



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

# *I*nnovazione *e* *D*iritto



**3**

**2008**

**COMITATO SCIENTIFICO**

Prof. Andrea Amatucci  
Prof. Carlo Amatucci  
Prof. Carlo Amirante  
Prof. Elisabetta De Franciscis (coord. area Diritto pubblico comparato)  
Prof. Luciana Di Renzo (coord. Finanza interna e comunitaria)  
Prof. Stefano Fiorentino (coord. area Diritto tributario)  
Prof. Massimo Marrelli  
Prof. Carlo Panico (coord. area Economia)  
Prof. Marilena Rispoli (coord. area banche e mercati finanziari)  
Prof. Luigi Sico (coord. area Diritto internazionale e comunitario)  
Prof. Sandro Staiano  
Prof. Mario Tedeschi  
Prof. Talitha Vassalli

**REDAZIONE**

Roberta Alfano (coordinamento rivista)  
Domenico Ardolino  
Gino Buonauro  
Debora Cioffi  
Elena Cuomo  
Anna Maria Di Lieto  
Giordano Di Meglio  
Gabriella Duranti  
Olimpia Esposito De Falco  
Chiara Fontana  
Laura Letizia  
Serena Maresca  
Maria Pia Nistri  
Raffaele Sabato  
Leonardo Saviano  
Giuseppina Simioli  
Dea Squillante  
Loredana Strianese (coordinamento newsletter)

**EDITING e GRAFICA**

Vittorio Mostacciuolo  
Sebastiano Romitelli

**INNOVAZIONE E DIRITTO – rivista on line**

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

Registrazione Tribunale di Napoli n. 45 del 22 giugno 2005

ISSN 1825-9871

**DIRETTORE RESPONSABILE**

Avv. Maurizio Migiarra



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](mailto: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**

<b>Securing Liberty in an Age of Terrorism: The Role of Courts in the United States and the United Kingdom</b> di Michael C. Tolley .....	1
<b>L'impatto ed i risvolti della direttiva MiFID sul Testo Unico Finanza</b> di Gaia Rubba .....	23
<b>Per una prospettiva simbolica</b> di Elena Cuomo .....	41
<b>Digitalisierungsfonds austriaco versus contributi italiani per l'acquisto di decoder: tra Corte Costituzionale, Legge finanziaria, Commissione europea ed Antitrust</b> di Michael Sampath Fernando Hettiyakandage .....	49
<b>L'elusione fiscale. Un delicato equilibrio tra norme nazionali specifiche ed un generale principio comunitario di abuso di diritto</b> di Fabrizio Nieddu .....	96
<b>La protezione della diversità culturale nella Convenzione Unesco del 20 ottobre 2005 : legge di ratifica n. 19 del 19 febbraio 2007</b> di Maria Norcia .....	108
<b>L'accordo di cooperazione tra India Usa concernente gli usi pacifici dell'energia nucleare</b> di Anna Di Lieto.....	123

## **GIURISPRUDENZA - CASI PRATICI - DOCUMENTAZIONE**

<b>Valutazione dell'impatto ambientale di taluni progetti – Aeroporto con pista di decollo e di atterraggio superiore ai 2100 metri di lunghezza (Nota alla Sentenza della Corte di Giustizia della Corte Europea, Sez. II, 28 febbraio 2008, Causa c 2/2007)</b> di Angela Natale .....	136
---	-----

<b>Zone sottoposte a vincolo ambientale – Abusi edilizi e condono. (Nota alla decisione n.310 del 6/2/2008 del Consiglio di Stato)</b> di Tiziana Russo .....	<b>149</b>
<b>P. ANDERSON, <i>Spectrum. Da destra a sinistra</i>, tr. di Giuseppe Gallo, Collana “i Saggi”</b> recensione di Leonardo Saviano .....	<b>158</b>

## Securing Liberty in an Age of Terrorism: The Role of Courts in the United States and the United Kingdom

by Professor Michael C. Tolley<sup>1</sup>

### INTRODUCTION

Five years ago, after having received warnings that terrorists were interested in striking American symbols, National Park Service officials erected concrete barriers and metal fences around the Jefferson Memorial in Washington, D.C. The plan was to restrict public access to one gate thereby making it easier to protect the beloved memorial from damage by terrorist attack. The irony is that this memorial was opened in 1943 during the darkest days of World War II, and at the dedication ceremony President Roosevelt called it “a shrine to freedom [dedicated today] in the midst of a great war for freedom.”

Both the “shrine to freedom” and freedom itself are being threatened by the government’s new antiterrorism measures. Though most Americans will not experience first hand any restrictions on their freedom, for some, including more than 1,200 individuals<sup>2</sup> who were rounded up and detained soon after the 9/11 attacks and almost 60 individuals who have been detained in terrorism investigations under the federal material witness statute,<sup>3</sup> the restrictions are as real as the concrete barriers and metal fences around America’s “shrine to freedom.” The general public’s complacency toward the new security measures has not been all that different from the reaction to the new barricades at the Jefferson Memorial. Sadly, the symbol of the Jefferson Memorial as

---

<sup>1</sup> Department of Political Science, Northeastern University, Boston, Massachusetts, USA

<sup>2</sup> In the first few months after the 9/11 attacks, the Federal Bureau of Investigation and the Immigration and Naturalization Service arrested, detained, and interrogated over 1,200 citizens and aliens. Some were arrested and charged with visa violations, but none were charged with any serious crime or acts of terrorism. In its investigations of these detentions, the Office of the Inspector General (OIG) discovered evidence of detainees being beaten and denied normal access to legal counsel and contact with their families. As for the exact number of detainees, the OIG concluded that the figure must have been greater than 1,200 since “the Public Affairs Office stopped reporting the cumulative totals after the number reached 1,200.” Office of the Inspector General, Department of Justice, “The September 11 Detainees: A Review of the Treatment of Aliens Held on Immigration Charges in Connection with the Investigation of the September 11 Attacks” (June 2, 2003) <http://www.usdoj.gov/oig/special/0306/full.pdf>.

<sup>3</sup> The “material witness statute,” 18 U.S.C. Sect. 3144 (2000) allows government prosecutors to detain individuals whose testimony might be needed for grand jury proceedings. According to a report by Human Rights Watch, almost 60 individuals have been held under the statute since 9/11. In United States v. Awadallah, 349 F. 3d 42 (2d Cir. 2003), a federal appeals court ruled that individuals could be held indefinitely in order to secure grand jury testimony under the material witness statute.

America's "shrine to freedom" is beginning to lose its meaning in the government's war on terror.

Of all the new security measures adopted after the 9/11 terrorist attacks against the United States and the 3/11 attacks against Spain, none has been as controversial as the policy of imprisoning suspected terrorists, both citizens and foreign aliens, without

charge or trial. In the United Kingdom, sixteen foreign nationals believed to be associated with Islamic terrorist organizations have been imprisoned under antiterrorism legislation at Belmarsh and Woodhill. The same had been true in the United States, but the numbers have been much higher. In the months immediately after 9/11 the government began what was in effect a policy of preventive detention. Over 1,200 suspects, most of whom were Arab or Muslim, were rounded up and held for interrogation. The average length of detention was 80 days, and most have since been either deported or released. Though the period of mass domestic detentions is over for now, the issue of the detention of enemy combatants, seized on foreign soil, is still very real. Today, as a result of the war against the Taliban in Afghanistan over 500 suspected enemy combatants are being held at the U.S. naval base in Guantanamo Bay, Cuba.

Preventive detention of suspected enemy aliens captured at home and the indefinite detention of enemy combatants captured on foreign soil may be only one part of the United States' and the United Kingdom's overall antiterrorism strategy, but it raises many of the key legal questions at the heart of the general debate about law in times of national crisis and emergency. In both countries there is perhaps no more fundamental legal principle than the idea that due process protects individuals from being detained and jailed indefinitely by their government. This ancient principle, derived from the rule of law and protected by habeas corpus, is what distinguishes liberal-democratic governments from totalitarian ones. In the words of Winston Churchill, "[t]he power of the Executive to cast a man into prison without formulating any charge known to the law, and particularly to deny him the judgement of his peers, is in the highest degree odious and is the foundation of all totalitarian government."<sup>4</sup>

This article focuses on the role of courts in the United States and the United Kingdom, and asks whether and to what extent courts can be effective checks against government abuse of liberty and rule of law in the name of increased security. May government authorities, when confronted with the threat of terrorism, take whatever measures are necessary, including the suspension of rule of law and the adoption of such

---

<sup>4</sup> Cable from Winston Churchill to Herbert Morrison, Home Secretary, November 21, 1943.

extra-ordinary measures as preventive detention? Are decisions as to what is required in the interests of national security beyond judicial scrutiny or may they be reviewed to determine if the steps taken both necessary and proportionate?

I shall argue that courts need to play a more prominent role to prevent government from overreaching and violating fundamental rights during today's war on terror. The traditional view of the role of courts during times of war and national emergency was perhaps best expressed by Lord Diplock in Council of Civil Service Unions v. Minister of the Civil Service (1985):

National security is the responsibility of the executive government, what action is needed to protect its interests is... a matter upon which those upon whom the responsibility rests, and not courts of justice, must have the last word. It is par excellence a non-justiciable question. The judicial process is totally inept to deal with the type of problems which it involves.<sup>5</sup>

Justice Hugo Black of the U.S. Supreme Court made the same argument several decades before in refusing to scrutinize the lawfulness of the government's detention measures taken against Americans of Japanese ancestry:

Here, as in the Hirabayashi case, ... we cannot reject as unfounded the judgment of the military authorities and of Congress that there were disloyal members of that population.... Like curfew, exclusion of those of Japanese origin was deemed necessary....<sup>6</sup>

If courts in this age of terror were to treat challenges to the government's assertion of national security as non-justiciable political questions or to defer without scrutinizing the specifics of the claims, then they would be placing in jeopardy the key values of freedom, rule of law, and fairness. In the conclusion of his judgment in A (FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department (2004), Lord Hoffmann of the House of Lords reminded his colleagues and the legal community of what is at stake in these security cases:

---

<sup>5</sup> [1985] AC 374.

<sup>6</sup> Korematsu. v. United States, 323 U.S. 214 (1944).

This is a nation which has been tested in adversity, which has survived physical destruction and catastrophic loss of life. I do not underestimate the ability of fanatical groups of terrorists to kill and destroy, but they do not threaten the life of the nation...The real threat to the life of the nation, in the sense of a people living in accordance with its traditional laws and political values, comes not from terrorism but from laws such as [the Anti-Terrorism, Crime, and Security Act]. That is the true measure of what terrorism may achieve.

Courts have a valuable role to play, and there is no reason to doubt their institutional capacity to do the job well. They are clearly needed to prevent grave injustices, such as torture and the indefinite detention of individuals mistaken to be involved with terrorism, and to curb the comparatively minor injustices resulting from the government's invasions of privacy resulting from enhanced powers of surveillance and data collection. In a liberal-democratic political system that values freedom and rule of law, the need to deliver on the promise of these core values is certainly as important as the need to protect against terrorist attacks. As I will explain (see Part IV Judicial Challenges to the New Legislation), recent rulings by the U.S. Supreme Court and the British House of Lords suggest that there may be a trend toward an increased role for courts in reviewing the government's security measures. During wartime, courts traditionally have played a marginal role and security was understood to trump freedom. But given the nature of this new war on terrorism, where the enemy is not a nation-state, but rather al-Qaeda, a global network of terrorists, the arguments used in the past to justify deference to the government's exercise of broad emergency powers have not been convincing.

#### **BRIEF HISTORY OF LAW DURING TIMES OF NATIONAL EMERGENCY IN THE UNITED STATES AND THE UNITED KINGDOM**

A quick glance at history might provide some perspective on our present situation. As a general rule, when the protections of liberty and rule of law were needed most during times of crisis and national emergency, courts had been all too willing to sacrifice liberty for security. In his review of the American experience in his book All the Laws But One: Civil Liberties in Wartime (1998), William Rehnquist, who was then the

Chief Justice of the U.S. Supreme Court, cautioned against expecting too much from courts:

It is neither desirable nor is it remotely likely that civil liberty will occupy as favored a position in wartime as it does in peacetime.... The laws will not be silent in time of war, but they will speak with a somewhat different voice.

Such a view has been echoed in the United Kingdom. In a 2002 decision, the Lord Chief Justice, Lord Woolf, spoke of the need for an appropriate degree of deference to the executive on security measures relating to the government's antiterrorism policy:

When [scrutinizing the government's action] in the particular context in which this challenge arises, namely a state of public emergency, the court must also recognize that the Executive is in a better position than a court to assess both the situation and the action which is necessary to address it.<sup>7</sup>

History suggests that the views of America's former Chief Justice and Britain's former Lord Chief Justice on the role of courts during times of national emergency have been the norm and explain why courts cannot always be relied upon to protect liberty and uphold the principle rule of law. There are ample decisions by courts in the United States and the United Kingdom that support the maxim *inter arma leges silent* ("in times of war the laws are silent"). The U.S. Supreme Court's decision in Korematsu v. United States (1944), upholding President Roosevelt's executive order soon after the attack on Pearl Harbor sending Americans of Japanese ancestry to relocation camps, and the British House of Lords' judgment in Liversidge v. Sir John Anderson (1941), upholding the Home Secretary's decision under Regulation 18B of the Defence of the Realm Act to detain those believed to be a threat to national security, are but two well known examples. Since 9/11 and the beginning of the war on terrorism, the same question arises whether courts can be expected to do more than defer to the government's assertion of necessity in defense of measures taken in the name of security.

### **United Kingdom**

---

<sup>7</sup> A, X and Y and Another v. Secretary of State for the Home Department, [2002] EWCA Civ. 1502.

In A History of English Law, William Holdsworth explained that whether or not Chapter 39 of Magna Carta “was intended to safeguard the principle that no man should be imprisoned without due process of law, it soon came to be interpreted as safeguarding it.” Over time the remedy of habeas corpus developed (Article 5 of the Petition of Right (1628) and the Habeas Corpus Act (1640)) to prevent against unlawful imprisonment.

Despite the protection of due process and habeas corpus, nearly 30,000 enemy aliens were detained in the United Kingdom soon after war broke out with Germany in 1914.<sup>8</sup> The only law justifying the detentions was the law of necessity or the executive’s exercise of prerogative powers. In 1915 Regulation 14B was made under the Defence of the Realm (Consolidation) Act (1914), which gave the Home Secretary the authority to arrest and detain any person who on the recommendation of the military authorities was suspected of being a threat to national security. Detainees were allowed to appeal to an advisory committee with a judge presiding.

In 1916 Zadig, a naturalized British citizen who was detained by the Home Secretary under Regulation 14B, applied for habeas corpus. He argued that because Act did not expressly give the Home Secretary the power to detain, the regulation was ultra vires. His argument was rejected by every court, including the House of Lords.<sup>9</sup> In R. v. Halliday, ex parte Zadig (1917), Lord Finlay ruled that the general presumption that liberty of the person will not be interfered with has “no relevance in dealing with an executive measure by way of preventing a public danger.”

Perhaps recognizing the need to be more explicit about the power to detain, Parliament in 1939 passed the Emergency Powers (Defence) Act. Soon after a code of regulations came into force, including Regulation 18B, which permitted indefinite detention of individuals whom the Home Secretary had “reasonable cause to believe” were “of hostile origin or associations or to have been recently concerned in acts prejudicial to the public safety or the defence of the realm.”<sup>10</sup> Though there was no formal procedure for reviewing detention orders, appeal to an advisory committee<sup>11</sup> was allowed, just as before under the 1914 Act.

---

<sup>8</sup> A.W. Brian Simpson, In the Highest Degree Odious: Detention without Trial in Wartime Britain (1994), p. 15.

<sup>9</sup> R. v. Halliday, ex parte Zadig [1917] AC 260.

<sup>10</sup> Defence (General) Regulations, 1939, reg. 18B, para. (I.).

<sup>11</sup> *Ibid.*, “For the purposes of this regulation, there shall be one or more advisory committees consisting of persons appointed by the Secretary of State; and any person aggrieved by the making of an order against him, ...may make his objections to such a committee.”

Detentions of enemy aliens under Regulation 18B began soon after May 1940 when fears arose of a German "Fifth Column." Though the fear of a Fifth Column in Britain proved to be unfounded, nearly 30,000 enemy aliens were rounded up and imprisoned. Detainees who sought relief from the courts had their applications for habeas corpus and actions for false imprisonment dismissed. The courts were reluctant to interfere. The judgment of the House of Lords in Liversidge v. Sir John Anderson (1941) made clear that courts were not going to provide a meaningful check on the executive's policy. If the order was valid on its face and the Home Secretary indicated that he had reasonable grounds for suspecting the detainee was a threat, then courts would not review the facts and make an independent judgment on the reasonableness of the suspicion. In the words of Viscount Maugham:

To my mind this is so clearly a matter for executive discretion and nothing else that I cannot myself believe that those responsible for the Order in Council could have contemplated for a moment the possibility of the action of the Secretary of State being subject to the discussion, criticism and control of a judge in a court of law.<sup>12</sup>

There were many decisions at the time like Liversidge which in effect upheld the Home Secretary's broad power to suspend the writ of habeas corpus. But Liversidge is remembered, and often cited, for Lord Atkin's famous dissent:

I view with apprehension the attitude of judges who on a mere question of construction when face to face with claims involving the liberty of the subject show themselves more executive minded than the executive.... In this country, amid the clash of arms, the laws are not silent. They may be changed, but they speak the same language in war as in peace. It has always been one of the pillars of freedom, one of the principles of liberty for which on recent authority we are now fighting, that the judges are no respecters of persons and stand between the subject and any attempted encroachments on his liberty by the executive, alert to see that any coercive action is justified in law.<sup>13</sup>

### **United States**

---

<sup>12</sup> Liversidge v. Sir John Anderson [1942] AC 206, at 220.

<sup>13</sup> Liversidge v. Sir John Anderson [1942] AC 206, at 244.

The American record has been remarkably similar. During the Civil War, President Lincoln suspended the writ of habeas corpus and established military courts to try those suspected of being disloyal to the Union. Despite the clear language in the U.S. Constitution reserving the power to suspend habeas corpus to Congress, Lincoln exercised it on several occasions, including the time when Merryman and other Southern sympathizers were arrested in Baltimore for harassing Union troops passing through on their way to Washington, D.C. Merryman's request for a writ of habeas corpus came before Chief Justice Roger Taney, who was sitting as Circuit Justice in the case. He granted the writ, and criticized the President for overstepping his constitutional authority. Chief Justice Taney, writing for Circuit Court for the District of Maryland, explained how the President's action offended the fundamental constitutional principle separation of powers:

With such provisions in the constitution, expressed in language too clear to be misunderstood by any one, I can see no ground whatever for supposing that the president, in any emergency, or in any state of things, can authorize the suspension of the privileges of the writ of habeas corpus, or the arrest of a citizen, except in aid of the judicial power. He certainly does not faithfully execute the laws, if he takes upon himself legislative power, by suspending the writ of habeas corpus, and the judicial power also, by arresting and imprisoning a person without due process of law.<sup>14</sup>

Although the court issued the writ, Lincoln ignored the ruling. Merryman remained in jail until he was indicted for conspiracy to commit treason. He was released on bail, and never tried for the offence.

President Lincoln also claimed he had the power to establish military tribunals and try civilians who were suspected of aiding the Confederate war effort. Milligan, a civilian living in Indiana, was arrested and charged with plotting with other southern sympathizers to free Confederate prisoners of war. He was tried, convicted, and sentenced to death by a military court. Before the sentence could be carried out, the war ended. Milligan petitioned for a writ of habeas corpus, and correctly sensing the importance of the issues raised in this case, the lower federal court sent the case to the U.S. Supreme Court.

---

<sup>14</sup> Ex parte Merryman, 17 F. Cas. 144 (C.C.D. Md. 1861) (No. 9,487).

In Ex parte Milligan (1866),<sup>15</sup> the Supreme Court overturned Milligan's conviction, ruling that the accused was entitled to a civilian trial so long as the civilian courts were open. Milligan's trial before a military tribunal was unlawful because the civilian courts in Indiana were operating even as the war waged. Justice David Davis, writing for the Court majority, reasoned that the Constitution applied equally during times of war and times of peace:

The Constitution of the United States is a law for rulers and people, equally in war and in peace, and covers with the shield of its protection all classes of men, at all times, and under all circumstances. No doctrine, involving more pernicious consequences, was ever invented by the wit of man than that any of its provisions can be suspended during any of the great exigencies of government. Such a doctrine leads directly to anarchy or despotism, but the theory of necessity on which it is based is false.<sup>16</sup>

It is important to remember that this powerful statement on the nature of law during times of national emergency came after the war had ended. During the course of the war, the Supreme Court let stand President Lincoln's orders to suspend habeas corpus, refused to review Ex parte Merryman even after the president ignored the lower courts decision to issue the writ, and did not object to the Executive Branch's establishment and use of military tribunals in other cases. It is also important to remember that the Court split five to four on why Milligan's conviction by a military tribunal should be overturned. Though the four justices who joined Justice Davis' opinion believed military trials were always unconstitutional, the three justices who joined Chief Justice Salmon Chase's concurring opinion believed that the use of military trials was permitted, so long as Congress had authorized them. Since the military tribunal that tried and convicted Milligan was authorized by the President, and not Congress, they ruled in favor of the petitioner. Nevertheless, the Supreme Court's unanimous opinion in Ex parte Milligan is remembered most for its powerful statement in favor of the principle rule of law during times of war.

Congress passed the Sedition Act (1918) the year after the United States entered World War I. The Act made it a crime to speak out against the war, on the theory that dissent would interfere with the government's ability to recruit the soldiers needed to

---

<sup>15</sup> 71 U.S. (4 Wall.) 2 (1866).

<sup>16</sup> 71 U.S. (4 Wall.) 2, at 120-121 (1866).

wage this war.<sup>17</sup> More than 2,000 individuals, most of whom were members of the Socialist Party, were prosecuted under this Act. In one such case, Schenck was tried and convicted for publishing an anti-war pamphlet. He appealed on First Amendment grounds. In Schenck v. United States (1919), the Supreme Court upheld the conviction. Justice Oliver W. Holmes, writing for a unanimous court, ruled that freedom of expression may be restricted during times of crisis:

The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree. When a nation is at war many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight and that no Court could regard them as protected by any constitutional right.<sup>18</sup>

The “clear and present danger” test of First Amendment free speech was eventually rejected by the Supreme Court.<sup>19</sup> But the Court’s decision in Schenck stands as reminder that even fundamental First Amendment freedoms such as freedom of speech and freedom of association, are at risk during times of war.

In 1942 the question left over from Ex parte Milligan (1866) arose again when eight Nazi saboteurs were captured on American soil. Since the civilian courts were open, the issue was whether they could lawfully be tried in military tribunals. President Roosevelt determined that the saboteurs were “unlawful combatants” and ordered them tried in military tribunals. In Ex parte Quirin (1942),<sup>20</sup> U.S. Supreme Court upheld the lawfulness of the military trials, in effect, permitting derogation from the fundamental rights to due process (Fifth Amendment) and trial by jury (Sixth Amendment). In so doing, the Court distinguished Ex parte Milligan on the narrow grounds that Milligan was a non-combatant. So long as the accused were unlawful combatants captured during

---

<sup>17</sup> The Sedition Act (1918) made it a crime to use “any disloyal, profane, scurrilous, or abusive language about the form of government of the United States, or the Constitution of the United States, or the flag of the United States, or the uniform of the Army or Navy...”

<sup>18</sup> Schenck v. United States, 249 U.S. 47, at 52 (1919).

<sup>19</sup> Very soon after having endorsed “clear and present danger,” Justice Holmes changed his mind. See Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919). His views on the need for a more speech-protective test of First Amendment freedom were expressed in dissent while he was on the bench, and would not command a majority until Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

<sup>20</sup> 317 U.S. 1 (1942).

times of war, the Supreme Court sanctioned the use of military trials, even if the civilian courts were open.

Two months after the Japanese attacked Pearl Harbor President Franklin D. Roosevelt made one of his most controversial wartime decisions. On February 19, 1942, President Roosevelt signed Executive Order 9066,<sup>21</sup> which authorized the Army to “designate military areas” from which “any persons may be excluded.” After having designated the west coast of the United States a sensitive military area at risk of sabotage by people of Japanese ancestry, the Army ordered the forced removal of more than 120,000 people to so-called “relocation camps.” Many who were forced to leave their homes and businesses were American citizens, some of whom even had children in the American armed forces.

Korematsu was a Japanese-American citizen who defied the order to relocate. He was tried and convicted for failing to follow the order. On appeal, the U.S. Supreme Court affirmed his conviction. Justice Hugo Black’s majority opinion endorsed the view that courts during times of war must defer to the executive authority’s assertion of military necessity and not let concerns of civil liberties trump government policy.

The military authorities, charged with the primary responsibility of defending our shores, concluded that curfew provided inadequate protection and ordered exclusion... Here, as in the Hirabayashi case,... we cannot reject as unfounded the judgment of the military authorities and of Congress that there were disloyal members of that population, whose number and strength could not be precisely and quickly ascertained. We cannot say that the war-making branches of the Government did not have ground for believing that in a critical hour such persons could not readily be isolated and separately dealt with, and constituted a menace to the national defense and safety, which demanded that prompt and adequate measures be taken to guard against it... We uphold the exclusion order.... In doing so, we are not unmindful of the hardships imposed by it upon a large group of American citizens.... But hardships are part of war, and war is an aggregation of hardships.<sup>22</sup>

It soon became apparent that a grave injustice was done. In 1948 Congress passed the Evacuation Claims Act, which gave internees the right to file claims for lost or

---

<sup>21</sup> 7 Fed. Reg. 1407 (1942).

<sup>22</sup> Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).

damaged property as a result of the relocation and detention program. The Supreme Court's opinion in Youngstown Sheet and Tube v. Sawyer (1952)<sup>23</sup> suggests that even the nation's highest court realized its error and sought to repair the constitutional damage. In this case, the Court struck down President Truman's executive order directing the Secretary of Commerce (Sawyer) to seize and operate the nation's steel mills to avert a threatened strike during wartime.

Prior to the attacks by al-Qaeda on 9/11 and 3/11, both the United States and Britain showed that during times of war and national emergency the balance between freedom and order shifted fairly far in the direction of order, allowing government in some instances near absolute power to deal with the emergency conditions. Though both countries regretted the actions taken after the crisis had passed, and even tried to compensate the victims of its national security policies, the fact remains that acts widely regarded as unlawful and grave wartime errors were committed. History suggests that courts were unable or unwilling to prevent the government from overreaching. If such abuses of government power had been allowed in the past, the fear is that they could be repeated today.

## **THE ENACTMENT OF NEW ANTI-TERRORISM LEGISLATION IN THE UNITED STATES AND THE UNITED KINGDOM**

The 9/11 attacks of al Qaeda led to the enactment of new, antiterrorism legislation in both the United States and the United Kingdom. For the United States the threat of international terrorism and the need for new tools to combat it were problems that geography had mercifully shielded from most Americans. But for the United Kingdom, terrorism and security measures related to the troubles in Northern Ireland had been all too familiar.

### **United Kingdom**

---

<sup>23</sup> 343 U.S. 579 (1952).

Antiterrorism legislation in the United Kingdom has developed over time largely in response to the strife in Northern Ireland. At about the same time relations improved in Northern Ireland, the threat of terrorism from global networks of Islamic militants began to increase. The government decided, based largely on the findings of Lord Lloyd in the "Inquiry into Legislation against Terrorism (1996)," that the time had arrived to put antiterrorism legislation on a "permanent footing."<sup>24</sup> The result was the Terrorism Act 2000, which broadened the definition of terrorism to include the new threats, prohibited fundraising on behalf of designated terrorist organizations, and increased law enforcement's powers to stop and search, arrest without warrant, and detain individuals suspected of terrorist activities.

Parliament reacted to the 9/11 attacks on the United States in two ways. First, it introduced and passed with great speed, a new law, the Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001, that aimed to strengthen the Terrorism Act 2000, especially in the area of immigration controls. Secondly, it took the action necessary to derogate from its obligations under Article 5 of the European Convention on Human Rights.<sup>25</sup> Derogation from Article 5, which guarantees the right to liberty and prohibits detention without trial, was believed to be necessary since the new act's most controversial provision (Section 23) was going to give the Home Secretary the power to detain suspected terrorists indefinitely without charge or trial.

### **United States**

In response to the 9/11 attacks, Congress passed the USA Patriot Act. Introduced in the House on October 2, 2001, the Act was passed with great speed and by overwhelming majorities in both the House (357-66) and the Senate (98-1). President George W. Bush signed the legislation into law on October 26, 2001.

The Patriot Act defines the crime of terrorism broadly and provides law enforcement agencies greater powers of surveillance, greater oversight of financial activities to disrupt the funding of terrorist groups, and new powers to access information on citizens through secret warrants. One of the most controversial provisions of the Act is Section 412 which permits the Attorney General to detain terrorist suspects for up to

---

<sup>24</sup> S.H. Bailey, D.J. Harris, and D.C. Ormerod, *Civil Liberties: Cases and Materials*, 5<sup>th</sup> ed. (2001), p. 567.

<sup>25</sup> Human Rights Act 1998 (Designated Derogation) Order 2001.

seven days if he certifies that he has reasonable grounds to believe that the suspects pose a threat to national security.

In 2006 Congress passed the Military Commissions Act, which, among other things, removed from the federal courts jurisdiction in cases brought by suspected enemy combatants being held at Guantanamo Bay, Cuba. As will be explained below, the act was passed in the aftermath of the U.S. Supreme Court's decision in Hamdan v. Rumsfeld (2006) ruled that the power to establish military commissions resides in Congress, not the Executive.

### **JUDICIAL CHALLENGES TO THE NEW LEGISLATION**

Courts in the United States and the United Kingdom have begun to hear challenges to their new, post-9/11 antiterrorism laws. The cases highlight the difficulties courts typically face when trying to strike the balance between counter-terrorism efforts and individual rights. The central question is whether and under what circumstances courts may review the government's security measures for legality or procedural regularity. In 2004 the U.S. Supreme Court decided two cases and the U.K. House of Lords decided one which answered many of the questions with regard to the government's policy on terror detentions.

The specific legal issues, as will be explained below, are different in the American and British cases. The American cases, Hamdi v. Rumsfeld (2004)<sup>26</sup> and Rasul v. Bush (2004),<sup>27</sup> which stemmed from the policy of holding indefinitely members of al Qaeda who had been captured on the battlefields in Afghanistan, focused mainly on procedural issues: What process is due to those who question the lawfulness of their detention? Are detainees entitled to such basic rights as the right to counsel, the right to file petitions for habeas corpus in U.S. courts, and the right to challenge their status as enemy combatants in a fair and impartial proceeding? The British case focused more on substantive issues: Does the government have the authority to detain indefinitely foreign nationals suspected of terrorist involvement? Is the country's antiterrorism law discriminatory, since the provision allowing detention without charge or trial applies only to foreigners? When read together these decisions suggest a new willingness by courts

---

<sup>26</sup> No. 03-6696, slip opinion (Decided June 28, 2004)

<sup>27</sup> No. 03-334, slip opinion (Decided June 28, 2004).

in the United States and Britain to review more carefully their government's security measures.

### **United States**

The U.S. Supreme Court in a pair of decisions handed down on June 28, 2004, made the first important adjustment to the constitutional balance between liberty and security since 9/11. In Hamdi v. Rumsfeld, the nation's highest court ruled that Hamdi, the American-born Saudi taken from the battlefield in Afghanistan and held since 2002 as an enemy combatant in a military prison, had a right to contest his classification before an impartial judge. Eight of the nine justices believed the open-ended detention was improper for either constitutional or statutory reasons. Justice O'Connor's plurality opinion, joined Chief Justice Rehnquist, Justice Kennedy and Justice Breyer, held that even though detention of enemy combatants had been allowed by Congress in its resolution authorizing the President to "use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attack,"<sup>28</sup> "due process demands that a citizen held in the United States as an enemy combatant be given a meaningful opportunity to contest the factual basis for that detention before a neutral decisionmaker."<sup>29</sup> Though Justice Souter, in a concurring opinion joined by Justice Ginsburg, questioned whether the Force Resolution properly authorized Hamdi's detention, they joined the plurality in its conclusion that Hamdi is entitled to a meaningful opportunity to contest the designation that is the reason for his detention.

Justice Scalia, in a dissenting opinion joined by Justice Stevens, concluded that Hamdi's indefinite detention was unconstitutional, and no meaningful opportunity to contest the designation could save it:

Where the Government accuses a citizen of waging war against it, our constitutional tradition has been to prosecute him in federal court for treason or some other crime. Where the exigencies of war prevent that, the Constitution's Suspension Clause, Art. I, Sect. 9, cl. 2, allows Congress to relax the usual protections temporarily.

---

<sup>28</sup> Authorization for the Use of Military Force, 115 Stat. 224.

<sup>29</sup> Hamdi v. Rumsfeld (2004), Justice O'Connor.

Absent suspension, however, the Executive's assertion of military exigency has not been thought sufficient to permit detention without charge.

For Justice Scalia, the key issue in judging the lawfulness of detentions such as Hamdi's is whether Congress has suspended habeas corpus. If Congress suspends habeas corpus in reaction to a national emergency, then indefinite detentions by the executive cannot be judged unlawful. If, on the other hand, Congress has not suspended habeas corpus, detained individuals like Hamdi ought to be granted a habeas decree and released.

Justice Thomas was the only justice on the Supreme Court who believed that Hamdi's detention was lawful. In his dissenting opinion, he argued that courts ought to defer to the President in matters dealing with national security. His argument is reminiscent of the one made by Justice Black in his opinion for the Court in Korematsu:

The Executive Branch, acting pursuant to the powers vested in the President by the Constitution and with explicit congressional approval, has determined that Yaser Hamdi is an enemy combatant and should be detained. This detention falls squarely within the Federal Government's war powers, and we lack the expertise and capacity to second-guess that decision.

In Rasul v. Bush (2004) the Supreme Court ruled 6-to-3 that federal courts have jurisdiction to review the status of hundreds of foreigners detained at Guantanamo Bay, Cuba. In making the argument for jurisdiction, Justice Stevens turned to English legal history:

Application of the habeas statute of persons detained at the base is consistent with the historical reach of the writ of habeas corpus. At common law, courts exercised habeas jurisdiction over the claims of aliens detained within sovereign territory of the realm, as well as claims of persons detained in the so-called "exempt jurisdictions," where ordinary writs did not run, and all other dominions under the sovereign's control. As Lord Mansfield wrote in 1759, even if a territory was "no part of the realm," there was "no doubt" as to the court's power to issue writs of habeas corpus if the territory was "under the subjection of the Crown."

By ruling that enemy combatants being held at Guantanamo Bay, Cuba are entitled to the protections of habeas corpus, the Supreme Court extended the reach of due process into the government's conduct of the war on terror. Together with its decision in Hamdi the U.S. Supreme Court indicated its willingness to determine if the government's antiterrorism policies are being carried out with the minimum harm possible to fundamental rights.

In Hamdan v. Rumsfeld (2006), the Supreme Court struck down the military commissions President Bush established by executive order to try suspected members of al Qaeda. In a 5-to-4 decision, the Court rejected the administration's arguments that the President as commander-in-chief had the power to establish military tribunals to try suspected enemy combatants despite the fact that they contravened provisions of the Geneva Convention that had been made part of American law. Justice Stevens writes:

We have assumed, as we must, that the allegations made in the Government's charge against Hamdan are true. We have assumed, moreover, the truth of the message implicit in that charge—viz., that Hamdan is a dangerous individual whose beliefs, if acted upon, would cause great harm....But in undertaking to try Hamdan and subject him to criminal punishment, the Executive is bound to comply with the Rule of Law that prevails in this jurisdiction.

The Supreme Court's ruling in the Hamdan case shifted the spotlight to Congress, which, according to the Court majority, had the power (not the President) to establish the rules and procedures of regular military courts-martial. Congress in 2006 enacted the Military Commissions Act, and, at the time of writing, the constitutionality of that act is now before the U.S. Supreme Court in a case called Boumediene v. Bush.<sup>30</sup>

### **United Kingdom**

In December 2004 the House of Lords ruled in an 8-to-1 decision that section 23 of the Anti-Terrorism, Crime and Security Act (2001) giving the Home Secretary the power to detain suspected terrorists without charge or trial violates Articles 5 and 14 of the European Convention on Human Rights. The Law Lords issued a "declaration of

---

<sup>30</sup> Docket No. 06-1195.

incompatibility” under section 4 of the Human Rights Act (1998) and referred the matter to Parliament which then had to decide if and how the law should be amended.

Lord Bingham of Cornhill, the senior lord of appeal, wrote the lead judgment. He reasoned that the fatal flaw in the government’s detention policy was the way it discriminated against foreign nationals. He began his judgment by describing the appellants and nature of their legal claims:

The appellants share certain common characteristics which are central to their appeals. All are foreign (non-UK) nationals. None has been the subject of any criminal charge. In none of their cases is a criminal trial in prospect. All challenge the lawfulness of their detention. More specifically, they all contend that such detention was inconsistent with obligations binding on the United Kingdom under the European Convention on Human Rights, given domestic effect by the Human Rights Act 1998...

In concluding his analysis of appellant’s claim of discriminatory treatment, Lord Bingham wrote:

The appellants were treated differently from both suspected international terrorists who were not UK nationals but could be removed and also from suspected international terrorists who were UK-nationals and could not be removed. There can be no doubt but that the difference in treatment was on grounds of nationality or immigration status (one of the proscribed grounds under Article 14).

The judgments of Lord Bingham’s colleagues identified other problems with the government’s detention policy. Several law lords expressed concern with the government’s claim that the threat of terrorism today requires extra-ordinary powers. Lord Nicholls of Birkenhead questioned whether the “wholly exceptional circumstances” needed to justify actions which were “anathema in any country which observes the rule of law” were present. Lord Hoffmann also raised this issue:

The Home Secretary has adduced evidence, both open and secret, to show the existence of a threat of serious terrorist outrages....But the question is whether such a threat is a threat to the life of the nation. The Attorney General’s submissions and the

judgment of the Special Immigration Appeals Commission treated a threat of serious physical damage and loss of life as necessarily involving a threat to the life of the nation. But in my opinion this shows a misunderstanding of what is meant by “threatening the life of the nation.”

Lord Walker was the lone dissenter who sided with the government in this case. But even his judgment spoke of the unique challenge facing the court in this case:

The detention without trial of terrorist suspects is therefore a crucial instance—probably the most crucial instance of all—of the problems of reconciling individual human rights with the interests of the community, and of determining the proper functions, in this process, of different arms of government.

He then explained that in cases such as this deference to the government authorities responsible for the country’s antiterrorism policy was required:

The appropriate intensity of scrutiny of decisions in this crucial area—involving both national security and individual rights—presents a real dilemma.... The court should show a high degree of respect for the Secretary of State’s appreciation, based on secret intelligence sources, of the security risks; but at the same time the court should subject to a very close scrutiny the practical effect which derogating measures have on individual human rights, the importance of the rights affected, and the robustness of any safeguards intended to minimise the impact of the derogating measures on individual human rights.

Unlike the United States Supreme Court, the House of Lords lacks the power to strike down the provisions within the antiterrorism law that offend fundamental principles of due process and rule of law. Nevertheless, in this landmark decision, the House of Lords came as close as it could to becoming a “constitutional court.” Now that the government’s detention policy had been declared incompatible with human rights, the pressure shifted to Parliament to change the offending law and procedures. Parliament responded by enacting the Prevention of Terrorism Act 2005. This act introduced “control orders” which empowered the Home Secretary to restrict a suspected person’s

freedom of movement and rights to associate and communicate with others. This new scheme was soon challenged in U.K. courts.

In 2007 the House of Lords ruled in a series of cases<sup>31</sup> that the most restrictive aspect of “control orders,” an 18-hour per day home curfew, and the provision that allowed intelligence-based evidence to be withheld from terrorist suspects and their lawyers, breached the human right to liberty and the right to a fair trial, respectively. However, the Law Lords upheld the broad outlines of the “control orders” regime and ruled that none of the existing control orders needed to be changed. The human rights group Justice said that this was a significant decision and “a victory for fairness over secrecy.”<sup>32</sup>

## CONCLUSION

There are two reasons that may explain why courts today, during this new age of terrorism, may be willing to review more carefully the government’s security measures. In the post-9/11 decisions by the British House of Lords and the U.S. Supreme Court, there was considerable concern about repeating the mistakes of the past. It was as if the ghosts of *Korematsu*, *Liversidge*, et alia were in the judges’ chambers. In his analysis of the government’s argument for indefinite detention in the *Hamdi* case, which was based largely on *Ex parte Quirin*, Justice Antonin Scalia wrote that this “case was not this Court’s finest hour.” Lord Hoffmann made a similar point in *A (FC) and others (FC)*:

There have been times of great national emergency in which habeas corpus has been suspended and powers to detain on suspicion conferred on the government. It happened during the Napoleonic Wars and during both World Wars in the twentieth century. These powers were conferred with great misgiving and, in the sober light of retrospect after the emergency had passed, were often found to have been cruelly and unnecessarily exercised.

---

<sup>31</sup> *Secretary of State for the Home Department v. E and another*, [2007] UKHL 47 (October 31, 2007); *Secretary of State for the Home Department v. MB (FC)*, [2007] UKHL 46; and *Secretary of State for the Home Department v. JJ and others*, [2007] UKHL 45.

<sup>32</sup> Peter Walker, “Control Orders Breach Human Rights, Law Lords Say,” *The Guardian*, October 31, 2007.

The second reason may be that the nature of the states of emergency in traditional wars between nations is different from the threats posed by global networks of terrorist organizations. In the past, during the periods of declared national emergency resulting from war, courts have shown considerable deference to government decision-makers. But today's war on terror is different. It is not a war against a country which is threatening the survival of one's own country. The current war on the global networks of terrorist organizations is a war without borders that is not going to end with a traditional surrender. Because of these differences, courts today may be reluctant to be as deferential as they were in the past.

Evidence of this concern about the nature of the al Qaeda threat to national security can be seen in the judges' reasoning. Lord Hoffmann asked and answered in considerable detail, "What is meant by 'threatening the life of the nation'?" Justice Sandra Day O'Connor wrote:

We recognize that the national security underpinnings of the "war on terror," although crucially important, are broad and malleable. As the Government concedes, "given its unconventional nature, the current conflict is unlikely to end with a formal cease-fire agreement... If the Government does not consider this unconventional war won for two generations, and if it maintains during that time that Hamdi might, if released, rejoin forces fighting against the United States, then the position it has taken throughout the litigation of this case suggests that Hamdi's detention could last for the rest of his life.

If courts are to play a greater role in reviewing the government's security measures, then what standard should they use? How much deference must courts give to the government's claims of necessity? Under the "no deference" approach, courts would conduct an independent review of the challenged actions and declare them null and void (or in the case of the United Kingdom, make a declaration of incompatibility) if they violate rule of law or fundamental rights. Under this approach courts would show no deference to government authorities and would make it practically impossible for government to ever derogate from basic rights. Under the "some deference" approach, courts would review carefully the reasons for the challenged action and determine if the action taken is proportionate to the danger posed. Under this approach courts would recognize the need to defer to the government on some matters and would allow

government to derogate from its commitment to protect basic rights only in the narrowest possible circumstances.

I believe that the “some deference” approach best describes the new, heightened judicial standard used by courts in the United States and the United Kingdom to review the government’s detention policies. It is clearly a standard more rigorous than the traditional one which regarded challenges to the government’s national security policies as non-justiciable political questions. And it is certainly a more realistic standard than the “no deference” approach, which views rights as absolutes that trump government policies on all occasions. Fundamental rights must not be sacrificed lightly in the war on terror. That is why the antiterrorist measures adopted must be proportionate and take into consideration key democratic values. The policy of indefinite detention, the courts rightly ruled, failed this test.

The United States and the United Kingdom are not the only liberal-democratic societies facing the threat of global terrorism today. Undoubtedly there will be cases challenging security measures brought in courts in other countries that value freedom and rule of law. Just how the courts respond will reveal much about the nature of law and the respect for fundamental freedom in the western world. Clearly there is much at stake. If courts in the western world begin to abandon the values at the core of their societies, then the terrorists will have won. To win the war on terror, courts must play a more activist role and keep the government from sacrificing freedom and the rule of law.

## **L'impatto ed i risvolti della direttiva MiFID sul Testo Unico Finanza**

di Gaia Rubba

**Sommario:** Introduzione; 1) La direttiva MiFID ed il suo recepimento in Italia; 2) L'impatto della MiFID sul Decreto Legislativo del 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.); 3) Aspetti problematici: il difficile coordinamento tra la direttiva MiFID e la direttiva Prospetto, in particolare sotto il profilo della individuazione delle diverse tipologie di investitori; Conclusioni.

### **Introduzione**

Il recente decreto legislativo che riforma il diritto dell'intermediazione finanziaria, dando attuazione in Italia alla Direttiva europea 2004/39/CE (cd. "Direttiva MiFID), va ad incidere su di un ambito particolarmente esteso e complesso di attività, prodotti e servizi finanziari.

Risulta, pertanto, interessante evidenziare quali siano gli aspetti che risultano maggiormente modificati dalla Direttiva medesima, nonché le problematiche che l'attuazione di un *corpus* regolamentativo così articolato di norma comporta.

### **La direttiva MiFID ed il suo recepimento in Italia**

La Direttiva n. 2004/39/CE sui Mercati di Strumenti Finanziari (di seguito Direttiva MiFID dall'acronimo inglese che sta per Markets in Financial Instruments Directive) rientra nel Piano d'azione degli strumenti finanziari (di seguito FSAP dall'inglese Financial Services Action Plan) adottato dalla Commissione Europea nel maggio 1999.

Il FSAP è un insieme di 42 Direttive finalizzate alla creazione di un mercato europeo dei capitali integrato, in grado di competere con quelli statunitensi per profondità, liquidità e flessibilità, e tra queste, la Direttiva MiFID è quella che può definirsi di maggiore impatto sull'ordinamento interno.

La MiFID è in vigore dal 1° novembre 2007 e sostituisce la precedente legislazione comunitaria in materia, basata sulla Direttiva n. 93/22/CEE riguardante i "Servizi di investimento nel settore degli strumenti finanziari" (Investment Services Directive- ISD), entrata in vigore il 10 maggio 1993. L'ISD è stata recepita nell'ordinamento italiano dal D.Lgs. 425/1996 poi confluito nel D.Lgs. n. 58/1998 (Testo Unico della Finanza- T.U.F.), nonché dalla regolamentazione attuativa CONSOB (Delibere n. 11522/1998, n. 11768/1998, e n. 11971/1999).

Le ragioni che hanno portato alla decisione di sostituire la Direttiva ISD, così come indicato sia dalla Commissione Europea nelle motivazioni portate a supporto della proposta di adozione della MiFID, sia nei considerando iniziali del testo definitivo della MiFID stessa, sono legate all'evoluzione del mercato finanziario europeo, che ha visto aumentare il numero degli investitori che operano nei mercati finanziari e la complessità della gamma di servizi e strumenti<sup>1</sup> che viene loro offerta.

Alla luce di tali sviluppi è stato, pertanto, ritenuto opportuno adeguare il quadro giuridico comunitario per disciplinare, per quanto possibile, tutte le attività destinate agli investitori.

Per quel che concerne il processo di revisione della direttiva MiFID, va rilevato che l'approccio legislativo adottato con la Risoluzione del Consiglio Europeo di Stoccolma nel marzo 2001, si rifà alla "procedura Lamfalussy" o "procedura di comitatologia". Quest'ultima, che trae il nome dal Barone Alexandre Lamfalussy che presiedeva il "Comitato dei Saggi", si articola in quattro livelli.

Al livello 1, la Commissione Europea definisce le regole chiave e i principi base della nuova normativa che vengono adottati mediante la "procedura di codecisione" che, come noto, coinvolge sia il Parlamento Europeo, sia il Consiglio Europeo.

La legislazione di livello 2 contiene le misure tecniche necessarie per rendere operativi i principi posti al livello 1. Tali misure tecniche vengono adottate dalla Commissione Europea attraverso specifici provvedimenti, con l'approvazione dei rappresentanti governativi dei singoli Stati Membri dell'Unione Europea (ESC- European Securities Committee).

Le misure tecniche di livello 2 sono predisposte dalla Commissione Europea, con il supporto dei lavori di un "Comitato di livello 3", composto dalle Autorità di Vigilanza degli Stati membri dell'Unione Europea<sup>2</sup> (CESR- Committee of European Securities Regulators), che a sua volta si deve consultare con gli operatori del mercato finanziario.

Il "Comitato di livello 3", inoltre, si deve adoperare per garantire la convergenza della supervisione da parte degli Stati membri e per definire la "best practice". Pertanto, il CESR può adottare sia linee guida non vincolanti al fine di facilitare l'applicazione

---

<sup>1</sup> Sull'ambito di applicazione della nuova nozione di strumento finanziario, cfr. C. Motti, "La "finanziarietà" dei commodity derivatives: prime riflessioni a margine della Direttiva Mifid, in (a cura di) M. Lamandini - C. Motti, *Scambi su merci e derivati su commodities, Quali prospettive?*, 2006, 496 ss..

<sup>2</sup> Non vanno disconosciuti, peraltro, la partecipazione della Consob, in via consultiva, alla stessa predisposizione della normativa di fonte primaria, ed in particolare alla definizione dei decreti legislativi, così come, in altro campo, il suo intervento nelle iniziative regolatorie promosse dall'*International Organization of Securities Commission*.

coerente e uniforme del livello 1 e del livello 2, sia standard comuni su materie non coperte dalla direttiva, se compatibili con i livelli 1 e 2.

Infine, al livello 4, la Commissione Europea verifica l'effettiva conformità degli Stati Membri alla legislazione comunitaria e si attiva affinché questa venga effettivamente adottata.

In relazione, più in particolare, alla MiFID, si rileva che il processo di revisione della disciplina comunitaria ha portato attualmente alla definizione del livello 1 (Direttiva comunitaria n. 2004/39/CE, del 21 aprile 2004, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, L. n. 145 del 30 aprile 2004) e del livello 2 (Direttiva attuativa n. 2006/73/CE e Regolamento attuativo n. 1287/2006/CE del 10 agosto 2006, pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, L. n. 241 del 2 settembre 2006) della procedura Lamfalussy.

Sono, inoltre, tuttora in corso i lavori del CESR per il livello 3, che prevede l'emanazione di linee guida finalizzate alla convergenza della supervisione da parte degli Stati membri (cd. Regulatory Convergency).

Nello stesso tempo, la MiFID si caratterizza per essere disciplina di armonizzazione massima, tale da lasciare poco spazio agli stati membri in sede di recepimento e, soprattutto, da limitare notevolmente la possibilità per gli Stati stessi di prevedere obblighi o misure aggiuntivi rispetto a quelli previsti dalla Direttiva (il cd. Divieto di "goldplating")<sup>3</sup>.

Con il D.Lgs. n. 164 del 17 settembre 2007 è stata poi data attuazione alla Direttiva MiFID nell'ordinamento nazionale.

Il recepimento si è sostanzialmente, anche se non del tutto, completato, con la successiva approvazione, da parte della Consob, del nuovo testo del Regolamento intermediari (Regolamento approvato con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007) e del Regolamento Mercati (Regolamento approvato con delibera n. 16191 del 29 ottobre 2007), nonché con l'emanazione del nuovo Regolamento congiunto, approvato in data 29 ottobre 2007 dalla Consob e dalla Banca d'Italia ai sensi del disposto dell'art. 6-bis del D.Lgs. n. 58/1998.

Inoltre, bisognerà tenere conto delle ulteriori modifiche (alle disposizioni in materia di prospetto relativo all'offerta pubblica o all'ammissione alla negoziazione di

---

<sup>3</sup> Ciò allo scopo di garantire un'effettiva parità di trattamento dei cittadini degli Stati della UE, facendo in modo di assicurare il massimo livello di armonizzazione possibile tra le legislazioni interne dei diversi Stati, cercando di evitare, però, l'insorgere di situazioni discriminatorie.

strumenti finanziari in un mercato regolamentato) che potranno intervenire a seguito dell'approvazione, e dell'inserimento nel T.U.F., di talune delle osservazioni svolte nel Documento di Consultazione Consob, del 28 Dicembre 2007<sup>4</sup>.

Si anticipa fin da ora che con il recepimento della MiFID la disciplina del mercato mobiliare e finanziario in genere subisce un nuovo, profondo cambiamento, unitamente a quelli introdotti dal legislatore nazionale con la L. n. 262/2005, e quelli discendenti dal recepimento di altre importanti Direttive, tra le quali si ricordano la Direttiva sul prospetto e quella in materia di O.P.A..

Questo perché la Direttiva MiFID incide su di un ampio ventaglio di attività, prodotti e servizi finanziari, secondo un'impostazione che risulta più articolata di quanto riscontrato in altri sistemi comunitari.

#### **L'impatto della MiFID sul Decreto Legislativo del 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.)**

Si è già introdotta la riflessione sulla notevole influenza che la Direttiva MiFID esercita sulla disciplina posta dal T.U.F., e che risulta, dunque, di difficile sintesi.

Volendo, tuttavia, individuare il nucleo centrale delle innovazioni che discendono dalla medesima, esse si traducono, da un lato, nella revisione della disciplina dettata per la prestazione dei servizi di investimento e, dall'altro, nella modifica delle norme previste per i mercati regolamentati.

Si noti che la detta suddivisione è utile in senso meramente "descrittivo" poiché, proprio in virtù della MiFID, il "confine" tra la disciplina dei servizi di investimento e la disciplina dei mercati regolamentati si assottiglia sino quasi a scomparire, almeno in taluni ambiti.

In particolare, la stessa possibilità per gli intermediari di prestare direttamente servizi e attività che configurano, di fatto, veri e propri "mercati" di scambio degli strumenti finanziari (la cd. Gestione di sistemi multilaterali di negoziazione e l'internalizzazione sistematica di ordini) rende artificioso distinguere ormai nettamente, nell'ambito della disciplina del mercato mobiliare, tra regole relative ai mercati e regole relative ai servizi di investimento.

Considerando, in particolare, la disciplina dei servizi di investimento il recepimento della Direttiva si traduce, innanzitutto, nella revisione delle definizioni di cui

---

<sup>4</sup> Consultabile sul sito: [www.consob.it](http://www.consob.it).

all'art. 1 T.U.F.<sup>5</sup>, che vengono ampliate e adattate al fine di far spazio alle nuove fattispecie di servizi di investimento e di strumenti finanziari regolate dalla MiFID.

Per tale via, l'elenco dei servizi di investimento si arricchisce di due nuove attività (il servizio di consulenza in materia di investimento e la gestione di sistemi multilaterali di negoziazione), e quello degli strumenti finanziari viene, da un lato, ristrutturato per adeguarsi al testo della Direttiva e, dall'altro, notevolmente arricchito al fine di includere le (nuove) categorie di strumenti finanziari disciplinati dalla Direttiva, con particolare riguardo alla categoria, particolarmente complessa, degli strumenti derivati.

Tra i profili da segnalarsi vi è, in primo luogo, quello relativo alla ricomprensione del servizio di consulenza tra le attività riservate, secondo un modello che richiama quello adottato in Italia con la L. 2 gennaio 1991, n. 1, poi abrogato con il recepimento della Direttiva sui servizi di investimento: si deve, tuttavia, osservare che la nuova definizione di servizio di consulenza si dissocia dalla nozione precedente, giacché attualmente si considera che vi sia la prestazione del servizio in presenza di *"raccomandazioni personalizzate a un cliente.....relative ad un determinato strumento finanziario"*, secondo un'impostazione che non coincide con la tradizionale distinzione tra consulenza cd. "generica" e "strumentale" che in precedenza serviva da criterio per identificare il contenuto del vero e proprio servizio di consulenza.

Il servizio che consiste nella gestione di sistemi multilaterali di negoziazione è, invece, del tutto nuovo (art. 1, comma 5 e 5-octies T.U.F.), e la sua introduzione si pone in diretto rapporto con le nuove regole previste per quanto attiene ai mercati regolamentati.

In particolare, una delle innovazioni di maggior peso che la MiFID introduce consiste nella definitiva eliminazione (per gli Stati membri che ancora la prevedevano) della cd. Regola di "concentrazione" delle operazioni nei mercati regolamentati e nella contemporanea equiparazione di (quantomeno) tre diverse *trading venues* come possibili sedi di esecuzione degli ordini (anche e, soprattutto, al fine di verificare il rispetto degli obblighi di *best execution*).

In tale prospettiva, i sistemi multilaterali di negoziazione rappresentano, in uno con i mercati regolamentati e i cd. "internalizzatori sistematici", una delle tre sedi

---

<sup>5</sup> Cfr., ad esempio, le nuove definizioni di "Offerta al pubblico di prodotti finanziari (in luogo della precedente definizione di "sollecitazione all'investimento"), all'art. 1, comma 1, lett. t), del TUF e di "Offerta pubblica di acquisto e scambio", all'art. 1, comma 1, lett. v), del TUF.

deputate all'esecuzione degli ordini nel nuovo sistema, accomunate da regole comuni in tema di trasparenza, meccanismi di funzionamento e tutela degli investitori.

La peculiarità, come detto, consiste in ciò che la gestione di un sistema multilaterale di negoziazione (che altro non rappresenta che un mercato non regolamentato) è soggetta alla disciplina dei servizi di investimento, piuttosto che a quella dell'organizzazione e gestione dei mercati, con il che, per l'appunto, si ritrova conferma di quanto si è anticipato circa il tendenziale assottigliarsi delle differenze tra regole di mercato e regole proprie delle attività di intermediazione. A fianco delle due *venues* si pongono, altresì, gli internalizzatori sistematici (art. 1, comma 5-ter T.U.F.), che, nell'ambito di un'attività di negoziazione in conto proprio, offrono liquidità al mercato, ponendosi in diretta concorrenza con i mercati regolamentati e gli MTF.

Il recepimento della Direttiva ha, poi, rappresentato l'occasione per il legislatore italiano di intervenire anche sull'ambito della struttura e dei poteri delle Autorità di Vigilanza: intervento niente affatto necessitato o imposto dal recepimento della Direttiva ma che si colloca nella prospettiva dell'ampio dibattito che, ormai da tempo, caratterizza il sistema italiano sul tema delle competenze e dei poteri (nonché dei limiti) delle Autorità di regolazione, sia nel settore finanziario, sia in altri settori. Sotto tale ultimo profilo, con il D.Lgs. n. 164/2007 si realizza un ampio intervento di "riordino" degli artt. 5 e ss. Del T.U.F., con novità di notevole peso.

Ferma restando l'impostazione di fondo della disciplina, improntata ad un criterio di ripartizione "funzionale" delle competenze tra Consob e Banca d'Italia, si assiste ad una riformulazione delle finalità generali della vigilanza (art. 5), all'esplicitazione dei "principi fondamentali" ai quali si impronta l'attività di vigilanza regolamentare (art. 6), nonché all'individuazione di una serie di ambiti nei quali la Banca d'Italia e la Consob godono di poteri regolamentari da esercitarsi congiuntamente (art. 6, comma 2-bis), secondo un'impostazione del tutto nuova che dovrebbe migliorare il coordinamento tra le due Autorità, soprattutto negli ambiti con riferimento ai quali la ripartizione delle competenze per "finalità" generava sovrapposizioni e duplicazioni di interventi.

Oltre ad intervenire sulle procedure e sui criteri per il rilascio delle autorizzazioni alla prestazione dei servizi, il D.Lgs. n. 164/2007 allinea, inoltre, la disciplina del T.U.F. alle disposizioni comunitarie per quanto attiene alla prestazione dei servizi di investimento: le maggiori impostazioni, in realtà, si attuano a livello delle norme regolamentari di attuazione delle nuove disposizioni del T.U.F. e, in particolare, del nuovo

Regolamento intermediari e del nuovo Regolamento congiunto emanato ai sensi del già richiamato art. 6, comma 2-bis.

In una prospettiva più generale, si assiste, dunque, al tentativo di rafforzare profili che attengono alla trasparenza e all'informativa precontrattuale, mediante l'imposizione, in capo ai soggetti abilitati, di nuovi e più pregnanti obblighi di *disclosure*, con riferimento sia al soggetto abilitato, sia alle caratteristiche e ai rischi dei servizi e dei prodotti finanziari<sup>6</sup>.

Secondo quando richiesto dalla MiFID, viene rimodellata la disciplina in tema di "adeguatezza" delle operazioni, che ora viene a caratterizzare la prestazione dei "soli" servizi di gestione di portafogli e consulenza, laddove, di contro, la prestazione degli altri servizi è soggetta al meno rigoroso requisito di "appropriatezza". Inoltre, si prevede, per taluni servizi, la possibilità di prestazione in modalità "execution only", ovvero senza che trovino applicazione le più tipiche norme di protezione previste, in generale, per la prestazione dei servizi di investimento.

Ampi intereventi caratterizzano, inoltre, la disciplina del conflitto di interessi<sup>7</sup>: viene meno la tradizionale soluzione basata su di un meccanismo di "*disclose or abstain*", e l'accento viene posto sull'obbligo, posto in capo all'intermediario, di organizzarsi al fine di eliminare o ridurre il rischio di conflitti di interessi: la *disclosure* all'investitore rappresenta, in tale ambito unicamente l'estrema *ratio*, nell'ipotesi in cui i presidi organizzativi non siano ritenuti sufficienti a scongiurare il rischio che i conflitti possano nuocere agli interessi degli investitori (artt. 30 e ss. del Regolamento congiunto).

La nuova impostazione si presta, peraltro, a valutazioni divergenti, in quanto, pur puntando ad una gestione "più sostanziale" dei conflitti, rende meno trasparente la loro gestione nei riguardi dell'investitore che, in realtà, ne viene reso edotto in via del tutto secondaria.

Alla luce dell'eliminazione della regola di concentrazione, nuove e articolate disposizioni regolano il rispetto della regola di *best execution* in sede sia di esecuzione, sia di trasmissione degli ordini.

---

<sup>6</sup> Sul piano legislativo, la norma fondamentale che impone precisi obblighi di condotta in capo all'intermediario finanziario, è l'art. 21, comma 1, TUF le cui lettere a) e b), stabiliscono, rispettivamente, che quest'ultimo deve "comportarsi con diligenza, correttezza, e trasparenza, nell'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati" ed "acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati.

<sup>7</sup> Oltre alle segnalazioni relative a potenziali e concrete situazioni di conflitto di interessi, ai sensi della nuova normativa di fonte europea, l'intermediario dovrà comunque, sempre ed in ogni caso, fornire al cliente una descrizione, anche sintetica, della politica adottata dall'impresa d'investimento stessa in materia di conflitti

In tale ambito, alla luce della sostanziale "parificazione" tra le diverse trading venues, gli intermediari devono elaborare (e comunicare agli investitori) una strategia di esecuzione ordini che consenta ragionevolmente di ottenere, in modo stabile, le migliori condizioni per l'investitore: sotto tale profilo, il criterio principale per valutare le migliori condizioni possibili è rappresentato dal "corrispettivo totale" dell'operazione (ossia, il prezzo dello strumento finanziario, e tutti i costi connessi con l'operazione); per i rapporti con clienti diversi da clienti al dettaglio, a tale criterio se ne possono aggiungere altri, quali le dimensioni dell'ordine, la liquidità dell'operazione, o le caratteristiche del mercato di esecuzione.

Nelle attività di trasmissione degli ordini, i detti criteri devono servire per elaborare una strategia di "trasmissione" degli ordini che, nuovamente, consenta di ottenere "il miglior risultato possibile". Appare così evidente che, nel sistema recato dalla MiFID, la regola di "best execution" viene, in certa misura, relativizzata, e ciò in quanto la ricerca delle migliori condizioni non ha luogo in modo assoluto, ma con riferimento alle sedi di esecuzione preventivamente individuate (e verificate) dall'intermediario: con il che, peraltro, si pone l'accento sulla diligenza nell'elaborazione della strategia di trasmissione e/o esecuzione, e sui criteri con la quale la stessa viene identificata.

Sotto tale profilo, la disciplina si presta parimenti a valutazioni divergenti, in quanto si tratterà di verificare nel tempo se il nuovo assetto comporti un effettivo miglioramento delle condizioni di esecuzione degli ordini, a vantaggio degli investitori finali. Il "disegno" perseguito dal legislatore comunitario muove, dichiaratamente, in tal senso, in quanto mira a porre le diverse sedi di esecuzione in diretta concorrenza tra loro, e a migliorare così la liquidità e l'efficienza dei mercati, ma non è agevole concludere che, al di là delle declamazioni, tale obiettivo possa dirsi effettivamente raggiunto.

In particolare, si consideri che le regole di trasparenza dettate per le diverse *trading venues*, e che dovrebbero rappresentare il punto focale della nuova disciplina dei mercati, non si applicano, in base alla Direttiva, allo stesso modo a tutti i mercati e/o a tutte le tipologie di strumenti finanziari: nello specifico, esse non trovano applicazione (se non marginalmente) agli strumenti finanziari diversi dalle azioni. In tal senso, peraltro, la Consob, nel nuovo Regolamento mercati, ha disposto un'estensione parziale di tali regole anche agli strumenti diversi dalle azioni, sopperendo così almeno parzialmente ad una vistosa lacuna della disciplina comunitaria.

Di notevole rilievo risultano, altresì, le nuove regole in tema di "incentivi" (art. 52 RI), con le quali si limita la possibilità per gli intermediari di ricevere, o pagare,

retrocessioni commissionali, o altri incentivi non monetari: di fatto, la disciplina ora consente di pagare o ricevere incentivi soltanto qualora l'importo sia reso trasparente all'investitore, e qualora ciò si traduca in un effettivo accrescimento della qualità del servizio reso al cliente stesso. Si segnala, peraltro, che, nel documento che ha accompagnato l'approvazione del testo del nuovo Regolamento intermediari, la Consob ha assunto, sul punto, un'impostazione rigorosa, perfettamente aderente al dettato comunitario con il quale ha notevolmente limitato la possibilità per gli intermediari di trattenere le retrocessioni in parola.

Per effetto del recepimento della Direttiva, si assiste anche ad una nuova classificazione della clientela, rispetto a quanto recato dalla disciplina precedente.

Su tale punto, però, particolarmente delicato, ci si soffermerà nel paragrafo successivo.

Nell'ambito della materia dei servizi di investimento risultano, di contro, minori gli impatti del recepimento della Direttiva sulla disciplina dell'offerta fuori sede, e delle tecniche di comunicazione a distanza.

Nel primo caso, ciò si verifica in quanto il legislatore non ha inteso avvalersi di alcune opzioni pur consentite dalla Direttiva in tema di "agenti collegati" (ad esempio, la possibilità di consentire l'esercizio dell'attività di promotore finanziario in forma societaria); nel secondo, ciò è dovuto al fatto che la disciplina è, in realtà, incisa da altre, e più specifiche, Direttive in materia e, in tale ambito, dal D.Lgs. n. 190/2005.

In riferimento alla materia dei mercati regolamentati, risultano ugualmente ampi gli interventi apportati dal D.Lgs. n. 164/2007: gli artt. 61 ss. T.U.F. vengono in più punti incisi dal recepimento della Direttiva (a breve distanza di tempo, peraltro, dagli interventi apportati dalla legge n. 22/2005), in primo luogo al fine di assicurare il recepimento delle disposizioni della MiFID in tema di requisiti di "organizzazione" delle società di gestione dei mercati (esponenti aziendali, partecipanti al capitale, etc...).

Viene confermato il principio di autoorganizzazione delle società di gestione del mercato, nel quadro, però, del regolamento della Consob che ne stabilisce i requisiti minimi di organizzazione come previsto dalla delega (Legge 18 aprile 2005 n. 62, art. 9-bis, comma 1, lett. m), n. 3). In base all'art. 64 T.U.F., la Consob deve richiedere la sospensione o l'esclusione di uno strumento finanziario dalle negoziazioni qualora questo sia stato oggetto di analogo provvedimento da parte di autorità competenti di altri Paesi membri; al fine di consentire alle Autorità degli altri Paesi membri l'esercizio dell'analogo potere, si prevede un obbligo informativo relativo alle ipotesi in cui l'Autorità stessa abbia

richiesto alla società di gestione l'esclusione o la sospensione di uno strumento finanziario assunte dalla società di gestione del mercato.

Nel nuovo art. 66-bis del T.U.F. vengono regolate le competenze di vigilanza concomitanti della Consob e dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas per i mercati regolamentati per la negoziazione di strumenti finanziari derivati sull'energia elettrica e il gas, che, come già osservato, rientrano attualmente (stante l'ampia nozione di "strumenti derivati" recata dalla Direttiva), nell'ambito di applicazione della disciplina del Testo Unico.

Si rileva, infine, che viene abolita dal sistema la nozione (e la conseguente disciplina) dei cd. "sistemi di scambi organizzati" (ex art. 78 T.U.F.), in quanto ora riassorbita dalle regole in tema di "internalizzazione sistematica", da un lato, e di sistemi multilaterali di negoziazione, dall'altro lato.

Con riguardo all'estensione della disciplina al settore della gestione collettiva del risparmio, si ribadisce che la stessa è essenzialmente frutto di una scelta interna, non imposta dalla Direttiva e che le Autorità di vigilanza hanno motivato alla luce dell'esigenza di evitare "disallineamenti" nella regolamentazione dei diversi servizi di gestione. Tale estensione comporta l'applicazione, non senza difficoltà di coordinamento, alla gestione collettiva, delle regole di condotta previste per i servizi di investimento, a cominciare da quelle in materia di trasparenza e informativa precontrattuale, sino a quelle che attengono all'organizzazione del soggetto (tra cui quelle in materie di conflitto di interessi), e agli obblighi di *best execution*. Anche in questo caso, il "corpo" principale delle norme di riferimento è rinvenibile nel nuovo Regolamento intermediari (art. 65 ss.).

Pertanto, si può concludere che la Direttiva Mifid ha innovato profondamente lo scenario legislativo, introducendo nuovi ed articolati meccanismi di relazione investitori - operatori del settore - mercato.

E, dunque, proprio perché si è tenuto conto della complessità delle regole così introdotte, è stato previsto un regime transitorio, in base al quale, ferma restando l'immediata applicazione delle nuove previsioni, l'adeguamento dei contratti in essere con la clientela potrà avvenire entro il 30 giugno 2008.

**Aspetti problematici: il difficile coordinamento tra la direttiva MiFID e la direttiva Prospetto, in particolare sotto il profilo della individuazione delle diverse tipologie di investitori**

Una volta esaminati, seppur riassumendoli, gli aspetti del recepimento della Direttiva in parola e delle conseguenze in termini di modifica al T.U.F., è opportuno soffermarsi su di un aspetto delicato (l'individuazione del soggetto cui il servizio si rivolge come cliente *retail* o cliente professionale), la cui problematicità deriva, più in generale, dallo stratificarsi di fonti di origine diversa, non sempre perfettamente allineate tra di loro.

Si premette intanto che la MiFID stabilisce tre principi fondamentali che si applicano alle imprese che svolgono attività d'investimento.

Essi sono: agire in modo onesto, equo e professionale, per servire al meglio gli interessi degli investitori (ciò per riequilibrare, per quanto possibile, la situazione di svantaggio in cui l'investitore si viene a trovare nei confronti di un'impresa, che in quanto esperta del settore, si trova in una condizione informativa e di potere contrattuale maggiore); fornire informazioni appropriate e complete che siano corrette, chiare e non fuorvianti; offrire dei servizi che tengano conto del profilo<sup>8</sup> del singolo investitore.

I detti principi vanno intesi in un ordine cronologico e rispecchiano le diverse fasi del processo d'investimento, nonché l'organizzazione e la conduzione delle attività dell'impresa d'investimento.

In primo luogo, prima di fornire un servizio d'investimento, l'impresa cui l'investitore si rivolge ha il dovere di classificare il medesimo alternativamente come Cliente al dettaglio (Retail) o Cliente Professionale.

La distinzione non è evidentemente priva di importanza, poiché dalla diversa classificazione discendono tutta una serie di differenze di trattamento tra le due tipologie di investitori.

In particolare, al Cliente Retail viene offerto il massimo grado di tutela nell'affrontare l'investimento, laddove al Cliente professionale si riconosce una protezione minore, in ragione delle sue conoscenze ed esperienze in materia.

---

<sup>8</sup> Risulta maggiormente evidente, in tale contesto, la strumentalità della «*know your customer rule*» rispetto all'obbligo dell'intermediario di verificare la compatibilità dell'operazione rispetto al profilo del cliente. Si procederà, così, ad una graduazione della tutela dell'investitore, parametrata al diverso servizio di investimento prestato: laddove l'intermediario sarà tenuto ad emettere un giudizio di adeguatezza, sarà altresì e previamente obbligato a conoscere in modo approfondito le caratteristiche soggettive del risparmiatore; laddove, invece, dovrà formulare un giudizio di appropriatezza, sarà vincolato a chiedere al cliente soltanto talune informazioni circa il rispettivo profilo; *l'executor only*, che di contro non è chiamato ad effettuare alcun giudizio di congruità dell'operazione, è correlativamente esentato anche dall'obbligo di assumere informazioni sulla controparte contrattuale.

Inoltre, la classificazione non è rigida, bensì può subire delle modificazioni nel senso che l'autonomia privata potrà esplicare i propri effetti rispetto alla qualificazione dello *status* dei risparmiatori.

Infatti, da una parte, i clienti che sono tali "di diritto"<sup>9</sup>, i quali (presuntivamente considerati, sulla base di una valutazione astratta, dotati, come detto, di conoscenze ed esperienze necessarie), se intenderanno ricevere "un livello più elevato di protezione", dovranno chiederlo espressamente, stipulando un accordo scritto volto a non essere considerati "professionali", previa attestazione di "non essere in grado di valutare o gestire correttamente i rischi assunti".

Dall'altra, i semplici investitori, ivi compresi singoli privati, laddove soddisfino taluni requisiti sostanziali (in punto di frequenza e dimensione delle operazioni svolte, di valore del portafoglio investito in strumenti finanziari e di lavoro prestato nel settore dei mercati mobiliari), possono richiedere di essere considerati "clienti professionali" mediante un'articolata procedura che consta di due diverse dichiarazioni scritte. In tal modo, essi potranno essere autorizzati, anche limitatamente a taluni servizi o strumenti, a rinunciare ad alcune delle tutele insite nella previsione di obblighi di condotta in capo agli intermediari, ma questi ultimi non potranno ugualmente considerare tali investitori come dotati di conoscenza ed esperienze adeguate se non a seguito di un'ulteriore verifica<sup>10</sup>.

D'altra parte, considerata, dunque, l'importanza operativa della distinzione<sup>11</sup> in parola, si auspica un coordinamento fra la definizione di investitori qualificati riportata nella bozza di Regolamento Emittenti (comma 1, lett.a-bis<sup>12</sup>), che recepisce il contenuto

---

<sup>9</sup> La modifica rispetto all'attuale bipartizione, che distingue i clienti *retail* da quelli professionali, comporterà problemi di diritto intertemporale. Tuttavia, l'art. 71, paragrafo 6 e l'allegato II della direttiva n. 2004/39/CE consentono agli Stati membri, in via transitoria, di considerare clienti professionali quei risparmiatori che sono già qualificati «operatori qualificati» ai sensi della vigente disciplina, sempreché tale definizione sia stata adottata sulla base di parametri comparabili a quelli della nuova normativa: si ritiene, pertanto, che possano rientrare in tale novero le tipologie di investitori elencate all'art. 31 del Regolamento Intermediari.

<sup>10</sup> Nei due casi delineati, le dette richieste, volte ad una diversa classificazione, sembrano delinearsi quali dichiarazioni negoziali.

<sup>11</sup> Classificazione che scardinerà la *summa divisio*, emergente nella normativa vigente, tra «operatori qualificati» ed altri clienti. Sul punto, F. BRUNO e A. ROZZI, *Il destino dell'operatore qualificato alla luce della MIFID*, in *Le Società*, 2007, p. 277.

<sup>12</sup> In base all'art. 33 della medesima, sono considerati investitori qualificati: 1) le persone giuridiche autorizzate o ammesse ad operare dalla disciplina di settore sui mercati finanziari, compresi le banche, le imprese di investimento, le imprese di assicurazione, gli organismi di investimento collettivo del risparmio, le società di gestione del risparmio, le società di gestione armonizzate, i fondi pensione, gli intermediari finanziari iscritti negli elenchi previsti dagli artt. 106, 107 e 113 del Testo Unico Bancario, le società di cui all'art. 18 del Testo Unico Bancario, le fondazioni bancarie, le imprese la cui attività principale consista nel negoziare per conto proprio merci come pure le entità non autorizzate né regolamentate aventi come esclusivo scopo sociale l'investimento in strumenti finanziari; 2) i governi nazionali e le amministrazioni regionali, le banche centrali, le istituzioni internazionali e sopranazionali quali il Fondo monetario internazionale, la Banca Centrale Europea, la

della Direttiva Prospetti<sup>13</sup> (ovvero la Direttiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio Europeo relativa al prospetto da pubblicare per l'offerta o l'ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari), e le definizioni, recate dalla normativa della Direttiva in parola, di controparti qualificate<sup>14</sup> e clienti professionali<sup>15</sup>.

Tali definizioni, come a breve si spiegherà, coincidono solo parzialmente<sup>16</sup> e pungono punti di incertezza e di difficoltà operativa per gli intermediari.

Ad esempio, laddove una Banca si sia attrezzata per riservare alla categoria dei clienti professionali, sulla base della definizione contenuta nel Regolamento Intermediari n. 16190, norme comportamentali differenti rispetto alla clientela al dettaglio, la stessa classificazione e gli stessi criteri di gestione, anche a livello tecnico/informatico, potrebbero non valere ai fini della possibilità di individuare le categorie di investitori cui sia accessibile l'acquisto di euro-obbligazioni. Ciò, sempre a titolo esemplificativo, potrebbe valere per le piccole e medie imprese e per le persone fisiche residenti in Italia che chiedano alla Consob di essere iscritti – laddove in possesso dei requisiti richiesti<sup>17</sup> - nell'apposito registro degli investitori qualificati tenuto presso la Consob stessa. In altre parole, laddove la Consob confermasse la definizione di investitori qualificati allo stato

---

Banca Europea per gli Investimenti e altre organizzazioni internazionali simili; 3) le piccole e medie imprese aventi sede legale in Italia e iscritte nel registro previsto dall'art. 33-bis; 4) le persone giuridiche che soddisfano almeno due dei tre criteri previsti dall'art. 3, comma 1 lettera b); 5) le persone fisiche residenti in Italia e iscritte nel registro previsto dall'art. 33-bis.

<sup>13</sup> Si segnala, in proposito, che il 5 settembre 2007 L'European Securities Markets Experts Group (ESME) ha pubblicato il "Report on Directive 2003/71/EC of the Parliament and the Council on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading". Il documento in parola contiene alcune considerazioni di rilievo ed è volto a supportare la Commissione nel formulare, a più di quattro anni di distanza dall'emanazione della direttiva prospetto, una valutazione in merito agli obiettivi finali della direttiva stessa (e del regolamento EC N. 809/2004), consistenti nell'innalzamento della protezione degli investitori e dell'efficienza del mercato.

<sup>14</sup>Tale definizione è stata recepita nel T.U.F. all'art. 6, comma 2- quater, lett. d).

<sup>15</sup> La definizione di "clienti professionali" è stata recepita, ai sensi dell'art. 6, comma 2- quinquies, del TUF, per la parte dei clienti professionali privati (di diritto e su richiesta), dal Regolamento Consob in materia di Intermediari, Allegato III. L'art. 6, comma 2-sexies del T.U.F. stabilisce invece che il Ministro dell'Economia e delle Finanze, sentite la Banca d'Italia e la Consob, individua con regolamento i clienti professionali pubblici (di diritto e su richiesta).

<sup>16</sup> Ad esempio, le entità non autorizzate né regolamentate aventi come esclusivo scopo sociale l'investimento in strumenti finanziari sono ricomprese nella definizione di investitori qualificati, ma non sono citate nelle definizioni di clienti professionali e controparti qualificate (a meno che, in quest'ultimo caso, non si ritengano incluse nella generica definizione di "altre categorie di soggetti privati indicati con Regolamento dalla Consob, sentita la Banca d'Italia"). Allo stesso modo, per fare un altro esempio, le imprese di grandi dimensioni incluse fra i clienti professionali ai sensi della MiFID non sono, invece, citate nella definizione di investitori qualificati recata dalla Direttiva Prospetti e recepita nella bozza di Regolamento.

<sup>17</sup> Ai fini di quanto previsto dall'articolo 33, comma 1, lettera a-bis), numeri 3 e 5, la Consob iscrive in apposito registro, su richiesta, le piccole e medie imprese, come definite dall'articolo 3, comma 1, lettera b) e le persone fisiche, che soddisfino almeno due delle seguenti condizioni:

- a) effettuazione di operazioni di dimensioni significative sui mercati mobiliari con una frequenza media di almeno dieci operazioni al trimestre negli ultimi quattro trimestri;
- b) dimensione del portafoglio in strumenti finanziari comunitari superiore a 500.000 euro;
- c) attività lavorativa, anche pregressa, per almeno un anno nel settore finanziario con l'esercizio di funzioni che richiedono una conoscenza degli investimenti in strumenti finanziari comunitari.

proposta, l'accesso ad euro-obbligazioni caratterizzate da clausole di selling restriction, potrebbe essere consentito a soggetti investitori qualificati che una Banca abbia per altro verso – sulla base del proprio modello di servizio - classificato<sup>18</sup> quali clienti al dettaglio ai fini dell'applicazione delle norme di comportamento poste dalla Mifid.

A ciò si aggiungano le difficoltà che derivano dal fatto che il citato registro non è ancora operativo.

Invero, l'art. 33-bis<sup>19</sup>, che disciplina, appunto, le condizioni per ottenere l'iscrizione nel registro (comma 1), i dati indicati nel registro relativi a ciascun iscritto (comma 2), l'iscrizione nel registro (comma 3), il periodo di validità dell'iscrizione (comma 4), la cancellazione dal registro su richiesta degli interessati (comma 5), la consultazione del registro (comma 6), le modalità di redazione delle richieste di iscrizione, cancellazione, permanenza nel registro e consultazione (comma 7) e l'uso delle informazioni a cui si è avuto accesso (comma 8), risulta ancora inattuato.

Si faccia allora il caso di un'offerta pubblica di vendita riservata ad investitori qualificati.

In tale situazione, le persone fisiche che hanno richiesto di essere trattate come clienti professionali ai sensi della MiFID, avendone i requisiti, allo stadio attuale della legislazione di settore, non possono essere tuttavia considerate investitori qualificati ai sensi della disciplina sui prospetti, pur essendo in possesso dei requisiti previsti per l'iscrizione nell'apposito registro, poiché, come si è detto, il registro stesso non è ancora operativo.

L'Intermediario dovrà allora applicare nei confronti di tali clienti la disciplina dell'offerta, consegnando ad essi il prospetto, pur essendo stati gli stessi clienti classificati come professionali su richiesta degli intermediari in quanto in grado di adottare consapevolmente le proprie decisioni in materia di investimenti e di comprenderne i rischi.

Tra l'altro, le incertezze sembrerebbero permanere anche una volta divenuto operativo il suddetto registro.

---

<sup>18</sup> Ad esempio, si faccia il caso dell'Intesa Sanpaolo. Quest'ultima ha adottato un modello di servizio presso la Banca dei Territori che considera clienti professionali soltanto i soggetti che siano da considerarsi tali di diritto. Pertanto, presso la Banca dei Territori tutte le persone fisiche sono considerate clienti al dettaglio e non viene consentito alle stesse di ottenere, seppur in presenza dei requisiti richiesti, la classificazione quale cliente professionale. In questo caso quindi – qualora fosse approvata la definizione proposta dalla Consob - potrebbe esserci il caso di un cliente che, nonostante sia classificato quale cliente al dettaglio, abbia richiesto di essere considerato quale investitore qualificato, con conseguente possibilità di accesso a prodotti finanziari riservati a detta categoria di persone.

<sup>19</sup> Il registro di cui all'articolo 33-bis dovrebbe diventare operativo a decorrere dal 1° gennaio 2009.

Potrebbe, ad esempio, verificarsi il caso di una persona fisica che, pur in possesso dei requisiti necessari per essere considerata cliente professionale ai sensi MiFID, non richieda di essere classificata come tale, ma intenda, invece, essere considerata investitore qualificato ai sensi della disciplina sui prospetti, previa iscrizione nel registro delle persone fisiche previsto appunto da tale disciplina.

L'intermediario dovrebbe allora effettuare le valutazioni di appropriatezza previste dalla MiFID nei confronti di clienti che, ai sensi della disciplina sui prospetti, hanno richiesto di essere considerati investitori qualificati, in quanto in grado di adottare decisioni consapevoli sui propri investimenti e di comprenderne i rischi.

### **Conclusioni**

L'ambito di applicazione della Direttiva MiFid è, dunque, un esempio di stratificazione di più fonti (internazionali, comunitarie, interne) e di differenti livelli di intervento (di rango primario e secondario) che si confrontano quotidianamente con misure di ordine tecnico, con la prassi operativa degli intermediari finanziari e con le osservazioni delle associazioni di categoria del settore (ABI, Consumatori, etc...).

Risulta, quindi, fondamentale giungere ad un raccordo armonico tra le diverse componenti interessate, affinché si possa realizzare l'obiettivo del buon funzionamento dei mercati finanziari e quello di fornire una migliore informativa, che deve essere completa, corretta e tempestiva, al cliente (ci si riferisce, in particolare, al Retail) in modo da consentirgli di assumere le proprie decisioni di investimento in modo consapevole.

Soltanto così potrà, infatti, ridimensionarsi l'asimmetria informativa tra investitore – intermediario finanziario (e, genericamente, azienda esperta del settore, che ha caratterizzato, fino ad oggi, il detto rapporto, nell'ambito dello scenario economico-finanziario).

**Bibliografia essenziale:**

A.A. RINALDI, *Coordinamento fra autorità dei mercati finanziari nell'evoluzione della normativa nazionale e internazionale*, in *Le società*, 2007, p. 821.

A. CAGGIANO, *I doveri di informazione dell'intermediario finanziario nella formazione ed esecuzione del contratto. Violazione e rimedi*, in *Dir. e Giur.*, 2006, p. 453.

A. AMICI – F. MASALA – F.PALISI, *La gestione dei conflitti di interesse nell'industria finanziaria europea: tassonomia e procedure di gestione alla luce della Mifid*, in *Bancaria*, 2006, 6, 20.

B. PENN, "Markets in Financial instruments directive (Mifid): best execution", in *Butterworths journal of international banking and financial law*, vol. XXII, n.2, 2007, p. 84-86.

C. COMPORTI, *I conflitti di interesse nella disciplina comunitaria dei servizi finanziari*, in *Dir. banca e mercato fin.*, 2005, p. 593.

D. SPERAFICO, *Le valutazioni di adeguatezza e appropriatezza*, in *MIFID La nuova disciplina dei mercati, servizi e strumenti finanziari*, cit., p. 189 e ss..

F. GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. e Impr.*, 2005, p. 889.

F. RECINE, *La direttiva relativa ai mercati degli strumenti finanziari (MIFID): nuove regole sulla cooperazione tra le autorità di vigilanza*, in *Dir. banca e mercato fin.*, 2006, p. 303.

F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004, p. 118.

G. GOBBO – C.E. SALODINI, *I servizi d'investimento nella giurisprudenza più recente*, in *Giur. Comm.*, 2006, p. 5.

L. CARDIA, "L'attuazione della direttiva Mifid in Italia nella regolamentazione secondaria", intervento del 21 settembre 2007 al convegno Dexia-Crediop "Strategie, governance, compliance: le sfide della direttiva Mifid e l'integrazione del mercato finanziario europeo".

L. ENRIQUES, *L'intermediario in conflitto d'interessi nella nuova disciplina comunitaria dei servizi d'investimento*, in *Giur. Comm.* 2005, p. 844.

L. FRUMENTO, *Le informazioni fornite ai clienti*, in *MIFID La nuova disciplina dei mercati, servizi e strumenti finanziari*, Torino, 2007, p. 175.

L. FRUMENTO, *La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza delle operazioni di investimento nella Direttiva Mifid*, in *I contratti*, 2007, 6, 585.

M. DELLA CASA, *Negoziazione di titoli obbligazionari e insolvenza dell'emittente: quale tutela per il risparmiatore non adeguatamente informato?*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2006, p. 593.

M. FRANCHI, *Best execution, multiple trading venues e sistemi di scambi organizzati: alcune considerazioni generali ed un'analisi empirica del mercato dei Titoli di Stato*, in *Quaderni di Finanza Consob*, 2003, 56.

M. MACCARONE e C. SALINI, *Audizione Consob presso la Camera dei Deputati – VI Commissione Finanze*, Roma, 24 luglio 2007.

M. T. PARACAMPO, *Gli obblighi di adeguatezza nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Banca Bor. Tit. Cred.*, 2007, p. 93.

V. SANGIOVANNI, *Operazione inadeguata dell'intermediario finanziario fra nullità del contratto e risarcimento del danno alla luce della direttiva MIFID*, in *I Contr.*, 2007, p. 243.

**Documentazione utile:**

- *FSAP Evaluation*, Parte prima, *Process and implementation* (consultabile all'indirizzo: <http://ec.europa.eu>);
- Trib. Milano, sez. VI, 20 marzo 2006, n. 3575, in *Giur. Merito*, 2006, p. 1385, con nota di V. SANGIOVANNI, *Sollecitazione all'investimento, nullità del contratto e frode alla legge*;
- CONSOB, *Il nuovo regolamento intermediari tra disciplina comunitaria e scelte nazionali*, 20 luglio 2007, in [www.consob.it](http://www.consob.it);
- Comunicazione Consob 21 aprile 2000, n. DI/30396;
- [Decreto Legislativo n. 58 - Testo Unico della Finanza \[Aggiornato con le modifiche apportate dal d.lgs. n. 164 del 17.9.2007 \(MiFID\), dal d.lgs. 195 del 6.11.2007 \(Transparency\) e dal d.lgs. 229 del 19.11.2007 \(Opa\). In vigore dal 28 dicembre 2007\]](#), in [www.consob.it](http://www.consob.it);
- [Regolamento Consob n. 16190 recante norme di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 in materia di intermediari \(in vigore dal 2 novembre 2007\)](#), in [www.consob.it](http://www.consob.it);
- [Regolamento Consob n. 16191 recante norme di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 in materia di mercati \(in vigore dal 2 novembre 2007\)](#), in [www.consob.it](http://www.consob.it);
- [Regolamento emittenti - Modifiche alle disposizioni in materia di prospetto relativo all'offerta pubblica o all'ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari in un mercato regolamentato - Documento di consultazione \(Data: 28/12/2007\)](#), in [www.consob.it](http://www.consob.it).

## Per una prospettiva simbolica

di Elena Cuomo

La simbolica politica studia quelle manifestazioni dell'essere e dell'agire che, espressione del profondo, non possono avere adeguata spiegazione solo in chiave analitico-razionale. Strutture di senso che leggono in stretta connessione il mondo interiore con quello delle relazioni esterne, nell'ambito della comunità, nelle quali convergono la razionalità e l'emozionalità. Si tratta di studi innovativi che hanno fatto scuola in Italia e che hanno notevoli riscontri anche all'estero, con particolare rilievo del dibattito francese e tedesco<sup>1</sup>. Tale indirizzo di ricerca, in ambito politologico e, ultimamente anche giuridico, ha dato luogo ad un metodo innovativo d'analisi delle coordinate e dei fenomeni dell'universo politico, rilevando il peso della simbolica nell'effettivo studio e comprensione di queste<sup>2</sup>.

A tale specifico disciplinare "Innovazione e Diritto", che già si affaccia con grande interesse su diverse aree di ricerca scientifica, dimostrando anche così di essere al passo con i tempi in un mondo in cui le connessioni tra i saperi diventano sempre più salde, sta per dedicare uno spazio privilegiato.

Il breve scritto che segue nasce, dunque, dall'esigenza di introdurre minimamente le pubblicazioni che seguiranno e di ribadire il taglio metodologico con il

<sup>1</sup>Cfr. Elena Cuomo, *Franz von Baader e la ricomposizione dell'androgino nella coppia*, in E. Cuomo e L. Cimmino, *Simbolica e normatività della coppia tra etica del comportamento e principi costitutivi*, A. Guida ed., Napoli 2001.

<sup>2</sup> Tale scuola di simbolica si riunisce periodicamente presso varie Università italiane: all'Università di Messina in Seminari e Convegni a cura di Domenico Mazzù e i cui atti sono editi da Giappichelli nella collana Miti Simboli e Politica, diretta da Giulio M. Chiodi. Sono stati finora pubblicati nella serie azzurra: *L'immaginario e il potere* (1992); *La contesa tra fratelli* (1993); *La simbolica politica del terzo* (1996); tutti a cura di G. M. Chiodi. Della stessa collana, ma nella serie arancione: il mio E. Cuomo, *Il sovrano luminoso, fondamenti della filosofia politica di Louis-Claude de Saint-Martin*, (2000); Maria Stella Barberi, *Mysterium e ministerium. Figure della sovranità*, (2002); Maria Felicia Schepis, *Confini di sabbia. Un'ermeneutica simbolica dell'esodo* (2005); A Messina, inoltre, ha sede il Centro Europeo di Studi sul Mito e sul Simbolo. Per quanto riguarda, invece, gli altri incontri degli studiosi di questo settore, cito il convegno che si tiene all'Università di Trieste annualmente, in un primo momento, sotto la direzione di Claudio Bonvecchio a cura del quale sono state pubblicate le relative pubblicazioni degli atti presso la casa editrice Cedam: *Ponzio Pilato o del giusto giudice* (1998); *Il nuovo volto di Ares o il simbolico della guerra post moderna. Profili di simbolica politico-giuridica* (1999); e attualmente con la presidenza di Giuliana Parotto, la quale ha recentemente pubblicato gli atti del convegno internazionale su *Religione e violenza. Identità religiosa e conflitto nel mondo contemporaneo* (2007). Senza nessuna pretesa di esaustività, menziono ancora gli atti del convegno tenutosi a Napoli, presso l'Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa, su *Simboli del potere e potere dei simboli*, in corso di pubblicazione. Ancora tra i testi pubblicati a Napoli, Giulio M. Chiodi, *I diritti umani, un'immagine epocale*, A. Guida ed. (2000); Tra i numerosi testi di riferimento, di rilevante importanza per questo approccio metodologico è il volume di D. Mazzù, *Logica e mitologica del potere politico*, Giappichelli, Torino 1990. Di più recente pubblicazione e da un altro angolo visuale il testo di Giuseppe Limone, *Dimensioni del simbolo*, Arte tipografica, Napoli 1997. Significativo è il volume di Giuliana Parotto, *Il simbolo nella storia. Studi su Eric Voegelin*, Cedam, 2004. la Scuola ha, inoltre, come suo riferimento il centro di Ricerca sulla Simbolica Politica e delle Forme Culturali, presso l'Università dell'Insubria, Como.

quale verranno formulate, ripercorrendo, sia pure per sommi capi, alcune delle fasi principali del fermento scientifico di questi anni, che fonda tale approccio di studi.

Per gli addetti ai lavori si tratta semplicemente di rammentare legami tra alcuni percorsi già conosciuti e i loro successivi sviluppi.

Infatti, anche se la filosofia politica da sempre studia le connessioni della società e del potere con l'ideologia, più di recente quest'ultima è stata analizzata da Giulio M. Chiodi in connessione con il politico, sia come universo concettuale, sia come vero e proprio strumento del potere sistemico<sup>3</sup>.

Gli studi di scienze sociali sembravano aver sostanzialmente negato, specie in questi settori, che le civiltà si siano costruite con il concorso dell'immaginario, misconoscendo il potere sia positivo che distruttivo in esso insito e, soprattutto, facendo fatica a vederlo riconosciuto a pieno titolo nell'ideologico, come "forma rappresentativa e comunicativa"<sup>4</sup>

Tuttavia, la necessità di interrogarsi sui fondamenti e sui presupposti informativi del pensare e dell'agire ha prodotto ricerche indirizzate ad indagare gli aspetti fondativi della politicità; ciò ha condotto gli studiosi ad approfondire le dinamiche del "simbolico, come dimensione costitutiva, presente o rimossa, nelle ideologie, nelle strutture istituzionali, nei comportamenti collettivi"<sup>5</sup>, individuando spesso nessi insospettati e fornendo ulteriori strumenti ermeneutici per la comprensione del politico<sup>6</sup>.

Come è noto, secondo il suo etimo, Simbolo viene dal greco *symbolon*, *synballein*<sup>7</sup>, mettere insieme, gettare insieme, unire. Al contrario di *diabolon* che significa dividere, separare.

<sup>3</sup> Il riferimento è d'obbligo a Giulio M. Chiodi, *La menzogna del potere*, Giuffrè, Milano 1979.

<sup>4</sup> Cfr. Giulio M. Chiodi (a cura di), *L'immaginario e il potere, Miti Simboli e Politica*, Giappichelli, Torino 1992, distico del curatore.

<sup>5</sup> Giulio M. Chiodi, *Propedeutica alla simbolica politica*, Franco Angeli, Milano 2006, pg. 12.

<sup>6</sup> Circa i relativi problemi di ermeneutica e i suoi diversi livelli interpretativi, ritengo opportuno indicare, attraverso alcuni testi, l'importanza del confronto con un approccio ermeneutico consono. Cfr. G. M. Chiodi, *Equità, La regola costitutiva del diritto*, Giappichelli, Torino 2000; dello stesso autore, cfr. anche G.M. Chiodi, *Primo sguardo sull'ermeneutica*, in Antimo Cesaro (a cura di), *L'angelo e la fenice. Percorsi di ermeneutica simbolica*, Lucianoeditore, Napoli 2007. Circa il simbolo come cifra ermeneutica e non solo come forza, cfr. Giuseppe Limone, *Dimensioni del simbolo*, Arte Tipografica, Napoli 1997.

<sup>7</sup> Si ricordi come lo stesso Platone utilizzasse nel Simposio la forma verbale *Synballein* per indicare la ricomposizione di parti spezzate di un unico oggetto. Sembra qui opportuno segnalare il portato energetico del termine *ballein* per l'atto stesso di gettare, lanciare; tale forza relazionale è avvalorata dalla presenza del prefisso *syn* che indica la correlazione e la contemporaneità dell'atto di gettare le parti che si ricostituiscono. Da ciò se ne potrebbe dedurre la suggestione per cui la ricomposizione dell'unità nel simbolo non è mai statica, ma sempre dinamica e relazionale e più specificamente di relazione tra significante e area di significato, ma rimando l'approfondimento di tali considerazioni ad un altro lavoro. In merito alla forma verbale e al sostantivo cui si fa risalire l'etimo di simbolo è opportuno ricordare con Limone come entrambe le forme significhino mettere insieme, gettare insieme, unire, e contemporaneamente alludano all'"oggetto tagliato in due o più parti

Si ricordi come nell'antica Grecia il simbolo fosse esattamente il mettere insieme le due parti spezzate di una stessa cosa, spesso una tavoletta dal cui perfetto combaciare delle parti si effettuava la prova della verità valida in giudizio. Tale meccanismo di individuazione della verità fa pensare alla risposta che l'oracolo di Apollo a Delfi da indirettamente ad Edipo circa la maledizione che grava sulla città a causa di un assassinio. Solo con la seconda parte del vaticinio circa la morte di Laio, per mano del figlio, si verrà a conoscenza della verità, dunque se ne conosceranno i diversi aspetti, si ricomporranno le metà, si otterrà l'intero.<sup>8</sup> Dunque, soltanto attraverso la conoscenza della parte mancante del responso dell'oracolo sarà possibile mettere insieme i diversi pezzi della realtà e darne una spiegazione unitaria o, per lo meno, percepirla come un intero, nonostante il carattere frammentario e dissonante della tragedia sofoclea.

Gli studiosi di tale disciplina, con vari orientamenti, ritengono che il simbolico sia "una realtà universalmente presente in tutte le strutture e dinamiche sociali" particolarmente evidente in politica. In particolare, la politica può configurarsi addirittura come "una gerarchizzazione del simbolico. Produce i suoi miti e si nutre di miti, che sono a loro volta proiezioni oggettivate ed elaborate dell'immaginazione simbolica"<sup>9</sup>. Il sapere misconosciuto degli antichi miti e dell'inconscio, legato ai misteri della vita immaginale viene ufficialmente riaccolto e interrogato circa le sue basi costitutive e metatemporali perché appartenenti a tutte le civiltà, a prescindere dal tempo storico e dalla forma istituzionale che esse si sono date. La riflessione e lo studio di tali argomenti, ricchi di aspetti gnoseologici, non può risolversi soltanto nelle esperienze di discipline come l'estetica, l'antropologia e la psicologia, i cui risultati sono particolarmente importanti per le scienze politologiche: il mondo simbolico è inscindibile dai mondi vitali ai quali appartiene l'umanità e quindi è presente in ogni società, dalla più arcaica alla più tecnologizzata<sup>10</sup>. Si tratta, insomma, di valorizzare la portata della metodologia simbolica e di collocarla nell'attuale universo culturale ed ideologico, per sfruttarne i molteplici effetti esplicativi. Indagare, però, i dispositivi di carattere simbolico su cui si regge un contesto ideologico o sui quali si fonda tacitamente una società comporta, innanzitutto,

---

ricostituibile per ricomposizione". Al contrario di *dia-bolon* che significa dividere, separare. Cfr. Giuseppe Limone, *Dimensioni del simbolo*, Arte Tipografica, Napoli 1997, pg. 32.

<sup>8</sup> Cfr. Michel Foucault, *La verità e le forme giuridiche*, L. d'Alessandro (a cura di), *Seconda conferenza*, Arte tipografica, Napoli MCMXCI, pg. 43. Cfr. anche E. Cuomo, *Il destino della Pizia. Un racconto di Froedrich Duerrenmatt*, in M. Felicia Schepis (a cura di), *Il messaggio dell'imperatore. Simboli politica e segreto*, Giappichelli, Torino 2006, pg. 117 sgg.

<sup>9</sup> Cfr. Giulio M. Chiodi (a cura di), *L'immaginario e il potere, Miti Simboli e Politica*, Giappichelli, Torino 1992, distico del curatore.

<sup>10</sup> Cfr. Giulio M. Chiodi, *Prefazione a Domenica Mazzù, Il complesso dell'usurpatore*, Giuffrè, Milano 1999, pg. I; pgg. VII sgg.

come già sostenuto da Domenica Mazzù, “una dilatazione dei tradizionali confini epistemologici relativi ai fatti e alle dinamiche politiche in senso stretto”<sup>11</sup>. La simbolica, quale fertile indirizzo di studi filosofico-politici, ma anche simbolico-giuridici<sup>12</sup>, si fa dunque carico di osservare come sia possibile cogliere “nelle manifestazioni della vita relazionale i fattori emozionali, il ruolo dell’immaginazione e delle passioni, delle intuizioni primarie o elaborate, della creatività spirituale e culturale, delle dimensioni dell’inconscio che si accompagnano, ora parallelamente ora congiuntamente ai processi intellettivi e che, anche prescindendo da questi ultimi, sono parte essenziale dell’esistenza umana”<sup>13</sup>.

Sottesa a tale approccio di ricerca è la constatazione che la modernità abbia espunto dal proprio universo intellettualistico la possibilità di estendere la propria sfera di conoscenza a ciò che si sottrae a rigide categorie di verificabilità empirica o a strutture formali di impianto razionalistico, impoverendo gli strumenti del soggetto conoscente, ridotto nello spazio di una civiltà che relega nel mondo del *noumenico* o dell’inconscio le dimensioni dell’immaginario e del pulsionale. Per molto tempo la filosofia dell’occidente e il suo pensiero politico hanno trascurato l’immaginazione e il mondo mitico simbolico ad esso connesso, tralasciando un fecondo campo di riflessione a favore delle categorie dell’intelletto astratto<sup>14</sup>. La simbolica, va detto, è rivolta a quelle manifestazioni dell’essere e dell’agire che, espresse dal profondo, a forte valenza identitaria, non possono essere spiegate adeguatamente solo in chiave analitico-razionale, bensì richiedono un’integrazione di metodo<sup>15</sup>.

Va tenuto presente, fra l’altro, che quando l’azione di un simbolo venga negata, le sue dinamiche incontrollate possono esplodere in forme, talvolta, degenerative o, peggio, può accadere che essa venga strumentalizzata in dimensioni critiche per fini politici, totalmente irrazionali, innescando procedimenti a catena con residui dell’immaginario collettivo capaci di esiti insospettati.

Il pericolo è, in sostanza, che, non occupandosi del simbolico come elemento costitutivo fortemente agente all’interno dei mondi vitali e culturali, lo si emargini o lo si comprima al punto tale da trasformarlo in un detonatore delle sue potenzialità senza aver nemmeno il sentore del suo operare nelle dimensioni inconsce della vita associata.

---

<sup>11</sup> D. Mazzù, *Il complesso dell’usurpatore*, cit., pg. 21.

<sup>12</sup> Numerose le pubblicazioni, a titolo esemplificativo, cfr. Claudio Bonvecchio e Domenico Coccopalmerio ( a cura di), *Ponzio Pilato o del giusto giudice*, Cedam, Milano 1998.

<sup>13</sup> G. M. Chiodi, *Propedeutica*, cit., pg. 14.

<sup>14</sup> Cfr. Paolo Bellini, *Autorità e potere. Tecnologia e politica: dagli incubi di Prometeo ai sogni di Artù*, Franco Angeli Ed., Milano 2001, pg. 13.

<sup>15</sup> Per una proposta di integrazione del metodo logico-empirico nella filosofia romantica tedesca, cfr. E. Cuomo, *Simbolica speculativa nella filosofia politica di Franz Baader*, Giannini, Napoli 1996.

Ma d'altronde, la società umana, e con essa la politica, è per antonomasia fortemente partecipe dell'universo concettuale dell'ideologia, del concorso cioè di quei segmenti teorici e tecnici che mirano ad un fine ulteriore rispetto a quello della teoria e a quello della tecnica. Esso, infatti, mira "consciamente o incosciamente" alla comunicazione intersoggettiva, producendo un linguaggio rassicurativo delle soggettualità, siano queste individuali o collettive; creando, così, un "luogo linguisticamente espressivo delle opinioni... e dei luoghi comuni"<sup>16</sup> essa finisce col costituire "un sistema di riconoscibilità" che finisce con lo svolgere anche un ruolo difensivo delle identità soggettive e intersoggettive.<sup>17</sup>

Ora, proprio questo carattere di autoassicurazione mette in luce la compromissione continua con l'inconscio e con le inclinazioni psicologiche, siano queste personali o collettive. E', dunque, evidente il suo stretto legame con il simbolico "che la compone e che ne costituisce il linguaggio specifico"<sup>18</sup>. Con l'utilizzo di questo strumentario il soggetto (e si intenda qui sia la coscienza individuale che il soggetto collettivo), in una situazione in cui l'universo ideologico sia particolarmente pervasivo, si costruisce il suo sistema di orientamento, le opinioni, la morale, addirittura il proprio modo di essere.

Non sembra, dunque, sorprendere che nelle epoche di crisi e trapasso da un'identità culturale ad un'altra, l'ideologia si frammenti, si spezzi in schegge autonome in continuo movimento che si caricano e si liberano, indiscriminatamente rispetto alle leggi del significante e del significato, di significati immediati ed allusivi. Sia detto per inciso, nella attuale società di massa comunicazione e politica sembrano intrecciarsi in un continuo travaso di senso che non risparmia neanche la recrudescenza di simboli religiosi, ma che, anzi, diventano strumento privilegiato della ipercomunicazione<sup>19</sup>.

L'ellenismo, il crollo dell'impero romano, l'età barocca – per rimanere ad esempi lontani dalla nostra cronaca che potrebbe coinvolgere un'indesiderata partecipazione emotiva ed una certa parzialità di giudizio – forniscono materiale sufficiente per la riflessione sullo sfilacciamento dell'ideologia e l'instaurarsi del suo stato allotropico o

---

<sup>16</sup> Per un'ampia trattazione del luogo comune in filosofia politica, cfr. G. M. Chiodi, *La menzogna del potere*, cit., pg. 147

<sup>17</sup> Cfr. Giulio M. Chiodi, *Teoresi dei linguaggi concettuali*, Franco Angeli, Milano 2000, pg. 68 sg.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pg. 69.

<sup>19</sup> Per una analisi acuta e che guarda con tratti di originalità alla attuale situazione politica italiana, che si presenta in una commistione di comunicazione e politica, cfr. Giuliana Parotto, *Sacra Officina. La simbolica religiosa di Silvio Berlusconi*, Franco Angeli Ed., Milano 2007.

“allegoria sociale”<sup>20</sup>. Per quest’ultima si deve intendere quello stato in cui “le modalità di essere, sotto il profilo della simbolica, di una società, nella quale si sono logorate le certezze derivanti o da fede o da costumi radicati o da valori profondamente condivisi e praticati, o anche da ideologie sufficientemente aggregative”<sup>21</sup>. E in essa non è affatto difficile riconoscere la nostra attuale condizione. Nel venir meno di teorie forti, di tensioni etiche condivise, di valori caratterizzanti i gruppi, si nota ormai palesemente l’incertezza della comunicazione intersoggettiva. E ciò anche per la massificazione di questa che, nella pretesa di diffondere ad ogni livello cognitivo l’approccio al sapere o alla conoscenza, ha finito, in un male inteso egualitarismo, con livellare il messaggio univoco verso il basso, svuotando di significato forte tutti i significanti – a prescindere dalla condivisibilità o meno di questi - ed utilizzandoli arbitrariamente rispetto ai sistemi di riferimento che finora avevano costituito patrimonio comune dell’occidente, con un conseguente sradicamento delle identità culturali e politiche che, in questo modo più facilmente possono entrare in collisione tra loro a causa di un diffuso senso di incertezza circa il proprio spazio ideologico e politico. Ecco che l’Altro viene percepito come una minaccia per la propria identità sopravvissuta a tale tempesta culturale, che ha spazzato via i radicamenti profondi nell’originario, sostituendoli con posticci sistemi di riferimento virtuali e in continuo movimento. E a proposito dei quali ci si chiede quanto possano contribuire alla costruzione di una salda identità consapevole, in grado di accettare ed accogliere l’altro senza confonderlo col nemico. In sostanza, in queste condizioni si rileva un vuoto ideologico e simbolico che mette in crisi le singole identità e quelle collettive, nutrite di un’omologazione ad oltranza caratterizzata dalla superficialità e precarietà dei sistemi di riferimento. Questa situazione chiama in causa la necessità di interrogarsi sulle manifestazioni del simbolico e sulle sue degenerazioni che si manifestano nel contesto allegorico. Tra i campi d’indagine, la filosofia politica ne costituisce uno dei più fertili, in quanto, innanzitutto, il simbolico costituisce una specie di “sintassi sociale” con valenze fortemente politiche<sup>22</sup>; e poiché “gli ordinamenti politici in se stessi non sono altro che una gerarchizzazione del simbolico”<sup>23</sup>.

I pericoli insiti nelle situazioni tipiche dell’allegoria sociale consistono nel fatto che questa si manifesti in condizioni di vuoto simbolico. Tale vuoto, infatti, “crea sempre

---

<sup>20</sup> Per la condizione “allegorica” della società, faccio particolarmente riferimento al testo di Giulio M. Chiodi, *L’allegoria sociale*, in “Iride”, Filosofia e discussione pubblica, n. 20 gennaio-aprile 1997, anno X, pgg. 53-67, in quanto focalizza in sintesi il quadro metodologico che mi interessa mettere in evidenza.

<sup>21</sup> *Ivi.*

<sup>22</sup> *Ivi.*

<sup>23</sup> *Ivi.*

nelle disposizioni verso il simbolico stesso un rapporto indefinito, nel quale il passato e il presente si incontrano in una condizione di epoché, dove si insinuano e prendono ad aggirarsi latenti spettri profetici, a volte sottili, a volte grossolani, e capziosi segnali immaginosi, che colmano quel vuoto, mischiando il senso dell'assenza col senso dell'attesa, perciò, invischiata di passato, disponibile ad avviare un procedere regressivo e pronta a coniare miti del ritorno e riscoperte di archetipi vitali<sup>24</sup>.

Sostanzialmente, in un universo culturale in cui si assista al depotenziamento del simbolico o addirittura alla sua caduta; alla forza unificante del *symbolon* si è tentati di ammettere che ad esso si sostituisca la forza di scissione e disgregante del *diabolon*, cioè la seduzione dell'irrazionale che si sostituisce al simbolico, costituendone la forma caricaturale e qualche volta tragicamente grottesca<sup>25</sup>. Ma, è stato autorevolmente sostenuto, il fenomeno è ben più complesso: alla disgregazione del simbolico subentra uno stato allotropico di questo (coincidente con la suddetta condizione allegorica), cioè si assiste ad un continuo ed instabile accavallamento dei simboli gli uni con gli altri, ma privi dei loro contenuti forti, così che la comunità rimane esposta a movimenti repentini e imprevedibili dell'immaginario collettivo che, spesso, sfociano in violenza<sup>26</sup>. Con l'affermarsi dell'allegoria sociale, "coacervo di simboli trasposti" la sintassi simbolica si trasforma in sintassi diabolica o in "paratassi simbolica"<sup>27</sup>: si assiste ad una scissione dei sensi a favore di una retorica di massa, "retorica di retoriche o di oggetti formanti il patetico di massa"<sup>28</sup>. Essa si presenta come un sovrapporsi di segni, gestualità svuotate del loro originario significato, simbolico dislocato, che si concretizzano in immagini, mode, atteggiamenti che vengono reiteratamente riprodotti nell'oceano della comunicazione di massa, dove si elide ogni pausa o silenzio comunicativo in favore di una comunicazione diffusa e generalizzata nelle sue scarse differenziazioni su tutto il globo. E' così che, in un'ulteriore attualizzazione di questo assunto teorico, non è difficile verificarne le diverse fasi e anche la cogenza nella realtà fragile che la Rivoluzione multimediale e, in particolare digitale, evidenzia. Addirittura, è stata rilevata la creazione di fatto di "nuovi spazi immateriali" e la configurazione di identità liquide indeterminate<sup>29</sup>. D'altronde sono

<sup>24</sup> Cfr. Giulio M. Chiodi, *Weimar, allegoria di una repubblica*, L'Arca, Torino 1979, pg. 40.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pg. 41.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pg. 42 sg.. Per una verifica del metodo simbolico quale integrazione dei fenomeni del mondo politico contemporaneo, cfr. Giuliana Parotto ( a cura di), *Religione e violenza. Identità religiosa e conflitto nel mondo contemporaneo*. Eut, Trieste 2007.

<sup>27</sup> Cfr. G. M. Chiodi, *L'allegoria*, cit., pg. 56.

<sup>28</sup> *Ivi*

<sup>29</sup> Cfr. Giuseppe Reale, *La tradizione simbolica nel presente massmediale*, in A. Cesaro ( a cura di), *Il labirinto e la spada*, Lucianoeditore, Napoli 2008.

sotto gli occhi di tutti i pericoli del tecnognosticismo, con le sue ibridazioni concettuali e immaginali, e dei nuovi scenari che la civiltà tecnologica propone alle nuove generazioni di <naviganti>, evocando patrimoni arcaici dell'umanità, reinterpretati alla luce di nuove correnti di comunicazione<sup>30</sup>. Non è qui il caso di indugiare sull'argomento che porterebbe lontano, ma si rende necessaria la precisazione che in queste affermazioni non vi è alcuna forma di polemica nei confronti delle nuove possibilità tecnologiche di comunicazione diffusa, piuttosto nei confronti dell'uso indiscriminato che a volte se ne fa, il quale, in sintonia con un senso comune, erede di un illuminismo ad oltranza, funge da moltiplicatore di una falsa comunicazione e della diffusione di un simbolico allotropico o, se si vuole, costituito da miti depauperati.

Infine, concludendo queste sintetiche considerazioni su alcune delle principali linee di ricerca dell'attuale dibattito, mi sento di sottolineare l'emergere da più parti – anche se da fonti parzialmente disomogenee – il richiamo ad un ripensamento della politica e delle sue categorie interpretative alla luce di un *anthropos* a tutto tondo<sup>31</sup>. Alla luce, cioè, di un uomo nuovo, di un uomo rifondato, cui si riconosca una dimensione simbolica, capace di fare i conti con quegli aspetti ideoaffectivi che, pur in connessione con la ragione, ne travalicano i confini più rigidi. Si palesa come auspicabile, dunque, una riflessione politica che tenga conto dell'immenso patrimonio della ragione umana, delle sue connessioni con la partecipazione emotiva, la prefigurazione immaginativa, la percezione di forze psichiche, sia che riguardino la singola psiche sia che attengano al comportamento di massa; linee di ricerca che, in una situazione politica globale particolarmente aggrovigliata come quella attuale, prospettino possibili soluzioni o anche soluzioni utopiche ad un "delirio collettivo, in cui razionalità, tecnologia e dominio dispotico tenderebbero a fondersi insieme, proiettando sul mondo l'ombra cupa di una nefasta totalità"<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> P: Bellini, *Cyberfilosofia del potere. Immaginari, ideologie e conflitti della civiltà tecnologica*, Mimesis, Milano 2007, pg. 57.

<sup>31</sup> Sul punto diffusamente E. Cuomo, *Il sovrano luminoso. Fondamenti della filosofia politica di Louis-Claude de Saint-Martin*, cit.

<sup>32</sup> Claudio Bonvecchio, *La spada e la corona. Studi di simbolica politica*, Ed. Barbarossa, Milano 1999, pg.111.

## Digitalisierungsfonds austriaco versus contributi italiani per l'acquisto di decoder: tra Corte Costituzionale, Legge finanziaria, Commissione europea ed Antitrust

di Michel Sampath Fernando Hettiyakandage

### INTRODUZIONE

L'obiettivo della digitalizzazione della televisione, ha come finalità il miglioramento della qualità dell'audio e dell'immagine delle trasmissioni, la moltiplicazione dei canali visibili<sup>1</sup>, l'interattività. Entro il 2012, termine ultimo stabilito dall'UE, dovrà raggiungersi il cd. *switch-off* dei segnali televisivi analogici<sup>2</sup>. Per continuare ad usufruire dei segnali

---

<sup>1</sup> Consentendo di superare l'annoso problema del duopolio nel sistema televisivo, stigmatizzato *ex multis* anche dall'AGCOM con la delibera 136/05/CONS recante "Interventi a tutela del pluralismo ai sensi della legge 3 maggio 2004, n. 112", pubblicata in GU dell'11 marzo 2005, n. 35, in cui esaminando il mercato televisivo è giunta alla conclusione che RAI e Mediaset detengono una posizione dominante collettiva su tale mercato. L'Autorità ha pertanto imposto loro, una serie di obblighi, a tutela del pluralismo del mercato, tra cui in particolare:

- la velocizzazione della digitalizzazione della rete
- la realizzazione da parte della RAI di un nuovo programma generalista da trasmettere in tecnologia digitale
- l'utilizzazione da parte di RTI di una concessionaria di pubblicità diversa da Publitalia '80 per le trasmissioni in tecnica digitale
- la separazione contabile (che Publitalia '80 deve effettuare) tra i ricavi derivanti dalla televisione analogica e quelli provenienti dalla televisione digitale terrestre.

D'altro canto la Corte costituzionale con la sentenza n. 420 del 1994 sottolinea l'indispensabilità di "un idonea disciplina che prevenga la formazione di posizioni dominanti", invitando il legislatore ad "emanare una nuova disciplina della materia conforme a Costituzione, individuando i nuovi indici di concentrazione consentita e scegliendo tra le ipotesi normative possibili (come, ad esempio, riducendo il limite numerico delle reti concedibili ad uno stesso soggetto ovvero ampliando, ove l'evoluzione tecnologica lo renda possibile, il numero delle reti complessivamente assentibili)". Con la sentenza n. 826 del 1988 evidenzia la necessità di garantire "il massimo di pluralismo esterno, onde soddisfare, attraverso una pluralità di voci concorrenti, il diritto del cittadino all'informazione" e che "il pluralismo in sede nazionale non potrebbe in ogni caso considerarsi realizzato dal concorso tra un polo pubblico e un polo privato che sia rappresentato da un soggetto unico o che comunque detenga una posizione dominante nel settore privato". La Consulta con la sentenza n. 466 del 20 novembre 2002 rileva che l'assetto legislativo allora esistente "non garantisce... l'attuazione del principio del pluralismo informativo esterno, che rappresenta uno degli imperativi ineludibili emergenti dalla giurisprudenza costituzionale in materia". La sentenza n. 466/2002 fissa inoltre il termine del 31 dicembre 2003, entro il quale, nel caso di mancata riforma del sistema televisivo, una rete Mediaset sarebbe dovuta esser accessibile solo via satellite.

Nel messaggio del Capo dello Stato del 15/12/2003 (il cui testo è disponibile sul sito [www.cittadinolex.kataweb.it](http://www.cittadinolex.kataweb.it)) in cui si rinvia al Parlamento, il testo originario della legge Gasparri si evidenzia che "per quanto riguarda la concentrazione dei mezzi finanziari, il sistema integrato delle comunicazioni (SIC) – assunto dalla legge in esame come base di riferimento per il calcolo dei ricavi dei singoli operatori di comunicazione – potrebbe consentire, a causa della sua dimensione; a chi ne detenga il 20% (articolo 15, secondo comma della legge) di disporre di strumenti di comunicazione in misura tale da dar luogo alla formazione di posizioni dominanti".

<sup>2</sup> Viene invece denominato *switchover* l'introduzione del nuovo sistema, mentre il periodo di trasmissione televisiva con entrambe le tecniche è detto *simulcast*.

televisivi, si dovranno utilizzare o nuovi televisori, oppure avvalersi di decoder capaci di effettuare la conversione del segnale<sup>3</sup>.

Si tratteranno in questo articolo, prevalentemente vari aspetti finanziari connessi a tale mutamento tecnologico<sup>4</sup>.

L'UE sostiene convintamente la nuova tecnologia, in particolare con i seguenti atti:

- la direttiva n. 21 del 7/3/2002, al fine di favorire il "*libero flusso di informazioni, il pluralismo dei mezzi d'informazione e la diversità culturale*" invita gli Stati membri a favorire la televisione digitale interattiva, utilizzando sistemi con API aperta<sup>5</sup>. Queste ultime, infatti "*facilitano l'interoperabilità, ossia la portabilità di contenuti interattivi fra meccanismi di fornitura, con la piena funzionalità di tali contenuti*"<sup>6</sup>. La stessa direttiva prevede l'adozione di misure di sostegno da parte degli Stati membri.

- la Comunicazione n. 263 del 28/05/2002, "*eEurope 2005: una società dell'informazione per tutti – Piano d'azione da presentare per il Consiglio europeo di Siviglia del 21 e 22 giugno 2002*", che inserendosi nella strategia di Lisbona, punta alla diffusione dei servizi di *e-government*, *e-learning*, *e-health*, *e-business* e riferendosi al mezzo televisivo, pone l'accento sulla parità di trattamento per le varie piattaforme digitali, terrestri (DVB-T detta anche DTT), satellitare (DVB-S) e via cavo (DVB-C).

- la Comunicazione n. 541 del 17/09/2003 rileva: la necessità di effettuare lo *switch-off* nel momento in cui sia rimasto un numero esiguo di apparecchi analogici in uso; il ruolo di coordinamento dell'UE, nel rispetto beninteso del principio di sussidiarietà; la possibilità di adottare politiche quali l'applicazione di un'aliquota IVA ridotta sui servizi

---

<sup>3</sup> I decoder digitali possono essere (relativamente alla piattaforma sulla quale viaggia il segnale digitale da essi decodificato) terrestri, satellitari, via cavo. Essi garantiscono: l'interattività, quando consentono di inviare informazioni alle emittenti; l'accesso condizionato, quando hanno la possibilità di decodificare servizi di televisione a pagamento; l'interoperabilità, quando possono essere utilizzati per ricevere programmi trasmessi da diverse emittenti nella stessa piattaforma. Possono essere aperti o chiusi a seconda che permettano rispettivamente di accedere a sistemi di trasmissione di diverse emittenti o ad uno solo (si parla in questo caso di tecnologia proprietaria). In particolare gli standard aperti permettono ai consumatori di beneficiare di servizi interattivi quali le guide elettroniche ai programmi, la ricerca di informazioni, i giochi, il commercio elettronico.

<sup>4</sup> Per altre informazioni in materia si rinvia all'articolo apparso sul numero 5/07 della rivista "*Innovazione e diritto*" ([www.innovazionediritto.unina.it](http://www.innovazionediritto.unina.it)) dal titolo "*Finanziamenti pubblici e divieto di aiuti di Stato nel passaggio alla televisione digitale*".

<sup>5</sup> L'acronimo API sta per *Application Programming Interface*, interfaccia per la programmazione di applicazioni). Un esempio di API non proprietaria è la norma MHP (*Multimedia Home Platform*, piattaforma multimediale domestica).

Si rilevi che la televisione satellitare Sky per contrastare la pirateria ha incominciato dalla fine del 2004 a codificare il suo segnale con la tecnologia proprietaria NDS. Si tratta di una tecnologia proprietaria chiusa in quanto l'accesso ai decoder NDS, richiede la disponibilità di accesso alla tecnologia o a determinate componenti dei decoder.

<sup>6</sup> Art. 18 della direttiva in questione.

*pay per view*, la riduzione provvisoria e digressiva dei canoni a favore dei nuclei familiari che utilizzano le nuove tecniche, le sovvenzioni statali per i decoder.

Se in alcuni paesi dell'Unione questo passaggio, in un certo senso epocale, è già stato portato a termine ed in altri è in fase avanzata di realizzazione, in Italia si è vistosamente indietro.

Si evidenziano di seguito gli atti normativi interni più importanti che hanno riguardato la tematica della televisione digitale (facendo riferimento, in particolare agli aspetti finanziari).

Il legislatore comincia a parlare seriamente di televisione digitale con il DL 23 gennaio 2001, n. 5 (convertito, con modificazioni dalla legge 20 marzo 2001, n. 66) la quale prevede all'art. 2 bis, comma 1 che *"ciascun soggetto che sia titolare di più di una concessione televisiva deve riservare, in ciascun blocco di programmi e servizi a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie, per la sperimentazione (dei servizi digitali) da parte di altri soggetti"* e al comma 5 che *"le trasmissioni televisive dei programmi e dei servizi multimediali su frequenze terrestri devono essere irradiate esclusivamente in tecnica digitale entro l'anno 2006"*.

La legge 5 marzo 2001, n. 57, concernente *"Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati"* all'art. 22 prevede un contributo per l'acquisto di apparati ricevitori-decodificatori per la ricezione e la trasmissione di dati, di programmi digitali con accesso condizionato e di programmi radiotelevisivi in chiaro, nonché l'acquisto di apparati di utenti per la trasmissione e la ricezione a larga banda di dati via internet. La misura prevede il riconoscimento del contributo, per una volta sola e fino a 150.000 lire, ad ogni utente che acquisti apparati delle tipologie descritte. Per finanziare il contributo la legge stanziava 36,5 miliardi per l'anno 2000, 31 miliardi per l'anno 2001, 113,1 miliardi per l'anno 2002 e 25 miliardi per l'anno 2003.

La stessa legge prevede all'art. 23 contributi a favore delle emittenti televisive locali (le modalità di attribuzione di tali contributi vengono stabilite nel decreto del Ministero delle Comunicazioni 24 ottobre 2001, n. 40)<sup>7</sup>.

Il Codice delle comunicazioni elettroniche (DLgs 1° agosto 2003, n. 259) all'art. 5 riconosce a Regioni ed enti locali la possibilità di dettare disposizioni per agevolare *"l'acquisto di apparecchiature terminali d'utente e per la fruizione di reti e servizi di comunicazione elettronica a larga banda"* e per la *"definizione di iniziative volte a fornire un sostegno alle persone anziane, ai disabili, ai consumatori di cui siano accertati un*

---

<sup>7</sup> Pubblicato in GU 17 novembre 2001, n. 268.

*reddito modesto o particolari esigenze sociali ed a quelli che vivono in zone rurali o geograficamente isolate'.*

Come spesso accade nel bel Paese, i rinvii del definitivo switch-off si moltiplicano, infatti dal 2006 (termine stabilito dal comma 5 del DL 23 gennaio 2001, n. 5) si passa al 2008 (*ex* DL 273/05, convertito con modificazioni, dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51). Recentemente è stato disposto che il termine sia spostato al 2012.

Le leggi finanziarie del 2004, del 2005 e del 2006 hanno introdotto dei contributi per l'acquisto di decoder. La legge finanziaria per il 2007 prevede un'ipotesi di detrazione fiscale per l'acquisto di televisori predisposti per la nuova tecnologia, mentre quella per il 2008 prevede all'articolo 2 comma 300 l'aumento di 20 milioni di euro, per l'anno 2008, del *Fondo per il passaggio al digitale* di cui all'articolo 1, commi 928 e 929, della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

Per quanto riguarda il ruolo della RAI in queste dinamiche, il *TU della radiotelevisione* (DLgs. 31 luglio 2005, n. 177) all'art. 45, comma 2 afferma che il servizio pubblico generale radiotelevisivo deve garantire anche *"la realizzazione nei termini previsti dalla legge delle infrastrutture per la trasmissione radiotelevisiva su frequenze terrestri in tecnica digitale"* e *"la realizzazione di servizi interattivi digitali di pubblica utilità"*.

Intanto sono state individuate aree *all digital* (come la Sardegna e la Valle d'Aosta) in cui accelerare la transizione.

#### **1) ABBONATI RAI: UN POSTO IN PRIMA FILA? SÌ , MA SOLO SE SARDI O VALDOSTANI.**

Ad oggi, la televisione digitale è in via di realizzazione effettiva (seppur con un certo ritardo rispetto a quanto stabilito) in due sole Regioni.

Con il Protocollo d'intesa per la definitiva transizione alla DTT in territorio sardo, sottoscritto tra Ministero, Regione e Associazione DGTVi, a Cagliari in data 16 aprile 2005, le parti si impegnano a mettere in atto tutte le iniziative, per rendere positivo il passaggio entro il 31 gennaio 2006, in particolare favorendo le seguenti misure:

- il co-finanziamento Stato-Regione dei decoder per le famiglie meno abbienti (circa il 10% della popolazione)

- il co-finanziamento Stato-Regione per lo sviluppo dei servizi di *T-government*
- la valutazione dell'opportunità di concedere un ulteriore contributo per favorire l'acquisto di decoder.

Il decreto 1 settembre 2005 del Ministero delle Comunicazioni<sup>8</sup>, considerato lo *switch-off* previsto allora, relativamente alla Sardegna e alla Val d'Aosta, per la data del 31 gennaio 2006, dispone che una quota, pari a 14 milioni di euro, oppure pari alla minor somma residua, rispetto allo stanziamento iniziale previsto dall'art. 1, comma 211 della Finanziaria 2005, sia riservata ai cittadini (in regola con il pagamento del canone RAI) delle due Regioni. Viene specificato all'art. 2 che il requisito della piena interattività in chiaro, anche da remoto (prevista dal comma 3 dell'art. 1 del decreto del Ministero delle Comunicazioni del 30 dicembre 2003) è assicurato quando l'apparecchio ha accesso ad un canale di ritorno, su linea telefonica analogica commutata, mediante modem idoneo a sostenere, per tale tipo di accesso, almeno la classe di velocità fino a 56 kbit/s (conformemente alla norma UIT V.90) oppure una velocità, almeno equivalente per le altre tecnologie trasmissive di collegamento alle reti pubbliche di telecomunicazioni.

Viene poi introdotta una norma di salvaguardia (art. 3) per cui, gli apparecchi con caratteristiche inferiori a quelle *supra* indicate, continuano ad usufruire del contributo statale, solo se già commercializzati alla data di entrata in vigore del DM esaminato e venduti o noleggiati entro due mesi da tale data.

Il decreto 2 settembre 2005 del Ministero delle Comunicazioni<sup>9</sup> - considerato che, in base a consultazioni svolte dalla Commissione istituita con decreto della stessa autorità, in data 17 giugno 2005, con associazioni di categoria, rappresentative del settore economico della produzione e distribuzione di decoder, il costo di uno di questi apparecchi, si aggira, al netto dei contributi *ex lege* finanziaria 2005, intorno ai 20 euro - dispone (art. 1) a favore degli abbonati RAI delle Regioni Sardegna e Valle d'Aosta, un ulteriore contributo di euro 20 per l'acquisto o il noleggio di tali dispositivi.<sup>10</sup> La motivazione del provvedimento è data dal fatto che tali Regioni, sono individuate dalla legge, come aree *all digital*, quindi lo *switch-off* si realizzerà in tempi stretti. Non volendo

---

<sup>8</sup> "Misure per favorire la definitiva transizione delle trasmissioni televisive su frequenze terrestri dalla tecnologia analogica a quella digitale nelle principali aree territoriali delle regioni autonome della Valle d'Aosta e della Sardegna" pubblicato nella GU n. 243 del 18 ottobre 2005.

<sup>9</sup> Dal titolo "Riconoscimento di un ulteriore contributo agli abbonati al servizio di radiodiffusione televisiva nelle regioni autonome della Valle d'Aosta e della Sardegna, per l'acquisto o il noleggio di un apparecchio idoneo a consentire la ricezione di segnali televisivi in tecnica digitale" pubblicato nella GU n. 244 del 19 ottobre 2005.

<sup>10</sup> Requisiti necessari risultano essere comunque l'equipaggiamento del dispositivo, con una piattaforma per l'interattività aperta e riconosciuta tale dall'UE (art. 1, comma 2, lett. b).

chiamare in causa una eventuale incompatibilità con l'art. 3 cost. , v'è comunque da osservare che suscita riserve, il fatto che il contributo, copra sostanzialmente quasi l'intero costo del dispositivo (in quanto l'art. 3 del predetto decreto, stabilisce espressamente, la cumulabilità di tale nuova misura, con il contributo di euro 70 previsto dalla finanziaria 2005) senza graduarlo per fasce di reddito. È pleonastico rilevare, che una spesa di circa 90 euro (o in alcuni casi, addirittura di soli 20 euro) sia di difficile sostenibilità per certe famiglie monoreddito, magari con figli a carico, presenti in Sardegna, ma certo non a soggetti ivi proprietari di secondi immobili.

L'art. 2 del decreto, individua la copertura dello stanziamento in questione, nel Fondo istituito con il comma 250 dell'art. 1 della legge finanziaria 2005.

Il decreto 4 ottobre 2005 del Ministero delle Comunicazioni denominato "Contributi a favore delle emittenti televisive locali delle Regioni Sardegna e Valle d'Aosta, in attuazione dell'art. 1, comma 250, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, secondo le modalità di cui al DM 24 ottobre 2001, n. 407" destina (art. 1) 3 milioni di euro (a carico del Fondo per la promozione e la realizzazione di aree *all digital* e servizi di *t-government*, previsto nella finanziaria per il 2005) per il rifinanziamento dei contributi a favore delle emittenti televisive locali (*ex legge 57/05 e DM 407/01*) operanti nelle Regioni autonome Sardegna e Valle d'Aosta che siano abilitate alla sperimentazione delle trasmissioni in tecnica digitale. Sono esclusi dal contributo gli impianti che abbiano già usufruito dei contributi erogati ai sensi del DM 407/01 e gli interventi per la realizzazione di impianti destinati alla copertura radioelettrica di nuove aree. Nella domanda di ammissione al contributo (art. 2) è necessario descrivere dettagliatamente gli interventi (e le relative spese) effettuati sugli impianti, legittimamente ed effettivamente funzionanti in tecnica analogica. A tal proposito la circolare 25 gennaio 2006 del Ministero delle Comunicazioni, chiarisce che i contributi, possono essere concessi solo per gli interventi effettuati sugli impianti che compongono la rete di diffusione delle emittenti, destinati esclusivamente ad irradiare in tecnica digitale.

Per incentivare la diffusione dei servizi di *e-government* su piattaforma digitale terrestre (*t-government*) nelle aree *all digital* della Sardegna e della Valle d'Aosta, il decreto 6 dicembre 2005 del Ministero delle Comunicazioni<sup>11</sup> prevede che i 3 milioni di euro (a carico del "Fondo di finanziamento per progetti strategici nel settore informatico"<sup>12</sup>) destinati all'iniziativa "T-government nelle aree all digital" approvata dal

<sup>11</sup> Pubblicato in GU n. 302 del 29 dicembre 2005.

<sup>12</sup> Istituito dall'art. 27 della legge 16 gennaio 2003, n. 3.

Comitato dei Ministri per la società dell'informazione, il 7 luglio dello stesso anno, siano suddivisi con le seguenti modalità:

- 2 milioni per i servizi interattivi di pubblica utilità (servizi *t-government*) in Sardegna
- 1 milione di euro per servizi da diffondere in Valle d'Aosta.

Le somme così utilizzate, non potranno finanziare i servizi interattivi in questione, per un importo superiore all'80% dei costi sostenuti. Vengono finanziati (per un anno a decorrere dal 15 marzo 2006) la progettazione, realizzazione, attivazione, gestione e diffusione di servizi interattivi di pubblica utilità ad interesse regionale, diffusi in tecnica digitale in chiaro e senza alcun costo per l'utente, fatta eccezione per l'utilizzo del canale d'interazione. I servizi in questione (da rendere disponibili ed accessibili all'utente entro il 15 marzo 2006) devono soddisfare particolari requisiti tecnici (essere disponibili su di una piattaforma per l'interattività aperta e riconosciuta tale dalla Commissione europea, qualora si avvalgano di un canale di ritorno su linea telefonica utilizzare un modem con determinate caratteristiche, essere fruibili complessivamente mediante un unico canale distributivo ed essere presentati all'utente in un unico elenco, con criteri omogenei dal punto di vista della collocazione in video, dell'interfaccia grafica e della facilità di consultazione da parte dell'utente). Essi devono comprendere inizialmente, almeno sei aree tematiche presenti in un paniere di dieci<sup>13</sup>, con impegno all'estensione a tutte le rimanenti entro il 31 luglio 2006.

I soggetti che possono beneficiare del contributo in questione, sono le emittenti televisive legittimamente operanti, i loro consorzi ed i fornitori di contenuti interattivi (dotati di determinati requisiti) che diffondano i loro programmi nelle Regioni autonome Sardegna e Valle d'Aosta e che presentino un progetto di servizi interattivi di pubblica utilità ad interesse regionale, che rispettino i criteri precedentemente menzionati.

Nel caso in cui più progetti giudicati ammissibili, rechino l'offerta dei medesimi servizi per una stessa zona geografica, riceve il contributo unicamente il progetto che assicuri la diffusione presso il maggior numero di abitanti.

La revoca dei contributi illegittimamente percepiti (art. 5) da luogo alla restituzione dell'intero ammontare percepito rivalutato secondo gli indici ISTAT, oltre agli interessi corrispondenti al tasso legale.

---

<sup>13</sup> Ossia: informazione istituzionale, lavoro e formazione, sanità e servizi sociali, ambiente, turismo, protezione civile, istruzione e formazione, sport e tempo libero, agricoltura, cultura (art. 1 DM in questione).

Lo switch-off per la Sardegna e per la Valle d'Aosta, previsto inizialmente per il 31 luglio 2006 è stato posticipato al 1°marzo 2008 per la prima ed al 1°ottobre 2008 per la seconda.

Nel *"Protocollo di intesa per la definitiva transizione alla televisione digitale terrestre (switch-off) nel territorio della Regione autonoma Valle d'Aosta"*<sup>14</sup> stipulato tra il Ministero delle Comunicazioni (nella persona dell'allora titolare del dicastero On. Maurizio Gasparri), la Regione e l'associazione DGTVi, le parti si impegnano (punto 2) *"a mettere in atto tutte le attività necessarie per rendere possibile entro il 31 gennaio 2006 la transizione al digitale terrestre nelle aree principali della Regione"*, prevedendo in particolare (punto 3) il *"co-finanziamento Stato-Regione dei decoder per le famiglie meno abbienti ... al fine di assicurare a queste la piena gratuità del decoder"* ed il *"co-finanziamento Stato-Regione per lo sviluppo di servizi di T-government ... valorizzando le iniziative già in corso a livello locale in corrispondenza degli obiettivi di realizzazione dell'e-government (Carte regionali servizi, Carta di identità elettronica, Carta Vallée ecc.), prevedendo il riuso delle soluzioni di volta in volta realizzate nelle diverse aree nonché la valorizzazione delle esperienze produttive, creative e tecnologiche presenti sul territorio"*. Si prevede altresì un'azione congiunta *"di monitoraggio sul territorio con l'obiettivo di rilevare l'effettiva e la progressiva diffusione dei decoder al fine della verifica del rispetto della data indicata per la realizzazione dello switch-off"* (punto nove).

In data 19 giugno 2006 (prot. N. 19025/ASS) l'assessore al bilancio, finanze, programmazione e partecipazioni della regione valdostana ha chiesto un rinvio della scadenza per il passaggio alla DTT.

Il successivo protocollo d'intesa sottoscritto nel 2007<sup>15</sup> dalla Valle d'Aosta, da ADGTVi e dall'attuale Ministro per le Comunicazioni, On. Paolo Gentiloni, le impegna le parti a mettere in atto tutte le attività necessarie per rendere possibile lo *switch-off* entro il 1°ottobre 2008 in tutto il territorio regionale. Ci si impegna in particolare:

- ad assicurare la prosecuzione del finanziamento statale dei decoder interattivi per gli abbonati alla radiotelevisione ivi residenti e per gli abbonati non residenti ma titolari di un'abitazione nella Regione, fino ad esaurimento dei fondi appositamente stanziati per l'anno 2006
- a garantire il cofinanziamento Stato-Regione per lo sviluppo di servizi di *T-government*

<sup>14</sup> Sottoscritto il 16 aprile 2005.

<sup>15</sup> Il cui testo è disponibile sul sito [www.comunicazioni.it](http://www.comunicazioni.it).

- a verificare la possibilità di erogazione di un ulteriore contributo, da parte della Regione per favorire l'acquisto di decoder e ad effettuare un esame congiunto di tale sua erogazione, attesa la natura integrativa di quello statale
- a svolgere un monitoraggio sul territorio, per valutare l'effettiva diffusione dei decoder (in particolare 90 giorni prima del termine delle trasmissioni in forma analogica ci si aspetta di rilevare, che i decoder digitali terrestri siano presenti presso l'80% delle famiglie)

Le emittenti televisive locali si impegnano poi, ad utilizzare unicamente la nuova tecnica di trasmissione, per alcune reti nazionali, entro il 1° marzo 2007 a condizione che almeno l'80% delle famiglie possa ricevere la DTT (ed almeno il 70% di esse con decoder per il digitale terrestre).

La transizione dovrebbe poi essere realizzata nella Provincia autonoma di Trento e nella Regione Piemonte.

Il protocollo d'intesa per lo *switch-off* in Piemonte, siglato tra Ministero delle Comunicazioni, Regione e ADGTVi, a Torino, il 1° dicembre 2007, prevede il completo passaggio alla tecnologia digitale entro il 17 marzo 2011 (in concomitanza col 150esimo anniversario di Torino Capitale d'Italia).

Le parti intendono garantire poi l'abbandono dei segnali analogici entro il 17 marzo 2009 per l'intero territorio delle Province di Cuneo e di Torino.

Si impegnano altresì a realizzare un co-finanziamento Stato-Regione, a partire dal 2008 per realizzare interventi quali:

- lo sviluppo della progettazione, realizzazione e messa in onda di servizi di pubblica utilità, diffusi su piattaforma televisiva digitale, con il coinvolgimento dei *broadcaster* per la messa in onda e del CSP per la validazione e test delle applicazioni e degli enti strumentali della Regione, nonché di attività di ricerca e innovazione a supporto della transizione al digitale nella misura di 5 milioni di euro in due anni a partire dal 2008, di cui 4 milioni a spese della Regione Piemonte ed 1 milione in capo al Ministero
- la realizzazione delle iniziative più opportune per eliminare il *digital divide* televisivo delle famiglie meno agiate

Il protocollo d'intesa per la definitiva transizione alla televisione digitale terrestre siglato tra il Ministero delle Comunicazioni, la Provincia autonoma di Trento e l'ADGTVi<sup>16</sup>, prevede l'impegno dei soggetti indicati, a mettere in atto tutte le attività necessarie, per rendere possibile, entro il 1° ottobre 2009, lo *switch-off* in tutto il territorio provinciale.

---

<sup>16</sup> In data 1° dicembre 2007.

Esse si impegnano, a favorire l'erogazione di un contributo statale, del valore nominale di 60 euro, finalizzato all'acquisto di un apparato di sintonizzazione digitale, in favore di famiglie economicamente o socialmente disagiate, ai sensi dell'Articolo 1 comma 927 lettera d) della Legge Finanziaria 2007, in regola con il pagamento del canone RAI, residenti nella Provincia Autonoma di Trento (ma anche agli abbonati non residenti che siano ivi titolari di un'abitazione). Il tetto complessivo dello stanziamento viene determinato in 1.800.000 euro, di cui 800.000 euro nel 2008 e 1.000.000 euro nel 2009, fino ad esaurimento dei fondi appositamente stanziati. I criteri per individuare i destinatari di tali misure verranno individuati d'intesa tra Ministero ed ente locale interessato.

Le parti che hanno siglato il protocollo si impegnano anche a verificare la possibilità di erogazione di un ulteriore contributo da parte della Provincia, che sia integrativo del contributo statale, prevedendo a tal fine interventi atti a garantire la più ampia possibilità di ricezione del segnale digitale nel territorio.

## **2) LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 151 DEL 12/04/2005**

La sentenza della Corte Costituzionale n. 151 del 12/04/2005 nasce dal ricorso, da parte della Regione Emilia Romagna per contestare (con riferimento all'art. 117, commi 3 e 6 Cost.) le norme contenute nell'art. 4, commi da 1 a 6, della legge 24 dicembre 2003, n. 350 (legge finanziaria 2004) volte a promuovere l'acquisto, da parte dei privati, degli strumenti necessari per accedere alle nuove tecnologie; in quanto ritenute a cavallo tra le materie dell'ordinamento della comunicazione e l'innovazione tecnologica (in cui, secondo la ricorrente, sarebbe di competenza statale, la sola normazione di principio, restando invece del tutto estranee alla funzione di tutela della concorrenza, di competenza statale).

Le norme della legge finanziaria 2004, oggetto di contestazione, prevedono le seguenti misure economiche:

**1)** un contributo, per l'anno 2004, di € 150 per ogni cittadino in regola con il pagamento del canone RAI, che acquisti o noleggi un decoder per la ricezione dei segnali televisivi in tecnica digitale terrestre, fissando il limite di spesa in 110 milioni di euro (art. 4 comma 1)

2) un contributo di 75 €, nel limite di 30 milioni di euro, a favore di chi acquista, noleggia o detiene in comodato, un apparecchio per la trasmissione o la ricezione a larga banda dei dati via internet (art. 4 comma 2), secondo determinate modalità (indicate al comma 3).

3) la definizione di criteri e modalità di attribuzione dei contributi di cui ai commi 1 e 2 ad opera di un decreto del Ministro delle Comunicazioni, di concerto con quello dell'Economia e delle Finanze.

4) l'aumento a partire dal 2004, del finanziamento originariamente previsto dall'art. 10 del DL 27/09/1993, n. 323 (*"Provvedimenti urgenti in materia radiotelevisiva"*), convertito con modificazioni, nella legge 27 ottobre 1993, n. 422, a favore dell'emittenza televisiva locale e dell'emittenza radiofonica locale e nazionale, successivamente più volte aumentato (comma 5)

5) una estensione del beneficio previsto dall'art. 28 della legge 5 agosto 1981, n. 416 (*"Disciplina delle imprese editrici e provvidenze per l'editoria"*), a favore delle imprese editrici, applicando la riduzione del 50% delle tariffe telefoniche fatturate a tali imprese anche nel caso di utilizzo delle linee telefoniche con strumenti informatici (comma 6, e comma 8 relativamente alla copertura finanziaria di tale misura).

Secondo la ricorrente, i contributi agli utenti possono inquadrarsi, nella materia del sostegno all'innovazione tecnologica, in cui la normazione di dettaglio (e quindi la disciplina concreta degli interventi e la loro erogazione) spetterebbe alle Regioni e non nella categoria delle misure di intervento diretto sul mercato (come farebbe supporre la rubrica dell'art. 4 – *finanziamenti agli investimenti*) che rientra, secondo la sentenza n. 14 del 2004 della Corte Costituzionale, nella competenza statale.

La Corte, con la sentenza n. 151/2005, dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata riguardo ai commi 2, 3, 5, e 6 della legge finanziaria 2004 e del comma 4 della stessa legge, nella parte in cui fa riferimento al contributo previsto dal comma 2 (contributo per la diffusione della banda larga internet) in quanto le motivazioni addotte sono incentrate unicamente sul comma 1 dell'art. 4, concernente il contributo per l'acquisto dei decoder, senza che sia rinvenibile alcuna specifica censura relativa alle altre disposizioni, la cui impugnazione, difetta così dei requisiti minimi per l'instaurazione di un giudizio di legittimità costituzionale.

Non sussiste poi illegittimità costituzionale relativamente ai contributi previsti per l'acquisto dei decoder.

Secondo la Consulta, è errata la tesi per cui si tratterebbe di un provvedimento riguardante la materia dell'innovazione tecnologica e l'ordinamento della comunicazione (in cui allo Stato spetterebbe unicamente la legislazione di principio) in quanto esso attiene ad una pluralità di materie ed interessi (sviluppo tecnologico, tutela del pluralismo dell'informazione e della concorrenza) appartenenti talvolta alla competenza legislativa esclusiva dello Stato e talvolta a quella concorrente, senza che nella variegata fattispecie concreta possa dirsi prevalente alcuna tra esse, in maniera da attrarre tutta la disciplina.

La misura ha come obiettivo quello di agevolare la diffusione del sistema televisivo digitale terrestre, che si configura come strumento di attuazione del principio di pluralismo informativo esterno, che non può essere violato nel campo televisivo (vedi sentenza n. 466 del 2002) anche perché una informazione plurale risulta essere (vedi anche le sentenze n. 312 del 2003 e n. 29 del 1996) una *condicio sine qua non* per la configurazione di uno Stato democratico).

Atteso il carattere eccezionale del passaggio alla tecnologia digitale in campo televisivo, non contrasta con il principio di sussidiarietà stabilito dall'art. 118, comma 1 Cost., l'esercizio in maniera diretta, ad opera dello Stato, di una funzione amministrativa, consistente nell'erogazione di un contributo economico a favore degli utenti, (previa ovviamente la previsione di apposito regolamento per delineare i criteri e le modalità di attribuzione di tale misura), poiché, considerato anche il principio di sussidiarietà, è necessario un esercizio unitario della funzione stessa, in quanto un intervento del genere a sostegno del pluralismo informativo, deve essere uniforme su tutto il territorio nazionale.

Da ciò risulta che la misura in questione, risulta essere ragionevole e proporzionata in ordine al fine perseguito.

### **3) UN POSITIVO PACCHETTO DI MISURE VOLTE AL FINANZIAMENTO DELLA TECNOLOGIA DIGITALE : IL *DIGITALISIERUNGSFONDS* AUSTRIACO**

La repubblica austriaca ha posto in essere con il cd. *Digitalisierungsfonds* un articolato insieme di misure volte a favorire il passaggio alla televisione digitale<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Per quanto riguarda le basi legali del *Digitalisierungsfonds* austriaco si rinvia a: *KommAustria-Gesetz (KOG)BGBl. I, Nr.32/2001 idF BGBl,Nr.97/2004,§§ 9°-9e, Richtlinien über die Forderung von Projekten durch den Digitalisierungsfonds* (testo del 2/09/2004) in connessione con il §21 *Privatfernsehgesetz (PrTV-G)*. Le ultime modificazioni sono state introdotte da *Bundesgesetz, mit dem das Privatradiogesetz, das privatfernsehgesetz (PrTV-G), das KommAustria-Gtz und das ORF-Gesetz geändert werden sowie das*

Sono a tal fine previsti una serie di finanziamenti:

- 1) Per i programmi pilota e le attività di ricerca riguardanti il digitale, in particolare al fine di favorirne lo sviluppo e le applicazioni interattive
- 2) Per lo sviluppo di programmi e di servizi innovativi
- 3) Per agevolare lo *switchover* digitale.

Queste misure hanno la finalità di sostenere le emittenti televisive, le quali devono sostenere dei costi addizionali nella fase di *simulcast*, ossia il periodo in cui vi è trasmissione con entrambi i sistemi (analogico e digitale). Tali sovvenzioni non sono destinate a coprire i costi normali di trasmissione, bensì a cofinanziare i costi addizionali, reali ed effettivi, determinati dalla continuazione della trasmissione analogica. Questo tipo di misure contribuisce a sostenere i costi delle emittenti televisive durante la fase simultanea di trasmissione in analogico ed in digitale.

- 4) Per i consumatori al fine di una rapida scelta del sistema digitale.

Tale misura viene adottata in quanto l’Austria è dell’opinione che sia necessario sovvenzionare in tempi rapidi i consumatori, al fine di raggiungere una massa critica di utenti di questa nuova tecnologia, in modo da favorirne una sicura ed efficace diffusione. I fondi in tal modo utilizzati, vengono stanziati con criteri digressivi, nel senso che gli incentivi saranno più alti all’inizio, per poi diminuire progressivamente. L’Austria inoltre sostiene che un co-finanziamento dei *set-top-boxes* (tra l’altro limitato ad un periodo di 24 mesi) si può avere unicamente, se il loro prezzo di mercato, sia tale da rappresentare una barriera di acquisto per i consumatori finali

- 5) Sostegno dei consumatori a basso reddito per l’acquisto di apparecchiature tecniche.

Questo provvedimento ha la finalità di evitare l’esclusione dei cittadini meno abbienti dalla fruizione della televisione digitale, tramite il supporto finanziario per l’acquisto di *set-top-boxes*.

Le varie misure sin qui elencate prevedono un finanziamento di 7,5 milioni di euro all’anno, tramite il bilancio federale, con fondi provenienti dalla tassa di concessione governativa (*Rundfunkgebühr*). Le misure consistono quasi essenzialmente in

---

*Fernsehsignalgesetz aufgehoben wird* (pubblicato il 30/07/2004 nel *BgBl.* I Nr. 97/2004 ed entrato in vigore in data 01/08/2004).

La misura è stata dichiarata, in data 16/03/2005, dalla Commissione Europea (aiuto N 622/2003), non in violazione della normativa sugli aiuti di Stato. Il testo della decisione disponibile solo in inglese è presente sul sito [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/). Qui se ne dà una breve sintesi in lingua italiana.

sovvenzioni, tuttavia le autorità austriache consentono, a certe condizioni anche prestiti e interessi.

Le misure finanziarie in questione sono oggetto di revisione dopo due anni dalla loro adozione.

Sono inoltre stabiliti in maniera dettagliata i beneficiari dei provvedimenti.

Le misure di cui ai numeri 1 e 2 riguardano emittenti, operatori di rete, produttori di apparecchi, fornitori di servizi, istituti di ricerca.

Le misure di cui al numero 3 possono essere concesse unicamente alle emittenti, mentre quelle di cui ai numeri 1 e 3 possono essere cittadini o persone giuridiche.

Quelle indicate ai numeri 4 e 5 riguardano i singoli cittadini .

I finanziamenti (distribuiti dall'RTR), vengono effettuati seguendo le *guidelines* per la allocazione dei fondi ("*Richtlinien*"). Condizione per i finanziamenti è che il progetto non possa essere realizzato senza un intervento del *Digitalisierungsfonds*.

I beneficiari non possono richiedere sovvenzioni superiori ai costi effettivamente sostenuti, secondo i criteri stabiliti nelle *guidelines*.

In linea generale è previsto un cofinanziamento per un massimo del 50% dei costi necessari, che non possono essere cumulati con altri fondi federali (tuttavia è possibile cumulare finanziamenti non provenienti dal bilancio federale, con il limite però del 60% dei costi totali sostenuti).

Inizialmente le misure in questione riguardavano unicamente il digitale terrestre, poi sono stati estesi anche al cavo e al satellite, in modo da non violare il diritto comunitario.

La Commissione ritiene compatibile questo pacchetto organico di misure, che favoriscono la digitalizzazione, anche perché in armonia con la cd. "*Switchover communication*"<sup>18</sup>, che evidenzia come detto passaggio, comporti difficoltà e costi non risibili, per cui l'intervento statale può essere giustificato laddove sono in gioco interessi generali ed in caso di fallimenti del mercato.

Il complesso di misure previste non confligge con il diritto comunitario, poiché sono rispettati tutta una serie di requisiti ed in particolare:

1) La neutralità tecnologica, in quanto il finanziamento non favorisce a priori alcuna specifica tecnologia o piattaforma trasmissiva.

---

<sup>18</sup> COM(2003)541 "*Comunicazione sulla transizione dalla trasmissione analogica a quella digitale (dallo switchover digitale allo switch-off analogico)*".

2) La possibilità di partecipare al bando da parte dei vari operatori secondo criteri chiari e predefiniti.

3) La temporaneità dei finanziamenti.

4) La necessità del finanziamento, in quanto i potenziali beneficiari devono dimostrare la impossibilità di attuazione dei loro progetti senza il cofinanziamento del *Digitalisierungsfonds*.

5) Condizioni specifiche per il finanziamento, nel senso che le sovvenzioni, oltre a sostenere i reali costi dei progetti, devono essere utilizzate interamente e secondo criteri economici per le finalità a cui sono destinati. Al termine del periodo di applicazione del *Digitalisierungsfonds* i beneficiari devono dimostrare a RTR di aver utilizzato i fondi secondo le modalità stabilite dalla legge, rimborsando eventuali sopracompenzazioni.

6) Largo utilizzo dei risultati del progetto.

7) Accesso a richiedenti stranieri.

8) Presenza di un sistema di monitoraggio degli aiuti (in quanto RGR deve trasmettere alla Commissione un rapporto annuale sull'utilizzo dei fondi).

#### **4) UN ULTERIORE ESEMPIO DI FINANZIAMENTO COMPATIBILE: IL CONTRIBUTO CONCESSO DALLA SVEZIA PER INTRODURRE LA TELEVISIONE DIGITALE (MISURA C24/2004, DECISIONE 2007/258/CE)**

Un esempio importante di finanziamento del passaggio al digitale è quello svedese, che tra l'altro ha formato oggetto della decisione della Commissione 2007/258/CE, emanata relativamente alla misura C24/2004, in cui viene dettagliatamente descritta la politica adottata dal paese scandinavo in *subiecta materia*.

In Svezia la televisione digitale si è sviluppata fortemente negli ultimi anni. In particolare le decisioni politiche sono andate verso uno sviluppo del digitale terrestre interamente finanziato dalle società partecipanti, ossia le emittenti ed il gestore della rete (*Teracom AB*<sup>19</sup>) e non direttamente dallo Stato. Il parlamento svedese ha stabilito nel 2003 che il termine per lo *switch-off* non oltrepassi il 1° febbraio 2008.

---

<sup>19</sup> Questa società, nata nel 1992 ha come campo di operazione, la costruzione e la gestione della piattaforma per la televisione digitale terrestre in Svezia. Tra le sue attività vi sono la trasmissione e la distribuzione di programmi radiotelevisivi e la commercializzazione di servizi connessi e compatibili con le sue attività di trasmissione e distribuzione. Le emittenti televisive per trasmettere tramite la piattaforma digitale terrestre, devono concludere accordi con Teracom e corrisponderle dei canoni per i servizi forniti.

Alla principale emittente del servizio pubblico, la SVT è imposto di raggiungere, tramite i suoi canali, il 99,8% della popolazione (è pertanto evidente che nelle more dello *switch-off*, essa debba trasmettere i suoi programmi in *simulcast*, cosa che determina indubbiamente una levitazione delle spese).

In Svezia ogni nucleo familiare che possiede un televisore, deve pagare un canone volto al finanziamento delle società del servizio pubblico radiotelevisivo<sup>20</sup>. Esso è riscosso da una s.p.a. di proprietà delle imprese del servizio pubblico radiotelevisivo (la *Radiotjänst i Kiruna AB*) la quale trasferisce le somme raccolte su di un conto speciale presso il *Riksgaldskontor* (ossia l'ufficio svedese del debito pubblico) denominato *Rundradiokonto*.

Ogni anno, il Parlamento svedese, considerando anche l'attività dell'operatore pubblico e delle eventuali modifiche agli obblighi di servizio pubblico che essa è tenuta ad osservare, stabilisce i fondi da stanziare ad SVT<sup>21</sup> (la quale ripartisce autonomamente tali somme per le proprie esigenze).

Atteso l'impegno dell'ente radiotelevisivo pubblico svedese a trasmettere in *simulcast*, per un certo periodo (il che determina una serie di costi) lo Stato, anche per evitare l'aumento del canone, ha aperto presso il *Riksgaldskontor* un conto speciale, denominato conto di distribuzione – *Distributionskonto*). Esso è finanziato con denaro proveniente dal *Rundradiokonto* e mediante un credito concesso dal *Riksgaldskontor*. Dal conto di distribuzione, il denaro viene infine trasferito a SVT, per consentirle di sostenere le tasse per trasmettere attraverso la via terrestre. I fondi che SVT riceve dal *Rundradiokonto* e dal *Distributionskonto*, non possono essere impiegati per attività che esulano dalle attività rientranti nel concetto di servizio pubblico.

In un primo tempo, il conto di distribuzione risultava essere in disavanzo, in quanto le somme trasferite su di esso, erano inferiori all'importo trasferito all'operatore pubblico per pagare le tasse di trasmissione. Tale differenza viene coperta dal credito concesso dal *Riksgaldskontor*. I trasferimenti dal conto di distribuzione a SVT diminuiranno, con la conseguente diminuzione del suo disavanzo, dal momento dello *switch-off*. La Svezia ritiene che i costi per la trasmissione in *simulcast*, saranno

---

Teracom attesa l'insufficienza dei suoi proventi ordinari, al fine di sostenere integralmente i costi necessari per il passaggio al digitale, ha dovuto contrarre dei prestiti sul mercato dei capitali.

<sup>20</sup> Vedi la legge svedese n. 41 del 1989 sul canone.

<sup>21</sup> Vedi *Radio och TV i allmänhetens tjänst-Riktlinjer för en ny tillstandsperiod, Betänkande av Kommitten om radio och TV i allmänhetens tjänst*, Stoccolma 2005.

completamente recuperati entro e non oltre il 2013, data in cui vi sarà il riequilibrio del conto di distribuzione.

Il problema di compatibilità con la normativa concernente gli aiuti di Stato, deriva in particolare dal fatto che parte dei fondi di cui SVT è beneficiaria, viene utilizzato per sostenere le somme dovute a Teracom come corrispettivo dei servizi di trasmissione terrestre, fermo restando che Teracom applica nei confronti di tutti gli operatori, sia pubblici che privati il principio della parità di trattamento.

Per quanto riguarda specificamente il sistema di trasmissione digitale terrestre, gli importi dovuti si scindono in due voci: delle tasse fisse per canale (composte da una tassa base ed una tassa di collegamento) ed una tassa variabile calcolata in proporzione ai telespettatori, ossia alla cd. penetrazione.

Oggetto della decisione della Commissione sono state una serie di misure che potevano far ritenere la sussistenza di aiuti di Stato, in particolare:

1) l'esistenza di un vantaggio economico indiretto a favore di Teracom, mediante tasse di trasmissione eccessive, versate da SVT per i servizi di trasmissione forniti da Teracom, attraverso la rete digitale e quella terrestre

2) l'esistenza di un vantaggio economico diretto, mediante una garanzia di credito a Teracom e mediante un conferimento condizionato di capitale, che essa dovrà rimborsare<sup>22</sup>.

Alla luce della normativa e della giurisprudenza comunitarie, ai fini della sussistenza di un aiuto di Stato *ex art. 87 TCE*, devono essere contemporaneamente presenti le seguenti condizioni:

- un trasferimento di risorse statali
- un vantaggio economico per il beneficiario dell'aiuto
- una falsificazione o una minaccia di falsificazione della concorrenza
- una ripercussione sugli scambi tra i paesi membri.

Nell'ipotesi in questione la Commissione ha ritenuto compatibili tutte le misure oggetto di doglianza.

In particolare:

---

<sup>22</sup> Lo Stato ha concesso a Teracom un contributo condizionato di azionista che non deve però qualificarsi quale prestito. Esso viene rimborsato attraverso il versamento di dividendi, quando si hanno a disposizione in bilancio capitali propri sufficienti. Nell'accordo tra Stato e Teracom, viene stabilito che il conferimento di capitale, viene concesso a condizioni di mercato e che il rendimento previsto è uguale a quello di un contributo condizionato di azionista, concesso per una attività commerciale competitiva.

1) E' stato accertato che il pagamento delle tasse di trasmissione da parte di SVT a favore di Teracom, per le trasmissioni terrestri, non è stato superiore a quelli dovuti in normali condizioni di mercato. I dati reali <sup>23</sup> evidenziano che nell'arco temporale 1999-2006 SVT, non ha effettuato pagamenti eccessivi in favore del gestore della rete e non vi è stata alcuna sovvenzione incrociata, poiché quest'ultimo non ha riscosso somme eccessive per le trasmissioni analogiche, al fine di stornarle per le attività d'innovazione tecnologica.

La Commissione ritiene che nonostante SVT sia tenuta a trasmettere attraverso la rete terrestre utilizzando sia la modalità analogica sia la modalità terrestre e non possa, a tal fine, non avvalersi di Teracom, quest'ultima ha possibilità limitate di approfittare di tale *status quo*.

Le tasse di trasmissione pagate da SVT a Teracom non integrano un'ipotesi di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, paragrafo 1 TCE

2) E' stato accertato che Teracom non ha fatto pagare tasse di trasmissione più sfavorevoli a SVT rispetto alle televisioni commerciali<sup>24</sup>, poiché si è giustamente utilizzato il principio della parità di trattamento. In particolare, per le trasmissioni analogiche, i prezzi vengono determinati in base ai costi, mentre per quanto concerne il digitale, essi vengono determinati in base al criterio della penetrazione, utilizzando però criteri uniformi per tutti i clienti di Teracom.

3) E' stato accertato che non vi è stato un appoggio economico diretto a favore di Teracom, a seguito della concessione di una garanzia di credito statale in suo favore.<sup>25</sup>

La Commissione evidenzia nella decisione che in linea generale, le garanzie concesse dallo Stato ricadono "*nell'ambito di applicazione dell'art. 87, paragrafo 1, TCE, qualora pregiudichino il commercio tra gli Stati membri e non sia versato un corrispettivo rispondente alle normali condizioni di mercato*" e che "*l'aiuto deve considerarsi concesso nel momento in cui viene prestata la garanzia e non quando la garanzia venga fatta valere o il garante provveda al pagamento*"<sup>26</sup>. La Commissione evidenzia altresì che alla

---

<sup>23</sup> Delineati nella tabella 4 della decisione 2007/258/CE.

<sup>24</sup> Gli importi superiori a carico di SVT, derivano, non da un trattamento sfavorevole dell'emittente pubblica, ma sono determinati dai servizi aggiuntivi che essa stessa richiede.

<sup>25</sup> Per quanto riguarda questo aspetto, il Parlamento svedese nel febbraio 2002 (decisione 2001/02:krU07 del Parlamento; Rskr. 2001/02:149) ha adottato una decisione che auspica la concessione di una misura assimilabile ad una garanzia di credito a favore di Teracom.

<sup>26</sup> Paragrafo 8.2 della decisione 2007/258/CE.

luce della giurisprudenza comunitaria, un aiuto in tanto può sussistere in quanto è stata effettuata una promessa incondizionata e legalmente vincolante di concederlo<sup>27</sup>.

Nella fattispecie concreta è stato rilevato che la misura di cui si controverte, non costituisce un ipotesi di aiuto di Stato, in quanto il provvedimento con cui il governo ha invitato il *Riksgaldskontor* a prestare una garanzia di credito, risulta essere una decisione condizionale e non determina in capo a Teracom un diritto soggettivo di esigere che le venisse rilasciata la suddetta garanzia. Dal diritto svedese si ricava che le autorità sottoposte alla vigilanza del Governo, nel prestare una garanzia di credito, devono prendere in considerazione il parere del *Riksgaldskontor*, in particolare per quanto riguarda la solvibilità e l'onestà del beneficiario.

E' stato infine rilevato che non vi è stato un appoggio economico diretto sotto forma di conferimento condizionato di capitale che Teracom dovrà rimborsare.

Ai sensi della Comunicazione della Commissione europea agli Stati membri "Applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato CEE e dell'articolo 5 della direttiva della Commissione 80/723 /CEE alle imprese pubbliche dell'industria manifatturiera" (GU C 307 del 13/11/1993, pag. 3), quando uno Stato conceda finanziamenti ad una impresa in circostanze che non sarebbero accettabili, per un investitore che opera nelle condizioni normali di un'economia di mercato, si ricade in un ipotesi di vantaggio economico.

Nel caso concreto questa condizione non si è verificata.

## **5) IL FINANZIAMENTO DELLA TELEVISIONE DIGITALE IN ITALIA: IL CONTRIBUTO PER L'ACQUISTO DEI DECODER, PREVISTO DALLE LEGGI FINANZIARIE PER IL 2003, IL 2004 ED IL 2005**

### **IL CONTRIBUTO PREVISTO DALLA LEGGE FINANZIARIA 2003**

Per agevolare la diffusione della televisione digitale, come previsto tra l'altro dalle disposizioni comunitarie, l'Italia ha posto in essere una politica di sovvenzionamento dei cd. decoder digitali.

In particolare l'art. 89 della legge finanziaria per il 2003, ha accordato un contributo statale di euro 150 per l'acquisto o il noleggio di tali apparecchi. I beneficiari possono essere unicamente le persone fisiche, i pubblici esercizi e gli alberghi.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> *Ex multis* CdG causa C-99/98, *Austria contro Commissione* (Racc. 2001, p. 1-1101).

I fondi disponibili ammontano a 31 milioni di euro (limitazione che non ha giovato ad una effettiva diffusione del digitale).

Il comma 5 della legge in questione, rimanda ad un decreto del Ministro delle Comunicazioni, (da emanarsi entro sessanta giorni), la determinazione dei criteri e delle modalità di attribuzione del contributo.

Il decreto 14 marzo 2003<sup>29</sup> del Ministro delle Comunicazioni ha quindi stanziato 4 milioni di euro (art. 1, comma 1, lettera a).

Il decreto in questione prevede in particolare i seguenti stanziamenti (art. 1):

- 4 milioni di euro per i contributi stabiliti dalla finanziaria 2003 (art. 89, comma 1) per gli apparati volti alla ricezione dei segnali DVB-T (televisione digitale terrestre) e la conseguente interattività, nonché per gli apparati di utente per la trasmissione e/o ricezione a larga banda dei dati via internet, utilizzati per le finalità interattive (art. 89, comma 2)

- 27 milioni di euro per i contributi destinati alla promozione degli apparati di utente per la trasmissione e/o la ricezione a larga banda dei dati via internet (art. 89, comma 2, della legge finanziaria per il 2003)<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Il secondo comma dell'art. 89 della legge finanziaria per il 2003, concede un contributo statale di 75 euro anche alle persone fisiche o giuridiche che acquistano o noleggiano o detengono in comodato un dispositivo tecnico per la trasmissione, o la ricezione a larga banda dei dati via internet. Tale misura viene accordata attraverso uno sconto, di importo corrispondente, sul costo previsto nei contratti di abbonamento al servizio di accesso a larga banda ad internet, stipulati successivamente al 1/12/02. Per quanto concerne l'acquisto, il beneficio viene riconosciuto immediatamente sulle prime bollette di pagamento e fino alla concorrenza sullo sconto. Nell'ipotesi del comodato o del noleggio, lo sconto viene suddiviso sulle bollette del primo anno (comma 3).

<sup>29</sup> Il cui testo è disponibile sul sito del Ministero: [www.comunicazioni.it](http://www.comunicazioni.it) e sulla G.U. n. 83 del 09/04/2003.

<sup>30</sup> I contributi per la promozione della tecnologia internet vengono erogati per il tramite degli operatori di telecomunicazioni con i quali i beneficiari abbiano stipulato un contratto di abbonamento per l'utilizzo della larga banda internet. Si beneficia dello sconto sulle prime bollette di pagamento (fino alla concorrenza dello sconto stesso) nell'ipotesi di acquisto, mentre nell'ipotesi di noleggio o comodato (di durata annuale), lo sconto è ripartito sulle bollette entro il primo anno.

Con provvedimento della Direzione Generale Concessioni ed Autorizzazioni del Ministero delle Comunicazioni sono stabilite almeno quattro tipologie di lotti di autorizzazioni preventive, da rilasciare agli operatori di telecomunicazioni che ne facciano richiesta (ognuna con l'indicazione del *quantum* da assegnare a ciascun lotto, determinato in relazione ai dati di vendita degli accessi alla tecnologia in questione, per tipologia di operatore).

L'art. 5 del decreto interministeriale 14/03/2003 prevede che in caso di contributo determinato da dichiarazioni mendaci o false attestazioni anche documentali, contenute nella domanda o nella documentazione alla stessa allegata, il contributo è revocato, previa contestazione ed apposito procedimento amministrativo in cui sia garantito il contraddittorio. La revoca del contributo consiste nel riversare all'erario, nei limiti temporali stabiliti dallo stesso provvedimento, l'intera somma indebitamente percepita, maggiorata degli indici ufficiali ISTAT di inflazione in rapporto ai "prezzi al consumo per le famiglie di operai e di impiegati" e degli interessi legali. Nell'eventualità di inottemperanza dell'obbligato, tramite iscrizione a ruolo, viene attuato il recupero coattivo del contributo e dei suoi accessori. A mio avviso sarebbe stato più opportuno prevedere anche una sanzione amministrativa nell'ipotesi di tali violazioni della normativa *de qua* (nonostante la portata economicamente limitata dell'agevolazione predetta), atteso che per fattispecie simili (vale a dire nel vasto campo delle misure che lo Stato predispone per la promozione della tecnologia e di alcuni settori economici) sono previste, in caso di inadempienze e trasgressioni, sanzioni di tale natura (ed in alcuni casi anche misure penali).

Nelle ipotesi di sperimentazione di radiodiffusione televisiva in tecnica digitale su frequenze terrestri, contributi (per la promozione della DVB-T) vengono riconosciuti agli utenti per il tramite dei seguenti quattro soggetti (indicati all'art. 6): quelli abilitati alla sperimentazione della nuova tecnologia ai sensi della normativa vigente e gli operatori di telecomunicazioni di cui all'art. 2, comma 1, del decreto in questione; i fornitori di servizi autorizzati ai sensi del regolamento n. 435 dell'AGCOM del 15/11/01, concernente la radiodiffusione terrestre in tecnica digitale; i soggetti che hanno stipulato convenzioni in materia con gli attori indicati precedentemente.

Nel caso invece di acquisto degli apparecchi che permettano l'accesso alla televisione digitale terrestre e la connessa interattività, ad opera degli utenti privati, i contributi sono corrisposti direttamente agli utenti.

In ogni caso condizione generale per la concessione dei contributi, in qualunque forma è che i beneficiari risultino regolarmente abbonati ed in regola con il pagamento del canone alle radiodiffusioni.

Successivamente è stato emanato il DM 24 dicembre 2003 del Ministro delle Comunicazioni (di concerto con il Ministro dell'Economia e Finanze) in cui si afferma (art. 1) che i contributi sono destinati alla diffusione di apparati utilizzati nell'ambito delle sperimentazioni previste dal DL 23 gennaio 2001, n. 5, convertito, con modificazioni dalla legge 20 marzo 2001, n. 66, e dalla deliberazione n. 435/01/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e di quelle previste dall'art. 41, comma 7, della legge 16 gennaio 2003, n. 3.

Viene stabilito (art. 2) che gli apparecchi sovvenzionabili sono solo quelli che oltre a consentire la ricezione dei segnali DVB-T, consentono una piena interattività (si afferma infatti "è richiesta all'apparato una prestazione di piena interattività anche da remoto").

È certamente da condividere la precisazione del legislatore, in quanto si sarebbe altrimenti sovvenzionata una platea di consumatori, che spinta dal costo meno elevato dei decoder non interattivi, si sarebbe presto trovata in una situazione di *minus habentes*, per quanto riguarda l'accesso alle nuove tecnologie, rispetto ai consumatori di fascia più elevata.

Per quanto concerne la destinazione dello stanziamento iniziale di 4 milioni di euro del DM 14/03/03 e di quello indicato dalla legge finanziaria per il 2003, essi hanno come oggetto gli "apparati utilizzati nell'ambito delle sperimentazioni previste dal DL 23/01/01, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 20/03/01, n. 66, e dalla

*deliberazione n. 435/01/CONS dell'AGCOM* e quelle "previste dall'art. 41, comma 7, della legge 16/01/2003, n. 3"<sup>31</sup>.

Per quanto concerne la procedura di assegnazione dei contributi (art. 3 del DM in questione) essi sono erogati ai soggetti sperimentatori per ogni utente beneficiario dell'agevolazione che aderisce alla sperimentazione della televisione in tecnica digitale terrestre interattiva, a seguito di assegnazione di apposito apparato. L'assegnazione di apparato da parte del soggetto sperimentatore avviene a seguito della stipula con l'utente di un contratto di adesione alla sperimentazione in cui viene stabilito che la proprietà dell'apparato stesso, venga trasferita all'utente al termine della sperimentazione. L'importo pro-capite non può superare euro 150 per gli apparati volti a favorire la diffusione del DVB-T, ed euro 75 per quelli volti a promuovere la banda larga internet.

I soggetti sperimentatori, devono presentare, entro e non oltre dieci giorni, dalla data di pubblicazione del decreto in questione, al Ministero della Comunicazione, una richiesta scritta, indicando il numero degli apparati che intendono collocare presso i beneficiari (precisando tra l'altro il proprio indirizzo di posta elettronica, le coordinate bancarie - ABI e CAB - e gli elementi informativi necessari per la corresponsione dei contributi richiesti).

#### IL CONTRIBUTO PREVISTO DALLA LEGGE FINANZIARIA 2004

La legge finanziaria per il 2004 (legge n. 350/2003) prevede all'articolo 4, comma 1, per l'esercizio al quale si riferisce, un contributo, nei confronti degli utenti in regola con il pagamento del canone RAI, di 150 euro, per l'acquisto o il noleggio di un apparecchio necessario per la ricezione (in chiaro e senza alcun costo, per l'utente e per il fornitore dei contenuti) dei segnali DVB-T e della connessa interattività. A tal fine è previsto un fondo pari a 110 milioni di euro.

Il decreto del Ministero delle Comunicazioni del 30 dicembre 2003 ("*Contributo per la televisione digitale terrestre e per l'accesso a larga banda ad Internet ai sensi dell'art. 4, commi 1 e 2 della legge 24 dicembre 2003, n. 350*") emanato di concerto con il Ministero dell'Economia e Finanze, dando attuazione alla norma della legge finanziaria summenzionata, ribadisce (all'art. 1) i presupposti per la concessione del contributo ossia:

---

<sup>31</sup> Art. 1 DM 24/12/2003 del Ministero delle Comunicazioni.

- l'esser in regola con il pagamento del canone radiotelevisivo
- l'acquisto o il noleggio dei decoder volti a consentire la ricezione in chiaro e senza alcun costo per l'utente e per il fornitore dei contenuti, dei segnali televisivi in tecnica digitale terrestre (T-DVB/C-DVB) e la conseguente interattività
- la non cumulabilità dei contributi in capo a ciascun utente.

Il finanziamento statale che non può superare l'importo di euro 150, consiste in una equivalente riduzione del prezzo del decoder, comprensivo di IVA ed al netto di qualsiasi eventuale sconto commerciale. Detta misura non può in alcun caso superare il prezzo di vendita o di noleggio dell'apparecchio.

Le modalità di revoca del contributo (regolato dall'art. 7) in caso di dichiarazioni mendaci o false attestazioni anche documentali, sono analoghe a quelle stabilite dall'art. 5 del DM 24/12/2003 del Ministero delle Comunicazioni.

Sono previsti una serie di adempimenti a carico del distributore (art. 2). L'elemento che più suscita apprezzamento è che dette procedure vengono gestite attraverso canali informatici (in tal modo snellendo e velocizzando il sistema ma anche evitando il dispendio di carta).<sup>32</sup>

Il decreto prevede che il Ministero pubblichi sul proprio sito internet i dati relativi alla corresponsione dei contributi e che trasmetta, al Ministero dell'Economia e Finanze-Agenzia delle Entrate-Ufficio Torino 1-SAT (Sportello abbonamenti televisivi) i dati degli utenti beneficiari.

#### IL CONTRIBUTO PREVISTO DALLA LEGGE FINANZIARIA 2005

La legge finanziaria per il 2005 (legge 30 dicembre 2004, n. 311) prevede (all'art. 1, comma 211) un rifinanziamento della misura (lo stanziamento è sempre di 110 milioni

---

<sup>32</sup> In particolare il distributore che intende procedere alla vendita degli apparecchi praticando la riduzione di prezzo, deve compilare il foglio elettronico presente nell'apposito sito internet del Ministero, specificando i propri dati ed aderendo alle condizioni che lo riguardano, riportate nel sito medesimo. Una volta compiuta la vendita col cliente, il distributore deve collegarsi telematicamente con Poste italiane SpA, per effettuare una serie di operazioni (identificazione, controllo del versamento del canone RAI, ad opera del cliente, attraverso la digitazione del codice fiscale, controllo che i beneficiari non abbiano usufruito più volte del contributo in questione). È prevista altresì la trasmissione per via telematica, al centro di contatto costituito presso le Poste italiane SpA, delle fotocopie dei documenti d'identità, degli scontrini fiscali e delle fatture.

Il Ministero tramite apposita convenzione si avvale della collaborazione dell'ente poste (art. 3) per le seguenti attività: la predisposizione dell'elenco dei clienti beneficiari, corredato dei relativi dati di riscontro; la realizzazione di una serie di procedure informatizzate e del sito per l'attuazione della normativa in questione, il rimborso ai distributori dei crediti da essi maturati; l'organizzazione e la gestione di un centro di servizi al fine di soddisfare le richieste dei clienti.

di euro), ma il contributo per ogni singolo apparecchio scende da 150 a 70 euro. La misura si applica ai contratti stipulati a decorrere dal 1° dicembre 2004.

Le modalità sono analoghe a quelle della legge finanziaria dell'anno precedente.

Le procedure per l'assegnazione dei contributi stabilite per l'anno 2004, dagli articoli 1, 2, 3 e 7 del decreto del Ministro delle Comunicazioni del 30 dicembre 2003 (pubblicato sulla G.U. n. 18 del 23 gennaio 2004) vengono estesi in quanto compatibili, ai contributi previsti per l'anno 2005.

A giugno 2005 i decoder DTT venduti risultano esser 2.223.237 rispetto ai 956.000 rilevati a dicembre 2004 (una variazione dunque del 132,6% ed una diffusione del DTT sul totale della tv digitale che passa dal 15,9% al 30,6%). Nello stesso arco temporale le abitazioni con televisione digitale risultano essere 7.264.237 rispetto al precedente dato di 5.997.500 (un aumento del 21,1%)<sup>33</sup>.

La questione del finanziamento dei decoder è stata anche oggetto di polemiche politiche, sia dentro le aule parlamentari, che fuori di esse.

Si ricordi per esempio l'interpellanza urgente avente ad oggetto le *"scelte politico-economiche del Governo al fine di permettere la massima ricezione della televisione digitale terrestre – n. 2-01528"*, di cui si dà in questa sede una breve sintesi<sup>34</sup>, in cui l'On. Carla Mazzuca Poggiolini, lamentava la inidoneità della politica del governo nel favorire lo *switch-off* (il termine allora previsto era il 31 dicembre 2006) in quanto vi erano milioni di famiglie e centinaia di migliaia di imprese non raggiunte dalla nuova tecnologia<sup>35</sup>. La Poggiolini rileva che il numero di apparecchi privi di decoder era di 32.960.969, di tal guisa ledendo il diritto all'informazione, costituzionalmente sancito all'art. 21 Cost. Le misure governative avrebbero rafforzato il duopolio RAI- Mediaset, fallendo nell'obiettivo dichiarato di favorire nuovi operatori nel mercato, mentre si sarebbe determinato un abbassamento della competitività di altre forme di trasmissione televisive, come quelle satellitari. In particolare, secondo quanto affermato dall'interrogante si sarebbe verificata una forte rivalità tra il sistema digitale terrestre e quello satellitare per la trasmissione

<sup>33</sup> I seguenti dati, relativi al 2004 e al 2005 sono tratti da Federcomin/DIT-Osservatorio della società dell'informazione Dati Italmedia Consulting.

<sup>34</sup> Si veda il resoconto stenografico dell'Assemblea della Camera dei Deputati, relativo alla seduta n. 612 del 14/04/2005, reperibile sul sito [www.camera.it](http://www.camera.it).

<sup>35</sup> In particolare i dati forniti dall'interrogante, estrapolati su fonte ISTAT fotografano la seguente situazione: 22.876.102 televisori al 31 dicembre 2003. Per stima prudenziale, si attribuisce alle famiglie italiane un numero di apparecchi pari a 1,5 (tuttavia il dato non corrisponde alla realtà, in quanto spesso ogni nucleo familiare possiede due o tre apparecchi, mentre solo pochissime famiglie non possiedono alcun apparecchio televisivo). Secondo la Poggiolini, si otterrebbe quindi un numero di televisori non inferiore, secondo le stime più prudenti, a 34.341.153 unità, al 31/12/2003. Vi sono poi circa 25 milioni di apparecchi presenti nelle strutture alberghiere. In particolare viene evidenziato che Federalberghi lamenta che vi siano circa 500.000 loro consociati che non godono della nuova tecnologia.

delle partite di calcio, la cui acquisizione avrebbe determinato (come indicato da vari organi di stampa) un sensibile incremento di utili, per il principale operatore televisivo privato (il cui utile sarebbe cresciuto del 35%, raggiungendo 500,2 milioni di euro, a cui ha contribuito in maniera rilevante l'apporto di Publitalia, che ha raccolto il 66,1% dell'intera pubblicità televisiva, pubblicità che è particolarmente remunerativa durante le partite di calcio).

L'onorevole interrogante, criticando la politica governativa *in subiecta materia*, sottolinea che ipotizzando il costo di 50 euro (estremamente basso rispetto alla realtà) per decoder, il digitale costerebbe più di 2 miliardi e 950 milioni di euro (di cui 1 miliardo e 250 milioni a carico delle imprese del settore alberghiero che utilizzano 25 milioni di apparecchi su un totale di 59 milioni). Evidenzia altresì che gli investimenti tecnologici necessari costerebbero alle 590 imprese televisive locali circa 87 milioni di euro (un importo da esse difficilmente sostenibile, senza agevolazioni pubbliche). Nell'atto parlamentare in questione si chiede lo slittamento della data dello *switch-off*, per consentire una migliore redistribuzione ed un armonico sviluppo del mercato pubblicitario.<sup>36</sup>

L'art. 1, comma 250 della legge n. 311/2004, prevede poi la costituzione, per l'anno 2005, nello stato di previsione del Ministero delle Comunicazioni, di un Fondo (pari a 10 milioni di euro) per la promozione e la realizzazione di aree *all digital* e servizi di *T-Government* sulla piattaforma della televisione digitale terrestre.

#### IL CONTRIBUTO PREVISTO DALLA LEGGE FINANZIARIA 2006

L'art. 1, comma 572, della legge finanziaria 2006, dispone un contributo (di complessivi 10 milioni di euro) a favore degli utenti in regola con il pagamento del canone radiotelevisivo, delle Regioni Sardegna e Val d'Aosta (e di quattro ulteriori aree all digital da individuare con decreto del Ministro delle Comunicazioni) per l'acquisto od il noleggio di un apparecchio di ricezione denominato *set top box* o decoder. Il contributo è di euro 90 per gli acquisti di effettuati dal 1° al 31 dicembre 2005 e di 70 euro per quelli

---

<sup>36</sup> Vi sono poi alcune voci critiche sull'opportunità di sviluppare la tecnica digitale in materia televisiva, pronunciandosi invece a favore di una tecnologia che garantisca l'accesso a tale servizio utilizzando la rete internet. In quest'ottica le risorse statali dovrebbero servire a creare e a potenziare le postazioni d'accesso alla rete web con punti *wi-fi*, e la promozione della banda larga, garantendo anche minori costi di connessione. Sul punto si rinvia a [www.feedshow.com/show\\_items-feeds](http://www.feedshow.com/show_items-feeds) e al sito [www.beppe.grillo.it](http://www.beppe.grillo.it).

effettuati dal 1° gennaio 2006.<sup>37</sup> I decoder finanziati, devono garantire la fruizione diretta e senza restrizione dei contenuti e servizi in chiaro e devono poter fornire prestazioni di interattività, anche da remoto, attraverso interfacce di programmi (API) aperte e riconosciute tali (in particolare conformi all'art. 18 della direttiva 2002/21/CE). Inoltre il contributo è concesso, a condizione che *"il canale di interazione, attivato su linea telefonica analogica commutata, sia supportato da un modem abilitato a sostenere, per tale tipo d'accesso, la classe di velocità V90/V92, fino a 56 Kbits ovvero una velocità almeno equivalente per le altre tecnologie trasmissive di collegamento alle reti pubbliche di telecomunicazioni"*.

Il dato innovativo del finanziamento contenuto nella finanziaria 2006 è che non vengono discriminati gli operatori satellitari a vantaggio di quelli operanti in tecnica digitale terrestre.

#### **6) I CONTRIBUTI SOTTOPOSTI AL SINDACATO DELLA COMMISSIONE EUROPEA. LA DECISIONE 2007/374/CE DEL 24 GENNAIO 2007**

La Commissione Europea con la decisione n. 374 del 2007 ha dichiarato illegittimi, in quanto in contrasto con la normativa sugli aiuti di Stato, i contributi concessi dall'Italia, con le leggi finanziarie per il 2004 ed il 2005, poichè discrimina gli operatori satellitari, atteso che essi vengono esclusi a priori dal beneficio i decoder satellitari.

Essa origina da delle denunce effettuate da Europa 7 (un'impresa televisiva titolare di una concessione di diffusione in tecnica analogica dal lontano 1999) ma illegittimamente non assegnata dallo Stato italiano e da Sky Italia, una televisione satellitare a pagamento (facente capo a *News Corporation*).

Le misure volte a favorire la diffusione del digitale disposte dalle leggi finanziarie per il 2004 e per il 2005, hanno consentito entro la fine del mese di novembre del 2005 (secondo i dati riportati dalla decisione in questione) la diffusione di circa due milioni di decoder con lo sconto derivante dal finanziamento statale (una cifra che corrisponde a circa la metà dei decoder complessivamente veduti, fino a quella data). Tale situazione

---

<sup>37</sup> Il contributo viene concesso anche agli abbonati non residenti in dette aree, ma che ivi dimostrino di essere titolari di abitazione, attraverso il pagamento dell'ICI. La misura è discutibile, poiché chi è proprietario di una seconda casa non si trova certo in condizioni di disagio economico, potendo facilmente sostenere una spesa di poche centinaia di euro. In linea generale sarebbe stato più opportuno che il legislatore legasse tutti i contributi per i decoder stanziati in questi anni, in misura regressiva al crescere dei redditi dei beneficiari. La misura delineata dalla legge finanziaria per il 2006 va a beneficio anche dei titolari di alberghi, strutture recettive, campeggi ed esercizi pubblici situati nelle aree all digital, riconoscendolo per ogni apparecchio messo a disposizione del pubblico.

ha determinato la diminuzione del prezzo per i consumatori relativamente ai decoder interattivi da 300/350 euro a circa 150 euro.

L'accesso alla programmazione televisiva in tecnica digitale richiede, come è noto, l'utilizzo di detti ausili.

Da un punto di vista tecnico essi possono assolvere a varie funzioni:

- la semplice decodificazione di programmi digitali in piattaforma terrestre o satellitare
- l'interattività
- l'accesso condizionato (vale a dire la possibilità di decodificare servizi di televisione a pagamento)
- l'interoperabilità (ossia il poter utilizzare il decoder per ricevere programmi trasmessi da diverse emittenti nella stessa piattaforma). Tale funzione si consegue mediante l'adozione di standard aperti, da parte delle emittenti e grazie all'utilizzo delle corrispondenti interfacce aperte nei decoder.

*Rebus sic stantibus* in Italia le categorie di decoder più diffuse sono i cd. *zapper* (che garantiscono la sola decodificazione), i decoder utilizzati da Sky (interattivi, con accesso condizionato, ma non aperti) ed i decoder sovvenzionati dallo Stato (interattivi, con accesso condizionato e aperti).

Il sistema televisivo italiano si compone di quattro piattaforme:

- 1) la televisione via satellite (in cui si possono vedere i canali in chiaro ed in più i canali di Sky Italia, previo abbonamento o sistemi di *pay per view*);
- 2) la televisione via cavo (in cui opera Fastweb);
- 3) la televisione che utilizza la tecnica XDSL, su cui operano Fastweb e Rosso Alice di Telecom Italia;
- 4) la televisione in tecnica hertziana terrestre sulla quale operano, a livello nazionale, essenzialmente RAI (in chiaro), Mediaset (in chiaro e *pay per view*) e Telecom Italia Media/La 7 (in chiaro e *pay per view*).<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Dai dati espressi dalla decisione della Commissione Europea in questione, risulta che nel 2005 in Italia la gran parte del mercato televisivo è rappresentato dagli operatori operanti in tecnica analogica terrestre. Ad oggi la situazione si è modificata in maniera marginale (al di là della digitalizzazione di aree come la Val d'Aosta e la Sardegna). Allo stesso modo è di fatto immutata la situazione di oligopolio del mercato televisivo (si pensi che nel 2005 i due principali operatori detenevano circa l'85% del mercato), circostanza già oggetto di critiche ad opera dell'AGCOM con la sua delibera 136 del 2005 (recante "*Interventi a tutela del pluralismo ai sensi della legge 3 maggio 2004, n. 112*" pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana dell'11 marzo 2005, n. 35).

La valutazione della Commissione si è incentrata sui seguenti dati: la natura statale dell'aiuto, il vantaggio economico per le emittenti e per i produttori di decoder, la selettività della misura, la possibile distorsione della concorrenza, l'incidenza sugli scambi.

Per quanto riguarda la natura delle risorse utilizzate: la Commissione rileva che la misura oggetto di disamina è finanziata mediante il bilancio statale, quindi è chiaramente imputabile allo Stato e comporta l'utilizzo di risorse statali.

Per quanto riguarda il requisito del vantaggio economico (necessario affinché si concreti la fattispecie di cui all' art. 87, paragrafo 1, TCE) la Commissione rileva che un vantaggio economico indiretto può rientrare nel campo d'azione dell'art. 87<sup>39</sup>.

Il finanziamento, non estendendosi ai decoder utilizzati per le piattaforme satellitari comporterebbe vantaggi per le emittenti che utilizzano la tecnologia T-DVB E C-DVB (rispettivamente digitale terrestre e digitale via cavo).

Relativamente alle emittenti (via cavo e terrestre) infatti si determinerebbe un vantaggio nello sviluppare più velocemente e con minori costi un'audience digitale (in particolare per quanto riguarda i servizi di pay per view)<sup>40</sup>.

Questo tipo di ragionamento è avvalorato tra l'altro da uno studio della *Deutsche Bank*<sup>41</sup>, volto ad evidenziare agli investitori i possibili profitti connessi all'acquisto di titoli azionari di tale gruppo, in quanto "i contributi permetterebbero a Mediaset di fare il suo ingresso a basso rischio e a basso costo nel mercato della televisione a pagamento"<sup>42</sup>. In particolare, in detto studio si evidenzia che la crescita di Mediaset, derivante dallo sviluppo della trasmissione delle partite di calcio in *pay per view* è correlata anche alla clientela che non verrebbe acquisita da Sky.

La Commissione riconosce che gli operatori terrestri già operanti sul mercato, grazie all'intervento statale, possono consolidare la posizione già acquisita sul mercato

<sup>39</sup> Ricollegandosi alla sua precedente giurisprudenza, in particolare la causa C-382/99, *Paesi Bassi /Commissione* e la causa C-156/98, *Germania/Commissione*.

<sup>40</sup> Il mantenimento di un'audience di un certo livello, è una condizione essenziale per mantenere un certo livello di entrate e per poter fissare prezzi vantaggiosi per le offerte *pay per view*. In particolare per le emittenti terrestri operanti in tecnica digitale, il finanziamento pubblico dei decoder, ha permesso ad esse di evitare di porre in essere, a proprie spese, misure corrispondenti (a cui è invece dovuta ricorrere la televisione satellitare Sky).

<sup>41</sup> "Mediaset, the beautiful game" studio della *Global Equity Division* della *Deutsche Bank* del 18 gennaio 2005.

<sup>42</sup> Secondo le osservazioni di Sky Italia (vedi punto III.B della decisione della Commissione) i contributi per l'acquisto di decoder, hanno avvantaggiato Mediaset e Telecom Italia, in maniera diretta (in quanto per ottenere gli stessi vantaggi senza l'aiuto statale, avrebbero dovuto sostenere investimenti per circa 100 milioni di euro) ed in maniera indiretta (poiché ci si è avvantaggiati in un nuovo mercato, beneficiando di una situazione di minore incertezza quanto al successo del passaggio al digitale). Europa7 nelle sue osservazioni lamenta che il finanziamento dei decoder non è giustificata da alcuna motivazione d'interesse generale, per i seguenti motivi: 1) si rafforza la posizione dei due oligopolisti del sistema televisivo analogico; 2) il passaggio al digitale è stato spostato ulteriormente nel tempo; 3) il contributo è legato all'accesso ad attività commerciali.

digitale terrestre (in particolare per quanto riguarda la loro immagine e la fidelizzazione della clientela).

Più volte, si è assicurato da parte di autorevoli esponenti del mondo politico-parlamentare (compreso l'allora Ministro delle Comunicazioni Gasparri) che l'introduzione del digitale avrebbe favorito la crescita del pluralismo. Tralasciando la modalità con la quale è stato gestito questo passaggio, v'è da rilevare come la normativa attuale non agevoli pienamente i nuovi operatori che vogliano entrare in questo settore, poiché quelli già presenti sul mercato, possono convertire facilmente le loro concessioni analogiche in quelle digitali, mentre i nuovi concorrenti devono prima acquistare concessioni analogiche sul mercato, per potere poi effettuare trasmissioni con la nuova tecnologia.<sup>43</sup>

Nella fattispecie concreta poi le autorità italiane (sulle quali ricade l'onere della prova) non hanno fornito giustificazioni adeguate sui costi connessi allo switchover e sulla proporzionalità dei vantaggi conseguiti dalle emittenti a seguito della misura.

Relativamente ai produttori di decoder, la Commissione evidenzia che sussiste un vantaggio indiretto per i produttori di decoder, in quanto essi sono, grazie all'intervento pubblico, in grado di aumentare le proprie vendite. Tuttavia viene affermato che *"benché sia vero che la misura modificherà la normale ripartizione delle risorse nel mercato poiché incentiva la domanda di decoder, questo risultato è l'effetto di per sé inevitabile di qualsiasi politica pubblica a favore del passaggio al digitale – anche la più neutra dal punto di vista tecnologico. Pertanto, non è possibile affermare che la misura introduce inutili distorsioni della concorrenza per quanto riguarda i produttori di decoder"*.

Il *punctum dolens* di tutta la vicenda è costituito dalla natura selettiva dell'aiuto in questione, atteso che dalla misura traggono vantaggio non tutte le emittenti, bensì unicamente quelle terrestri e via cavo (e non quelle presenti solo sulla piattaforma satellitare).

Va respinta l'obiezione per cui gli operatori terrestri e quelli satellitari non sono concorrenti sullo stesso mercato della televisione a pagamento (valutazione su cui la Commissione è in linea con l'Antitrust) e quella per cui il prezzo del decoder incide in maniera non rilevante sulle scelte dei consumatori.

La misura interviene in un momento critico, in cui molti telespettatori delle emittenti analogiche devono scegliere se investire in un apparecchio di ricezione terrestre o satellitare. Il contributo, escludendo la piattaforma satellitare, influenza decisamente tale scelta. Il documento per la televisione satellitare si ricava anche dai dati elaborati da

---

<sup>43</sup> Ciò è affermato anche dal paragrafo IV.A.2 della decisione della Commissione.

Sky Italia, in cui si evidenzia che il tasso di crescita degli abbonamenti ai servizi da essa forniti, è influenzato dalla vendita dei decoder sovvenzionati.

Tuttavia, siccome non è possibile con ragionevole certezza affermare che le emittenti terrestri abbiano tratto vantaggio nel periodo di applicazione della misura, la Commissione giunge alla conclusione che essi non abbiano beneficiato in tal caso di un aiuto di Stato.

La Commissione rimarca il fatto che, una distorsione della concorrenza è prodotta non solo tra le emittenti, ma anche tra gli operatori di rete, in quanto escludendo la piattaforma satellitare, gli utenti vengono orientati verso gli operatori di rete terrestri e non verso quelli satellitari.

Si configura poi un'incidenza sugli scambi tra gli Stati membri, visto che favorire determinate emittenti ed operatori di rete, incide sui mercati in questione, che sono oggi più che mai aperti alla concorrenza internazionale.

Nella fattispecie concreta non soccorre l'esimente della compensazione dei costi sostenuti per l'adempimento di obblighi di servizio pubblico,<sup>44</sup> in quanto non ne ricorrono i parametri necessari (come per esempio: la definizione ed il conferimento del servizio di interesse economico generale, la determinazione *ex ante* dei criteri per la compensazione, l'assenza di sovracompensazioni e la scelta di un fornitore efficiente scelto mediante una procedura di appalto pubblico).

L'art. 87, paragrafo 2, lettera a) del trattato CE prevede che non integrino un'ipotesi di aiuti di Stato quelli "*a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti*". Tale norma non trova tuttavia applicazione nella fattispecie concreta. In primo luogo, tale deroga va interpretata in senso restrittivo. Più in particolare il concetto di aiuto a carattere sociale va interpretato nel senso di aiuto destinato esclusivamente e direttamente a favore delle fasce svantaggiate della popolazione. Nel caso di specie ciò non è accaduto. Sarebbe stato opportuno invece che il legislatore destinasse tali contributi unicamente ai cittadini con minor potere d'acquisto (anche per conformarsi al comma 2 dell'art. 3 Costituzione) atteso che per essi un esborso di 100-200 euro circa risulta difficilmente sostenibile<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Così come delineato dalla sentenza *Altmark Trans GmbH*, del 24 luglio 2003 nella causa C-280/00.

<sup>45</sup> D'altronde la normativa comunitaria si è espressa favorevolmente per quanto concerne l'intervento statale per non escludere i soggetti più svantaggiati dall'accesso ad un servizio pubblico fondamentale come la televisione.

L'art. 87, paragrafo 3, lettera B) TCE prevede la compatibilità degli aiuti *“destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro”*.

Nel caso in questione la misura lungi dall'esser parte di un progetto ben definito, concordato o coordinato con altri Stati membri per realizzare un comune interesse europeo, si configura bensì come un'iniziativa individuale di uno Stato membro che comporta una distorsione della concorrenza (in danno degli operatori satellitari).

La Commissione si è poi posta il problema se sia applicabile l'ipotesi contemplata dall'art. 87, paragrafo 3, lettera C) TCE, che consente gli *“aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività economiche o di talune regioni, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse”*.

Nell'affrontare tale interrogativo essa ha valutato i seguenti aspetti, ossia se la misura: sia volta a perseguire un obiettivo di comune interesse; sia adeguata, in quanto corregge una situazione di mancato funzionamento del mercato (risultando, in relazione all'obiettivo da perseguire adeguata e proporzionata); sia non distorsiva della concorrenza e degli scambi.

Il passaggio al digitale è un obiettivo sostenuto attivamente dalla Commissione europea<sup>46</sup>. In particolare la direttiva 2002/21/CE permette interventi pubblici rivolti ad una specifica piattaforma, qualora siano rivolti a correggere fallimenti del mercato.

Nei vari atti la Commissione evidenzia che la mancanza di interoperabilità e le eventuali limitazioni alla scelta dei consumatori (nel campo della televisione digitale) potrebbe influire sul libero flusso di informazioni, sul pluralismo dei mezzi di informazione e sulla diversità culturale, in quanto vi è il rischio che i consumatori non possano acquistare un apparecchio di ricezione standardizzato universale che consenta di ricevere tutti i servizi interattivi della televisione in chiaro e di quella a pagamento e potrebbero essere costretti ad utilizzare apparecchi di ricezione più costosi che contengano API proprietarie. Mezzo per facilitare l'interoperabilità è la diffusione di API aperte, poiché

---

<sup>46</sup> A tal fine si vedano le Comunicazioni 541 del 2003 e 204 del 2005 e la Comunicazione 229 del 2005 intitolata *“e2010-Una società europea dell'informazione per la crescita e l'occupazione”*.

Lo studio della *Deutsche Bank* precedentemente citato precisa *“Certamente c'è il rischio che [...] Mediaset stia contribuendo a indebolire la sua stessa concessione di trasmissione terrestre [...] riteniamo che [...] con la cessazione dei programmi in tecnica analogica, sia di gran lunga più sensato trarre profitto dall'opportunità offerta dal vuoto di hardware per la televisione a pagamento venutosi a creare, in gran parte, a causa dell'unicità della situazione italiana nel settore delle infrastrutture di radiodiffusione. Sospettiamo che Mediaset e RAI continueranno a dominare insieme gli share di audience della televisione digitale terrestre [...] tenuto conto del controllo che queste aziende esercitano sull'accesso ai clienti di digitale terrestre da parte dei nuovi canali che tentano di utilizzare i loro multiplex, siamo convinti che si siano assicurate il controllo della situazione di concorrenza sul mercato”*.

consentono la trasportabilità dei contenuti interattivi tra i meccanismi di fornitura, garantendo la funzionalità dei contenuti stessi. Trattasi di un incremento dei vantaggi per i consumatori che rientra nella nozione di interesse comune e può derivare da un intervento pubblico.

Nella fattispecie concreta si afferma che la misura in questione è intesa a perseguire un obiettivo di comune interesse ben definito.

Destituita di fondamento è la doglianza di Mediaset, per cui i contributi potrebbero essere intesi come forma di compensazione a fronte di eventuali perdite (per gli operatori esistenti) originate dall'aumento della concorrenza sul mercato. Infatti l'obbligo di passare al digitale o una riassegnazione delle frequenze televisive volta ad ampliare l'offerta disponibile sul mercato "*costituiscono legittimi interventi di regolamentazione e non danno diritto ad alcuna compensazione, in particolare se si considera che le concessioni televisive precedenti sono state accordate senza ricorrere a una gara d'appalto e senza fissarne la scadenza*".<sup>47</sup>

Si è sostenuto che l'aiuto rappresenti una forma di compensazione per i consumatori che devono aggiornare le loro apparecchiature analogiche, ciò tuttavia non giustifica la discriminazione tra piattaforma terrestre e satellitare.

Sulla compatibilità con l'art. 87, paragrafo 3, lettera c), TCE la Commissione conclude sulla non applicabilità di tale norma, in quanto la misura risulta priva di necessità e proporzionalità, determinando un vantaggio illegittimo a favore delle emittenti televisive terrestri, aggravando la distorsione anticoncorrenziale che caratterizza l'attuale sistema oligopolistico.

Non può trovare poi applicazione l'ipotesi di cui all'art. 87, paragrafo 3, lettera d) TCE in quanto la misura non è specificamente destinata a raggiungere l'obiettivo di promuovere obiettivi culturali, nè di rafforzare degli operatori locali che in assenza dell'aiuto, non sarebbero presenti sul mercato. Di converso la misura risulta favorire unicamente le emittenti terrestri e quelle via cavo a pagamento.

Non è suscettibile di applicazione la norma contenuta nell'art. 86, paragrafo 2, TCE, in quanto viene effettuata una compensazione che va a vantaggio di normali attività commerciali di operatori che non forniscono un servizio pubblico.

In definitiva attesa la incompatibilità del contributo in questione, con la normativa in materia di aiuti di Stato, si dispone che i soggetti che ne hanno tratto vantaggio (ossia

---

<sup>47</sup> Decisione della Commissione, punto n. 157.

le emittenti digitali terrestri che offrono servizi di televisione a pagamento e gli operatori via cavo di televisione a pagamento interessati) siano tenuti al rimborso.

Il loro vantaggio indebito (a danno degli operatori satellitari) consiste nella costituzione di una platea di utenti, nell'ambito di nuovi servizi digitali, consistenti in programmi *pay per view* e nell'aumento dei clienti nel caso di TV via cavo.

Tale obbligo non ricade né sui produttori di decoder né sui consumatori. Essi infatti non risultano essere beneficiari effettivi.

Nella fattispecie concreta l'aiuto indebitamente percepito dalle emittenti risulta essere di difficile quantificazione (poiché concesso indirettamente per il tramite dei consumatori e perché legato a decoder che consentono anche la semplice ricezione della televisione non a pagamento). La giurisprudenza della Corte di Giustizia, in questi casi<sup>48</sup> rileva che sia sufficiente che la decisione in materia di aiuti di Stato, contenga gli elementi necessari affinché il destinatario possa determinare senza eccessive difficoltà l'importo da restituire.

A tal proposito la Commissione rileva che un metodo corretto può essere quello di calcolare l'importo dei profitti supplementari prodotti dai nuovi servizi e dalle offerte di televisione a pagamento o di pay per view.

I profitti supplementari in questione, possono essere calcolati come la quota di profitti generata dal numero di spettatori in più che lo stanziamento pubblico ha contribuito a dirottare verso i nuovi canali digitali e l'offerta di televisione pay per view.

#### **7) L'ART. 1, COMMA 572 DELLA LEGGE FINANZIARIA 2006 AL VAGLIO DELLA COMMISSIONE EUROPEA.**

La misura in questione è stata oggetto di valutazione della Commissione (Aiuto di Stato N 270/2006) in data 24/01/07, la quale si è pronunciata per la sua compatibilità con l'ordinamento comunitario.

La Commissione rileva che

- si è in presenza di un aiuto di Stato, che vi sono dei beneficiari che traggono vantaggio indiretto dalla misura (ossia gli operatori di T-DVB e C-DVB)
- non ricorre l'ipotesi di compensazione per l'adempimento di un servizio pubblico (non ricorrendo tra l'altro i criteri determinati nella sentenza *Altmark*<sup>49</sup>)

<sup>48</sup> Vedi in particolare causa C-480/98, Spagna/Commissione e causa C-415/03, Commissione/Grecia.

<sup>49</sup> Sentenza del 24 luglio 2003 nella causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH*.

- non può essere accolta la tesi dell'inesistenza di un aiuto a favore della RAI, in quanto essa era tenuta a realizzare specifici investimenti nel digitale, attesi i suoi obblighi di servizio pubblico

- sussiste un vantaggio seppur indiretto per i produttori di decoder (anche se si afferma che ciò è inevitabile nelle varie iniziative adottate per la promozione della tecnologia in questione).

La Commissione ritiene che la digitalizzazione e la diffusione di standard aperti per l'interattività (in modo da evitare discriminazioni tra le piattaforme, come accaduto invece con i contributi concessi nel 2004 e nel 2005) siano obiettivi valutati positivamente dalla normativa comunitaria e in quanto di comune interesse suscettibili di giustificare, in linea di principio, forme d'intervento pubblico mirate e proporzionali.

Come già evidenziato nella decisione C(2005)3903 del 9 novembre 2005, nel caso C25/2004 - *Introduzione della televisione digitale terrestre (DVB-T) nella regione di Berlino-Brandeburgo, Germania* - le forme di sostegno in questo delicato passaggio possono consistere (sempre che non determinino squilibri inutili tra le tecnologie e le imprese) in contributi ai consumatori per l'acquisto di *set top box* ed il sostegno per la creazione di una rete di trasmissione in aree in cui vi è una ricezione insufficiente del segnale televisivo.

Nella fattispecie concreta l'aiuto serve ad accelerare il passaggio alla televisione digitale, rispettando l'obiettivo sociale di ridurre i relativi costi per i consumatori.

La misura rispetta i principi stabiliti in materia a livello comunitario, anche perchè indipendente dalla piattaforma tecnologica scelta dal consumatore (terrestre, cavo, satellite).

La discriminazione contro le tecnologie proprietarie è conforme all'obiettivo di interesse comune volto a promuovere standard aperti e non si può considerare come un'inutile distorsione.

In definitiva considerato anche l'esiguità dell'importo, la limitata applicazione geografica, i limitati effetti sugli scambi e sulla concorrenza, la prevalenza degli effetti positivi su quelli negativi, la misura risulta non in contrasto con i principi comunitari.

**8) PER L'ANTITRUST (PROVVEDIMENTO N. 15389/06) IL CONTRIBUTO PER L'ACQUISTO DEI DECODER DIGITALI (DISPOSTO DALLA LEGGE FINANZIARIA PER IL 2006), NON INTEGRA UN'IPOTESI DI CONFLITTO**

**D'INTERESSI EX ARTT. 3 E 6, COMMA 8, LEGGE N. 215/04 (CD LEGGE FRATTINI)**

L'Antritrust riceveva nei mesi di novembre e di dicembre del 2005, varie segnalazioni relative alla presunta violazione degli artt. 3 e 6, comma 8, della Legge 215/04 (cd. legge Frattini) - avente ad oggetto "*Norme in materia di risoluzione dei conflitti di interessi*"- da parte dell'allora Presidente del Consiglio dei Ministri, On. Silvio Berlusconi, con riferimento all'erogazione di contributi statali diretti a finanziare l'acquisto di decoder digitali terrestri, disposta dal maxiemendamento al disegno di legge finanziaria per il 2006, presentato dal Governo, sul quale lo stesso ottenne la fiducia al Senato l'11/11/2005.

L'art. 5 della legge Frattini impone al titolare di precise cariche di Governo (ed anche al coniuge e ai parenti entro il secondo grado) di dichiarare all'Antitrust le situazioni di incompatibilità sussistenti alla data di assunzione della carica e di trasmettere i dati relativi alle proprie attività patrimoniali, ivi comprese le partecipazioni azionarie.

Da tali dichiarazioni (e dalla comunicazione delle successive variazioni), risulta che "*il Presidente del Consiglio controlla la società Mediaset s.p.a. , che a sua volta, detiene il 100% del capitale sociale di Reti Televisive Italiane s.p.a. (R.T.I.), società titolare delle concessioni e delle autorizzazioni per le trasmissioni via etere, in tecnica analogica e digitale, delle emittenti Canale 5, Italia 1 e Rete 4*".<sup>50</sup>

Si evinceva anche che Paolo Berlusconi, fratello del Presidente del Consiglio e quindi parente entro il secondo grado dello stesso, controlla, tramite PBF S.r.l., la società Solari.com S.r.l. avente ad oggetto la commercializzazione di prodotti di elettronica di consumo, licenziataria per l'Italia dei marchi Amstrad e Sansui ed attiva anche nel settore della distribuzione dei decoder digitali interattivi.

La società di cui sopra ha realizzato, nel 2004, un fatturato totale di circa 144,4 milioni di euro.

Le questioni oggetto di controversia (trattate nella decisione dell'Antitrust, di cui si da qui una breve sintesi) sono: l'erogazione di contributi statali, per l'acquisto dei decoder digitali terrestri, disposta dal maxiemendamento al disegno di legge finanziaria 2006 presentato dal Governo e approvato dal Senato con voto di fiducia (fiducia che può essere richiesta al Parlamento solo previa decisione del Consiglio dei Ministri su iniziativa del Presidente).

---

<sup>50</sup> Provvedimento dell'Antitrust n. 15389 del 10/05/2006, premessa.

In particolare nel Consiglio dei Ministri del 29 settembre 2005, dopo aver approvato i provvedimenti relativi alla manovra finanziaria per il 2006 viene espresso preventivamente l' *"assenso a porre la questione di fiducia"*, decisione che viene ribadita nel Consiglio dei Ministri del 14 dicembre 2005 (la fiducia verrà poi votata dalla Camera in data 15/12/05).

L'atto di cui si discorre deve, secondo l'Autorità, necessariamente esser ricondotto alla responsabilità del *Premier*, in quanto oggetto di una sua prerogativa esclusiva, il cui esercizio consegue ad una valutazione a lui riservata.

Non fa venir meno l'attribuibilità di detto atto al Presidente del Consiglio, la circostanza per cui il Consiglio dei Ministri in questione fosse stato presieduto, in sua vece, dal Vicepresidente Fini, mentre l'on. Berlusconi era impegnato in altri compiti istituzionali.

L'Antitrust sostiene che considerato *"il particolare rilievo che, sotto il profilo dell'indirizzo politico generale del Governo, riveste la proposizione della questione di fiducia"* tale atto deve *"ricondursi alla responsabilità del Primo Ministro"*, poiché *"oggetto di una sua prerogativa esclusiva, il cui esercizio consegue ad una valutazione a lui riservata"*.

L'art. 3 della legge n. 215/04 prevede, al fine del verificarsi della fattispecie del conflitto d'interessi, per incidenza sul patrimonio, le seguenti condizioni:

- 1) un'incidenza specifica e preferenziale dell'atto (od omissione) del titolare della carica di Governo sulla sfera patrimoniale del titolare stesso, del coniuge o dei parenti entro il secondo grado, oppure delle imprese o società da essi controllate
- 2) l'idoneità dell'atto (o dell'omissione) a determinare un danno per l'interesse pubblico, in particolare, attraverso l'alterazione del corretto funzionamento del mercato (cd. incidenza specifica e preferenziale).

Il concetto di incidenza specifica e preferenziale dell'atto, va inteso in senso particolarmente ampio, come qualsiasi vantaggio che in modo particolare, anche se non esclusivo, si può determinare nel patrimonio del titolare o dei suoi congiunti, anche se l'azione di Governo è formalmente destinata alla generalità o ad intere categorie di soggetti. L'incidenza deve tradursi in un esito vantaggioso nella sfera patrimoniale che sia economicamente apprezzabile. L'incidenza deve essere specifica ma anche preferenziale (ossia deve tradursi in un diverso e migliore effetto patrimoniale nei confronti del titolare o dei suoi parenti, rispetto alla generalità dei soggetti destinatari, anche potenzialmente dell'atto o dell'omissione).

L'autorità Antitrust evidenzia che l'incidenza specifica e preferenziale può essere diretta o indiretta, oppure riguardare un beneficio che *"pur non essendo erogato direttamente a favore di un soggetto o di una impresa, produce lo stesso effetto"*.

Nella fattispecie concreta le misure stabilite dalla legge finanziaria per il 2006, hanno indubitabilmente come effetto quello di rendere i decoder meno cari per i consumatori. Ciò concorre a determinare una espansione della domanda, permettendo ai distributori di aumentare il proprio fatturato.

V'è da rilevare però che qualsiasi misura pubblica diretta a favorire, anche nel rispetto del principio della neutralità tecnologica, il processo di transizione verso la tecnica digitale, comportando in linea generale un aumento delle vendite di decoder, avrebbe in ogni caso l'effetto di avvantaggiare gli operatori del settore, tra cui anche i distributori di tali apparati.

Il contributo *ex lege* finanziaria per il 2006 è concesso per una tipologia di decoder distribuita da una pluralità di imprese attive sul mercato. Non vi sono imprese specializzate nella distribuzione di detti apparecchi oggetto del contributo che potrebbero essere favorite rispetto ad altre.

Ne risulta che non può essere favorito in maniera selettiva un distributore piuttosto che un altro.

Nel caso della Solari.com, la sua quota di mercato nel settore considerato (calcolata in base al fatturato) risulta essere talmente esigua (sia complessivamente, sia in proporzione ai maggiori distributori come Philips e Telesystem) da rendere impossibile ipotizzare un vantaggio economicamente apprezzabile, scaturito dall'intervento pubblico. A ciò si aggiunga che l'attività di distribuzione di decoder risulta essere secondaria ed economicamente modesta nel complesso delle attività della Solari.com.

Relativamente al possibile vantaggio che dalla misura potrebbero ricavare le società RTI e Mediaset, siccome la normativa in questione non pone in essere alcun trattamento discriminatorio pichè non contiene limitazioni o differenziazioni per quanto concerne la piattaforma tecnologica utilizzata (potendo usufruire del contributo tutti i decoder che presentino determinate caratteristiche). Non si viola quindi il principio della neutralità tecnologica, in quanto possono avvantaggiarsi della misura tutte le imprese operanti nel sistema digitale, sia esso terrestre, satellitare o via cavo.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Il tutto si pone in linea con gli orientamenti della Commissione Europea relativi al finanziamento del digitale enucleati nella importante decisione del 9 novembre 2005 relativa agli aiuti concessi per lo sviluppo di tale tecnologia nell'area di Berlino-Brandeburgo, in cui si rileva la necessità di rispettare appunto il principio di

Attesa la limitazione geografica di diffusione dell'aiuto e la sua modesta entità (anche avendo a confronto quanto disposto nelle finanziarie precedenti, considerata inoltre la difficoltà di stabilire una connessione automatica tra il potenziale aumento del numero dei decoder indotto dal contributo pubblico ed il possibile incremento degli utenti di servizi televisivi a pagamento<sup>52</sup>, deve escludersi, a detta dell'Antitrust, un vantaggio a favore delle imprese facenti capo al Presidente del Consiglio.

#### **9) LA LEGGE FINANZIARIA PER IL 2007 CAMBIA LA MODALITA' DEL FINANZIAMENTO: DAL CONTRIBUTO ALLA DETRAZIONE FISCALE**

La legge finanziaria per il 2007 (legge 27 dicembre 2006, n. 296 all'art. 1, comma 357, dispone una detrazione (pari al 20% del costo) dall'imposta sul reddito a favore dei consumatori (in regola con il pagamento del canone RAI) che acquistino nel corso del 2007 apparecchi televisivi forniti di sintonizzatore integrato o decoder digitali. La detrazione (da riportare nella dichiarazione dei redditi da presentare nel 2008) non può superare i 200 euro e l'ammontare totale dei fondi disponibili è pari a 40 milioni di euro.

Il decreto 3 agosto 2007 del Ministero delle Comunicazioni<sup>53</sup> individua le caratteristiche minime (riportate nella Tabella A) che devono avere gli apparecchi televisivi per usufruire della detrazione<sup>54</sup>. Essi devono rispettare il principio di neutralità tecnologica e la compatibilità con tutte le piattaforme e devono essere corredati da apposita documentazione tecnica. Le prestazioni d'interattività, devono essere fornite attraverso una interfaccia di programmazione aperta e riconosciuta tale.

Le imprese produttrici ed i venditori di tali televisori devono fornire al cliente (art. 5) le necessarie informazioni circa le caratteristiche tecniche e la possibilità di usufruire della detrazione.

La misura in questione non si applica agli apparecchi acquistati nell'anno 2007 (ex legge finanziaria 2006) dagli abbonati RAI, delle Regioni autonome della Sardegna e della Valle d'Aosta.

---

neutralità tecnologica, incoraggiando l'uso di standard aperti per l'interattività, in modo da consentire ai consumatori di beneficiare dei servizi interattivi offerti da diversi operatori.

<sup>52</sup> Anche perché è plausibile che una parte dei nuovi possessori di decoder potrebbe utilizzare l'apparecchio soltanto per la visione gratuita di programmi televisivi trasmessi in chiaro, con tecnica digitale.

<sup>53</sup> Pubblicato in GU n. 221 del 22 settembre 2007.

<sup>54</sup> La detrazione si applica anche per l'acquisto di decoder e videoregistratori predisposti per la tecnologia digitale.

L'art. 7 dispone infine che ai fini dei controlli concernenti la detrazione, gli utenti devono osservare ed esibire, su richiesta degli Uffici dell'Agenzia delle Entrate, la ricevuta del bollettino di pagamento del canone di abbonamento per l'anno 2007, la fattura o lo scontrino fiscale rilasciato per l'acquisto dell'apparecchio televisivo recante i dati identificativi dell'acquirente e dal quale risulti la marca ed il modello dell'apparecchio medesimo.

## CONCLUSIONI

In questi anni, relativamente alla trasformazione tecnologica del sistema di trasmissione televisivo si sono più volte disattesi i termini che lo stesso legislatore si era dato. L'incentivazione dei consumatori è apparsa insufficiente, tardiva (se comparata con altri paesi) e non sufficientemente orientata verso quelli con minori disponibilità economiche. Per quanto concerne il sistema delle imprese radiotelevisive forti costi colpiranno in particolare le emittenti locali.

Eppure il legislatore era partito (come spesso accade nel nostro Paese), con i migliori intenti. Il decreto del Ministro delle Comunicazioni del 24 luglio 2001 "*Programma per lo sviluppo e la diffusione in Italia delle nuove tecnologie di trasmissione*"<sup>55</sup> evidenzia nel suo allegato (intitolato "*Programma per lo sviluppo e la diffusione in Italia delle nuove tecnologie di trasmissione radiotelevisiva digitale su frequenze terrestri e da satellite e per l'introduzione dei sistemi audiovisivi terrestri a larga banda*") che "*Lo sviluppo dei sistemi radiotelevisivi digitali è in atto nella maggior parte dei paesi dell'Unione Europea. La Gran Bretagna, primo Paese europeo ad avviare il servizio televisivo digitale terrestre, ha effettuato il lancio delle trasmissioni il 15 ottobre 1998, ... . La Svezia ha avviato le trasmissioni digitali nell'aprile del 1999, con la sperimentazione di quattro multiplex. In Germania, nell'anno in corso saranno attivi quattro multiplex, ciascuno comprendente quattro programmi televisivi e servizi addizionali*". Trattando dell'incentivazione della domanda dei consumatori si evidenzia l'opportunità che "*l'utenza sia stimolata ad acquistare o noleggiare ricevitori digitali terrestri mediante la diffusione di programmi nuovi ed attrattivi. Occorre, inoltre, l'introduzione di un regime fiscale favorevole per apparati riceventi e abbonamenti e l'introduzione di incentivi del tipo "rottamazione", che spingano all'acquisto di televisori e set top box compatibili*". Viene altresì evidenziato come la necessità di infrastrutture da parte degli operatori/emittenti, potrebbe indurre

<sup>55</sup> Pubblicato in GU n. 182 del 7 agosto 2001.

una fase di stallo nello sviluppo della radiotelevisione digitale *“se non si interviene con opportuni incentivi di tipo fiscale”*. A tal fine vengono individuate le seguenti tre forme di strumenti finanziari:

- 1) i fondi strutturali europei
- 2) l'estensione della legge 8 agosto 1994, n. 489, di conversione del decreto-legge 10 giugno 1994, n. 357, concernente disposizioni tributarie urgenti per accelerare la ripresa dell'economia e dell'occupazione *“al settore degli investimenti realizzati per l'installazione di impianti per la diffusione di programmi televisivi e radiotelevisivi in tecnica digitale e per l'installazione di reti a larga banda, che consenta la deducibilità fiscale di detti investimenti”*
- 3) l'esonero (totale o parziale a seconda del territorio che si intende servire) dal pagamento del canone di concessione *“per i soggetti che si impegnano ad installare ed esercitare le reti di diffusione in tecnica digitale, mediante presentazione di idonea garanzia di investimento”*<sup>56</sup>.

Allo stato dell'arte, secondo dati CENSIS del 2007, i telespettatori passano dal 94,4% del 2006 al 96,4%. Facendo sempre il paragone con i dati del 2006, la tv satellitare passa dal 17,7% al 28,3% degli utenti tv, mentre il digitale terrestre passa dal 7% al 13,9%. Confrontando questi dati con quelli di altri Paesi europei, si coglie il ritardo in cui versiamo, in questo campo.

Si può affermare che il legislatore nazionale avrebbe meglio gestito la problematica della digitalizzazione, se oltre ad una opportuna (ma anche forte e coordinata) azione per l'innovazione tecnologica, avesse affrontato la difficile problematica della riforma del sistema televisivo (difficile, poiché oggetto, come tra l'altro la tematica del conflitto d'interessi, di veti politici reciproci).

Marco Mele de *“Il Sole 24 ore”* evidenzia<sup>57</sup> (con argomentazioni non peregrine) che l'introduzione del digitale, così come è stata gestita, invece di razionalizzare il sistema, non ha intaccato, in maniera significativa il duopolio, aggirando in tal modo il dettato della Corte Costituzionale che imponeva in caso di mancata riforma il passaggio di una rete Mediaset solo sul satellite e l'abbandono delle entrate pubblicitarie per una rete RAI.

---

<sup>56</sup> Misura contemplata nel Regolamento per il rilascio delle concessioni televisive (delibera AGCOM n. 78/98 del 10 ottobre 1998) ma non utilizzata dalle emittenti terrestri in tecnica analogica (d'altronde a quei tempi la tematica del passaggio al digitale appariva ancora come un passaggio lontano).

<sup>57</sup> Nell'articolo *“L'anomalia italiana ed il digitale terrestre”* apparso sul sito dell'associazione LSDI (Libertà di Stampa Diritto all'Informazione) [www.lsd.it](http://www.lsd.it).

La tesi per cui i canali diverranno decine, aumentando così il pluralismo, trova un limite nel fatto che ciò che conta è l'ascolto (che consente di orientare idee, prodotti, sensibilità, opinioni politiche).

Scrive a tal proposito Mele *"Il pluralismo non è dato dal numero dei canali (o delle tv locali) ma dal numero di operatori in grado di competere sugli eventi e i generi televisivi di successo: il calcio, la fiction, il grande cinema, l'intrattenimento dal vivo, l'informazione in diretta"*.

Il sistema sembrerebbe invece favorire i duopolisti, che agiranno da protagonisti anche nel nuovo mercato digitale.

## BIBLIOGRAFIA

Balboni Venuti *"DTT e servizi interattivi. Come e perchè della nuova televisione"*  
Telecom Lab 2005

Contaldo Alfonso *"La digitalizzazione del segnale televisivo nelle iniziative dell'Unione Europea"* in *Il diritto d'autore*, 1999 fasc. 3, pp. 380-399

De Vergottini Giuseppe *"Digitale terrestre: imprese, tecnologie e regole"*, in *DRT-Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni'*, 2000 fasc. 4, pp. 1199-1201

Frignani Poddighe Zencovich *"La televisione digitale. Temi e problemi. Commento al DLgs. 177/05 T.U. della radiotelevisione"* Giuffrè, 2006

Giannotti *"Televisione su misura. Digitale e satellite: fare e vedere la nuova tv"*  
Editori di Comunicazioni 2001

Pinna *"Televisione digitale terrestre. Storia, tecnologie e sviluppi della nuova televisione"* Gremese, 2008

Pucci *"La televisione digitale"* Carocci

Pulcini *"Click TV. Come internet e il digitale cambieranno la televisione"* Franco Angeli, 2006

Siliato *"Storia dei media dei nostri giorni. Televisione digitale, dalle origini al DDL Gentiloni"* Clup 2007

Studio della *Global Equity Division* della *Deutsche Bank* dal titolo *"Mediaset, the beautiful game"* del 18 gennaio 2005

Tesauro *"Diritto comunitario"* CEDAM, 2005

Zaccaria *"Diritto dell'informazione e della comunicazione"* CEDAM 2007

Zeno-Zencovich Vincenzo *"Motivi ed obiettivi della disciplina della televisione digitale"*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2005 fasc. 4-5, pp. 653-679

## SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

826/1988

420/1994

29/1996

466/2002

312/2003

151/2005

**ATTI, NORMATIVA E GIURISPRUDENZA DELLE ISTITUZIONI  
COMUNITARIE**

Aiuto di Stato N 270/2006

CdG causa C-99/98, *Austria contro Commissione*

CdG causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH*

COM(2002)263 *"eEurope 2005: una società dell'informazione per tutti – Piano d'azione da presentare per il Consiglio europeo di Siviglia del 21 e 22 giugno 2002"*

COM(2003)541 *"Comunicazione sulla transizione dalla trasmissione analogica a quella digitale (dallo switchover digitale allo switch-off analogico)"*

COM(2005)204

COM(2005)229 *"e2010-Una società europea dell'informazione per la crescita e l'occupazione"*

Decisione 2007/258/CE emanata relativamente alla misura C24/2004

Decisione 2007/374/CE

Decisione della Commissione Europea del 16/03/2005 concernente l'aiuto N 622/2003

Decisione C(2005)3903 del 9 novembre 2005 della Commissione Europea relativa al caso C25/2004

Direttiva n. 21 del 7/03/2002

**MINISTERO DELLE COMUNICAZIONI**

DM del 24/10/2001

DM del 14/03/2003

DM del 24/12/2003

DM del 30/12/2003

DM del 02/09/2005

DM del 04/10/2005

DM del 06/12/2005

## NORMATIVA ED ATTI INTERNI

AGCOM delibera n. 78/98 (*Regolamento per il rilascio delle concessioni televisive*)

AGCOM delibera n. 435/01/CONS

AGCOM delibera n. 136/05/CONS (*Interventi a tutela del pluralismo ai sensi della legge 3 maggio 2004, n. 112*)

Decreto interministeriale 14/03/2003

DL 323/1993 (*Provvedimenti urgenti in materia radiotelevisiva*)

DL 5/2001

DL 273/05

DLgs 259/2003, (*Codice delle comunicazioni elettroniche*)

DLgs 177/2005, n. 177 (*TU della radiotelevisione*)

Interpellanza urgente alla Camera dei Deputati, nella seduta n. 612 del 14/04/2005 avente ad oggetto le *“Scelte politico-economiche del Governo al fine di permettere la massima ricezione della televisione digitale terrestre – n. 2-01528”* dell'On. Carla Mazzucca Poggiolini

L. 416/1981 (*Disciplina delle imprese editrici e provvidenze per l'editoria*)

L. 57/2001 (*Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati*)

L. 66/2001

L. 3/2003

L. 350/2003

L. 296/2006

L. 112/2004

L. 215/04

L. 311/2004

Messaggio del Capo dello Stato del 15/12/2003

*“Protocollo di intesa per la definitiva transizione alla televisione digitale terrestre (switch-off) nel territorio della Regione autonoma Valle d'Aosta”* del 16 aprile 2005 (e successivo protocollo sottoscritto nel 2007)

*“Protocollo d'intesa per la definitiva transizione alla televisione digitale terrestre (switch off) nel territorio della Regione autonoma Sardegna”* del 16 aprile 2005

*“Protocollo di intesa per la definitiva transizione alla televisione digitale terrestre (switch-off) nel territorio della Provincia autonoma di Trento”* del 1° dicembre 2007

## **ATTI E NORMATIVA STRANIERA**

### **SVEZIA**

Legge svedese n. 41 del 1989 sul canone (vedi *Radio och TV i allmanhetens tjänst-Riktlinjer for en ny tillstandsperiod, Betankande av Kommitten om radio och TV I allmanhetens tjänst*, Stoccolma 2005)

Decisione 2001/02:krU07 del Parlamento svedese; Rskr. 2001/02:149

### **SITOGRAFIA**

[www.beppegrillo.it](http://www.beppegrillo.it)

[www.camera.it](http://www.camera.it)

[www.cittadinolex.kataweb.it](http://www.cittadinolex.kataweb.it)

[www.comunicazioni.it](http://www.comunicazioni.it)

[www.europa.eu.it](http://www.europa.eu.it)

[www.feedshow.com](http://www.feedshow.com)

[www.innovazionediritto.unina.it](http://www.innovazionediritto.unina.it)

[www.lsdj.it](http://www.lsdj.it)





## **L'elusione fiscale. Un delicato equilibrio tra norme nazionali specifiche ed un generale principio comunitario di abuso di diritto**

di Fabrizio Nieddu

Nel maggio del 2006, la Sezione tributaria della Cassazione<sup>1</sup> ha rimesso al Primo Presidente della Corte, per l'eventuale decisione a Sezioni Unite, una questione di particolare interesse a lungo dibattuta in dottrina. La problematica sollevata, per la cui importanza si ritiene necessario l'intervento della Cassazione a Sezioni Unite, è relativa alla possibilità di considerare radicalmente nulli il contratto o i contratti tra loro collegati, per i quali non sussista alcun vantaggio economico se non quello di ottenere un risparmio fiscale. L'ulteriore questione posta attiene al profilo della cosiddetta *ultra petita*, ossia se il Giudice tributario può, d'ufficio ed autonomamente, rilevare la causa di nullità non sollevata dalle parti. La necessità di una pronuncia di tale livello scaturisce da due sentenze dell'Alta Corte dell'ottobre e del novembre 2005<sup>2</sup> che hanno riguardato casi di *dividend washing e dividend stripping*. Nella prima sentenza è stato delineato un percorso e dei principi innovativi in tema di valutazione delle operazioni elusive, suscettibili di sicuri sviluppi nell'ambito del sistema fiscale sostanziale e processuale, principi che sono stati poi integralmente richiamati e confermati nella seconda sentenza.

Il caso discusso dalla Corte nella prima sentenza riguarda un'operazione limite ed a carattere eccezionale di azioni comprate e rivendute tra le stesse parti nel giro di poche ore, al solo fine di consentire un risparmio fiscale connesso all'ottenimento del dividendo (*dividend washing*). Nel secondo, la situazione appare ancora più di maggiore interesse, in quanto riguarda un meccanismo negoziale relativo all'usufrutto di azioni non al limite e, di fatto, utilizzato da diverso tempo dalle più importanti società italiane (*dividend stripping*).

L'efficacia dirompente delle due sentenze consiste nel fatto che sino ad ora la finalità di risparmio fiscale perseguita dalle parti con uno o più atti negoziali non determinava la nullità del o dei contratti a tale scopo posti in essere. In precedenza, infatti, la stessa Cassazione aveva più volte affermato che *"la frode fiscale trova soltanto nel sistema delle disposizioni fiscali la sua sanzione"* e che tale sanzione non è quella della nullità o della annullabilità del negozio<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cass. civ. Sez. V, Ord., 24-05-2006, n. 12301.

<sup>2</sup> Cass. civ. Sez. V, 21-10-2005, n. 20398 - Cass. civ. Sez. V, 14-11-2005, n. 22932.

<sup>3</sup> Tra le altre Cass. civ. Sez. III, 05-11-1999, n. 12327 - Cass. civ. Sez. lavoro, 20-08-1987, n. 6970.

Peraltro, sia la dottrina che la giurisprudenza di merito avevano già negato che la pratica del *dividend washing* potesse essere ricondotta ad una fattispecie elusiva, a causa dell'assenza di una previsione normativa che la considerasse, al contrario di ciò che avviene per altre operazioni attraverso l'articolo 37-bis del D.p.r. 600 del 1973<sup>4</sup>. L'Amministrazione finanziaria, in sostanza, non possedeva strumenti giuridici idonei nemmeno per riquilibrare i contratti posti in essere dalle parti al fine di assoggettarli ad un trattamento fiscale meno favorevole di quello ottenuto. A nulla si riteneva potessero

<sup>4</sup> D.P.R. 29-9-1973 n. 600, art. 37-bis: "*Disposizioni antielusive.*

1. Sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti.

2. L'amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi di cui al comma 1, applicando le imposte determinate in base alle disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'amministrazione.

3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano a condizione che, nell'ambito del comportamento di cui al comma 2, siano utilizzate una o più delle seguenti operazioni: a) trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili; b) conferimenti in società, nonché negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende; c) cessioni di crediti; d) cessioni di eccedenze d'imposta; e) operazioni di cui al D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 544, recante disposizioni per l'adeguamento alle direttive comunitarie relative al regime fiscale di fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di azioni, nonché il trasferimento della residenza fiscale all'estero da parte di una società; f) operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni e le classificazioni di bilancio, aventi ad oggetto i beni ed i rapporti di cui all'articolo 81, comma 1, lettere da c) a c-quinquies), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917; f-bis) cessioni di beni e prestazioni di servizi effettuate tra i soggetti ammessi al regime della tassazione di gruppo di cui all'articolo 117 del testo unico delle imposte sui redditi; f-ter) pagamenti di interessi e canoni di cui all'art. 26-quater, qualora detti pagamenti siano effettuati a soggetti controllati direttamente o indirettamente da uno o più soggetti non residenti in uno Stato dell'Unione europea; f-quater) pattuizioni intercorse tra società controllate e collegate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, una delle quali avente sede legale in uno Stato o territorio diverso da quelli di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'articolo 168-bis del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, aventi ad oggetto il pagamento di somme a titolo di clausola penale, multa, caparra confirmatoria o penitenziale.

4. L'avviso di accertamento è emanato, a pena di nullità, previa richiesta al contribuente anche per lettera raccomandata, di chiarimenti da inviare per iscritto entro 60 giorni dalla data di ricezione della richiesta nella quale devono essere indicati i motivi per cui si reputano applicabili i commi 1 e 2.

5. Fermo restando quanto disposto dall'articolo 42, l'avviso d'accertamento deve essere specificamente motivato, a pena di nullità, in relazione alle giustificazioni fornite dal contribuente e le imposte o le maggiori imposte devono essere calcolate tenendo conto di quanto previsto al comma 2.

6. Le imposte o le maggiori imposte accertate in applicazione delle disposizioni di cui al comma 2 sono iscritte a ruolo, secondo i criteri di cui all'art. 68 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, concernente il pagamento dei tributi e delle sanzioni pecuniarie in pendenza di giudizio, unitamente ai relativi interessi, dopo la sentenza della commissione tributaria provinciale.

7. I soggetti diversi da quelli cui sono applicate le disposizioni dei commi precedenti possono richiedere il rimborso delle imposte pagate a seguito dei comportamenti disconosciuti dall'amministrazione finanziaria; a tal fine detti soggetti possono proporre, entro un anno dal giorno in cui l'accertamento è divenuto definitivo o è stato definito mediante adesione o conciliazione giudiziale, istanza di rimborso all'amministrazione, che provvede nei limiti dell'imposta e degli interessi effettivamente riscossi a seguito di tali procedure.

8. Le norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario, possono essere disapplicate qualora il contribuente dimostri che nella particolare fattispecie tali effetti elusivi non potevano verificarsi. A tal fine il contribuente deve presentare istanza al direttore regionale delle entrate competente per territorio, descrivendo compiutamente l'operazione e indicando le disposizioni normative di cui chiede la disapplicazione. Con decreto del Ministro delle finanze da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono disciplinate le modalità per l'applicazione del presente comma."

essere utili le previsioni recate dall'articolo 1344<sup>5</sup> sulla causa illecita quando il contratto costituisce "il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa" o dall'articolo 1418<sup>6</sup>, secondo il quale il contratto è nullo quando è "contrario a norme imperative". Ciò, in ragione del fatto che tali disposizioni considerano l'illiceità quale causa di mera nullità e non di conversione del contratto in frode alla legge in una diversa forma che costituisca il presupposto per l'applicazione della norma elusa. D'altro canto, il presupposto perché le norme siano imperative è che siano a carattere proibitivo e che siano poste a tutela di quegli interessi generali a cui l'ordinamento riserva il massimo livello di considerazione. Al riguardo, la dottrina maggioritaria ritiene che le norme tributarie, essendo poste a tutela di interessi pubblici di settore e non ponendo, in linea di massima, divieti, pur essendo inderogabili, non possono qualificarsi imperative. La giurisprudenza della Corte di Cassazione non è stata però nel tempo del tutto concordante. Con una recente sentenza<sup>7</sup>, ha asserito che le norme tributarie appaiono essere imperative, in quanto poste a tutela dell'interesse generale del concorso alla spesa pubblica. Con la prima delle sentenze sopracitate (n. 20398/2005 - rif. nota n. 2), tali considerazioni sono state riprese e riviste alla luce di alcuni recenti indirizzi della Corte di Giustizia europea che ha elaborato anche per la materia fiscale un nuovo principio antielusivo strutturato sul concetto di abuso di diritto. La Corte di Giustizia non individua una regola generale antielusiva al pari di quella prevista in Germania, secondo cui: "La legge tributaria non può essere aggirata mediante abuso di forme giuridicamente ammesse" (articolo 42 Abgabenordnung), ma riconosce l'emergenza di un principio tendenziale secondo cui non si può trarre beneficio da operazioni intraprese ed eseguite al solo scopo di procurarsi un risparmio fiscale. Traendo spunto da tale indirizzo, nelle operazioni prese in considerazione, la Corte di Cassazione ha ritenuto sussistere un difetto di causa, che dà luogo a nullità del contratto ex articoli 1418 e 1325 del codice civile, in ragione della mancanza di "ragione di scambi (lgs. economiche) fra le parti". La Cassazione detta inoltre un percorso logico per rilevare tale mancanza. Essa deve essere verificata con riferimento sia all'equivalenza tra prestazione e controprestazione sia alla ragione

<sup>5</sup> Codice Civile, art. 1344: "Contratto in frode alla legge. Si reputa altresì illecita [c.c. 1354] la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa [c.c. 743, 1418]."

<sup>6</sup> Codice Civile, art. 1418. "Cause di nullità del contratto. Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative [c.c. 1352, 1422, 1462, 2331, 2332], salvo che la legge disponga diversamente [c.c. 1876]. Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illiceità della causa [c.c. 1343, 1344], l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346. Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge [c.c. 162, 458, 771, 778-781, 785, 786, 788, 794, 1338, 1341, 1349, 1350] [c.c. 1354, 1355, 1471, n. 2, 1472, 1894, 1895, 1904, 1963, 1972]."

<sup>7</sup> Cass. civ. Sez. V, 26-10-2005, n. 20816.

giustificativa di ciascuna prestazione, ritenendo prive di causa quelle operazioni negoziali in cui le parti non conseguono alcun vantaggio economico, al di fuori di quello fiscale.

Nella successiva sentenza (n. 22932/2005 – cfr. nota n. 2), la Cassazione ha ritenuto priva di causa un'operazione su usufrutto di azioni. Il soggetto estero alienava l'usufrutto sulle azioni di proprie controllate italiane ottenendo così una disponibilità anticipata di denaro, già prevista e pari ai futuri dividendi distribuibili. Il vantaggio era quello di ottenere, di fatto, un mutuo pluriennale senza interessi, a fronte del credito di imposta relativo ai dividendi, maturato da chi ha acquisito l'usufrutto. Sebbene specificamente riferito a casi di *dividend washing*, il principio ha indiscutibilmente una valenza generale, che va oltre l'inefficacia ed l'inopponibilità del contratto all'Amministrazione finanziaria, allargandosi al campo civilistico e cancellandone così ogni effetto giuridico, a causa della nullità sostanziale del contratto.

L'ordinanza del 2006, evidenziata in premessa, però, rimette la questione al giudizio delle Sezioni Unite rispetto anche ad altri aspetti di natura processuale, evidenziati nella prima delle due sentenze citate, che riguardano la possibilità per il giudice tributario, d'ufficio ed in assenza di specifica censura di parte, di riqualificare autonomamente i rapporti negoziali e di rilevare la nullità dei contratti. In dottrina, appare vi sia concordia sul fatto che nel giudizio tributario sussista la possibilità di riqualificare in via incidentale il contratto in termini diversi da quelli configurati dalle parti o di ritenerne nullo il contratto senza necessità di un accertamento preventivo in sede civile. La stessa previsione della legge 448 del 28 dicembre 2001<sup>8</sup> è stata, di fatto, ritenuta un'esplicitazione di quella che era considerata un regola generale già esistente. La stessa sentenza prima citata (n. 20398/2005 – cfr. nota n. 2) non rileva un vizio di *ultra petitum* nel comportamento del Giudice che riqualifica autonomamente la fattispecie alla base della pretesa fiscale. In sintesi, il carattere impugnatorio del processo tributario, pur comportando l'identificazione del *petitum* e della *causa petendi* con la domanda ed i motivi del ricorso, non esclude il potere del giudice di rilevare d'ufficio eventuali cause di nullità dei contratti.

La stessa Cassazione civile, in una recente sentenza<sup>9</sup> ha affermato che la nullità può essere rilevata d'ufficio, in qualsiasi stato e grado del giudizio, a condizione che la pronuncia si basi su quanto delineato dalle allegazioni delle parti (*thema probandum*),

<sup>8</sup> Legge 28-12-2001, n. 448 – Finanziaria 2002.

<sup>9</sup> Cass. civ. Sez. I, 17-03-2006, n. 6003.

ottenendo così un giusto contemperamento tra il potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità ex articolo 1421 del codice civile ed il principio della domanda.

La dottrina sin qui formatasi sul recente ed innovativo indirizzo della Corte di Cassazione si chiede se è poi necessario che la Corte si esprima sul tema a sezioni unite, atteso proprio l'allargamento al settore fiscale del principio dell'abuso di diritto operato dalla Corte di Giustizia.

Il 21 febbraio 2006, la Corte di Giustizia ha depositato due importanti sentenze<sup>10</sup>. Entrambe negano la deducibilità dell'imposta sul valore aggiunto per "abuso di diritto". In estrema sintesi, la Corte ha ritenuto che le operazioni fiscali fossero state poste in essere per motivi essenzialmente antifiscali o, per meglio dire, di aggiramento a proprio vantaggio del sistema fiscale.

Nell'ordinamento tributario italiano, il concetto di elusione è stato sempre inteso in termini assolutamente tassativi e limitato alle sole imposte sui redditi<sup>11</sup>. Al di là dell'interposizione fittizia di cui all'articolo 37, 3° comma del D.p.r. 600 del 1973<sup>12</sup>, l'inopponibilità fiscale vale solo per determinate operazioni tassativamente indicate nell'ambito dell'articolo 37-bis (cfr. nota n. 4) e solo nel campo delle imposte dirette, mai in quello Iva o negli altri settori impositivi. Al contrario, in Germania, in Austria e in Argentina, esiste un concetto di abuso di diritto assolutamente generale: "*La legge tributaria non può essere aggirata mediante abuso di forme giuridicamente ammesse*" (articolo 42 Abgabenordnung). Se tale principio generale sembra aver ispirato la Corte di Giustizia, al contrario da noi non è mai stato accettato, in quanto ritenuto contrario o

<sup>10</sup> Corte di Giustizia – sentenza del 21 febbraio 2006 nella causa C-255/02 (Halifax). Corte di Giustizia – sentenza del 21 febbraio 2006 nella causa C-223/03 (Huddersfield).

<sup>11</sup> Articolo 37, 3° comma e 37-bis del Dpr n. 600/1973.

<sup>12</sup> D.P.R. 29-9-1973 n. 600, art. 37: "*Controllo delle dichiarazioni.*

*Gli uffici delle imposte procedono, sulla base di criteri selettivi fissati annualmente dal Ministro delle finanze tenendo anche conto delle loro capacità operative, al controllo delle dichiarazioni e alla individuazione dei soggetti che ne hanno omesso la presentazione sulla scorta dei dati e delle notizie acquisiti ai sensi dei precedenti articoli e attraverso le dichiarazioni previste negli articoli 6 e 7, di quelli raccolti e comunicati dall'anagrafe tributaria e delle informazioni di cui siano comunque in possesso. I criteri selettivi per l'attività di accertamento di cui al periodo precedente, compresa quella a mezzo di studi di settore, sono rivolti prioritariamente nei confronti dei soggetti diversi dalle imprese manifatturiere che svolgono la loro attività in conto terzi per altre imprese in misura non inferiore al 90 per cento.*

*In base ai risultati dei controlli e delle ricerche effettuati gli uffici delle imposte provvedono, osservando le disposizioni dei successivi articoli, agli accertamenti in rettifica delle dichiarazioni presentate e gli accertamenti di ufficio nei confronti dei soggetti che hanno omesso la dichiarazione.*

*In sede di rettifica o di accertamento d'ufficio sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona.*

*Le persone interposte, che provino di aver pagato imposte in relazione a redditi successivamente imputati, a norma del comma terzo, ad altro contribuente, possono chiederne il rimborso. L'amministrazione procede al rimborso dopo che l'accertamento, nei confronti del soggetto interponente, è divenuto definitivo ed in misura non superiore all'imposta effettivamente percepita a seguito di tale accertamento."*

dissonante con i principi della riserva di legge e della certezza del diritto. Del resto, in dottrina, si è sempre invocato l'assunto che il contribuente dovrebbe conoscere in anticipo il trattamento fiscale di ogni operazione per calcolarne la convenienza economica e questo non sarebbe possibile in presenza di un principio generale che attribuisce un forte potere discrezionale all'Amministrazione finanziaria e al giudice.

Comunque, alla luce delle sentenze della Corte di Giustizia, si tratta di stabilire se tale principio vale anche nel nostro ordinamento e, in caso positivo, di valutarne l'effettiva e pratica estensione nonché le relative ricadute. Con una recente ordinanza del 2006<sup>13</sup> la Corte di Cassazione ha nuovamente riaffermato il principio, ritenuto ormai indiscutibile, della prevalenza del diritto comunitario rispetto a quello nazionale, con i relativi effetti sostanziali ma anche processuali. Sotto quest'ultimo punto di vista, in particolare, la Cassazione rileva che il principio dell'abuso di diritto si impone come *jus superveniens* anche sul carattere "chiuso" del giudizio di Cassazione, tanto più che si tratta di stabilire nell'ambito del processo tributario se una pratica sia elusiva, evasiva o lecita, per cui l'abuso concorre direttamente a definire la fattispecie in termini giuridici e quindi dall'inizio della controversia. In un certo senso, l'affermazione sembra ribaltare radicalmente l'obiezione secondo cui il giudizio tributario, dato il suo carattere essenzialmente impugnatorio, non poteva svolgersi oltre i confini indicati dalla "motivazione" dell'accertamento e, quindi, dai motivi del ricorso introduttivo. Estremamente significativa allo scopo è anche un'altra recente sentenza del 2006<sup>14</sup> con cui la Cassazione, pur ammettendo l'inesistenza di una clausola generale antielusiva nell'ordinamento italiano, aggiunge che sussiste "*un principio tendenziale*" desumibile dalle fonti comunitarie e dal "*concetto di abuso di diritto elaborato dalla giurisprudenza comunitaria*", secondo il quale non possono essere tratti benefici da operazioni intraprese o eseguite al "*solo scopo di procurarsi un vantaggio fiscale*".

Se, come pare indiscutibile a mente di quanto esposto dalla Corte di Cassazione, il principio affermato dalla Corte di Giustizia "vive" anche nel nostro ordinamento, devono essere affrontati alcuni delicati problemi. In prima istanza, se il concetto di abuso di

<sup>13</sup> Cass. civ. Sez. V, Ord., 04-10-2006, n. 21371.

<sup>14</sup> Cass. civ. Sez. V, 05-05-2006, n. 10352. Massima: "*In tema di IVA, nell'ordinamento comunitario, in base all'art. 17 della direttiva CEE 17 maggio 1977, n. 388, e, quindi, anche in quello interno (cfr. la pronuncia del 21 febbraio 2006, resa dalla Corte di Giustizia CE, in causa C - 419 - 2002), deve considerarsi in ogni caso vigente (anche a prescindere dall'applicabilità "ratione temporis" di norme interne antielusive, quale quella introdotta dall'art. 37 bis del d.P.R. n. 600 del 1973) il principio di indetraibilità dell'IVA assolta in corrispondenza di comportamenti abusivi, volti cioè a conseguire il solo risultato del beneficio fiscale, senza una reale ed autonoma ragione economica giustificatrice delle operazioni, che, perciò, risultano eseguite in forma solo apparentemente corretta ma, in realtà, sostanzialmente elusiva. (Rigetta, Comm. Trib. Reg. Torino, 25 Febbraio 1999)*".

diritto esiga, senza alternative, l'esclusività della finalità antifiscale oppure se rimanga comunque abusivo il comportamento negoziale anche quando sia individuabile uno scopo coerente con la tipicità dell'accordo. Gli stessi articoli 37 e 37-bis del D.p.r. 600 del 1973 non esigono più, nel testo oggi in vigore e diversamente da prima, l'esclusività del motivo antifiscale. Gli atti devono essere "*privi di valide ragioni economiche*" e "*diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti*" dalla legge fiscale. La stessa sentenza Halifax<sup>15</sup> sembra esprimersi nel solo senso dell'"*essenzialità*" e nemmeno l'art. 42 dell'Abgabenordnung esige l'esclusività. Peraltro, tale ultima nozione, come precisa la stessa Cassazione, potrebbe collimare proprio con la figura delineata dalla Corte di Giustizia nella stessa sentenza. Pertanto, il principio sembra inquadrare un aggiramento delle norme tributarie anche in presenza di un motivo o di un obiettivo estraneo alla finalità antifiscale, ancorché equivalente o addirittura prevalente.

Ulteriore aspetto da valutare è l'eventuale efficacia dal punto di vista penale tributario, ove vigono profili di tassatività delle fattispecie e di dolo specifico. Ai sensi dell'articolo 16 del D.lgs. 74 del 2000<sup>16</sup>, si può dire che attualmente l'elusione coincide con l'evasione, anche agli effetti penali, solo a particolari condizioni. Se il contribuente si sottrae, in tutto o in parte, al pagamento delle imposte od ottiene un indebito rimborso non avendo chiesto il parere del Ministero o del Comitato anti-elusione, ovvero non essendosi uniformato ad esso, ed il giudice ritenga che il contribuente non si è attenuto alla normativa antielusiva. In attesa che si consolidi una posizione in merito, l'attuale dottrina sembra propendere per ritenere che attraverso il principio dell'abuso di diritto, anche l'elusione sia ormai a rischio di sanzioni penali. La tesi parte dalla considerazione che l'articolo 16 opera solo a favore del contribuente. Quindi se il contribuente non chiede il parere o non vi si uniforma (su un'operazione che potrebbe configurarsi come elusiva), il giudice potrà concludere tranquillamente che è un evasore ad ogni effetto.

<sup>15</sup> Corte di Giustizia – sentenza del 21 febbraio 2006 nella causa C-255/02 (Halifax). Massima: "*La sesta direttiva deve essere interpretata come contraria al diritto del soggetto passivo di detrarre l'IVA assolta a monte allorché le operazioni che fondano tale diritto integrano un comportamento abusivo. Perché possa parlarsi di comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta direttiva e della legislazione nazionale che la traspone, procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni. Non solo. Deve altresì risultare da un insieme di elementi obiettivi che le dette operazioni hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale. Ove si constati un comportamento abusivo, le operazioni implicate devono essere ridefinite in maniera da ristabilire la situazione quale sarebbe esistita senza le operazioni che quel comportamento hanno fondato.*"

<sup>16</sup> D.lgs. 10-3-2000 n. 74, art. 16: "*Adeguamento al parere del Comitato per l'applicazione delle norme antielusive. 1. Non dà luogo a fatto punibile a norma del presente decreto la condotta di chi, avvalendosi della procedura stabilita dall'articolo 21, commi 9 e 10, della legge 30 dicembre 1991, n. 413, si è uniformato ai pareri del Ministero delle finanze o del Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive previsti dalle medesime disposizioni, ovvero ha compiuto le operazioni esposte nell'istanza sulla quale si è formato il silenzio-assenso.*"

Fermo restando che il contribuente potrà opporre l'assenza del dolo, tanto più che l'onere della prova è in ogni caso a carico dell'accusa. A tal ultimo riguardo, però, è anche vero che il mancato interessamento del Comitato o del Ministero, ovvero il comportamento difforme dal parere formulato, operano come forte indizio di sussistenza dello stesso dolo. Naturalmente la conclusione che l'onere di provare il dolo resta a carico dell'accusa o del giudice vale esclusivamente in sede penale, visto che l'art. 21 della legge 413 del 1991<sup>17</sup> dispone espressamente che il parere formulato dal Comitato ha efficacia soltanto ai fini e nell'ambito del rapporto tributario e che, nell'eventuale giudizio contenzioso, l'onere della prova è posto a carico della parte che non si è uniformata al parere.

Per quanto concerne il delicato aspetto delle ricadute nel nostro ordinamento, occorre fare un breve premessa. Come anticipato, attualmente le norme antielusive si riferiscono esclusivamente alle imposte sui redditi nonché a singole e tassativamente individuate operazioni. Anche nell'ordinamento civilistico l'abuso di diritto è sempre stato tassativamente regolato. Però, con la pacifica preminenza dell'ordinamento comunitario su quello nazionale, si ritiene che ci sia da aspettarsi un forte impatto nel sistema tributario che non sarà limitato al solo campo dell'Iva, oggetto delle sentenze. Tanto più che mai, prima d'ora, la Corte si era espressa in termini così netti in materia fiscale. Peraltro, le recenti prese di posizione della Corte di Cassazione, con l'applicazione anche in materia fiscale del principio della nullità del negozio per frode alla legge, sembrano in qualche modo aver anticipato le sentenze della Corte di Giustizia. Al fine di disegnare un possibile scenario di ricaduta, in dottrina si è provato a ragionare con riferimento allo stesso campo Iva, oggetto delle citate sentenze. La fatturazione di operazioni comunque riconducibili a cessione o a prestazione di servizi (anche inesistenti) comporta l'obbligo del pagamento dell'Iva. Da questo punto di vista, pertanto, non sembra sorgere alcun problema, in quanto la scelta di protezione dell'Erario è la massima teoricamente possibile. Ma per la detrazione o deduzione di quanto eventualmente pagato in anticipo

<sup>17</sup> Legge 30-12-1991 n. 413, art. 21:

*"1. È istituito, alle dirette dipendenze del Ministro delle finanze, il comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive, cui è demandato il compito di emettere pareri su richiesta dei contribuenti.*

*2. La richiesta di parere deve riguardare l'applicazione, ai casi concreti rappresentati dal contribuente, delle disposizioni contenute negli articoli 37, comma terzo e 37-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni. La richiesta di parere può altresì riguardare, ai fini dell'applicazione dell'articolo 74, comma 2, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni, la qualificazione di determinate spese, sostenute dal contribuente, tra quelle di pubblicità e di propaganda ovvero tra quelle di rappresentanza.*

*3. Il parere reso dal comitato ha efficacia esclusivamente ai fini e nell'ambito del rapporto tributario. Nella eventuale fase contenziosa l'onere della prova viene posto a carico della parte che non si è uniformata al parere del comitato. [omissis]"*

a titolo di imposta da parte del contribuente, secondo la Corte, occorrerà stabilire se vi siano o meno valide ed effettive ragioni economiche e se il contribuente non miri invece ad un illecito vantaggio tributario. Appare chiaro che la genericità dell'assunto può preoccupare, atteso che l'Amministrazione finanziaria si potrebbe sentire in obbligo di negare un rimborso o una detrazione anche solo dubbia o discutibile. Il timore è che, di fatto, si possano affermare prassi amministrative fondate sul "principio del sospetto" e dell'ormai abbandonato *in dubio pro fisco*, nonché tendenze giurisprudenziali alla giustizia sommaria ed al rigetto dei ricorsi ogniqualvolta si sia in presenza di comportamenti anomali e di questioni giuridiche appena più complesse dell'ordinario. Non può però non sottolinearsi che il concetto di abuso di diritto, come definito dalla Corte di Giustizia coincide in linea di massima con il concetto di elusione fiscale di cui all'art. 37-bis del D.p.r. 600 del 1973 (cfr. nota n. 4) e che la possibilità di interpello dell'Amministrazione finanziaria non è limitata ad operazioni specificamente determinate, ma è prevista anche per ogni atto o negozio di discutibile trattamento fiscale, se ciò dipende da *"obiettive condizioni di incertezza sulla portata e l'ambito di applicazione"*, così come previsto dall'11 della legge 212/2000<sup>18</sup>. Secondo alcuni autori, quindi, l'interpello previsto dallo Statuto potrebbe aggiungersi o, addirittura, sostituirsi all'art. 21 della legge 413/1991<sup>19</sup>, nel senso che il contribuente potrebbe comunque rivolgersi all'Amministrazione finanziaria obbligandola ad esprimere un parere alla luce del nuovo principio generale antielusivo

<sup>18</sup> Legge 27-7-2000 n. 212, art. 11: *"Interpello del contribuente.*

1. Ciascun contribuente può inoltrare per iscritto all'amministrazione finanziaria, che risponde entro centoventi giorni, circostanziate e specifiche istanze di interpello concernenti l'applicazione delle disposizioni tributarie a casi concreti e personali, qualora vi siano obiettive condizioni di incertezza sulla corretta interpretazione delle disposizioni stesse. La presentazione dell'istanza non ha effetto sulle scadenze previste dalla disciplina tributaria.

2. La risposta dell'amministrazione finanziaria, scritta e motivata, vincola con esclusivo riferimento alla questione oggetto dell'istanza di interpello, e limitatamente al richiedente. Qualora essa non pervenga al contribuente entro il termine di cui al comma 1, si intende che l'amministrazione concordi con l'interpretazione o il comportamento prospettato dal richiedente. Qualsiasi atto, anche a contenuto impositivo o sanzionatorio, emanato in difformità dalla risposta, anche se desunta ai sensi del periodo precedente, è nullo.

3. Limitatamente alla questione oggetto dell'istanza di interpello, non possono essere irrogate sanzioni nei confronti del contribuente che non abbia ricevuto risposta dall'amministrazione finanziaria entro il termine di cui al comma 1.

4. Nel caso in cui l'istanza di interpello formulata da un numero elevato di contribuenti concerna la stessa questione o questioni analoghe fra loro, l'amministrazione finanziaria può rispondere collettivamente, attraverso una circolare o una risoluzione tempestivamente pubblicata ai sensi dell'articolo 5, comma 2.

5. Con decreto del Ministro delle finanze, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, relativo ai poteri regolamentari dei Ministri nelle materie di loro competenza, sono determinati gli organi, le procedure e le modalità di esercizio dell'interpello e dell'obbligo di risposta da parte dell'amministrazione finanziaria.

6. Resta fermo quanto previsto dall'articolo 21 della legge 30 dicembre 1991, n. 413, relativo all'interpello della amministrazione finanziaria da parte dei contribuenti."

circa la correttezza di una sua eventuale interpretazione della normativa fiscale. L'Amministrazione finanziaria è tenuta a rispondere all'interpello entro 120 giorni dall'istanza. A ciò aggiungiamo che in caso di mancata risposta è inteso che l'Amministrazione concordi con il punto di vista del contribuente. La risposta vincola l'una e l'altro e, comunque, il silenzio-assenso dell'Amministrazione impedisce ogni atto sanzionatorio. In pratica, se il contribuente si attiene alla risposta dell'Amministrazione, ovvero alla propria interpretazione, se non contestata, il dolo è escluso, sia in base all'articolo 16 del D.lgs. 74/2000 (cfr. nota n. 16), sia in base ai principi generali in materia di colpevolezza. Se il contribuente prospetta una soluzione che poi non segue oppure non si uniforma alla risposta, non opera formalmente alcuna presunzione di dolo, ma sicuramente il comportamento del contribuente appare fortemente sospetto, e, in un certo senso, risulta gravemente affetto da rilevanti indizi di volontà evasiva. Il punto problematico è che manca una disposizione precisa che vincoli o autorizzi il contribuente ad esigere dall'Amministrazione una risposta al quesito se una certa interpretazione della norma sia corretta ovvero si risolva in un abuso di diritto. In assenza di una disposizione vincolante, appare difficile che il contribuente si possa avvalere di tale possibilità proprio per il rischio che vi è naturalmente connesso, preferendo il più delle volte arroccarsi sulla sua tesi difensiva, nell'eventualità che l'Amministrazione finanziaria ritenga integrata l'ipotesi dell'abuso.

## BIBLIOGRAFIA

- Abuso del diritto ed Iva: tra interpretazione comunitaria ed applicazione nazionale di Carmela Piccolo (commento su sentenze cause C-255/02 e C-223/03) – Fisconline;
- Il Dividend washing rimesso alle Sezioni Unite: ma forse sarebbe preferibile che fosse il legislatore a ribadire le sue scelte di Roberto Lunelli (commento su sentenza Cassazione n. 12301/06 – Fisconline);
- Processo tributario di Pierfranco Turis (commento su ordinanza Cassazione n. 26996/07) – Fisconline;
- Libertà di stabilimento di Pierfranco Turis (commento su sentenza Corte di Giustizia causa C-105/07) – Fisconline;
- Iva di Domenico Placido (commento su sentenza Corte di Giustizia C-425/06) – Fisconline;
- Elusione di Pierfranco Turis (commento su sentenza Cassazione n. 8772/08) – Fisconline;
- Solidità e equilibrio della disciplina antielusiva nei rapporti internazionali (relazione Biasco 3 luglio 2007) – Fisconline;
- Brevi cenni sulle relazioni tra abuso del diritto e clausola di buona fede. Alla ricerca di una norma generale antielusiva di Mauro Trivellin – Fisconline;
- Il principio comunitario del divieto di abuso e la sua incidenza sull'ordinamento tributario nazionale. Spunti di riflessione di Marcello Poggioli – Fisconline;
- L'elusione fiscale come abuso del diritto: allo stato dell'arte, più problemi che soluzioni di Roberto Schiavolin – Fisconline;
- L'elusione nel sistema penale nelle prospettive della recente giurisprudenza di legittimità e comunitaria di Ennio Fortuna – Fisconline;
- L'elusione tributaria tra inopponibilità dei vantaggi fiscali, nullità dei contratti ed "invasivo" esercizio della funzione giurisprudenziale di Mauro Beghin – Fisconline;
- La nullità civilistica come strumento generale antielusivo: riflessioni a margine di recenti orientamenti della Cassazione civile di Franco Latti – Fisconline;
- Nullità civilistica come strumento antielusivo di Alessio Vaccariello – Fisconline;

- Una svolta (pericolosa) dopo 15 anni sul “dividend washing” e sul “dividend stripping”? di Roberto Lunelli – Fisconline;
- La dialettica tra “aggiramento” e valide ragioni economiche, in una serie di ipotesi applicative della norma antielusiva di Michele Andriola (in “Rassegna Tributaria” n. 6 di novembre –dicembre 2006, pag. 1897);
- Risparmio di imposta e nullità del contratto: una strada non percorribile dal giudice tributario di Oliviero Origani (in “Il fisco” n. 46 dell’11 dicembre 2006, pag. 1-7065);
- La nullità civilistica come strumento generale antielusivo: riflessioni a margine di recenti orientamenti della Cassazione civile di Vincenzo Busa (in “Il fisco” n. 45 del 27 novembre 2006, pag. 1-6916);
- Nullità dei contratti con fine esclusivo di risparmio fiscale. La decisione alle sezioni unite? Di Alberto Rossi (in “Il fisco” n. 26 del 26 giugno 2006, pag. 1-3990);
- Dividend washing e dividend stripping nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: tra validità, nullità radicale, invalidità relativa ed inopponibilità. Alcune riflessioni sulla “specialità” delle regole tributarie di Roberto Lunelli (in “Il fisco” n. 25 del 19 giugno 2006, pag. 1-3810);
- Elusione ed abuso di diritto di Saverio Capolupo (in “Il fisco” n. 42 del 19 novembre 2007, pag. 1-6073);
- Abuso del diritto ed elusione nell’Iva di Michele Pisani (in “Il fisco” n. 38 del 22 ottobre 2007, pag. 1-5617);
- Transfer pricing: le preziose indicazioni della Corte di Cassazione per smascherare le operazioni infragruppo con finalità elusive di Francesco Contempo (commento su sentenza Cassazione n. 11226 del 27 marzo 2007 – in “Il fisco” n. 33 del 17 settembre 2007, pag. 1-4874);
- La normativa antielusiva tra nullità negoziale e assenza di valide ragioni economiche di Lorenzo Bresciani (in “Il fisco” n. 25 del 25 giugno 2007, pag. 1-3719);
- L’abuso di diritto come principio generale antielusione anche agli effetti penali di Ennio Fortuna (in “Il fisco” n. 15 del 16 aprile 2007, pag. 1-2105).
- “Il diritto tributario” di Fantozzi Augusto, UTET edizione 2003.
- “Compendio di diritto tributario” di Tesauro Francesco, UTET edizione 2003.

## **La protezione della diversità culturale nella Convenzione Unesco del 20 ottobre 2005 : legge di ratifica n. 19 del 19 febbraio 2007**

di Maria Norcia<sup>1</sup>

### 1. La diversità culturale nella Risoluzione del 14/01/2004

In seguito al processo di allargamento dell'Unione Europea, soprattutto verso i Paesi dell'Est, la promozione e la salvaguardia della diversità culturale assume una notevole rilevanza in materia di tutela dei diritti umani <sup>2</sup>.

La diversità dell'Unione, infatti, si è accentuata con l'adesione dei nuovi Stati membri; a partire dal 2007 la popolazione totale si è avvicinata ai 500 milioni di abitanti e in tale contesto i valori condivisi come libertà, giustizia, tolleranza e solidarietà non possono essere sostenuti senza attribuire una priorità alla promozione della conoscenza e della comprensione reciproca all'interno di un dialogo interculturale.

Il rispetto della diversità culturale costituisce un principio ineludibile dell'Unione Europea, riconosciuto nell'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., il quale recita: "L'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica". Ma è soltanto con l'azione del Parlamento europeo nella "*Risoluzione sul mantenimento e sulla promozione della diversità culturale; il ruolo delle regioni europee e delle organizzazioni internazionali quali l'Unesco e il Consiglio d'Europa*", adottata nel 2004, che si va oltre una mera definizione puramente teorica e si sottolinea l'obiettivo che il concetto di diversità culturale deve assumere: porsi come elemento di coesione sociale non operando più in una logica esclusiva di maggioranza/minoranza. Nell'art.2 della suddetta Risoluzione, infatti, si afferma che la diversità culturale implica il riconoscimento, la promozione e lo sviluppo delle culture locali, delle industrie culturali, delle politiche culturali, nonché la protezione della ricca varietà di lingue, di conoscenze autoctone, di tradizioni, di modi di vita, di espressioni artistico – culturali, del pluralismo dei mezzi di informazione e dei sistemi di istruzione. Tale azione concertativa è il frutto di un riconoscimento e di una consapevolezza chiari e sempre maggiori della necessità di un dialogo interculturale approfondito e strutturato, che coinvolga non solo le autorità nazionali ed internazionali ma anche la società civile in senso lato <sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cultore di Tutela internazionale dei diritti umani e sociali, Università Federico II, Facoltà di Lettere e Filosofia

<sup>2</sup> Flavio Giuseppone, Il ruolo dell'Unione Europea nella tutela dei diritti umani, Relazione annuale dell'U.E. sui diritti dell'uomo, 2004.

<sup>3</sup> Consiglio dell'Unione Europea, Relazione annuale dell'U.E. sui diritti dell'uomo, Bruxelles, 29/01/2007.

In un contesto di incertezza globale e di minacce alla coesistenza pacifica e alla comprensione reciproca fra i popoli e le culture, l'approccio multilaterale è da preferirsi a quello unilaterale. Nel rispetto della diversità culturale, particolare riguardo viene posto sulla necessità di preservare la diversità linguistica. La lingua, infatti, costituisce l'elemento peculiare che contraddistingue i diversi gruppi sociali; rappresenta lo strumento di identificazione culturale per eccellenza attraverso cui avviene la trasmissione dei valori in esso contenuti<sup>4</sup>. Così nella Risoluzione si sostiene l'esigenza di sviluppare specifiche strategie volte alla promozione del multilinguismo, attraverso un sostegno attivo e concreto soprattutto nell'istruzione della lingua madre, in particolare all'interno dei gruppi minoritari nel quadro di un'Europa ampliata.

Il Parlamento europeo ricordando che, oggi, il principio della diversità culturale non è riconosciuto quale diritto fondamentale dal Diritto Internazionale, ritiene necessario un intervento specifico ad opera dell'*UNESCO*<sup>5</sup>. Si auspica, infatti, che tale organo possa rappresentare un mezzo per portare alla ribalta le politiche culturali e garantire su scala globale la promozione e la protezione della diversità culturale ed artistica, che appare particolarmente minacciata dalla tendenza ad annullare le specificità tipica della globalizzazione. Appare, così, necessario che lo sviluppo degli strumenti di sostegno della diversità culturale debbano essere promossi non solo attraverso azioni positive realizzate dagli Stati membri e dagli organi comunitari ma anche in campo internazionale, mediante l'adozione di una convenzione ad hoc nel quadro Unesco. L'obiettivo è quello di far sì che l'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura possa predisporre procedure, politiche e programmi atti a consentire l'accesso alla cultura e lo sviluppo delle politiche culturali per offrire la possibilità ai Paesi, specie a quelli in via di sviluppo, di produrre e commercializzare i propri beni e servizi culturali.

E' dunque necessario porre in essere degli strumenti che mirino sia alla conoscenza e al rispetto della diversità culturale, che al superamento di atteggiamenti

---

<sup>4</sup> V. Lanternari, *Crisi e ricerca di identità*, Liguori, Napoli, 1997.

<sup>5</sup> L'United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Unesco) è stato istituito il 16 novembre 1945 al fine di rendere possibile il dialogo tra culture, etnie, religioni, forme e metodi educativi e di comunicazione differenti. Ne sono membri effettivi 191 Stati a cui si aggiungono 6 Stati in qualità di osservatori. Il principale organo dotato di poteri decisionali è la Conferenza generale dove siedono i rappresentanti di tutti gli Stati membri; essa si riunisce, di regola, ogni due anni e detta le linee programmatiche principali che saranno attuate dal Comitato esecutivo (composto da delegati di 58 Stati membri) e dal Segretariato generale. Ex art. 4, c. 4, della Costituzione dell'Unesco (entrata in vigore il 4 novembre 1946), la Conferenza generale adotta, per raggiungere i propri scopi, raccomandazioni o convenzioni internazionali (queste ultime approvate a maggioranza dei 2/3). Il "vero" motore dell'Unesco sono le Commissioni nazionali che svolgono una funzione di cerniera tra le società civile del Paese in cui sono insediate e l'Organizzazione internazionale (art. 7).

etnocentrici, di chiusura e di non accettazione al fine di sensibilizzare una disponibilità ad una lettura positiva della diversità<sup>6</sup>. Soltanto attraverso un'ottica interculturale è possibile superare l'orientamento, purtroppo oggi dominante, tendente ad annullare le specificità e realizzare strumenti e metodologie che favoriscano il dialogo e l'interazione in un'unità che non annulli bensì valorizzi le singole specificità.

## 2. La Convenzione Unesco sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali.

Il 20 ottobre 2005 la Conferenza generale dell'Unesco, riunitasi a Parigi per la 33° sessione, ha approvato con 148 voti a favore, 2 contro ( Stati Uniti ed Israele) e 4 astenuti (Australia, Honduras, Liberia, Nicaragua), la *"Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali"*<sup>7</sup>. Tale strumento giuridico è il frutto di un lungo lavoro iniziato nel novembre del 2001, all'indomani della firma da parte degli Stati membri della "Dichiarazione Universale sulla diversità culturale" voluta per sostenere, dopo i terribili attacchi alle Torri Gemelle di New York, la creazione di una società globale pacifica e sostenibile basata sul rispetto reciproco e la tolleranza. Nel 2003, nel corso della 32° sessione della Conferenza generale dell'Unesco, numerosi Stati espressero la volontà di approvare, in tempi brevi, un nuovo documento, che però fosse giuridicamente vincolante<sup>7</sup>. Hanno pertanto agito in conformità al piano di azione della Dichiarazione universale sulla diversità culturale che raccomandava di «portare avanti soprattutto la considerazione dell'opportunità di uno strumento legale internazionale sulla diversità culturale» e di «avanzare sul fronte della definizione di principi, di sviluppo della consapevolezza e modelli di cooperazione, che siano più idonei alla salvaguardia e alla promozione della diversità culturale»<sup>8</sup>.

Su queste premesse nasce, così, la suddetta Convenzione, che si pone sulla scia degli altri strumenti adottati dall'Unesco<sup>9</sup>, tesi a salvaguardare e sviluppare tutti gli aspetti

<sup>6</sup> C. S. Terranova, *Padagogia interculturale*, Guerini, 2001.

<sup>7</sup> Résolution 32C/34: Opportunité de l'élaboration d'un instrument normatif international concernant la diversité culturelle.

<sup>8</sup> Dichiarazione universale sulla diversità culturale dell'UNESCO, Allegato, punti 1 e 2

<sup>9</sup> Convenzioni dell'UNESCO sul patrimonio culturale immateriale del 2003, sul patrimonio mondiale del 1972, sul

del patrimonio culturale mondiale nell'ottica, solennemente stabilita dalla sua Costituzione - che richiama la Carta delle Nazioni Unite -, della pace fra i popoli e della conseguente sicurezza, da perseguire attraverso la collaborazione tra le nazioni per mezzo dell'istruzione, della scienza e della cultura<sup>10</sup>.

Nel preambolo la ratio del documento appare subito chiara: la diversità culturale costituisce un carattere fondante l'umanità, il comune patrimonio dell'umanità quanto la biodiversità per la natura<sup>11</sup> e, di conseguenza, un bene prezioso al pari di altri beni economici. La nozione di diversità culturale rimanda ad una moltitudine di forme mediante cui le culture dei gruppi sociali e delle società si esprimono. La Convenzione in esame abbraccia una vastissima, all'apparenza infinita, gamma di forme legate al fattore culturale. Innanzitutto, come stabilisce il primo comma dell'art. 4, per *diversità culturale* s'intende la "molteplicità delle forme mediante le quali si esprimono le culture dei gruppi e delle società. Tali espressioni si trasmettono all'interno dei gruppi e delle società, nonché fra di essi. La diversità culturale si manifesta non soltanto nelle variegate forme attraverso le quali il patrimonio culturale dell'umanità si esprime, arricchisce e trasmette grazie alla varietà delle espressioni culturali, ma anche attraverso modi diversi di creazione artistica, di produzione, diffusione, distribuzione e godimento, quali che siano i mezzi e le tecnologie utilizzati". Per capire la differenza fra i due concetti, vengono in ausilio dell'interprete i seguenti commi. Ai sensi del secondo, per *contenuto culturale* s'intende il "senso simbolico, la dimensione artistica e i valori culturali che hanno alla radice o che esprimono identità culturali". Le *espressioni culturali*, recita il terzo comma, "sono le espressioni che risultano dalla creatività degli individui, dei gruppi e delle società e che hanno un contenuto culturale". Molto ampia è la portata di quello che il quarto comma definisce *attività, beni e servizi culturali*: questi incarnano o trasmettono espressioni culturali, indipendentemente dal loro eventuale valore commerciale. Le attività culturali possono essere fini a sé stesse oppure contribuire alla produzione di beni e servizi culturali. Dunque, solo in un mondo che afferma e sostiene diversi stili di vita, diverse concezioni dell'esistenza, è possibile creare una società sicura e pacifica, a tutti i livelli di governo. Nei 35 articoli di cui la Convenzione consta, più volte è ribadito questo

---

Trasferimento dei beni culturali del 1970 e sulla protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato del 1954.

<sup>10</sup> P. L. Petrillo, Unesco, approvata la Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, Centro Studi sul Parlamento della Luiss, Roma, 15/11/2005.

<sup>11</sup> Dichiarazione universale sulla diversità culturale dell'UNESCO, art. 1. Il parallelismo tra biodiversità e diversità culturale è stato sottolineato per la prima volta nel rapporto «Notre diversité créatrice» (Parigi 1995, pag. 206 segg.) della Commissione mondiale sulla cultura e lo sviluppo, istituita dalle Nazioni Unite e dall'Unesco.

concetto che è, al tempo stesso, la principale finalità del documento approvato: obiettivi della Convenzione - si legge all'art. 1 - sono, tra gli altri, incoraggiare il dialogo interculturale, promuovere il rispetto e la tolleranza di costumi e tradizioni diverse, rafforzare la cooperazione internazionale. Appare evidente che dagli scambi interculturali non debba conseguire l'appiattimento

della propria cultura verso un modello esterno, ma il dialogo viene inteso nel senso di un ampliamento della conoscenza per migliorare la propria condizione di vita e per far conoscere a terzi l'esistenza di una diversa espressione culturale. Infatti nell'ottavo comma dell'art.4 si evince che per *interculturalità* si intende: "l'esistenza e l'interazione paritaria di diverse culture e la possibilità di generare espressioni culturali condivise mediante il dialogo e il rispetto reciproco". Per ciò che concerne, invece, la cooperazione internazionale, particolare attenzione viene posta alle comunità dei Paesi in via di sviluppo, per le quali è prevista una solidarietà nazionale ed internazionale, che permetta alle diverse etnie di partecipare al mercato globale, senza snaturare le loro origini. Alcuni Paesi, infatti, vedono precluso l'accesso dei propri beni e servizi culturali al mercato soprattutto a causa dell'assenza di politiche appropriate, di misure di incentivazione per i creatori, dell'insufficienza di investimenti e dell'assenza di meccanismi di promozione e di protezione<sup>12</sup>.

L'art. 2 definisce i principi guida: presupposti necessari affinché la diversità culturale sia protetta e promossa sono il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, il riconoscimento della pari dignità tra le culture di popoli diversi, la consapevolezza che gli aspetti culturali dello sviluppo di un Paese o di un territorio sono ugualmente importanti rispetto a quelli economici. E' compito degli Stati che ratificano o aderiscono alla Convenzione, artt. 5 e seguenti, adottare tutte le misure necessarie per rendere effettiva la promozione e la protezione delle diverse culture presenti nel territorio statale, soprattutto quelle minoritarie a rischio di estinzione e per assicurare la diffusione, all'interno del proprio territorio, di culture di altre tradizioni e popoli. La Convenzione, infatti, comprende nel suo ambito di applicazione i diritti degli appartenenti alle minoranze ed ai popoli autoctoni. Anche in questa scelta si scorge un *favor* verso culture considerate fino a pochi decenni fa marginali<sup>13</sup>. Il terzo punto dell'art. 2, relativo alla

---

<sup>12</sup> Per quanto concerne l'importanza del fattore culturale nei dibattiti sulla politica dello sviluppo cfr. l'opuscolo pubblicato dalla Direzione dello sviluppo e della cooperazione (DSC): *La culture n'est pas un luxe – coopération et développement : l'aspect culturel*, settembre 2003.

<sup>13</sup> P. Fois, *La protezione internazionale delle minoranze: il caso dell'Europa*, in *L'Europa delle diversità*, M. Pinna (a cura di), F. Angeli, Milano, 1993.

"pari dignità e del rispetto di tutte le culture", include fra queste "quelle delle persone appartenenti a minoranze e quelle dei popoli autoctoni". L'art. 7, dedicato alle "Misure

destinate a promuovere le espressioni culturali", tratta "delle esigenze particolari delle donne e di diversi gruppi sociali, comprese le persone appartenenti a minoranze e i popoli autoctoni". La Convenzione riconosce, inoltre, il ruolo centrale delle scuole e delle università nella promozione di fenomeni culturali diversi da quelli maggioritari (art. 10); della società civile (art. 11); della cooperazione internazionale, anche sub statale o interregionale, per facilitare il dialogo interculturale (art. 12).

Per raggiungere questi scopi, è istituito un "*Fondo internazionale per la diversità culturale*", costituito da contributi volontari degli Stati aderenti alla Convenzione, da fondi ad hoc destinati dall'Unesco, da donazioni di singoli e di società comunque operanti nel mondo (art. 18).

Gli Stati che sottoscrivono la Convenzione devono, ogni quattro anni, riferire, in un rapporto specifico, le azioni intraprese per la salvaguardia delle diversità culturali e la sua promozione (art. 9, lett. a); spetta ad un Comitato intergovernativo, costituito da 18 rappresentanti degli Stati firmatari, non solo promuovere le azioni previste dalla Convenzione, ma anche vigilare affinché i singoli Stati operino in conformità con quanto previsto dalla Convenzione stessa (art. 23).

L'adesione degli Stati alla Convenzione è disciplinata dall'art. 27. Essa è aperta, ai sensi del primo comma, a "qualunque Stato non membro dell'Unesco che sia membro dell'Organizzazione delle Nazioni Unite o di una delle sue istituzioni specializzate e invitato ad aderire dalla Conferenza generale dell'Organizzazione". La Convenzione è altresì aperta "all'adesione dei territori che godono di autonomia interna integrale riconosciuta dall'Organizzazione delle Nazioni Unite ma che non hanno ottenuto la piena indipendenza conformemente alla risoluzione 1514 (XV) dell'Assemblea generale e che sono competenti per le materie oggetto della presente Convenzione, compresa la competenza a concludere trattati su tali materie (secondo comma). Entro certi limiti specificati nel terzo comma dell'art. 27, anche le "organizzazioni di integrazione regionale", come l'Unione europea, l'Nafta<sup>14</sup> e Asean<sup>15</sup> possono aderire ad essa. La Convenzione è un trattato

---

<sup>14</sup> Il NAFTA è l'accordo nord-americano di libero scambio stipulato il 17 dicembre 1992 da Canada, Messico e Stati Uniti, con l'obiettivo di creare una completa area di libero scambio con enormi vantaggi per l'occupazione e il commercio. E' il primo esempio di patto che unisce due potenze altamente industrializzate come Canada e USA, e un paese meno sviluppato, come il Messico. Il motivo risiede nelle possibilità di sfruttare i capitali, le tecnologie e l'elevata industrializzazione dei primi due insieme alla utilizzazione di manodopera a basso costo come quella messicana.

internazionale non applicabile direttamente (*non self - executing*). Ogni Stato contraente si impegna ad attuare proprie misure e un proprio ordinamento giuridico interno d'applicazione «in considerazione delle circostanze ed esigenze intrinseche» (art. 6 par. 1). Questo significa che, pur essendo vincolante, i principi enunciati dalla Convenzione lasciano agli Stati un largo margine d'apprezzamento quanto alla loro attuazione. Gli Stati membri si prefiggono degli obiettivi per soddisfare questi principi, ma si riservano il diritto di raggiungerli in modo autonomo adottando i metodi più conformi alla loro legislazione e alle loro peculiarità nazionali. Dall'entrata in vigore della Convenzione UNESCO si è ampliato il campo dei diritti e delle libertà individuali e sociali di tutti gli uomini. Si è, infatti, aggiunto un diritto che è, sì, individuale ma che si configura solo nella sua dimensione sociale. La Convenzione non intende proteggere la cultura dei singoli individui ma la cultura nel suo essere espressione sociale, di una comunità di individui che in essa si riconoscono ed attraverso essa si definiscono<sup>16</sup>.

Un diritto riconosciuto che è motivo di grande conforto per l'Europa, per gli stati federali e non solo, che hanno alla base della loro Unione proprio il rispetto e la valorizzazione delle diversità culturali. Per comprendere la portata e l'efficacia della Convenzione, molto dipende - come ovvio - da quanti e quali Stati l'hanno ratificata<sup>17</sup>. Infatti i principi in essa contenuti sono già propri di molte Costituzioni degli Stati europei e americani, e cominciano ad affacciarsi in Costituzioni di nuova generazione come quelle del Sud Africa, dell'Iraq, dell'Afghanistan, di alcune Repubbliche del Centro Asia, e (dopo le recenti riforme) della Turchia. Fino ad ora gli Stati dove prevale una monocultura, come l'Iran, l'Arabia Saudita, il Pakistan, le Coree, non hanno ratificato Convenzioni dal contenuto simile, come, da ultimo, quella "per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile" siglata a Parigi il 17 ottobre

2003. E' anche vero, però, che all'indomani della firma della Dichiarazione Universale sulla diversità culturale, nel 2001, alcuni Stati fino ad allora restii a

---

<sup>15</sup> L'ASEAN (Association of South East Asian Nations) è stata fondata a Bangkok l'8 agosto 1967 ed è formata da Brunei, Filippine, Indonesia, Malaysia, Singapore, Thailandia, Vietnam (dal 1995), Laos, Birmania, e Cambogia (dal 1997). Ha sede a Giacarta. Gli scopi principali sono: lo sviluppo economico e gli scambi commerciali dei Paesi membri e lo sviluppo delle relazioni internazionali con il resto del mondo. Al fine di accelerare l'integrazione economica tra gli Stati membri nel 1992 è stata creata una zona di libero scambio (l'AFTA – Asian Free Trade Area), che vedrà un progressivo abbattimento dei diritti doganali a favore dell'introduzione di una tariffa doganale comune.

<sup>16</sup> Danielle Mazzonis, Atti del Convegno: Nuove forme di distribuzione e remunerazione dell'opera audiovisiva e dell'industria dei contenuti nel quadro della diversità culturale, Roma, 18/02/2007.

<sup>17</sup> Attualmente (agosto 2007) la Convenzione è stata ratificata da 66 Paesi nonché dalla Comunità europea. In giugno del 2007 si è svolta a Parigi la prima Conferenza delle Parti contraenti. Tra le Parti contraenti figurano tutti i Paesi dell'Unione europea (eccetto i Paesi Bassi e la Repubblica Ceca; in Belgio, in Gran Bretagna e in Ungheria il processo di ratifica è in corso), numerosi Stati africani, dell'America del Sud, nonché Cina ed India.

"contaminazioni" culturali esterofile, come il Guatemala, l'Indonesia, il Togo, hanno aperto le proprie frontiere e promosso, grazie a Fondi messi a disposizione dall'Unesco, scambi culturali, seminari e conferenze internazionali, dibattiti televisivi con presentazioni di tradizioni diverse. La speranza rimane, quindi, la stessa: che anche questa nuova Convenzione entri presto in vigore e riesca, anche attraverso il "grimaldello" economico del Fondo per la promozione della diversità culturale, ad affermarsi in Stati dove le diversità sono concepite come un crimine da perseguire.

### 3. La legge di ratifica italiana della Convenzione Unesco

Con la legge n. 19 del 19 febbraio 2007, il Parlamento italiano, con il sostegno del Ministero per i Beni e le Attività Culturali e il Ministero degli Affari Esteri, ha ratificato e dato esecuzione alla "Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali" varata a Parigi in sede Unesco il 20 ottobre 2005. La parola "diversità" compare nella Costituzione italiana solamente all'art. 107, quando si recita che "i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni". Si tratta, come si può intuire, di un contesto totalmente diverso da quello della presente Convenzione, che serve a dimostrare che quello di "diversità" è un concetto che solo recentemente, ad esempio proprio con l'adesione alla Convenzione dell'Unesco del 2005, ha trovato accoglienza nei principali documenti giuridici dei tradizionali Stati di democrazia liberale. La spiegazione che può essere data a quanto scritto risiede nella (presunta) insidia che la diversità pone nei confronti del principio di eguaglianza, applicazione irrinunciabile di un moderno Stato di diritto e condizione essenziale per il godimento dei diritti di libertà. Inoltre, l'enfasi data, sin dal dopoguerra, ai diritti individuali a scapito di quelli collettivi, nell'esaltazione dei quali si scorgeva il potenziale pericolo che aveva portato alle aberrazioni dei nazionalismi e delle teorie della razza, rendeva poco servibile un concetto, come quello di "diversità", più facilmente riferibile ai gruppi che agli individui<sup>18</sup>.

Il "diritto alla diversità" è oggi divenuto invece una parola d'ordine, qualcosa che le politiche di tutti i livelli istituzionali interessati devono tenere in considerazione e perseguire. In realtà, un diritto alla diversità è sempre esistito anche quando non esplicitamente previsto con il suo termine specifico: ad esempio i principi della libertà

---

<sup>18</sup> Giovanni Poggeschi, La "Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali" Unesco entra a far parte del corpus legislativo italiano. Una novità nel panorama degli strumenti giuridici internazionali?, *Rivista di arte e diritto Aedon*, numero 2, 2007.

religiosa e della protezione delle minoranze linguistiche, ai sensi degli articoli 7 e 6 della Costituzione, implicano un riconoscimento della diversità. Certamente i quasi sei decenni di vigenza della nostra Carta fondamentale hanno reso più effettivo il diritto alla diversità delle minoranze religiose e linguistiche, e quindi favorito il ricorso ad un termine ritenuto in precedenza un po' pericoloso.

Il disegno di legge, approvato dal nostro Parlamento, è costituito da quattro articoli: i primi due recano, rispettivamente, l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione della Convenzione sulla protezione e la promozione delle diversità culturali; l'articolo 3 quantifica gli oneri derivanti dall'applicazione della Convenzione, (valutati in 14.130 euro per il 2007, 7.870 euro per il 2008 e 14.130 euro annui a partire dal 2009); l'articolo 4, infine, dispone l'entrata in vigore della legge per il giorno successivo a quello della sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

La ratifica ed esecuzione della Convenzione porta, di conseguenza, lo Stato italiano da un lato a procedere con azioni volte all'aiuto "intelligente"<sup>19</sup> (non colonialistico) dei paesi in via di sviluppo; dall'altro canto permette alle minoranze esistenti nel nostro paese di essere maggiormente tutelate e di essere riconosciute come entità autonome rispetto alla globalità dei cittadini. Viene permessa una maggiore protezione di queste minoranze (da quelle linguistiche a quelle religiose, ecc.) con l'adozione di misure finalizzate alla conservazione, alla salvaguardia e alla valorizzazione della loro diversità e la creazione di programmi di istruzione o di formazione al fine di educare e sensibilizzare la popolazione nel rispetto delle diversità culturali, anche insegnando ai rappresentanti delle minoranze quella parte di conoscenza che hanno perso per potersi omologare con il resto della nazione.

Sul nostro territorio convivono numerosi gruppi minoritari, molto diversi tra loro sia numericamente, sia per il grado di tutela ad essi riconosciuto dall'ordinamento giuridico. Nel complesso si tratta di circa 2,5 milioni di persone (intorno al 4,5% della popolazione<sup>20</sup>), che fanno parte dell'Italia, il paese dell'Unione Europea secondo soltanto alla Romania per la presenza del maggior numero di minoranze etnico - linguistiche<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Emilia Spanedda, *Diversità delle espressioni culturali: ratificata la Convenzione Unesco*, Altalex – num. 2032, 4/4/07.

<sup>20</sup> Ministero dell'Interno, *Primo rapporto sullo stato delle minoranze in Italia*, Roma, 1994.

<sup>21</sup> Le minoranze etnico-linguistiche in Italia si possono suddividere in due gruppi. Le " penisole " etnico linguistiche, che sono costituite da gruppi transfrontalieri, cioè comunità che parlano la lingua della maggioranza di uno Stato confinante. Esse sono presenti in Valle d'Aosta (franco-provenzali), Friuli-Venezia Giulia (carinziani, sloveni e friulani), Trentino-Alto Adige (cimbri, mocheni, walser, tirolesi e ladini ) e Piemonte (germanici,

Come si nota, accanto all'aggettivo *etnico* viene riportato l'aggettivo *linguistico*, poichè nel nostro paese si ricorre volutamente al criterio della lingua, che costituisce senza dubbio l'elemento peculiare che contraddistingue i gruppi minoritari dal resto della popolazione in Italia. Di questo ruolo è consapevole anche la Corte costituzionale, la quale nella sentenza n. 62/1992 afferma che "la lingua propria di ciascun gruppo etnico rappresenta un connotato essenziale della nozione costituzionale di minoranza etnica, al punto da indurre il costituente a definire quest'ultima quale minoranza linguistica. La lingua costituisce un aspetto essenziale quale elemento fondamentale di identità culturale e come mezzo primario di trasmissione dei relativi valori e, quindi, di garanzia dell'esistenza e della continuità del patrimonio spirituale proprio di ciascuna minoranza etnica"<sup>22</sup>.

In base al principio pluralistico su cui si fonda l'ordinamento repubblicano, la nostra Costituzione prevede la valorizzazione di tutte le formazioni sociali in cui si realizza la personalità dell'uomo (art. 2 Cost: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inalienabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la

sua personalità"), comprese le minoranze etnico - linguistiche, che sono dunque meritevoli di tutela in primo luogo in quanto formazioni sociali, poi in base al principio di uguaglianza (art. 3 c. 1: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni sociali e personali") ed infine in quanto minoranze linguistiche<sup>23</sup> (art. 6)<sup>24</sup>.

---

occitani ). Le " isole " etnico-linguistiche sono invece disseminate tra la popolazione italiana. Tra queste ricordiamo gli arberesh, i catalani, i tabarchini, i sardi, i croati, gli ellenofoni, i franco-provenzali (in Puglia) e gli occitani (Calabria).

In Europa i paesi con un'alta percentuale di minoranze sono: la Romania (ungheresi, rom, tedeschi, ucraini, russi/lipoveni, turchi, serbi, tatari, slovacchi, bulgari, ebrei, cechi, polacchi, croati, greci, italiani, armeni, csango), la Francia (catalani, corsi, baschi, fiamminghi, bretoni, tedeschi), la Germania (sorbi, frisoni, danesi, sinti, rom) ed il Belgio (fiamminghi, valloni, tedeschi).

<sup>22</sup> Corte costituzionale, sent. N. 62/1992 conseguente il ricorso, redatto in lingua slovena, di un cittadino italiano di lingua slovena, che aveva proposto un'opposizione nei confronti di un'ordinanza-ingiunzione di pagamento emessa dal Prefetto di Trieste per un'infrazione stradale di divieto di sosta. Nel ricorso l'opponente lamentava, tra l'altro, che il verbale dell'infrazione gli era stato recapitato in lingua italiana, in contrasto, a suo dire, con i trattati internazionali vigenti in materia ed in particolare con quello di Osimo.

<sup>23</sup> Questo è anche l'atteggiamento prevalente della Corte costituzionale, che ha avuto modo di affermare ( nella sentenza n. 86 del 1975) che la tutela minoritaria di cui all'art. 6 Cost. costituisce quel "qualcosa di diverso e di più" rispetto al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 e che qualifica il compito dei pubblici poteri in questa materia.

<sup>24</sup> L'articolo 6, oltre a vietare, alla stregua dell'art.3, ogni discriminazione, vale a dire un trattamento peggiorativo fondato sulla diversità di lingua, offre anche una tutela positiva, al fine di conservare il patrimonio linguistico e culturale delle minoranze.

I confini costituzionali in tema di tutela delle minoranze possono riassumersi nei seguenti criteri:

- principio territoriale ( l'appartenenza di un soggetto ad una minoranza linguistica può dar luogo ad una serie di situazioni giuridiche soltanto in quanto legata al territorio );
- principio volontaristico ( l'appartenenza alle minoranze è fondata sulla mera volontà di ogni singolo individuo che la rivendichi );
- principio del riconoscimento ( solo le minoranze linguistiche riconosciute possono essere titolari di diritti ).

Tracciati a grandi linee i confini entro i quali si muove la "Costituzione delle minoranze <sup>25</sup>" nel nostro ordinamento, si nota come la disposizione dell'art. 6 non specifichi se la tutela minoritaria debba attuarsi attraverso una legge organica valida per tutte le realtà minoritarie oppure attraverso misure diverse e specifiche per ciascuna delle minoranze soggette a protezione. Stante l'incapacità del Parlamento di approvare una legge quadro in materia, per lungo tempo le "apposite norme" previste dall'art. 6 si sono concretizzate esclusivamente negli statuti speciali di alcune regioni (in particolare Trentino-Alto Adige, Valle d'Aosta e Friuli-Venezia Giulia <sup>26</sup>) e nelle poche leggi statali e regionali approvate a partire dagli anni '80. Ciò ha condotto ad una forte differenziazione nella posizione giuridica dei diversi gruppi (un dato che, comunque è stato pacificamente riconosciuto dalla Corte costituzionale, che ha avuto modo di affermarlo più volte <sup>27</sup>), adottando misure particolari per ciascuna minoranza.

In realtà è stata concessa una tutela solo alle minoranze che avevano uno strumento di ricatto. Nel periodo caldo del Sudtirolo (1962), sindaci ed amministratori delle cinque comunità tedesche del Piemonte rivolsero al ministro della Pubblica Istruzione una petizione affinché fossero ripristinate nelle rispettive località le scuole bilingue così com'erano prima del 1915. Infatti misure di tutela sono state prese nei riguardi di specifiche minoranze (non a caso definite "superprotette"): in Valle d'Aosta per

---

<sup>25</sup> L'espressione è impiegata da Roberto Toniatti, *La rappresentanza politica delle minoranze linguistiche: i ladini tra appartenenza "assicurata" e "garantita"*, nota a Corte cost. n. 261/1995.

<sup>26</sup> L. cost. 26/2/1948, n. 4 (Statuto Valle d'Aosta); L. cost. 31/1/1963, n. 1 (Statuto Friuli Venezia Giulia); D.P.R. 31/8/1972, n. 670 (Approvazione del Testo Unico delle leggi costituzionali concernenti lo Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige); L. 15/12/1999, n. 38 (Norme a tutela della minoranza linguistica slovena della regione del Friuli Venezia Giulia).

<sup>27</sup> Sentt. n. 28/1982, 62/1992 e 15/1996. In queste pronunce la Corte ha riconosciuto ai principi costituzionali e statutari il valore non solo di norme di principio quanto anche di standard minimo nella tutela delle realtà minoritarie.

scongiurare una possibile annessione alla Francia<sup>28</sup> per i tedeschi in provincia di Bolzano per evitare che si riunissero all'Austria, per gli Sloveni della provincia di Trieste perchè l'Italia vi era obbligata dal trattato di pace.

Se la forte differenziazione nella posizione giuridica dei diversi gruppi è in qualche misura riscontrabile in tutti gli ordinamenti, in Italia la differenza di status giuridico è di particolare intensità. Il nostro paese si è insomma caratterizzato per essere stato uno degli ordinamenti più avanzati nella tutela di particolari minoranze e allo stesso tempo ha provocato il serio pericolo di minare la sopravvivenza di tanti altri gruppi minoritari. A lungo la questione della tutela delle comunità alloglotte e della valorizzazione delle lingue "altre" è stata ignorata e nei suoi confronti si è registrato un atteggiamento che ha alternato indifferenza e ostilità. Si riteneva che il riconoscimento da parte delle istituzioni dell'esistenza di gruppi "diversi" dalla maggioranza "nazionale" e la messa in atto di dispositivi e politiche attive a favore della loro tutela e valorizzazione avrebbe messo in discussione l'assetto dello Stato e addirittura della sua esistenza. L'omogeneità linguistica e culturale rappresentava il presupposto ideale per un modello di stato unitario e burocratico.

Tale è l'orientamento che ha prevalso fino all'approvazione della legge quadro 482/1999.

L'entrata in vigore di questa legge ha rappresentato senza dubbio un traguardo per le comunità alloglotte del nostro paese, che l'aspettavano da più di cinquant'anni, nonchè per tutti coloro i quali hanno a cuore l'avanzamento della democrazia sostanziale.

Essa prevede (art.2) che "In attuazione dell'articolo 6 della Costituzione e in armonia con i principi generali stabiliti dagli ordinamenti europei e internazionali, la Repubblica tutela la lingua e la cultura delle popolazioni albanesi, catalane, germaniche, greche, slovene e croate e di quelle parlanti il francese, il franco-provenzale, il friulano, il ladino, l'occitano e il sardo". Vengono così, per la prima volta, riconosciute le minoranze autoctone presenti sul territorio italiano. O meglio sono menzionate tutte le comunità alloglotte "storiche" del paese, ad esclusione dei rom. Il romanès era stato contemplato nelle prime bozze del provvedimento<sup>29</sup> ma era stato poi eliminato sia a causa della ferma opposizione della Lega Nord, sia perchè si era ritenuto che la realtà rom doveva essere

---

<sup>28</sup> La questione minoritaria è fortemente condizionata da elementi metagiuridici quali soprattutto la consistenza numerica dei gruppi, la loro coesione e forza politica, la loro distribuzione territoriale e l'influenza di altri Stati.

<sup>29</sup> Su iniziativa, il 9 maggio 1996, del deputato Corleone.

oggetto di uno specifico provvedimento, di cui, però, ancora oggi non si ha traccia. Quanto ai contenuti, la legge prevede una serie di diritti linguistici e culturali attivabili in favore degli appartenenti ai gruppi minoritari oggetto di tutela. Alcuni articoli (4-7) sono dedicati ad uno dei temi chiave in materia di tutela delle minoranze, l'istruzione. La legge prevede un diritto all'educazione anche nella lingua minoritaria sia nella scuola materna, che nella scuola elementare e media, dove, in particolare è garantito l'insegnamento di usi, costumi e tradizioni delle comunità locali. Con riferimento all'uso pubblico della lingua, la legge prevede la possibilità di usare l'idioma negli organi collegiali degli enti locali interessati; è inoltre possibile pubblicare nella lingua minoritaria gli atti ufficiali, fermo restando il valore legale esclusivo dell'italiano (art. 8) ed è ammesso l'uso orale e scritto della lingua minoritaria nei rapporti con l'amministrazione. Un parziale diritto all'uso della lingua protetta nei procedimenti giudiziari viene riconosciuto davanti al giudice di pace (art. 9 c. 3).

La legge prevede inoltre la possibilità per i comuni di adottare, in aggiunta ai toponimi ufficiali, anche quelli "conformi alle tradizioni e agli usi locali" (art. 10) nonché, soprattutto, il diritto per i cittadini i cui cognomi siano stati italianizzati di ottenere il ripristino degli stessi in forma originaria (art. 11). Si tratta di una conquista di grande civiltà, che pone fine ai soprusi dell'epoca fascista.

Secondo il nostro costituente la diversità etnico - linguistica costituisce un valore fondamentale per l'Italia repubblicana: le comunità alloglotte stanziate nel nostro paese sono considerate un bene da tutelare in tutti gli aspetti della loro esistenza e questa tutela è strettamente connessa al riconoscimento di specifici diritti. Le minoranze non chiedono privilegi ma diritti fondamentali.

Con l'articolo 6 della Costituzione, che introduce il principio di tutela delle minoranze, si supera l'orientamento nazionalistico legato alla tradizione risorgimentale, in cui il pluralismo etnico - linguistico rappresentava una minaccia di indebolimento dello Stato, del suo potere centralizzato. Così oggi, dalla tradizionale idea di nazione "...una d'arme, di lingua e d'altare..", si è passati ad una visione di "unità nella diversità".

Molti sono stati i tentativi di classificazione ed inquadramento delle minoranze etnico - linguistiche presenti nel nostro territorio, dal criterio "storico" (minoranze di antico insediamento) a quello geografico (minoranze stanziate in zone di confine). Sotto il profilo giuridico l'elemento che emerge chiaramente è, tuttavia, la forte differenza esistente tra i regimi di tutela; l'accento di un'analisi giuridica va dunque posto sul versante della qualità della tutela, potendo pertanto parlare di minoranze "forti" e

minoranze " deboli ", entrambe le categorie comprendenti al loro interno diverse sfumature e gradazioni di tutela.

Nonostante l'entrata in vigore della legge 482/99, che ha rappresentato senza dubbio un importante traguardo per i gruppi alloglotti dopo decenni di inattività nella tutela delle minoranze storiche, per alcuni gruppi minoritari è serio il rischio di estinzione: un fenomeno che non è un'evoluzione " naturale " ma uno sviluppo forzato di un tenace e lungo processo di assimilazione.

Le minoranze non chiedono di farsi Stato, non vogliono porsi in conflitto con il sistema di vita del paese, rivendicano esclusivamente il diritto a salvaguardare le proprie radici storico - culturali. L'art. 1 della legge quadro è l'autentica cartina di tornasole sia della durezza del dibattito che ne ha preceduto l'approvazione, sia della sua ambiguità. L'apertura dedicata all'ufficialità della lingua italiana<sup>30</sup> e all'impegno della Repubblica a valorizzare il patrimonio linguistico e culturale italiano, esprime il timore che altri idiomi possano guadagnare almeno parzialmente il medesimo status. La legge più che tutelare le minoranze sembra garantire i membri della maggioranza sul fatto che la difesa delle minoranze non abbia alcuna conseguenza nei loro confronti. Nonostante si tratti sicuramente di un provvedimento arrivato tardi (forse troppo per la situazione ormai compromessa di alcune comunità alloglotte), con tutti i suoi limiti e contraddizioni, rappresenta comunque un grande valore positivo.

Una società è definita multiculturale nella misura in cui al suo interno tutte le differenze etniche sono ugualmente rispettate; o meglio bisogna operare un passaggio dalla semplice multietnicità, ovvero dalla giustapposizione delle diversità, alla interetnicità, vale a dire alla valorizzazione di tale diversità.

Con la legge di ratifica italiana della Convenzione Unesco l'auspicio è che si garantisca una maggior tutela a difesa della diversità etnico - linguistiche, che costituisce una condizione essenziale per uno Stato che si identifica in quei valori fondamentali ed universali di rispetto della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza, della democrazia e della solidarietà.

---

<sup>30</sup> Durante la XIII legislatura, terminata nel 2001, era stata approvata in prima lettura una proposta di modifica costituzionale relativa all'indicazione della lingua italiana come lingua ufficiale della Repubblica. In effetti la proposta, approvata dalla Camera il 26/07/2000, era volta ad introdurre un nuovo comma all'art. 12: "La lingua italiana è la lingua ufficiale della Repubblica", anche se alcuni emendamenti ne indicavano la sede naturale nell'art. 6 Cost. L'intento del legislatore era quello di fornire copertura costituzionale ad una previsione normativa che è ora assicurata dalla legge ordinaria. L' art. 1, comma 1, della L. 482/1999 recita, infatti: "La lingua ufficiale della Repubblica è l'italiano".



## **L'accordo di cooperazione tra India Usa concernente gli usi pacifici dell'energia nucleare**

di Anna Di Lieto

### 1. Premessa.

Il 3 agosto 2007 è stato pubblicato dal Dipartimento di Stato statunitense un accordo bilaterale di cooperazione nucleare tra Stati Uniti ed India, concluso il 27 luglio 2007 e già annunciato il 18 luglio 2005 in una dichiarazione congiunta del Presidente Bush e del Primo ministro indiano Manmohan Singh<sup>1</sup>. Tale accordo, denominato accordo 123 (con riferimento al comma 123 dello US Atomic Energy Act del 1954, che regola i rapporti con paesi terzi nel campo del nucleare)<sup>2</sup>, rappresenta una svolta nella politica statunitense, che precedentemente era orientata verso l'isolamento dei Paesi non aderenti al Trattato di non proliferazione, tra cui l'India, ma sembra costituire una minaccia per il regime internazionale di non-proliferazione nucleare<sup>3</sup>. Sebbene sia stato presentato come un semplice accordo di assistenza tecnologica per il settore civile, di fatto si basa sul presupposto che non è più possibile evitare la proliferazione nucleare e instaura un rapporto con uno Stato che adotta uno specifico programma nucleare militare al di fuori del sistema del TNP riconoscendo, anche se in modo implicito, l'inserimento dell'India nel club dei Paesi nucleari.

Sul piano internazionale l'accordo presenta dei problemi di compatibilità con altri obblighi in precedenza assunti dagli Stati Uniti, in specifico con il TNP con la risoluzione n.1172/1998 del Consiglio di Sicurezza, con le guidelines decise dal Nuclear Suppliers Group, di cui gli Stati Uniti fanno parte, per i trasferimenti di materiale nucleare a fini pacifici.

Sul piano interno in India l'accordo ha trovato l'opposizione di molti parlamentari che ritengono che esso limiti la sovranità dell'India, minaccia la sicurezza interna e consentirà ad uno Stato straniero un'indebita ingerenza negli affari interni<sup>4</sup>. Negli Stati

---

<sup>1</sup> V. <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/07/20050718-6.html>

<sup>2</sup> V. <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2007/aug/90050.htm>

<sup>3</sup> V. Potter, *India and the New Look of U.S. Nonproliferation Policy*, in *The Nonproliferation Review* 2005, p.343 ss. secondo il quale l'accordo "appears to have been formulated without a comprehensive high-level review of its potential impact on non proliferation, the significant engagement of many of the government's most senior non-proliferation experts, or a clear plan for achieving its implementation".

<sup>4</sup>

Uniti per permettere l'approvazione dell'accordo è stata necessaria l'adozione di una legge specifica, la Public Law 109-401 conosciuta come l'Hyde Act, che ha emendato l'Atomic Energy Act del 1954 che vietava la vendita di tecnologia nucleare ai Paesi estranei alle convenzioni contro la proliferazione nucleare

## 2, Quali sono i termini dell'accordo.

L'accordo pone fine all'isolamento dell'India deciso dalla comunità internazionale a seguito dell'esperimento nucleare eseguito il 18 maggio 1974<sup>5</sup>. Nonostante l'emarginazione tale Stato ha continuato a sviluppare programmi nucleari. L'11 maggio del 1998 ha condotto tre test nucleari sotterranei all'altezza di Pokharan nel deserto del Rajasthan. Due giorni più tardi, ha eseguito altri due test sotterranei. In sede di Conferenza per il disarmo delle Nazioni Unite ha a lungo paralizzato il negoziato per il Trattato sul divieto degli esperimenti nucleari, che a suo dire consacra il monopolio dei cinque ricchi nucleari (Cina, Federazione Russa, Francia, Gran Bretagna e Stati Uniti) e finora non ha ratificato il Trattato.

L'India è uno Stato che possiede avanzate tecnologie nucleari ma il cui territorio è carente di uranio. Con l'accordo in esame si è assicurato l'approvvigionamento di tale risorsa.

L'accordo stabilisce che "the Parties shall cooperate in the use of nuclear energy". Obiettivo dell'accordo è "to enable full civil cooperation between the Parties, the Parties may pursue cooperation in all relevant areas", inclusi ricerca, sviluppo, sicurezza nucleare, scambi commerciali in reattori nucleari e combustibile. L'India può quindi acquistare materiale nucleare ad uso civile di produzione USA ed importare combustibile nucleare.

In cambio l'India permetterà l'accesso alle proprie installazioni nucleari civili (14 su un totale di 22) di ispettori dell'AIEA (Agenzia Internazionale per l'Energia Atomica). Gli altri 8 impianti, dichiaratamente a scopo militare, restano fuori dall'accordo e da qualunque ispezione. L'accordo prevede anche che i 45 stati membri dell'AIEA che possiedono tecnologie nucleari abbandonino l'embargo verso l'India, permettendo da ora in poi la fornitura di materiale nucleare allo stato indiano<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> . V.KAPPOR, *The Legality of Nuclear Testing: the Pokharan Explosion*, in Ind. JIL 1974, p. 425 ss.

<sup>6</sup> L'art. 5 comma 6 prevede infatti che "(a) The United States has conveyed its commitment to the reliable supply of fuel to India. Consistent with the July 18, 2005, Joint Statement, the United States has also reaffirmed its assurance to create the necessary conditions for India to have assured and full access to fuel for its reactors. As part of its implementation of the July 18, 2005, Joint Statement the United States is committed to seeking

Il problema di più difficile soluzione, durante i negoziati, ha riguardato l'identificazione e la distinzione degli impianti nucleari civili indiani, da sottoporre al controllo dell'AIEA, da quelli militari, per i quali non sono previste misure di salvaguardia, e alla collocazione dei reattori termici e di quelli auto fertilizzanti, i cosiddetti fast-breeder, tra gli impianti di esclusiva competenza dell'India o tra quelli sorvegliati dagli ispettori dell'Agenzia. Alla fine dei colloqui svoltisi dal 1 al 3 marzo 2006 è stato deciso di mettere sotto tutela internazionale 14 centrali nucleari su 22 e di esentare dai controlli degli ispettori dell'AIEA il reattore sperimentale fast breeder di Kalpakkam, in Tamil Nadu. E' stato altresì dichiarato che spetta al governo indiano "announce exactly how many of its nuclear power plants are being put under supervision"<sup>7</sup>.

### 3. Incompatibilità dell'accordo con precedenti obblighi assunti dagli Stati Uniti

Gli Stati Uniti in quanto Stato dotato di armi nucleari sottoscrivendo il Trattato di non Proliferazione si sono impegnati in base all'art. I di tale Trattato a non assistere, incoraggiare né indurre uno Stato non dotato di armi nucleari ad entrarne in possesso<sup>8</sup>.

Nel 1974, proprio a seguito dell'esplosione nucleare effettuata dall'India, gli Stati Uniti costituirono, con altri Stati fornitori di materiale nucleare,<sup>9</sup> il Nuclear Suppliers Group che adottò nel 1978 le c.d. "Guidelines" di Londra tendenti a conseguire un'armonizzazione delle direttive politiche in tema di esportazioni nucleari imponendo agli Stati importatori delle condizioni molto rigorose<sup>10</sup>. Successivamente, nel 1992, dopo la guerra del Golfo, constatato che le misure previste non erano sufficienti ad evitare che

---

agreement from the U.S. Congress to amend its domestic laws and to work with friends and allies to adjust the practices of the Nuclear Suppliers Group to create the necessary conditions for India to obtain full access to the international fuel market, including reliable, uninterrupted and continual access to fuel supplies from firms in several nations".

<sup>7</sup> V. la dichiarazione rilasciata dal primo ministro Manmohan Singh's dinanzi al Parlamento indiano il 6 marzo 2006 in [www.state.gov/r/pa/prs/ps/2007/aug/90050.htm](http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2007/aug/90050.htm)

<sup>8</sup> Each nuclear-weapon State Party to the Treaty undertakes not to transfer to any recipient whatsoever nuclear weapons or other nuclear explosive devices or control over such weapons or explosive devices directly, or indirectly; and not in any way to assist, encourage, or induce any non-nuclear weapon State to manufacture or otherwise acquire nuclear weapons or other nuclear explosive devices, or control over such weapons or explosive devices.

<sup>9</sup> Gli Stati originari sono Stati Uniti, Canada, Francia, Germania federale, Giappone, Gran Bretagna ed Unione Sovietica. Successivamente ad essi si sono aggiunti Belgio, Cecoslovacchia, Italia, Olanda, Polonia, Svezia, Svizzera, Repubblica democratica tedesca e come osservatore Australia.

<sup>10</sup> In dottrina molto si è discusso sulla natura giuridica di queste intese, considerate una sorta di gentlemen's agreements. V. **Courteix**, Les accords de Londres entre Pays exportateurs d'équipements et de matières nucléaires, in AFDI 1976 p.27 ss. in part. p. 48-49; **Politi**, Diritto internazionale e non proliferazione nucleare, Padova 1984 p. 209 ss. Sempre sulla natura giuridica delle guidelines e sulla loro estraneità al TNP v. **Migliorino**, op. cit. p. 229 s.

uno Stato come l'Iraq potesse portare avanti clandestinamente un programma di armi nucleari, il NSG riprese i suoi incontri e stabilì direttive più stringenti sul trasferimento di impianti, materiale e tecnologia che possono avere un doppio uso pacifico e bellico e di rendere trasparenti i controlli ( INFCIC/539)<sup>11</sup>.

Per poter esportare materiale nucleare verso l'India quindi gli Stati Uniti devono prima consultare gli altri Stati esportatori e avere da questi l'assenso a derogare le linee guide stabilite nel 1992.

Inoltre approvando la Decisione n. 2 relativa ai principi ed agli obiettivi per la non proliferazione nucleare ed il disarmo, al termine della Conferenza di revisione del TNP del 1995, gli Stati Uniti hanno accettato che le forniture di materiali o attrezzature nucleari a Stati non dotati di armi nucleari devono corrispondere, come necessaria pre-condizione, l'approvazione delle piene garanzie ("full-scope safeguards") dell'AIEA e l'impegno a non acquisire armi nucleari<sup>12</sup>.

Nel 1998 a seguito degli esperimenti indiani il Consiglio di Sicurezza ha emanato la ris. 1172/1998 in cui si chiede a India e Pakistan di sospendere immediatamente ogni programma di produzione di armi nucleari e qualsiasi ulteriore produzione di materiale fissile per armi nucleari e a tutti gli Stati membri delle Nazioni Unite, tra cui ovviamente gli Stati Uniti, di impedire l'esportazione di attrezzature, materiali o tecnologie che possano in alcun modo aiutare i programmi di sviluppo di armi nucleari di India o Pakistan<sup>13</sup>.

In sede di Conferenza di revisione del 2000 del Trattato di non proliferazione è stato ribadito l'impegno degli Stati Parte del Trattato, tra cui rientrano anche gli Stati Uniti, a non disattendere gli obiettivi dell'NPT né la Risoluzione del Consiglio di Sicurezza 1172/1998<sup>14</sup> ed è stato riaffermato che le forniture di materiali o

---

<sup>11</sup> V. Nuclear Suppliers Group: its Origin, Role and Activities, INFCIC/539

<sup>12</sup> Al punto 12 si precisa che: "New supply arrangements for the transfer of source or special fissionable material or equipment or material especially designed or prepared for the processing, use or production of special fissionable material to non-nuclear-weapon States should require, as a necessary precondition, acceptance of the Agency's full-scope safeguards and internationally legally binding commitments not to acquire nuclear weapons or other nuclear explosive devices"

<sup>13</sup> Il testo della ris. 1172/1998 dice espressamente "7. Calls upon India and Pakistan immediately to stop their nuclear weapon development programmes, to refrain from weaponization or from the deployment of nuclear weapons, to cease development of ballistic missiles capable of delivering nuclear weapons and any further production of fissile material for nuclear weapons, to confirm their policies not to export equipment, materials or technology that could contribute to weapons of mass destruction or missiles capable of delivering them and to undertake appropriate commitments in that regard; 8. Encourages all States to prevent the export of equipment, materials or technology that could in any way assist programmes in India or Pakistan for nuclear weapons or for ballistic missiles capable of delivering such weapons, and welcomes national policies adopted and declared in this respect".

<sup>14</sup> The Conference also calls upon all State parties to refrain from any action that may contravene or undermine the objectives of the Treaty as well as of United Nations Security Council resolution 1172 (1998).

attrezzature nucleari a Stati non dotati di armi nucleari devono corrispondere, come necessaria pre-condizione, l'approvazione delle piene garanzie ("full-scope safeguards") dell'AIEA e l'impegno a non acquisire armi nucleari<sup>15</sup>

#### 4. L'Hyde Act on U.S.-India Peaceful Atomic Energy Cooperation

Anche sul piano interno esistevano problemi di compatibilità dell'accordo con precedenti leggi interne quali l'Atomic Energy Act del 1954 ed il successivo Nuclear Non-Proliferation Act del 1978<sup>16</sup> che richiede l'assenso da parte del Congresso<sup>17</sup>. Tale legge stabilisce: 1) le modalità e le procedure per il rilascio da parte delle competenti autorità dei permessi d'esportazione di materiali ed impianti nucleari, 2) le clausole da includere nei futuri accordi internazionali di cooperazione conclusi dagli Stati Uniti. In base ad essa lo Stato che intende importare dagli Stati Uniti impianti o materiale nucleare deve sottoporre tutte le sue attività nucleari al controllo da parte dell'AIEA, non solo gli impianti civili da esso scelti e designati e se intende a sua volta riesportare verso Stati terzi quei beni può farlo solo su autorizzazione degli Stati Uniti.

Per eliminare queste incompatibilità e permettere al Presidente la firma dell'accordo il 18 dicembre è stata emanata la Public Law 109-401 denominata Hyde Act dal nome del deputato repubblicano Henry J Hyde che aveva presentato l'"Act on U.S.-India Peaceful Atomic Energy Cooperation".

L'Hyde Act precisa che la cooperazione nucleare con l'India non copre l'intero ciclo del combustibile nucleare. Non è ammessa la cooperazione o l'accesso per alimentare l'arricchimento del combustibile, il riprocessamento e le tecnologie per la produzione di acqua pesante. Sono anche vietate il trasferimento di tecnologia di doppio uso e le applicazioni che potrebbero essere usate per l'arricchimento del combustibile, il riprocessamento o i mezzi per la produzione di acqua pesante.

Gli Stati Uniti non dovranno in alcun modo cercare di facilitare o incoraggiare il proseguimento di esportazioni nucleari all'India nel caso che tali esportazioni siano limitate dalla legge degli Stati Uniti e si impegneranno ad evitare che altri Stati che

---

<sup>15</sup> The Conference reaffirms paragraph 12 of decision 2 (Principles and objectives for nuclear non proliferation and disarmament), adopted on 11 May 1995 by the Review and Extension Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons.

<sup>16</sup> Nuclear Non -Proliferation Act - Public Law 92-242, H.R.8638, pubblicata in ILM 1978 p. 397 ss.

<sup>17</sup> If the President proposes enactment of any such requirements or export policies as additional export criteria or to take any other action with respect to such requirements or export policy goals for the purpose of encouraging adherence by nations and groups of nations to such requirements and policies, he shall submit such a proposal together with an explanation thereof to the Congress.

partecipano al NSG trasferiscano ad un paese (l'India, in questo caso) attrezzature, materiali o tecnologia se tali esportazioni siano vietate dalla legislazione statunitense.

Di fatto si può dire che il successivo l'accordo bilaterale "123" con l'India è stato redatto sulla base dell'Hyde Act. L'accordo bilaterale, usando approssimativamente l'enunciazione originale della dichiarazione congiunta del 2005 parla di "piena cooperazione nucleare civile", ma esclude, in qualsiasi forma, la cooperazione o l'accesso all'arricchimento del carburante, al riprocessamento e alle tecnologie di produzione di acqua pesante. Inoltre, questo divieto (esplicitato nell'Art 5.2 dell'accordo), si estende anche a trasferimenti di applicazioni di doppio uso che potrebbero essere usate per l'arricchimento, il riprocessamento o installazioni di produzione di acqua pesante. I reattori ad autoproduzione di neutroni veloci con questo accordo sarebbero trattati come una parte del ciclo di combustibile ed anche ogni tecnologia richiesta per questi cadrebbe sotto le normative della tecnologia di doppio uso. Questo sarebbe vero anche se in futuro i reattori ad autoproduzione di neutroni veloci fossero posti sotto la normativa nel settore civile. Quindi, il tentativo dell'India di costruire un programma di energia nucleare trifase indipendente, in definitiva alimentato dal torio, dovrebbe essere sviluppato in condizioni di isolamento e con le sanzioni esistenti.

L'India aveva dichiarato di accettare le misure di sicurezza in modo permanente, solamente in cambio della garanzia di una fornitura ininterrotta di combustibile. Ma nell'accordo è riportata solo l'accettazione permanente da parte dell'India delle misure di sicurezza non viene assicurata la fornitura permanente anzi viene detto che gli Stati Uniti opereranno con gli altri paesi del Gruppo Fornitori Nucleari (NSG) per interrompere ogni fornitura di combustibile o altro tipo di collaborazione con l'India in caso di contrasto con le leggi degli Stati Uniti .

## 5. Conclusioni

A tutt'oggi l'accordo non è ancora in vigore, manca l'approvazione da parte del Congresso Statunitense e del Parlamento Indiano. L'India non ha ancora concluso il prescritto Protocollo aggiuntivo con l'AIEA, i negoziati iniziati nel 2007 proseguono a rilento. Da parte dell'Agenzia l'accordo USA India è considerato un passo importante per soddisfare le richieste di energia nucleare dell'India e per rendere tale Stato un partner

del regime di non proliferazione<sup>18</sup>. In realtà è il governo indiano che cerca di ottenere il consenso interno, in particolare da parte degli alleati comunisti, che hanno più volte espresso le loro perplessità, prima di firmare il Protocollo.

Anche gli altri Stati nucleari sono favorevoli ad allacciare rapporti di cooperazione con l'India nel settore nucleare. La Cina ha dichiarato che non si oppone all'accordo. L'alto Commissario britannico in India, Richard Stagg, ha dichiarato che la Gran Bretagna appoggia l'accordo<sup>19</sup>. Il 25 gennaio 2008, durante la prima visita del Presidente Sarkozy a Nova Delhi, è stata annunciata la decisione della Francia di stipulare un accordo di cooperazione nucleare e addirittura di appoggiare l'ingresso dell'India nel Nuclear Suppliers Group.

Durante la Seconda Sessione del Comitato Preparatorio della Conferenza di Revisione del TNP del 2010, che si è svolta a Ginevra dal 28 aprile al 9 maggio 2008, non si è parlato dell'accordo. È stata presentata a nome di 130 esperti una richiesta di riesame dell'accordo al fine di evitare che esso :“ further undermine the nuclear safeguards system and efforts to prevent the proliferation of technologies that may be used to produce nuclear bomb material; in any way contribute to nuclear proliferation and/or the expansion of India's nuclear arsenal; or otherwise grant India the benefits of civil nuclear trade without holding it to the same standards expected of other states parties of the NPT”ma nessuna discussione è stata svolta in proposito<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Il 2 marzo 2006 il Direttore generale dell'AIEA ElBaradei ha detto che "This agreement is an important step towards satisfying India's growing need for energy, including nuclear technology and fuel, as an engine for development. It would also bring India closer as an important partner in the non-proliferation regime," he said. "It would be a milestone, timely for ongoing efforts to consolidate the non-proliferation regime, combat nuclear terrorism and strengthen nuclear safety." "The agreement would assure India of reliable access to nuclear technology and nuclear fuel. It would also be a step forward towards universalisation of the international safeguards regime". "This agreement would serve the interests of both India and the international community."

<sup>19</sup>V. <http://www.britishhighcommission.gov.uk/servlet/Front?pagename=OpenMarket/Xcelerate/ShowPage&c=Page&cid=1017170902355>

<sup>20</sup> V. <http://www.un.org/NPT2010/SecondSession/NGOPres-Written.pdf> , p. 14.

## **CRONOLOGIA**

**1968** L'India non firma il Trattato di non Proliferazione

**1974** L'India effettua un esperimento nucleare che, a suo dire, ha fini pacifici. Si costituisce il Nuclear Suppliers Group

**1978** Il Congresso statunitense approva il Nuclear Non-Proliferation Act che proibisce il commercio di materiale nucleare con Stati che non sottoscrivono per i propri reattori nucleari accordi globali di salvaguardia.

Gli Stati Uniti interrompono la loro assistenza nucleare all'India.

Il Nuclear Suppliers Group emana le c.d. "Guidelines" di Londra.

**1992** Il Nuclear Suppliers Group emana nuove linee guida per l'esportazione di materiale nucleare INFCIRC/539

**1998** L'India effettua cinque esperimenti nucleari sotterranei a Pokharan nel deserto del Rajasthan. Gli Stati Uniti impongono sanzioni all'India.

**2001** L'amministrazione Bush decide la revoca delle sanzioni stabilite nel 1998

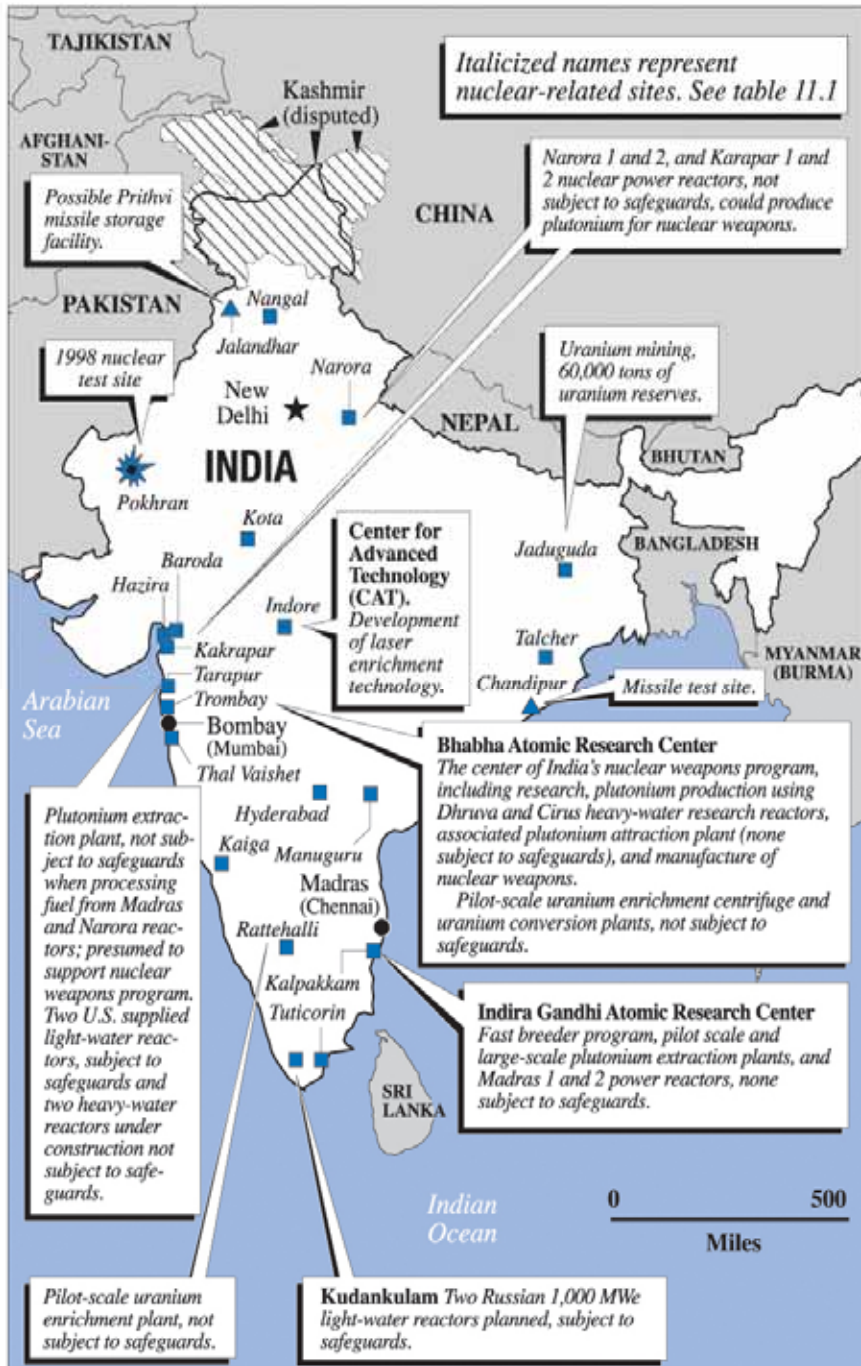
**18 luglio 2005** Il Presidente Bush ed il Primo Ministro Singh annunciano la loro intenzione di cooperare anche nel settore dell'energia nucleare a fini pacifici

**3 marzo 2006** Il Presidente Bush ed il Primo Ministro Singh stabiliscono i criteri per un successivo accordo

**18 dicembre 2006** il Presidente Bush firma la Public Law 109-401 denominata Hyde Act dal nome del deputato repubblicano Henry J Hyde che aveva presentato l' "Act on U.S.-India Peaceful Atomic Energy Cooperation" per permettere la conclusione dell'accordo di cooperazione in materia di energia nucleare pacifica con l'India

**3 agosto 2007** il Dipartimento di Stato pubblica l'accordo 123 concluso con l'India

**21 novembre 2007** iniziano i colloqui del governo indiano con l'AIEA per un accordo di salvaguardia



©Carnegie Endowment for International Peace, *Deadly Arsenals* (2005), www.ProliferationNews.org





**GIURISPRUDENZA –  
CASI PRATICI -  
DOCUMENTAZIONE**

**Valutazione dell'impatto ambientale di taluni progetti – Aeroporto con pista di decollo e di atterraggio superiore ai 2100 metri di lunghezza (Nota alla Sentenza della Corte di Giustizia della Corte Europea, Sez. II, 28 febbraio 2008, Causa c 2/2007)**

di Angela Natale

1. - La domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 TCE, dalla Cour de Cassation belga, riguarda la direttiva del Consiglio 27 giugno 1985, 85/337/CE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati (cd. "direttiva V.I.A.")<sup>1</sup>, nella versione in vigore prima della sua modifica apportata dalla direttiva del Consiglio 3 marzo 1997, 97/11/CE. La questione verte sui lavori eseguiti nell'ex aeroporto militare di Liegi-Bierset (Belgio), che ne avrebbero consentito l'utilizzo per il trasporto aereo delle merci e causato un aumento dei voli notturni. Tale aeroporto dispone già da diverso tempo di una pista di atterraggio di lunghezza nettamente superiore ai 2100 metri. In seguito ad uno studio economico realizzato da un terzo, la Regione vallona ha deciso di svilupparvi un'attività di trasporto aereo di merci funzionante 24 ore su 24.

La Regione vallona e la Société de développement et de promotion de l'aéroport de Liège-Bierset (società di sviluppo e promozione dell'aeroporto di Liegi-Bierset), infatti, hanno concluso convenzioni con imprese di trasporto aereo di merci. In particolare, le convenzioni hanno riguardato la società Cargo Airlines Ltd e la T.N.T. Express Worldwide. In ordine al primo contratto con la società Cargo Airlines Ltd, concluso in data sconosciuta, non sono state fornite ulteriori informazioni alla Corte. La convenzione con la società di corriere espresso T.N.T. stipulata in data 26 febbraio 1996 viene, invece, illustrata dettagliatamente<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Gli «aeroporti», ai sensi della presente direttiva, corrispondono alla terminologia della convenzione di Chicago del 1944 relativa alla creazione dell'organizzazione internazionale dell'aeronautica civile (allegato 14). Ai sensi di tale allegato "un aeroporto è una superficie terrestre o acquatica (compresi gli edifici, le installazioni e gli equipaggiamenti) destinata a essere utilizzata totalmente o parzialmente per l'arrivo e la partenza dei velivoli e per i loro volteggi". L'allegato 14 della convenzione di Chicago sull'aeronautica civile internazionale prevede standard che si applicano all'intero settore della circolazione degli aeromobili in aeroporto, inclusi decollo e atterraggio, vale a dire a piste di decollo e atterraggio, piste di rullaggio e allo spazio aereo di un aeroporto. È parimenti disciplinata la segnaletica che gli aeromobili osservano nell'uso dell'aeroporto.

<sup>2</sup> Tale convenzione prevede, tra l'altro, la piena operatività, in tutta la sua lunghezza, della pista principale, attrezzata con un sistema di atterraggio; l'allargamento della pista parallela a 45 metri per renderla conforme alle norme necessarie per poter manovrare un Airbus 300; la predisposizione di una nuova area di stazionamento; l'ampliamento della vecchia zona di stazionamento in direzione dell'hangar di manutenzione degli aerei; la costruzione di una nuova torre di controllo; l'apertura dell'aeroporto 24 ore su 24, 365 giorni all'anno, avendo a disposizione una fonte di energia elettrica adeguata per le attività di T.N.T. (approssimativamente 2000 ampère), oltre ad una riserva diretta a garantire la fornitura ininterrotta di energia

Fondamentalmente, ci si chiede in presenza di quali condizioni le modifiche dell'infrastruttura di un aeroporto esigano una valutazione dell'impatto ambientale, soprattutto quando in ragione di tali interventi sia previsto un aumento programmato del traffico aereo.

Il procedimento principale si fonda su di un ricorso presentato da taluni residenti nelle adiacenze del suddetto aeroporto di Liegi-Bierset. I residenti nella zona limitrofa all'aeroporto lamentano un elevatissimo inquinamento acustico, soprattutto notturno, e le relative conseguenze sul sonno e sulla salute. Tale inquinamento determina un grado elevato di disturbo non solo in prossimità dell'aeroporto, poiché la zona di influenza può estendersi anche ai cosiddetti "corridoi di sorvolo". Per tale rumore la sorgente principale è rappresentata dai motori dell'aereo, specie durante la fase di atterraggio e di decollo, in particolare durante quest'ultima operazione esso può raggiungere i livelli più elevati di intensità. Le innovazioni in campo tecnologico e la messa al bando degli aerei più datati non risparmia i residenti dei dintorni aeroportuali dai disturbi causati dall'inquinamento acustico<sup>3</sup>.

Alla luce di tanto, i residenti nelle adiacenze dell'aeroporto, chiedono, nell'ambito della responsabilità civile, il risarcimento del danno subito per effetto dell'inquinamento acustico<sup>4</sup>, da essi ritenuto grave, connesso alla ristrutturazione dell'aeroporto.

I detti residenti osservano che la concessione dell'autorizzazione necessaria per l'attuazione dei lavori di cui alla convenzione del 26 febbraio 1996 e per l'esercizio dell'attività non sarebbe stata preceduta da una valutazione dell'impatto ambientale. L'assenza della valutazione dell'impatto ambientale implicherebbe l'illegittimità delle

---

elettrica, circostanza che avrebbe reso necessaria l'autorizzazione a installare due cabine elettriche ad alta tensione di 15 Kv.

<sup>3</sup> Così Danielis R. (1996), *I trasporti e l'ambiente. Aspetti di economia e politica dei trasporti*, Giappichelli Editore, Torino

<sup>4</sup> In materia di inquinamento acustico, giova ricordare che, prima degli anni '70, l'allora CEE si è limitata a trattare la tematica legata all'inquinamento da rumore solo per gli aspetti delle malattie professionali, degli infortuni e delle relative assicurazioni. Solo con la seconda metà degli anni '70 la CEE ha iniziato ad interessarsi anche alle problematiche del rumore in ambienti extralavoro, compresi quelli connessi al trasporto aereo. L'evoluzione del quadro normativo comunitario sull'inquinamento da rumore (aeroportuale) ci porta direttamente a due Direttive del 2002 e ad una proposta di Direttiva dello stesso anno: la *Direttiva 2002/30/CE del 26 marzo 2002* che istituisce norme e procedure per l'introduzione di restrizioni operative ai fini del contenimento del rumore negli aeroporti della Comunità; la *Direttiva 2002/49/CE del 25 giugno 2002* che ha una portata più ampia ed è relativa alla *determinazione e alla gestione del rumore ambientale* (la direttiva in parola è destinata a fornire una base per lo sviluppo di misure comunitarie di contenimento del rumore generato dalle principali sorgenti, in particolare aeromobili, veicoli stradali e su rotaia e relative infrastrutture, attrezzature utilizzate all'aperto, attrezzature industriali e macchinari mobili); la *Proposta modificata di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio presentata il 29 novembre 2002, COM(2002) 683* relativa all'istituzione di una disciplina comunitaria per la classificazione delle emissioni sonore degli aerei subsonici civili ai fini del calcolo delle tasse sul rumore. Va, infine, menzionata la Raccomandazione 2003/613/CE del 6 agosto 2003 concernente le linee guida relative ai metodi di calcolo aggiornati per il rumore dell'attività industriale, degli aeromobili, del traffico veicolare e ferroviario e i relativi dati di rumorosità

licenze necessarie all'attuazione della convenzione e, quindi, l'illegittimità sia delle infrastrutture interessate da tali licenze, sia dell'uso di tali infrastrutture.

La domanda veniva parzialmente accolta dal Tribunal de première Instance di Liegi, mentre veniva poi respinta, in secondo grado, dalla Cour d'appel di Liegi. La Cour d'appel ritiene che la direttiva V.I.A. preveda e definisca la nozione di aeroporto facendo riferimento alla lunghezza della sua pista, senza considerare gli impianti annessi alla pista, quali gli hangar o una torre di controllo<sup>5</sup>. La pista, nel caso *de quo*, non sarebbe stata, peraltro, modificata in maniera significativa. Inoltre, l'allegato I della direttiva si riferirebbe alla «costruzione» di un aeroporto e l'allegato II riguarderebbe la modifica di un progetto previsto all'allegato I, vale a dire la modifica della costruzione.

Con il loro ricorso per cassazione, i residenti nella zona limitrofa all'aeroporto contestano l'interpretazione della nozione di progetto applicata dalla Cour d'appel. L'adita Cour de Cassation belga, ritenendo che la controversia sottoposta sollevi questioni di interpretazione del diritto comunitario, sospende il procedimento rimettendo alla Corte tre questioni pregiudiziali.

## **2. - Alla luce della prima questione, il giudice del rinvio sembra chiedere se una convenzione possa costituire un progetto ai sensi della direttiva V.I.A.**

E' interessante osservare che una convenzione come quella in esame non può essere né equiparata alla realizzazione di lavori di costruzione o di realizzazione di altri impianti od opere, ovvero ad un altro intervento sull'ambiente naturale o sul paesaggio, come assunto dalla definizione di progetto di cui all'art. 1, n. 2, della direttiva V.I.A.<sup>6</sup>, né viene indicata quale progetto negli allegati I e II. Sebbene una convenzione possa avere per oggetto progetti di tale genere, la sua stipula non costituisce, invece, un progetto.

Ci si chiede, tuttavia, se la convenzione possa rappresentare l'autorizzazione di un progetto. In realtà, chiarisce la Corte, sarebbe possibile equiparare una convenzione ad un'autorizzazione allorché il diritto nazionale attribuisse alla prima gli stessi effetti

---

<sup>5</sup> La direttiva 85/337, dopo aver chiarito la nozione di "progetto", "committente" ed "autorizzazione" (art. 2) e l'oggetto della valutazione dell'impatto ambientale (art. 3), all'art. 4 distingue due tipi di progetti: quelli rientranti nell'allegato I che devono obbligatoriamente essere sottoposti a V.I.A. e quelli appartenenti all'allegato II che formano oggetto di una valutazione quando gli Stati membri ritengono che le loro caratteristiche lo richiedano. Tra i progetti di cui all'allegato I, la direttiva in oggetto, menziona al punto 7 la "costruzione di (...) aeroporti con piste di decollo e di atterraggio lunghe almeno 2100 metri" e tra i progetti appartenenti all'allegato II, al punto 10, lett. d), la "costruzione di (...) aeroporti (progetti non contemplati dall'allegato I)" e al punto 12 la "modifica dei progetti che figurano nell'allegato I"

<sup>6</sup> Ai sensi dell'art. 1, n. 2 della direttiva in esame, si intende per progetto "la realizzazione di lavori di costruzione o di altri impianti od opere, altri interventi sull'ambiente naturale o sul paesaggio, compresi quelli destinati allo sfruttamento delle risorse del suolo"

di un'autorizzazione. La convenzione dovrebbe pertanto recare, ai sensi dell'art. 1, n. 2, la decisione dell'autorità competente, o delle autorità competenti, che conferisce ai committenti il diritto di realizzare il progetto. Quanto alla convenzione in oggetto, essa non conferirebbe ancora lo *ius aedificandi*, tanto che i progetti descritti necessiterebbero di ulteriori autorizzazioni amministrative.

Particolarmente interessante è, poi, la puntualizzazione della Corte in ordine ad una procedura di autorizzazioni che si articola in più fasi. Coerentemente con le ragioni di ordine logico-sistematico perseguite dalla direttiva V.I.A., la necessità di ulteriori autorizzazioni non esclude che la valutazione dell'impatto ambientale debba essere effettuata già in una prima fase o, forse, addirittura nella fase iniziale<sup>7</sup>. Come emerge dal primo 'considerando', la direttiva V.I.A. mira, infatti, a far sì che l'autorità competente prenda in considerazione le eventuali ripercussioni sull'ambiente del progetto in questione il prima possibile.

Né l'obiettivo della direttiva in esame può essere aggirato considerando la convenzione come una concatenazione di sottoprogetti. La questione dei singoli progetti viene in rilievo in quanto gli interventi convenuti, di per sé considerati, non raggiungono la soglia che renderebbe necessaria una valutazione dell'impatto ambientale. Ciononostante, i residenti nella zona limitrofa all'aeroporto sostengono che tali misure, complessivamente considerate, presentano un serio impatto pregiudizievole sull'ambiente. In realtà, in ordine a tale punto la Corte ha già avuto modo di chiarire che un approccio che consideri isolatamente più progetti affini o le diverse fasi di uno stesso progetto, senza tenere conto del loro effetto cumulativo, è incompatibile con la direttiva V.I.A.<sup>8</sup>. Ciò corrisponde a quanto disposto dall'art. 5, n. 1, e dall'allegato III, n. 4, che esigono un'esposizione degli effetti cumulativi sull'ambiente. È pur vero che il caso in esame riguarda sottoprogetti distinti, ma è altrettanto vero che la convenzione li raggruppa in un progetto unitario, diretto a consentire l'utilizzo dell'aeroporto di Liegi-Bierset a determinate forme di traffico di merci. Anche laddove non sia possibile ricondurre tali sottoprogetti ad una decisione di autorizzazione unitaria, resta escluso che i singoli sottoprogetti possano essere considerati isolatamente ignorandone gli effetti cumulativi e il loro rilevante impatto ambientale<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Sentenza 4 maggio 2006, causa C-290/03, Barker; Sentenza 7 gennaio 2004, causa C-201/02, Wells

<sup>8</sup> Sentenza 16 settembre 2004, causa C-227/01, Commissione/Spagna

<sup>9</sup> Sentenza 21 settembre 1999, causa C-392/96, Commissione/Irlanda

**3. - Con la seconda questione ci si chiede se la modifica delle infrastrutture di un aeroporto esistente con pista di decollo e atterraggio di almeno 2100 metri possa essere equiparata alla costruzione di un aeroporto ai sensi dell'allegato I, n. 7, della direttiva 85/337/CE e debba essere, pertanto, sottoposta obbligatoriamente a valutazione dell'impatto ambientale, allorché i suoi effetti sull'ambiente siano equiparabili a quelli di una nuova costruzione.** Già in una precedente sentenza<sup>10</sup> la Corte ha dichiarato che il raddoppiamento di una via ferrata già esistente non può ritenersi come una semplice modifica di un progetto precedente ai sensi del punto 12 dell'allegato II della direttiva V.I.A., ma come costruzione di tronchi ferroviari per il traffico a grande distanza, ai sensi dell'allegato I, n. 7. A motivazione di ciò la Corte adduceva le probabili rilevanti ripercussioni sull'ambiente del progetto stesso.

Le misure concernenti un aeroporto esistente possono così essere considerate come equivalenti alla costruzione di un aeroporto solo quando abbiano gli stessi effetti sull'ambiente di una nuova costruzione. A tal proposito vengono in considerazione soprattutto gli interventi che prevedono un notevole allungamento delle piste, a seguito dei quali l'aeroporto può essere utilizzato da tipi di aeromobili aventi effetti marcatamente più pesanti sull'ambiente. Non si può tuttavia escludere, come nel caso che ci occupa, che misure non riguardanti direttamente la lunghezza e l'orientamento delle piste possano aumentare la capacità dell'aeroporto al punto di essere equiparabili ad una nuova costruzione. Soprattutto l'estensione degli orari di volo può avere un pesante impatto sull'ambiente. Infatti, è pur vero che la direttiva in oggetto, nel determinare l'incidenza sull'ambiente di un aeroporto, menziona esclusivamente la lunghezza della pista di decollo e di atterraggio, ma è altrettanto evidente, in base all'esperienza empirica, che anche altri elementi infrastrutturali, quali l'installazione di sistemi elettronici di assistenza al decollo e all'atterraggio, la presenza di impianti di manutenzione degli aeromobili e di zone di stazionamento possono fornire una visione reale del grado di sfruttamento di un aeroporto.

Né risulta calzante la considerazione che le modifiche apportate agli aeroporti già esistenti non ricadrebbero nel campo di applicazione della direttiva V.I.A. Dalla formulazione dell'allegato I, n. 7, e dell'allegato II, n. 12, che menziona la modifica della costruzione di un aeroporto con piste di decollo e atterraggio lunghe almeno 2100 metri, discenderebbe che la direttiva ricomprende solo una modifica verificatasi nel corso del

---

<sup>10</sup> Sentenza Commissione/Spagna (cit. alla nota 8)

processo di costruzione originale. A fronte di una siffatta interpretazione è facile obiettare che i summenzionati obiettivi della direttiva in esame sarebbero totalmente vanificati se la valutazione dei progetti di infrastrutture di trasporto e, segnatamente, degli aeroporti, fosse limitata esclusivamente al processo di costruzione originale. Anche le misure successive alla realizzazione dell'aeroporto possono incidere in modo significativo sull'ambiente. Pertanto, la *ratio* della direttiva V.I.A. impone di considerare il ricorso alla nozione di «costruzione» semplicemente come indizio del fatto che la definizione di progetto ai sensi dell'art. 1, n. 2, comprende la costruzione di impianti o altri interventi sull'ambiente naturale o sul paesaggio, ma non la semplice variazione d'uso degli impianti esistenti. La Corte, dunque, in modo innovativo rispetto al passato, non solo ribadisce che il campo di applicazione della direttiva V.I.A. è vasto e che il suo obiettivo è di portata molto ampia, bensì interpreta estensivamente, per la prima volta, anche la nozione di "modifica di un progetto".

**4. - Con la terza questione, il giudice del rinvio chiede, essenzialmente, se la direttiva V.I.A. imponga che, ai fini della valutazione dell'impatto ambientale, debbano essere considerati anche il traffico aereo di un aeroporto o il suo incremento.** Tale questione è scaturita dall'asserzione secondo cui le modifiche intervenute sull'infrastruttura dell'aeroporto di Liegi-Bierset avrebbero determinato un incremento delle attività dello stesso. Infatti, in virtù della risistemazione programmata della pista principale, dell'installazione di un sistema di atterraggio, dell'allargamento della pista parallela a 45 metri e della costruzione di una nuova torre di controllo, il traffico merci avrebbe fatto registrare un coefficiente di incremento pari a 464 e i voli notturni sarebbero stati possibili solo in ragione di tali interventi.

Il quesito posto dal giudice del rinvio si fonda sulla considerazione che la direttiva V.I.A. non menziona esplicitamente l'incremento delle attività di un aeroporto. Ciò nondimeno, dalle disposizioni della direttiva, emerge chiaramente che tale incremento deve essere preso in considerazione. Ancora una volta la Corte ribadisce il vasto campo di applicazione della direttiva desumendone una ulteriore interpretazione estensiva. Infatti, ai sensi dell'art. 3 della direttiva V.I.A., la valutazione dell'impatto ambientale si estende agli effetti diretti e indiretti di un progetto. Dalle disposizioni afferenti ai dati che il committente è tenuto presentare ai sensi dell'art. 5, n. 1 della direttiva V.I.A., traspare che la nozione di effetti indiretti deve essere intesa estensivamente, includendovi anche gli effetti risultanti dall'esercizio del progetto. La descrizione degli effetti dovrebbe

riguardare gli effetti diretti ed eventualmente gli effetti indiretti, secondari, cumulativi, a breve, medio e lungo termine, permanenti e temporanei, positivi e negativi del progetto. Secondo quanto disposto all'allegato III, n. 1, gli effetti includono, in particolare, il tipo e la quantità dei residui e delle emissioni previsti in conseguenza dell'esercizio del progetto, ossia delle attività da esso implicate.

È pur vero che gli Stati membri possono valutare liberamente se esigere o meno dal committente tali dati, ma è altrettanto evidente che detta discrezionalità non può considerarsi illimitata<sup>11</sup> e che, soprattutto nel caso di un aeroporto, i dati relativi alle operazioni di volo forniscono la misura del suo impatto ambientale. In realtà, sebbene l'unica caratteristica di un aeroporto menzionata dalla direttiva V.I.A. sia la lunghezza della sua pista, va osservato che, ai fini dell'obbligo di valutazione dell'impatto ambientale, l'allungamento della pista non è che un semplice elemento rivelatore circa la sussistenza di importanti effetti sull'ambiente, ma ciò non consente, tuttavia, di trascurare gli altri fattori suscettibili della stessa incidenza.

Alla luce delle suesposte argomentazioni, la terza questione pregiudiziale deve essere risolta nel senso che, ai fini della valutazione dell'impatto ambientale delle modifiche apportate alle infrastrutture di un aeroporto, è necessario tener conto anche del progettato aumento delle attività dell'aeroporto medesimo.

---

<sup>11</sup> Sentenza 19 settembre 2000, causa C-287/98, Linster

**«Direttiva 85/337/CEE - Valutazione dell'impatto ambientale di taluni progetti - Aeroporto con pista di decollo e di atterraggio superiore ai 2100 metri di lunghezza»**

Nel procedimento C-2/07, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dalla Cour de cassation (Belgio) con decisione 14 dicembre 2006, pervenuta in cancelleria il 4 gennaio 2007, nel procedimento tra Paul Abraham e altri Région wallonne, Société de développement et de promotion de l'aéroport de Liège-Bierset, T. N. T. Express Worldwide (Euro Hub) SA, Société nationale des voies aériennes-Belgocontrol, État belge, Cargo Airlines Ltd,

LA CORTE (Seconda Sezione),

composta dal sig. C.W.A. Timmermans, presidente di sezione, dai sigg. L. Bay Larsen, K. Schiemann, P. Kūris e J.-C. Bonichot (relatore), giudici, avvocato generale: sig.ra J. Kokott cancelliere: sig. M.-A. Gaudissart, capo unità vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 18 ottobre 2007, considerate le osservazioni presentate: - per il sig. Abraham e altri, dai sigg. L. Misson, L. Wysen e X. Close, avocats, nonché dalla sig.ra A. Kettels, Rechtsanwältin;

- per il sig. Beaujean e altri, dai sigg. L. Cambier e M. t'Serstevens, avocats;

- per il sig. Dehalleux e altri, dal sig. L. Cambier, avocat;

- per il sig. Descamps e altri, dal sig. A. Lebrun, avocat;

- per la Région wallonne, dal sig. F. Haumont, avocat;

- per la Société de développement et de promotion de l'aéroport de Liège-Bierset, dal sig. P. Ramquet, avocats;

- per la T. N. T. Express Worldwide (Euro Hub) SA, dai sigg. P. Henfling e V. Bertrand, avocats;

- per il governo belga, dalle sig.re A. Hubert e C. Pochet, in qualità di agenti, assistite dal sig. F. Haumont, avocat;

- per il governo ceco, dal sig. T. Boček, in qualità di agente;

- per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. M. Konstantinidis e J.-B. Laignelot, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 29 novembre 2007,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 27 giugno 1985, 85/337/CEE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati (GU L 175, pag. 40; in prosieguo: la «direttiva 85/337»), nella sua versione precedente rispetto a quella risultante dalla direttiva del Consiglio 3 marzo 1997, 97/11/CE, (GU L 73, pag. 5; in prosieguo: la «direttiva 97/11»), segnatamente del punto 7 dell'allegato I e del punto 12 dell'allegato II.

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra numerosi residenti nelle adiacenze dell'aeroporto di Liegi-Bierset (Belgio), da un lato, e la Région wallonne, la Société de développement et de promotion de l'aéroport de Liège-Bierset, la T. N. T. Express Worldwide (Euro Hub) SA (in prosieguo: la «T. N. T. Express Worldwide»), la Société nationale des voies aériennes Belgocontrol, l'État belge e la Cargo Airlines Ltd, dall'altro, in merito all'inquinamento acustico causato dall'installazione, in tale aeroporto, di un centro di trasporto aereo di merci.

Contesto normativo

Normativa comunitaria

3 La direttiva 85/337, applicabile alla controversia in esame nella sua versione originaria, riguarda, secondo il suo art. 1, n. 1, la valutazione dell'impatto ambientale dei progetti pubblici e privati che possono avere un impatto ambientale importante.

4 Ai sensi del n. 2 del medesimo articolo:

«(...) si intende per:

progetto: - la realizzazione di lavori di costruzione o di altri impianti od opere,

- altri interventi sull'ambiente naturale o sul paesaggio, compresi quelli destinati allo sfruttamento delle risorse del suolo;

committente:

Il richiedente dell'autorizzazione relativa ad un progetto privato o la pubblica autorità che prende l'iniziativa relativa a un progetto;

autorizzazione:

decisione dell'autorità competente, o delle autorità competenti, che conferisce al committente il diritto di realizzare il progetto stesso».

5 In forza dell'art. 2, n. 1, della direttiva 85/337, «[g]li [S]tati membri adottano le disposizioni necessarie affinché, prima del rilascio dell'autorizzazione, i progetti per i quali si prevede un impatto ambientale importante, segnatamente per la loro natura, le loro dimensioni o la loro ubicazione, formino oggetto di una valutazione del loro impatto.

Detti progetti sono definiti nell'articolo 4».

6 L'art. 3 descrive l'oggetto della valutazione dell'impatto ambientale:

«La valutazione dell'impatto ambientale individua, descrive e valuta, in modo appropriato, per ciascun caso particolare e conformemente agli articoli da 4 a 11, gli effetti diretti e indiretti di un progetto sui seguenti fattori:

- l'uomo, la fauna e la flora;
- il suolo, l'acqua, l'aria, il clima e il paesaggio;
- l'interazione tra i fattori di cui al primo e secondo trattino;
- i beni materiali ed il patrimonio culturale».

7 L'art. 4 distingue due tipi di progetti.

8 L'art. 4, n. 1, esige che, fatto salvo l'art. 2, n. 3, progetti appartenenti alle classi elencate nell'allegato I formino oggetto di valutazione ai sensi degli artt. 5-10 della medesima direttiva. Tra i progetti di cui all'art. 4, n. 1, della direttiva 85/337, il punto 7 dell'allegato I menziona la «costruzione di (...) aeroporti (2) con piste di decollo e di atterraggio lunghe almeno 2 100 m».

9 La nota a piè di pagina (2), relativa a tale punto 7, precisa che «[g]li "aeroporti" ai sensi della presente direttiva corrispondono alla terminologia della convenzione di Chicago del 1944 relativa alla creazione dell'organizzazione internazionale dell'aeronautica civile (allegato 14)».

10 Per quanto riguarda gli altri tipi di progetti, l'art. 4, n. 2, della direttiva 85/337 prevede quanto segue:

«I progetti appartenenti alle classi elencate nell'allegato II formano oggetto di una valutazione ai sensi degli articoli da 5 a 10 quando gli Stati membri ritengono che le loro caratteristiche lo richiedano.

A tal fine, gli Stati membri possono, tra l'altro, specificare alcuni tipi di progetti da sottoporre ad una valutazione d'impatto o fissare criteri e/o soglie limite per determinare quali dei progetti appartenenti alle classi elencate nell'allegato II debbano formare oggetto di una valutazione ai sensi degli articoli da 5 a 10».

11 Fra tali progetti rientranti nel campo di applicazione dell'art. 4, n. 2, della direttiva, al punto 10, lett. d), dell'allegato II di quest'ultima figura la «[c]ostruzione di (...) aeroporti (progetti non contemplati dall'allegato I)» e il punto 12 del medesimo allegato menziona la «modifica dei progetti che figurano nell'allegato I».

12 Gli artt. 5-9 della direttiva 85/337, ai quali fa riferimento l'art. 4 della stessa direttiva, prevedono sostanzialmente quanto segue: l'art. 5 precisa le informazioni minime che il committente deve fornire, l'art. 6 introduce, in particolare, l'obbligo del committente di informare le autorità e il pubblico, l'art. 8 menziona l'obbligo delle autorità competenti di prendere in considerazione le informazioni raccolte nell'ambito del procedimento di valutazione e l'art. 9 istituisce l'obbligo delle autorità competenti di informare il pubblico della decisione adottata, nonché delle condizioni che eventualmente l'accompagnano.

Normativa nazionale

13 Nella Regione vallona, la valutazione dell'impatto ambientale dei progetti era disciplinata, fino al 1° ottobre 2002, dal decreto 11 settembre 1985 e dal suo decreto di esecuzione 31 ottobre 1991.

14 Tali testi prevedevano che i progetti citati all'allegato I del decreto 11 settembre 1985, che riprende l'elenco dell'allegato I della direttiva 85/337, e all'allegato II del decreto 31 ottobre 1991 fossero soggetti d'ufficio ad uno studio sull'impatto ambientale. Gli altri progetti, per i quali non era disposto d'ufficio tale studio, dovevano solo formare oggetto di una nota di valutazione preliminare dell'impatto ambientale.

15 Conformemente all'allegato I del decreto 11 settembre 1985, la costruzione di aeroporti con pista di decollo e atterraggio superiore ai 2 100 metri di lunghezza è obbligatoriamente soggetta a uno studio di impatto ambientale. Peraltro, in forza dell'allegato II del decreto 31 ottobre 1991, deve formare oggetto di uno studio sull'impatto ambientale anche la costruzione di aeroporti con pista di decollo e atterraggio di 1 200 metri o più, compreso il prolungamento di piste esistenti al di là di quest'ultimo limite, così come le aviosuperfici per volo da diporto.

Causa principale e questioni pregiudiziali

16 I residenti nelle adiacenze dell'aeroporto di Liegi-Bierset lamentano l'inquinamento acustico, spesso notturno, derivante dalla ristrutturazione di tale ex aeroporto militare e dal suo uso, a partire dal 1996, da parte di società di trasporto aereo di merci.

17 Una convenzione firmata il 26 febbraio 1996 tra la Région wallonne, la Société de développement et de promotion de l'aéroport de Liège-Bierset e la T. N. T. Express Worldwide ha previsto un certo numero di lavori di modifica delle infrastrutture di tale aeroporto per consentirne un uso 24 ore su 24 e 365 giorni all'anno. Le piste di decollo e di atterraggio, in particolare, sono state risistemate e allargate. Sono state inoltre costruite una torre di controllo e nuove bretelle di uscita dalle piste, nonché talune zone di stazionamento. La lunghezza della pista di decollo e di atterraggio, di 3 297 metri, è invece rimasta invariata.

18 Sono state rilasciate inoltre autorizzazioni urbanistiche e di gestione dirette a consentire la realizzazione di tali lavori.

19 La controversia pendente dinanzi al giudice nazionale belga attiene al problema della responsabilità: infatti, i ricorrenti nella causa principale hanno chiesto il risarcimento del danno che asseriscono di aver subito a causa dell'inquinamento, da essi ritenuto grave, connesso alla ristrutturazione dell'aeroporto.

20 In tale contesto la Cour de cassation del Belgio è stata adita con ricorso per cassazione avverso una sentenza pronunciata il 29 giugno 2004 dalla cour d'appel de Liège.

21 Ritenendo che la controversia sottoposta sollevasse questioni di interpretazione del diritto comunitario, la Cour de cassation ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

1) Se una convenzione tra poteri pubblici ed un'impresa privata, firmata allo scopo di far stabilire tale impresa sul sito di un aeroporto munito di una pista [di decollo e di atterraggio] di una lunghezza superiore a m 2 100, contenente la descrizione precisa dei lavori di infrastruttura che verranno realizzati relativamente alla risistemazione della pista, senza che la medesima venga allungata, e alla costruzione di una torre di controllo per consentire il volo di aerei di grossa portata 24 ore su 24 e 365 giorni all'anno, e che prevede voli sia notturni sia diurni a partire dallo stabilimento di tale impresa, costituisca un progetto ai sensi della direttiva [85/337], nella versione in vigore prima della sua modifica da parte della direttiva [97/11].

2) Se i lavori di modifica apportati all'infrastruttura di un aeroporto esistente per adattarlo ad un aumento programmato di numero di voli notturni e diurni, senza allungamento della pista [di decollo e di atterraggio], corrispondano alla nozione di progetto, che richiede una valutazione di impatto ambientale ai sensi degli artt. 1, 2 e 4 della direttiva [85/337], nella versione in vigore prima della sua modifica da parte della direttiva [97/11].

3) Se, nonostante il fatto che l'aumento progettato dell'attività di un aeroporto non sia direttamente previsto dagli allegati della direttiva [85/337], lo Stato membro debba tener conto di tale aumento quando esamina l'effetto potenziale sull'ambiente delle modifiche apportate alle infrastrutture di tale aeroporto per accogliere tale incremento di attività».

#### **Sulle questioni pregiudiziali**

##### *Sulla prima questione*

22 Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede se una convenzione come quella di cui trattasi nella causa principale sia un «progetto» ai sensi della direttiva 85/337.

23 Tale questione esige una soluzione negativa. Infatti, dallo stesso tenore letterale dell'art. 1, n. 2, della direttiva 85/337 risulta che il vocabolo «progetto» riguarda lavori o interventi fisici. Una convenzione non può essere quindi considerata un progetto ai sensi della direttiva 85/337, indipendentemente dalla questione del se tale convenzione contenga una descrizione più o meno precisa dei lavori da realizzare.

24 Tuttavia, per fornire una soluzione utile al giudice che le ha sottoposto una questione pregiudiziale, la Corte può essere indotta a prendere in considerazione norme di diritto comunitario alle quali il giudice nazionale non ha fatto riferimento nel formulare la questione (v., in particolare, sentenza 20 marzo 1986, causa 35/85, Tissier, Racc. pag. 1207, punto 9).

25 Nel presente procedimento, occorre indicare al giudice del rinvio che gli spetta determinare, sulla base della normativa nazionale vigente, se una convenzione come quella di cui trattasi nella causa principale contenga un'autorizzazione ai sensi dell'art. 1, n. 2, della direttiva 85/337, cioè una decisione dell'autorità competente che faccia sorgere per il committente il diritto di realizzare il progetto in questione (v., in tal senso, sentenza 18 giugno 1998, causa C-81/96, Gedeputeerde Staten van Noord-Holland, Racc. pag. I-3923, punto 20). Ciò si verificherebbe qualora, in applicazione del diritto nazionale, tale decisione potesse essere considerata una decisione della o delle autorità competenti che conferisce al committente il diritto di realizzare lavori di costruzione o di altre installazioni od opere, ovvero di intervenire sull'ambiente naturale o sul paesaggio.

26 Del resto, qualora il diritto nazionale preveda che la procedura di autorizzazione si articoli in più fasi, la valutazione dell'impatto ambientale di un progetto dev'essere effettuata, in linea di principio, non appena sia possibile individuare e valutare tutti gli effetti che il progetto può avere sull'ambiente (v. sentenza 7 gennaio 2004, causa C-201/02, Wells, Racc. pag. I-723, punto 53). Pertanto, qualora una di tali fasi sia una decisione principale e l'altra una decisione di attuazione che deve rispettare i parametri stabiliti dalla prima, gli effetti che il progetto può avere sull'ambiente devono essere individuati e valutati nella procedura relativa alla decisione principale. Solo qualora i detti effetti fossero individuabili unicamente nella procedura relativa alla decisione di attuazione, la valutazione dovrebbe essere effettuata durante tale ultima procedura (sentenza Wells, cit., punto 52).

27 Occorre infine rammentare al giudice del rinvio che l'obiettivo della normativa non può essere aggirato tramite un frazionamento dei progetti e che la mancata presa in considerazione del loro effetto cumulativo non deve avere il risultato pratico di sottrarli nel loro insieme all'obbligo di valutazione mentre, presi insieme, essi possono avere un notevole impatto ambientale ai sensi dell'art. 2, n. 1, della direttiva 85/337 (v., in tal senso, sentenza 21 settembre 1999, causa C-392/96, Commissione/Irlanda, Racc. pag. I-5901, punto 76).

28 Occorre quindi risolvere la prima questione dichiarando che, sebbene una convenzione come quella di cui trattasi nella causa principale non sia un progetto ai sensi della direttiva 85/337, spetta al giudice del rinvio determinare, sulla base della normativa nazionale applicabile, se una siffatta convenzione contenga un'autorizzazione ai sensi dell'art. 1, n. 2, della direttiva 85/337. In tale contesto, occorre esaminare se detta autorizzazione si inserisca in una procedura in più fasi che comporta una decisione principale, nonché decisioni di esecuzione, e se occorra tener conto dell'effetto cumulativo di più progetti il cui impatto ambientale dev'essere valutato complessivamente.

*Sulla seconda questione*

29 Con la seconda questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se i lavori relativi all'infrastruttura di un aeroporto già costruito e la cui pista di decollo e di atterraggio è già superiore ai 2 100 metri di lunghezza rientrino nel campo di applicazione delle disposizioni del punto 12 dell'allegato II, in combinato disposto con quelle del punto 7 dell'allegato I della direttiva 85/337, nella sua versione originaria.

30 Conformemente al punto 12 dell'allegato II nella sua versione precedente rispetto a quella risultante dalla direttiva 97/11, costituisce un progetto ex art. 4, n. 2, la «modifica dei progetti che figurano nell'allegato I». Il punto 7 di detto allegato I menziona dal canto suo la «costruzione di (...) aeroporti (...) con piste di decollo e di atterraggio lunghe almeno 2 100 m».

31 La Société de développement et de promotion de l'aéroport de Liège-Bierset, la T. N. T. Express Worldwide e il Regno del Belgio sostengono che da tale redazione risulta necessariamente che sono prese in considerazione le sole modifiche apportate alla «costruzione» di un aeroporto la cui pista di decollo e di atterraggio sia di almeno 2 100 metri di lunghezza, e non le modifiche apportate ad un aeroporto esistente.

32 Tuttavia, la Corte ha più volte rilevato che il campo di applicazione della direttiva 85/337 è vasto e il suo obiettivo di portata molto ampia (v., in tal senso, sentenze 24 ottobre 1996, causa C-72/95, Kraaijeveld e a., Racc. pag. I-5403, punto 31, e 16 settembre 1999, causa C-435/97, WWF e a., Racc. pag. I-5613, punto 40). A tal riguardo, sarebbe contrario allo stesso obiettivo della direttiva 85/337 sottrarre al campo di applicazione del suo allegato II lavori di miglioramento o di ampliamento dell'infrastruttura di un aeroporto già costruito perché l'allegato I della direttiva 85/337 menziona la «costruzione di aeroporti» e non gli «aeroporti» in quanto tali. Una siffatta interpretazione consentirebbe infatti di sottrarre agli obblighi derivanti dalla direttiva 85/337 tutti i lavori di modifica apportati a un aeroporto preesistente, indipendentemente dall'entità di tali lavori, e priverebbe di qualsiasi portata, su tale punto, l'allegato II della direttiva 85/337.

33 Di conseguenza, le disposizioni del punto 12 dell'allegato II, in combinato disposto con quelle del punto 7 dell'allegato I, devono essere intese nel senso che riguardano anche i lavori di modifica apportati a un aeroporto già costruito.

34 Tale interpretazione non è affatto rimessa in discussione dalla circostanza che la direttiva 97/11 ha sostituito il punto 12 dell'allegato II della direttiva 85/337 con un nuovo punto 13, che designa espressamente come progetto ex art. 4, n. 2, della direttiva 85/337, come modificata dalla direttiva 97/11, «modifiche o estensioni di progetti di cui all'allegato I o all'allegato II già autorizzati, realizzati o in fase di realizzazione (...)», mentre il punto 12 dell'allegato II si limitava a menzionare la «modifica dei progetti che figurano nell'allegato I». Infatti, la nuova redazione adottata dalla direttiva 97/11, il cui quarto 'considerando' sottolinea l'esperienza maturata nella valutazione dell'impatto ambientale e insiste sulla necessità di introdurre disposizioni intese a chiarire, completare e migliorare le regole relative alla procedura di valutazione, non fa che esprimere con maggiore chiarezza la portata che occorre riconoscere alla direttiva 85/337 nella sua redazione originaria. Dall'intervento del legislatore comunitario non può quindi essere desunta un'interpretazione a contrario della direttiva nella sua versione originaria.

35 Inoltre, la circostanza che i lavori di cui trattasi nella causa principale non riguardano la lunghezza della pista di decollo e di atterraggio non incide sul problema di sapere se tali lavori rientrano nel campo di applicazione del punto 12 dell'allegato II della direttiva 85/337. Infatti, il punto 7 dell'allegato I della direttiva 85/337 ha cura di precisare la nozione di «aeroporto» rinviando alla definizione contenuta all'allegato 14 della convenzione di Chicago 7 dicembre 1944, relativa all'aviazione civile internazionale. Ai sensi di tale allegato, «[u]n aeroporto è una superficie terrestre o acquatica (compresi gli edifici, le installazioni e gli equipaggiamenti) destinata a essere utilizzata totalmente o parzialmente per l'arrivo e la partenza dei velivoli e per i loro volteggi» [traduzione libera].

36 Ne discende che tutti i lavori relativi agli edifici, alle installazioni e agli equipaggiamenti di un aeroporto devono essere considerati lavori relativi all'aeroporto in quanto tale. Per l'applicazione del punto 12 dell'allegato II, in combinato disposto con il punto 7 dell'allegato I della direttiva 85/337, ciò significa che i lavori di modifica di un aeroporto la cui pista di decollo e atterraggio è di almeno 2 100 metri di lunghezza non sono quindi rappresentati solo dai lavori aventi eventualmente per oggetto il prolungamento della pista, ma da tutti i lavori relativi agli edifici, alle installazioni o agli equipaggiamenti di tale aeroporto, qualora possano essere considerati, segnatamente alla luce della loro natura, della loro entità e delle loro caratteristiche, una modifica dell'aeroporto stesso. Lo stesso vale, in particolare, per i lavori destinati ad aumentare significativamente l'attività dell'aeroporto ed il traffico aereo.

37 Occorre poi ricordare al giudice del rinvio che, se è vero che l'art. 4, n. 2, secondo comma, della direttiva 85/332 conferisce agli Stati membri un margine di discrezionalità per specificare taluni tipi di progetti da sottoporre a valutazione d'impatto o per fissare criteri e/o soglie limite da adottare, il detto margine trova però i suoi limiti nell'obbligo, enunciato all'art. 2, n. 1, di tale direttiva, di sottoporre ad una valutazione d'impatto i progetti per i quali si prevede un impatto ambientale importante, segnatamente per la loro natura, le loro dimensioni e la loro ubicazione (sentenza Kraaijeveld e a., cit., punto 50).

38 Pertanto, uno Stato membro che fissasse criteri e/o soglie limite tenendo conto delle sole dimensioni dei progetti, senza prendere in considerazione anche la loro natura e la loro ubicazione, supererebbe il margine discrezionale di cui dispone ai sensi degli artt. 2, n. 1, e 4, n. 2, della direttiva 85/337.

39 Spetta al giudice del rinvio assicurarsi che le autorità competenti abbiano correttamente valutato se i lavori di cui trattasi nella causa principale dovessero essere sottoposti ad uno studio d'impatto ambientale.

40 Di conseguenza, la seconda questione dev'essere risolta dichiarando che le disposizioni del punto 12 dell'allegato II, in combinato disposto con quelle del punto 7 dell'allegato I della direttiva 85/337, nella loro versione originaria, riguardano anche i lavori di modifica apportati all'infrastruttura di un aeroporto esistente senza prolungamento della pista di decollo e di atterraggio, qualora essi possano essere considerati, segnatamente alla luce della loro natura, della loro entità e delle loro caratteristiche, una modifica dell'aeroporto stesso. Lo stesso vale, in particolare, per i lavori destinati ad aumentare significativamente l'attività dell'aeroporto ed il traffico aereo. Spetta al giudice del rinvio assicurarsi che le autorità competenti abbiano correttamente valutato se i lavori di cui trattasi nella causa principale dovessero essere sottoposti ad una valutazione del loro impatto ambientale.

*Sulla terza questione*

41 Con la terza questione, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se le autorità competenti abbiano l'obbligo di prendere in considerazione il progettato aumento dell'attività di un aeroporto per determinare se un progetto di cui al punto 12 dell'allegato II della direttiva 85/337 debba essere sottoposto ad una valutazione del suo impatto ambientale.

42 Come già affermato al punto 32 della presente sentenza, la Corte ha più volte rilevato che il campo di applicazione della direttiva 85/337 è vasto e il suo obiettivo di portata molta ampia. Inoltre, se è vero che l'art. 4, n. 2, secondo comma, della direttiva conferisce agli Stati membri un margine di discrezionalità per specificare taluni tipi di progetti da sottoporre a valutazione d'impatto o per fissare criteri e/o soglie limite da adottare, il detto margine trova però i suoi limiti nell'obbligo, enunciato all'art. 2, n. 1, di sottoporre ad una valutazione d'impatto i progetti per i quali si prevede un impatto ambientale importante, segnatamente per la loro natura, le loro dimensioni e la loro ubicazione. A tal riguardo, la direttiva 85/337 fa riferimento ad una valutazione globale dell'impatto ambientale dei progetti o della loro modifica.

43 Sarebbe riduttivo e contrario a tale approccio prendere in considerazione, per la valutazione d'impatto ambientale di un progetto o della sua modifica, solo gli effetti diretti degli stessi lavori previsti, senza tener conto dell'impatto ambientale che può essere provocato dall'uso e dallo sfruttamento delle opere derivanti da tali lavori.

44 Del resto, la stessa elencazione fatta all'art. 3 della direttiva 85/337 degli elementi da prendere in considerazione, come gli effetti di un progetto, segnatamente, sull'uomo, sulla fauna e sulla flora, sul suolo, sull'acqua, sull'aria o sul patrimonio culturale, dimostra che l'impatto ambientale che la direttiva 85/337 mira a consentire di valutare non è solo quello dei lavori previsti, ma anche e soprattutto quello del progetto da realizzare.

45 La Corte ha così considerato, per quanto riguarda un progetto di raddoppio di una linea ferroviaria esistente, che un progetto di questo tipo può avere un notevole impatto ambientale ai sensi della direttiva 85/337, posto che può avere, in particolare, un impatto sonoro significativo (sentenza 16 settembre 2004, causa C-227/01, Commissione/Spagna, Racc. pag. I-8253, punto 49). Orbene, nella causa all'origine di tale sentenza, l'impatto sonoro significativo non era quello provocato dai lavori di raddoppio della linea ferroviaria, bensì quello provocato dal prevedibile aumento della frequenza del traffico ferroviario, aumento consentito proprio da tali lavori di raddoppio della linea ferroviaria. Lo stesso deve valere per quanto riguarda un progetto, come quello di cui trattasi nella controversia principale, avente per oggetto di consentire un aumento dell'attività di un aeroporto e, di conseguenza, dell'intensità del traffico aereo.

46 Occorre pertanto risolvere la terza questione dichiarando che le autorità competenti devono tener conto del progettato aumento dell'attività di un aeroporto in sede di esame dell'effetto sull'ambiente delle modifiche apportate alle sue infrastrutture al fine di consentire tale aumento di attività.

**Sulle spese**

47 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

1) Sebbene una convenzione come quella di cui trattasi nella causa principale non sia un progetto ai sensi della direttiva del Consiglio 27 giugno 1985, 85/337/CEE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, spetta al giudice del rinvio determinare, sulla base della normativa nazionale applicabile, se una siffatta convenzione contenga un'autorizzazione ai sensi dell'art. 1, n. 2, della direttiva 85/337. In tale contesto, occorre esaminare se detta autorizzazione si inserisca in una procedura in più fasi che comporta una decisione principale, nonché decisioni di esecuzione, e se occorra tener conto dell'effetto cumulativo di più progetti il cui impatto ambientale dev'essere valutato complessivamente.

2) Le disposizioni del punto 12 dell'allegato II, in combinato disposto con quelle del punto 7 dell'allegato I della direttiva 85/337, nella loro versione originaria, riguardano anche i lavori di modifica apportati all'infrastruttura di un aeroporto esistente senza prolungamento della pista di decollo e di atterraggio, qualora essi possano essere considerati, segnatamente alla luce della loro natura, della loro entità e delle loro caratteristiche, una modifica dell'aeroporto stesso. Lo stesso vale, in particolare, per i lavori destinati ad aumentare significativamente l'attività dell'aeroporto ed il traffico aereo. Spetta al giudice del rinvio assicurarsi

che le autorità competenti abbiano correttamente valutato se i lavori di cui trattasi nella causa principale dovessero essere sottoposti ad una valutazione del loro impatto ambientale.

3) Le autorità competenti devono tener conto del progettato aumento dell'attività di un aeroporto in sede di esame dell'effetto sull'ambiente delle modifiche apportate alle sue infrastrutture al fine di consentire tale aumento di attività.

Firme

\*   Lingua processuale: il francese.

**Zone sottoposte a vincolo ambientale – Abusi edilizi e condono. (Nota alla decisione n.310 del 6/2/2008 del Consiglio di Stato**

di Tiziana Russo

Con la decisione n. 310/2008, il Consiglio di Stato ritorna nuovamente a pronunciarsi sulla questione relativa agli abusi edilizi in aree sottoposte a vincolo ambientale. La decisione de quo offre lo spunto per un approfondimento sulla tematica del condono edilizio relativamente ai beni insistenti sulle aree sottoposte a vincolo paesaggistico, con uno sguardo attento anche all'interpretazione giurisprudenziale in tema di condono sulle aree vincolate.

All'indomani dell'approvazione del D.L.n. 269/2003 (conv. in L. n. 326/2003), si sono posti in dottrina ed in giurisprudenza, una serie di incertezze interpretative in ordine all'ambito applicativo della disciplina del condono, relativamente ai beni sottoposti a vincolo paesaggistico-ambientale.

Chiamata immediatamente a pronunciarsi sul tema, la Cassazione ha espresso due indirizzi differenti generando, così, non pochi dubbi interpretativi.

Secondo un primo orientamento meno radicale<sup>1</sup>, nelle zone sottoposte a vincolo paesaggistico sarebbero suscettibili di sanatoria, ai sensi dell'art. 32, comma 27, lett. d), della L. n. 326, le opere edilizie (di qualunque tipologia) conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici, previo rilascio del parere favorevole delle amministrazioni preposte alla tutela del vincolo stesso.

Un indirizzo senz'altro più rigoroso, invece, ben presto prevalso nella giurisprudenza del Supremo Collegio, peraltro non esente da critiche in dottrina, ritiene, ex converso, che nelle zone vincolate possano essere condonate, secondo quanto previsto dalla medesima disposizione, soltanto gli abusi c.d. "minori" (vale a dire quelli che abbiano ad oggetto attività di restauro, risanamento conservativo e manutenzione straordinaria) per i quali sarebbe in ogni caso richiesta la conformità agli strumenti urbanistici<sup>2</sup>.

Come si può notare, questo secondo indirizzo, peraltro ribadito nuovamente con la sentenza della Suprema Corte del 15 febbraio del 2007, n. 6431, si fonda essenzialmente sulla formulazione testuale dell'art. 32 comma 26 della legge 326 del

---

<sup>1</sup> *Cass.*, 13 Novembre 2003, n. 3350; *Cass.* 15 Luglio 2004, n. 35984

<sup>2</sup> *Cass.*, 12 Gennaio 2005, n. 12577; *Cass.*, 3 Ottobre 2006, n. 38113

2003, la quale espressamente ammetterebbe la possibilità di condono solo per gli abusi "minori", nonché sulla ratio legis desumibile dal D.L. 269/2003 (poi convertito nella legge n. 326) inequivocabilmente diretta ad escludere la possibilità di sanare gli abusi maggiori nelle zone sottoposte a vincolo.

Entrambe le disposizioni, però, non appaiono del tutto convincenti.

Partendo da un'interpretazione testuale dell'art 32 comma 26 della L. n. 326/2003, sarebbero suscettibili di sanatoria edilizia le tipologie di illecito contenute nei numeri da 1 a 3, ossia quelli riferibili all'intero territorio nazionale, nonché quelle rientranti nei numeri da 4 a 6, nelle aree non soggette a vincoli paesaggistici, in attuazione di legge regionale, da emanarsi entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto in questione, con la quale è determinata la possibilità, le condizioni e le modalità circa l'ammissibilità di una sanatoria di tali tipologie di abuso edilizio.

Letto in questi termini, l'orientamento della Corte dovrebbe far ritenere che, poiché il legislatore ha espressamente richiamato, con riferimento alle zone sottoposte a vincolo ambientale, i soli interventi edilizi di cui ai numeri 4 a 6, sarebbero sanabili, dunque, le tipologie di abuso da 1 a 3 riferibili all'intero territorio nazionale fatta eccezione, però, di quelle insistenti su monumenti nazionali e beni culturali di particolare rilevanza, nonché sugli immobili soggetti ai vincoli di cui all'art. 32 L.47/85.

Vale la pena di ricordare che l'art. 32 della legge citata, come modificato dall'art.32 della L. 326/2003, dispone circa la generale sanabilità delle aree vincolate, con il solo, ovvio, limite che vi sia l'assenso preventivo dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo. Si dirà di più, la L. del 1985 ritiene che in relazione ad alcune tipologie di opere realizzate in violazione di altezze, distanze, cubatura e superficie, coperta da misura non inferiore al 2%, non sarebbero sottoposte nemmeno al parere preventivo dell'Autorità competente.

L'interpretazione suddetta appare senz'altro incoerente e non coordinabile se confrontata con la disposizione di cui all'art. 27 della L. 326/2003, per la quale le opere abusive non sono comunque suscettibili di sanatoria qualora ricadano su immobili soggetti a vincolo ambientale imposti sulla base di leggi statali e regionali, nonché parchi e aree protette nazionali, qualora emerga l'assenza o la difformità del titolo abilitativo e la mancanza di conformità alle prescrizioni e alle norme urbanistiche.

Da quanto emerge appare opportuna una diversa interpretazione del comma 26 nell'ottica del Legislatore, il quale ha inteso suscettibili di sanatoria le tipologie da 1 a 3, sull'intero territorio nazionale, fatta eccezione per i soli beni culturali di particolare

rilevanza nonché i monumenti nazionali, mentre per i beni rientranti nelle tipologie da 4 a 6 realizzati su immobili sottoposti a vincolo di inedificabilità relativa, spetterebbe alle Regioni la scelta se sottoporre a sanatoria le tipologie minori sulle aree non soggette a vincoli di cui all'art. 32 della L.n. 47 del 1985<sup>3</sup>.

La disposizione in esame determina, quindi, l'intenzione chiara del Legislatore nazionale di operare una distinzione tra la competenza statale, alla quale è riservata la disciplina sugli abusi maggiori, rispetto, invece, alla competenza regionale, prevista per i soli abusi minori realizzati su aree non soggette a vincoli ambientali.

In definitiva, come emerge dalla lettura della disposizione in esame, alle Regioni sarebbe consentito un ambito d'intervento eccessivamente limitato, il quale si concretizzerebbe nella possibilità di consentire con proprie leggi la sanatoria degli abusi edilizi di minore gravità (come restauro, manutenzione straordinaria ecc. ecc.), mentre non vi sarebbe alcun margine d'intervento delle autonomie regionali rispetto agli abusi più gravi, i quali restano riservati alle competenze della legislazione nazionale.

Alla luce di una più corretta interpretazione del comma 26, è importante menzionare la nota sentenza della Corte Costituzionale n. 196/ 2004 nella quale si dichiara l'incostituzionalità dello stesso comma, nella parte in cui esclude espressamente la possibilità che le Regioni possano esercitare la propria competenza anche in riferimento agli abusi di maggiore gravità, situati in ogni ambito del territorio nazionale. Con riferimento all'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale si evince che, la volontà del Legislatore nazionale è stata quella di attrarre nella sfera di competenza regionale anche la sanatoria degli abusi di maggiore gravità, fatta eccezione per quelli commessi su beni di interesse collettivo e quelli che hanno ad oggetto monumenti di patrimonio nazionale, nonché quelli minori di maggiore gravità rientranti nella prescrizione dell'art. 32 L. 47/1985<sup>4</sup>.

Con la pronuncia del 2004 la Corte, se da una parte salva il condono edilizio statale, giustificando costituzionalmente il potere dello stato dell'introduzione della nuova sanatoria statale straordinaria, dall'altra, però, assegna alle Regioni un ruolo altrettanto positivo, riconoscendole ampi poteri di intervento in materia legislativa.

Come si avrà modo di notare, con la sentenza del 2004 la Corte coglie l'occasione per affrontare una delle tematiche più delicate come quella del riparto di competenze tra

---

<sup>3</sup> *Cfr. Carlin, Il nuovo condono edilizio, Milano, 2004*

<sup>4</sup> *Cfr. Malinconico, I beni ambientali, Padova, 1991, p. 31.*

Stato e Regioni, la quale risulta argomentata in perfetta sintonia con le disposizioni che di lì a poco saranno previste dalla riforma del Titolo V della Costituzione.

A ben vedere la stessa Corte finisce per affermare ciò che il Legislatore nazionale aveva cercato di escludere, vale a dire che, con l'introduzione del condono statale, le Regioni avrebbero potuto legiferare con proprie leggi su di esso nell'ambito della disciplina di dettaglio ad esse riservata, limitandone la portata.

Appare del tutto evidente che, se è vero che la Corte Costituzionale riconosce la facoltà per lo Stato di un nuovo condono edilizio, è altrettanto innegabile il potere per le Regioni, ove lo ritengano opportuno, di fissare con propria legge, nel termine indicato dallo Stato, limiti diversi o individuazioni di diverse tipologie di abuso edilizio condonabili.

Da ciò ne deriva che, se il pensiero della Corte vada interpretato tale da ritenere che la legislazione regionale in materia del governo del territorio includa anche la materia edilizia, e dal momento che nell'ambito di quest'ultima lo Stato ha la facoltà di dettare i principi fondamentali, potendo quindi introdurre il condono, allo stesso tempo alle Regioni viene garantita la possibilità di ampi spazi di intervento nell'ambito della disciplina amministrativa dello stesso condono, con l'unica ovvia limitazione del rispetto dei limiti temporali e termini, fissati dalla legislazione statale.

E' a mio avviso doveroso riconoscere che, alla luce della sentenza della Corte, in una materia così delicata come quella della sanatoria edilizia la quale si riflette sul complicato equilibrio nei rapporti tra Stato e Regioni, non si può certo negare come la Corte abbia cercato di affrontare la tematica operando un bilanciamento tra la legislazione statale e il riconoscimento di forti poteri di intervento regionali, dal momento che il condono ha senz'altro un impatto decisivo sul governo del territorio.

La tematica dell'ammissibilità del condono edilizio in zone sottoposte a vincolo ambientale è stata oggetto anche di una recente pronuncia del Consiglio di Stato che, con la Decisione n.310 del Febbraio 2008, ritorna ad occuparsi delle innumerevoli questioni relative agli abusi edilizi.

La sentenza in questione ha ad oggetto uno dei tanti abusi edilizi realizzati lungo il litorale di Ravenna, per il quale già in precedenza si era pronunciato il Tribunale Amministrativo Regionale, il quale dichiarava inammissibile per mancata tempestiva impugnazione del condono edilizio, il ricorso promosso da un cittadino per ottenere l'annullamento dell'ordinanza sindacale con la quale si richiedeva la demolizione di un capanno turistico situato nel Comune di Ravenna.

Il ricorrente precisava che il capanno in questione era stato costruito in aperta campagna, ben distante dal centro urbano della città, facendo presente altresì che l'opera non costituiva una costruzione isolata ma costituiva già parte di un vero e proprio insediamento di capanni realizzati nella stessa zona.

Si precisava inoltre nel ricorso avanzato dal ricorrente che l'istanza di condono presentata era giustificata più da ragioni di speditezza e di celerità con il Comune che da requisito essenziale per il rilascio dello stesso, poiché in relazione alla normativa vigente all'epoca della realizzazione, l'opera non prevedeva nessun titolo abilitante.

Il ricorrente ammetteva di non aver impugnato il c.d. "atto di ripulsa", ossia il provvedimento negativo pronunciato dall'autorità competente, tuttavia egli era convinto che il provvedimento di demolizione e di riduzione in pristino pronunciato dopo anni dalla realizzazione dell'opera abusiva, non avesse ad oggetto solo il diniego della sanatoria ma sarebbe anche autonomamente motivato cosicché, indipendentemente dalla decadenza dei termini per l'impugnazione del provvedimento negativo, sarebbe autonomamente impugnabile.

A seguito della pronuncia del Tribunale Amministrativo Regionale, lo stesso ricorrente, riproponendo le stesse censure dedotte in primo grado, si rivolgeva al Consiglio di Stato, promuovendo un appello.

Come ha avuto modo di osservare il Collegio, la questione promossa dal ricorrente costituisce un caso per nulla sporadico, essendo molto simile a precedenti ordinanze di cui lo stesso Consiglio è stato chiamato a pronunciarsi, riguardanti casi di demolizione e di riduzione in pristino di manufatti denominati "capanni", situati in aree demaniali, soggetti a vincolo paesaggistico-ambientale del Comune di Ravenna per i quali era stato già negato il condono edilizio con provvedimento, quest'ultimo non impugnato o impugnato frettolosamente.

Nel caso de quo, il manufatto in questione non rientra nella tipologia dei "capanni" situati, ad esempio, nelle zone balneari, realizzati prettamente durante la stagione estiva e caratterizzati dalla loro precarietà, essendo autorizzati solo per la stagione estiva e rimossi alla fine di essa.

Il Consiglio di Stato, con la recente pronuncia, ribadisce nuovamente quali siano gli elementi essenziali per la richiesta di condono, vale a dire la necessità che essa sia promossa ad istanza di parte e che sia sempre accompagnata da una dichiarazione sostitutiva di atto notorio relativo all'abuso che si intende sanare e alla collocazione temporale.

Con riferimento all'atto di ripulsa, il Consiglio evidenzia come quest'ultimo trovi la sua ragione giustificatrice in relazione a due considerazioni, le quali hanno, entrambe, come logica conseguenza il diniego del condono edilizio. La prima osservazione da tener presente è relativa all'opera realizzata, la quale come si è detto, insiste su una zona sottoposta a vincolo paesaggistico- ambientale, inoltre, non meno importante è la considerazione relativa al parere negativo espresso dalla commissione edilizia in riferimento ai materiali impiegati, in violazione delle norme del regolamento edilizio adottato.

Per tutte queste ragioni, appare senz'altro condivisibile l'orientamento della sentenza appellata in virtù del carattere abusivo dell'opera realizzata per mancanza di un titolo abilitante all'epoca della realizzazione.

**BIBLIOGRAFIA :**

Manuali consultati:

Alibrandi, T- Ferri, P, I beni culturali e ambientali, Giuffrè, Milano 2001.

Amorosino, F- Beni paesaggistici e ambientali in La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali.

Carlin, Il nuovo condono edilizio, Milano 2004.

Malinconico, I beni ambientali, Padova, 1991.

Mansi, A, La tutela dei beni culturali e del paesaggio, 3 ed., Cedam, Padova 2004.

Santoloci, M – Benedetto, G – Edilizia, vincoli paesaggistici ed altri illeciti territoriali: tecnica di controllo ambientale, 3. Ed. 2004.

Torsello, M. L.- Il codice dei beni culturali e del paesaggio, I commento, 2003.

**SITI WEB CONSULTATI:**

[www.dirittoambiente.com](http://www.dirittoambiente.com)

[www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)

[www.innovazionediritto.unina.it](http://www.innovazionediritto.unina.it)

[www.legambiente.it](http://www.legambiente.it)

Considerato in fatto:

1. L'appello ha ad oggetto la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale, meglio specificata in epigrafe, con la quale è stato dichiarato inammissibile (per mancata, tempestiva impugnazione del diniego di condono edilizio) il ricorso proposto in primo grado dall'attuale appellante per l'annullamento dell'ordinanza sindacale del 28 settembre 1994 n. 673/94 prot. n. 22372/86, portante ingiunzione a demolire un capanno turistico realizzato in Comune di Ravenna, in prossimità della foce del Fiume Bevano e, con essa, gli atti presupposti con particolare riferimento al regolamento edilizio del Comune di Ravenna, approvato nel 1930. L'appellante – precisato che il capanno in questione si trova in aperta campagna, in zona litoranea a diversi chilometri dal centro urbano ravennate e da qualsiasi altra frazione, in area demaniale – dà sostanzialmente atto che l'opera non costituisce realizzazione isolata, ma appartiene, piuttosto ad un vero e proprio insediamento di capanni, siti nella medesima zona; non mette in discussione di avere presentato a suo tempo istanza di condono sulla base della legge n. 47 del 1985, ma, a suo dire, soltanto per risolvere con maggiore speditezza ogni controversia con il Comune, poiché in base alla normativa esistente al tempo della realizzazione, l'opera non richiedeva alcun titolo abilitante; ammette anche di non avere a suo tempo impugnato il provvedimento negativo (c.d. "atto di ripulsa"), tuttavia, sostiene che il provvedimento di demolizione e riduzione in pristino, emesso dopo anni dalla realizzazione abusiva, non si baserebbe esclusivamente sul diniego di sanatoria, ma sarebbe anche autonomamente motivato, cosicché, indipendentemente dalla presunta decadenza dalla impugnazione del provvedimento negativo (ininfluente nel presente giudizio, in quanto inidoneo a modificare la preesistente legittimità dell'intervento), sarebbe autonomamente impugnabile, e sarebbe viziato ed annullabile sulla base dei motivi di impugnazione dedotti in primo grado, che vengono riproposti, dopo una serie di censure direttamente rivolte avverso il procedimento logico-giuridico che è alla base della sentenza appellata.

2. Si è costituito il Comune resistendo all'appello e la causa, chiamata alla pubblica udienza del 2 ottobre 2007, è stata trattenuta in decisione.

Ritenuto e considerato in diritto:

1 L'appello è manifestamente infondato.

E' pacificamente inammissibile l'impugnazione giurisdizionale di un provvedimento amministrativo che rimetta in discussione la legittimità del provvedimento definitivo presupposto, divenuto inoppugnabile.

Ciò è quanto verificatosi nel caso in esame, in cui la parte interessata, surrettiziamente sostenendo l'inutilità del diniego di condono, perché richiesto in assenza di abuso, tenta di superarne, in tal modo, l'inoppugnabilità e di rimettere in discussione innanzitutto la necessità del nulla osta o della licenza comunale all'atto della realizzazione del manufatto di cui è stata ordinata la demolizione come consequenziale e dovuta misura, e subordinatamente la legittimità del regolamento edilizio violato, nonché del parere che ha ritenuto l'incompatibilità dell'opera gravante su area protetta ex art. 32 della L. n. 47 del 1985, ovvero le ragioni ostative alla richiesta sanatoria, insite o espresse nel provvedimento negativo.

2. La questione all'esame della Sezione è analoga ad altre sollevate con separati ricorsi di primo grado e distinti appelli, riguardanti altrettante ordinanze di demolizione e riduzione in pristino di manufatti denominati "capanni", siti in area demaniale, soggetta a vincolo paesistico-ambientale del Comune di Ravenna, in prossimità della Foce del Fiume Bevano, per i quali è stato a suo tempo negato, dal suddetto Comune, il condono edilizio, con provvedimento che (almeno per quanto riguarda il caso in esame) non è stato impugnato o lo è stato infruttuosamente (sul punto, pareri del Consiglio di Stato, Sez. II. nn. 599/96 del 24 settembre 1996, n. 715/96 dell'11 dicembre 1996 e 2308 del 2 luglio 1997, emessi su richiesta di parere del Ministero dei lavori pubblici a seguito di ricorso straordinario dei rispettivi interessati contro il Comune di Ravenna).

Il "capanno" in contestazione non corrisponde alla tipologia dei "capanni" di cui allo stralcio della "Carta delle Pinete Ravennate" risalente al 1774 (depositata in atti dall'appellante) o di quelli balneari, risalenti al XIX secolo (di cui in altro stralcio di opuscolo privato redatto a cura dell'"Associazione capannisti foce Bevano" anch'esso in atti). Invero, quelli indicati nella Carta Ravennate sono realizzazioni isolate alla foce del corso d'acqua, con ogni probabilità "da pesca", ovvero funzionali alla attività praticata ed autorizzata (di cui parte appellante non assume di avere la titolarità), mentre i c.d. "capanni" balneari erano caratterizzati (come è evidenziato nella scritto depositato) per la loro precarietà e stagionalità (di volta in volta, annualmente autorizzati per la stagione estiva e regolarmente rimossi al termine della stagione).

Lo stesso appellante ammette che l'intervento si colloca all'interno di un vero e proprio "insediamento" di tipo abitativo.

Il nutrito carteggio fra le amministrazioni (locali e statali) e le reazioni dei proprietari dei capanni, costituitisi in associazione, alle iniziative dalle amministrazioni per a dare all'insediamento abusivo una sistemazione più consona alle esigenze di tutela del territorio, tenendo anche conto delle esigenze dei titolari, evidenziano con sufficiente chiarezza che non vi è stata inerzia che potesse dare luogo ad un qualche affidamento sulla legittimità, tollerabilità e compatibilità dei manufatti.. Dagli atti provenienti dall'Amministrazione demaniale deve anche desumersi che il canone corrisposto dagli interessati è stato richiesto e riscosso - almeno da un certo tempo in poi - per occupazione senza titolo di aree demaniali e non anche per tacito rinnovo di concessione.

3. Chiariti tali aspetti, assume rilievo, nel presente giudizio, che il procedimento per condono edilizio ex L. n. 47 del 1985 è ad istanza di parte e deve esser corredato da una dichiarazione sostitutiva di atto notorio relativo

alla collocazione temporale dell'abuso che si intende sanare. Nella specie, la predetta dichiarazione, di cui si fa espressa menzione nel provvedimento impugnato, non è stata in alcun modo contestata ed assume carattere e natura di atto confessorio per ciò che concerne l'abuso e la sua localizzazione temporale.

4. Ciò premesso, è fuori discussione che presupposto espresso dell'atto impugnato è (come enunciato nell'atto) il diniego di condono (ormai inoppugnabile) il quale, a sua volta, poggiava sulle seguenti ragioni ostative: a) insistenza dell'opera su area soggetta a vincolo ambientale; b) parere negativo della commissione edilizia integrata, con riferimento alla tipologia ed ai materiali impiegati, in contrasto con il regolamento vigente ed adottato.

Tale essendo il contenuto del c. d. "atto di ripulsa", deve essere interamente condiviso l'orientamento della sentenza appellata, che vi rinviene l'implicita affermazione della abusività dell'opera per mancanza del titolo abilitante richiesto all'epoca della realizzazione. Invero, l'abuso edilizio costituisce non soltanto presupposto implicito del diniego, ma la ragione stessa del potere dell'Ente di concedere la sanatoria, e del suo esercizio. Cosicché il suo accertamento, sebbene non espressamente indicato come presupposto del relativo provvedimento, è insito nella sua adozione, indipendentemente dalle irrilevanti riserve mentali del richiedente.

Questi, ove abbia prestato acquiescenza al diniego, decade altresì dalla possibilità di rimettere in discussione l'abuso accertato, anche in sede di impugnazione dell'ordine di demolizione, che rinviene nel diniego di sanatoria il suo presupposto e parimente decade dalla possibilità di far valere in giudizio la legittimità delle disposizioni regolamentari che l'Amministrazione ha ritenuto violate dall'intervento realizzato in assenza del titolo abilitativo. Ove, poi, il diniego dipenda essenzialmente dalla ritenuta incompatibilità dell'opera sita in area vincolata ex art. 32 della l. n. 47 del 1985, sulla base di parere appositamente richiesto alla competente Commissione integrata, non vale più contestare – a diniego inoppugnabile – l'antiorità dell'opera rispetto all'imposizione del vincolo.

5 Nel caso in esame, peraltro, l'appellante sostiene che l'ordine di demolizione poggerebbe, piuttosto che sul diniego di condono, su una autonoma valutazione delle ragioni ostative al condono.

La tesi non ha fondamento.

L'ordine di demolizione ripercorre le suddette ragioni come dato storicamente accertato (nel procedimento per il condono) e senza farne oggetto di autonomo accertamento e valutazione. L'enunciazione della natura abusiva dell'opera, e della sua soggezione a vincolo ambientale come pure dell'incompatibilità rinvenuta dalla Commissione edilizia integrata in relazione al regolamento edilizio vigente sono, infatti meramente reiterative del contenuto dell'atto presupposto, e delle risultanze istruttorie che lo giustificano, nel cui ambito deve essere ricondotto l'esplicito riferimento alla dichiarazione sostitutiva resa dall'interessato contestualmente alla domanda di condono ed il richiamo al vincolo ex art. 32 L. 28 febbraio 1985, n. 47, che, come si è avuto modo di precisare, costituisce argomento esplicito del diniego in ragione del parere di incompatibilità del competente organo collegiale.

Soltanto il richiamo alla demanialità dell'area ed alla sua soggezione ad usi civici non trova riscontro nel provvedimento che nega sanatoria; ma si tratta di elementi che, pur presentando caratteri di novità, sono, tuttavia, ininfluenti nella economia del giudizio, in quanto la sorte del provvedimento impugnato non dipende dalla loro validità, essendo il diniego di condono, da solo, sufficiente a sorreggere, sul piano della legittimità, la misura adottata.

4. In definitiva, la declaratoria di inammissibilità contenuta nella sentenza di primo grado deve essere condivisa, unitamente alle ragioni che la sorreggono. L'appello, pertanto deve essere esser respinto.

Le spese del presente grado del giudizio, che si liquidano in complessivi € 1000 ( mille ) in considerazione del fatto che sono stati proposti numerosi identici appelli, devono porsi a carico dell'appellante ed in favore del Comune resistente.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) - definitivamente pronunciando – respinge l'appello in epigrafe; Condanna l'appellante al pagamento, in favore del Comune resistente, delle spese del presente grado del giudizio, che si liquidano in € 1000 ( mille).

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA .

**P. ANDERSON, *Spectrum. Da destra a sinistra*, tr. di Giuseppe Gallo, Collana "i Saggi", Baldini Castoldi Dalai Milano 2008, pagg. 471, € 21.**

recensione di Leonardo Saviano

Quale significato conservano, nell'attuale panorama politico, categorie come Destra, Centro e Sinistra? Quali sono i loro confini? E perché, dalla fine della Guerra Fredda in poi, sono state le idee della tradizione conservatrice - di cui il neoliberalismo costituisce la variante più aggiornata e aggressiva - a prendere progressivamente terreno?

Con un approccio comparativo che muove senza pregiudizi da un fronte all'altro dell'intero spettro ideologico, *Spectrum* cerca di rispondere a queste domande, tracciando un suggestivo e penetrante ritratto delle principali idee sottostanti il dibattito politico contemporaneo, al rigore e alla lucidità dell'indagine affiancandosi anche il *pathos* di una profonda passione politica che porta l'autore a mettere sotto accusa quella Sinistra in cui egli stesso si riconosce, colpevole a suo avviso di essere incapace di superare il trauma della sconfitta e guardare in faccia gli avversari senza indulgenze né autoinganni: "Questo libro affonda lo sguardo nella storia delle idee contemporanee. Lo si può considerare una sorta di panoramica che, muovendo da destra a sinistra, rischiarà un particolare paesaggio intellettuale. I pensatori e gli scrittori qui esaminati appartengono a un mondo politico nel quale le categorie di destra, centro e sinistra conservano ancora un significato riconoscibile, nonostante la loro localizzazione e le linee di confine siano diventate alquanto mobili".

Con questi termini presenta il suo nuovo libro *Spectrum. Da destra a sinistra nel mondo delle idee* (tr. di Giuseppe Gallo, Collana "i Saggi", Baldini Castoldi Dalai Editore, Milano 2008, pagg.471, € 21) Perry Anderson, eminente storico britannico, professore di Storia delle idee nel XX secolo e di sociologia all'Università della California a Los Angeles, UCLA, già Direttore della "New Left Review" ora editorialista della "London Review of Books", il quale affronta senza pregiudizio alcuno l'intero spettro ideologico che illumina l'odierno dibattito politico esaminando le opere di alcuni fra i più significativi pensatori contemporanei quali Michael Oakeshott, Leo Strass, Carl Schmitt e Friedrich von Hayek per quanto attiene alla Destra più determinata; John Rawls, Jurgen Habermas e Norberto Bobbio per quanto riguarda il Centro liberale e socialdemocratico; Edward Thompson, Robert Brenner ed Eric Hobsbawm relativamente alla Sinistra marxista, con l'aggiunta di

una particolare attenzione alla narrativa con il romanziere Gabriel García Márquez e alla filologia con lo specialista Sebastiano Timpanaro.

“La distribuzione dei saggi segue quella cronologica della loro apparizione. Dalla fine della Guerra Fredda in poi, quando fu pubblicato *Al fuoco dell’impegno*, le idee della destra hanno progressivamente guadagnato terreno; il centro si è adeguato sempre di più; e la sinistra, generalmente parlando, batte in ritirata. La portata della restaurazione intellettuale in atto – di cui il termine ‘neoliberalismo’, considerato seriamente nei suoi aspetti storici, coglie un aspetto essenziale – viene di solito rimossa a sinistra con una varietà di atteggiamenti. La sconfitta è un’esperienza dura da padroneggiare e la tentazione è sempre quella di sublimarla. Ma, se alla fine il trauma dovrà essere superato, occorre sapere guardare in faccia gli avversari teorici, senza indulgenze né autoinganni. Uno degli obiettivi di questa raccolta, pertanto, è reagire a tale involuzione” ammonisce l’autore che ha raccolto in volume i suoi interventi sulla “London Review of Books”.

Perciò *Spectrum* è nato dal suo desiderio di presentare il dibattito intellettuale in una diversa prospettiva, poco frequente non solamente per la Sinistra ma pure per la Destra e per il Centro, impostata su due linee portanti, la prima consistendo nel manifestare rispetto e interesse per gli studiosi appartenenti allo schieramento opposto e agli avversari politici pur mantenendosi a distanza dalle loro idee, la seconda sviluppandosi mediante un vero esercizio critico nei confronti della propria parte in spirito di lealtà leale ma senza indulgere a un senso di colpa: le scelte politiche della Sinistra che egli ha voluto difendere sono quelle non compromissorie, intendendo con questo termine indicare due esigenze, la prima che il realismo senza compromessi significhi non ridurre l’ampiezza della storica sconfitta subita dalla Sinistra nel secolo ventesimo come spesso accade, la seconda di osservare il sistema vincente con occhio lucido senza celarsi la sua potenza e senza scendere a compromessi a qualsivoglia prezzo, il che purtroppo è spesso accaduto quando ci è dimenticati che si può essere spezzati senza essere piegati.

A fare da ulteriore supporto a questa indagine ad ampio raggio sta pure la convinzione dell’autore che la politica non è un’attività chiusa in se stessa, ma che essa si alimenta dei conflitti di un determinato tempo chiamando in causa una complessa serie di questioni che vanno ben oltre la sfera di competenza della scienza politica propriamente detta per coinvolgere, di volta in volta, le più varie discipline dalla filosofia all’economia, dalla sociologia alla psicologia, donde la tensione interdisciplinare che costituisce uno dei motivi di principale interesse dei quindici saggi che compongono il volume.

Anderson, infatti, precisa: “La politica non è un’attività chiusa in se stessa, che genera un insieme organico di concetti autoreferenziali. Quello che si considera come un complesso di idee aventi attinenza con i conflitti politici di un determinato tempo varia a seconda dell’epoca e della regione. E oggi si estende molto oltre la sfera di competenza della scienza politica tradizionalmente intesa” e aggiunge: “In prevalenza è stata la destra ad appropriarsi dell’eredità del pensiero politico classico, da Platone a Nietzsche, e ad avvertire l’urgenza dei compiti di governo, all’interno e all’esterno dei confini nazionali. L’edificazione dei principi di una filosofia normativa è, invece, una specialità del centro. Mentre gli interessi della sinistra sono dominati dall’economia, dalla ricerca sociale e dall’indagine culturale del passato e del presente”.

La prima parte del volume prende in esame un insieme di opere che, in un modo o nell’altro, appartengono alla cultura di Destra dove, in tale contesto, la scena è dominata dai quattro pensatori dagli inconfondibili caratteri personali discussi nel saggio iniziale: Michael Oakeshott, Carl Schmitt, Leo Strass, Friedrich von Hayek e la chiave di lettura per comprendere la loro influenza politica permane quella di mettere in luce la complessa interrelazione delle diverse reazioni all’imporsi della democrazia di massa.

Ha notato Anderson: “Il titolo di questa prima parte, *Politica*, deve essere inteso nel senso più stretto del termine, come attività volta a definire le forme e i programmi atti ad amministrare lo Stato, distinta dai più ampi problemi della natura e della struttura del potere in una società. Secondo l’uso francese possiamo dire *la politique* contrapposta a *le politique*. Non meraviglia che opere considerate in questa area inclinino in prevalenza a destra, giacché tale era l’orientamento del mondo in quel periodo”.

La seconda parte del volume è dedicata a tre autorevoli filosofi politici della fine del Novecento, che sono presentati e si presentano come espressioni della sinistra moderata e che sono John Rawls, Jurgen Habermas e Norberto Bobbio, “affrontati senza alcuna enfasi polemica, come pensatori che, almeno in quel periodo, si collocavano più appropriatamente al centro”.

La terza parte del volume si inoltra nel campo della Sinistra, analizzando autori che, in maniera più manifesta rispetto a quelli classificati da Perry Anderson di Destra oppure di Centro, risultano attratti dalla storia quale testimonianza del passato scissa da qualsivoglia considerazione etica e normativa, considerazione che peraltro si presenta ovvia per storici moderni della rinomanza di un Edward Thompson, di un Robert Brenner oppure di un Eric Hobsbawm ma si presenta valida pure per il filologo classico e studioso della storia delle idee Sebastiano Timpanaro; per il sociologo Goron Therborn, la cui

opera principale può essere definita, sotto ogni aspetto, una sintesi storica di primaria importanza; e, alla sua maniera, per Gabriel García Márquez, che nei suoi romanzi ha costantemente prediletto come oggetto di rappresentazione il mondo passato e non quello odierno.

Anderson conclude: "E' evidente che non si può considerare morta una filosofia come il marxismo che è stata capace di permeare opere di una tale grandezza quali quelle di Therborn o Brenner o Hobsbawm, i quali si sono confrontati con questioni di portata mondiale, dalla storia della famiglia moderna alle dinamiche dell'economia globale, alla periodizzazione del XX secolo". E lungo tutto il corso di quest'ultimo, nella traiettoria scelta dall'autore, la storia della Sinistra è sempre stata ed è sempre rimasta la storia del socialismo, del riformismo e della rivoluzione che ne costituiva l'aspetto più importante giacché prefigurava la costruzione di un sistema totalmente alternativo.

# LINKS UTILI

	<p><b>Centro studi Miti simboli e politica</b></p>	<p><a href="http://ww2.unime.it/symbolon">http://ww2.unime.it/symbolon</a></p>
	<p><b>Metábasis Filosofia e comunicazione</b></p>	<p><a href="http://www.metabasis.it">http://www.metabasis.it</a></p>







UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA