunti alla stipula di un protocollo di intesa con la Regione Campania per la cessione in comodato di un intero edificio progettato da Vittorio Gregotti a Scampia con una superficie abitabile di 13.000 mq. In esso saranno trasferite le attività didattiche legate prevalentemente ai Corsi di Laurea di area sanitaria e al Corso di Laurea Magistrale in Scienze della Nutrizione Umana. Inoltre, saranno attivati presidi ambulatoriali di *day hospital* e di *day surgery*, funzionali alla didattica e al territorio. Tutto ciò, oltre a contribuire al decongestionamento della Facoltà di Medicina e Chirurgia, esalta la funzione sociale che l'Università ha sempre svolto. Il nuovo insediamento sottolinea in maniera tangibile la volontà dell'Ateneo di contribuire alla vivibilità delle periferie.

Resta forte l'impegno per ottenere dal Parlamento una legge speciale per il finanziamento della ristrutturazione globale degli edifici del Policlinico, in analogia con quanto avvenuto per l'Università di Roma La Sapienza. Lo stato di progressivo degrado rischia di comprometterne la funzionalità. Voglio anche sottolineare l'azione sinergica tra Ateneo e Azienda per la manutenzione ordinaria e straordinaria delle aule particolarmente degradate.

La terza sfida (e la più importante): il reclutamento

L'Ateneo può aspirare a traguardi di eccellenza solo se non rinuncia all'inserimento dei giovani. Come è stato sottolineato ampiamente dalla CRUI, senza la capacità di attrarre giovani di talento l'Università italiana è destinata ad un inevitabile declino. D'altro canto, come è ovvio, occorre premiare il lavoro dei tanti che producono ricerca e didattica di qualità, impegnandosi anche a costo di grossi sacrifici personali, e hanno diritto a vedere soddisfatte le loro legittime aspettative di carriera. L'Ateneo in questi anni ha prodotto il massimo sforzo possibile per quanto riguarda i budget delle Facoltà. Ciò emerge chiaramente dal confronto con gli altri atenei italiani. Nonostante il periodo sia stato il più difficile per le finanze dell'Università dal dopoguerra ad oggi. Uno dei possibili interventi, già accennato nella lettera che ho inviato circa un mese fa, si basa sull'analisi del flusso dei pensionamenti. Nei prossimi otto anni avremo pensionamenti

nell'ordine dei 110 milioni di euro a valori attuali. Spingendosi a 15 anni tale cifra diventa 240 milioni. Nella attuale situazione finanziaria dell'intero sistema universitario, un'idea ragionevole è che lo Stato consenta di "incassare" in anticipo queste disponibilità, spalmando l'utilizzazione della cifra su tutto l'arco temporale, a cominciare da oggi. Ciò eviterebbe un effetto distorsivo sulla qualità della docenza universitaria. La gobba dei pensionamenti si concentra, infatti, tra il 2012 ed il 2017. In quegli anni sarà necessario immettere nell'Università un gran numero di giovani, magari non adeguatamente formati. Purtroppo, dopo aver bruciato almeno un paio di generazioni. Ovviamente per avere l'effetto sperato l'intervento statale dovrebbe essere aggiuntivo e non sostitutivo di altri incrementi di finanziamento in favore del sistema universitario. Ritengo che gli strumenti per consentire agli Atenei di accedere alla possibilità di anticipazione delle risorse che domani si libereranno esistano tutti, anche senza ricorrere a estremizzazioni di "finanza creativa". D'altro canto è lo stesso Ministero che nell'ambito della programmazione triennale 2007-2009, prevista dalla legge 43/2005, invita gli Atenei a considerare i pensionamenti dei prossimi sette anni.

Tale possibilità deve naturalmente essere interpretata non come una elargizione fine a se stessa, con tutti i limiti che essa comporta, ma come l'espressione della capacità programmatica degli Atenei, tradotta in specifici atti e sottoposta a monitoraggio e controllo.

Quando ho intrapreso la stesura di queste riflessioni programmatiche sono partito dalla domanda "Che cos'è una VERA Università?". Ovviamente, non avevo dubbi che il nostro Ateneo fosse una VERA Università. Si evince chiaramente da quanto ho scritto. Tuttavia ritengo che non ci si possa cullare su una storia ricca di allori. La condizione di VERA Università si conquista ogni giorno. Accettando e vincendo le sfide che ho indicato. Ed è per vincerle insieme a tutti voi che mi sono ricandidato.



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA