



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

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



**5**

**2007**

*Prof. Raffaele Perrone Capano (direttore)*

**COMITATO SCIENTIFICO**

Prof. Andrea Amatucci  
Prof. Carlo Amatucci  
Prof. Carlo Amirante  
Prof. Raffaele Balbi  
Prof. Raffaello Capunzo  
Prof. Elisabetta De Franciscis  
Prof. Pasquale De Sena  
Prof. Luciana Di Renzo  
Prof. Marinella Fedeli  
Prof. Stefano Fiorentino  
Prof. Massimo Iovane  
Prof. Francesco Janes Carratu'  
Prof. Giovanni Marino  
Prof. Roberto Mastroianni  
Prof. Paolo Nunziante  
Prof. Emilio Pagano  
Prof. Flavia Petroncelli Hubler  
Prof. Luigi Sico  
Prof. Sandro Staiano  
Prof. Mario Tedeschi  
Prof. Talitha Vassalli

**DIRETTORE RESPONSABILE**

Avv. Maurizio Migiarrà

**REDAZIONE**

Roberta Alfano (coordinamento)  
Gino Buonauro  
Debora Cioffi  
Giordano Di Meglio  
Chiara Fontana  
Loredana Strianese

**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



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>The right of defence in the framework of Multilevel Constitutionalism</b> di Raffaele Lapenta.....	<b>1</b>
<b>La responsabilità e l'indipendenza del giudice in Gran Bretagna e negli Stati Uniti d'America</b> di Maria Elisabetta de Franciscis e Mary L. Volcansek.....	<b>18</b>
<b>Vecchi e nuovi problemi in tema di smaltimento dei rifiuti urbani. La natura giuridica della TIA (Tariffa di igiene ambientale) e la nuova disciplina prevista dal Codice dell'Ambiente: una ricostruzione critica</b> di Ivana Ruotolo.....	<b>39</b>
<b>Finanziamenti pubblici e divieto di aiuti di Stato nel passaggio alla televisione digitale</b> di Michel S. Fernando Hettiyakandage.....	<b>54</b>
<b>Una analisi di economia del diritto applicata alle controversie OMC</b> di D. Fiorenzo , G. L. Gaeta , G. Greco .....	<b>70</b>

## **GIURISPRUDENZA**

<b>La distinzione tra politica e amministrazione alla prova del giudizio di costituzionalità</b> di Andrea Bonomolo.....	<b>101</b>
---	------------



## The right of defence in the framework of Multilevel Constitutionalism

by Raffaele Lapenta<sup>1</sup>

1. Introduction. The protection of rights in the European system at several levels.

For a long time, and even more so over the last few years, the processes of "stratification" of powers at different levels - international, supranational and infra-state - have shown growing differentiations in the system of rights. This comes with the assertion that there are different levels of protection which, despite some elements of crisis, show problems and moments of stabilization<sup>2</sup>, they increasingly indicate that in the matter of rights, the dogma of Classical Constitutionalism of state monopoly is being overcome.<sup>3</sup>

If we consider the protection of rights to be a prerogative particular to the Nation States, over the years we have witnessed the gradual birth of the protection of rights on an international and supranational level (with the European Community experience) and, more recently, at least in Italy, also on an interstate level.

This phenomenon presents advantages and disadvantages<sup>4</sup>. With regard to the former, it is fundamentally a question of offering the protection of rights from different perspectives to make it as complete and effective as possible. Regarding the latter, some problems arise, as some constitutionalists have pointed out, speaking of a "garden of rights", which indicates some antinomies and contradictions that can arise from this phenomenon<sup>5</sup>.

It is an irrefutable fact that international law with supranational or universal overtones influences both domestic and international policy, and not only economic policy, of any country. It imposes decisions regarding the proceedings and deadlines that result in upsetting the traditional competences of the constitutional State.

---

<sup>1</sup> University of Naples "Federico II"

<sup>2</sup> P. BILANCIA, E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004.

<sup>3</sup> S CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma - Bari, 2002.

<sup>4</sup> C. AMIRANTE, *Costituzionalismo e costituzione nel nuovo contesto europeo*, Giappichelli, Torino, 2003; I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism in the european union*, in *European law review*, 2002; P. BILANCIA e F. G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004; E. DE MARCO, *Percorsi del "nuovo costituzionalismo"*, Milano, 2005.

<sup>5</sup> M. PATRONO, *I diritti dell'uomo nel paese d'Europa: conquiste e nuove minacce nel passaggio da un millennio all'altro*, Padova, 2000, CEDAM.

This new way of re-organizing the legal system focuses on, above all, the system of the sources of law in Europe, that is to say the Kelsenian criteria of the pyramidal hierarchy of sources with the Constitutional State at the top.

Of a legal system tied to a hard, hierarchical principle – on the line of Constitution/laws/secondary sources – a system steps in which is based on the supremacy of the sources of supranational law and on the coordination and collaboration among the supranational and national institutions which produce laws and among the Courts, which are competent to deal with and solve arising problems.

In this process of constant change, the risk is that the fundamental functions of the Constitution of the Nation States are lost, or at least, drastically limited: in primis, the direct and indirect participation of citizens through the instruments of democratic pluralism (parliament, parties, trade unions, etc) must not be denied.

A decisive factor for the theory and the praxis of the sources of law, with particular regard to freedom, fundamental and social rights, is the impact that the rules have on these rights: rules that are born from the plurality of supranational sources of law where the “owners” of these rights are often defenceless. This situation results in a “sort of a negative integration: while the community institutions set down some rigid financial and budget rules in the name of the market and competition, it is then up to each national government to reach the complex objectives of developmental support, redistribution of wealth and work policy, obviously with very strict operational margins”<sup>6</sup>.

The prevalence of the four freedoms guaranteed to European citizens by the community treaties – free movement of persons, goods, capital and services – on social rights, for someone, makes pathetic the affirmation of the right of personality and of equality in a real sense and, maybe even more so, the right of work <sup>7</sup>.

Therefore, moving from a hierarchical system of the sources of law (with the Constitution at the top) to a legal system which is polycentric and multilevel (from where it’s difficult to establish the complex vision and the systemic elements and, in which, the International and supranational Court have an fundamental role), there is further confirmation of the risks that the change from the hard law to the soft law involves. In

---

<sup>6</sup> C. AMIRANTE, *Costituzionalismo e costituzione nel nuovo contesto europeo*, Giappichelli, Torino, 2003.

<sup>7</sup> Indeed, with normative practices being more flexible, a different way of understanding and interpreting the relationship between authority and freedom, public and private, in the name of the return to a civilised society. If more space is given to economic lobbies, space is progressively taken away from the forms of citizen participation. (C. AMIRANTE, *op.cit.*).

other words from the classical forms of modern law to different, more flexible forms, both for fundamental rights and social rights, following the negative nature of integration promoted in the first thirty years of jurisprudence of the European Court of Justice). However, the critics of the current EU believe that above all social rights require an economic policy, which currently does not exist. In addition to this, they also believe the budget should allow for more spending than at present. The hard rules of the Maastricht treaty make it difficult for the States to achieve adequate promotion of social rights in line with the demands and requirements of citizens.

On one hand the multiplicity of supranational and international Courts seems to enrich and improve, but on the other it makes it more difficult for the citizen to understand who his "natural judge" is, in other words the Court where he can assert his rights<sup>8</sup>.

With reference to political legitimation, it is above all the distance between the sources of production and the regulation of rights that makes it difficult for the person (either *uti singulus* or *uti socius*) to know and assert his own rights, above all with regard to collective rights (work, strikes, environment, public services, health, etc). This is also because the supranational courts take the role of arbitrators, able to solve through mediation, the cases of violation of rights and – with the exception of the European Court of Justice which has limited competence in cases of Human Rights – they have the power to impose a compensation for damages charged to the State that violates a right, but not to reintroduce the violated right<sup>9</sup>.

## 2. The fundamental rights on the road to a European Constitution.

The Treaty establishing a Constitution for Europe signed by the representatives of twenty-five States of the European Union (today twenty-seven) on October 29th 2004 in Rome, in the same city where forty-seven years before had witnessed the beginnings of the economical, political and cultural dream of an united Europe. It represented the

---

<sup>8</sup> In reality, interpreters have many difficulties, with the variety of laws from several sources, the rules to follow for a specific aim or to resolve a controversial case, even more so if the citizen experiences this new legal system as "an inextricable cobweb, where he moves around with increasing difficulty" (C. AMIRANTE, *op. cit* e ID, *I diritti fondamentali fra legislazione e giurisdizione?* In L. D'AVACK (a cura di), *Sviluppo dei diritti umani e protezione giuridica*, Napoli, 2003).

<sup>9</sup> C. AMIRANTE, *op.cit*.

synthesis of all treaties signed over the last fifty years, with the exception of Euratom Treaty.

Its purpose, other than replacing the various existing treaties which at the moment constitute the legal basis of the EU, was largely to give the EU a clear, permanent political set-up with regard to its institutions, competences, decision-making procedures, and foreign policy<sup>10</sup>. The so-called European Constitution would come into force with the notification by the Members States of the ratification of the treaty in accordance with their respective internal requirements (i.e. by parliamentary procedure and/or by referendum). Nevertheless, with the vote opposed to the Treaty in both France and in the Netherlands in 2005, such an eventuality seems to be increasingly improbable<sup>11</sup>.

From this point of view it can be said that if the European Constitution were to come into force we would all acquire the status as 'citizens' of a new, unified, constitutional Europe. Shall we hope so? The question pre-empts what we are all thinking, in view of the unanswered questions and of the persisting doubts in the legal arena put forward by the Constitution with regard to "Justice" and to the right of defence, above all in a court of law<sup>12</sup>. Doubts that are currently growing as a result of the uncertainty of the ratification of the mini-treaty<sup>13</sup>, and even more so with regard to the regulations laid down in the Charter of Nice, an area of much discussion<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Despite the name, it is not a true constitution which sanctions the birth of a sovereignty (like the Federal Constitution of the United States of America) , but rather a kind of unique text where, as anticipated, the existing judicial texts have been acknowledged and reordered, with very few changes and no move to sovereignty.

<sup>11</sup> It should be pointed out that on the 23<sup>rd</sup> of June 2007 the heads of State and government of the EU reached an agreement on the mandate for the next intergovernmental conference, to draw up a new institutional treaty by the end of 2007, the main themes of which are to be decided in the course of negotiations (see following notes)

<sup>12</sup> G. LIUT, *I diritti della difesa nella nuova Europa unificata e costituzionale*, during the congress "L'integrazione europea e la cooperazione giudiziaria in materia penale", Roma, 2005. ma anche: G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione dell'Unione europea*, Laterza, 2005; C. CURTI GIALDINO, *La Costituzione europea. Genesi – natura – struttura – contenuto*, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 2005.

<sup>13</sup> After the "period of reflection" of European leaders, following the "no" on the part of the French and the Dutch, there were essentially three possibilities to be considered: 1) to proceed with the ratification of the remaining states, and if there should be only a minority opposing the treaty, to call a new referendum in those countries that rejected the treaty. The idea was turned down outright by France and the Netherlands. 2) To open the road to closer cooperation: the Constitution would come into force only in the countries in favour of the treaty. Although theoretically possible, the hypothesis was rejected in order not to leave two of the founder members out the European Community. 3) Draw up a new simplified Treaty, with no constitutional descriptions, to be approved only by parliament.

In the end the last solution was chosen. With the declaration of Berlin on the 25<sup>th</sup> of March 2007, on the occasion of the 50<sup>th</sup> anniversary of a united Europe, the German Chancellor Angela Merkel and the Italian Prime Minister Romano Prodi expressed the desire to resolve the problem within a few months to allow for a new treaty to come into force by 2009, the same year of the elections for a new European Parliament. Led by the

On the 29th of October 2004 a very long procedural process came to an end. The treaties which followed over the years constituted fundamental stages on the road towards true, effective constitutional coverage of Europe:

- The Single European Act (SEA), signed in Luxembourg and Aia which came into effect on the 1st of July 1987 – set out the required adjustments for a single market by 1992;
- The European Union Treaty – signed in Maastricht on the 7th of February 1992, becoming effective on the 1st of November 1993 – changed what had previously been known as the European Economic Community to the “European Community”. Moreover, it introduced new forms of cooperation between the governments of Member States, regarding security, justice and internal affairs. This addition of intergovernmental cooperation to the already existing “Community”, created a new three –pillared structure<sup>15</sup>, which is political as well as economical: this is known as the European Union (EU);
- The Treaty of Amsterdam – signed on the 2nd of October 1997 and came into effect on the 1st of May 1999 – modified and introduced a numbering system of the treaties of the EU and EC. The Treaty modified the order of the articles of the Treaty on the European Union, previously indicated by capital letters from A to S, replacing it with a numbering system. In addition, it confirmed the principles of freedom, of democracy,

---

German presidency, the summit of Brussels was held between the 21<sup>st</sup> and the 23<sup>rd</sup> of June 2007, reaching an agreement on the new Reform Treaty.

<sup>14</sup> It is important to point out that the heavy criticisms of the constitutional text are based on opinions which are often diametrically opposed. A good number of the criticisms and the “no” with regard to the Constitution come from public opinion who have no real interest in politics, the so-called “euro-sceptics”, who reject the European Union for the way in which it has been structured, considered to be too bureaucratic and not very efficient in dealing with the real interests of citizens. Criticisms have also come from a religious point of view, regarding the fact that no space has been given to the Judaic-Christian roots which are an essential part of European life. These are critics who, with a lack of European spirit, claim that it is deception to call the document a “Constitution”, when that is not what it is. In the light of such considerations, we await the drafting of a new simplified treaty, with no intergovernmental constitutional descriptions to be approved only by parliament, in the autumn of 2007 a new intergovernmental conference will be held with the task of elaborating the new treaty (which explicitly loses its status of “Constitution” and to make it become effective by 2009 (see previous note). For an analysis of the deeper reasons behind the present situation of stalemate and uncertainty regarding the future of the process of European integration in an ever-expanding Europe see C. AMIRANTE, *Il futuro dell’Unione europea dopo i referendum tra economia, espertocrazia e democrazia*, in S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano. Ed inoltre: U. ALLEGRETTI, *Europa, che fare?*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 2005; F. BILANCIA, *Referendum, populismo e moneta unica. A proposito della Costituzione europea*, su [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)

<sup>15</sup>The first pillar is represented by the *European Community* which proposes a single European market, economic and monetary union as well as a series of other competencies that have been added; the second relates to *Common foreign and security policy*, that is the construction of a single foreign policy; with the third pillar, *Police and judicial co-operation in criminal matters*, the intention is to create a European space of freedom, security and justice in which there is collaboration in the fight against criminality on a supranational level.

and of the fundamental human rights, defining the essential elements of a common policy in terms of freedom, security and justice;

- The Treaty of Nice – which was signed on the 26th of February 2001 and came into effect on the 1st of February 2003 – was mainly concerned with the institutional reforms which are necessary to guarantee the smooth running of the institutions, the number of Member States to increase in number to 25 in 2004 and 27 in 2007. The Treaty of Nice, the previous treaty on the European Union, and the treaty which founded the European Community, have been combined in one single version<sup>16</sup>...

However, it was the declaration on the future of Europe, in the final act of the intergovernmental conference (IGC) in 2000, to lead the way for the drafting of a new reform treaty, the first step towards the European Constitution. On the 15th of December 2001 the Council of the European Union accepted the so-called “Laeken declaration”, of primary importance because, apart from reiterating the problems talked about since Nice, a convention led by Valery Giscard d’Estaing as President was officially announced, with the task of preparing a rough draft of the European Constitution. After three years of work<sup>17</sup>, the definitive draft was complete. The Treaty founding the Constitution for Europe was officially ratified in Italy on the 7th of April 2005 n.57.

In testimony of the constitutional importance of the treaty project, we can identify, albeit briefly (closed at our interest in this place): firstly, the preamble, with the list of values on which the Union is based (art.I-2) and a list of the objectives of the Union (art. I-3); and secondly, the introduction of the entire text of the Charter of the fundamental rights to the European Union (Part II), signed in December 2000 by the representatives of the countries of the Union Heads of State and Government or Sovereigns) in Nice in order to guarantee the fundamental civil rights to all citizens of the Member States.

---

<sup>16</sup> With the signing of the Treaty of Nice in 2001, Community Law was founded on eight treaties, to which about fifty protocols and attachments were added. Rather than modifying the original EC treaty, other texts were drafted which were integrated into the document. The combination of all these acts has made the structure of Europe even more complex and even more remote from European citizens. See also C. PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, 2002; ID, *La Carta europea dei Diritti ed il processo di “costituzionalizzazione” del diritto europeo*, in Aa. Vv., *Riflessi sulla Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003

<sup>17</sup> From the 28<sup>th</sup> of February 2002, when in the European Parliament in Brussels a meeting of the Convention was held, to the 17-18<sup>th</sup> June 2004, when during the course of the European Summit held in the Belgian capital the Heads of State and Government of the 25 member states, at the end of the negotiations the IGC 2003/2004, a compromise was reached on the constitutional text.

However, the reality was that the text approved in Nice only had a political, declaratory value. It was actually a document which expressed plans, ideals and suggestions, lacking any real binding legal value. This aspect would become even more evident with its inclusion in the Constitution, but the fact that the latter has not come into force leaves wide open the debate on the legal strength of the Charter<sup>18</sup>.

Before the Charter of Nice, it was the Convention for the Protection of Human Rights and of the fundamental freedoms (ECHR) in 1950 which was the main legal instrument of guarantee of the respect of Human Rights and Freedoms on a European level. Even though the European Community did not take part in this Convention, all the Member States are contracting parties, and as such are obliged to apply them in their own national legal system and to the benefit of all citizens, without exception.

To guarantee the respect of the fundamental rights in the European Union, the Court of Justice of the European Community, in the elaboration of its own system of jurisprudence, was based precisely on the principles outlined by ECHR, rather than on the common constitutional traditions of the Member States. Indeed, although ECHR is not officially Community Law, the list of rights it contains constitutes the common minimum of guarantees. There has been a gradual move towards a kind of protagonism in the jurisprudence in the Courts of Justice of the European Community, and the two systems undoubtedly operate in the same States since all the Member States of the Union, as previously mentioned, are part of ECHR. And since 1974 (the so-called Casagrande case) the Court has stated that the fundamental rights are a part of the general principles of the Union which the institutions have the duty to protect. Over the years, sentence after sentence, the Court has seen fit to implement the number of rights it deems worthy to protect, recognising as early as the 1980s the right to reasonable judicial protection and to a fair trial (for example, the sentence in the case of Johnson, Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary in 1986 and that of Pecastaing in Belgium in 1980). But we come today...

---

<sup>18</sup> GERARDO RUIZ-RICO RUIZ, *Il catalogo dei diritti sociali nel trattato costituzionale dell'Unione europea* in S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano; S. GAMBINO, *Diritti fondamentali, costituzioni nazionali e trattati comunitari*, in S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano; N. PEREZ SOLA, *Le debolezze della garanzia della tutela giudiziaria effettiva nel trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano.

### 3. The right of defence in a unified (and constitutional?) Europe.

Aside from the constitutional provisions of the national legal system, within the constitutional legal system of the EC it is obviously possible to find some important principles of justice taken from the Charter of rights of the European Union, and included in the Treaty for a European Constitution. It should be pointed out, however, as it has been claimed, that the process of European Constitutionalism, while lacking in legal value, also appears to be incomplete in terms of the definition of a system of workable guarantees<sup>19</sup>. The second part of the Treaty establishing a Constitution for Europe includes the text of the Charter of fundamental rights taken from the Convention from 1999-2000 and ceremoniously proclaimed in Nice in December 2000. In terms of justice, it is worth noting that the constitutional text and particularly the Charter of rights, is largely inspired by the principles contained in the European Convention on Human Rights, the first true European document on the subject of justice and jurisdiction, even though the content of the Constitution summarizes only some of the principles expressed in more detail by ECHR<sup>20</sup>.

Indeed, reading the "Union's values" carefully (art.I-2), it is reasonable to expect a treaty where the contents about justice are in line with the "respect...of the Rule of Law" and the "respect for human rights", but reading title VI of Part II of the Constitution we can find only four articles which are dedicated to justice (there are 448 articles in the treaty). Of these, the art. II-107 sanctions the right to an effective remedy and to a fair trial (with an independent and impartial judge previously established by law)<sup>21</sup>; the art. II-108 sanctions the presumption of innocence and the right to defence<sup>22</sup>; the art. II-109 sanctions the principles of legality and proportionality of criminal offences and

---

<sup>19</sup> G. MOSCHELLA, *Giustizia, organizzazione giudiziaria e tutela dei diritti nell'ordinamento costituzionale europeo*, in S. GAMBINO (a cura di). *Op. cit.*

<sup>20</sup> Taken from art. 6, 7, 10, 13 ECHR. These provisions are subsequently included in art. 47-50 of the Charter of Nice and finally acknowledged in title VI – Justice of the constitutional Treaty in art. II-107/II-110.

<sup>21</sup> II-107. *Right to an effective remedy and to a fair trial - 1. Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article. 2. Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and*

*impartial tribunal previously established by law. Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented. 3. Legal aid shall be made available to those who lack sufficient resources insofar as such aid is necessary to ensure effective access to justice*

<sup>22</sup> II-108. *Presumption of innocence and right of defence - 1. Everyone who has been charged shall be presumed innocent until proved guilty according to law. 2. Respect for the rights of the defence of anyone who has been charged shall be guaranteed.*

penalties<sup>23</sup>; the art.II-110 sanctions the right not to be tried or punished twice in criminal proceedings for the same criminal offence<sup>24</sup>. Of these four, two – the article II-109 and the article II-110 – are of minor importance in our mentioning, which is essentially procedural, and so about trial and, in general, proceedings. So in our last analysis, we could affirm that the articles of the Europea Constitution about justice are just two, the articles II-107 and II-108.

However, if we read article II-107 more closely – and compare it to article II-108, which talks about “everyone who has been charged”, the defendant, in the first paragraph, and it’s about the “rights of the defence of everyone who has been charged”, in the second paragraph – it would seem that the II-107 had been written regarding “civil” laws, or rather regarding procedural civil laws. It is not possible to give a different meaning to the expression “remedy” for the protection of “rights” and for the protection of the “freedoms guaranteed by the Law of the Union”, when a person says that they have been “violated”. But if this is the case, it is logical that the only article of the European Constitution about (penal) justice is the art. II-108 which claims: “Respect for the rights of the defence of anyone who has been charged shall be guaranteed”<sup>25</sup>.

A few words that, as was the intention of the members of the Convention responsible for writing the constitutional text, sum up - or should in any case – all the rights which in Italy guaranteed at the highest level in the system of the sources of rights. The reference is to the inviolable right to defence at every step and stage in the proceedings; the right for individuals to be able to defend themselves before every type of jurisdiction, even when they are not in the financial position to do so (see art. 24, Italian Constitution). With reference to this point, it is important to highlight some relevant aspects found in the new art. 111 of the Italian Constitution (it states that “jurisdiction takes place by means of a fair trial regulated by the law”):

---

<sup>23</sup> II-109. Principles of legality and proportionality of criminal offences and penalties - 1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national law or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than that which was applicable at the time the criminal offence was committed. If, subsequent to the commission of a criminal offence, the law provides for a lighter penalty, that penalty shall be applicable. 2. This Article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles recognised by the community of nations. 3. The severity of penalties must not be disproportionate to the criminal offence.

<sup>24</sup> II-110. Right not to be tried or punished twice in criminal proceedings for the same criminal offence - No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings for an offence for which he or she has already been finally acquitted or convicted within the Union in accordance with the law.

<sup>25</sup> Theory efficiently illustrated by G.LIUT, *op. cit.*

Cross-examination. The right to appear before a judge to deny and rebut the claims put forward by the opposing parties in a court of law, in equal measure. This is where the right of defence is put into practice<sup>26</sup>.

Equality of both parties. By means of the principle of cross-examination, this refers to the possibility that both parties are given in a court of law to present their case in a way that does not give them a disadvantage compared to the opposing side, thus ensuring an a fair balance for both parties.

The trial should be publicized. Every individual has the right to a public hearing. In addition, this is one of the means which contributes to maintaining the trust in the courts and the justice system. The guarantee of a fair trial is recognized as one of the fundamental principles of democratic societies.

The principle of the independence and the impartiality of the judge. Every jurisdictional decision must conform to the law. Constitutional bills do not allow for forms of control by members connected with the government. Hence the affirmation in art. 101, which states that the court must work independently from the state.

With particular reference to criminal trials, the art. 111 of the Constitution also recognises: the right of the accused person to be informed, in as short a time as possible, about the nature of the crime for he is being charged with; the right to the time and the conditions necessary to prepare his defence, the right to question the people who give evidence for or against him in the presence of the judge; the right to summons witnesses to give evidence for his defence in the same way the prosecution does, and to be given the chance to find the evidence for his defence; the right to have the assistance of an interpreter. Moreover, the right to the formation of evidence, following the rules of cross-examination; the principle that the guilt of the accused person cannot be proven on the basis of declarations given by a witness who has not been questioned by either the defendant or the Attorney for the Defence, the right to understand the grounds of every

---

<sup>26</sup> P. MAZZINA, *Il diritto di difesa nell'ordinamento comunitario*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, t. III.

jurisdictional measure, the right to appeal against sentences and the measures with regard to personal freedoms.

From this point of view, even the panorama of Constitutionalism in Europe appears to be particularly rich. Art. 24 of the Spanish Constitution sanctions the right to a public trial without undue delays and with all guarantees ensured, while the Constitution of Sweden (art.9) and the Netherlands (art. 15), with regard to cases where the defendant is in custody, respectively insist that the trial take place within a reasonable time and without delay. The Constitution of Sweden also states that in all other cases the trial of the defendant must take place without unjustified delay. The Constitution of Finland (art. 16) the trial must take place without unreasonable delays. The art. 32 of the Portuguese Constitution states that, in relation to a criminal trial, every defendant must be tried in as short a time as possible compatible with the guarantees of defence. The art. 103 of German Law, states that in every court of law every individual has the right to be heard.

...And in the Europe as outlined by the institutive treaty of the Constitution? In the Charter of the fundamental rights of Nice – in the Part II of the European Constitution – a real prevision of the judicial rights and the principles of the due process of law seem to be lacking. Even the references to a fair trial (art. II-107), appear generalised, undefined, and without juridical importance. In reality, they are not stylistic imperfections or any peculiar legislative technique; the text of the treaty is the result of a compromise agreed upon by the different judicial systems of the Member State of the Union: consider, for example, the structural incompatibility between the accusatorial model of proceedings (now in force in Italy) and the inquisitorial one typical of the majority of Continental Europe<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> In terms of the legal deficit, justifications can be found in cornerstones around which the Laws European Constitution are based. Consider the following factors: the unification of the treaties currently in force in one single legal source, the inclusion *sic et simpliciter* of the Charter of the fundamental rights of Nice, the fusion of the so-called three pillars of European Politics, the innovation of the form of government of the Union, the measures introduced in order to improve and strengthen the role of the institutions of the Union, the consequences of the expansion of the Union, consolidation of the democratic nature of the Union, the diverse share of competences of the Union and of Member States, the reform of legal sources and the simplification of legislation, and finally the introduction of mechanisms for the respect of the principle of support and assistance from the State (subsidiary).

But consider, above all, the common foreign and security policies of the European Union<sup>28</sup>. In fact, from a structural point of view, in Part I of the text of the constitution many articles concern the problems of security and common defence, and so, we can find them in the first part of the text of the Constitution, made up of 60 articles (ref. art. 3 paragraph 4, 16, 40, 41, 42, 43). This data is not to be overlooked and we have to wonder why it is that the members of the Convention put justice, in its greatest sense, just in four articles, while they give more space to security and common defence, not monitoring the real numerical element.

In a similar way, we can look at Chapter IV of Part III of the project, on the subject of "European juridical space". Reading the articles briefly, there is an evident disparity between the issues regarding justice and those regarding security.

This subject represents the so called "third pillar" of the Union, referred to as the constitution of a single space of freedom, security and justice, first noted in the Treaty of Amsterdam in 1997. The aim was to prosecute and punish the crimes generally considered to be common to EC countries, through very close cooperation with the police and penal justice service<sup>29</sup>. This is one of the most important aims, the project of a constitution in its entirety, creating a kind of framework, almost more of an instrument of repression than the protection of freedoms and rights, which makes the Constitution a Charter of the rights of the States rather than the Charter of the rights of citizens<sup>30</sup>.

All in all, if this is the context we are working in, then the judgement of the project cannot be anything but negative. Any other judgement could not be possible, even if we read the Council's Proposal regarding the procedural rights in penal proceedings in the territory of the European Union, introduced by the Commission in April 2004<sup>31</sup>. Many objectives are set out in the proposal: the access to legal assistance (the right of "technical defence") – either in the phase of the investigation or of the trial – the access to an interpreter or translator, the right to information of guarantee, the protection of defendants (or those under police investigation) belonging to vulnerable categories (handicapped, deaf-dumb, etc.), the consular assistance for foreigners, whether they

---

<sup>28</sup> G. LIUT, *op. cit.*

<sup>29</sup> P. BILANCIA, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra realtà intergovernativa e prospettiva comunitaria*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004.

<sup>30</sup> M. P. MADURO, *L'importanza di chiamarsi costituzione: autorità costituzionale ed autorità del costituzionalismo*, 2004; G. LIUT, *op. cit.*

<sup>31</sup> EU Council, 113/2004 (CNS) COM (2004) 328.

have been arrested or stopped by the police. If you look carefully, “more than guarantees, they seem to be conditions of the effectiveness of the procedural guarantees, and so, as such, are pre-guarantees which are unlikely to be used effectively for the protection of the defendant or those under investigation”<sup>32</sup>. Besides the proposal of decision on the procedural rights, we can note that there are other important issues on this subject: in particular as regards judiciary cooperation in legal matters, we are reminded of the adoption of specific measures, which the establishment of Eurojust – a judiciary organization which has the task of strengthening the fight against serious forms of criminality, in particular organized crime, by means of a higher level of judiciary cooperation between member states, and where each member elects a representative who has the power of attorney, judge or law enforcement officer with the same privileges<sup>33</sup> – was set up to address. As well as adopting the policy on arrest warrants in Europe – regarding any judiciary decision made in an EC country where a individual is arrested and handed over to another member state, already in force in Italy<sup>34</sup> – consider also search warrants<sup>35</sup> and the Public Prosecutor’s Office in Europe<sup>36</sup>.

Now, as we all know, at the beginning, the europea ambition was to realize a “commercial space”. This would be space that was to stand out from the free movement of capitals, services, goods and persons, it really meant the power of work in order to create an internal, integrated market, where in all the member state countries citizens could do business and grow in economic terms without compromising the individual interests of the Member States. Having satisfied this first goal, the projection of Europe

---

<sup>32</sup> The inadequacy of the proposal seems to be even more apparent when reading the opinion expressed by the Juridical Commission of the European Parliament (European Parliament, Juridical Commission, 2004/0113 – CNS – 03/02/2005. You only have to read the text of the amendment. 1, Art. 2, paragraph 1, in reference to the right of the suspect to legal assistance. The Commission of the Parliament proposes to modify the term “as soon as possible and during all” to “at every step and degree” of the proceedings. The term “when he expresses the intention to want to benefit from it” remains unchanged and states that “the technical defence of defendants... Is compulsory and must not be renounced”. However, the text was not modified as afore mentioned. G. LUIT, *op. cit.*

<sup>33</sup> Decision of the 28<sup>th</sup> of February 2002 no. 2002/187/Gai

<sup>34</sup> Law 22/04/2005, no.69 “Dispositions to adapt domestic law to the decision outlined in 2002/584/gai of the Council on the 13<sup>th</sup> June 2002, relating to arrest warrants and to the procedures for handing over suspects between member states”, official legal no. 98 of journal 20/04/2005

<sup>35</sup> Proposal of decision ( doc. COM 2003/688) of the European Council, in relation to the creation of a European mandate on the search for evidence of objects, documents and data to be used for probative purposes during penal proceedings (not published in the official legal journal).

<sup>36</sup> On the 11<sup>th</sup> of Decemeber 2001 the Commission of the Union wrote the Green Book on the penal protection of financial EC interests and on the creation of Power of Attorney in Europe (com. 2001-715, not published in the official legal journal). The Treaty that founds a constitution for Europe , in title III dedicated to regulate the competences of the Union, provides for the realisation of the Space of Freedom, Security and Justice in art. III/175, the creation of Power of Attorney in Europe to fight serious criminality, introducing a trans-national dimension and the crimes that harm the interests of the Union.

started to grow and reached broader areas; as a consequence European Law has progressively begun to expand into other areas: European Law of Work, European Law of the Environment and European Penal Law. In doing so, aspects of European life, over and above the initial limits imposed by business and finance, started to be of interest. It is understandable therefore that as the ambition of European Law has gradually reached a higher level in democratic terms, the intervention of the EU in the lives of its citizens is and representative legitimate, particularly in view of the probable founding of a Constitution.

It is clear that Justice, in the broadest sense of the term, must be considered a fundamental aspect in the process of European Constitutionalism by means of Law. Necessary Justice. This means subjecting the excesses of the market in order to protect citizens' rights. No longer "Justice-for-the-market"<sup>37</sup>, but Justice which is intended to mean the constitutional factor in Europe, and in practical terms refers to the space of freedom, security and justice of the EU, factors which were given attention in the closing speech by the President of Finland at the Council of Europe held in Tampere (15-16 October 1999). The agenda of Tampere was ambitious, addressing all areas in the search for a more converging type of law, increasingly inspired by common models and as such emphasizing the need for reciprocal trust and the abolition of mechanisms which traditionally prevented the recognition the actions of judicial powers and the institutions of the administration of justice, creating a higher degree of harmonization between Member States.

Indeed, the main problem as regards legal proceedings in a united Europe is not the fact that it is impossible to transfer models from one country to another, also because in Europe there does not appear to be a legal system which can act as a point of reference or as a model. In terms of the legal order in Europe, the clear heterogeneous nature of the judiciary organization highlights the need, particularly in the penal sector, to establish a reasonable level of compatibility between different systems in order to make the utterances of judges more easily recognizable between one system and another.

With regard to penal law, there is essentially a higher level of harmonization, particularly in terms of individuals' rights, which would correspond to a higher level of

---

<sup>37</sup> J. F. LOPEZ AGUILAR, *Giustizia e Costituzione europea*, in S. GAMBINO (a cura di), *op. cit.*

reciprocal trust between state systems and a more efficient working of the instruments of penal cooperation. And it is for this reason that the reconciliation of state legislation is fundamental with regard to the guarantees in terms of the proceedings and procedures.

But at what price? "The error we can fall into is that of putting at stake the idea of 'Europe always, however and at any cost' to create judicial space in Europe, above all if centred on security and common defence, the fundamental values of law and of justice of a Nation, of a State"<sup>38</sup>. There is no real "space" without the respect for the fundamental rights; there is no effective jurisdictional protection without justice which is able to guarantee the inviolable right of defence in all circumstances. The omen is that, with the return to the constitutional revision of trials (soon to be carried out), the emphasis will be placed on the obvious need for the growth of the system, with particular regard to the jurisdictional protection of individuals.

4. The right of defence and the European Court of Justice (ECJ). A practical case: lawyers, money laundering, fair trial, professional secrecy.

The directive of the Council of Europe 91/308/CEE in relation to the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering constitutes one of the major international instruments in the fight against money laundering. In 2001 it was modified with reference to the conclusions of the Commission and the wishes expressed by the European Parliament and by the member states (directive of the European Parliament and the Council 2001/97/CE). From that moment, notaries and independent legal professionals, as they were defined by the member states, are subjected to the dispositions of the directive, when they take part in some financial or real estate operations or they act on behalf of a company in any financial or real estate operations.

With two appeals set on the 22nd of July 2004 by different Councils of the order of lawyers, the Court d'arbitrage (Constitutional Court in Belgium) was asked to eliminate some articles of the Belgian law<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> G. LIUT, *op. cit.*

<sup>39</sup> Appeals brought before the judge respectively, dall'Ordre des barreaux francophones et germanophones, dall'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, dall'Ordre des barreaux flamands, nonché dall'Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles, with the intention to obtain the annulment of some articles of the law of the 12<sup>th</sup> of January 2004 which modified the Law of the 11<sup>th</sup> of January 1993, regarding the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering, the Law of the 22<sup>nd</sup> of March

Those who presented the appeal maintain, in particular, that the extension to lawyers of the obligations to inform the competent authorities when they observe some facts that they think or know to be connected with money laundering and to provide the authorities with some useful supplementary information, brings unjustified prejudice to the principles of the professional secrecy and the independence of the lawyers; these principles constitute a primary element of the fundamental right of every individual to a fair trial and to the respect for the right of defence.

In such a context, the Court d'arbitrage asked the Court of Justice of the European Community if the imposition for lawyers to inform and collaborate with the authorities responsible in the fight against money laundering violates the right to a fair trial<sup>40</sup>.

Art. 6 of ECHR states that everyone, with regard to the controversies on civil rights and duties, or in the context of a civil or penal proceeding, has the right for his case to be examined fairly. According to the Law of the European Court of Human Rights, the notion of a "fair trial" is made up of different elements, in particular: the rights of defence, the principle of equality of both parties, the right to the access to justice, the right to a lawyer in civil as well as penal cases. The lawyer would not be able to adequately carry out his role of advice, defence and representation of his client and the client, consequently, would not have the rights included in art. 6 of ECHR, if the lawyer during the judicial proceedings should decide to collaborate with the prosecution giving them some information obtained during the juridical counsel.

The Court, in the other hand, is reminded that the duties of information and collaboration are to be applied to lawyers only in cases in which they advise their clients in operations of a strictly financial and real estate nature, or if they represent their clients in any the financial or real estate operation. As a general rule, these activities by their very nature are not connected to a judicial proceeding and, for this reason, do not apply in terms of the right to a fair trial.

---

1993 regarding the status and the control of banks, and the Law of the 6<sup>th</sup> of April 1995 regarding the status of investment companies and under their control, the financial consultants (Moniteur Belge 23<sup>rd</sup> of January 2004, page 4352, and subsequently the Law of the 12<sup>th</sup> of January 2004)

<sup>40</sup> As guaranteed by art. 6 of the Convention for the protection of Human Rights and of the Fundamental Freedoms (ECHR) and of art. 6, no.2, EU.

From the moment of the assistance of a lawyer is requested for the defence or legal representation of a client or to obtain some advice for a judicial proceeding, this lawyer is exempt from the duty to inform and collaborate as any information before, during or after the proceedings is considered to be this is irrelevant. Such exemption is intended to guarantee the right of the client to a fair trial<sup>41</sup>.

Thus, the Court declares that the imposition for lawyers to inform and collaborate with the authorities responsible in the fight against money laundering when assisting in financial operations does not violate the right to a fair trial since in such cases there is no connection with judicial proceedings<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> "Les articles 2 bis, point 5, et 6 de la directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, telle que modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 décembre 2001, sont valides pour autant qu'ils sont interprétés, conformément au dix septième considérant de ladite directive et dans le respect des droits fondamentaux à la protection du secret professionnel de l'avocat, en ce sens qu'il y a lieu d'exonérer de toute obligation de déclaration les informations obtenues avant, pendant ou après une procédure judiciaire ou lors de la fourniture de conseils juridiques" The summing up of the lawyer POIRES MADURO in the case C-305/05, which took place in the Court of Justice of the European Union owing to the committal for trial in the Belgian Constitutional Court regarding the Directive II on money laundering.

<sup>42</sup> Such duties are justified by the real need to fight against money laundering which exerts a clear influence in the development of organized crime, which constitutes a particular threat in the societies of the member states.

## La responsabilità e l'indipendenza del giudice in Gran Bretagna e negli Stati Uniti d'America

di Maria Elisabetta de Franciscis e Mary L. Volcansek<sup>1</sup>

**Sommario:** 1. Premesse; 2. Il procedimento di nomina dei giudici in Gran Bretagna; 3. L' *impeachment* in Gran Bretagna; 4. Sviluppi contemporanei in tema di rimozione dei giudici in Gran Bretagna; 5. Il procedimento di nomina dei giudici negli Stati Uniti d'America; 6. L' *impeachment* negli Stati Uniti d'America; 7. Sviluppi contemporanei e la giurisprudenza sulla imputabilità dei giudici federali negli Stati Uniti d'America; 8. L' *impeachment* quale processo politico; 9. Conclusioni.

**1. Premesse.** Due principi sono stati gelosamente custoditi nel pensiero democratico occidentale come essenziali per un potere giudiziario istituito principalmente per tutelare la libertà individuale, punire imparzialmente i colpevoli e conciliare interessi contrastanti: l'indipendenza dei giudici e la loro responsabilità.

Montesquieu ritenne che il migliore modo per garantire l'indipendenza della magistratura fosse la separazione dei poteri <sup>2</sup> e gli Inglesi da parte loro per assicurare l'indipendenza della magistratura, stabilirono, nel 1761, che i giudici sarebbero rimasti in carica a vita, tranne nel caso in cui entrambe le Camere del Parlamento ne richiedessero la rimozione.

Negli Stati Uniti, i giudici federali sono tuttora controllati tramite un provvedimento, ereditato dall'Inghilterra medioevale, l'*impeachment*, ovvero la messa in stato di accusa da parte della Camera dei Rappresentanti, al quale segue il procedimento da parte del Senato. Ciò consente di rendere effettiva la loro responsabilità con il minor danno possibile per la loro indipendenza.

Sia i Francesi che gli Italiani hanno istituito, nel dopoguerra, un Consiglio Superiore della Magistratura per garantire l'indipendenza dei giudici e per infliggere sanzioni disciplinari a quelli che ne fossero passibili. Il modello francese non assicura una totale autonomia organizzativa della magistratura dal potere politico. Altrettanto non può

---

<sup>1</sup> Questa ricerca è il frutto di una collaborazione. La stesura finale ed i paragrafi 2, 3, 4, 8 e 9 sono da attribuirsi a Maria Elisabetta de Franciscis, mentre sono di Mary L. Volcansek, i paragrafi 1,5,6,7.

<sup>2</sup> Barone Charles de Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, trad. Thomas Nugent, New York: Hafner Publishing Co., 1949, p.90;

dirsi dell'Italia <sup>3</sup>, dove le funzioni dell'esecutivo in materia di amministrazione della giustizia appaiono circoscritte.<sup>4</sup>

La messa in stato d'accusa di cariche pubbliche non è un istituto del tutto nuovo alla tradizione italiana. Tacito ci ricorda che nella Repubblica romana era adottato per giudicare i delitti capitali <sup>5</sup>. L'istituto fu accolto dallo Statuto Albertino, che attribuiva la competenza d'accusa dei ministri alla Camera dei Deputati (art.47) ed il giudizio al Senato, trasformato per l'evenienza in Alta Corte di Giustizia (art.36). Il procedimento è parimenti previsto nella Costituzione Italiana del 1948, secondo la quale il Presidente della Repubblica può essere messo in stato d'accusa per alto tradimento (articolo 90) e per altri atti (articolo 135). Negli Stati Uniti, invece, la messa in stato d'accusa è stata più frequentemente applicata per rimuovere giudici federali.

L'indipendenza del giudice è assicurata sia in Italia che negli Stati Uniti. La responsabilità dei giudici, tuttavia, solleva una questione molto spinosa. Infatti, sia il procedimento che le relative sanzioni devono ispirarsi ai principi di indipendenza e responsabilità dei magistrati. Il procedimento sanzionatorio di un giudice, quindi, se da un lato non deve incrinare la fiducia nella magistratura, dall'altro, non dovrebbe essere instaurato da un organo che incida sulla indipendenza della stessa.

Con il presente saggio si intende valutare come due nazioni di *Common Law* abbiano conciliato l'indipendenza della magistratura con gli strumenti sanzionatori, e come l'*impeachment*, a cui si ricorre per rimuovere giudici che abbiano infranto la legge, si sia storicamente evoluto in Gran Bretagna e come il ricorso ad esso avvenga negli Stati Uniti d'America. Le analogie tra il modello britannico e quello statunitense sono molteplici e riscontrabili a) nel procedimento di selezione e nomina dei giudici; b) nella durata del mandato che è- in ambo i sistemi - *during good behaviour*; c) in materia disciplinare, tanto per gli atti sanzionabili, quanto per le imputazioni suscettibili di messa in stato d'accusa e la eventuale rimozione.

Centinaia di "risoluzioni" per la messa in stato d'accusa sono state presentate alla Camera dei Rappresentanti statunitense nel corso degli anni, e più di sessanta di esse sono risultate fondate e di fatto tanto gravi da indurre la Camera a concedere l'autorizzazione necessaria per l'avvio del lungo e complesso procedimento. Solo sedici richieste di messa in stato d'accusa sono state considerate fondate e quindi approvate

---

<sup>3</sup>Articolo 101 cost; artt.102,1° comma, e 104,1° comma; art.107, 3° comma.

<sup>4</sup>Giuseppe DeVergottini *Diritto Costituzionale Comparato*, IV Ed, Padova,CEDAM,1993, pp.306-316.

<sup>5</sup>Tacito, *De Moribus Germanis*, Liber XII, "*Licet apud consilium accusare, quoque et discrimen capitis intendere*".

dalla Camera ed inviate al Senato, sede del giudizio e di queste solo sette, tutte riguardanti giudici federali, hanno portato ad una condanna del giudice con la richiesta maggioranza dei due terzi del Senato.<sup>6</sup> Il limitato ricorso all'*impeachment* ha caratterizzato quasi duecento anni di storia americana, ma negli anni '80 del secolo scorso la sua frequenza è aumentata con tre giudici federali ad essa sottoposti, processati e rimossi in tre anni.

La natura politica dei reati passibili di *impeachment* fu riconosciuta fin dagli inizi nella Repubblica Americana, e, secondo Alexander Hamilton, questi "partecipano di una natura che, bene a ragione, può essere denominata politica, giacchè essi si riferiscono a reati che toccano direttamente la Società stessa".<sup>7</sup> Benchè la messa in stato d'accusa fosse stata praticata durante l'era coloniale ed anche adottata in molte costituzioni dei nascenti Stati<sup>8</sup>, il modello dell' *impeachment* nella costituzione federale fu quello Britannico. Gli elementi essenziali del processo, della dichiarazione da parte della Camera dei Comuni e del giudizio da parte dei Lords, sono in modo esplicito contenuti nello schema costituzionale statunitense, e molte delle motivazioni e sfumature delle procedure britanniche sono state egualmente riprodotte.<sup>9</sup>

**2. Il Procedimento di nomina dei giudici in Gran Bretagna.** Non esiste carriera giudiziaria in Gran Bretagna. Dal 1761 al 2003 i magistrati delle *High Courts* venivano nominati tra i giuristi e la maggior parte di essi erano *barristers* con almeno dieci anni di esercizio professionale.<sup>10</sup> La maggioranza dei giudici era assegnata ai tribunali inferiori ed era composta da uomini e donne "che dedicano una parte del loro tempo a sedere in giudizio in quelle corti dove viene discussa la grande massa delle cause minori"<sup>11</sup>. La selezione dei giudici in Gran Bretagna avveniva fino al 2003, ad opera del Parlamento, e l'iscrizione ad un partito o precedenti attività politiche degli aspiranti giudici venivano raramente presi in considerazione. I giudici dei tribunali di rango

---

<sup>6</sup> *infra*, paragrafo 6.

<sup>7</sup> Alexander Hamilton, John Jay, James Madison, *Il Federalista*, Nistri-Lischi, 1956, Numero 65, p.444.

<sup>8</sup> Peter Charles Hoffer e N.E.H.Hull, *Impeachment in America, 1635-1805*, New Haven, Yale University Press, 1984.

<sup>9</sup> Anche quando il procedimento contro il giudice della Corte Suprema, Samuel Chase, ebbe inizio nel 1805, l'allora presidente del Senato, Aaron Burr, "come molti americani, guardò all'Inghilterra, per i precedenti". Richard E. Ellis, *The Jeffersonian Crisis: Courts and Politics in the Young Republic*, New York, W.W. Norton and Company, 1971, p.96.

<sup>10</sup> Avvocati cioè, iscritti al *Bar* ed esperti di attività giudiziale.

<sup>11</sup> Antony J. Jolowicz, *L'Immunità del giudice nel diritto Inglese*, in *Giurisdizione e Responsabilità nei paesi della CEE e negli Stati Uniti d'America*, Atti dell' Incontro di Studio Internazionale, Roma 24-26 giugno 1987, *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, pp.359-378.

inferiore erano nominati dal Lord Cancelliere e quelli superiori dalla Corona su proposta del Primo Ministro<sup>12</sup>.

La riforma del 2003 ha introdotto le *Judicial Appointments Commissions* con il precipuo mandato di selezionare i candidati a ricoprire vacanze giudiziarie ed a dare suggerimenti al Segretario di Stato per gli Affari Costituzionali, al quale compete in ultima istanza la responsabilità della scelta. Poiché la Commissione può presentare un solo candidato per ciascuna vacanza, il funzionario preposto potrà solo accogliere o rifiutare il parere ricevuto<sup>13</sup>. Fino alla riforma la selezione dei giudici avveniva tra avvocati di sesso maschile appartenenti all'alta borghesia. Con la riforma si è voluto introdurre nella carriera giudiziaria (*on the Bench*) la diversità che è presente nella società<sup>14</sup>.

Nell'Inghilterra medioevale e fino a tutto il regno degli Stuart, la magistratura era chiaramente asservita al Sovrano<sup>15</sup>, tant'è che la durata del mandato era *durante beneplacito nostro*. Con il mutarsi degli equilibri tra Parlamento e Sovrano, anche la magistratura acquisì indipendenza dal potere regio e la nomina divenne a vita e *quamdiu se bene gesserint*.<sup>16</sup>

Formalmente, solo i giudici delle Alte Corti godono di immunità giudiziaria, ma nella prassi questa è stata estesa anche ai giudici di pace<sup>17</sup>. La responsabilità inoltre non è mai attribuibile al giudice, che viene considerato operatore al servizio dello Stato, sicchè è oltremodo difficile per un cittadino dimostrare la responsabilità del giudice.

**3. L'*Impeachment* in Gran Bretagna.** Già nel 1778, Blackstone riconosceva che "una messa in stato d'accusa davanti ai Lords da parte dei Comuni di Gran Bretagna, è un processo secondo leggi già note ed affermate", ed aggiungeva "e ve n'è stato frequente ricorso"<sup>18</sup>. L'istituto è tradizionalmente datato 1376<sup>19</sup>, benchè due casi precedenti furono definiti *impeachment*, in quanto avevano qualche rassomiglianza

<sup>12</sup>J.A.G. Griffith, *The Politics of the Judiciary*, London, Fontana Press, 1991, p.20.

<sup>13</sup> Kate Malleson "The New Judicial Appointments Commission in an Age of Judicial Power" in Kate Malleson and Peter H. Russell (eds) *Appointing Judges in an Age of Judicial Power*, Toronto Press, 2006, p.46.

<sup>14</sup> Kate Malleson, *The New Judiciary Aldershot*, Dartmouth, 1999, pp. 106-112.

<sup>15</sup> Sir Francis Bacon, giudice che nel 1620 subì lui stesso un *impeachment*, descrisse i magistrati inglesi agli inizi del XVII° secolo, essere dei leoni, "ma dei leoni sotto il trono, che agivano in maniera circospetta, timorosi di esercitare un controllo o di sanzionare il potere regio". Citato in A.H. Manchester, *Modern Legal History of England and Wales*, London, Butterworths, 1980, p.82.

<sup>16</sup> E.C.S. Wade and G.Godfrey Phillips, *Constitutional Law*, London, Longmans, 1960, p.30.

<sup>17</sup> infra, paragrafo 4.

<sup>18</sup> William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Ottava edizione, Oxford, Clarendon Press, 1778, Libro IV, p.259.

<sup>19</sup> Ibid.

con il primo ricorso ad esso in epoca medioevale<sup>20</sup>. Stando all'interpretazione del Blackstone, secondo cui "i capi d'imputazione per la messa in stato d'accusa sono una sorta di atti di incriminazione, riconosciuti dalla Camera dei Comuni, e poi giudicati dai Lords" <sup>21</sup>, i casi di Lord William Latimer e di Richard Lyons furono i primi ad avere le caratteristiche della messa in stato d'accusa. Dieci anni più tardi, i Comuni accusarono il Cancelliere d'Inghilterra, Sir Michael De la Pole, Conte di Suffolk, di appropriazione indebita e di negligenza nell'espletamento dei suoi doveri, ed i Lords lo condannarono per aver usato del proprio mandato per profitto personale. Egli fu multato, imprigionato e privato dei suoi terreni e redditi, anche se poi il Sovrano lo graziò e lo reintegrò in servizio.<sup>22</sup>

I parametri fondamentali dell'*impeachment* erano già definiti nel 1386 ed almeno dieci casi furono decisi entro il 1450.<sup>23</sup> A quell'epoca, la messa in stato d'accusa in Parlamento fu sostituita con la pena capitale.

Il ricorso all' *impeachment* riprese nel 1621 ed ancora una volta esso divenne prassi comune.<sup>24</sup> Come voleva la tradizione, né la Camera dei Comuni né quella dei Lords furono coinvolte nel procedimento in seduta comune, poichè una commissione della Camera dei Comuni sottoponeva le accuse e le prove raccolte ad una corrispondente commissione della Camera dei Lords. Spesso non fu necessario portare a termine i procedimenti, in quanto alcuni imputati si dichiararono colpevoli ed altri si resero irreperibili. Il Sovrano di norma accettò i verdetti e le sanzioni pronunciate dal Parlamento <sup>25</sup>, tuttavia, re Carlo I vi si oppose quando nel 1626 il Parlamento diede inizio al procedimento di messa in stato d'accusa per corruzione e cattiva amministrazione del

---

<sup>20</sup>Nel 1368, Sir John Lee fu accusato con petizione ai Comuni, e le imputazioni furono esaminate dal sovrano e dai rappresentanti sia dei Comuni che dei Lords. Tuttavia non si riscontra in questo caso, né l'imputazione da parte dei Comuni, né il giudizio da parte dei Lords. In quello stesso anno, l' Abate di Abingdon fu imputato, poi sottoposto alla pubblica accusa e giudicato. Anche in questo caso venne usato il termine *impeachment*, ma in realtà l'Abate fu accusato in nome della Corona e subì il processo ad opera di giudici e non dei Lords, inoltre, il suo processo non fu né civile né penale, ma non si attenne neanche alle procedure di messa in stato d'accusa, così come queste si andavano affermando. In proposito, Colin G.C. Tite, *Impeachment and Parliamentary Judicature in Early Stuart England*, Londra, Athlone Press, 1974, in particolare pp.8-11.

<sup>21</sup>William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, IV, p.260.

<sup>22</sup>J.S. Roskell, *The Impeachment of Michael de la Pole, Earl of Suffolk in 1386: In the Context of the Reign of Richard II*, Manchester, Manchester University Press, 1984, pp.194-198.

<sup>23</sup>Solo sette di questi si basavano sui termini "imputato e messo in stato d'accusa" o "messo in stato d'accusa ed imputato", ma la forma e la sostanza di ognuno era chiaramente un *impeachment*. Colin G.C. Tite, *Impeachment and Parliamentary Judicature in Early Stuart England*, p.222.

<sup>24</sup>Ciò è generalmente attribuito alla presenza in Parlamento di Sir Edward Coke. Anche se il termine "*impeachment*" non fu mai usato esplicitamente, Coke fece riferimento ai precedenti processi, e la Camera dei Comuni fece assegnamento sulle ricerche condotte da John Selden.

<sup>25</sup>J.P. Kenyon, *The Stuart Constitution: Documents and Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p.88.

Duca di Buckingham. Il Sovrano ricorse allo scioglimento del Parlamento<sup>26</sup>, e dovette trascorrere un secolo prima che fosse stabilito il principio secondo il quale un processo di messa in stato d'accusa, iniziato da una legislatura, potesse essere continuato dalla successiva.<sup>27</sup>

Il successivo scontro tra Corona e Parlamento si ebbe nel 1640, quando il Conte di Strafford fu messo in stato d'accusa con l'imputazione di tradimento per aver tentato di portare il Re e la nazione "sotto la tirannia ecclesiastica del papa", in quanto aveva cercato di far schierare l'Inghilterra al fianco di nazioni Cattolico-Romane quali la Francia e la Spagna. Quando i Lords esitarono a sottoporre a giudizio il conte -nel timore di creare un precedente secondo il quale un ministro poteva essere messo in stato d'accusa per i consigli dati alla Corona- i Comuni ricorsero alla condanna in contumacia ed ordinarono l'esecuzione di Strafford.<sup>28</sup>

Con la Restaurazione nel 1660 furono attribuiti al Re Carlo II più ampi poteri a danno del Parlamento, come si può desumere dall'andamento dei processi per la messa in stato d'accusa: nessuno di essi ebbe esito positivo senza il consenso del Sovrano. Fecero eccezione il caso Clarendon nel 1667 e quello di Sir Thomas Osborne, Conte di Danby, Primo Ministro di Carlo II. Tra il 1660 ed il 1710 si ebbe un solo procedimento per la messa in stato d'accusa, che sfociò nella condanna, nel 1689, del cattolico Lord Strafford.<sup>29</sup>

Dopo il regno di Carlo II i procedimenti per la messa in stato d'accusa, quale strumento di rivalsa parlamentare, diminuirono, e relativamente pochi se ne verificarono nel diciottesimo secolo.<sup>30</sup> Il perduto potere del Parlamento nel controllare i ministri del Re si spiega ampiamente con la disciplina delle relazioni tra la Corona ed il Parlamento attuata con la Dichiarazione dei Diritti del 1689. Avendo poi il Parlamento accresciuto il suo potere, non dovette più temere i ministri del Re. Diminuirono anche gli *impeachments* dei giudici, che lentamente acquistavano il rispetto delle popolazioni grazie ad una applicazione costante della regola dello *stare decisis*.

Vi furono ancora altri due ricorsi a questo istituto che, per le modalità e procedure implicate, influenzarono le scelte dei costituenti statunitensi oltre che l'opinione

---

<sup>26</sup>Goldwin Smith, A Constitutional and Legal History of England, New York, Charles Scribner's Sons, 1955, p.318.

<sup>27</sup>Commons Journal, Volume 4 (23 December, 1790), p.23.

<sup>28</sup>In seguito i Comuni misero in stato d'accusa ogni sorta di persone, ma solo pochi furono i processati, e l'intero procedimento cadde in discredito. J.P.Kenyon, The Stuart Constitution: Documents and Commentary, p.134.

<sup>29</sup>ivi, 360

<sup>30</sup>Eduardo, Conte di Oxford, fu messo in stato di accusa agli inizi di quel secolo per vari abusi di natura finanziaria mentre ricopriva la carica di Consigliere della Corona; ed il Lord Cancelliere Macclesfield, fu incriminato nel 1725 per corruzione nella determinazione degli incarichi di Cancelleria.

pubblica inglese. Nel 1786 Warren Hastings, primo Governatore Federale dell'India, fu messo in stato d'accusa per una serie di presunte infrazioni nell'espletamento delle sue funzioni nel territorio sub-asiatico e nell'amministrazione della Compagnia delle Indie Orientali. Il processo dinanzi ai Lords, diretto da una personalità quale Edmund Burke, si protrasse per sette anni, e terminò con il completo proscioglimento dalle accuse nel 1795. Questo risultato portò gli inglesi al convincimento che l'istituto era "un rimedio troppo sciatto e dilatorio".<sup>31</sup> Da ultimo Lord Melville fu posto in stato d'accusa nel 1805, dopo di allora il provvedimento fu abbandonato anche se non è mai stato abrogato e resta ancora nell'ambito dei poteri del Parlamento.<sup>32</sup>

L' *impeachment* fu quindi utilizzato per colpire i reati contro il governo. Le imputazioni, variamente denominate "tradimento", "alto tradimento", "reati", "peculati" e "alti crimini e peculati" implicavano accuse di comportamento scorretto tanto varie quanto i sovrani erano ingegnosi nell'ideare i mezzi per aumentare il loro potere a danno del legislativo.

Due dati emergono dai 400 anni di esperienza parlamentare inglese con la frase "alti crimini e peculati". In primo luogo, le particolari imputazioni di "*cattivo comportamento*" connesso con danni allo Stato, in forme quali la non corretta amministrazione di fondi, abuso di potere d'ufficio, negligenza, appropriazione delle prerogative parlamentari, corruzione e tradimento della fiducia. In secondo luogo la frase "alti crimini e peculati" ebbe un uso limitato al solo istituto dell' *impeachment*, non avendo radici nella legge penale ordinaria, e le particolari implicazioni di cattiva condotta non erano necessariamente limitate ai reati contemplati dalla legge, ma variavano di volta in volta.<sup>33</sup>

**4. Sviluppi contemporanei in tema di rimozione dei giudici in Gran Bretagna.** La magistratura inglese è oggi tra le più indipendenti del mondo occidentale, e nessun giudice è stato rimosso dalle Corti superiori dal 1830 in poi. La strada verso l'indipendenza è segnata da tappe fondamentali. La *Magna Carta Libertatum* del 1215 fece obbligo al Sovrano di nominare i giudici scegliendo tra coloro che "conoscono la

<sup>31</sup>William Holdsworth, *A History of English Law*, London, Sweet and Maxwell, 1956, Volume I, p.385.

<sup>32</sup>Il controllo sul governo è esercitato in ultima analisi dall'abilità della Camera dei Comuni nel forzare il governo a dimettersi, o approvando una mozione di "non fiducia" o nel rifiutare un progetto che il governo considera così vitale per la sua politica da farlo diventare una questione di fiducia, ma il Parlamento non ha usato questo suo potere per molti anni. Ciò a cui gli inglesi ricorrono più frequentemente a, è il Commissario Parlamentare.

<sup>33</sup>Boyan Stephen Jr. *Constitutional Aspects of Watergate-Documents and Materials*, New York, Oceana Publications Inc., 1976, Vol. I, "Report on Constitutional Grounds for Presidential Impeachment by the Staff of the impeachment inquiry".

legge ed intendono farla osservare"<sup>34</sup>. I regni Normanno e Tudor vedono l'applicazione del principio *durante beneplacito nostro* e, tra le conseguenze della Gloriosa Rivoluzione, si afferma definitivamente il principio di *quamdiu se bene gesserint*.<sup>35</sup> Nel 1700 e 1701, l'*Act of Settlement* sancì definitivamente la nomina a vita dei giudici e stabilì anche che essi percepissero uno stipendio così da garantirne l'indipendenza *nec spe nec metu*. Infine nel 1761, su richiesta del Sovrano, il Parlamento legiferò affinché la remunerazione dei giudici non subisse alterazioni durante la durata del mandato. Il *Judicial Act* del 1876 reiterò e confermò quanto era già stato stabilito.

Per i giudici delle Corti inferiori il *Court Act* del 1971, stabilisce la loro rimozione ad opera del Lord Cancelliere per incapacità o "cattiva condotta". Anche se il diritto inglese pone limiti all'immunità del giudice attraverso il controllo disciplinare, nella prassi sia i giudici delle corti superiori sia quelli delle corti inferiori nonché i giudici di pace, godono a tutt'oggi di immunità. La responsabilità civile non corrisponde più allo spirito del diritto inglese contemporaneo<sup>36</sup> e la procedura per l'eventuale risarcimento del danno da parte del giudice di pace è così onerosa per il cittadino che di fatto si è instaurata una equiparazione dei giudici di pace ai giudici delle corti superiori.

Con l'ingresso della Gran Bretagna nella Comunità Europea ed il recepimento delle normative europee nel diritto inglese gli studiosi ed i magistrati anglosassoni cominciano ad orientarsi verso l'introduzione di un sistema che preveda nel contempo, la tutela del cittadino e l'immunità giudiziaria<sup>37</sup>. Attualmente tale sistema è oggetto solo di dibattito dottrinario mentre al cittadino che si ritenga leso da una sentenza ingiusta o che accusi un giudice di aver agito con dolo o d'essere corrotto non resta altro rimedio che il ricorso in appello, sicché un'eventuale sentenza che annulli la precedente sarà ritenuta soddisfacente sia come risarcimento che come procedimento disciplinare del giudice di prima istanza.

## 5. II procedimento di nomina dei giudici negli Stati Uniti d'America.

L'indipendenza della magistratura da salvaguardarsi *ab originis* viene formalmente

<sup>34</sup> Giosuè Musca, La nascita del Parlamento nell'Inghilterra Medievale, Bari, Edizioni Dedalo, 1994, p.169 et ss.

<sup>35</sup> In tempi a noi più recenti, il Supreme Court Act del 1981, al paragrafo 11, reiterò la inamovibilità dei soli giudici delle corti superiori la cui età pensionabile è di 75 anni. Antony J. Jolowicz, L'Immunità del Giudice nel diritto Inglese, cit, p.364.

<sup>36</sup> Antony J. Jolowicz, sostiene che " la responsabilità civile è ormai un'idea tanto desueta da poter essere ignorata" in L'immunità del Giudice nel diritto Inglese, *ivi*, p.371.

<sup>37</sup> Tra i sostenitori di questo innovamento, Antony J. Jolowicz, *ivi*, pp.376-377, e Lord Scarman nel caso Re McC (A Minor) (1985) A.C. 528.

garantita anche nel sistema statunitense attraverso il meccanismo di nomina dei giudici stessi, ma il sistema statunitense si discosta dal modello inglese originario per la sua elevata influenza politica, in quanto la nomina dei giudici è considerata la fonte primaria del *patronage*<sup>38</sup>. Inoltre, generalizzando, si possono constatare due modelli di nomina dei giudici, uno a livello federale - che è quello a cui si farà riferimento in questo lavoro- ed uno a livello di Stati membri, cui si farà brevissimamente cenno. Infatti, nel 1776 in nessuno degli Stati la nomina dei giudici era attribuita al solo potere esecutivo,<sup>39</sup> ed il testo della costituzione federale che si ispira a quelle degli Stati costitutivi la federazione, sancisce solo che il Presidente nomina i giudici e che il Senato li conferma. Ancora oggi, negli Stati si procede a ricoprire le vacanze dei giudici vuoi tramite elezioni, vuoi tramite commissioni *ad hoc*.

In realtà nel procedimento di nomina dei giudici federali colui che detiene il potere è quel Senatore che, in quello Stato in cui la nomina deve avvenire, appartiene allo stesso partito politico del Presidente. Nella prassi si constata che tutti gli aventi diritto, sia il Senatore che segnala il candidato, sia il Dipartimento di Giustizia che valuta le candidature, e sia il Senato che conferma la nomina, agiscono secondo la logica partitica.

In applicazione del principio federale ciascuno dei cinquanta Stati ha un proprio procedimento per la nomina dei giudici e le differenze sono sostanziali. Vi sono, comunque, cinque "modelli base", che vengono seguiti per la nomina dei ventottomila giudici statali. Il modello meno seguito è quello della selezione ad opera del legislativo.<sup>40</sup> Attualmente il modello più seguito è quello della selezione e della durata del mandato dei giudici per merito (merit selection / merit retention), anche noto come il modello del Missouri.<sup>41</sup> Tra questi due estremi, vi sono i modelli elettorali, sia quello partitico sia

---

<sup>38</sup> Il *patronage* è l'attività di selezione dei futuri funzionari svolta dal partito, che essendo organizzato sul territorio, può selezionare su un vastissimo campione sia in base alle specifiche caratteristiche professionali che di volta in volta vengono richieste e sia in base alla lealtà partitica.

<sup>39</sup>Nelle costituzioni del 1776 del Maryland, Massachusetts, New Hampshire, New York e Pennsylvania, il governatore poteva nominare i giudici su parere ed approvazione di un consiglio, di norma composto da cinque a nove membri, eletti dal legislativo e provenienti da esso; le costituzioni del Connecticut, Delaware, Georgia, New Jersey, North Carolina, South Carolina e Virginia sancivano la elezione dei giudici da parte del legislativo. Mary L. Volcansek, *Judicial Impeachment: None called for Justice*, Chicago, University of Illinois Press, 1993, pp.3-4.

<sup>40</sup>Ogni qualvolta si presenti la necessità per una "vacanza", il legislativo statale provvederà all'elezione di un nuovo giudice.

<sup>41</sup>Una commissione formata da avvocati e da cittadini non addetti ai lavori, seleziona i candidati ad "una vacanza giudiziaria" e raccomandano una lista di nominativi formata da minimo tre e non più di cinque candidati, al Governatore, che è libero di scegliere da questa rosa. Alla seguente elezione generale, il nuovo giudice chiede il suffragio del popolo in base all'attività fin lì svolta. In questa elezione non avrà contendenti, come in Gran Bretagna per la ricandidatura dello Speaker dei Comuni.

quello non partitico, secondo i quali i candidati-giudici competono nelle elezioni come tutti gli altri pubblici ufficiali sebbene il tono delle loro campagne elettorali è fortemente improntato al rispetto dei criteri etici.<sup>42</sup> Infine, non può non ricordarsi il sistema delle nomine da parte dei governatori degli Stati membri, che segue i parametri delle nomine federali. Nonostante le persistenti e periodiche critiche a ciascun modello, tutti sopravvivono pressochè invariati da più di duecento anni.<sup>43</sup>

Non è superfluo ricordare, infine, che la stessa dicotomia, riscontrabile tra Stati membro e governo federale in materia di nomina dei giudici, può essere rilevata per la durata del mandato.<sup>44</sup>

**6. L'Impeachment negli Stati Uniti d'America.** In qual misura la messa in stato d'accusa come prevista dal sistema britannico abbia inciso su quello statunitense è tutta da verificare.<sup>45</sup> Le influenze parallele e reciproche attraverso l'Atlantico furono inevitabili. L'esperienza americana relativa alla messa in stato d'accusa nel periodo coloniale ha certamente avuto un peso considerevole, forse anche maggiore della conoscenza stessa della tradizione britannica<sup>46</sup>, ma le leggi inglesi e, in particolare, la normativa parlamentare, furono parte importante del diritto statunitense quando le ex-colonie si diedero una nuova forma di governo<sup>47</sup>.

La messa in stato d'accusa è menzionata sei volte nella Costituzione<sup>48</sup> e si discosta esplicitamente dalla procedura britannica. Nella legge fondamentale si definisce la portata dell'*impeachment* come estensibile al "Presidente, Vice Presidente, e tutti i Funzionari civili degli Stati Uniti", i quali possono essere rimossi dalle loro funzioni

<sup>42</sup> Alcuni Stati americani hanno deciso di sottoporre i loro giudici ad elezioni periodiche. Sistema questo, largamente criticato, ma che nonostante tutto, continua. Un simile esperimento fu tentato in Francia subito dopo la Rivoluzione del 1789, ma fu rapidamente abbandonato. Mary L. Volcansek e Jacqueline Lucienne Lafon, Judicial Selection: The Cross-Evolution of French and American Practices, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 1988, pp.57-60.

<sup>43</sup> *ivi*, pp.15-38.

<sup>44</sup> Negli Stati in cui il modello seguito è quello dell'elezione, il mandato ha un termine che viene generalmente fissato per sei anni, al termine dei quali, però, al giudice vengono interdetti i pubblici uffici.

<sup>45</sup> Tra i sostenitori dell'assenza di una influenza della prassi britannica sulla costituente statunitense, si vedano, Hoffer, Peter Charles e Hull N.E.H., Impeachment in America, 1635-1805; e Bradley, A.W., *Personal Responsibility and Government--A Role for Impeachment?* in Carnall Geoffrey e Nicholson Colin (a cura di) The Impeachment of Warren Hastings, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1989. Per la tesi opposta, si veda Volcansek, Mary L. *British Antecedents for U.S. Impeachment Practices: Continuity and Change* Justice System Journal, 14 (Summer 1990) pp.40-62.

<sup>46</sup> Bradley, A.W. *Personal Responsibility and Government--A Role for Impeachment*, pp.172-3.

<sup>47</sup> Nel A Summary View of the Rights of British America, Jefferson nel 1774, affermò che "le leggi d'Inghilterra sembrano essere state adottate col consenso dei colonizzatori.....eccetto quando "una loro diversa condizione" le rendeva inapplicabili" In Dumbauld Edward, Thomas Jefferson and the Law, Norman, University of Oklahoma Press, 1978, p.25.

<sup>48</sup> Costituzione degli Stati Uniti d'America: Articolo I, Sezione 2 comma 5 e Sezione 3 comma 6 e comma 7; Articolo II Sezione 1 comma 6 e Sezione 4; Articolo III, Sezione 2 comma 3.

attraverso la messa in stato d'accusa e la condanna per "tradimento, corruzione, o altri gravi crimini e trasgressioni"<sup>49</sup>. Il testo originale di questa clausola restringeva la messa in stato d'accusa ad atti di tradimento e corruzione, ma l'8 settembre 1787, George Mason introdusse un terzo reato, la "cattiva amministrazione". Il carattere vago del termine da lui proposto, tuttavia, fu accolto e fu aggiunta la frase "altri crimini e trasgressioni".<sup>50</sup>

Il ruolo della Camera dei Rappresentanti nel formulare le accuse, parallelo a quello dei Comuni Britannici, è definito nell'articolo 1, sezione 2<sup>51</sup>, ed il potere del Senato di processare si riscontra nella sezione 3 dello stesso articolo<sup>52</sup>. Le pene derivanti dalla condanna, previste nella stessa sezione, sono limitate alla rimozione ed interdizione, diversamente dalle sanzioni britanniche che si estendevano fino alla pena capitale. La Costituzione fa divieto al Presidente di ricorrere al potere di grazia nei casi di messa in stato d'accusa e ciò in evidente contraddizione con la prassi britannica del perdono regale<sup>53</sup>. Infine, il diritto ad un processo equo da parte di una giuria, sancito dall' *Habeas Corpus* e recepito dalla Costituzione statunitense, esclude i casi di messa in stato d'accusa.<sup>54</sup>

Queste disposizioni sollevarono critiche anche al di là dei singoli casi concreti<sup>55</sup>. Il carattere essenzialmente politico o più specificamente di parte della messa in stato di accusa fu notato fin dall'inizio ed ammesso perfino da Alexander Hamilton nella sua difesa della ratificanda costituzione. Un processo di *impeachment* "non potrà mancare- egli scrisse- di mettere in agitazione le passioni di tutta la comunità dividendola in partiti volta a volta favorevoli o contrari all'imputato"<sup>56</sup>. La conseguenza, pertanto, è che la colpevolezza o innocenza delle parti sarà meno importante nel determinare il risultato,

---

<sup>49</sup> Articolo 2, sezione 4.

<sup>50</sup>Farrand,Max,(a cura di) The Records of the Federal Convention of 1787, New Haven, Yale University Press,1911, Vol.II,P.550.

<sup>51</sup>"La Camera dei Rappresentanti,....sola avrà il potere di mettere in stato d'accusa il Presidente o i membri del Congresso".

<sup>52</sup>"Il Senato avrà il potere esclusivo di giudicare gli atti d'accusa contro membri del Governo e parlamentari. Ove si riunisca per tale scopo, i suoi membri presteranno giuramento o impegneranno la propria parola. Ove si debba giudicare il Presidente degli Stati Uniti, presiederà il Presidente della Corte Suprema;nessun accusato potrà essere dichiarato colpevole senza una maggioranza dei due terzi dei membri presenti. Le condanne pronunziate in tali casi non avranno altro effetto se non di allontanare l'accusato dalla carica che occupa e di interdirlgli, negli Stati Uniti, l'accesso a qualsiasi carica onorifica, di fiducia o retribuita; ma il condannato potrà nondimeno essere soggetto o sottoposto ad incriminazione, processo, giudizio e punizione secondo le leggi ordinarie."

<sup>53</sup> Articolo 2.

<sup>54</sup> Articolo 3.

<sup>55</sup> infra, paragrafo 6, pp.

<sup>56</sup>Hamilton, Il Federalista, n.65, cit. p.444.

della "relativa forza spiegata dalle parti in questione".<sup>57</sup> Ai suoi timori fece eco in seguito Thomas Jefferson che, in risposta alla prima esperienza del Congresso in materia di messa in stato d'accusa, scrisse a James Madison, che "la messa in stato di accusa era più uno strumento di passione che di giustizia".<sup>58</sup>

Il primo *impeachment* fu a carico del senatore William Blount incriminato nel 1797, senza dibattito, con cinque capi d'imputazione riguardanti i suoi presunti tentativi di incitare gli indiani Creek e Cherokee ad attaccare i coloni spagnoli nella Florida e nella Louisiana, compromettendo con ciò la neutralità statunitense. Blount fu espulso dal Senato prima ancora che il processo derivante dalla messa in stato d'accusa avesse inizio in sede penale. Con l'eccezione dell'*impeachment* del Presidente Andrew Johnson, nel 1867,<sup>59</sup> e del Ministro della Guerra, William W. Belknap, nel 1876, tutti gli altri casi coinvolsero giudici federali.

Ai giudici statunitensi è concesso dall'articolo 3 della Costituzione di rimanere in carica a vita, salvo l'ipotesi di incorrere in una lesione della "buona condotta",<sup>60</sup> ma sono altresì considerati "funzionari civili degli Stati Uniti" in base all'articolo 2, ai fini della messa in stato d'accusa.<sup>61</sup> La prima disposizione fu voluta come strumento per garantire l'indipendenza giudiziaria dall'interferenza da parte di altri organi. L'esempio britannico di rimozione dei giudici da parte dell'esecutivo su richiesta di entrambe le camere del legislativo fu esplicitamente respinto alla costituente, perchè, come spiegò Gouverneur Morris, sarebbe stata una contraddizione mantenere una funzione per buona condotta "e tuttavia poter essere rimosso senza giudizio", e sarebbe "fondamentalmente errato sottoporre i giudici ad una autorità tanto arbitraria."<sup>62</sup> Il procedimento britannico, secondo James Wilson, era inadeguato per gli Stati Uniti poichè in Inghilterra vi erano poche probabilità che entrambe le Camere concordassero<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> Citato in, Johnson, Herbert A., Foundations of Power: John Marshall, 1801-15, New York, Macmillan Publishing Co., 1981, p.207.

<sup>59</sup> Il presidente Andrew Johnson fu ufficialmente messo in stato d'accusa dalla Camera dei Rappresentanti nel 1868 ma venne assolto di misura dal Senato per un solo voto. Johnson era stato accusato di aver prevaricato i propri poteri e screditato il Congresso revocando il mandato ad un Segretario della Guerra senza averne informato il Senato.

<sup>60</sup> L'articolo 3, sezione 1, recita infatti "I giudici della Corte Suprema e quelli delle Corti di grado inferiore conserveranno il loro Ufficio finchè non se ne renderanno indegni con la loro condotta".

<sup>61</sup> L'articolo 2, sezione 2, recita infatti che il Presidente "avrà il potere, su parere e consenso del Senato" di designare e nominare "i giudici della Corte Suprema e tutti gli altri pubblici funzionari degli Stati Uniti, la cui nomina non sia altrimenti disposta con la presente Costituzione"; lo stesso articolo alla sezione 4 recita, "il Presidente, il Vice-Presidente e ogni altro funzionario civile degli Stati Uniti saranno rimossi dall'Ufficio ove, in seguito ad accusa mossa dalla Camera, risultino colpevoli di tradimento, di concussione o di altri gravi crimini".

<sup>62</sup> Farrand Max (a cura di) The Records of the Federal Convention of 1787, New Haven, Yale University Press, 1911, Vol II, p.428.

<sup>63</sup> Farrand, Vol. II, p.429.

Il rimedio per la rimozione dei giudici, almeno quelli della Corte Suprema, era implicito nei dibattiti sull'articolo 2.<sup>64</sup> Gli eventi politici coevi alla prima messa in stato d'accusa di un giudice indicano con chiarezza la natura partitica e politica del processo, come era tradizione della storia inglese.<sup>65</sup> Per la prima volta nel Senato degli Stati Uniti, la sentenza, che verrà poi ripresa altre quattordici volte fino al 1989, fu emessa il 4 gennaio 1804. Il caso Pickering fu il primo a concludere l'intero *iter* e la conclusione stessa fu considerata come una conferma della profezia di Hamilton, poichè la strategia politica e la disciplina di partito risultarono essere elementi chiave.<sup>66</sup> Molti concordano nell'affermare che anche il caso Samuel Chase fu di natura settaria. Il processo e la non incriminazione di Chase per nessuno degli otto capi d'imputazione ebbero una serie di conseguenze per la sopravvivenza di questo istituto. I giudici federali furono considerati "notevolmente migliorati" ed in seguito evitarono di farsi coinvolgere in politiche partitiche.<sup>67</sup> Randolph, convintosi dell'inefficacia della messa in stato d'accusa, presentò un emendamento costituzionale per rendere tutti i giudici rimovibili da parte dell'esecutivo, su richiesta di entrambe le camere, emendamento che però non ebbe sorte migliore del procedimento dello stesso Randolph contro Chase.

Il processo Chase ebbe anche un altro effetto. Seppellì la messa in stato d'accusa come arma politica per un'intera epoca. Interessi apertamente partitici non avrebbero caratterizzato, almeno per un periodo, la messa in stato d'accusa dei giudici benchè i motivi sottostanti a diversi "casi" potrebbero essere stati altrettanto politici quanto quelli di Pickering e Chase. La messa in stato d'accusa non fu tuttavia dimenticata e James Peck, della Corte Distrettuale del Missouri, fu messo in stato d'accusa dalla

---

<sup>64</sup>I dibattiti del 22 agosto 1787 registrarono l'inclusione della frase "I giudici della Corte Suprema saranno processabili da parte del Senato, dopo la messa in stato d'accusa da parte della Camera dei Rappresentanti". Farrand, Vol.II,p.366.

<sup>65</sup>Il Congresso dominato dai Federalisti, colpito dalla sconfitta del partito in entrambe le elezioni esecutive e legislative, del 1800, approvò nel 1801 l'Atto Giudiziario che fu marcatamente partigiano. Quella legge, tra l'altro, fu concepita con l'intento di privare Jefferson della nomina alla Corte Suprema, tramite la disposizione che, in seguito al collocamento a riposo, o alle dimissioni di un giudice, il numero dei magistrati della Corte sarebbe stato permanentemente ridotto da sei a cinque. Insediatosi il nuovo Congresso a maggioranza Jeffersoniana, questo avviò le procedure per abrogare l'Atto Giudiziario del 1801. Il conflitto tra gli organi fu aggravato nel 1803 dal parere emesso dal Presidente della Corte Suprema, John Marshall, nel caso *Marbury v. Madison* che autoattribuiva il potere di sindacabilità costituzionale delle leggi alla Corte Suprema e rafforzava, quindi, la posizione della magistratura, che era peraltro di convinzione politica Federalista. I Repubblicani Jeffersoniani alla Camera dei Rappresentanti contrattaccarono approvando i capi d'imputazione per la messa in stato d'accusa del giudice Federalista, John Pickering. Nonostante le posizioni iniziali di Jefferson, circa il ricorso alla messa in stato d'accusa e le sue stesse perplessità sull'abuso politico del quale il processo era suscettibile, egli ed i suoi collaboratori cominciarono a considerare l'*impeachment* un mezzo per controllare e rimuovere giudici politicamente antagonisti.

<sup>66</sup>Turner, Lynn M., *The Impeachment of John Pickering* in *American Historical Review*, 65 (April,1949),pp.487-8. Si veda anche, *The Trial of John Pickering, Judge of the New Hampshire District, on a Charge Exhibited to the Senate of the United States, for High Crimes and Misdemeanors*, S.Doc. 876,pp.20-21.

<sup>67</sup>Lillich, Richard,B; "The Chase Impeachment" in *American Journal of Legal History*, 4 (January 1960)p.71.

Camera nel 1830 con 123 Rappresentanti che lo ritennero colpevole e 49 che non giudicarono le accuse tali da sottoporre Peck ad un *impeachment*. La sentenza di assoluzione fu pronunciata dal Senato con un margine ristrettissimo<sup>68</sup>. Nel 1862 il giudice distrettuale federale del Tennessee, West H. Humphreys, fu messo in stato d'accusa con sette capi di imputazione. Humphreys fu ritenuto colpevole da tutti i Senatori su due capi e assolto su un altro. Almeno un Senatore votò per la non colpevolezza su ciascuno dei rimanenti quattro capi.<sup>69</sup>

Il settarismo non sembra essere stato un fattore determinante nè nella messa in stato d'accusa di Peck nè in quella di Humphreys e l'istituto per il resto del secolo fu riservato a personaggi di maggior rilievo, quale il Presidente Johnson e, in seguito, il Segretario alla Guerra, Belknap, che furono entrambi assolti. Quando tra il 1903 ed il 1936, si ebbe un'altra ondata di indagini del Congresso sulla condotta dei giudici federali, questi svilupparono una nuova strategia: le dimissioni in sostituzione alla messa in stato d'accusa.<sup>70</sup> Si ebbero così otto dimissioni e cinque casi di messa in stato d'accusa<sup>71</sup>. Tra quest'ultimi solo due giudici furono condannati, ed uno, George English, si dimise prima del processo al Senato.<sup>72</sup> Ten Broek, che analizzò questa serie di incriminazioni, concluse che alcune di esse erano il risultato di uno sforzo del Partito Democratico per rimuovere giudici del Partito Repubblicano e mettere quest'ultimo, che all'epoca deteneva il predominio politico, in difficoltà. Alcune indagini sono invece da ritenersi il prodotto di giochi politici più circoscritti.<sup>73</sup>

Anche se dopo il caso di Halsted Ritter nessun altro giudice degli Stati Uniti è stato messo in stato d'accusa per cinquant'anni, altri, come i Giudici della Corte Suprema Abe Fortas e William O. Douglas, sono stati sottoposti ad indagini da parte del Congresso.

<sup>68</sup> Il voto del Senato fu infatti di 21 a favore della colpevolezza e 22 per l'assoluzione con l'astensione di due Senatori.

<sup>69</sup> Proceedings of the Senate, Appendix, "Preliminary to the Trial of the Impeachment of James H. Peck, Judge of the District Court of the United States for the District of Missouri (April 26, 1830 to January 31, 1831), 238-326; e Journal of the Senate, Appendix, "Executive Proceedings of the Senate" dai quali è stata rimossa l'ingiunzione di segretezza durante la seconda Sessione del Trentasettesimo Congresso (26 Giugno 1862), pp. 895-904.

<sup>70</sup> Thomas Irwin si dimise nel 1859, a lui fecero seguito, Mark Delahay e Charles T. Sherman nel 1873, e Edward Durrell e Richard Busteed nel 1875. In, Joseph Borkin, The Corrupt Judge: An Inquiry into Bribery and Other High Crimes and Misdemeanors in the Federal Courts, New York, Clarkson N. Potter, Inc. 1962, pp. 219-258.

<sup>71</sup> Il giudice distrettuale Charles Swayne, del distretto settentrionale della Florida, fu messo in stato d'accusa nel 1904; il giudice della Corte Commerciale, Robert W. Archbald, nel 1912; il giudice dell'Illinois, George W. English, nel 1925; il giudice della California, Harold Louderback, nel 1933; ed infine il giudice distrettuale per la Florida meridionale, Halsted Ritter, nel 1936. Le dimissioni furono invece la via scelta da Cornelius Hanford; Alston Dayton; Daniel Thew Wright; Frank Cooper; Francis Winslow; James A. Lowell; Joseph W. Molyneaux; e Samuel Alschuler. In proposito si veda, Jacobus Ten Broek, "Partisan Politics and Federal Judgeship Impeachment Since 1903" in Minnesota Law Review, 23 (1939), p. 185.

<sup>72</sup> Questa strategia, seguita dalla maggior parte dei giudici messi sotto inchiesta dal Congresso nel ventesimo secolo, fu ritenuta lecita e liberò il Senato dal gravoso compito di processare i giudici immorali.

<sup>73</sup> Jacobus Ten Broek, p. 185.

Douglas fu oggetto di inchiesta congressuale, o almeno di risoluzioni che ne proponevano la messa in stato d'accusa in tre occasioni, nel 1953, nel 1957 e nel 1970. Tutte finirono di fatto nel nulla. Fortas fu sottoposto ad inchiesta in concomitanza alla proposta del Presidente Lyndon Johnson di nominarlo Presidente della Corte Suprema. La nomina non ottenne il consenso del Senato, ma vennero rivelati probabili conflitti di interesse ed undici Senatori appartenenti al suo stesso partito chiesero le sue dimissioni. Nessuna flagranza di reato emerse dalle indagini del Dipartimento di Giustizia sui comportamenti di Fortas e la messa in stato d'accusa fu archiviata. Ciò nonostante Fortas si dimise nel 1968 affermando che "mentre egli non aveva agito erroneamente, il dimettersi sarebbe stato nel miglior interesse della Corte, e che non vi era altra scelta per un uomo d'onore a causa del clamore sulla stampa".<sup>74</sup>

Il Congresso giunse quindi ad attendersi le dimissioni dei giudici ogni qualvolta la loro condotta desse adito a sospetti e la messa in stato d'accusa dei giudici federali cadde temporaneamente in desuetudine, preferendo il Congresso ricorrere a tale istituto solo per i personaggi politici di maggior rilievo.

**7. Sviluppi contemporanei e la giurisprudenza sulla imputabilità dei giudici federali negli Stati Uniti d' America.** Nei cinquant'anni che seguirono il processo Ritter, si delineò un nuovo istituto per il controllo della condotta dei giudici. Infatti, l'*impeachment* si era rivelato strumento poco idoneo a disciplinare, non solo per i tempi molto lunghi del procedimento stesso e perché vi si può ricorrere solo in casi gravi, ma principalmente perché la rimozione del giudice, o le sue dimissioni, giungono inevitabilmente dopo aver incrinato la fiducia nel potere giudiziario.

Fu maggiormente avvertita l'esigenza di affrontare la complessa tematica con strumenti normativi ed il Congresso, nel 1980, approvò una legge che regolava gli illeciti giudiziari dei magistrati federali ed istituiva il Consiglio Giudiziario (*Judicial Council*) investito di autorità sanzionatoria<sup>75</sup>. La creazione di un organo autodisciplinante non risolse peraltro tutte le problematiche relative all'*impeachment*, che non veniva esautorato dal nuovo organo, al contrario ma veniva reiterato quale strumento sanzionatorio per le infrazioni più gravi.

---

<sup>74</sup>Bruce Allen Murphy, Fortas: The Rise and Ruin of a Supreme Court Justice, New York, William Morrow and Company, 1988, pp.566-573.

<sup>75</sup> Il Judicial Councils Reform and Judicial Conduct and Disability Act, del 1980.

Da ultimo, la frequente richiesta di azioni disciplinari a carico di giudici federali ed il ricorso agli strumenti sanzionatori ha evidenziato che il dettato costituzionale non preclude l'azione giudiziaria in aggiunta alla messa in stato d'accusa ed alla eventuale sanzione e rimozione<sup>76</sup>. Esso sanziona infatti che "la parte condannata sarà tuttavia punibile e soggetta all'incriminazione, processo, giudizio e condanna, secondo la legge". La normativa ora ricordata pone dunque il problema del se un giudice in carica, o altro funzionario civile passibile di *impeachment*, possa essere perseguito penalmente prima di essere stato messo in stato d'accusa; e del cosa avviene se un giudice incorre in reati.

Nella prassi degli Stati Uniti in materia di rimozione dei giudici interessa il caso di Martin Manton, magistrato di Corte d'Appello (Secondo Distretto), che nel 1939 fu condannato per corruzione. Da allora fino al 1973, anno in cui l'ex governatore dell'Illinois e Giudice Distrettuale degli Stati Uniti in carica, Otto Kerner, fu condannato per corruzione e frodi postali, evasione fiscale e falsa testimonianza, nessun giudice era stato tradotto in tribunale in veste d'accusato. Le imputazioni si riferivano al periodo in cui Kerner era governatore e si estendevano a tutto il suo mandato in qualità di giudice federale. Kerner sostenne che in base alla Costituzione (articoli I e II) egli poteva essere rimosso solo attraverso il procedimento di messa in stato d'accusa; e che il processo e la condanna in sede penale equivalevano alla rimozione dall'incarico. Di conseguenza in questo caso il procedimento penale era una usurpazione delle prerogative congressuali. La Corte d'Appello (Settimo Distretto) nel decidere il caso sostenne che l'essere titolare di un ufficio federale non precludeva il procedimento penale, in quanto "l'immunità del mandato non è una autorizzazione a commettere reati o il condono di crimini commessi antecedentemente".<sup>77</sup> La Corte d'Appello basò la sua asserzione su una serie di eventi che vanno dal Primo Congresso del 1790 alle posizioni della Camera dei Rappresentanti nel 1796, all'abrogazione nel 1802 dell'Atto Giudiziario del 1801. Benché la Corte Suprema non avesse mai deciso un caso che coinvolgeva un giudice federale, la Corte d'Appello si basò su casi analoghi in cui la Corte Suprema aveva confermato la condanna di un Senatore in carica<sup>78</sup>, i limiti all'immunità congressuale in base alla clausola sull'opinione e dibattito<sup>79</sup>, e il procedimento penale in generale contro giudici, legislatori e funzionari dell'esecutivo<sup>80</sup>. La Corte rilevò inoltre che la dottrina della separazione dei

<sup>76</sup> Articolo 1, sezione 3, comma 7.

<sup>77</sup> *United States v. Isaacs and Kerner*, 493 Fed.2d 1124, at 1142.

<sup>78</sup> *Burton v. United States*, 202, U.S. 344, 1906.

<sup>79</sup> *Gravel v. United States*, Supreme Court of the United States, 1972. 408 U.S. 606,92 S.Ct. 2614, 33L.Ed. 2d 583; e, *United States v. Brewster*, Supreme Court of the United States, 1972. 408 U.S.501, 92 S.Ct.2531.

<sup>80</sup> *O'Shea v. Littleton*. 414, U.S. 488, 1974.

poteri non era affatto un ostacolo ed andò notevolmente oltre al punto da suggerire che, a causa delle "accentuazioni politiche" della messa in stato d'accusa, l'indipendenza giudiziaria era meglio protetta nei tribunali dove le "questioni sono ascoltate in maniera calma e ragionata e sono soggette alle regole della prova, alla presunzione di innocenza e ad altre salvaguardie" garantite dall' *Habeas Corpus*.<sup>81</sup> Avendo compreso la portata innovatrice della sentenza, il giudice Kerner si dimise dalla carica e pertanto non fu soggetto alla messa in stato d'accusa da parte del Congresso.

Sull'assunto della punibilità in sede penale dei giudici in carica negli Stati Uniti d'America, tre giudici distrettuali sono stati rimossi nell'ultimo decennio. Harry Claiborne del Nevada fu processato penalmente per complicità in un caso di corruzione<sup>82</sup>. Fu ritenuto colpevole e condannato a due anni di carcere oltre a pagare due multe pecuniarie. Claiborne fece allora ciò che nessun altro giudice federale aveva mai fatto prima, rifiutò di rassegnare le dimissioni. Dopo aver esaurito tutti i gradi d'appello, andò in prigione ma mantenne il grado ed il salario di Giudice Distrettuale degli Stati Uniti.

L'unico strumento in grado di obbligare Claiborne a dimettersi, in quanto condannato in stato di detenzione, poteva essere l'*impeachment*. Lo stesso Claiborne ne fece richiesta al Congresso affinché questo rettificasse gli errori giudiziari di cui si diceva vittima<sup>83</sup>. La Camera votò su quattro capi d'imputazione per la messa in stato d'accusa, con un voto di 406 a 0 nel luglio 1986 ed una maggioranza dei due-terzi del Senato lo dichiarò colpevole per tre dei quattro capi d'imputazione. Claiborne fu giudicato colpevole dal Senato in base all'incompatibilità tra la funzione giudiziaria ed il ruolo di detenuto<sup>84</sup>. A causa della sentenza di condanna, Claiborne, dopo aver subito la pena carceraria, subì anche l'interdizione dalle Corti Federali ma non dalle Corti Statali del Nevada<sup>85</sup>.

Dei tre giudici recentemente messi in stato d'accusa, il caso del giudice Federale del Distretto della Florida, Alcee Hastings, si discosta ulteriormente dalla prassi. Hastings,

---

<sup>81</sup>United States v. Isaacs and Kerner, at 1144.

<sup>82</sup>Ma il suo processo nel 1984 si concluse con una giuria "ferma ed incapace di decidere". Le accuse di corruzione furono lasciate cadere, ma i giudici continuarono in un secondo processo in base a quelle che inizialmente erano state accuse supplementari di evasione fiscale.

<sup>83</sup>Hearings before the Subcommittee on Courts, Civil Liberties and the Administration of Justice, Committee on the Judiciary, House of Representatives, 99th Congress, Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1986, p.3.

<sup>84</sup>La difesa di Claiborne davanti al Senato al completo, che tenne un "processo abbreviato" durato un giorno solo, fu l'affermazione che "ciò che viene messo in pericolo è l'indipendenza della magistratura Statunitense che deve rimanere libera dalla minaccia di una procedura giudiziaria premeditata". 132 *Congressional Record*, S-15759-62 (9 Ottobre 1986)

<sup>85</sup>La Corte Suprema del Nevada, scavalcando le procedure disciplinari standard dell'avvocatura di quello stato, condusse una propria indagine sull'idoneità di Claiborne a svolgere la professione forense e concluse che Claiborne era stato vittima di una vendetta da parte di alcuni funzionari del ministero della giustizia. In proposito, Noreen Marcus, "Now the Fate of Lawyer Hastings", 64 *Miami Review* (October 31, 1989), p.4.

uno dei pochissimi giudici di colore <sup>86</sup>, fu sospettato, indagato e processato per corruzione. Fu assolto, ma poche settimane dopo il verdetto la magistratura federale iniziò le proprie indagini che condussero nel 1987 ad una richiesta di messa in stato d'accusa inoltrata alla Camera dei Rappresentanti dal Presidente della Corte Suprema. La Camera votò a stragrande maggioranza su 17 capi d'imputazione <sup>87</sup>. Il voto del Senato invece fu diviso. La richiesta maggioranza dei due-terzi non fu raggiunta per tre capi d'imputazione ma lo fu per altri sette <sup>88</sup>. Hastings fu sospeso dalla magistratura ma tornò ad esercitare la carriera forense nella Florida meridionale.

L'ultimo caso di messa in stato d'accusa di un giudice federale, è stato quello di Walter Nixon del Mississippi. Questo *impeachment* ripresentò lo stesso dilemma del caso Claiborne. Poteva, cioè, una persona colpevole d'aver commesso dei reati e dopo esser stato condannato in un giudizio penale, continuare a far parte della magistratura e quindi ad amministrare la giustizia? Nixon aveva infatti subito un processo che lo vedeva accusato e poi giudicato colpevole di corruzione. Proposto l'appello, che confermò la sentenza, Nixon fu condannato a cinque anni di detenzione <sup>89</sup>.

Sia alla Camera, sia al Senato Nixon affermò d'essere stato vittima di un complotto politico. La Camera nondimeno votò unanimemente (417 a 0) per la messa in stato d'accusa, ed anche il Senato, sebbene più diviso, votò per la rimozione di Nixon.<sup>90</sup>

**8. L'Impeachment quale processo politico.** Gli strumenti sanzionatori per gli illeciti giudiziari di natura particolarmente gravi sono l' *impeachment* ed il processo penale. Tuttavia negli oltre duecento anni di storia statunitense le poche volte in cui si è fatto ricorso alla messa in stato d'accusa, le caratteristiche di ciascun *impeachment* ed i particolari momenti storici in cui questi si sono verificati, non permettono di affermare con certezza l'esistenza di parametri precisi per determinare in maniera inequivocabile sia la tipologia dei reati, sia i comportamenti suscettibili di messa in stato d'accusa e di rimozione dalla magistratura. Infatti i casi di messa in stato d'accusa conclusi con una condanna di colpevolezza non sono particolarmente istruttivi, dacché né Pickering né

<sup>86</sup>Prima dell'elezione del Presidente Jimmy Carter nel 1976, solo 32 giudici di colore erano membri della magistratura federale. Carter ne nominò 28 (il 14% delle sue 202 nomine giudiziarie), e tra questi Alcee Hastings. Sheldom Goldman, "Carter's Judicial Appointments: A Lasting Legacy", *Judicature*, 64 (marzo 1981)p.348.

<sup>87</sup>Con un voto di 413 a 3. *Congressional Record* (August 3,1988) ,H-6183.

<sup>88</sup>In seguito ad un accordo, cinque capi non furono sottoposti a votazione, in quanto il risultato era già stato predeterminato dai precedenti sette capi d'imputazione. *Congressional Record* (October 20,1989), S-13787.

<sup>89</sup>*United States v. Nixon*, H85-00012 (1986).

<sup>90</sup>Nixon fu ritenuto colpevole su due capi d'imputazione da due-terzi dei Senatori, e non colpevole sul terzo capo, che citava vari casi di menzogna. *ivi*.

Humphreys presentarono una difesa. Lo stesso può dirsi di quei capi d'imputazione che sfociarono in assoluzioni nei casi Archbald e Ritter. Sia l'*impeachment* di Claiborne che quello di Nixon furono predeterminati dalle sentenze a loro carico, ed il caso di Alcee Hastings rimane un episodio isolato nella storia istituzionale degli Stati Uniti d'America.

I casi verificatisi di messa in stato d'accusa dei giudici aiutano poco per l'interpretazione dell'espressione "altri gravi reati" *ex art.* 2, Sezione IV.<sup>91</sup> Con certezza si può solo affermare che all'epoca della Convenzione di Filadelfia, nella legislazione britannica si faceva ricorso alla frase "altri gravi reati" in riferimento ad "omissioni di denuncia" ivi inclusa la cattiva amministrazione e l'appropriazione indebita <sup>92</sup>. Non è necessario che le infrazioni abbiano un carattere penale <sup>93</sup>, ma una precedente condanna penale è senza dubbio un'aggravante. È stato autorevolmente suggerito che le infrazioni passibili di messa in stato d'accusa includono quelle che "sono errate, in maniera alquanto ovvia, siano o meno penali" e che sono sufficientemente gravi da rendere "dannoso il mantenimento della carica per il loro autore" <sup>94</sup>. Tale definizione, imprecisa per ammissione, dimostra come la questione sia di difficile soluzione. Dopo il tentativo, effettuato in dottrina verso la fine del secolo scorso, di sostanziare il concetto di buona condotta riferendo ad essa un contenuto determinato, non risultano ulteriori interventi da parte della dottrina. Ci si è fermati a precisarne qualche profilo senza tuttavia riuscire a focalizzarlo in maniera esauriente.

Sembra invece che vi sia un certo accordo su un aspetto della messa in stato d'accusa, e cioè che lo strumento rientri tra quelli di natura politica e non tra quelli giuridici. Anche ai suoi inizi nell'Inghilterra medioevale, il processo "derivò dalle consuetudini piuttosto che dalla scienza giuridica" <sup>95</sup> e fu inteso come mezzo per rafforzare la posizione del Parlamento in relazione alla Corona. Fu un meccanismo politico più pratico della rivoluzione o della guerra civile <sup>96</sup>. Il carattere politico della messa in stato d'accusa, la natura stessa del procedimento ed i tempi lunghi di cui questo necessita, ha portato ripetutamente la comunità scientifica e non solo quella, a richiedere

---

<sup>91</sup> Per un dibattito più approfondito sul significato di "altri gravi reati" si veda, Gigliola Sacerdoti Mariani, Antonio Reposo, Mario Patrono, Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America: duecento anni di storia, lingua e diritto, Firenze, Sansoni, 1991, in particolare di G. Sacerdoti Mariani la nota 87 a p. 105.

<sup>92</sup> William Blackstone, Commentaries on the Laws of England, IV, p. 121-1.

<sup>93</sup> Impeachment Inquiry Hearings before the Committee on the Judiciary, House of Representatives, 93rd Congress (Washington, D.C. : U.S. Government Printing Office, 1975), III, 280-3.

<sup>94</sup> Charles L. Black, Impeachment: A Handbook, New Haven, Yale University Press, 1974, pp. 39-40.

<sup>95</sup> T.F.T. Plucknett, Studies in English Legal History, London, Hambledon Press, 1983, Chapter VIII, p. 164.

<sup>96</sup> Goldwin Smith, A Constitutional and Legal History of England, New York, Charles Scribner's Sons, 1950, p. 196.

al Congresso di istituire strumenti alternativi per punire quei giudici che commettono "gravi" infrazioni.

**9. Conclusioni.** Il problema della salvaguardia dell'indipendenza della magistratura è strettamente correlato con la sanzionabilità delle azioni o dei comportamenti dei giudici stessi. Nel mondo giuridico occidentale esistono tre modelli disciplinari da cui prendono origine i vari sistemi adottati : il modello inglese, secondo il quale la regolamentazione dello *status* dei magistrati è ancora oggi, sebbene modificata nel tempo, prerogativa del Parlamento; il modello francese, o amministrativo, in cui la magistratura d'intesa con il Ministro della Giustizia sanziona se stessa; ed il modello statale statunitense nel quale, se è l'elettorato che eleva alla magistratura, sarà lo stesso ad essere investito del potere di rimozione, acquisendo così un potere sanzionatorio in senso lato. Mentre quest'ultimo modello è quello che si accosta di più ai principi di democraticità è anche quello che si discosta maggiormente dal principio dell'indipendenza della magistratura dal potere esecutivo e da quello legislativo dando, peraltro, alla stessa un profilo di responsabilità politica oltre che civile e penale della magistratura stessa.<sup>97</sup>

Nella sua evoluzione storica, il modello britannico differenzia la magistratura in due livelli: per i giudici superiori, quelli della *High Court*, della *Court of Appeal* e i *Law Lords*, la funzione di controllo e pertanto l'eventuale rimozione, è affidata al Sovrano su richiesta di entrambe le Camere nei casi di condotta scorretta. Il sistema, alquanto complesso, scoraggia il ricorso ad essa, mentre sono più frequenti i casi di dimissioni "nel miglior interesse della magistratura". Per gli altri magistrati, i *Circuit Judges*, i *Recorders*, ed i *Stipendiary Magistrates*, la funzione di controllo è esercitata dal Lord Cancelliere, che, con parere favorevole del Sovrano, rimuove gli *Stipendiary Magistrates*, e direttamente esonera dall'ufficio i *Circuit Judges* ed i giudici di pace per "incapacità o cattiva condotta" <sup>98</sup>.

I modelli adottati in Francia ed in Italia per la sanzione e rimozione dei giudici risentono maggiormente del dibattito giurisprudenziale sui mezzi atti a garantire principalmente l'indipendenza della magistratura. Studi, sull'efficacia della Commissione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura in Italia, evidenziano peraltro una disfunzione della stessa se si confronta la casistica dei giudici rimossi a fronte di quelli

---

<sup>97</sup> Temistocle Martines, *Diritto Costituzionale*, Milano, Giuffrè, VII ed. pp524- 526.

<sup>98</sup> Giuseppe De Vergottini, *Diritto Costituzionale Comparato*, p.307-8; René David, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, CEDAM, 1980,pp.324-332.

indagati e di quelli segnalati per condotta sospetta. Questo vale anche per l'Inghilterra dove negli ultimi duecento anni solo un giudice, delle Corti inferiori, è stato rimosso.<sup>99</sup>

Per quanto infine concerne lo strumento dell'*impeachment*, i costituenti italiani hanno seguito il modello britannico e non quello statunitense ed hanno pertanto limitato il ricorso alla messa in stato d'accusa quando può servire da freno ad un esecutivo che abusi del suo potere. In tal senso, quindi, si va ben oltre gli sviluppi della messa in stato d'accusa in Gran Bretagna, dove essa fu utilizzata "per far cadere dei giganti - Strafford, Clarendon, e Hastings", rispetto agli Stati Uniti d'America, dove è stata relegata "alla rimozione di tristi, piccoli giudici, per squallidi comportamenti"<sup>100</sup>.

Il dilemma su come coniugare l'indipendenza e la responsabilità della magistratura non sembra potersi avvalere di contributi validi dall'analisi fin qui svolta della prassi. Pertanto è emerso che, se il dibattito negli Stati Uniti d'America si orienta verso una riduzione del ruolo del Congresso e la istituzionalizzazione di un organismo a cui attribuire potere disciplinare e sanzionatorio, afferente al Dipartimento di Giustizia, in Italia si guarda con interesse all'esperienza dei paesi di *Common Law* per rendere il Consiglio Superiore della Magistratura più efficace nei suoi interventi e più libero da costrizioni di categoria. E' questa l'interpretazione che deve essere data alle tre leggi di riforma apportate in Italia, nell'arco di tre anni, in specie per quanto concerne la separazione delle funzioni e la procedura disciplinare.<sup>101</sup>

Tuttavia, proprio la direzione presa da queste riforme in Italia come in Gran Bretagna, ci consentono di affermare che l'odierna insoddisfazione delle democrazie verso il funzionamento delle loro istituzioni sembra orientata ancora una volta verso un trapianto giuridico anziché verso l'adeguamento degli strumenti formali alla costituzione materiale.

---

<sup>99</sup> si consenta il rinvio a, Mary L. Volcansek, con Maria Elisabetta de Franciscis e Jacqueline Lucienne Lafon, *Judicial Accountability: A Cross-National Comparison*, Miami, Florida University Press, 1996.

<sup>100</sup> Raoul Berger, *Impeachment: The Constitutional Problems*, Cambridge, Harvard University Press, 1974, p.3.

<sup>101</sup> Trattasi della Legge n.150 del 2005 "Delega al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, numero 12 per il decentramento del Ministero della Giustizia, per la modifica della disciplina concernente il Consiglio di Presidenza, della Corte dei Conti e il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, nonché per l'emanazione di un testo unico" c.d. Riforma Castelli pubblicata nella G.U. numero 175 del 29 luglio 2005; della Legge 269 del 24 ottobre 2006 "Sospensione dell'efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario" c.d. Riforma Mastella I, pubblicata nella G.U. numero 248 del 24 ottobre 2006; Legge 111 del 30 luglio 2007 "Modifiche alle norme sull'ordinamento giudiziario" c.d. Riforma Mastella II, pubblicata sulla G.U. numero 175 del 30 luglio 2007.

**Vecchi e nuovi problemi in tema di smaltimento dei rifiuti urbani. La natura giuridica della TIA (Tariffa di igiene ambientale) e la nuova disciplina prevista dal Codice dell'Ambiente: una ricostruzione critica**

di Ivana Ruotolo

*Introduzione*

La recente sentenza 19/02/2007 n. 492 del TAR Puglia, sezione II, offre lo spunto per rivisitare il dibattuto tema della natura della *tariffa di igiene ambientale* (TIA) prevista dal Dlgs 22/1997 ed, in relazione ad esso, il tema del riparto di giurisdizione concernente le controversie aventi ad oggetto la tariffa medesima.

L'argomento assume rilevanza anche in prospettiva, vale a dire in relazione alla nuova *tariffa per la gestione dei rifiuti urbani* prevista dall'art. 238 del DLgs 3 aprile 2006 n. 152 ( Codice dell'Ambiente).

Il Tribunale Amministrativo, richiamandosi, nella motivazione, all'Ordinanza Cass. Sez. Un. 15 febbraio 2006 n. 3274, mostra di condividere la tesi che esclude la natura tributaria della prestazione tariffaria di cui al citato decreto legislativo del 1997, traendo da tale premessa la conseguenza di ritenere devolute alla giurisdizione ordinaria le relative controversie.

Tale orientamento, sostenuto da una parte della Dottrina e confermato anche da talune circolari e risoluzioni dell'Agenzia delle Entrate, si contrappone a quello della prevalente Dottrina che ravvisa, invece, nella tariffa di igiene ambientale, natura tributaria con conseguente diversa conclusione sulla qualificazione delle controversie ad essa attinenti e sulla individuazione dell'Autorità giudiziaria munita di giurisdizione.

L'adesione all'una piuttosto che all'altra tesi si riflette anche su aspetti ulteriori rispetto alla questione di giurisdizione, quali l'assoggettabilità o meno della prestazione all'IVA, l'applicabilità dell'art. 23 della Costituzione<sup>1</sup>.

Ciò premesso appare opportuno procedere, in primo luogo, ad un'analisi della natura giuridica della TIA, valutando le possibili conseguenze connesse alla qualificazione

---

<sup>1</sup> P. Russo, *L'individuazione del giudice fornito di giurisdizione in materia di controversie concernenti la tariffa di igiene ambientale*, Rivista di diritto tributario, 4, 2006, rilevando che la giurisprudenza costituzionale ha molto esteso l'ambito applicativo dell'art. 23 Cost. fino a ricomprendere nella categoria delle prestazioni imposte anche quelle in "favore di enti pubblici munite del connotato della coattività, nonostante la fonte negoziale di esse", include, fondandosi su tale premessa, la prestazione pecuniaria per il servizio di smaltimento dei rifiuti di cui all'art. 49 DLgs 22/1997 tra le prestazioni patrimoniali imposte di cui all'art. 23 Cost.

L'opinione secondo cui la Tariffa di igiene ambientale, di cui all'art. 49 DLgs 22/1997, rientri comunque nel novero delle prestazioni imposte è condivisa in Dottrina: tra gli altri, si veda in proposito G. CHIARIZIA, *Le controversie in materia di tariffa d'igiene ambientale (TIA) rientrano nella giurisdizione tributaria*, in Bollettino tributario, 9/2006, pag. 801.

della tariffa, prime fra tutte, l'applicabilità ai fini IVA ed il riparto di giurisdizione. Successivamente, argomentando *de iure condito*, si analizzerà la disciplina prevista dall'art. 238 del Decreto legislativo 152/2006, analizzando i possibili scenari.

*1. La tariffa di igiene ambientale: natura giuridica* Le incertezze sulla natura della tariffa sono state evidenziate in Dottrina, già all'indomani dell'emanazione del DLgs 22/1997<sup>2</sup>, in ragione delle incongruenze tra quei profili della disciplina sostanziale idonei, da un lato, a configurare il pagamento della tariffa come una prestazione resa nell'ambito di un rapporto sinallagmatico tra utente e comune e, dall'altro, a collocarla, nello stesso tempo, al di fuori della logica della corrispettività ed al di fuori di qualsiasi relazione sinallagmatica tra lo svolgimento del servizio e il pagamento della tariffa<sup>3</sup>.

La soluzione del quesito se si tratti o meno di un'entrata tributaria non può ricercarsi semplicemente nella *voluntas legis*<sup>4</sup> o nel *nomen* utilizzato dal legislatore sebbene quest'ultimo, ad avviso di parte della letteratura giuridica, rappresenti un

---

<sup>2</sup> Il D.Lgs 22/1997 (cd Decreto Ronchi) è stato emanato in attuazione delle leggi delega 146/1994 e 52/1996, con l'obiettivo di dare esecuzione alle Direttive comunitarie 91/156, 91/889 e 94/62. Con il Decreto Ronchi, la legislazione italiana in materia di rifiuti, conformandosi all'indirizzo comunitario, inquadra la materia nel concetto omnicomprensivo di "gestione" e fornisce un ordine di priorità da osservare nell'espletamento delle attività. Quanto ai costi del servizio, la partecipazione ad essi è imposta ai fruitori dall'art. 49 del DLgs 22/1997 che, nel sopprimere la tassa sui rifiuti solidi urbani istituita con DLgs 503/1997, ha previsto l'istituzione di una tariffa.

<sup>3</sup> Si veda, tra gli altri, A. PODDIGHÈ, *La giurisdizione tributaria e l'evoluzione della tassa sulla gestione dei rifiuti solidi urbani*, in Rivista di diritto tributario, 2003, pag. 517 al quale "non pare, poi, che esista un diretto nesso sinallagmatico tra quanto corrisposto dall'utente ed il servizio erogato ..... Nemmeno la previsione di un'eventuale diminuzione della tariffa, correlata, per l'utenza non domestica, al recupero dei rifiuti e, per l'utenza domestica, alla raccolta differenziata, con privilegio dei nuclei familiari numerosi e delle minori dimensioni dei locali, sembrano idonee a recuperare il carattere sinallagmatico delle prestazioni." Anzi secondo P. BIONDO, *Natura giuridica e competenza della Tariffa di igiene ambientale*, Bollettino tributario 22/2005, pag. 1755 "il diverso trattamento delle famiglie più numerose è un sintomo evidente del perseguimento di finalità che sono, nei fatti, solidaristiche, per il cui raggiungimento lo strumento tipicamente utilizzato è l'imposta". Secondo L. LOVECCHIO, *La singolare metamorfosi della tassa rifiuti*, in Bollettino tributario 14/1999, pag. 1115 l'obbligo dei comuni "di stabilire coefficienti ..." è in linea con il modello tributario e non con quello privatistico in quanto "in un rapporto eminentemente sinallagmatico (pago in funzione del reale utilizzo del servizio pubblico) l'applicazione del coefficiente di riduzione non avrebbe alcun senso".

<sup>4</sup> G. CHIARIZIA, *La natura giuridica della tariffa Ronchi (tia), con particolare riguardo alla Ta.Ri. istituita dal Comune di Roma in sostituzione della Tarsu*, in Bollettino tributario 6/2005 pag. 489, che, pur concludendo in favore della qualificazione tributaria della tariffa d'igiene ambientale, non nega che "le intenzioni del legislatore (la cd *voluntas legis*) fossero quelle di introdurre un prelievo che avesse la connotazione privatistica di corrispettivo". Si veda anche TOSI, *Rifiuti: dalla TARSU alla TIA. Dalla teoria alla pratica*, Atti del convegno del 03 aprile 2003 in <http://www.anciveneto.org/documenti/tassatariffa.03.04.03.pdf>. che lascia intendere che la volontà di connotare privatisticamente l'entrata trova la sua spiegazione nella "logica imprenditoriale aziendale" che, in una certa stagione, si intendeva applicare alla pubblica amministrazione. Nel caso di specie il carattere corrispettivo dell'entrata avrebbe accordato agli enti locali "maggiore libertà di azione, posto che in questo modo ci si sganciava un po' alla volta dalla logica fiscale e dai principi costituzionali che governano la logica fiscale". Secondo A. URICCHIO, *La trasformazione della tassa rifiuti in tariffa nel Decreto Ronchi* in Bollettino tributario 3/97, pag.205, il quale censura "l'intento del legislatore di utilizzare uno strumento più flessibile" quale è appunto la tariffa, "sembra che il legislatore abbia voluto recuperare l'esperienza del passato più remoto, escludendo il carattere tributario della prestazione ...", considerato che il TU del 1931 configurava tale prestazione come "corrispettivo dovuto in relazione al servizio facoltativo di ritiro e trasporto delle immondizie domestiche"

elemento di rilievo da cui non può prescindere in quanto - è stato precisato - non può non rispondere ad una scelta ben precisa del legislatore e cioè quella di caratterizzare in senso privatistico-commutativo l'obbligo del privato di eseguire la prestazione a fronte della fruizione di un servizio "secondo uno schema sostanzialmente sinallagmatico"<sup>5</sup>. In questa prospettiva si privilegia il collegamento tra prestazione pecuniaria e fruizione del servizio, intese come due prestazioni idonee ad originare "un rapporto obbligatorio bilaterale che trova la sua fonte in un rapporto contrattuale"<sup>6</sup>.

Invero l'indirizzo prevalente, orientato a riconoscere natura tributaria alla tariffa, respinge l'argomento nominalistico<sup>7</sup>, ravvisando nella tariffa lo "strumento normativo di determinazione di un tributo"<sup>8</sup>, nella specie del tributo imposto per finanziare il servizio di raccolta dei rifiuti che va obbligatoriamente istituito dai Comuni.

I sostenitori del carattere privatistico della TIA non esauriscono nell'osservazione formalistica il ragionamento a supporto della propria tesi che, infatti, si sviluppa in ulteriori riflessioni, appuntandosi, ad esempio, sulle modifiche apportate nel 2005 all'art. 2 del Dlgs 546/1992, le quali denoterebbero il "convincimento dello stesso legislatore della natura non tributaria del canone" per lo smaltimento dei rifiuti urbani in quanto, se così non fosse, non si spieherebbe il motivo per cui il legislatore ha ritenuto di indicare

<sup>5</sup> Si veda P. Russo, *L'individuazione del giudice fornito di giurisdizione in materia di controversie concernenti la tariffa di igiene ambientale*, Rivista di diritto tributario, 4, 2006, pag. 354. Anche Autori che non pervengono alla conclusione della natura privatistica della TIA evidenziano che il termine "tariffa è usato dal legislatore del 1997 proprio in alternativa al termine tassa": cfr sul punto TOSI, *Rifiuti: dalla TARSU alla TIA. Dalla teoria alla pratica*, Atti del convegno del 03 aprile 2003 in <http://www.anciveneto.org/documenti/tassatariffa.03.04.03.pdf>.

<sup>6</sup> Così P. RUSSO, *L'individuazione del giudice fornito di giurisdizione in materia di controversie concernenti la tariffa di igiene ambientale*, Rivista di diritto tributario, 4, 2006, pag. 353. *Contra* G. LORENZON, *La tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani interni ("Tarsu") e la tariffa per i servizi relativi alla gestione dei rifiuti urbani "interni" ed "esterni" (tariffa Ronchi)*, in Rivista di Diritto Tributario pag 298 osserva che un collegamento funzionale-commutativo tra prestazione pecuniaria e servizio era già presente nella tarsu, e manifesta dubbi sul fatto che per la tia il legislatore abbia esasperato questa relazione commutativa fino a configurarla come sinallagma.

<sup>7</sup> G. MARONGIU, *La rinnovata giurisdizione delle Commissioni tributarie*, Rassegna tributaria, 1/2003, pag. 122, chiarisce proprio in riferimento alla TIA, che "non si può dare valore decisivo al nomen". M. LOVISETTI, *La nuova tariffa sui rifiuti*, Finanza locale, 1998, pag. 318 rileva "l'insufficienza della mera denominazione utilizzata dal legislatore, dovendosi l'indagine fondare sulla struttura e sul regime giuridico dell'entrata." Anche la Cassazione a sezioni unite, con la sentenza n. 4895 dell'08 marzo 2006 che, come vedremo si colloca in un panorama piuttosto articolato, ha negato ogni rilievo all'impiego del termine tariffa, quale termine rivelatore di una natura corrispettiva della prestazione, essendo, tale espressione, presente anche in materia tributaria.

<sup>8</sup> Molto chiaramente, la Commissione di studio per il decentramento fiscale presieduta dal Prof. F.Gallo, dopo aver precisato che "la tariffa nella tradizione legislativa non è che lo strumento normativo di determinazione della misura di un tributo", riferendosi alla tariffa di igiene ambientale e muovendo dal carattere obbligatorio del servizio di raccolta dei rifiuti -"tanto per il Comune che di regola deve istituirlo in regime di privativa, quanto per i cittadini che, salvo eccezioni ..., devono domandarlo"- ha precisato che "il prelievo imposto per il finanziamento del servizio, comunque lo si chiami, partecipa dunque dei caratteri che la Dottrina ha sempre attribuito alla tassa. Ciò non impedisce di dargli un altro nome." Si è, però, osservato da TOSI, *Rifiuti: dalla TARSU alla TIA. Dalla teoria alla pratica*, Atti del convegno del 03 aprile 2003 in <http://www.anciveneto.org/documenti/tassatariffa.03.04.03.pdf>. che "anche se il ragionamento fatto dalla Commissione Gallo è un ragionamento rispettabile non c'è dubbio che nell'art. 49 la tariffa non viene intesa come meccanismo di liquidazione di un'imposta"

espressamente l'appartenenza alla giurisdizione tributaria delle controversie relative al canone anziché ritenerle implicitamente assorbite nella formula generale del primo comma dell'art. 2 del Dlgs 546/1992.<sup>9</sup> Anche il DM 24 ottobre 2000 n. 370 è stato considerato prova della natura privatistico-commutativa della tariffa *de qua*, in quanto "dà per scontato che i [canoni in questione] siano soggetti ad IVA"<sup>10</sup>.

Si rinvergono inoltre in dottrina argomentazioni a sostegno della tesi privatistica fondate sulla ricerca dell'obiettivo perseguito dal legislatore, sul fatto che l'utente può ridurre l'esborso, oppure ancora sull'assenza di disciplina normativa dei controlli, dell'accertamento, delle sanzioni e della riscossione.

L'assenza di una disciplina compiuta della tariffa sotto il profilo dei controlli, dell'accertamento, delle sanzioni e della riscossione costituisce argomento a favore della tesi privatistica in quanto idonea a dimostrare l'assenza della potestà impositiva<sup>11</sup>, quale espressione del carattere coattivo, autoritativo di un istituto a carattere tributario. Tuttavia, quanto alla fase di accertamento, si è osservato che "in tale specifica materia vige il noto principio di ampia potestà regolamentare dettato dall'art. 52 del D.Lgs n. 446/1997 per le entrate, anche tributarie, delle province e dei comuni, il cui ambito è escluso solamente per l'individuazione e la definizione delle fattispecie imponibili, dei

---

<sup>9</sup> La modifica legislativa cui si fa riferimento è quella operata dall'art. 3 bis del DL 30 settembre 2005 n. 203, convertito con L. 2 dicembre 2005 n. 248. L'art. 3 bis, introdotto in sede di conversione del provvedimento normativo d'urgenza, ha modificato l'art. 2 del Dlgs 546/1992, aggiungendo al comma 1, dopo le parole: «tributi di ogni genere e specie» le seguenti: «comunque denominati» e integrando il comma 2 con il seguente periodo: «Appartengono alla giurisdizione tributaria anche le controversie relative alla debenza del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche previsto dall'articolo 63 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, e successive modificazioni, e del canone per lo scarico e la depurazione delle acque reflue e per lo smaltimento dei rifiuti urbani, nonché le controversie attinenti l'imposta o il canone comunale sulla pubblicità e il diritto sulle pubbliche affissioni».

Su tale formulazione della norma, che, dunque, riconduce espressamente alla giurisdizione tributaria "anche" le controversie relative alla debenza di taluni canoni tra cui quello per lo smaltimento dei rifiuti, P. RUSSO, *L'individuazione del giudice fornito di giurisdizione in materia di controversie concernenti la tariffa di igiene ambientale*, Rivista di diritto tributario, 4, 2006, pag 355 fonda la sua tesi, secondo cui il legislatore stesso opta per la natura non tributaria dell'entrata.

<sup>10</sup> P. Russo, *L'individuazione del giudice fornito di giurisdizione in materia di controversie concernenti la tariffa di igiene ambientale*, Rivista di diritto tributario, 4, 2006, pag 355: "è sempre stato pacifico che non è ammissibile l'applicazione di un tributo su un altro tributo", per cui l'assoggettamento del canone all'IVA presuppone che esso non abbia natura tributaria.

<sup>11</sup> M. LOVISETTI, *La nuova tariffa sui rifiuti*, in **Finanza locale**, 1998, pag. 319, parla di "cancellazione delle potestà impositive, in capo al soggetto attivo, in ordine all'accertamento, alla riscossione ed all'irrogazione di apposite sanzioni". TOSI, *Rifiuti: dalla TARSU alla TIA. Dalla teoria alla pratica*, Atti del convegno del 03 aprile 2003 in <http://www.anciveneto.org/documenti/tassatariffa.03.04.03.pdf>, sul presupposto della necessità di una disciplina compiuta dell'entrata e pur propendendo per la natura tributaria di essa, si chiede che senso abbia "parlare di tributo quando questo tributo non è controllabile, non è accertabile, non è sanzionabile e riscuotibile".

soggetti passivi e dell'aliquota massima<sup>12</sup>". Anche l'omessa disciplina dell'aspetto sanzionatorio non è stata considerata, in definitiva, rilevante ai fini qualificatori nel senso che nel caso in cui la prestazione venga considerata tributo "potranno ritenersi applicabili le norme generali sulle sanzioni amministrative tributarie<sup>13</sup>". In sostanza, secondo tale avviso, l'assenza della disciplina sanzionatoria non è un sintomo della struttura privatistica della prestazione, la cui natura, dunque, dovrà essere accertata sulla base di altri parametri; solo dopo aver compiuto tale accertamento ed aver qualificato in un certo modo la prestazione –vale a dire prestazione di diritto amministrativo ovvero prezzo ovvero tributo- si trarranno le conseguenze sul piano delle sanzioni applicabili. Si è, però, sostenuto che la mancata previsione di sanzioni da parte del Decreto Ronchi non consenta di individuare sanzioni applicabili, per cui "le eventuali violazioni della disciplina della tariffa Ronchi non possono essere sanzionate (ex art 23 Cost.)" né l'ente locale può "sostituirsi al legislatore nel prevedere sanzioni amministrative pecuniarie<sup>14</sup>"

Orientamenti favorevoli ad una qualificazione di carattere privatistico della TIA si sono registrati non solo in Dottrina ma anche nella prassi amministrativa<sup>15</sup> e in parte della giurisprudenza, che, però, al pari di quella di segno opposto, favorevole al riconoscimento della natura tributaria, si è espressa attraverso decisioni corredate di superficiali motivazioni, che non hanno contribuito a fare chiarezza su una questione così controversa sulla quale si rileva, comunque, un ampio filone dottrinale che annovera la tariffa tra le entrate di natura tributaria.

Tra i segni rivelatori della natura tributaria si è evidenziata, in primo luogo, la obbligatorietà, per il Comune, di istituire il servizio in privativa, e, per l'utente, di versare la tariffa anche in caso di mancato utilizzo del servizio<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Cfr LORENZON, *La tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani interni ("Tarsu") e la tariffa per i servizi relativi alla gestione dei rifiuti urbani "interni" ed "esterni" (tariffa Ronchi)*, in Rivista di diritto tributario, 2001, pag. 301.

<sup>13</sup> Cfr LORENZON, *La tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani interni ("Tarsu") e la tariffa per i servizi relativi alla gestione dei rifiuti urbani "interni" ed "esterni" (tariffa Ronchi)*, in Rivista di diritto tributario, 2001, pag. 301.

<sup>14</sup> G. CHIARIZIA, *La natura giuridica della tariffa Ronchi (tia), con particolare riguardo alla Ta.Ri. istituita dal Comune di Roma in sostituzione della Tarsu*, in Bollettino tributario 6/2005 pag 488, prendendo in esame il regolamento con cui il Comune di Roma ha istituito la TA.RI., osserva che "il Comune ... non può sostituirsi al legislatore nel prevedere delle sanzioni amministrative pecuniarie, non avendo alcuna potestà normativa in materia di prestazioni imposte (ex art. 23 Cost.)", da ciò deducendo l'illegittimità di eventuali sanzioni irrogate. Allo stesso modo L. LOVECCHIO, *La singolare metamorfosi della tassa rifiuti*, in Bollettino tributario 14/1999, pag. 1116 invoca il principio di legalità per escludere, qualunque sia l'orientamento sulla qualificazione della prestazione, l'applicazione delle sanzioni dato il silenzio della legge.

<sup>15</sup> Si vedano in proposito la circolare 111/1999 e la risoluzione 25/2003, che riconoscono natura privatistica di corrispettivo alla tariffa, ammettendo nel contempo che si tratta di prestazione patrimoniale imposta.

<sup>16</sup> P. BIONDO, *Natura giuridica e competenza della Tariffa di igiene ambientale*, Boll. Trib. 22/2005 pag. 1754, evidenzia come il cittadino non abbia "possibilità di scelta. Il servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani gli è in concreto imposto per evidenti ragioni d'interesse pubblico. Tale obbligo è il primo indizio del carattere

A fondamento della obbligatorietà vi è evidentemente la preminenza dell'interesse generale all'espletamento di un servizio che si riflette sulla tutela della salute, dell'ambiente e del decoro urbano<sup>17</sup>, interesse che dunque prevale su quello del singolo alla raccolta dei propri rifiuti e che giustifica il prelievo indipendentemente dalla "effettiva produzione dei rifiuti", tanto che il presupposto della tariffa è individuato nell'occupazione o conduzione di locali, aree scoperte ad uso privato non costituenti accessorio o pertinenza dei locali medesimi, a qualsiasi uso adibiti, esistenti nelle zone del territorio comunale<sup>18</sup>.

Il presupposto, così come i soggetti passivi della tariffa, sono sovrapponibili<sup>19</sup> a quelli della tarsu, dando luogo ad una sorta di continuità strutturale tra i due istituti che ha indotto parte della Dottrina a ravvisare in ciò una conferma del proprio orientamento sulla natura tributaria<sup>20</sup>.

---

tributario". Si veda sul punto anche G. CHIARIZIA, *La natura giuridica della tariffa Ronchi (tia), con particolare riguardo alla Ta.Ri. istituita dal Comune di Roma in sostituzione della Tarsu*, in Bollettino tributario 6/2005, pag. 490 che aggiunge che "il mancato pagamento non fa, comunque, cessare l'erogazione del servizio, che risponde a fondamentali interessi pubblici, come quello per la tutela ambientale e della gestione dei rifiuti (ex art. 2, comma 1, del decreto Ronchi)."

<sup>17</sup> A tal proposito si veda A. URICCHIO, *La trasformazione della tassa rifiuti in tariffa nel Decreto Ronchi* in Bollettino tributario 3/97, pag. 207, secondo cui "ogni riforma" del sistema di prelievo "non può trascurare il fondamento dell'imposizione sui rifiuti, consistente nel finanziamento dei sistemi di raccolta e smaltimento e, più in generale, di interventi diretti a limitare i danni da questi provocati all'ambiente e alla salute". L'Autore, inoltre, muove obiezioni all'introduzione della tariffa in sostituzione della TARSU in quanto "l'istituzione della tariffa, muovendosi all'interno di una logica di tipo privatistico, perde di vista l'interesse che sottende alla raccolta e allo smaltimento dei rifiuti, che non può essere quello del singolo all'eliminazione delle proprie immondizie ma è quello generale della tutela ambientale, del decoro urbano e della salute pubblica". Nello stesso senso cfr LORENZON, *La tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani interni ("Tarsu") e la tariffa per i servizi relativi alla gestione dei rifiuti urbani "interni" ed "esterni" (tariffa Ronchi)*, in Rivista di diritto tributario, 2001, pag. 300, secondo cui "il ricorso ad un preteso modello di corresponsività extratributaria mal si concilia con l'interesse che sottende alla raccolta e allo smaltimento dei rifiuti".

<sup>18</sup> A. PODDIGHÈ, *La giurisdizione tributaria e l'evoluzione della tassa sulla gestione dei rifiuti solidi urbani*, in Rivista di diritto tributario, 2003, pag. 518 e seg chiarisce che il presupposto è rappresentato dalla produzione potenziale di rifiuti e che "l'assenza di precisa correlazione tra produzione di rifiuti e prestazione della quale il privato è obbligato ad usufruire sono tipiche di un meccanismo tributario."

<sup>19</sup> L'art. 62 del DLgs 507/1993, recante la disciplina della Tarsu, ne ravvisa il presupposto impositivo nella occupazione o detenzione mentre l'art. 49 del DLgs 22/1997, recante la disciplina della Tia, individua il presupposto nell'occupazione o conduzione, "modificando, ed in un certo senso restringendo, l'ambito di applicabilità della tariffa" tuttavia "sembra possibile sostenere che vi sia una sostanziale identità fra il presupposto di fatto della tassa e quello della tariffa, in quanto l'apparente maggiore delimitazione del presupposto della tariffa, dovuta al fatto che l'utilizzo del termine "conduzione" disporrebbe l'inassoggettabilità a tariffa degli immobili in condizioni di abitabilità ma di fatto non utilizzati, in realtà è superata dalla stessa configurazione della tariffa strutturata con la previsione di una quota fissa e, pertanto, dovuta a prescindere dalla effettiva utilizzazione del locale": così M. V. Serranò, *Dalla tassa alla tariffa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani* in Bollettino tributario, 15 – 16/2001, pag. 1136-1137

<sup>20</sup> G. CHIARIZIA, *Le controversie in materia di tariffa d'igiene ambientale (TIA) rientrano nella giurisdizione tributaria*, in Bollettino tributario, 9/2006 pone la uniformità dei presupposti di tarsu e tia tra gli "indici sintomatici" della natura tributaria della tariffa di igiene ambientale. L. LOVECCHIO, *La singolare metamorfosi della tassa rifiuti*, in Bollettino tributario 14/1999, pag. 1115 aggiunge che "il legislatore non ha ritenuto di doversi discostare dal modello tributario, fondato sulla presunzione relativa di legge per effetto della quale la presenza dell'uomo comporta di regola la formazione di rifiuti, salvo prova contraria; si tratta peraltro di un ulteriore segnale che preannuncia un prelievo non necessariamente collegato alla effettiva produzione di rifiuti,"

Se la configurazione del presupposto impositivo indicato dall'art. 49 del Decreto Ronchi rimanda ad una produzione di rifiuti solo potenziale, è pur vero che il legislatore non intendeva escludere la commisurazione della tariffa alla quantità di rifiuti prodotta – tanto che una quota di cui si compone la tariffa deve essere rapportata anche alle quantità di rifiuti conferiti (art. 49 comma 4)- ma l'inevitabile difficoltà di mettere a punto "tecniche di calibratura degli apporti" ha indotto ad applicare "un sistema presuntivo ..."<sup>21</sup>

Non viene, inoltre, trascurata, per sostenere il carattere tributario della prestazione, la circostanza che le modalità di svolgimento del servizio vengono fissate unilateralmente dal Comune, non prevedendosi alcuna partecipazione volontaristica dell'utente<sup>22</sup>.

Un'ulteriore osservazione formulata in Dottrina va, infine, rammentata, vale a dire quella concernente il tenore delle leggi delega 146/1994 e 52/1996, in base alle quali è stato emanato il decreto legislativo 22/1997; dall'esame di esse non è dato rinvenire criteri e direttive finalizzate all'introduzione di una tariffa di natura privatistica<sup>23</sup>, né la previsione dell'abrogazione della tarsu<sup>24</sup>, tanto da sospettare un vizio di legittimità del Decreto Ronchi per eccesso di delega<sup>25</sup>

## *2. Conseguenze della qualificazione della tariffa: in particolare applicazione dell'IVA e giurisdizione.*

L'opzione per l'una o l'altra tesi in ordine alla qualificazione della tia non è questione teorica, riflettendosi su aspetti di indubbio rilievo pratico quali l'applicabilità o meno dell'iva e la individuazione dell'Autorità giudiziaria cui rimettere la cognizione delle controversie.

<sup>21</sup> G. CHIARIZIA, *La natura giuridica della tariffa Ronchi (tia), con particolare riguardo alla Ta.Ri. istituita dal Comune di Roma in sostituzione della Tarsu*, in Bollettino tributario 6/2005 pag. 490 osserva che "le norme secondo le quali la tariffa Ronchi deve essere ... rapportata alla quantità di rifiuti conferita ... appaiono mere affermazioni di indirizzo, disattese dallo stesso legislatore. Il prelievo, infatti, si basa ... su criteri presuntivi ...".

<sup>22</sup> Tra gli altri si vedano G. LORENZON, *La tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani interni ("Tarsu") e la tariffa per i servizi relativi alla gestione dei rifiuti urbani "interni" ed "esterni" (tariffa Ronchi)*, in Rivista di Diritto tributario, pag. 299 e P. BIONDO, *Natura giuridica e competenza della Tariffa di igiene ambientale*, Bollettino tributario 22/2005, pag. 1755.

<sup>23</sup> G. CHIARIZIA, *La natura giuridica della tariffa Ronchi (tia), con particolare riguardo alla Ta.Ri. istituita dal Comune di Roma in sostituzione della Tarsu*, in Bollettino tributario 6/2005 pag. 489.

<sup>24</sup> V. Fusconi, *Igiene ambientale, le liti al giudice tributario*, in [www.fiscooggi.it](http://www.fiscooggi.it), 10/04/2006, precisa che "...è difficile rinvenire nella soppressione della Tarsu e nell'istituzione della tia una <<modifica>> della tassa in senso conforme alle direttive della legge delega; soprattutto quando a tale trasformazione si accompagna una diversa connotazione della nuova entrata, molto più somigliante alle altre entrate di natura patrimoniale."

<sup>25</sup> G. LORENZON, *La tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani interni ("Tarsu") e la tariffa per i servizi relativi alla gestione dei rifiuti urbani "interni" ed "esterni" (tariffa Ronchi)*, in Rivista di Diritto tributario, pag. 303.

Sul primo tema è pacifico in Dottrina che al riconoscimento della natura extratributaria consegua l'assoggettamento della prestazione all'iva, non essendo consentito gravare un tributo di un altro tributo. Sul punto si è espressa la stessa Agenzia delle Entrate, che, peraltro, con la risoluzione 25/2003 ha fornito chiarimenti sulla natura giuridica della prestazione tariffaria in esame.

L'Agenzia delle Entrate, muovendo dalla considerazione che la tariffa di igiene ambientale si atteggia come corrispettivo "nel presupposto che l'espletamento del servizio avvenga secondo regole di diritto comune", ha concluso per l'applicazione dell'iva, sussistendo, a suo giudizio, i presupposti impositivi sia oggettivo (art. 3 dpr 633/72) sia soggettivo (art. 4 dpr 633/1972), trattandosi, in altre parole, di una prestazione di un servizio reso non in qualità di pubblica autorità ed a fronte di un corrispettivo e regolato secondo le norme di diritto comune.

La qualità rivestita dal soggetto pubblico ha senz'altro rilievo in quanto la VI Direttiva comunitaria in materia di IVA esclude l'applicazione dell'imposta in relazione a prestazioni o cessioni di beni o servizi effettuati da enti pubblici nell'ambito di attività pubblico-autoritativa, salvo quando distorce la concorrenza. Tuttavia nel caso in esame l'attività non ha i caratteri in questione<sup>26</sup>.

Una diversa conclusione sulla natura giuridica della TIA, vale a dire nel senso della sua inclusione nel novero dei tributi, porterebbe ad escludere l'assoggettamento all'iva considerato che, come ha precisato l'Agenzia delle Entrate, "le entrate tributarie non hanno natura di corrispettivo...conseguentemente ...non assumono rilevanza agli effetti dell'iva, per carenza del presupposto oggettivo..."

Passando, ora, a vagliare gli orientamenti delineatisi in tema di giurisdizione, è generalmente sostenuto che il riconoscimento della natura privatistica della tia comporta come conseguenza la devoluzione delle controversie alla giurisdizione ordinaria, potendosi, per converso, riconoscere la competenza delle Commissioni tributarie a conoscere delle controversie solo ove si concluda per la natura tributaria della tariffa.

---

<sup>26</sup> Cfr TOSI, *Rifiuti: dalla TARSU alla TIA. Dalla teoria alla pratica*, Atti del convegno del 03 aprile 2003 in <http://www.anciveneto.org/documenti/tassatariffa.03.04.03.pdf> secondo il quale "la veste pubblico-autoritativa non si ha ogni qualvolta l'ente pubblico svolge una qualche attività... Il servizio pubblico autoritativo si dà quando l'azione dell'ente pubblico è connotata sotto il profilo pubblico autoritativo, cioè quando l'ente pubblico agisce in veste di pubblica autorità. Di solito l'ente agisce in veste di pubblica autorità quando la sua attività si estrinseca e si concretizza in provvedimenti amministrativi veri e propri... non è pubblica autoritativa qualsiasi attività pubblica, ma solo quella fortemente caratterizzata per l'autorevolezza e unilateralità della efficacia dell'atto che incide sulla posizione del privato senza che questo possa far niente...Gestire il servizio dei rifiuti è un'attività che potrebbe essere fatta allo stesso modo da un'infinità di soggetti, e non mi sembra che posseda i caratteri della pubblica autorità"

E' dunque rilevante dirimere la questione della natura giuridica della tia; tuttavia, a conferma dell'ambiguità della disciplina normativa della tia nella quale si rinvencono elementi tributari ed extratributari allo stesso tempo, si osserva come anche la giurisprudenza non abbia espresso un indirizzo univoco sul tema.

La giurisprudenza di merito ha prevalentemente evidenziato la natura tributaria della tariffa, ravvisando nella legge, e non nella volontà contrattuale, la fonte dell'obbligazione tra le parti e dunque negando la sussistenza di un rapporto sinallagmatico tra le prestazioni rese dal gestore del servizio, da un lato, e dall'utente, dall'altro. La natura tributaria, ad avviso dei giudici di merito, risulta comprovata anche dalla coincidenza strutturale della tia e della tarsu<sup>27</sup>.

Diversamente, con decisione temporalmente intermedia tra le pronunce sopra citate, si è argomentato in favore della natura privatistica della tia ritenendo che "...la nuova normativa, rapportando la tariffa al costo del servizio ovvero ad uno scambio di prestazioni, si discosta dal concetto di tassa che è collegato al vantaggio che si trae dalla prestazione dell'ente pubblico, ma non collegata al costo del servizio, ne' ad uno scambio paritario di prestazioni, per cui di norma con la tassa il costo del servizio reso è sempre superiore all'importo pagato. E mentre in questo ultimo sinallagma di rapporti prevale l'aspetto pubblicistico, nel primo viceversa prevale l'aspetto privatistico"<sup>28</sup>.

Naturalmente, le opposte conclusioni sulla natura della tariffa si sono tradotte in differenti conclusioni sulla giurisdizione.

Sulla individuazione dell'autorità munita di giurisdizione ha inciso di recente il legislatore con l'art. 3bis del DL 30 settembre 2005 n. 203, convertito in L. 2 dicembre 2005 n. 248 che nel modificare l'art. 2 del DLgs n. 546/1992 ha sollevato non pochi dubbi interpretativi, amplificati, peraltro, da decisioni della Cassazione, precedenti e successive alla novella legislativa.

L'intervento normativo citato ha ridefinito l'ambito di giurisdizione delle Commissioni tributarie, da un lato specificando al comma 1 dell'art. 2 L. 546/92 l'irrilevanza del *nomen* affinché un tributo rientri nella cognizione del giudice tributario e dall'altro indicando al comma 2 del medesimo articolo un elenco di controversie attinenti alla debenza di specifici canoni, tra cui quello per lo smaltimento di rifiuti, anch'esse da ricondurre alla giurisdizione tributaria.

---

<sup>27</sup> In senso favorevole alla natura tributaria si vedano Ctp Venezia 5/2004, Ctp Treviso 87/2004 e Ctp Lucca 02/09/2004.

<sup>28</sup> Così Ctp Caserta 53/2004.

La formulazione della norma ha suscitato un ampio dibattito dottrinale nonché perplessità in giurisprudenza, come è evidente dalle pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione successive all'emanazione della novella e dal confronto tra queste e quanto sostenuto in precedenza dalla stessa Corte.

Quanto all'approfondimento dottrinale, si è detto che vi è chi ha scorto nella norma novellata il "convincimento dello stesso legislatore della natura non tributaria del canone" per lo smaltimento dei rifiuti urbani e ciò in ragione dell'espressa attribuzione delle relative controversie alla giurisdizione tributaria<sup>29</sup>.

Il ragionamento in questione conduce però all'inevitabile conclusione di ritenere incostituzionale la norma nella parte in cui amplia a tal punto la giurisdizione tributaria da attribuire alla cognizione del giudice tributario anche materie che non rientrano nel campo fiscale.

E' evidente infatti che una tale estensione determinerebbe una violazione dell'art. 102 Cost. e della VI disposizione transitoria della Costituzione.

Diversamente, si è ravvisato nell'elenco di controversie contenuto nel secondo comma dell'art. 2 del DLgs 546/1992, la volontà del legislatore di qualificare come tributi certe determinate prestazioni<sup>30</sup>.

Invero la stessa Corte di Cassazione ha mostrato di sottovalutare il profilo di incostituzionalità derivante da una interpretazione della novella legislativa estensiva dell'ambito di cognizione dei giudici tributari, tanto che con Ord. 2888/2006 le SSUU hanno constatato addirittura la "*tendenza espansiva dell'ambito di giurisdizione tributaria (che non incontra precisi limiti costituzionali, fatto salvo in ogni caso il principio di ragionevolezza) estesa dal legislatore, per ragioni di connessione in senso ampio, a materie estranee alle imposte e tributi: l'intervento più recente è rappresentato dall'art. 3bis del DL 30 settembre 2005 n. 203, convertito in L. 2 dicembre 2005 n. 248 che modifica l'art. 2 del DLgs n. 546/1992 ...*

---

<sup>29</sup> Cfr nota n.9.

<sup>30</sup> In tal senso si veda C. GLENDI, *Aspetti applicativi delle modifiche apportate al processo tributario*, in *Corriere tributario*, 6/2006, pag. 421, secondo cui "la voluntas legislativa ... impone di considerare queste prestazioni come tributi e di far rientrare le relative controversie nella giurisdizione tributaria". Tale ricostruzione è contestata da V. NUCERA, *Nuova giurisdizione tributaria e art. 102 della Costituzione: ampliamento della giurisdizione o istituzione di un giudice speciale?*, in *Rassegna tributaria*, 5/2006, pag. 1599 e seg., per un triplice ordine di motivi: in primis, appare all'Autrice poco plausibile che la natura di una prestazione sia chiarita in una norma processuale; in secondo luogo, ove si volesse ravvisare nel secondo comma dell'art. 2 DLgs 546/1992, un'interpretazione autentica circa la qualificazione delle prestazioni ivi indicate, si incorrerebbe nella violazione dello Statuto dei diritti del contribuente laddove disciplina l'interpretazione autentica delle norme tributarie; infine, l'Autrice fa notare che alla pretesa enunciazione della qualificazione tributaria "non si accompagna alcuna modifica della relativa disciplina sostanziale".

Con questa Ordinanza, successiva alla modifica legislativa, le SSUU hanno confermato l'orientamento secondo cui certe entrate rivestono natura extratributaria, infatti, già anteriormente alla modifica dell'art. 2 DLgs 546/1992, le SSUU, con specifico riguardo alla TIA, avevano esplicitamente inquadrato l'entrata in questione tra le prestazioni privatistiche<sup>31</sup>. Tuttavia a breve distanza temporale il giudice di legittimità, probabilmente al fine di sottrarre a censure la controversa norma novellata, ha riconosciuto ai canoni di cui al nuovo art. 2 comma 1 - tra cui in particolare quello per lo smaltimento dei rifiuti - natura tributaria. L'affermazione non appare fondata su un articolato iter argomentativo. Nella sintetica motivazione posta a base della decisione e volta proprio ad escludere il sospetto di illegittimità costituzionale in riferimento all'art. 102 ed alla VI disposizione transitoria della Costituzione, la Suprema Corte a composizione integrale, nel ritenere "l'argomento privo di riscontri" aggiunge "tanto più se si consideri che i canoni indicati nella disposizione sopravvenuta (senza che acquisti rilievo l'impiego del termine tariffa, presente anche in materia tributaria in senso stretto...) attengono tutti ad entrate che in precedenza rivestivano indiscussa natura tributaria"<sup>32</sup>.

E' di tutta evidenza come la circostanza che le entrate di cui all'art. 1 comma 2 fossero state in precedenza qualificate come entrate tributarie non autorizzi a trarre la conseguenza della persistenza della natura tributaria delle entrate, specie se, come nel caso in esame, sono intervenute delle modifiche della disciplina sostanziale che possono indurre a conclusioni differenti e che peraltro non sono state oggetto di alcuna riflessione da parte della Suprema Corte nella citata sentenza.

In definitiva, la posizione da ultimo affermata in giurisprudenza ravvisa nella TIA natura tributaria e devolve alle Commissioni tributarie la giurisdizione in materia.

### *3. La tariffa prevista dall'art. 238 del Decreto legislativo 152/2006.*

Alla luce dei contributi dottrinali elaborati in ordine alla natura giuridica della TIA, si può provare ad esaminare, sotto gli aspetti che rilevano ai nostri fini, la disciplina sostanziale della nuova Tariffa per la gestione dei rifiuti urbani, prevista dall'art. 238 del DLgs 152/2006<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Corte Cass. SSUU, Ordinanza 3274/2005.

<sup>32</sup> Cass. SSUU 4895/2006.

<sup>33</sup> All'istituzione della nuova tariffa non è seguita ancora la fase attuativa, subordinata all'emanazione di un regolamento previsto dall'art. 238, comma 6, DLgs 152/2006 ed al compimento degli adempimenti per l'applicazione della tariffa, cui pure rinvia l'art. 238 citato. In mancanza, continuano ad applicarsi le discipline regolamentari vigenti, ivi comprese quelle adottate dai Comuni che in via sperimentale hanno adottato la TIA.

L'art. 238 del DLgs 152/2006 al primo comma definisce espressamente la tariffa in questione come *corrispettivo per lo svolgimento del servizio di raccolta, recupero e smaltimento dei rifiuti solidi urbani*<sup>34</sup>.

Se, per quanto concerne la Tariffa di igiene ambientale prevista dal cd Decreto Ronchi, l'impiego del termine *tariffa* era stato ritenuto indicativo di un mutamento della natura dell'entrata rispetto alla *tarsu* - indicativo cioè della sua natura privatistica - non può fare a meno di osservarsi che, nel caso della nuova tariffa di cui all'art. 238 del TU 152/2006, il legislatore ha espressamente utilizzato il termine *corrispettivo* per qualificare la prestazione *de qua*, fornendo, in tal modo, un elemento interpretativo molto chiaro in ordine alla natura della tariffa. Si aggiunga, inoltre, che la formulazione del primo periodo del primo comma dell'art. 238, statuendo che "chiunque ..... è tenuto al pagamento di una tariffa", evoca un'impostazione del rapporto obbligatorio di stampo privatistico, in cui è messo in evidenza il momento della prestazione cui è tenuto un soggetto, differenziandosi, dunque, dalla formulazione del comma 3 dell'art. 49 DLgs 22/1997 in cui, attraverso l'espressione "*la tariffa deve essere applicata*", si dà risalto al momento impositivo.

Se, ai fini della individuazione della natura della nuova tariffa, l'argomento nominalistico sembra difficile da superare, tuttavia deve osservarsi che anche la tariffa di cui all'art. 238 del DLgs 152/2006, così come quella di cui all'art. 49 DLgs 22/1997, verrà determinata unilateralmente, risultando sottratta la disciplina a qualsiasi forma di contrattazione privatistica. La tariffa dovrà, infatti, essere determinata dalle Autorità d'ambito sulla base dei criteri generali fissati dal regolamento da adottarsi a cura del Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio, ai sensi del comma sesto del citato art. 238. Il regolamento dovrà, inoltre, fissare i criteri generali in base ai quali vengono definite le componenti dei costi. La tariffa è composta da una quota determinata in relazione alle componenti essenziali del costo del servizio, riferite in particolare agli investimenti per le opere ed ai relativi ammortamenti, nonché da una quota rapportata alle quantità di rifiuti conferiti, al servizio fornito e all'entità dei costi di gestione, in modo

---

In caso di istituzione in via sperimentale della TIA, si ritiene che il DLgs 152/2006, all'art. 238, faccia salve le discipline regolamentari già adottate alla data di entrata in vigore, dal momento che l'art. 238, comma 1, sopprime la tariffa di cui all'art. 49 DLgs 22/1997 a decorrere dall'entrata in vigore dell'art. 238 (avvenuta in data 29/04/2006). Sul punto cfr L. Lovecchio La tassa-tariffa sui rifiuti non fa sconti all'impresa, in [www.sole24ore.com](http://www.sole24ore.com)

<sup>34</sup> L. LOVECCHIO, *Tarsu: quali conseguenze dall'entrata in vigore del nuovo Testo Unico ambientale?* in [www.ambientesicurezza.com](http://www.ambientesicurezza.com) afferma che "la natura giuridica della nuova tariffa, quantomeno nelle intenzioni del legislatore, è quella di un corrispettivo di diritto privato, con tutte le difficoltà e implicazioni che ciò comporta".

che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio. La tariffa per la gestione dei rifiuti dovrà essere commisurata alle quantità e qualità medie ordinarie di rifiuti prodotti per unità di superficie, in relazione agli usi e alla tipologia di attività svolte, sulla base di parametri, determinati con il citato regolamento, che tengano anche conto di indici reddituali articolati per fasce di utenza e territoriali. Nella determinazione della tariffa è prevista la copertura anche dei costi accessori relativi alla gestione dei rifiuti urbani. Nella determinazione della tariffa possono essere previste agevolazioni, che tengano anche conto di indici reddituali articolati per fasce di utenza e territoriali.

Sotto il profilo della obbligatorietà – annoverato tra gli indizi della natura tributaria della TIA -, essa pure è presente nella disciplina della nuova tariffa. Non può, infatti, negarsi che il servizio debba essere obbligatoriamente istituito e che i privati debbano obbligatoriamente avvalersene, essendo sotteso all'espletamento del servizio l'interesse generale alla raccolta dei rifiuti. Tuttavia si registra una significativa differenza sul piano del presupposto; il raffronto del comma 1 dell'art. 238 del DLgs 152/2006 con il comma 3 dell'art. 49 DLgs 22/1997 mette in luce una novità; mentre nel caso dell'art. 49 è, infatti, sufficiente che sussista il presupposto dell'occupazione o conduzione di locali o aree perché sorga l'obbligazione, nel primo caso invece si richiede, perché sorga l'obbligazione, anche la produzione (effettiva) di rifiuti accanto al possesso o detenzione di locali o aree<sup>35</sup>. E' inequivocabile, in tal senso, la locuzione "che producano rifiuti urbani" contenuta nel primo comma dell'art. 238 del D.Lgs 152/2006. Sembra, dunque, che vi sia un tentativo di superare la configurazione di un presupposto connesso alla produzione di rifiuti meramente potenziale. In sostanza sembra che, nell'intento del legislatore, l'obbligatorietà del versamento della tariffa sia connesso alla effettiva produzione di rifiuti, atteggiandosi, in tal modo il rapporto, alla stregua di un rapporto privatistico. Resta, però, da vedere in che modo i provvedimenti attuativi della nuova tariffa disciplineranno tale aspetto.

Sul piano della disciplina sostanziale, si osserva, in parallelo con la disciplina della TIA, l'assenza di norme che regolino le fasi dell'accertamento, dei controlli e dell'irrogazione delle sanzioni mentre un riferimento alla riscossione è presente nel terzo e nell'ultimo comma dell'art. 238. La riscossione è svolta infatti dai soggetti affidatari del servizio di gestione integrata sulla base dei criteri fissati dal regolamento di cui si è detto.

---

<sup>35</sup> Si riporta il testo del primo comma dell'art. 238 del DLgs 152/1996: "Chiunque posseda o detenga a qualsiasi titolo locali, o aree scoperte ad uso privato o pubblico non costituenti accessorio o pertinenza dei locali medesimi, a qualsiasi uso adibiti, esistenti nelle zone del territorio comunale, che producano rifiuti urbani, e' tenuto al pagamento di una tariffa".

Orbene l'assenza della disciplina degli istituti sopra indicati può risultare a sua volta – seguendo le impostazioni dottrinali sviluppatasi in merito alla qualificazione giuridica della t.a. - indicativa dell'ottica privatistica con cui il legislatore ha inteso disegnare il nuovo modello di tariffa.

In ogni caso nessun ausilio alla individuazione della natura della nuova tariffa proviene dalla legge delega alla cui stregua è stato elaborato il TU 152/2006, ove si consideri che il legislatore delegante ha semplicemente statuito di "assicurare una maggiore certezza della riscossione della tariffa sui rifiuti urbani, anche mediante una più razionale definizione dell'istituto".

Si osserva, inoltre, che la permanenza, in relazione alla t.a., della previsione del tributo provinciale per l'esercizio delle funzioni di tutela, protezione e igiene dell'ambiente di cui all'art. 19 del D.Lgs 504/1992 aveva indotto, ulteriormente, la Dottrina ad argomentare a favore della natura tributaria della tariffa prevista dal Decreto Ronchi, in considerazione del fatto che tale tributo già si configurava come addizionale alla TARSU; la abrogazione del tributo provinciale ad opera dell'art. 264 lett n) del DLgs 152/2006<sup>36</sup> potrebbe rappresentare, unitamente agli elementi sopra indicati, un ulteriore indizio della natura privatistica della nuova tariffa prevista dal decreto legislativo da ultimo citato. Tuttavia, è probabile che la norma abrogatrice venga a sua volta abrogata nell'ambito degli interventi di revisione del DLgs 152/2006<sup>37</sup>.

#### 4. Conclusioni.

Il raffronto tra le due discipline normative evidenzia una maggiore determinazione del legislatore del 2006 nell'inquadrare l'istituto tra le prestazioni di stampo privatistico, tanto da qualificare espressamente la tariffa quale *corrispettivo*, tuttavia la tensione esplicita verso questo obiettivo è frenata dalla necessità di tener

---

<sup>36</sup> L'art. 264 lett n) del DLgs 152/2006 dispone l'abrogazione dell'art. 19 del DLgs 504/1992 a decorrere dall'entrata in vigore della parte quarta del decreto stesso. Tuttavia, una interpretazione suggerita dall'Unione Province Italiane (nota dell'11 maggio 2006) riconduce l'abrogazione della norma e la conseguente cessazione della riscossione del prelievo non all'entrata in vigore del decreto legislativo bensì al momento in cui effettivamente troverà attuazione la nuova tariffa di cui all'art. 238 DLgs 152/2006.

<sup>37</sup> I primi interventi di modifica, realizzati con DLgs 08 maggio 2006 n. 284 DL 300/2006 convertito in L. 17/2007, non hanno inciso sulla norma abrogatrice dell'art. 19 DLgs 504/1992, tuttavia uno schema di Decreto legislativo di modifica delle norme del DLgs 152/2006, attualmente al vaglio del Parlamento, contempla una novella dell'art. 264 nel senso di ripristinare il tributo provinciale. Su tale previsione si è espressa favorevolmente in data 27 giugno 2007 la VIII Commissione della Camera chiedendo, però, che " si individuino forme di un coordinamento tra tale disposizione e l'art. 238 istitutivo di una nuova tariffa per la gestione dei rifiuti urbani, eventualmente attraverso una novella di tale ultima disposizione ". E' evidente, infatti, che la necessità di un coordinamento, anche attraverso una eventuale revisione della norma istitutiva della nuova tariffa, si rende necessaria proprio in ragione della natura privatistica che, almeno nelle intenzioni, il legislatore ha conferito alla tariffa.

conto che la gestione dei rifiuti costituisce attività di pubblico interesse volta ad assicurare un'elevata protezione dell'ambiente (art. 178 DLgs 152/1996) oltre che della salute collettiva. E' evidente, infatti, che l'assenza di apporti volitivi dell'utente nella definizione del rapporto avente ad oggetto la prestazione del servizio si giustifica proprio nell'ottica di privilegiare questi interessi generali, restando sullo sfondo, dunque, la *voluntas* del legislatore esplicitatasi nella qualificazione quale corrispettivo.

In conclusione, è molto probabile che anche in riferimento alla nuova tariffa per la gestione dei rifiuti si aprirà un nuovo dibattito in ordine alla natura giuridica: anche in questo caso il limite più rilevante al riconoscimento della qualificazione privatistica sarà rappresentato dall'obbligatorietà del servizio e dall'interesse generale sotteso all'obbligatorietà stessa<sup>38</sup>.

Anche la questione della giurisdizione sarà risolta avendo riguardo alla qualificazione della natura giuridica della tariffa, non soccorrendo ai fini della soluzione della questione l'art. 2 DLgs 546/1992 così come novellato nelle more dell'approvazione del DLgs 152/2006 istitutivo della nuova tariffa.

---

<sup>38</sup> Si veda C. MANGONE, *Il nuovo Codice dell'Ambiente e la tariffa rifiuti*, in [www. Ambientenergia.info](http://www.Ambientenergia.info), secondo il quale "la natura giuridica del prelievo tariffario non è affatto pacifica, perché esso si configura come un'obbligazione coattiva avente per presupposto la funzione inderogabile dei servizi pubblici forniti in regime di monopolio, il che pone i soggetti attivi e passivi all'interno di una logica di tipo pubblicistico, legata a doppio filo all'interesse generale costituito dalla tutela igienico-ambientale della realtà urbana".

## **Finanziamenti pubblici e divieto di aiuti di Stato nel passaggio alla televisione digitale**

di Michel S. Fernando Hettiyakandage

### **1) IL PASSAGGIO AL DIGITALE: VANTAGGI E DISCIPLINA NELLA NORMATIVA COMUNITARIA**

Il progredire dell'innovazione tecnologica ha, negli ultimi anni, riguardato anche il sistema di trasmissione dei segnali radiotelevisivi, con la previsione, sia a livello comunitario, sia a livello dei singoli Stati membri, di un progressivo passaggio, dalla frequenza analogica a quella digitale in particolare nella sua versione terrestre (T-DVB, *Terrestrial Digital Video Broadcasting*, detto anche DTT, *Digital Terrestrial Television*). L'adozione di questa nuova modalità, non a caso enfatizzata dagli operatori del settore, sia pubblici che privati, comporta numerosi vantaggi, in primo luogo per gli utenti. *Ex multis* si devono menzionare : una migliore qualità sia dell'audio, sia dell'immagine; l'utilizzo del *wide screen*, la possibilità di immettere su di una singola frequenza trasmissiva una pluralità di segnali (si rilevi che si passerebbe ad un numero di canali supportati da una sola frequenza, compreso tra cinque e otto, a seconda della qualità scelta); l'utilizzazione dell'apparecchio televisivo con funzioni cd. di interattività (anche nell'ambito dei rapporti con la pubblica amministrazione); la diminuzione dell'inquinamento elettromagnetico<sup>1</sup>; una maggiore competitività ed innovazione del mercato determinato dall'entrata di nuovi operatori, dalla diminuzione dei costi di trasmissione, dall'aumento delle vendite dei decoder digitali. *The last but not the least*, la fine del sistema analogico, libererebbe qualche centinaia di MHz sulle frequenze VHF e UHF, da riutilizzare per altri fini<sup>2</sup>(mentre le frequenze liberabili nel campo radiofonico

---

<sup>1</sup>Il digitale è stato introdotto nel 1994 negli USA e nel 1996 in Europa (prima per le reti via satellite poi per quelle via cavo e terrestri). Per quanto attiene alla diffusione delle varie tecniche, la COM (2003)541 (punto 2.1) riporta i seguenti dati relativi al 2002 per l'intera UE, secondo i quali il 21% delle famiglie era collegata alla televisione digitale (valore così articolato: il 13,9% via satellite, il 5,2% via cavo, l'1,7% via terrestre). Il passaggio necessita in particolare della diffusione di nuovi apparecchi ricevitori televisivi e radiofonici digitali integrati oppure di set top box (oggetto in Italia di un discusso contributo) per adattare i vecchi televisori. Per informazioni tecniche si rinvia alle Comunicazioni (2003)541,(2005)204 e a [www.dgtvi.net](http://www.dgtvi.net).

<sup>2</sup> Dal punto di vista tecnico in Europa più di 500 MHz sono utilizzati dalla radiotelevisione terrestre (nelle bande di frequenza VHF (*Very High Frequency* = 41-230 MHz) e UHF (*Ultra High Frequency* = 470-960MHz). Non risultano esservi particolari problemi per la televisione via satellite, poiché essa utilizza frequenze più alte (dati tratti dalla Comunicazione n. 541 del 17/09/03). L'ammontare delle frequenze liberabili viene denominato dividendo digitale.

sarebbero di minor numero<sup>3</sup>). In un sistema televisivo come quello italiano, caratterizzato da un sostanziale duopolio (vale a dire la presenza di un operatore pubblico ed uno privato, entrambi con tre reti, che tra l'altro realizzano insieme una percentuale estremamente elevata del mercato pubblicitario<sup>4</sup>) il digitale terrestre consentirebbe, se ben realizzato (cosa che però, è ancora ben lungi dal verificarsi), di sanare la violazione degli artt. 3 e 21 Cost., oggi esistente in *subiecta materia*, come d'altronde più volte affermato dalla Corte Costituzionale (seppur con risultati non esaltanti, come accade ogni qual volta il mondo politico–parlamentare nostrano si confronta, almeno su queste tematiche, con una *vox clamans in deserto*, seppur autorevole, come la Consulta) .

A livello comunitario vi sono stati vari atti, che hanno evidenziato la preminente rilevanza della digitalizzazione della televisione terrestre quali: la Direttiva n. 21 del 7/3/2002 e le Comunicazioni n. 263 del 28/5/02, n. 541 del 17/9/03, n. 204 del 24/05/2005, n. 461 del 29/9/05.<sup>5</sup>

La Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, atteggiandosi in tali materie, come (per sua stessa ammissione) una direttiva quadro, ha come scopo precipuo quello di garantire una concorrenza effettiva nel settore, gestito spesso, in tempi risalenti, dagli Stati membri, in condizioni di monopolio. In particolare al punto 18 trattando del digitale prevede (sempre al fine di favorire "il libero flusso d'informazioni, il pluralismo dei mezzi d'informazione e la diversità culturale") che gli Stati

<sup>3</sup>La trasmissione radio digitale è iniziata nel 1995, sulla base del sistema "Eureka-147 – Digital Audio Broadcasting" (DAB). L'ostacolo alla sua diffusione è determinato in particolare dall'onerosità della sostituzione di milioni di apparecchi radio poco costosi, con gli analoghi ricevitori digitali ben più cari (tra l'altro non oggetto di una diffusa conoscenza da parte dei consumatori).

<sup>4</sup>La Risoluzione del Parlamento europeo sui rischi di violazione, nell'UE e particolarmente in Italia, delle libertà di espressione e di informazione (articolo 11, paragrafo 2 della Carta dei diritti fondamentali) (2003/2237(INI)) afferma " Il tasso di concentrazione del mercato televisivo in Italia è oggi il più elevato d'Europa e..., nonostante l'offerta televisiva italiana consti di dodici canali nazionali e da dieci a quindici canali regionali e locali, il mercato è caratterizzato dal duopolio tra RAI e Mediaset, che complessivamente detengono quasi il 90% della quota totale di telespettatori e raccolgono il 96,8% delle risorse pubblicitarie, contro l'88% della Germania, l'82% della Gran Bretagna, il 77% della Francia e il 58% della Spagna;... il gruppo Mediaset è il più importante gruppo privato italiano nel settore delle comunicazioni e dei media televisivi e uno dei maggiori a livello mondiale, controllando tra l'altro reti televisive (RTI s.p.a.) e concessionarie di pubblicità (Publitalia 80), entrambe riconosciute formalmente in posizione dominante e in violazione della normativa nazionale (legge 249/97) dall'Autorità per la garanzia delle comunicazioni (delibera 226/03)...che uno dei settori nel quale più evidente è il conflitto di interessi è quello della pubblicità, tanto che il gruppo Mediaset nel 2001 ha ottenuto i 2/3 delle risorse pubblicitarie televisive, pari ad un ammontare di 2500 milioni di euro, e che le principali società italiane hanno trasferito gran parte degli investimenti pubblicitari dalla carta stampata alle reti Mediaset e dalla Rai a Mediaset".

<sup>5</sup> Verranno qui trattati a grandi linee principalmente le implicazioni di natura finanziaria legate al passaggio al digitale. La necessità di una normativa in detto settore è confermata anche dal punto 1 della risoluzione del Parlamento europeo B5-0488/2002 in cui si chiede "alla Commissione e agli Stati membri di iscrivere tra le massime priorità dell'agenda politica lo sviluppo della televisione digitale e la sua accessibilità al pubblico in generale".

membri debbano adottare misure tali da incoraggiare la diffusione della televisione digitale interattiva, utilizzando un'API aperta. I Paesi membri dovranno inoltre emanare norme affinché i fornitori di tutte le apparecchiature digitali televisive avanzate destinate a ricevere i servizi di televisione digitale interattiva, rispettino l'API aperta.

Non meno importante risulta essere la Comunicazione n. 263 del 28/05/02<sup>6</sup> denominata "eEurope2005: una società dell'informazione per tutti-Piano d'azione da presentare per il Consiglio europeo di Siviglia del 21 e 22 giugno 2002". Essa si inserisce nella strategia di Lisbona volta a fare dell'Europa, entro il 2010 una società dinamica e competitiva, basata sulla conoscenza, sull'innovazione tecnologica e con un elevato livello di occupazione e di coesione sociale. Attesa la diffusione di canali di accesso alternativi ad internet senza l'utilizzo di computer (come appunto la televisione digitale interattiva) la Comunità ritiene importante (come chiarito al Consiglio europeo di Barcellona<sup>7</sup>) incentivare il ricorso a piattaforme aperte, per consentire una effettiva libertà di scelta nell'ambito dei servizi forniti dalla società dell'informazione, evitando distorsioni della concorrenza ed incentivando lo sviluppo di *e-government*, *e-learning*, *e-health*, *e-business*<sup>8</sup>. Il punto 3 della comunicazione evidenzia che, nonostante il piano d'azione eEurope 2002 avesse previsto la messa in rete di tutti i servizi pubblici tali risultati non sono ancora stati raggiunti. Viene quindi stabilito un nuovo termine (la fine del 2004) per il conseguimento di tale obiettivo, sfruttando le potenzialità della banda larga e dell'accesso multiplatforma.

Il processo di transizione al digitale deve essere effettuato (punto 3.1.4) in maniera trasparente. Pertanto gli Stati membri devono fornire (il termine allora previsto era la fine del 2003) chiarimenti sul percorso adottato, corredato da una analisi della situazione di mercato esistente e dalla fissazione del termine oltre il quale non viene più utilizzato il sistema analogico (in modo da consentire la riassegnazione delle frequenze). Le strategie adottate devono in ogni caso evitare di creare alterazioni della concorrenza evitando discriminazioni relative alle piattaforme tecnologiche concorrenti con il DTT, quali *in primis* la TV via satellite e via cavo.

---

<sup>6</sup> Tale Piano d'azione subentra al piano d'azione eEurope 2002, approvato dal Consiglio europeo di Feira nel giugno 2000.

<sup>7</sup> Sulle cui conclusioni si rimanda a <http://ue.eu.int/en/info/eurocouncil/index.htm>.

<sup>8</sup> Tali nuove modalità si atteggiano ovviamente come politiche inclusive (ponendosi in sintonia con il dettato di cui agli artt. 3 *e-latu sensu*-38 Cost.) nei confronti dei soggetti anziani e diversamente abili, favorendo così la loro e-partecipazione. Ciò si determinerebbe anche grazie alla possibilità che la televisione digitale offre di migliorare i commenti audio e la sottotitolazione (come afferma la Comunicazione n. 204 del 2005).

**2) LE COMUNICAZIONI N. 541 DEL 17/09/03, N. 204 DEL 24/05/2005 E N. 461 DEL 29/09/2005.**

La Comunicazione n. 541 del 17/09/03 (a differenza della precedente che ha riguardo anche ad altri aspetti della società dell'informazione, come l'implementazione della banda larga internet) concerne unicamente la cruciale tematica dello *switch-off* analogico (ossia la fine dell'attuale modalità trasmissiva) e dello *switchover* digitale (vale a dire la transizione alla nuova tecnica fino al suo definitivo e compiuto consolidamento, mentre la coesistenza temporanea dei due sistemi è detta *simulcast*<sup>9</sup>). Si conferma la libertà degli Stati membri di scegliere la strada ritenuta più opportuna per addivenire allo *switchover*, tuttavia si evidenzia l'utilità di raggiungere lo *switch-off* quando sia rimasto un numero esiguo di apparecchi analogici in uso (con il rischio altrimenti di privare soggetti poco abbienti dei servizi radiotelevisivi e costringerli ad un certo sacrificio economico<sup>10</sup>). Viene tuttavia ribadito il ruolo che l'UE ha, nel monitorare il passaggio (in particolare per quanto concerne la normativa riguardante gli apparecchi, l'agevolazione e la promozione dell'accesso ai nuovi servizi, l'informazione dei consumatori) affinché questo avvenga in piena trasparenza senza turbare la concorrenza nel mercato unico. L'azione comunitaria *in subiecta materia* deve, nel rispetto del principio di sussidiarietà e delle strategie adottate a livello dei singoli Stati membri, contribuire a ridurre la frammentazione del mercato, aumentare le economie di scala, garantire la certezza delle relative politiche.

Ad ogni buon conto si deve ricordare che: il digitale terrestre è solo una delle modalità che possono aversi con l'introduzione del digitale, la DTT può essere o meno interattiva ed essa non è necessariamente una pay-tv. In particolare esistono i servizi cd. *free-to-air* i quali (diversamente dal sistema della pay-tv, che permette di usufruire di programmi aggiuntivi mediante il previo pagamento di un canone) sono forniti al solo costo della tariffa corrisposta da tutti gli utenti per ricevere i servizi basilari offerti in una determinata zona. È da rilevare che per un certo tempo la televisione digitale si è

<sup>9</sup> Tale mutamento coinvolge vari elementi: la produzione dei programmi, la trasmissione e la ricezione degli stessi. Si aggiunga poi che la fase in *simulcast* è più problematica laddove lo spettro radio è più affollato, imponendosi quindi un rapido *switch-off*. In linea generale accade spesso che lo spettro radio sia insufficiente per la trasmissione simultanea dei segnali televisivi analogici e digitali. Comunque sarebbe quindi stato più opportuno prevedere un percorso più vincolante ed uniforme per il passaggio al digitale in tutti gli Stati membri, lasciando ad essi meno discrezionalità, per evitare ritardi.

<sup>10</sup> Si avverta però che i vantaggi derivanti da un rapido *switchover* potrebbe essere in parte limitato da una migrazione più lenta in altri Stati membri.

svilupata tramite le pay-tv, ma ciò ha subito una battuta d'arresto, poiché vi sono larghi strati della popolazione che non intendono abbonarsi a tale mezzo (perché soddisfatti dall'offerta in chiaro o per scarse disponibilità economiche).

È pacifico che lo *switchover* (che riguarda anche, la non secondaria realtà economica di fornitori di servizi, progettisti di contenuti, operatori di rete) abbia un costo non irrisorio, per questo si discute su quali possano essere gli strumenti finanziari che possano agevolarlo, senza però incorrere in un aiuto di Stato e quindi in una violazione della concorrenza. A tal punto la Comunicazione n. 541 del 2003 afferma che la migrazione al digitale deve *in primis* essere trainata dal mercato e dalle scelte dei consumatori<sup>11</sup>.

Proprio per garantire i consumatori-utenti è prescritto che essi debbano essere correttamente informati (*in primis* dai produttori, dai commercianti, e dai fornitori di servizi) della data e delle conseguenze di tale transizione, per decidere i servizi da scegliere e gli apparecchi da utilizzare, scegliendo tra varie possibilità.

Si deve considerare che un mancato intervento dello Stato potrebbe comportare un fallimento del mercato e compromettere l'avanzamento tecnologico, laddove, di converso la previsione dello stesso potrebbe, diminuendo la competitività, rallentare la migrazione ed addirittura creare discriminazioni tra gli operatori distorcendo il mercato. L'interventismo statale scorretto potrebbe, nella peggiore delle ipotesi, aumentare anche la richiesta di sovvenzioni, da parte degli operatori del mercato. Gli interventi pubblici possono essere ammessi unicamente se sono trasparenti, proporzionali, tempestivi, non discriminatori e indipendenti dalle piattaforme tecnologiche, formulati in funzione di obiettivi strategici specifici e chiaramente definiti. La Commissione evidenzia che nel settore della radiotelevisione terrestre vi sono degli ostacoli al passaggio, rappresentati da comportamenti opportunistici (cd. *free riding*) e dalla situazione di oligopolio esistente. Può accadere infatti che, siccome i soggetti che si avvantaggiano maggiormente del passaggio (come i beneficiari delle frequenze liberate ed i produttori di apparati) non sono quelli che dovranno sostenerne i costi (utenti ed emittenti attuali), essi non abbiano ovviamente interesse immediato ad accollarsi le relative spese<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> *Contra* è d'uopo sottolineare che da parte di alcuni soggetti del mercato vi è una limitata disponibilità di capitali (accompagnata dalla mancanza di spettro in alcune zone) che ritarda la migrazione (la quale tra l'altro, complice la mancata previsione di una tempistica uniforme per tutta l'UE) procede in ordine sparso nei vari Paesi membri tra punte di eccellenza e ritardi.

<sup>12</sup> Sono dunque necessari strumenti di coordinamento (accompagnati laddove necessari da interventi pubblici) per attuare un'equa suddivisione degli oneri tra tutti gli attori del sistema.

Per l'UE l'intervento pubblico deve rafforzare la certezza del diritto in un mercato dinamico, corrispondere al minimo necessario per raggiungere gli obiettivi prefissati in maniera chiara e non essere in contrasto con gli orientamenti della Commissione sull'uso dei Fondi strutturali. Non meno importante è la tempistica degli interventi, infatti misure troppo anticipate o tardive potrebbero avere effetti neutri o controproducenti, (perciò è utile la conoscenza obiettiva dello *status quo* e dell'evoluzione del mercato). Non appare contrario alla normativa comunitaria un intervento pubblico (giustificato in base all'interesse pubblico e non da particolari gruppi) nelle varie fasi del passaggio (quella stimolata dalla diffusione della pay-tv, quella stimolata dalla autonoma domanda degli utenti in una fase di maggior consolidamento e quella finale<sup>13</sup>).

Nelle politiche di finanziamento si deve evitare di privilegiare una piattaforma tecnologica rispetto ad un'altra (a meno che non sia giustificato da interessi generali ben definiti e comunque attuato proporzionatamente).

In ogni caso i Paesi membri devono evitare che la teleradiodiffusione digitale sia limitata da restrizioni di natura giuridica, amministrativa, o contrattuale sull'impiego di infrastrutture e dispositivi di ricezione. Oltre a misure finanziarie gioverà ai fini della transizione il cd. *must carry* vale a dire l'obbligo (in alcune legislazioni nazionali) per alcune reti televisive, di trasmettere determinati canali in digitale.

Fondamentale è, in ogni caso, la diffusione dei ricevitori digitali (integrati all'apparecchio, oppure esterni ad esso, ossia i *set-top-box*).<sup>14</sup>In passato i *set-top-box* venivano spesso forniti dagli operatori di pay-tv, nell'ambito delle loro politiche di espansione commerciale, gratuitamente o a prezzo contenuto. Oggi per uno *switch off* non problematico è auspicabile che il mercato dei decoder sia caratterizzato da costi bassi per invogliare i consumatori all'acquisto.<sup>15</sup> Anche per garantire tale obiettivo la Comunicazione 541/03 prevede che gli Stati membri (nel rispetto del principio di libera circolazione delle merci garantita dal TCE) non determinino limitazioni amministrative alla commercializzazione di detti apparecchi, senza aver prima informato la Commissione europea.

Altri strumenti finanziari possono essere: la riduzione provvisoria e digressiva dei canoni a favore dei nuclei familiari dotati di apparecchi digitali, l'applicazione di un'aliquota IVA ridotta sui servizi *pay per view*.

---

<sup>13</sup> Non è univoco il modo di calcolare la diffusione del digitale, per alcuni si dovrebbe utilizzare il criterio di un ricevitore digitale per famiglia, per altri la conversione di tutti i ricevitori del nucleo familiare al digitale.

<sup>14</sup>Talvolta sono necessari anche altri accorgimenti tecnici, quali antenne, cablaggi, parabole ecc.

<sup>15</sup>Vi può però essere il rischio di limitare la diffusione di apparecchi più sofisticati ma privi di sovvenzioni.

Negli USA è stato stabilito un divieto di ricevitori televisivi esclusivamente analogici. La Commissione, nella Comunicazione 541 del 2003, evidenzia la problematicità di adottare tale strategia anche nei Paesi UE, in virtù dei seguenti fattori: le non poche differenze tra i mercati nazionali e la necessità di adottare tale misura contemporaneamente, per non creare disomogeneità nel settore (cosa che avrebbe maggiore efficacia laddove la diffusione del digitale è bassa ed eluderebbe in ogni caso il principio di sussidiarietà, applicantesi anche al settore radiotelevisivo). Da ultimo la politica di diffusione di un solo tipo di sintonizzatore digitale potrebbe avere ripercussioni negative sul principio di neutralità tecnologica, favorendo infatti la televisione digitale terrestre, poiché i sintonizzatori che siano utilizzabili contemporaneamente anche per il cavo e per il satellite risultano essere costosi o addirittura antieconomici.

La comunicazione n. 204 del 24/05/2005 relativa all'accelerazione della transizione delle trasmissioni dal sistema analogico a quello digitale, si ricollega alla già citata Comunicazione n. 541 del 2003 ed oltre a porre in evidenza i vantaggi tecnologici ed economici di tale mutamento evidenzia le diversità dei processi adottati dagli Stati membri. Vi è infatti un primo gruppo di Paesi che hanno annunciato il definitivo abbandono della tecnica analogica entro il 2010, un altro gruppo di Paesi invece che ha individuato il termine del 2012 (data non ulteriormente prorogabile secondo la Commissione)<sup>16</sup>.

Viene rilevato che vi sono fondamentalmente due ordini di ostacoli alla diffusione del digitale: un primo di natura politica determinato dalla lentezza delle strategie in materia a livello nazionale e comunitario, un secondo di natura economica causato dalla necessità di un grande numero di ricevitori, da una non sufficiente domanda dei consumatori provocata talvolta dalla scarsità degli incentivi pubblici e dall'errata convinzione dei cittadini che una spesa individuale in tale direzione provochi una modesta utilità, la bassa propensione al rischio di alcuni operatori del settore.

La Comunicazione n. 461 del 29/09/2005 denominata "Priorità della politica dell'UE in materia di spettro radio per il passaggio al digitale nel contesto della prossima Conferenza regionale delle radiocomunicazioni dell'UIT del 2006 (RRC-06)" delinea l'atteggiamento della Comunità nell'ambito dell'Unione internazionale delle telecomunicazioni. Da tempo vi è un coordinamento internazionale delle frequenze

---

<sup>16</sup>I piani dei singoli Paesi UE concernenti lo *switchover* sono pubblicati su: [http://europa.eu.int/information\\_society/opics/ecom/hlights/urrent\\_spotlights/switchover/national\\_swo\\_plans/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/information_society/opics/ecom/hlights/urrent_spotlights/switchover/national_swo_plans/index_en.htm)

attinenti la teleradiodiffusione per evitare possibili interferenze a lunga distanza tra segnali emessi da trasmettitori ad alta frequenza (fondamentale per la zona europea risulta essere l'accordo sottoscritto a Stoccolma nel 1961, oggetto di revisione nel 2006).

La Commissione ribadisce che il termine ultimo per l'abbandono della tecnica analogica è l'inizio del 2012, essa inoltre calcola che si potranno liberare ed essere suscettibili di nuova e diversa utilizzazione un quantitativo tra 300 e 375 MHz delle frequenze oggi utilizzate dalla radiodiffusione terrestre e ritiene (punto 2.4 della Comunicazione n. 461/05) che una parte di esso debba essere destinata all'armonizzazione a livello europeo (nel senso di consentire l'introduzione di servizi paneuropei, tra cui lo scambio commerciale di frequenze e l'utilizzo senza autorizzazione). Suggestivi utili sono giunti poi dal gruppo "Politica dello spettro radio"(GPRS) per cui il dividendo digitale va così riallocato: una parte per il miglioramento dei servizi di radiodiffusione terrestre (per esempio ai fini di un maggior coinvolgimento dell'utente, come riprese da angolazioni diverse negli incontri sportivi); una parte per i servizi di radiodiffusione cd. convergenti (un incrocio tra quelli tradizionali e quelli di comunicazione mobili); un'ultima parte per utilizzi diversi dalla radiodiffusione (ampliamento dei servizi 3G, radiocomunicazioni a corto raggio, servizi futuri non ancora commercializzati)<sup>17</sup>.

### **3)LA COMMISSIONE CON LA DECISIONE DEL 9 NOVEMBRE 2005 (2006/513/CE) RELATIVA AD AIUTI DI STATO ADOTTATI NELLA BRD A FAVORE DELLA DIFFUSIONE DELLA DVB-T NEI LÄNDER DI BERLINO E DI BRANDEBURGO, EVIDENZIA I LIMITI COMUNITARI APPLICANTESI AI FINANZIAMENTI VOLTI A FAVORIRE LO SWITCH OFF ANALOGICO.**

#### **IL TIPO DI AIUTO ADOTTATO**

La Commissione, richiamandosi anche al Piano d'azione eEurope 2005, evidenzia in questa decisione i criteri applicantesi ai finanziamenti per la digitalizzazione della televisione:

**A)**Le misure non devono (oltre ovviamente a rispettare gli art. 86 e 87 del Trattato CE) determinare squilibri inutili tra le tecnologie e le imprese.

---

<sup>17</sup> Per il parere del GPRS denominato "Impatto sullo spettro del passaggio alla diffusione digitale", ref.RSPG04-55 si rinvia a <http://rsptg.groups.eu.int>

**B)**I contributi ai consumatori per l'acquisto di ricevitori-decodificatori digitali, devono rispettare il principio di neutralità tecnologica. È legittimo con questo strumento incoraggiare la diffusione di standard di interattività aperti (che consentono ai consumatori di usufruire di servizi interattivi offerti da fornitori diversi)

**C)**Sono ammessi interventi quali: sostegno per la creazione di una rete DVB-T nelle zone dove vi è una ricezione insufficiente del segnale televisivo, compensazioni economiche alle imprese che devono rinunciare all'utilizzo delle frequenze analogiche in anticipo rispetto alla scadenza della licenza. Queste compensazioni non devono eccedere i costi reali sostenuti dalle emittenti per il passaggio al digitale, comprensivi dei costi per rinnovare le apparecchiature e quelli per le frequenze. Nel calcolo dei costi delle frequenze, occorre tener conto dell'assegnazione di capacità di trasmissione digitale.

**D)**Una forma di compensazione per le emittenti radiotelesive pubbliche è ammissibile, al fine di consentire ad esse di trasmettere tramite tutte le vie di trasmissione e di raggiungere la totalità della popolazione. Gli Stati membri devono stabilire in maniera chiara gli obblighi a cui gli operatori pubblici devono sottostare per quanto riguarda l'utilizzo delle varie tecnologie di trasmissione.

Generalmente con la tecnica analogica non è possibile trasmettere più di dieci canali, tuttavia vista la particolare situazione di Berlino, durante la guerra fredda, era lì possibile arrivare fino a tredici canali. Si deve comunque rilevare che l'aiuto adottato s'inserisce comunque in un contesto più generale, per cui in Germania, grazie alla diffusione del cavo e del satellite, la trasmissione terrestre è fortemente diminuita<sup>18</sup>. A livello nazionale è stata adottata, nel 1997, la *Iniziativa Digitaler Rundfunk* (ossia l'Iniziativa radiodiffusione digitale-IDR) a seguito della quale si è adottato lo *Startszenario 2000* (piano di lancio 2000) avente l'obiettivo di addivenire alla completa digitalizzazione (via cavo, via terrestre e via satellite) non oltre il 2010. Nei Länder di Berlino e di Brandeburgo la Mabb (l'autorità locale competente per i media, *Medienanstalt Berlin-Brandenburg*) ha, in data 17/12/2001 introdotto una misura finanziaria per favorire il passaggio al digitale. A tal fine, il 13 febbraio 2002 è stato firmato un accordo con le emittenti radiotelesive pubbliche (ARD,ZDF,RBB) e private (RTL e ProSiebenSat.1)

---

<sup>18</sup> L'AGF (*Arbeitsgemeinschaft Fernsehforschung*), organo che riunisce le principali emittenti radiotelesive tedesche, rileva che al 1° gennaio 2005, in tutto il territorio della Repubblica Federale Tedesca, avendo riguardo al primo apparecchio televisivo, posseduto dai nuclei familiari, la ricezione satellitare raggiungeva il 38,9%, quella via cavo il 55,9% e quella terrestre il 5,2%(percentuale che per SES/ASTRA il principale operatore satellitare tedesco è invece del 3,8%). Per quanto attiene ai dati relativi ai Länder di Berlino e di Brandeburgo, la Mabb riporta il dato del 5,3% per il 2004 (vedi *Media Perspektiven* 7/2004, pag. 299 e la *Digitalisierungsbericht* 2005, pag. 65 -relazione 2005 sulla digitalizzazione).

stabilendo in linea di massima le tappe del passaggio al digitale (avvenuto in maniera definitiva il 4 agosto 2003). La misura adottata dalla Mabb poggia sull'art. 40, paragrafo 1, numero 2 del trattato sulla radiodiffusione e sull'art. 8, paragrafo 1, numero 8 del trattato sui media, i quali prevedono che le autorità competenti nel campo dei mezzi di comunicazione a livello dei vari Länder (nel caso di specie la Mabb) promuovano il mutamento di tecnologia trasmissiva, utilizzando la parte del canone radiotelevisivo loro spettante.<sup>19</sup> Bisogna ricordare che gli operatori per trasmettere i loro programmi sulla rete DVB-T devono corrispondere un corrispettivo agli operatori di rete, secondo i criteri stabiliti dalla *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post* (l'autorità tedesca per la regolamentazione delle telecomunicazioni e dei servizi). Il finanziamento non ha riguardato le imprese pubbliche ARD e ZDF le quali adoperano a tal fine le risorse provenienti dal canone (in particolare la prima ha utilizzato per tale innovazione tecnologica, nel periodo 2001-2004, 43,9 milioni di euro, mentre la seconda, nello stesso arco temporale, 35,6 milioni )<sup>20</sup>

L'aiuto contestato consiste nella concessione a due gruppi privati, ProSiebenSat.1 e RTL, di contributi annuali, rispettivamente di euro 265000 e 330000 per un periodo complessivo di cinque anni (a partire dal 1° marzo 2003)<sup>21</sup>. Ad entrambi gli operatori (che si impegnano a diffondere i loro principali programmi televisivi con la tecnica del digitale terrestre) sono assegnati un multiplex (vale a dire un canale digitale utile per la radiodiffusione) comprendente quattro canali per una durata complessiva di sette anni.

Dal canto suo lo Stato tedesco sostiene la compatibilità degli aiuti, che risiede tra l'altro anche negli obiettivi posti alla loro base, ossia la garanzia di un certo grado di pluralismo, la crescita di servizi innovativi, lo sfruttamento razionale delle frequenze nel rispetto dei principi interni e comunitari della concorrenza. La BRD rileva che il contributo compensa circa un terzo del costo di trasmissione che tali gruppi devono corrispondere agli operatori di rete (in modo da non sostenere costi superiori a quelli posti in essere con la tecnica analogica). In realtà, come osservato tra l'altro dalla Commissione, si

<sup>19</sup>La principale entrata della Mabb è costituita da una quota pari al 2% del canone televisivo spettante ai Länder Berlino e Brandeburgo. Sul punto vedi l'art. 40 del *Staatsvertrag über den Rundfunk im vereinten Deutschland* ossia il Trattato sulla radiodiffusione nella Germania riunificata del 31 agosto 1991.

<sup>20</sup> Dati tratti dalla 14° relazione della commissione per l'accertamento del fabbisogno finanziario delle reti televisive, pag. 99 e pag. 107 (*14. Bericht der Kommission für die Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten*).

<sup>21</sup> Con ProSiebenSat.1 è stato inoltre pattuito che il contributo di 330000 euro viene (dopo i primi due anni) ridotto a 250000 euro all'anno, per i restanti tre anni, qualora nella zona di copertura, il DTT raggiunga più di 200000 nuclei familiari.

tratterebbe di una *overcompensation*, in quanto un multiplex è capace di supportare ben quattro canali rispetto ad uno solo che si supporta con la tecnica analogica.<sup>22</sup>

**4)COMPATIBILITA' DELLA MISURA CON L'ART. 87 TRATTATO CE, CARATTERE PUBBLICO DELL'AIUTO ANCHE SE PROVENIENTE DA ORGANISMO INDIPENDENTE, VANTAGGIO ECONOMICO PER LE EMITTENTI PRIVATE E L'OPERATORE DI RETE DVB-T, CON CONSEGUENTE DISTORSIONE DELLA CONCORRENZA, CONSIDERATO TRA L'ALTRO LA SETTORIALITA' DELLA SOVVENZIONE.**

L' art. 87 (ex 92) Trattato CE al paragrafo 1 afferma "Salvo deroghe contemplate dal presente trattato, sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi con gli Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza". Nella fattispecie in questione, la Commissione evidenzia che si è indubbiamente di fronte ad una misura di derivazione *latu sensu* statale. Infatti dalla giurisprudenza comunitaria (sentenza del Tribunale di primo grado del 12/12/96 nella causa T-358/94, Air France/Commissione e sentenza della Corte di giustizia del 16/05/02 nella causa C-482/99, Francia/Commissione, Stardust Marine) si ricava che possono essere considerati aiuti di Stato (se ricorrono ovviamente anche altri presupposti) anche quelli posti in essere da un organismo pubblico o privato, istituito o designato dallo Stato (situazione in cui si trova indubbiamente l'ente erogante nella fattispecie concreta, la Mabb). Non rileva come elemento escludente della natura statale della misura, la circostanza che l'organismo erogante sia sostanzialmente indipendente, decida autonomamente circa la destinazione delle risorse (che pur beninteso dallo Stato sono attribuite, sotto forma di una quota del canone radiotelevisivo), che il contributo non grava sul bilancio dello Stato (o in questo caso su quello di enti territoriali pubblici quali i Länder di Berlino e di Brandeburgo). Per la

---

<sup>22</sup> Misure finanziarie analoghe a quelle *supra* descritte sono state previste dalla Mabb, con appositi accordi, alle emittenti FAB e BBC World (che avevano diritto a trasmettere in tecnica digitale terrestre, in quanto già operanti in tecnica analogica, prima dell'inizio dello *switch over*) però con un massimale di 65000 euro l'anno.

Commissione le imposte riscosse da soggetti di diritto privato sono considerate risorse statali quando sono riscosse e percepite dallo Stato.<sup>23</sup>

La misura concessa va chiaramente a vantaggio delle imprese televisive private precedentemente menzionate (poiché va a compensare costi di trasmissione sulla rete digitale terrestre, che devono considerarsi costi normali di trasmissione per una impresa operante nel settore in questione) ed indirettamente dell'operatore di rete DVB-T, T-Systems<sup>24</sup>. Non costituisce, in linea generale una esimente ai fini della compatibilità della misura, la perdita delle frequenze analogiche a seguito dello *switch-off*, in quanto i vantaggi del digitale terrestre, per gli operatori, sono certamente superiori, anche perché i costi di trasmissione per la DVB-T sono generalmente, nel medio termine, inferiori a quello della televisione terrestre analogica. Sarebbe stata più opportuna una sovvenzione circoscritta alla fase di *simulcast* (e non per un periodo di cinque anni).

Non sussiste la condizione di cui all'art. 87 paragrafo 3 lett. b del Trattato CE (aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo) in quanto la normativa comunitaria tende a promuovere la digitalizzazione della radiodiffusione in generale e non della sola via terrestre.<sup>25</sup>

Non sussiste altresì la condizione di cui all'art. 87 paragrafo 3 lett. c del Trattato CE (aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività... sempre che non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nella comunità in misura contraria all'interesse comune) in quanto non sussistono tutte le condizioni per l'applicazione della norma: ossia l'esistenza di un reale fallimento del mercato, il fatto che l'aiuto sia il mezzo più idoneo per correggerlo e che sia proporzionato.

Allo stesso modo non si applica la norma di cui all'art. 87, paragrafo 3, lettera d, del Trattato CE (aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nella

<sup>23</sup> Ad ogni buon conto non risulta legittimo (vedi anche la sentenza nella causa C-482/99) eludere il divieto di aiuti di Stato creando artatamente enti autonomi od organismi indipendenti deputati alla erogazione degli aiuti. Sulla natura pubblica della Mabb, poi rilevano le seguenti circostanze: essa è un organismo di diritto pubblico istituito dal trattato sui media concluso tra i Länder di Berlino e di Brandeburgo, sono ad esse espressamente attribuite funzioni pubbliche nel governo locale dei media (anche per quanto concerne l'assegnazione delle frequenze digitali terrestri), è sottoposta ad un controllo pubblico.

<sup>24</sup> Poiché l'operatore di rete T-System, vede in tal modo garantito che le principali emittenti private radiotelevisive utilizzino il sistema DVB-T.

<sup>25</sup> Dal punto di vista tecnologico la rete DVB-T non costituisce sempre e necessariamente una tecnologia superiore alle altre, quanto ad interattività, portabilità e mobilità. Quanto ai servizi interattivi essi necessitano di un adeguato canale di ritorno, che può essere per esempio possibile con la DVB/RCT (*Return Channel Terrestrial*, canale di ritorno terrestre che necessita però di un decoder più costoso) oppure attraverso canali di ritorno tradizionali, come il cavo telefonico o un cavo televisivo interattivo. L'interattività non è una caratteristica intrinseca del digitale terrestre, il quale non offre un canale di ritorno, ma soltanto un canale sul quale viene trasmesso il segnale verso l'utente finale.

Comunità in misura contraria all'interesse comune) in quanto la deroga culturale in questione va interpretata, proprio in quanto deroga, cioè eccezione ad una norma generale, in maniera restrittiva e deve riguardare situazioni in cui il patrimonio culturale è identificato o identificabile. La trasmissione dei segnali televisivi (che si configurano come mero strumento tecnico) non costituiscono chiaramente un *quid* culturale.<sup>26</sup>

L' art. 86, paragrafo 2, del Trattato CE prevede "Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità". Un contributo a favore di emittenti televisive private non è giustificabile adducendo la compensazione per un servizio di interesse generale, in quanto sostiene la Commissione, sono le emittenti pubbliche a svolgere una funzione di servizio pubblico. A mio avviso, una *summa divisio* così netta è aleatoria, poiché si è in presenza di programmi con contenuto che esula o che non esula dal concetto di servizio pubblico, sia sui canali dell'operatore pubblico, sia su quelli dell'operatore privato. Svolgendo in parte un servizio pubblico (quando si trasmettono programmi d'informazione, di divulgazione scientifica ecc.) anche una televisione privata avrebbe diritto ad una sovvenzione *una tantum*, per sostenere il costo del passaggio al digitale, o addirittura (in via ordinaria) una percentuale del canone proporzionale alla quantità (e alla qualità? Ma valutata attraverso quali organi e criteri?) di programmi di servizio pubblico trasmessi. Il quesito è ovviamente provocatorio ma non del tutto peregrino. La quadratura del cerchio si potrebbe avere, forse con una rideterminazione in chiave funzionalistica e non formalistica del concetto di servizio pubblico radiotelevisivo inteso oggi come un insieme di programmi con certe caratteristiche posto in essere da un operatore pubblico (tuttavia sorge poi l'incognita di una doppia contabilità da imporre a tal fine agli operatori privati e la difficile operazione di evitare che l'assetto proprietario limiti di fatto l'autonomia della programmazione eventualmente sovvenzionata).

La natura pubblica dell'emittente è *in re ipsa* garanzia di imparzialità ed indipendenza? Considerando il caso italiano la risposta non può essere positiva.

---

<sup>26</sup> Importanti decisioni vertenti sull'art. 87, paragrafo 3, lettera d, del Trattato CE sono il caso NN 88/98, BBC News 24 ( in GU C 78 del 18/03/2000 ) e il caso NN 70/98, Kinderkanal e Phoenix ( in GU C 238 del 21/08/1999 ).

Ritornando alla fattispecie concreta l'aiuto in questione non è conforme alla normativa comunitaria perché discrimina la piattaforma via cavo e quella satellitare alle quali non sono concessi finanziamenti (a dispetto del fatto che queste, grazie al numero elevato di canali supportati garantiscono a pieno le esigenze di pluralismo)

Una misura finanziaria come quella in questione, non risulta essere la più appropriata per ridurre i costi di trasmissione delle emittenti televisive durante il passaggio al digitale, per la semplice motivazione che esse non sono proprietarie delle frequenze, che utilizzano invece in base a licenze (sarebbe stato quindi più opportuno fissare un'unica scadenza per le licenze analogiche).

Nella fattispecie concreta sussiste una distorsione della concorrenza, anche perché non ogni impresa del settore avrebbe potuto beneficiare della sovvenzione (cosa che conferma il carattere selettivo dell'aiuto), posto che sui quattordici canali DVB-T previsti per le emittenti private e per le quali era possibile l'aiuto, ben dieci sono stati assegnati senza gara pubblica (infatti costituiva canale preferenziale l'aver ottenuto precedentemente concessioni sulla rete analogica). Le restanti procedure di aggiudicazione a giudizio della Commissione presentavano delle deficienze quanto a trasparenza, aggravata dalla posizione dominante dell'operatore di rete terrestre T-Systems (impresa succeduta al precedente monopolista nel settore delle telecomunicazioni).

L'alterazione della concorrenza causata dall'aiuto risiede anche nelle disparità di trattamento delle imprese radiotelevisive private sovvenzionate (in quanto in termini assoluti il contributo non è uniforme e vi sono poi differenze nel canone di trasmissione applicato dal gestore di rete per singolo canale). Viene inoltre falsata la procedura di assegnazione delle frequenze, in quanto viene ridotto il costo di trasmissione per le emittenti radiotelevisive private.

La settorialità dell'aiuto risiede nel fatto che, l'aver sovvenzionato unicamente le emittenti televisive che intendono avvalersi del DVB-T, discrimina le altre emittenti che utilizzano altre modalità trasmissive<sup>27</sup> (alterando il mercato anche per quanto riguarda le

---

<sup>27</sup> La discriminazione nei confronti del cavo e del satellite viola il principio stabilito dall'UE, per cui ogni rete trasmissiva deve affrontare la concorrenza con le proprie forze, pur essendo possibili interventi pubblici per ovviare ad eventuali fallimenti del mercato concernenti una singola rete. Tali interventi, come ribadito anche nel Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato: Aiuti di Stato meno numerosi e meglio mirati ([http:// europa.eu.int/comm/competiton/state\\_aid/others/action\\_plan/](http://europa.eu.int/comm/competiton/state_aid/others/action_plan/)) sono legittimi soltanto se siano uno strumento idoneo, siano limitati al minimo necessario, non falsino la concorrenza più del dovuto.

scelte dei consumatori<sup>28</sup>). Nei fatti il carattere discriminatorio del finanziamento è facilmente ricavabile dai dati concreti: nel 2004 i canali gravanti sul digitale terrestre nei Länder di Berlino e di Brandeburgo avevano uno *share* di circa l'80% dei telespettatori e realizzavano circa il 90% delle entrate pubblicitarie del settore televisivo, di converso la tv via satellite ha visto ridotti i suoi utenti.<sup>29</sup> La natura di aiuto della misura inoltre si evince indirettamente dal fatto che la DVB-T è stata introdotta in altri Länder come l'Assia, con risultati positivi, ma senza sovvenzioni pubbliche.

---

<sup>28</sup>La misura altererebbe anche gli scambi tra gli Stati membri, poiché alcune imprese beneficiarie operano anche a livello internazionale, così come l'operatore di rete T-Systems ( controllata di *Deutsche Telekom* ) è in concorrenza con altri operatori a livello europeo.

<sup>29</sup>Dati riportati dalla nota 66 della decisione della commissione del 9 novembre 2005 relativa all'introduzione del DVB-T nella regione di Berlino-Brandeburgo e tratti da *Media Perspektiven, Basisdaten: Daten zur Mediensituation in Deutschland 2004*, pag. 11 e 18, AGF/GfK *Fernsehforschung* e *I-Punkt Deutschland*, Nielsen *Media Research*.

## **NORMATIVA, BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA ESSENZIALI**

Aiuto di Stato NN 88/98, BBC News 24 (in GU C 78 del 18/03/2000)

Aiuto di Stato NN 70/98, Kinderkanal e Phoenix (in GU C 238 del 21/08/1999)

COM(263)2002

COM(541)2003

COM(204)2005

COM(461)2005

Decisione Commissione UE 2006/513/CE

*Digitalisierungsbericht* 2005, pag. 65 (relazione 2005 sulla digitalizzazione)

Direttiva 2002/21/CE

*Media Perspektiven* 7/2004, pag. 299

Risoluzione PE B5-0488/2002

Sentenza del Tribunale di 1° grado del 12/12/96 nella causa T-358/94, Air France/Commissione  
Sentenza della Corte di giustizia del 16/05/02 nella causa C-482/99, Francia/Commissione, Stardust Marine

*Staatsvertrag über den Rundfunk im vereinten Deutschland* (Trattato sulla radiodiffusione nella Germania riunificata del 31 agosto 1991)

Tesouro G., Diritto comunitario, CEDAM, 2005

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

[www.dgtvi.net](http://www.dgtvi.net)

## Una analisi di economia del diritto applicata alle controversie OMC <sup>1</sup>

di D. Fiorenzo<sup>2</sup>, G. L. Gaeta<sup>3</sup>, G. Greco<sup>4</sup>

### 1. Introduzione

La gestione di un sistema di soluzione delle controversie interstatali in materia commerciale si confronta con il difficile compito di garantire la prevalenza delle regole di diritto in un campo "naturalmente" incline ad essere governato da rapporti di forza politico-economici. La valutazione delle *performances* ottenute nel perseguire tale obiettivo rappresenta, dunque, lo strumento attraverso cui valutare il sistema in vigore dal 1995 in seno all'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC).

Per la soluzione delle controversie tra Stati, tale sistema prevede un'iniziale fase di consultazione tra le parti coinvolte, invitate a raggiungere un accomodamento reciprocamente accettabile delle opposte posizioni. Solo quando sia riscontrata l'impossibilità di comporre bonariamente la lite, lo Stato che ritenga pregiudicati i propri interessi commerciali può chiedere che la questione sia oggetto di giudizio da parte di un Panel di esperti costituito *ad hoc*. La natura stessa delle consultazioni, improntate alla negoziazione tra le parti e svolte in rigorosa riservatezza, parrebbe esporre al rischio che i rapporti politico-economici tra i partecipanti ne condizionino l'esito.

Recenti studi hanno tentato di offrire verifica empirica all'ipotesi che il successo o l'insuccesso delle consultazioni svolte in seno all'OMC dipendano anche dalle caratteristiche economiche delle "parti (gli Stati) in gioco"; il presente lavoro riprende le ipotesi che si sono ritenute maggiormente interessanti tra quelle sviluppate in letteratura, e si propone di testarne la significatività su di un *dataset* costituito dalle controversie che hanno coinvolto gli Stati Uniti in qualità di *complainant* nel periodo 1995-2005. La decisione di limitare l'indagine a questo ridotto numero di controversie, dettata da difficoltà nel reperimento dei dati, limita la significatività dei risultati raggiunti ai soli casi considerati. Come si vedrà, tuttavia, il modello costruito offre spunti utili per approfondire l'analisi ampliando il numero di casi considerati. I risultati dell'analisi, condotta con l'impiego della tecnica di regressione *Partial Least Squares* (PLS), offrono un quadro piuttosto articolato, in cui ben 9 variabili considerate risultano influenzare, anche

---

<sup>1</sup> Questo lavoro è frutto di riflessioni comuni degli autori, tuttavia i paragrafi 1,4,5,6 sono di Giuseppe Lucio Gaeta, i paragrafi 2,3 sono di Giovanbattista Greco ed i paragrafi 7 ed Appendice sono di Davide Fiorenzo. Il paragrafo 8 è stato redatto dagli autori congiuntamente.

<sup>2</sup> Università degli Studi di Napoli "L'Orientale"; davide.fiorenzo@gmail.com

<sup>3</sup> Dottorando di Ricerca in "Diritto ed Economia" IISU; giuseppelucio.gaeta@unina.it

<sup>4</sup> Dottorando di Ricerca in "Diritto ed Economia" IISU; giovanbattista.greco@unina.it

se singolarmente in maniera poco rilevante, l'esito delle consultazioni celebrate ai sensi della DSU su richiesta statunitense

## 2. Profili generali del sistema di soluzione delle controversie OMC.

La soluzione del contenzioso presso l'OMC è regolata dall'Intesa sulle norme e procedure che disciplinano la soluzione delle controversie", che costituisce l'allegato 2 dell'Accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

I meccanismi contemplati da tale strumento sono caratterizzati da un ambito di applicazione tendenzialmente unitario, tanto *ratione materiae* (essendo attivabili, salvo sporadiche eccezioni, in relazione a tutte le discipline afferenti al sistema commerciale multilaterale), quanto *ratione personarum* (godendo ciascuno Stato Membro della legittimazione attiva e passiva)<sup>5</sup>. Essi si pongono come una chiara evoluzione della scarna procedura prevista agli articoli XII e XIII del GATT 1947 e, da un punto di vista strutturale, offrono una complessa combinazione di elementi giurisdizionali, invero preponderanti, e strumenti politici di composizione dei conflitti<sup>6</sup>.

La loro amministrazione è affidata all'Organo di risoluzione delle controversie, emanazione del Consiglio generale OMC, che istituisce e controlla l'operato degli organismi cui è conferita la funzione giudicante: i *panels of experts* e l'Organo di appello permanente.

Lo svolgimento del procedimento contenzioso in senso stretto si articola in quattro momenti: la fase delle consultazioni, la fase giudicante di primo grado, la fase giudicante di secondo grado e la fase esecutiva – schematicamente rappresentate in fig. 1.

La prima delle fasi indicate prende avvio con l'obbligo per lo Stato che intenda lamentare un pregiudizio ai benefici accordatigli dal sistema OMC di notificare una formale richiesta di consultazioni alla controparte, all'Organo di soluzione delle controversie e ai Consigli e Comitati OMC competenti per materia. Questa deve contenere

<sup>5</sup> Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie, art. 1.

<sup>6</sup> Sulla natura del procedimento complessivamente considerato cfr., tra gli altri, CONFORTI B., *Diritto internazionale*, 6ª ed., Napoli, 2002, pag. 430; COTTIER T., *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 325 ss.; LAFER C., LEANZA U., LIGUSTRO A., TREVES T., *La soluzione delle controversie nell'OMC*, in *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (Atti del II Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale, Milano, 5-7 giugno 1997)*, Napoli, 1998, p. 275; LIGUSTRO A., *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all'OMC*, Padova, 1996.

la specifica indicazione delle misure contestate e della base giuridica del reclamo<sup>7</sup>. Il Paese destinatario dell'invito è tenuto ad aderirvi prontamente<sup>8</sup>.

Il confronto tra le rispettive posizioni delle parti così instaurato viene svolto in assoluta confidenzialità e con ampia flessibilità di forme<sup>9</sup>. Ad esso può chiedere di essere ammesso il Membro che, pur non figurando tra gli Stati originariamente in conflitto, ritenga di dover far valere un interesse commerciale sostanziale ai sensi dell'art. XXII, par. 1 del GATT, dell'art. XXII, par. 1 del GATS o di analoghe disposizioni degli Accordi afferenti al sistema OMC. La decisione dell'inclusione nella procedura di quest'ultimo richiedente spetta al Paese cui la domanda di consultazioni è stata inizialmente indirizzata, chiamato a valutare la fondatezza dell'interesse sostanziale rivendicato<sup>10</sup>.

Qualora le consultazioni registrino esito negativo ovvero non siano affatto celebrate per il rifiuto opposto dall'avversario<sup>11</sup>, la parte che ha avviato la procedura ha la facoltà di domandare la costituzione di un *panel* che decida la questione<sup>12</sup>.

La devoluzione della materia controversa alla cognizione di un gruppo di esperti, che inaugura la seconda fase del meccanismo contenzioso, avviene a seguito di apposita deliberazione del *Dispute Settlement Body*. Essa può essere evitata solo dal voto contrario di tutti i membri dell'organo e quindi anche del Paese richiedente, in base alla pratica del c.d. *consensus negativo*<sup>13</sup>.

Il *panel* si compone di tre o cinque membri la cui competenza professionale, imparzialità e indipendenza è normativamente presidiata<sup>14</sup>. Esso svolge una funzione conciliativa e di inchiesta sulla base di *terms of reference* standardizzati ovvero del diverso mandato conferitogli dalle parti di comune accordo<sup>15</sup>. Effettua l'istruzione della

---

<sup>7</sup> *Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie*, art. 4, par. 4

<sup>8</sup> In relazione al rifiuto del Paese resistente di partecipare alle consultazioni, nell'affare *Brazil – Measures Affecting Desiccated Coconut*, (WTO Doc. WT/DS22/R), il gruppo di esperti ha significativamente sancito che «Compliance with the fundamental obligation of WTO Members to enter into consultations where a request is made under the DSU is vital to the operation of the dispute settlement system. Article 4.2 of the DSU [...] make[s] clear that members duty to consult is absolute, and is not susceptible to the prior imposition of any terms and conditions by a Member» (par. 287).

<sup>9</sup> *Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie*, art. 4, par. 6

<sup>10</sup> *Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie*, art. 4, par. 11.

<sup>11</sup> Stante l'obbligatorietà delle consultazioni, questa conclusione è evidentemente giustificata non dalla volontà di dispensare il Paese resistente dal dovere di aderirvi, bensì dall'esigenza di impedire che l'inerzia di questi, specie se proditoria, possa comportare un blocco della procedura. In merito v. CANAL-FORGUES E., *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruxelles, 2003, pag. 47.

<sup>12</sup> *Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie*, art. 4, par. 7.

<sup>13</sup> *Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie*, art. 6, par. 1.

<sup>14</sup> *Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie*, art. 8, parr. 1, 2, 3, 8, 9.

<sup>15</sup> *Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie*, art. 7. Il contenuto del mandato standard è determinato come segue: «Esaminare alla luce delle disposizioni pertinenti contenute in (nome dell'Accordo contemplato o degli Accordi contemplati citati dalle Parti della controversia), la questione

causa in ossequio al principio del contraddittorio e rassegna le proprie conclusioni in un *Report* che, dopo esser stato sottoposto all'esame interinale da parte dei litiganti, viene trasmesso al *Dispute Settlement Body* per l'approvazione<sup>16</sup>.

---

sottoposta al DSB da (nome della Parte) nel documento ... e rilevare elementi che possano aiutare il DSB a formulare le raccomandazioni o le decisioni previste in tale/i Accordo/i».

<sup>16</sup> *Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie*, art. 15. «Non paiono giustificati i dubbi sollevati da molti Stati e in dottrina circa l'utilità di tale revisione in presenza della possibilità di ricorrere in appello contro la decisione in primo grado, poiché essa allungherebbe inutilmente la durata della procedura [...]. L'esame interinale non deve essere visto come un duplicato del giudizio di secondo grado, ma va inquadrato piuttosto nell'ambito della funzione conciliativa del *panel*, e quindi della ricerca di una soluzione amichevole tra le parti (che, ricordiamo, rappresenta l'obiettivo fondamentale del sistema), rappresentando l'ultima occasione di giungere ad un compromesso tra le rispettive posizioni, prima di dare pubblicità al verdetto» (PICONE P., LIGUSTRO A., *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2003, pag. 595).

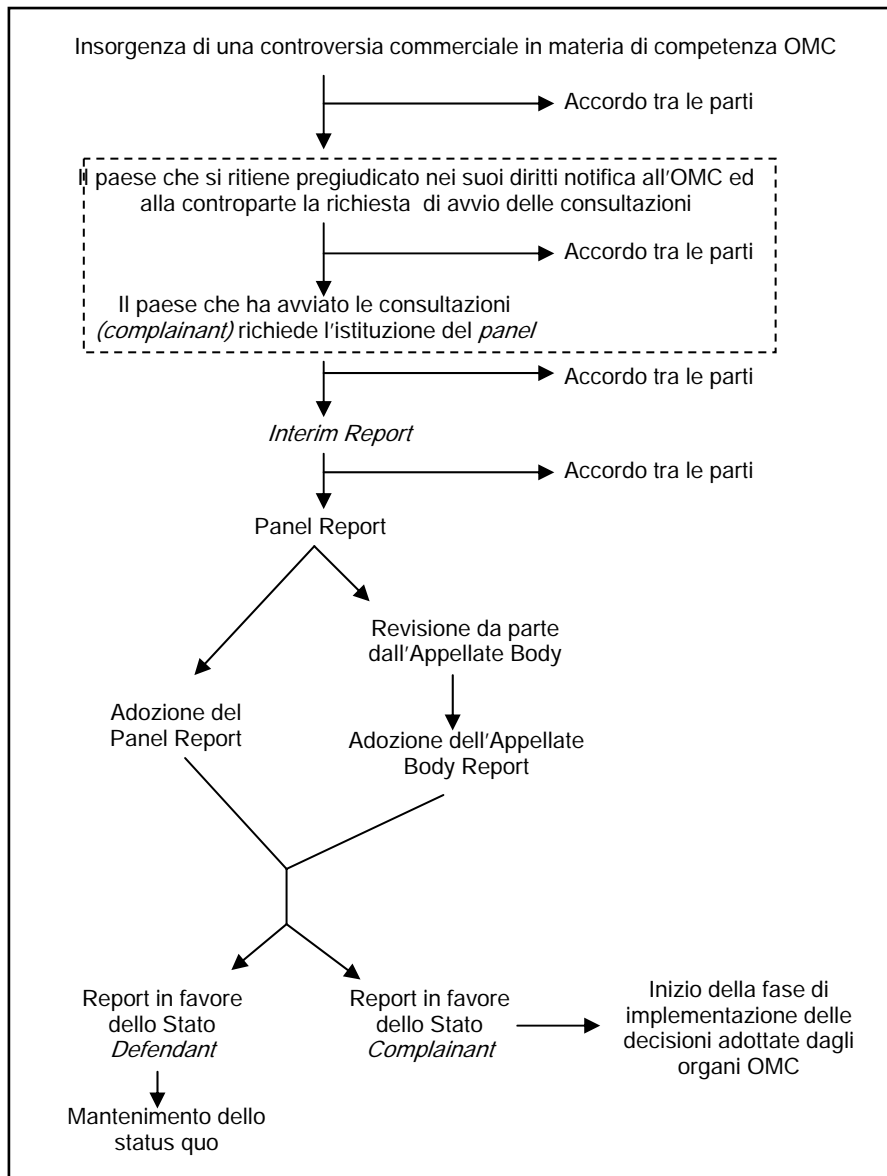


Fig. 1: Articolazione della procedura di soluzione delle controversie in seno all'OMC. Il rettangolo tratteggiato evidenzia la fase delle consultazioni.

Questa può essere rifiutata solo in presenza di una manifestazione di dissenso unanime dei componenti l'organismo, incluso lo Stato cui la decisione è risultata favorevole<sup>17</sup>.

Prima dell'approvazione da parte del DSB, le determinazioni del *panel* possono essere impugnate da qualunque parte in lite dinanzi all'Organo di appello, competente a riesaminare le questioni ed interpretazioni giuridiche svolte in prima istanza<sup>18</sup>. La pronuncia con cui viene concluso il giudizio di secondo grado, coincidente con il terzo dei segmenti in cui si articola la procedura, viene approvata dall'Organo per la risoluzione delle controversie con le stesse modalità previste per i rapporti dei gruppi di esperti.

Lo stesso *Dispute Settlement Body* presiede la fase dell'esecuzione delle raccomandazioni e decisioni adottate in ordine alla singola lite.

In questa sede, tale organismo può autorizzare la sospensione di concessioni commerciali in danno della parte soccombente che, nei termini fissati, non si sia adeguata alle prescrizioni indirizzate. Ciò deve avvenire, tuttavia, tenuto conto, che il ricorso alla rappresaglia è considerato dall'Intesa come soluzione di *extrema ratio* e non orientata a perseguire una finalità afflittiva<sup>19</sup>.

Le procedure previste dalla *Dispute Settlement Understanding* trovano altresì applicazione allorché debba verificarsi se le misure adottate per l'eliminazione degli ostacoli al commercio siano adeguate, con devoluzione della questione, ove possibile, al *panel* originariamente investito del giudizio principale<sup>20</sup>.

In alternativa ai meccanismi considerati vi è la facoltà per gli Stati OMC di risolvere il contenzioso in cui siano coinvolti facendo ricorso all'arbitrato<sup>21</sup>. E' fatta in ogni caso salva la possibilità di cercare un componimento reciprocamente soddisfacente delle liti attraverso gli strumenti diplomatici dei buoni uffici, della conciliazione e della mediazione<sup>22</sup>.

### **3. Lo strumento diplomatico delle consultazioni: caratteri fondamentali e sua regolamentazione ad opera dell'Intesa**

---

<sup>17</sup> *Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie*, art. 15, par. 4.

<sup>18</sup> *Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie*, art. 17.

<sup>19</sup> *Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie*, art. 22.

<sup>20</sup> *Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie*, art. 21.

<sup>21</sup> *Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie*, art. 25.

<sup>22</sup> *Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie*, art. 5.

Le consultazioni svolte tra le parti prima di sottoporre la lite all'esame del *panel* contribuiscono a conseguire uno degli scopi fondamentali della disciplina contenziosa contenuta nell'Intesa: garantire la certezza delle regole che presiedono gli scambi internazionali senza arrecare eccessivo pregiudizio alla flessibilità di cui abbisognano i medesimi. In relazione alla singola lite, la loro celebrazione mira a consentire il bonario componimento del conflitto di interessi prima che siano attivate soluzioni maggiormente articolate e dispendiose, potenzialmente foriere di impatti destabilizzanti sulle relazioni commerciali internazionali<sup>23</sup>.

L'inclusione del mezzo conciliativo in questione nel novero dei meccanismi previsti dalla DSU ha comportato la introduzione all'interno del sistema OMC di uno strumento diplomatico di tipo classico<sup>24</sup>.

Nonostante l'istituto abbia fatto ingresso nel lessico del diritto internazionale in tempi relativamente recenti, la ricognizione della prassi convenzionale consegna un risultato sufficientemente univoco in ordine ai suoi tratti salienti.

La prima menzione di una procedura di consultazioni può forse farsi risalire alle convenzioni in materia di corsi d'acqua internazionali. Tra le più significative deve annoverarsi il *Cañas-Jerez Boundary Treaty* stipulato nel 1858<sup>25</sup>. L'art.VIII del presente accordo prevedeva infatti che il Nicaragua non potesse disciplinare convenzionalmente con altri Paesi l'uso del fiume San Juan senza prima interpellare il Costarica sugli inconvenienti che eventuali nuove attività di sfruttamento dello stesso potessero causare.

Al suddetto strumento diplomatico hanno fatto successivamente riferimento gli estensori della Carta dei diritti e doveri economici degli Stati, il cui art. 3 statuisce che ogni Stato «must cooperate on the basis of a system of information and prior

---

<sup>23</sup> «Settlement, of course, is the key principle here. During the period 1995-1999, for example, 77 disputes were resolved of which 41 were resolved without going to adjudication. Without this system, it would be virtually impossible to maintain the delicate balance of international rights and obligations. Disputes would drag on much longer, have a destabilizing effect on international trade» (MOORE M., *WTO's Unique system of settling disputes nears 200 cases in 2000*, press release 5 June 2000, [www.wto.org](http://www.wto.org)).

<sup>24</sup> Ci atteniamo alla tripartizione strutturale secondo cui «The diplomatic methods currently in vogue may be classified [...] as: classical, triadic and parliamentary. The classical pattern is the one which has developed in the post-medieval times. It is mostly interpersonal communication behind closed doors between the authorized representatives of the parties. [...] In contrast with the classical pattern of diplomacy, in which communication is bilateral or multilateral [...], there is the pattern in which an intermediary gets involved, offering his good offices, mediation or conciliation. Or he may undertake to make an inquiry to clarify issues of fact or law to the parties. This pattern I have referred above as "triadic" [...]. The parliamentary pattern of diplomacy has emerged as international conferences of an ad hoc type and international organizations with organs that meet periodically for discussion of issues of common concern have become a prominent feature of the relations between States». (MURTHY B. S., *Diplomacy and resolution of International Disputes*, in *International Law as a Language for International Relations*, The Hague, 1996, pag. 162ss.).

<sup>25</sup> In *British and Foreign State Papers*, vol. 48, pag. 1049.

consultations in order to achieve optimum use of resources without causing damage to the legitimate interests of others».

La stessa Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati prevede che l'estinzione di un accordo o il ritiro di una parte possa avvenire «in ogni tempo, per consenso di tutte le parti, previa consultazione degli Stati contraenti e delle organizzazioni contraenti» (art. 54, comma 1, lett. b).

Alla luce dei citati riferimenti normativi, per "consultazioni" si intendono quindi i colloqui che due o più soggetti di diritto internazionale intraprendono allo scopo di comporre una controversia pendente tra loro o di prevenirne l'insorgenza<sup>26</sup>. Tali occasioni di confronto possono limitarsi all'oralità o trovare espressione in forma scritta, svolgersi con cadenza periodica ovvero esclusivamente nei casi in cui ve ne sia la necessità. La flessibilità che ne caratterizza le modalità di svolgimento non esonera le parti dal parteciparvi secondo buona fede<sup>27</sup>.

Deve in ogni caso escludersi che, in mancanza di impegni convenzionalmente assunti, il ricorso a tale mezzo diplomatico risulti obbligatorio ogni volta che si registrino o possano intervenire frizioni in sfere di interessi comuni a più Stati. L'esistenza di una siffatta regola di ordine generale è stata inequivocabilmente esclusa dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale nei casi *Interpretation of Judgements Nos 7 and 8 (The Chorzov Factory Case)*<sup>28</sup> e *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*<sup>29</sup>.

Le modalità con cui l'istituto delle consultazioni viene disciplinato dalla *Dispute Settlement Understanding* evidenzia il sacrificio di una parte della duttilità ad esso

<sup>26</sup> Considerata in questa accezione lata, la nozione in questione coincide con quella di "negoziato". Sulla possibilità di impiegare i due termini quali sinonimi si pronuncia favorevolmente FOMBAD C. M., *Consultation and Negotiation in the Pacific Settlement of International Disputes*, in O'CONNELL M. E. (ED.), *International Dispute Settlement*, Aldershot, 2003. Questi, pur precisando che «Consultations [...], unlike negotiation *strictu sensu*, relates more to situations and issues of potential controversy rather than actual dispute», riconosce che «Not only are the two terms often correctly used interchangeably, but may even have the same legal effect. Thus where a consultation clause is designed to or operates to facilitate the settlement of an actual dispute that has arisen, then it becomes indistinguishable from the operation of a negotiation clause» (pag. 39). *Contra* però cfr. DOMINICK M. F., voce "Consultation", in BERNHARDT R. (ED.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I (1992), pag. 776ss., secondo cui «Consultation [...] is most closely related to, and often an initial step in the process of negotiation. [...] but the terms are not synonymous». [...] Unlike negotiations, [...] consultations normally do not create an expectation of formal results, the presence or absence of which connote success or failure» (pag. 778).

<sup>27</sup> La necessità che a detto principio si conformino in generale le relazioni internazionali si trova espressa in *The Nuclear Test cases*, I.C.J. Reports, 1974, pag. 253ss. . Un'applicazione del requisito della buona fede al caso particolare di consultazioni obbligatorie può leggersi in *North Sea Continental Shelf case*, I.C.J. Reports, 1969, vol. 3, pag. 47ss.

<sup>28</sup> *Interpretation of Judgements Nos 7 and 8 (The Chorzov Factory) case*, P.C.I.J. Series A. No. 13 (1927), pag. 10-11.

<sup>29</sup> *Certain German Interests in Polish Upper Silesia case (Jurisdiction)*, P.C.I.J. Series A. No. 6 (1925), pag. 14.

connaturata a vantaggio del perseguimento di obiettivi di economia e speditezza della procedura.

La domanda di consultazioni relativa alle controversie che sorgano in seno all'Organizzazione Mondiale del Commercio deve essere avanzata alla controparte in forma scritta, notificata in copia al *Dispute Settlement Body* e ai Consigli e Comitati competenti per materia e deve contenere l'esposizione dei motivi che la supportano, ivi compresa l'indicazione precisa delle misure commerciali ritenute pregiudizievoli e della base giuridica del reclamo<sup>30</sup>.

Le osservazioni formulate in richiesta devono essere considerate favorevolmente dal Membro destinatario che, salvo diverso accordo, ha a disposizione dieci giorni per rispondervi e trenta per avviare i colloqui. I termini sono sensibilmente ridotti nei casi urgenti, compresi quelli relativi a merci deperibili. Il Paese richiedente, qualora non ottenga riscontri tempestivi, può domandare direttamente la costituzione di un *panel* che conosca delle sue pretese<sup>31</sup>.

Compiuti gli adempimenti introduttivi, il confronto tra le delegazioni statali interessate si svolge normalmente presso la sede dell'OMC, in un incontro della durata di due o tre ore. Le attività sono corredate dalla massima riservatezza: la discussione è condotta in inglese e non sono ammessi né interpreti né registrazioni o trascrizioni delle conversazioni. Le informazioni divulgate nell'occasione non sono destinate alla circolazione pur potendo costituire oggetto di comunicazione al gruppo di esperti nel caso di una sua eventuale costituzione<sup>32</sup>. Restano in ogni caso impregiudicati i diritti dei partecipanti in eventuali procedure successive<sup>33</sup>.

Quando la procedura sia stata avviata ai sensi dell'art. XXII, paragrafo 1 del GATT, dell'art. XXII, paragrafo 1 del GATS ovvero delle corrispondenti previsioni di altri Accordi Allegati, le consultazioni sono aperte alla partecipazione di terze parti che ritengano di avere un interesse sostanziale nella lite. Il Membro cui è presuntivamente attribuita la violazione di norme commerciali può impedire qualsiasi adesione che ritenga supportata da motivi inconferenti con la materia controversa<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> *Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie*, art. 4, par. 4.

<sup>31</sup> *Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie*, art. 4, parr. 2 e 3.

<sup>32</sup> Cfr. *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages*, WTO Doc. WT/DS75/R, WT/DS84/R, (1999) (Panel Report), parr. 10.20-10.23.

<sup>33</sup> *Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie*, art. 4, par. 6.

<sup>34</sup> *Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie*, art. 4, par. 11.

Qualora entro sessanta giorni dall'inizio dei colloqui non si pervenga al bonario componimento della lite, il Membro che ha promosso le consultazioni può chiedere l'istituzione del *panel*.

#### 4. Consultazioni ed istituzione dei Panel: un primo sguardo ai dati

Già nel 1996, ad un anno dall'entrata in vigore delle nuove procedure, l'ampio numero di controversie risolte nella fase di consultazione induceva i vertici della OMC a valutarne positivamente l'introduzione<sup>35</sup>.

D'altronde i dati inerenti al decennio 1995-2005 sembrano confermare tali prime valutazioni: il 49% delle dispute avviate in tale periodo ha richiesto la costituzione di un *Panel* di esperti per la disamina del caso<sup>36</sup>: l'efficacia conciliativa delle consultazioni dunque, ha consentito, dunque, la rapida soluzione di oltre la metà delle controversie sorte nel periodo di riferimento.

Di questo dato si offre ulteriore analisi nella tab. 1, in cui si riporta il numero di dispute risolte durante le consultazioni e di quelle che hanno richiesto la costituzione di un *Panel*, offrendo un dettaglio dei paesi coinvolti in contenzioso<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> "At the end of the WTO's first year I was able to report a generally favourable situation with respect to implementation. In the area of dispute settlement, the picture is especially encouraging. A considerable number of countries - small as well as large - are making frequent and varied use of the procedures and they are very often succeeding in resolving disputes at the consultation stage rather than engaging the full weight of the panel and appeal processes." Discorso tenuto da Renato Ruggiero, Direttore Generale dell' OMC dal 1995 al 1999, in occasione della "Conference on Future Directions for the Multilateral Trading System" organizzata dal Governo Australiano nel Febbraio 1996 (vedi [www.wto.org](http://www.wto.org))

<sup>36</sup> Nel periodo che va dal 1995 al dicembre 2005, si registra l'avvio di 335 dispute complessive (DS1-DS335). In linea con l'approccio utilizzato in altri autorevoli studi (cfr. HORN H. AND MAVROIDIS P.C. *The WTO Dispute Settlement System 1995-2004:some descriptive statistics*, The World Bank 2006), in questa sede si è preferito interpretare ciascuna controversia come lite "bilaterale". Le singole dispute che hanno coinvolto più di due paesi in qualità di *complainants* e *respondents* (cfr. DS217) sono state, quindi, conteggiate più volte. Ne risultano 363 dispute complessive. I dati rielaborati sono tratti dal *Wto Dispute Settlement Database* realizzato da HORN H. E MAVROIDIS P.C. e disponibile sul sito della World Bank. Il dataset è stato da noi aggiornato con i dati relativi alle dispute avviate nel 2005.

<sup>37</sup> I paesi coinvolti in contenzioso sono classificati come Paesi meno sviluppati (Less Developed Countries - LDC), Paesi industrializzati (Industrialized Countries - IND), Paesi in via di sviluppo (Developing Countries - DEV). La categoria residuale US+EU comprende Stati Uniti ed Unione Europea. La classificazione proposta è ripresa dal già citato studio HORN H. AND MAVROIDIS P.C., *The WTO Dispute Settlement System 1995-2004:some descriptive statistics*, The World Bank, 2006

Soluzione	Classificazione <i>Complainant</i>	Classificazione <i>Defendant</i>			Totale
		IND	DEV	US+EU	
Disputa risolta nella fase di consultazioni	LDC		1		<b>1</b>
	IND	14 (70%)	12 (60%)	17 (30%)	<b>43</b>
	DEV	13 (68%)	24 (73%)	26 (43%)	<b>63</b>
	US+EU	22 (45%)	27 (56%)	30 (53%)	<b>79</b>
	<b>Totale</b>	<b>49</b>	<b>64</b>	<b>73</b>	<b>186</b>
Istituzione del <i>panel</i>	IND	6 (30%)	8 (40%)	39 (70%)	<b>53</b>
	DEV	6 (32%)	9 (27%)	34 (57%)	<b>49</b>
	US+EU	27 (55%)	21 (44%)	27 (47%)	<b>75</b>
	<b>Totale</b>	<b>39</b>	<b>38</b>	<b>100</b>	<b>177</b>

Tab. 1: Paesi coinvolti in contenzioso ed istituzione del Panel. Rielaborazione su dati del "Wto Dispute Settlement Database". Il dato tra parentesi indica la percentuale di casi che si è risolta durante la fase di consultazioni o che ha richiesto l'istituzione del panel per ciascuna coppia di paesi contendenti..

I dati in tabella lasciano spazio ad analisi e riflessioni molteplici. Ciò che più rileva è che, in generale, si registra una certa tendenza alla soluzione dei contenziosi durante la fase di consultazione, circostanza questa particolarmente evidente nei casi che contrappongono due paesi industrializzati o due stati in via di sviluppo. Il dato risulta però del tutto opposto per quelle controversie che vedono gli USA e la UE agire come *defendant* e per quelle che riguardano USA ed UE (*complainants*) contro paesi industrializzati (*defendants*).

In realtà l'esame di questi dati offre un quadro interpretativo che possiamo ritenere solo parzialmente valido, cui sfuggono molti elementi qualitativi caratterizzanti le singole controversie, presumibilmente decisivi nel condizionare l'esito delle consultazioni<sup>38</sup>.

Si può assumere, in proposito, che la stessa natura negoziale delle consultazioni, implichi l'interazione strategica tra le parti in contenzioso, riconducibile, in teoria dei

<sup>38</sup> La stessa classificazione di un paese come industrializzato o in via di sviluppo può non dare ragione del potere politico e diplomatico di uno Stato sullo scacchiere internazionale.

giochi, ad un gioco dinamico, caratterizzato da mosse sequenziali da parte degli attori coinvolti, ed in cui variabili quali il tempo, le informazioni a disposizione delle parti e le caratteristiche stesse degli attori possono condizionare i risultati ottenibili<sup>39</sup>.

Seguendo questa impostazione, si può dunque ipotizzare che le dimensioni internazionali del potere politico ed economico degli Stati influenzino le scelte strategiche che essi compiono durante lo svolgimento delle consultazioni, pregiudicando o favorendo la bonaria composizione dei contenziosi.

Allo stesso tempo, tuttavia, non si può escludere che l'oggetto stesso della controversia, la complessità giuridica del caso, le preesistenti relazioni diplomatiche tra i paesi in contenzioso, giochino un ruolo importante nel determinare la soluzione consensuale o giudiziale del caso.

A tali ipotesi ha dedicato attenzione la letteratura di cui si offre breve quadro nel paragrafo successivo. Nei paragrafi conclusivi, riprendendo gli spunti offerti da alcuni tra gli studi più recenti, si presenta un tentativo di verifica empirica su alcune variabili che si ritiene possano determinare la propensione delle dispute al passaggio alla fase di panel.

##### **5. *Law&economics, litigation and settlement***

L'analisi delle controversie giudiziarie ha suscitato notevole interesse tra gli studiosi di economia del diritto, che hanno prodotto un'ampia letteratura dedicata, in particolare, alla procedura civile.

Uno degli aspetti fondamentali del processo, oggetto di analisi di molti contributi *law&economics*, riguarda la decisione, che le parti in causa compiono, tra l'azione in giudizio e la ricerca di soluzioni conciliative. Su questo punto l'apporto degli economisti ha sottolineato – in estrema sintesi - come alti costi processuali, aspettative delle parti convergenti e simmetria informativa sono elementi che favoriscono le soluzioni "stragiudiziali"<sup>40</sup>.

Sebbene tali valutazioni costituiscano, ad una prima analisi, valido supporto per l'interpretazione anche delle controversie svolte tra Stati, le differenze tra le dispute di diritto civile e quelle internazionali hanno indotto gli studiosi che si sono occupati del meccanismo OMC<sup>41</sup> a seguire percorsi di ricerca alternativi.

---

<sup>39</sup> Cfr. BUTLER M., HAUSER H., *The Wto Dispute Settlement System: A First Assessment from an Economic Perspective*, *Journal of Law, Economics & Organization*, V16 N2 2000

<sup>40</sup> Per una panoramica della letteratura in materia cfr. FRANZONI L.A., "Introduzione all'Economia del Diritto", Bari, 2003.

<sup>41</sup> Il funzionamento dei meccanismi per la soluzione delle controversie internazionali in materia commerciale, ha destato notevole interesse in ambito accademico, ed è oggetto di analisi da parte di un elevato numero di lavori

Comune a molti degli studi, è l'ipotesi che il grado di conflittualità delle controversie ed anche gli *outcomes* da esse derivanti, dipendano dalle caratteristiche dei paesi in contenzioso. Variabili descrittive di tali caratteristiche - il livello di sviluppo economico, le dimensioni dell'economia, il potere commerciale, l'influenza diplomatica, l'orientamento politico-ideologico, ecc - vengono impiegate come esplicative in modelli che intendono spiegare l'esito della disputa o la sua evoluzione attraverso le diverse fasi possibili (*Consultazioni-Panel- Appellate body*).

Lavori più recenti<sup>42</sup> hanno accennato all'ipotesi che gli atteggiamenti concilianti o conflittuali assunti da parte degli Stati in contenzioso possano essere indotti dall'azione di gruppi di pressione i cui interessi siano toccati dal tema oggetto della controversia. Si tratta di un filone di ricerca che trova fondamento in quella parte della letteratura, in costante evoluzione, che tenta di interpretare il nesso tra scelte internazionali in materia di politica commerciale ed interazione strategica, nei contesti nazionale, tra gruppi di interesse e rappresentanti della classe politica, contribuendo a definire un "nuovo" approccio di *Political Economy* nello studio dell'Economia Internazionale. Evidentemente ciò significa spostare l'attenzione dal piano internazionale, in cui si svolgono le controversie, al piano nazionale, analizzando i meccanismi di decisione politica che si svolgono all'interno dei confini statali, onde "misurare" il grado di permeabilità delle istituzioni all'azione delle *lobbies*. Questa linea di ricerca, per ora poco approfondita, offre spazi di riflessione ma soprattutto rilevanti problemi di natura metodologica che riguardano, in primo luogo, la "misurazione" di un fenomeno assai poco palpabile quale il lobbying.

Ciò malgrado, partendo da queste ipotesi diversi autori<sup>43</sup> hanno ipotizzato l'inclusione, tra le variabili esplicative della *dispute escalation*, di indicatori di

---

di impostazione giuridica politologica ed economica. Parte di questi studi - per la verità piuttosto ridotta - ha privilegiato l'approccio empirico, testando ipotesi teoriche con l'ausilio di metodologie e strumenti econometrici, ed analizzando i dati relativi agli oltre 50 anni di funzionamento del sistema GATT ed ai primi 10 anni del DSU OMC. Le linee di ricerca hanno seguito perlopiù tre differenti direzioni, cercando di individuare variabili potenzialmente esplicative dell'attivazione delle liti (*dispute initiation*), dell'esito finale dei contenziosi (*dispute outcome*), e della loro "evoluzione"/"progressione" dalla fase di consultazione a quelle successive (*dispute escalation*). Per un quadro dei risultati complessivamente raggiunti cfr. Cfr. BUSCH, M., E. REINHARDT, *Testing International Trade Law: Empirical Studies of GATT/WTO Dispute Settlement*, in: KENNEDY D., SOUTHWICK J. (EDS.), *The Political Economy of International Trade Law: Essays in Honour of Robert Hudec*, Cambridge, 2002

<sup>42</sup> Cfr. DAVIS C. *Setting the negotiation Table: the choice of Institution for Trade disputes*, *Annual Meeting of the American Political Science Association*, Philadelphia, Agosto 2003

<sup>43</sup> Cfr. su tutti GUZMAN A. E SIMMONS B. *To settle or empanel? An empirical analysis of litigation and settlement at the World Trade Organization*, *Journal of Legal Studies* 31:S205-S235 e BUSCH M.L. *Democracy, Consultation, and the Paneling of Disputes Under GATT*, *Journal of Conflict Resolution*, n 2000; 44:425-446

“democraticità” delle istituzioni degli stati in controversia; da un’ampia permeabilità di queste istituzioni alle istanze ed agli interessi della collettività discendono, infatti, maggiori opportunità per i gruppi di pressione di influenzare le scelte nazionali in materia di politica internazionale, inducendo, nello svolgimento di una controversia, maggiore risolutezza nel difendere alcune posizioni.

Seguendo un approccio di tipo diverso, altri studi<sup>44</sup> spostano l’attenzione dall’aspetto soggettivo, le caratteristiche degli stati in controversia, a quello oggettivo, le policy oggetto di controversia. Per Guzman e Simmons (2002) alcune decisioni politiche, come ad esempio l’introduzione di una tariffa protezionistica, consentono spazio di manovra per la contrattazione tra le parti, favorendo, dunque, il raggiungimento di accordi tra i Paesi in contenzioso già durante la fase di consultazione. Altre controversie, invece, riguardano scelte politiche di tipo *all or nothing*, che possono essere ritirate o confermate *in toto*, senza che vi sia spazio per soluzioni intermedie frutto di negoziazione tra le parti; in tali casi si immagina che vi sia maggiore difficoltà di conciliazione.

Questa tesi, che suppone la capacità di distinguere in maniera certa le due tipologie di politiche “negoziabili” e non, viene ulteriormente approfondita da Bernauer e Sattler (2006) che individuano nelle politiche inerenti salute, ambiente e sicurezza quelle che consentono maggiori spazi di negoziazione e che quindi sono meno propense a passare alla fase di istituzione del panel.

---

<sup>44</sup> Cfr. BERNAUER T. E SATTLER T. *Escalation Dynamics in WTO Disputes Over Environment, Health and Safety Issues*

### **6. *Dispute escalation*: le ipotesi ed il *dataset* per la verifica empirica**

Il *dataset* costruito per l'analisi comprende 84 dispute che hanno coinvolto in qualità di (Stato) *complainant* gli USA nel periodo 1995-2005. La decisione di limitare l'indagine a questo ridotto numero di controversie, dettata da difficoltà nel reperimento dei dati, limita la significatività dei risultati raggiunti ai soli casi considerati. Come si vedrà, tuttavia, il modello costruito offre spunti utili per approfondire l'analisi ampliando il numero di casi considerati.

La variabile impiegata nel modello come dipendente (Panel) è di tipo *dummy*; essa assume valore pari a 0 quando le parti hanno raggiunto un accordo conciliativo durante la fase di consultazioni, mentre assume valore pari ad 1 quando la soluzione del caso abbia richiesto la costituzione di un *Panel* di esperti per il giudizio di primo grado.

La scelta delle variabili esplicative riflette la volontà di testare l'ipotesi che l'esito delle consultazioni tra le parti in contenzioso sia condizionato, almeno in parte, dalle caratteristiche soggettive degli attori in causa. Il raggiungimento di una soluzione conciliativa sarebbe dunque determinato dalle percezioni dello Stato Defendant circa le proprie probabilità di successo in giudizio, fondate sulla valutazione della propria forza ed autonomia politica ed economica dagli USA. Seguendo tale approccio si intende, dunque, interpretare l'esito delle consultazioni in relazione alla posizione dello stato Defendant nel contesto politico ed economico internazionale in cui ha luogo la controversia

La tabella che segue offre una breve descrizione delle variabili incluse nell'analisi condotta, indicando per ciascuna la fonte di provenienza dei dati<sup>45</sup>.

Il "peso" politico ed economico sul piano internazionale degli Stati opposti agli USA (*defendants*) è espresso dalle variabili *Prodotto Interno Lordo* (LogGdpResp) e *Valore della Spesa Militare* (MilResp). Si tratta di misure continue piuttosto generiche, che solo in parte sono in grado di descrivere il ruolo internazionale degli Stati<sup>46</sup>; ciò malgrado si può ipotizzare che a valori più alti registrati per queste variabili corrispondano paesi più forti sotto il profilo politico- militare e quindi maggiormente liberi da condizionamenti che implicino atteggiamenti conciliativi con gli Stati Uniti. Allo stesso tempo è ragionevole immaginare che i Paesi economicamente più forti siano in grado di sostenere con facilità i costi del contenzioso e quindi siano disposti a intraprendere soluzioni giudiziali anche se lunghe e dispendiose.

---

<sup>45</sup> A tali fonti si rimanda per un'analisi delle metodologie impiegate per la costruzione di alcune variabili – in particolare gli indicatori di Efficienza Burocratica, di Government effectiveness e di Democracy Score – che possono risultare controverse.

<sup>46</sup> Si tratta, oltretutto, di misure che risentono della dimensione stessa degli Stati.

Le variabili *Importazioni complainant-defendant* (IMP comp-resp) e *Esportazioni complainant-defendant* (EXP comp-resp) descrivono le relazioni commerciali tra gli Stati coinvolti nella controversia, quantificando in termini assoluti il volume dell'*import* e dell'*export* dello Stato *defendant* da/verso gli USA<sup>47</sup>. Si ipotizza che ad una maggiore dipendenza commerciale corrisponda una più alta propensione del *defendant* ad adottare comportamenti conciliativi, visto il rischio di adozione di misure di rappresaglia da parte degli USA.

Con l'inclusione nel modello delle variabili *Efficienza burocratica* (Burresp) , *Esperienza nelle controversie OMC* (EspResp) , *Numero di Ambasciate presso Stati terzi* (Ambresp) ,e *Government effectiveness* (Free CR) si intende descrivere il livello di *expertise* tecnico e legale dello stato *defendant*. Tale aspetto assume rilevanza se si ipotizza che l'esito di una controversia possa essere condizionato da differenze qualitative tra le risorse burocratiche ed amministrative che gli Stati possono impiegare per tutelare giuridicamente la propria posizione . Si immagina, dunque, che i Paesi dotati di risorse tecniche-legali poco efficienti e con ridotta esperienza abbiano la percezione di avere poche probabilità di vittoria in giudizio e siano quindi maggiormente inclini a comporre la controversia nella fase di consultazioni.

In linea con le ipotesi sviluppate dalla letteratura già citata, le variabili *Democraticità del processo elettorale* (Free AR), *Pluralismo politico e partecipazione* (Free BR ) e *Democracy score* (Demo Resp ) offrono una potenziale descrizione dell'apertura delle istituzioni del paese *defendant* agli interessi presenti nella collettività.

La variabile *dummy Partecipazione ad aree commerciali comuni* (Partecipazione aree comuni) descrive ulteriormente , anche se in maniera poco esaustiva, i rapporti diplomatico-commerciali tra le parti in causa. Si ipotizza che la comune sottoscrizione di accordi che istituiscono aree di libero scambio implichi l'esistenza di buone relazioni diplomatico-commerciali, in grado di favorire la soluzione conciliativa della controversia.

La complessità della disputa sotto il profilo strettamente giuridico è ulteriore elemento, di tipo oggettivo e non più soggettivo, in grado di condizionare il comportamento strategico adottato dagli Stati durante la fase di consultazione. Nell'impossibilità di introdurre nel modello elementi in grado di cogliere gli aspetti giuridici qualitativi, si è scelto di considerare il *Numero di Accordi* (Numero di accordi richiamati)

---

<sup>47</sup> I valori considerati nell'analisi individuano in termini assoluti i rapporti di dipendenza commerciale tra i paesi in contenzioso. Una misura della dipendenza commerciale relativa, in questa sede non considerata per via di difficoltà nel reperimento di dati, sarebbero probabilmente più appropriata per la verifica delle ipotesi formulate

ed il *Numero di Articoli* (Numero di articoli richiamati) citati dalle parti come valida *proxy* della complessità giuridica del caso<sup>48</sup>, pur nella consapevolezza che la mole di fonti giuridiche richiamate possa variare in relazione alla capacità tecnico legale espressa dalle amministrazioni. Si ipotizza, dunque, che al crescere di questi aumenti la probabilità di passaggio alla fase di *panel*.

Discorso simile può essere svolto per la variabile *Numero di richieste di join* (Numero richieste join ) che indica il numero di richieste di partecipazione alla fase di consultazione da parte di Stati terzi potenzialmente interessati alla materia oggetto di contenzioso. Si ipotizza che una maggiore complessità giuridica della controversia si traduca in un più alto numero di richieste di partecipazione, ed in una conseguente maggiore complessità politico diplomatica del caso. Si immagina dunque che il rafforzamento della posizione dello Stato *defendant* che ne deriva, aumenti il livello di conflittualità nella controversia, incrementando, in ultima analisi, le probabilità di passaggio alla fase di *panel*.

---

<sup>48</sup> Si fa qui riferimento al numero di Accordi e di Articoli citati nella richiesta di avvio consultazioni che lo Stato *Complainant* notifica alla controparte, all'Organo di soluzione delle controversie ed ai Consigli e Comitati OMC competenti per materia

<i>Etichetta</i>	<i>Descrizione</i>	<i>Fonte</i>
Panel	E' la variabile dummy che viene impiegata come dipendente nel modello proposto. Assume valore pari a 0 quando la disputa oggetto si è risolta durante la fase di consultazione. Assume valore pari ad 1 quando, conclusosi senza accordi il periodo delle consultazioni, si è proceduto all'istituzione del Panel per l'esame del caso.	WTO DISPUTE SETTLEMENT DATA SET Versione 1.0 (a cura di Henrik Horn and Petros C. Mavroidis). Il dataset è stato aggiornato in modo da comprendere tutte le dispute fino al Dicembre 2005 avvalendosi del documento WTO/DS/OV/28 del 11 Ottobre 2006.
LogGdpResp	Logaritmo naturale del valore del prodotto interno lordo del paese <i>Defendant</i> contrapposto agli Stati Uniti. Onde semplificare la fase di raccolta dati si è ritenuto sufficiente considerare il dato relativo ad un solo anno, il 2001 che si situa a metà nel periodo 1995-2006. Si assume che il dato del 2001 non sia particolarmente diverso da quelli riscontrati negli anni precedenti o successivi o che le differenze non siano tali da alterare in maniera significativa i risultati ottenuti	World bank. ( <a href="http://www.worldbank.org">http://www.worldbank.org</a> )
MilResp	Logaritmo naturale dell'importo di spese militari sostenute dallo Stato <i>Defendant</i> . Le difficoltà nel reperire dati, ha indotto a considerare, almeno in questa prima versione dello studio, i dati forniti dal World Factbook 2006 curato dalla CIA e riferiti ad anni differenti.	CIA - The world Factbook 2006 ( <a href="https://www.cia.gov/cia/publications/factbook/index.html">https://www.cia.gov/cia/publications/factbook/index.html</a> )
EspResp	Livello di esperienza dello Stato <i>Defendant</i> nello svolgimento di contenziosi internazionali in materia commerciale. A ciascun defendant è stato attribuito un "punto esperienza" per ciascuna partecipazione ad una disputa come <i>Complainant</i> o come <i>Defendant</i> nel periodo di tempo antecedente alla disputa considerata. A titolo di esempio, in occasione della controversia DS/11 al Giappone viene attribuito un "punteggio esperienza" pari a 3, avendo preso parte a tre dispute precedenti (2 volte come <i>Defendant</i> - DS/10 e DS/8 - ed una come <i>Complainant</i> : DS/6).	Rielaborazione su dati Wto ( <a href="http://www.wto.org">www.wto.org</a> )
Burresp	Punteggio di <i>Government effectiveness</i> come riportato nel dataset "Worldwide Governance Indicators: 1996-2005" curato dalla World Bank. Per informazioni sui dati sulla metodologia impiegata per la loro raccolta cfr. "Governance Matters V: Governance Indicators for 1996-2005.", World Bank, 2006	"Worldwide Governance Indicators: 1996-2005", World bank.
Ambresp	Numero di ambasciate del paese <i>Defendant in altri Stati</i>	<a href="http://www2.tagish.co.uk">http://www2.tagish.co.uk</a>
Free AR - Free BR - Free CR	Punteggi attribuiti allo Stato <i>defendant</i> in relazione alle tre dimensioni del "processo elettorale", del "pluralismo politico e partecipazione", del "funzionamento del Governo" nel dataset curato da "Freedomhouse". Informazioni dettagliate sui dati e sulla metodologia seguita per il calcolo dei punteggi si rimanda all'indirizzo web <a href="http://www.freedomhouse.org/template.cfm?page=35&amp;year=2006">http://www.freedomhouse.org/template.cfm?page=35&amp;year=2006</a>	<a href="http://www.freedomhouse.org">www.freedomhouse.org</a>
Demo Resp	<i>Democracy score</i> attribuito al paese <i>Defendant</i> nel dataset Polity IV in relazione al "grado di apertura delle istituzioni politiche". La realizzazione del dataset è curata dal Center for international Development and Conflict Management. Informazioni sui punteggi e sulla metodologia seguita nella loro attribuzione sono disponibili all'indirizzo web <a href="http://www.cidcm.umd.edu/polity/data/variables.asp">http://www.cidcm.umd.edu/polity/data/variables.asp</a>	<a href="http://www.cidcm.umd.edu/polity/">http://www.cidcm.umd.edu/polity/</a>
Partecipazione aree	Comune adesione delle parti ad accordi di integrazione	<a href="http://www.wto.org">www.wto.org</a>

comuni	commerciale notificati all'OMC. Dati: World Trade Organization	
EXP comp-resp	Valore complessivo delle esportazioni statunitensi verso il Paese cui viene indirizzata la richiesta di consultazioni nell'anno di attivazione della procedura	www.fedstats.gov
IMP comp-resp	Valore complessivo delle importazioni statunitensi dal Paese cui viene indirizzata la richiesta di consultazioni nell'anno di attivazione della procedura	www.fedstats.gov
Numero richieste join	Numero di richieste di partecipazione al confronto da parte di Stati membri dell'OMC che, pur non figurando tra gli Stati originariamente in conflitto, ritenga di dover far valere un interesse commerciale sostanziale ai sensi dell'art. XXII, par. 1 del GATT, dell'art. XXII, par. 1 del GATS o di analoghe disposizioni degli Accordi afferenti al sistema OMC.	WTO DISPUTE SETTLEMENT DATA SET Versione 1.0 (a cura di Henrik Horn and Petros C. Mavroidis). Il dataset è stato aggiornato in modo da comprendere tutte le dispute fino al Dicembre 2005 avvalendosi del documento WTO/DS/OV/28 del 11 Ottobre 2006.
Numero di accordi richiamati	Numero di accordi citati dalle parti.	WTO DISPUTE SETTLEMENT DATA SET Versione 1.0 (a cura di Henrik Horn and Petros C. Mavroidis). Il dataset è stato aggiornato in modo da comprendere tutte le dispute fino al Dicembre 2005 avvalendosi del documento WTO/DS/OV/28 del 11 Ottobre 2006.
Numero di articoli richiamati	Numero di articoli di accordi citati dalle parti.	WTO DISPUTE SETTLEMENT DATA SET Versione 1.0 (a cura di Henrik Horn and Petros C. Mavroidis). Il dataset è stato aggiornato in modo da comprendere tutte le dispute fino al Dicembre 2005 avvalendosi del documento WTO/DS/OV/28 del 11 Ottobre 2006.

Tab. 2: Variabili e fonti dei dati

### 7. Sintesi dei principali risultati dell'analisi<sup>49</sup>

Il modello elaborato presenta un buon grado di adattamento, registrando un valore della frazione della somma dei quadrati (R2X) spiegato dalle componenti principali del sistema pari a 0,595 ( $\geq 0,5$ ).

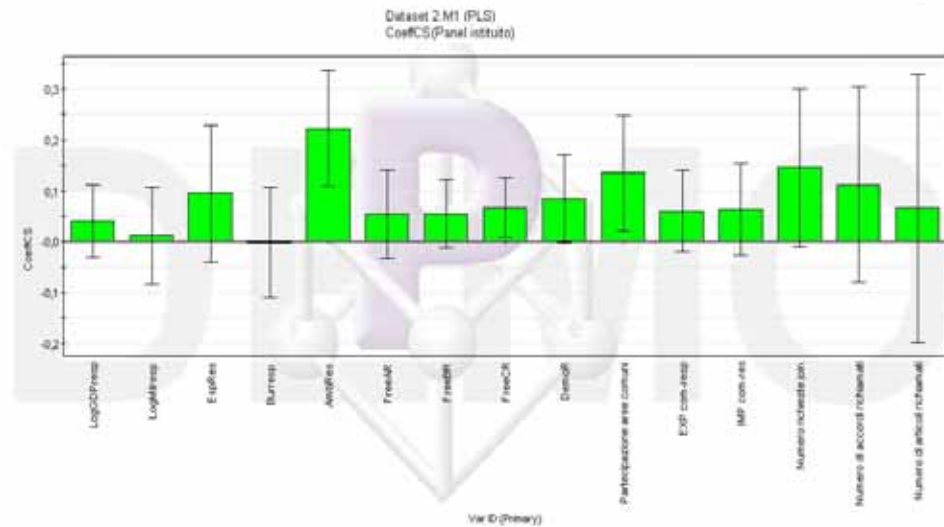


Fig. 2 Coefficienti di regressione PLS

Il grafico in fig. 2 rappresenta i coefficienti di regressione PLS calcolati per ogni variabile indipendente; tutte le variabili considerate risultano positivamente correlate con la variabile di risposta ad eccezione della variabile *Efficienza burocratica* per la quale, tuttavia, si registra un coefficiente dal valore quasi nullo. La tabella che segue presenta in dettaglio i valori dei coefficienti calcolati.

<sup>49</sup> Per una descrizione dettagliata della tecnica di indagine impiegata si consiglia la consultazione dell'Appendice.

Variabile	Coefficiente PLS
Log GDP Resp	0,04071
Log Mil Resp	0,12346
Esp Resp	0,09428
Bur Resp	-0,00159
Amb Resp	0,22297
Free AR	0,05495
Free BR	0,05482
Free CR	0,06693
Demo Resp	0,08466
Partecipazione aree comuni	0,13539
EXP comp-resp	0,06086
IMP comp-resp	0,06431
Numero richieste Join	0,14601
Numero di accordi richiamati	0,11247
Numero di articoli richiamati	0,06563

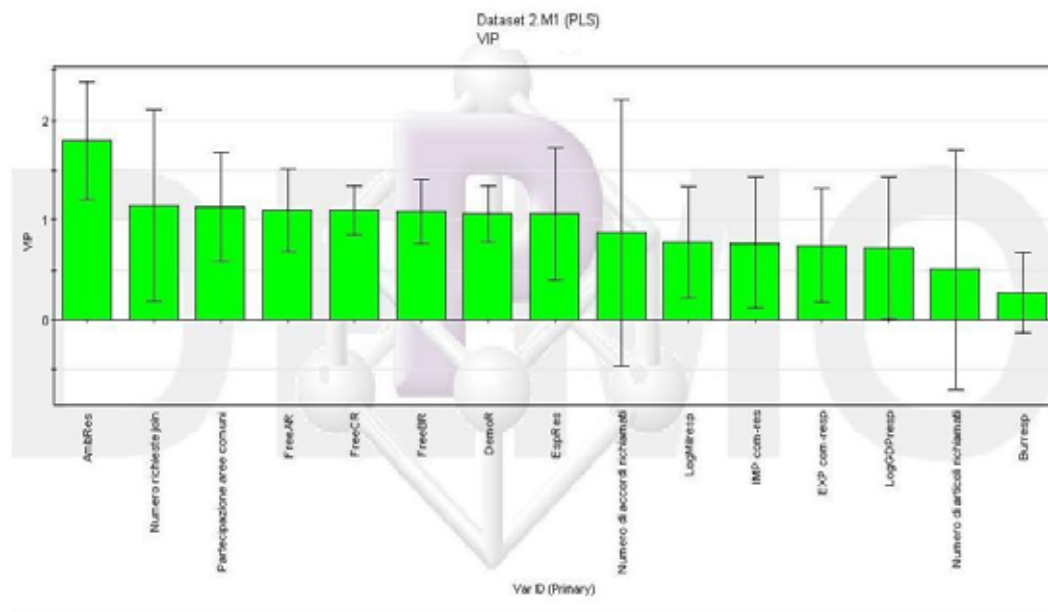
Tab. 3 Valori dei coefficienti di regressione PLS calcolati per ogni variabile x

I valori rappresentati nel grafico *Variable Importance in the Projection* (VIP, figura 7) identificano l'importanza del contributo delle singole variabili nella proiezione realizzata. Tali valori sono calcolati come somma delle dimensioni di tutti i contributi VIN (*Variable Influence*) compresi nel modello:

$$VIP_{ap} = \sum_a (VIN)_k$$

Dove *a* rappresenta il numero delle dimensioni PLS.

L'analisi dei valori Vip calcolati consente di individuare le variabili che più influiscono nella spiegazione del fenomeno in esame (Vip>1, vedi anche tab.4). Ad una prima lettura, i risultati sottolineano l'importanza delle variabili che descrivono il peso politico internazionale dello Stato (AmbRes) , le sue caratteristiche politiche (FreeAR; FreeCR; FreeBR; DemoR;EspRes) ed il livello di esperienza nelle relazioni interstatali (Partecipazione aree comuni). Assai meno rilevanti, invece, risultano le variabili di natura più strettamente economica (LogMilResp;LogGDPResp; IMP com-resp; EXP com-resp).



**Figura 7** Grafico riassuntivo dei valori VIP calcati per il modello oggetto d’analisi.

Variabile	Valore VIP
Amb Resp	1,79591
Numero richieste Join	1,14141
Partecipazione aree comuni	1,13008
Free AR	1,10098
Free CR	1,09677
Free BR	1,08112
Demo R	1,06263
Esp Resp	1,06153
Numero di accordi richiamati	0,86961

Tab. 4: Variabili per le quali si registrano valori Vip superiori all’unità

### 9. Interpretazione dei risultati ed osservazioni conclusive

La scarsa influenza di alcune variabili nel modello elaborato può spiegarsi in relazione alla estrema genericità degli indicatori considerati<sup>50</sup> (LogGdpResp e MilResp) o

<sup>50</sup> Vedi le osservazioni già sviluppate in proposito nel paragrafo 6

in ragione del mancato impiego di dati appropriati (EXP comp-resp e IMP comp-resp). Malgrado ciò, i risultati presentati offrono un quadro nel complesso piuttosto articolato, in cui ben 9 variabili considerate risultano influenzare, anche se singolarmente in maniera poco rilevante, l'esito delle consultazioni celebrate ai sensi della DSU su richiesta statunitense. In tale quadro trova riscontro almeno parziale l'estrema complessità delle relazioni internazionali tra gli Stati e del confronto tra questi durante lo svolgimento della procedura di soluzione delle controversie.

La correlazione positiva tra la variabile AmbResp e la variabile dipendente – la più alta tra quelle registrate - potrebbe spiegarsi, come ipotizzato in sede di costruzione del modello, con l'esperienza nella cura delle relazioni diplomatiche accumulata dallo Stato *Defendant* attraverso la gestione di un numero elevato di rappresentanze presso altri governi. Alla luce di questa ipotesi, il Paese che si oppone alla potenza commerciale statunitense, fidando su una maggiore capacità di tutelare i propri interessi in ambito internazionale, non incontrerebbe particolari difficoltà a fronteggiare proposte di compromesso particolarmente lesive delle proprie ragioni, decretando, quando necessario, il fallimento delle consultazioni. Le medesime riflessioni possono estendersi all'esame dell'indicatore Esp Resp, con la sola differenza che, in questo caso, l'incremento delle capacità negoziali dello Stato deriva dal precedente coinvolgimento nelle procedure disciplinate dall'Intesa.

L'incidenza negativa che le variabili Numero richieste join e Numero accordi richiamati esplicano sull'esperimento del mezzo conciliativo dipende dalla maggiore complessità che la controversia assume al crescere del numero di soggetti coinvolti e di pretese azionate.

In particolare, l'ingresso nelle consultazioni degli Stati che ne facciano richiesta ai sensi dell'art. 4.11 dell'Intesa comporta il più delle volte un superamento dello schema della *biparty negotiation*. Anche se i Paesi interventori normalmente aderiscono alle posizioni di uno dei contendenti, questi possono ben condividere alcuni degli scopi che guidano l'azione di uno Stato in lite e dissentire rispetto ad altri, quanto alla sostanza o alle modalità di perseguimento. Ciò è sufficiente a fare in modo che il conflitto non possa più ricostruirsi secondo un modello bipolare ma acquisti una struttura più articolata, con ripercussioni sui margini di soluzione tramite negoziato<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Cfr. CRUMP L., GLENDON A. I., *Towards a Paradigm of Multiparty Negotiation*, in *International Negotiation*, 8 (2003), pag. 197 ss.

Il comportamento della variabile Partecipazione aree comuni denota che le ipotesi di devoluzione al *panel* di una controversia crescono quando i litiganti sono contemporaneamente membri dell'OMC e di un *Regional Trade Agreement*. Per quanto il risultato osservato contrasti con le ipotesi di ricerca, esso potrebbe spiegarsi richiamando la contemporanea azione di due fattori.

In primo luogo, il comune coinvolgimento in esperienze di integrazione economica tanto su base regionale quanto su base multilaterale comporta, per gli Stati interessati, un incremento degli obblighi internazionali reciprocamente assunti, che aggiunge complessità alle loro relazioni politiche e commerciali. Detta complessità evidentemente non giova allorché i rapporti interstatali vivano un momento patologico, per la possibilità che il conflitto nascente in un determinato settore si estenda ad altri ambiti<sup>52</sup>, rendendo difficile non solo la sua risoluzione ma, in taluni casi, addirittura l'individuazione degli esatti limiti della materia controversa<sup>53</sup>. Da qui le difficoltà di comporre la lite per via diplomatica.

Premessa poi la tendenziale coincidenza delle materie oggetto di disciplina a livello continentale e multilaterale, qualora gli accordi regionali, similmente all'OMC, siano dotati di un proprio meccanismo di soluzione delle controversie, la mancanza di un coordinamento tra le giurisdizioni afferenti ai singoli sottosistemi normativi moltiplica il numero dei fori astrattamente competenti a conoscere una controversia. Questa circostanza potrebbe avere efficacia deterrente rispetto al bonario componimento del conflitto di interessi in sede di celebrazione delle consultazioni OMC, inducendo ciascuno Stato ad una sottovalutazione dei costi di un'eventuale soccombenza dinanzi al *panel*, in virtù della disponibilità di altre istanze presso le quali, spesso contemporaneamente all'attivazione delle procedure amministrative ai sensi della *Dispute Settlement Understanding*, agire a tutela dei propri interessi.

Risponde infine alle previsioni formulate, la correlazione positiva tra gli indicatori del grado di apertura democratica e la variabile dipendente. Le conclusioni cui il modello perviene in tal senso potrebbero trovare spiegazione, come già anticipato, nella

<sup>52</sup> Esempari in tal senso risultano le ripercussioni in ambito OMC del contenzioso in materia di esportazioni di zucchero sorto tra Messico e Stati Uniti in seno al NAFTA verso la fine degli anni Novanta. Nel caso di specie, l'impossibilità di vedere tutelati i propri interessi attraverso gli strumenti forniti dall'accordo regionale induceva il Paese centroamericano ad adottare contromisure commerciali, per cui rimozione gli USA attivavano, a loro volta, le procedure previste dall'Intesa. La vicenda è stata esaminata dai competenti organi OMC nell'affare *Mexico – Tax measures on soft drinks and other beverages* (cfr. WTO Doc. WT/DS308/R e WT/DS308/AR), incluso nel dataset.

<sup>53</sup> Sul carattere decisivo dell'esatta individuazione dei termini di una controversia ai fini del bonario componimento della stessa si pronuncia ad es. GULLIVER P. H., *Negotiation as a mode of dispute settlement: towards a general model*, in *Law and Society Review*, Summer 1973, pag. 676.

circostanza che ad un maggior grado di apertura democratica di uno Stato corrispondono maggiori opportunità per i gruppi di pressione di incidere sulla conduzione delle relazioni diplomatiche da parte degli apparati governativi. Tale considerazione si presta ad ulteriori approfondimenti che seguano il solco segnato dagli studi di *Political Economy* che si sono occupati del rapporto tra formazione ed azione dei gruppi di interesse e adozione di politiche commerciali.

Pur offrendo spunti di riflessione che si ritiene possano essere significativi, le analisi svolte risentono, in primo luogo, di limiti relativi al numero parziale di dispute considerate ed alla inclusione di talune variabili potenzialmente sacrificabili. La possibilità di tornare a ragionare su tali aspetti, modificando le variabili considerate in relazione ai risultati qui ottenuti, unitamente alla necessità di assicurarsi dati maggiormente puntuali per alcuni indicatori, consente di ipotizzare ampio margine di sviluppo per tale linea ricerca.

**APPENDICE. La metodologia impiegata**

La metodologia statistica adottata per l’analisi dei dati è la regressione *Partial Least Squares* (PLS) che deriva dall’algoritmo NIPALS (*Non Linear Iterative Partial Least Squares*) sviluppato da Herman Wold, nel 1966. Tale metodologia generalizza e combina le caratteristiche dell’Analisi delle Componenti Principali (ACP) e della Regressione multipla. Questa tecnica risulta particolarmente adatta per l’analisi di fenomeni caratterizzati da multicollinearità tra le variabili esplicative, numero di predittori elevato e superiore a quello delle osservazioni e presenza di dati mancanti.

Più in dettaglio, la presenza nel dataset da analizzare, di una sola variabile di risposta (matrice  $y_{(n,1)}$ , vedi figura successiva) e di più variabili di predizione (matrice  $X_{(n,p)}$ ) ha indotto a scegliere la tecnica *PLS 1*.

$$X = \begin{matrix} & \begin{matrix} 1 & \dots & j & \dots & p \end{matrix} \\ \begin{matrix} 1 \\ \vdots \\ i \\ \vdots \\ n \end{matrix} & \begin{bmatrix} x_{11} & \dots & \dots & \dots & \dots \\ \dots & \dots & \dots & \dots & \dots \\ \dots & \dots & x_{ij} & \dots & \dots \\ \dots & \dots & \dots & \dots & \dots \\ \dots & \dots & \dots & \dots & x_{np} \end{bmatrix} \end{matrix}$$

$$y = \begin{matrix} & 1 \\ \begin{matrix} 1 \\ \vdots \\ i \\ \vdots \\ n \end{matrix} & \begin{bmatrix} y_{11} \\ \dots \\ y_{i1} \\ \dots \\ y_{n1} \end{bmatrix} \end{matrix}$$

Nella prima fase della sua implementazione, tale tecnica prevede il calcolo degli scarti dalle medie (residui) per le due matrici:

$$X_0 = X - \underline{1} \bar{X}$$

$$y_0 = y - \underline{1} \bar{y} \quad \text{dove } \underline{1} = [1 \dots n]$$

$\bar{X}$  e  $\bar{y}$  rappresentano rispettivamente la matrice e lo scalare delle medie delle variabili predittive e delle variabili dipendenti.

Dopo aver calcolato i residui si passa alla ricerca dei vettori  $t_i$  (n,1) che rappresentano combinazioni lineari della matrice X. Il calcolo di tali vettori è effettuato con un adeguata combinazione lineare dei residui  $X_{(i-1)}$  ottenuti nella fase precedente d avviene attraverso la seguente funzione:

$$t_i = X_{(i-1)} w_{(i)}$$

i pesi  $w_{(i)}$  sono ottenuti tramite:

$$w_{(i)} = y_{(i-1)}' X_{(i-1)}$$

La terza fase consiste nel determinare i coefficienti  $p_i$  (1,p) (per le  $p$  variabili) e  $q_i$  (per le  $y$ ) regredendo, con il metodo dei minimi quadrati, le  $X$  e le  $y$  su  $t_i$ , si ottiene:

$$p_i = \frac{t_i' X_{i-1}}{t_i' t_i} = \frac{Cov(t_i, X_{i-1})}{Var(t_i)}$$

$$q_i = \frac{t_i' y_{i-1}}{t_i' t_i} = \frac{Cov(t_i, y_{i-1})}{Var(t_i)}$$

Successivamente si passa al calcolo dei nuovi residui:

$$X_i = X_{i-1} - t_i p_i$$

$$y_i = y_{i-1} - t_i q_i$$

Ed infine, una possibile condizione di convergenza è la verifica della stabilità della

$$Var(t_i) = t_i' t_i.$$

Il metodo fornisce ad ogni passo una rappresentazione bilineare di  $X$  ed  $y$ , al generico passo  $k$ :

$$X = \bar{X} + t_1 p_1 + \dots + t_k p_k + X_k$$

$$y = \bar{y} + t_1 q_1 + t_k q_k + y_k$$

Per l'implementazione della tecnica si è fatto ricorso al software Umetrics SIMCA-P.





# **GIURISPRUDENZA**



## La distinzione tra politica e amministrazione alla prova del giudizio di costituzionalità

di Andrea Bonomolo<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. Premessa sistematica. – 2. Politica e amministrazione: due facce della stessa medaglia?. – 3. La sentenza n. 103/2007 della Corte costituzionale e la rivincita della dirigenza. – 3.1. La vicenda. – 3.2. Le motivazioni. – 4. Le problematiche relative al reintegro dei dirigenti rimossi. – 5. Osservazioni conclusive.

### 1. Premessa sistematica

Il dibattito sull'attuale assetto della dirigenza pubblica si caratterizza, oggi più che mai, dalla presenza di elementi di severa critica e, allo stesso tempo, di grande preoccupazione, palesata anche da parte della stessa classe dirigente.

Queste preoccupazioni, peraltro già trapelate all'indomani della c.d. prima privatizzazione (*rectius*, contrattualizzazione) del rapporto di pubblico impiego, avvenuta ad opera del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, risultano ancora più accentuate con l'entrata in vigore della l. 15 luglio 2002, n. 145 (c.d. legge Frattini), la quale, come si vedrà più in dettaglio nel prosieguo del presente lavoro, ha comportato significativi cambiamenti, tra l'altro, in ordine al rapporto tra le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, affidate all'organo di governo, e le funzioni di gestione, affidate alla cura della dirigenza.

In questo contesto, si inserisce la sentenza 23 marzo 2007, n. 103 della Corte costituzionale che, assieme alla consorella decisione n. 104, depositata in pari data, può senza dubbio considerarsi un punto di vera svolta rispetto al delicato equilibrio tra la sfera politica e quella gestionale.

Difatti, la pronuncia in commento, oltre ad aver dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, della l. n. 145/2002, in materia di c.d. *spoils system una tantum*, ha proposto una motivazione costituzionalmente orientata delle norme in materia di dirigenza pubblica, indirizzando, in tal modo, il legislatore verso scelte più consone ai principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università degli studi Roma Tre

<sup>2</sup> In tal senso, I. ANTONINI, *Incostituzionale lo spoils system una tantum dei dirigenti statali*, in *Dir. prat. amm.*, 2007, 4, 38 e 40, la quale parla di "monito a future incursioni legislative".

Nel presente lavoro, dopo una breve analisi del rapporto tra l'ambito dell'indirizzo politico e quello più propriamente gestionale, ci si sofferma sulle motivazioni della predetta sentenza n. 103 del 2007, tenendo presenti, allo stesso tempo, gli effetti pratici della decisione in ordine alle ipotesi di reintegro dei dirigenti di cui sia stato revocato l'incarico in virtù della disposizione normativa oggetto del giudizio di costituzionalità.

## **2. Politica e amministrazione: due facce della stessa medaglia?**

Come noto, con la l. n. 145/2002 il meccanismo del sistema delle spoglie (secondo cui gli incarichi dirigenziali di vertice<sup>3</sup> e quelli di livello generale<sup>4</sup> cessano in maniera automatica, rispettivamente, decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al governo subentrante e decorsi sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge stessa) si è ampliato notevolmente, delineando nuovi equilibri tra gli organi politici e la dirigenza<sup>5</sup>.

L'impianto normativo messo in piedi dal legislatore ordinario del 2002 – che ha creato una vera e propria cesura rispetto al precedente regime<sup>6</sup> – ha avuto, come immediata conseguenza, quella di rendere più stretti, anche dal punto di vista funzionale, i legami, talora difficilmente controllabili<sup>7</sup>, tra gli organi di indirizzo e la burocrazia amministrativa.

Nel delineato ambito normativo, la dirigenza pubblica, quantomeno quella apicale, ha risentito, nel perseguimento degli obiettivi ad essa assegnati, dell'assoggettamento alla classe politica, divenendo, in tal modo, facilmente manipolabile ed inevitabilmente precaria<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> Segretario generale di ministeri, incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente (art. 19, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001).

<sup>4</sup> Art. 19, comma 4, del d.lgs. n. 165/2001.

<sup>5</sup> Si ricorda che, ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001, si distinguono tre tipologie di incarichi dirigenziali, oltre agli incarichi relativi a funzioni ispettive, di consulenza, studio e ricerca: a) incarichi di segretario generale di ministeri, incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente; b) incarichi di direzione degli uffici di livello dirigenziale generale; c) incarichi di direzione degli uffici di livello dirigenziale non generale.

<sup>6</sup> La frattura rispetto al precedente regime è ben messa in evidenza da S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1346 ss.

<sup>7</sup> B. CARUSO, L. ZAPPALÀ, *La riforma "continua" delle pubbliche amministrazioni: licenziare i nullafacenti o riorganizzare la governance?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, 8.

<sup>8</sup> G. GARDINI, *Il conferimento d'incarico dirigenziale tra politica e amministrazione*, in F. MERLONI, A. PIOGGIA (a cura di), *Riforme organizzative e atti amministrativi*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2005, 66. In relazione all'ordinamento degli enti locali, v. V. TALAMO, *Le funzioni, le competenze i poteri e le attribuzioni della dirigenza pubblica*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2004, 1093 e C. ZOLI, *La dirigenza pubblica tra autonomia e responsabilità: l'attribuzione degli incarichi*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2005, 265.

La situazione di soggezione all'autorità politica è testimoniata, tra l'altro, dalla eliminazione della durata minima degli incarichi dirigenziali, disposta dalla stessa l. n. 145/2002.

Come è evidente, il passaggio da un modello incentrato sulla stabilità e sul rapporto di gerarchia ad un modello caratterizzato dalla precarietà e dal rapporto di direzione<sup>9</sup> coinvolge anche il principio costituzionale di sovranità popolare e quello di imparzialità dell'attività amministrativa.

Di talché, quanto più il dirigente è posto in una posizione di stabilità, tanto più sarà garantita l'imparzialità dell'azione dei pubblici poteri, in quanto non soggetta ad alcuna influenza politica e non partecipa degli orientamenti dei partiti; di contro, se l'ordinamento giuridico si orienta, come in effetti avvenuto con la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, verso un modello caratterizzato dalla precarietà della dirigenza (o, meglio, delle funzioni e degli incarichi ad essa conferite), ciò significa privilegiare la sfera della sovranità popolare e della democrazia rappresentativa<sup>10</sup>, in quanto il collegamento tra l'autorità politica (espressione, appunto, della sovranità degli aventi diritto al voto), che provvede fiduciarmente alla nomina dell'alta burocrazia, e la classe dirigente risulta evidentemente più stretto<sup>11</sup>.

In tale contesto, non può revocarsi in dubbio che la separazione o, più precisamente, la distinzione<sup>12</sup> tra le funzioni di indirizzo politico e le funzioni di gestione, sia divenuta piuttosto labile<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> C. D'ORTA, *Politica e amministrazione*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 977. In proposito, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005, 168, contrariamente alla dottrina prevalente, la quale ritiene che il rapporto intercorrente tra dirigenza generale e dirigenza sia di mera direzione, sostiene che il predetto rapporto sia da configurare alla stessa stregua di una "relazione gerarchica".

<sup>10</sup> Il richiamo ai principi costituzionali dell'imparzialità dell'azione amministrativa e della sovranità popolare – riferiti al rapporto tra la sfera politica e quella gestionale – è effettuato da F. BASSANINI, nell'ambito del convegno su *La distinzione tra politica e amministrazione: il ruolo della dirigenza dopo la sentenza 103/104 della Corte costituzionale*, tenutosi a Roma il 22 maggio 2007 presso la nuova fiera di Roma, in occasione del Forum P.A. 2007. In proposito, secondo G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006, 57, "solo il titolare di un ufficio che abbia un'investitura professionale, e non debba confrontarsi con problemi di consenso, può agire in modo imparziale".

<sup>11</sup> In proposito, il Consiglio di Stato, sez. V, 6 aprile 1993, n. 393, in *Foro amm.*, 1993, 667, ha tentato di oggettivare il concetto di fiducia, effettivamente di difficile individuazione, affermando che questo "non può intendersi come affinità di idee personali o politiche, o generica compatibilità o simpatia, ma deve consistere (...) nella ricerca di dati obiettivi, con riferimento alla probabilità di svolgimento ottimale di mansioni pubbliche, per un periodo di tempo indipendente dalle vicende governative".

<sup>12</sup> La precisazione è effettuata, tra gli altri, anche da F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, Il Mulino, Bologna, 2006, 136, da M. CLARICH, *Riflessi sui rapporti tra politica e amministrazione (a proposito del T.A.R. Lazio come giudice della dirigenza statale)*, in *Dir. amm.*, 2000, 361 e da L. ANGIELLO, *La valutazione dei dirigenti pubblici. Profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 2001, 51. Anche G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, I, *Principi*, Giuffrè, Milano, 2005, 134, nel precisare che il rapporto tra politica e amministrazione si fonda sulla distinzione funzionale, piuttosto che sulla separazione, eleva la predetta distinzione a principio costituzionale, potendo il principio in questione essere "desunto dal principio di imparzialità". In proposito, B.

Le aree di competenza riservata agli organi di governo ed ai dirigenti, lungi dall'essere caratterizzate dalla "reciproca infungibilità"<sup>14</sup>, si connotano per i continui sconfinamenti delle attività dei primi rispetto ai secondi<sup>15</sup>.

Difatti, la dirigenza, proprio perché resa precaria e funzionalmente collegata all'organo che esercita il potere di nomina<sup>16</sup>, finisce col subire inevitabili pressioni da parte dell'autorità politica ed è da questa facilmente ricattata<sup>17</sup>.

A ben guardare, ai sensi della vigente normativa in materia<sup>18</sup>, due dovrebbero essere gli unici momenti di collegamento (funzionale) tra la sfera politica e quella gestionale: a) l'emanazione, da parte dell'organo politico, della direttiva generale annuale per l'azione amministrativa e per la gestione (fase di indirizzo); b) verifica, da parte dell'organo politico, delle attività svolte dalla dirigenza, nel rispetto della disciplina relativa al sistema di controlli interni alle amministrazioni pubbliche (fase di controllo).

Senonché, le predette competenze, di dominio dell'autorità politica, non sembrano in grado di garantire, agli organi di indirizzo politico, la determinazione delle scelte della burocrazia.

Da un lato, la direttiva annuale – atto pubblicistico unilaterale – non ha il pregio di modificare automaticamente, e di anno in anno, gli obiettivi stabiliti nel provvedimento di conferimento dell'incarico dirigenziale.

---

VALENSISE, *La dirigenza statale. Alla luce delle disposizioni normative contenute nella legge 15 luglio 2002, n. 145*, Giappichelli, Torino, 2002, 123, pur ammettendo che il rapporto tra politica e amministrazione, così come delineato dal legislatore del 2002, possa assicurare il rispetto dei principi contenuti nell'art. 97 Cost., evidenzia tuttavia che le disposizioni di cui alla legge Frattini "sembrano far emergere una "rischiosa" accentuazione della componente fiduciaria nel rapporto tra la politica e la dirigenza". Sul tema, v., in generale, P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2005, *passim*.

<sup>13</sup> In senso contrario si è espresso M. CLARICH, *Riflessi sui rapporti tra politica e amministrazione*, cit., 370-371, secondo il quale l'assunto per cui i politici tendono alla parzialità mentre i dirigenti rispettano quel principio di imparzialità previsto dall'art. 97 Cost. sarebbe destituito di fondamento, in quanto la sostanziale inamovibilità del dirigente mal si attaglia con i meccanismi di elezione diretta dei rappresentanti del corpo elettorale e con l'esigenza del potere esecutivo di non trovare ostacoli alla realizzazione delle politiche pubbliche.

<sup>14</sup> L'espressione è utilizzata da A. BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, Giuffrè, Milano, 2006, 165.

<sup>15</sup> Secondo S. BATTINI, *Dirigenza pubblica*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, 1862, *ad vocem*, le sfere di competenza della politica e dell'amministrazione "sono separate e coordinate, non sovrapposte".

<sup>16</sup> S. CASSESE, *Il rapporto tra politica e amministrazione e la disciplina della dirigenza*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 232. Secondo M.G. GAROFALO, *La dirigenza pubblica rivisitata*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, 889, il rapporto tra il potere politico e quello amministrativo avrebbe assunto le vesti di un vero e proprio rapporto gerarchico. Ed ancora, ad avviso di G. LUDOVICO, *Provvedimento d'urgenza e questione di costituzionalità nel regime transitorio di cessazione degli incarichi dirigenziali di livello generale*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 346, nel confronto tra politica e amministrazione, emerge una "completa supremazia della prima sulla seconda". Di recente, C. D'ORTA, *Uno stop allo spoils system*, in *www.astrid-online.it*, ha evidenziato che la precarietà degli incarichi dirigenziali, così come risultante dalla l. n. 145/2002, "non risponde a criteri manageriali e di buona gestione aziendale, ma solo a logiche fiduciarie".

<sup>17</sup> V. TALAMO, *Lo spoils system all'italiana fra legge Bassanini e legge Frattini*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 238.

<sup>18</sup> In particolare, v. gli artt. 4, 14 e 20 del d.lgs. n. 165/2001.

Dall'altro, la verifica delle attività svolte, così come concepita, non risolve il problema della gestione corrente, semmai può incidere, a seguito della valutazione, sulle attività future e sul destino del singolo dirigente (si pensi, in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi ovvero di inosservanza delle direttive impartite dall'organo politico, al mancato rinnovo dell'incarico o, in relazione alla gravità dei casi, alla revoca dell'incarico ed al recesso dal rapporto di lavoro).

Ecco perché, in relazione alla debolezza dei predetti momenti di collegamento tra la sfera politica e quella gestionale, si rafforza inevitabilmente tanto il carattere fiduciario del conferimento degli incarichi dirigenziali quanto il sistema del ricambio della dirigenza.

Ne deriva che, in tal modo, il potere politico, cui dovrebbe essere affidata la sola funzione di indirizzo e controllo, influenza anche la gestione amministrativa, senza assumerne la responsabilità, la quale resta in capo al dirigente cui sono direttamente imputabili gli effetti degli atti di gestione.

Emblematica, in proposito, risulta la posizione di un'autorevole dottrina, la quale evidenzia che la Carta costituzionale, nel prevedere che i pubblici impiegati siano al servizio esclusivo della "Nazione" (art. 98, comma 1, Cost.), non pone dubbi in ordine al destinatario dell'attività dei dirigenti, individuabile nello Stato-apparato globalmente inteso, non già solo del Governo o solo della maggioranza politica *pro tempore*<sup>19</sup>.

Nonostante le aspre critiche al meccanismo di sudditanza politica della dirigenza<sup>20</sup>, l'assetto normativo così delineato è rimasto sostanzialmente inalterato almeno fino alla decisione in commento.

---

<sup>19</sup> Così C. MIRABELLI, nel suo intervento al convegno su *Governo responsabile e dirigenza neutrale. L'esperienza dello spoil system americano*, organizzato dalla Scuola superiore della pubblica amministrazione e tenutosi a Roma il 12 settembre 2002, il quale afferma che "il principio di fedeltà alla Nazione, non a chi è transitoriamente al Governo, è un dovere di lealtà, che è più profondo e vincolante anche rispetto a chi rappresenta l'indirizzo politico. In realtà significa (...) non contrapposizione, ma leale esecuzione".

<sup>20</sup> Nel senso della necessità di una sia pur minima dipendenza funzionale della dirigenza apicale rispetto all'organo politico, v. G. D'ALESSIO, B. VALENSISE, *Incarichi di funzioni dirigenziali*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 1063, secondo cui "in linea generale – a meno di non voler accedere all'idea, assai poco realistica (e tutt'altro che condivisibile, in un sistema democratico-rappresentativo) di una completa ed assoluta separazione, sia funzionale che strutturale, fra politica ed amministrazione – può senz'altro essere compresa e giustificata, anche sotto il profilo costituzionale, la previsione normativa di un potere di sostituzione del vertice amministrativo, collegato alla nascita di una nuova, diversa compagine governativa, trattandosi di incarichi dirigenziali riferiti a posti di stretta vicinanza all'autorità politica". Nella stessa direzione si pongono le osservazioni di C. D'ORTA, *Politica e amministrazione*, cit., 969, secondo cui "tra indirizzo e amministrazione concreta sussiste dunque, nel d.lgs. n. 165, quel processo circolare di influenze reciproche che non poteva mancare. La distinzione tra compiti e responsabilità di direzione politica, e compiti e responsabilità di amministrazione è intesa, cioè, non tanto come contrapposizione e rigida frattura fra ruoli, quanto come rigido criterio regolatore di fondo nelle relazioni tra organi di governo delle amministrazioni e burocrazia".

### 3. La sentenza n. 103/2007 della Corte costituzionale e la rivincita della dirigenza

Come accennato, l'evoluzione normativa ed il dibattito dottrinario, in *subjecta materia*, hanno vissuto un profondo momento di confronto con la sentenza n. 103/2007 della Corte costituzionale, che assume fondamentale importanza, sia con riferimento al dispositivo che in ordine alle motivazioni, più o meno esplicite, emerse dalla decisione.

Quanto al primo degli aspetti sopra menzionati, la pronuncia in commento, nel dichiarare, tra l'altro, l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, della l. n. 145/2002, nella parte in cui dispone che gli incarichi dirigenziali di livello generale cessano il sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della legge medesima, ha messo in discussione, di fatto, tutti i provvedimenti di revoca *ante tempus* che si sono basati proprio sulla disposizione normativa censurata.

Senza voler anticipare gli effetti, potenzialmente devastanti, di una siffatta pronuncia, qui basti segnalare il pregiudizio sofferto, dopo quasi cinque anni dall'entrata in vigore della l. n. 145/2002, da parte di quei dirigenti cui sia stato revocato l'incarico sulla base di un mero automatismo fissato dalla legge.

Con riferimento alla parte motiva della decisione, che sarà trattata più diffusamente tra breve, si può affermare che la Corte, oltre ad aver delineato un'interpretazione costituzionalmente sostenibile del sistema delle spoglie, ha lanciato un chiaro segnale al legislatore, affinché non cada nuovamente nella tentazione di prevedere meccanismi di revoca anticipata degli incarichi dirigenziali svincolati da verifiche che consentano di riscontrare l'adeguatezza degli incarichi stessi<sup>21</sup>.

Nello stesso senso si muove la citata sentenza n. 104 del 2007, avente ad oggetto due leggi regionali del Lazio e della Sicilia, che prevedevano analoghi meccanismi di *spoils system* ai danni dei direttori generali delle aziende sanitarie locali e degli altri dirigenti con incarichi dirigenziali di livello non generale.

Ad avviso del giudice delle leggi, "la dipendenza funzionale del dirigente non può diventare dipendenza politica", in quanto il dirigente, ancorché sottoposto alle direttive ed agli indirizzi del vertice politico, "non può essere messo in condizioni di precarietà che consentano la decadenza senza la garanzia del giusto procedimento"<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Al riguardo, F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005, 1099, parla di "cambi di rotta silenziosi dell'amministrazione".

<sup>22</sup> Corte cost., sent. n. 104/2007, punto 2.10 in diritto.

### 3.1. La vicenda

Il giudice delle leggi si è pronunciato, in via incidentale, a seguito di alcune ordinanze emanate dal Tribunale di Roma, con le quali è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, commi 1, lett. *b*), e 7 della l. n. 145/2002, per violazione, nel complesso, degli artt. 1, 2, 3, 4, 35, 70, 97 e 98 della Costituzione.

In particolare, per quel che in questa sede interessa, le norme di cui si dubita la conformità alla Carta costituzionale si riferiscono alle ipotesi di decadenza automatica degli incarichi di funzioni dirigenziali generali al sessantesimo giorno dall'entrata in vigore della legge stessa<sup>23</sup>.

In relazione al giudizio di non manifesta infondatezza della questione, il giudice rimettente evidenzia come il sistema congegnato dal legislatore del 2002 si ponga in contrasto con i principi costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in quanto la norma censurata consente la possibilità, per l'amministrazione procedente, di non motivare la mancata riattribuzione dell'incarico al dirigente e, dunque, di revocare gli incarichi di cui si discute in modo del tutto arbitrario, "all'ipotizzabile fine di ridistribuirli a dirigenti ritenuti più affidabili dal punto di vista della consonanza politica"<sup>24</sup>.

Come si vedrà tra breve, la Corte, dopo aver dettagliatamente ripercorso le tappe del lungo processo di privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, della l. n. 145/2002, nella parte in cui dispone che "i predetti incarichi [dirigenziali di livello generale] cessano il sessantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della [l. n. 145/2002], esercitando i titolari degli stessi in tale periodo esclusivamente le attività di ordinaria amministrazione".

### 3.2. Le motivazioni

Come accennato in precedenza, uno dei temi sui quali la Corte costituzionale, con la pronuncia in commento, si è soffermata più diffusamente è quello relativo al rapporto tra funzioni di indirizzo politico, affidate all'organo di governo, e funzioni di gestione amministrativa, affidate alla cura della dirigenza<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> In realtà, il giudizio di costituzionalità riguardava anche l'art. 3, comma 1, lett. *b*), della l. n. 145/2002 – relativo alla durata massima (triennale) degli incarichi dirigenziali in argomento – sul quale, però, il giudice delle leggi ha dichiarato l'inammissibilità della questione.

<sup>24</sup> Così Trib. Roma, ord. 4 novembre 2005.

<sup>25</sup> Sulla distinzione tra le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, affidate all'organo di governo, e le funzioni di gestione, affidate alla cura della dirigenza, v. M. CLARICH, *Riflessi sui rapporti tra politica e amministrazione*,

Al riguardo, due sembrano essere, nella parte motiva della decisione, gli aspetti di maggior rilievo: il primo, relativo al richiamo al procedimento amministrativo, il secondo, riferito al ruolo della dirigenza pubblica.

Quanto al primo degli aspetti sopra menzionati, la Corte evidenzia che la norma contenuta nell'art. 3, comma 7, della l. n. 145/2002, prevedendo un meccanismo di risoluzione automatica (e anticipata) degli incarichi dirigenziali, si pone in palese contrasto con gli artt. 97 e 98 della Costituzione.

Più specificamente, ad avviso del giudice delle leggi, l'interruzione automatica e generalizzata degli incarichi dirigenziali violerebbe il principio di buon andamento dell'azione amministrativa, di cui costituisce naturale corollario quello di continuità dell'attività della pubblica amministrazione.

La Corte affronta la questione facendo riferimento alla "carenza di garanzie procedurali", atteso che la revoca anticipata delle funzioni dirigenziali deve necessariamente presupporre l'accertamento di una ben precisa responsabilità dirigenziale, all'esito di un momento procedimentale di confronto dialettico" tra l'amministrazione che ha conferito l'incarico ed il dirigente interessato<sup>26</sup>.

Di talché, l'amministrazione dovrebbe previamente contestare gli addebiti, concedere il diritto alla difesa e motivare la decisione adottata<sup>27</sup>, affinché le decisioni amministrative siano, in presenza di determinate condizioni, sottoponibili al controllo giurisdizionale.

Così, la revoca delle funzioni dirigenziali "può essere conseguenza soltanto di una accertata responsabilità dirigenziale in presenza di determinati presupposti e all'esito di un procedimento di garanzia puntualmente disciplinato"<sup>28</sup>.

Al riguardo, i giudici di Palazzo della Consulta richiamano il rispetto del principio del giusto procedimento e quello della motivazione della decisione da assumere nei

---

cit., 361 e L. ANGIELLO, *La valutazione dei dirigenti pubblici*, cit., 51. Secondo G. D'ALESSIO, *La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione del quadro normativo*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, 558, "una certa connessione strutturale tra organi di governo e dirigenti serve proprio a compensare la separazione di funzioni determinata dalle stesse leggi di riforma".

<sup>26</sup> Ad avviso di A. PIOGGIA, *Il principio di distinzione e gli atti di incarico dirigenziale. Giurisdizione e natura del potere impiegato*, in *www.astrid-online.it*, il richiamo alla legge sul procedimento amministrativo sarebbe fuorviante, in quanto continua ad "instillare il dubbio che il potere impiegato sia quello pubblico e che di conseguenza la giurisdizione del giudice del lavoro sia da giustificare in maniera diversa dalla naturale riconduzione al giudice ordinario delle controversie che non vedono coinvolti potere pubblico e interessi legittimi".

<sup>27</sup> A tale riguardo, si ricorda che l'art. 20, comma 6, del c.c.n.l. dell'Area 1 della dirigenza pubblica, quadriennio normativo 2002-2005, prevede che la revoca anticipata dell'incarico, rispetto alla scadenza, può avere luogo "solo per motivate ragioni organizzative e gestionali", oltre che a seguito dell'accertamento dei risultati negativi della gestione o della inosservanza delle direttive impartite dall'organo politico.

<sup>28</sup> Corte cost., sent. n. 103/2007, punto 9.2 in diritto.

confronti del dirigente, pur nella consapevolezza del "passaggio da una concezione della dirigenza intesa come *status* (...) ad una concezione della stessa come dirigenza di tipo funzionale"<sup>29</sup>.

Già in passato, la Corte costituzionale, con ordinanza 30 gennaio 2002, n. 11<sup>30</sup>, aveva affermato, conformemente ad un precedente orientamento<sup>31</sup>, che per i dirigenti pubblici, a differenza dei magistrati, che ai sensi dell'art. 107 Cost. sono inamovibili, "non vi è (...) una garanzia costituzionale di autonomia da attuarsi necessariamente con legge attraverso uno stato giuridico particolare che assicuri, ad esempio, stabilità ed inamovibilità".

Con riferimento al ruolo della dirigenza pubblica, il giudice delle leggi, pur sorvolando sulla natura giuridica del provvedimento di revoca dell'incarico dirigenziale, si sofferma sulla durata degli incarichi per evidenziare che l'inesistenza di un termine minimo (successivamente reintrodotta dall'art. 14-*sexies* del d.l. 30 giugno 2005, n. 115) "è indice di una possibile precarizzazione della funzione dirigenziale, che si presenta (...) difficilmente compatibile con un adeguato sistema di garanzie per il dirigente che sia idoneo ad assicurare un imparziale, efficiente ed efficace svolgimento dell'azione amministrativa"<sup>32</sup>.

Benché la disposizione normativa relativa alla durata minima degli incarichi dirigenziali non costituisca oggetto dello scrutinio di costituzionalità, si ha l'impressione che la Corte, sul punto, *minus dixit quam voluit*, probabilmente consapevole del fatto che, *medio tempore*, il legislatore abbia stabilito nuovamente la durata minima (triennale) degli incarichi dirigenziali (art. 14-*sexies* del citato d.l. n. 115/2005).

Nel complesso, le motivazioni della sentenza in commento sconfessano un precedente orientamento espresso, in materia di dirigenza regionale, dalla Consulta (Corte cost., 16 giugno 2006, n. 233<sup>33</sup>), secondo cui il collegamento funzionale tra l'autorità di indirizzo politico e la dirigenza è necessario "a garantire proprio l'efficacia e il

<sup>29</sup> Corte cost., sent. n. 103/2007, punto 8 in diritto. Sul punto, S. CASTRO, *Stop allo "spoils system": problemi e prospettive*, in *Guida pubbl. imp.*, 2007, 5, 39, pur ritenendo compatibili, con il pubblico impiego privatizzato, i principi di cui alla l. n. 241/1990, sostiene che la decisione in commento, nonostante contenga un espresso riferimento alla necessità della motivazione degli atti di revoca degli incarichi dirigenziali, non possa migliorare gli attuali atteggiamenti delle pubbliche amministrazioni.

<sup>30</sup> In *Foro it.*, 2002, I, 2964 e in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, 293, con nota di A. BOSCATI, *La privatizzazione della dirigenza generale promossa a pieni voti dalla Consulta*. La questione di costituzionalità era stata sollevata dal T.A.R. Lazio, con l'ordinanza n. 6060 del 2000; i dubbi del giudice amministrativo vertevano sull'effetto della precarietà delle funzioni sull'imparzialità della dirigenza e sull'assenza dell'obbligo di motivare il mancato rinnovo dell'incarico dirigenziale.

<sup>31</sup> Corte cost., 25 luglio 1996, n. 313, in *Foro it.*, 1997, I, 34.

<sup>32</sup> Corte cost., sent. n. 103/2007, punto 9.2 in diritto.

<sup>33</sup> Per un commento alla decisione, sia consentito rinviare a A. BONOMOLO, *Lo spoils system all'esame della Consulta*, in questa *Rivista*, 2007, 1, 109 ss.

buon andamento dell'azione della nuova Giunta, per evitare che essa risulti condizionata dalle nomine effettuate nella parte finale della legislatura precedente”.

L'orientamento da ultimo menzionato<sup>34</sup>, pur nella specificità dell'ambito di disciplina (come detto, dirigenza regionale), può considerarsi oggi superato dalle motivazioni delle sentenze nn. 103 e 104 del 2007, senza dubbio più convincenti e, soprattutto, maggiormente radicate nelle finalità sottese agli artt. 97 e 98 della Carta fondamentale.

#### **4. Le problematiche relative al reintegro dei dirigenti rimossi**

A seguito della sentenza in esame, si pongono alcuni quesiti in ordine agli effetti retroattivi della pronuncia rispetto alle revoche degli incarichi basate su norme dichiarate contrarie al dettato costituzionale.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, che si condivide pienamente, “l'annullamento dell'atto amministrativo che fa cessare illegittimamente un rapporto di impiego pubblico (o ne ritarda la progressione) determina come conseguenza la reviviscenza del rapporto nella sua pienezza”<sup>35</sup>, anche in ordine al diritto alla prosecuzione del rapporto di lavoro sino alla scadenza prevista dal provvedimento di conferimento dell'incarico.

La predetta opzione ermeneutica è stata ripercorsa, di recente, dal massimo organo del consesso amministrativo, nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto la decadenza dall'incarico di direttore generale di una azienda sanitaria locale.

Secondo i giudici di Palazzo Spada, che hanno richiamato la sentenza n. 104/2007 della Consulta, la declaratoria di illegittimità costituzionale, *in parte qua*, della normativa regionale in materia di cessazione *ante tempus* degli incarichi dirigenziali apicali costituisce “il presupposto per la tutela in forma reale (vantata dal dirigente interessato, n.d.a.), necessaria per assicura[re] il recupero del fondamentale bene della vita che si identifica con la prosecuzione del rapporto di lavoro”<sup>36</sup>.

In linea generale, dunque, le vicende contrattuali dei dirigenti rimossi in virtù di una disposizione normativa dichiarata costituzionalmente illegittima devono riprendere a

---

<sup>34</sup> La sentenza n. 233 del 2006 ha costituito oggetto di dure critiche da parte della dottrina. Al riguardo, v. C. PINELLI, *L'avallo del sistema delle spoglie, ovvero la vanificazione dell'art. 97 Cost.*, in *Giur. cost.*, 2006, 2358, il quale, dopo aver definito “sconcertante” la conclusione cui è pervenuta la Corte, ha osservato che “il buon andamento dell'amministrazione (...) non si risolve nell'obbedienza dei vertici amministrativi alla volontà dei titolari degli organi di indirizzo”.

<sup>35</sup> Cons. St., sez. VI, 31 marzo 1999, n. 378; id., sez. V, 29 aprile 2003, n. 2153.

<sup>36</sup> Cons. St., sez. V, 29 maggio 2007, n. 2700 (ord.).

produrre gli effetti sinallagmatici fino alla scadenza naturale prevista dai provvedimenti di conferimento dell'incarico dirigenziale, a nulla rilevando il fatto che, *medio tempore*, il relativo posto sia stato occupato da altro dirigente.

Sul punto, non possono trovare accoglimento le argomentazioni contrarie, secondo cui l'incarico dirigenziale, così riportato in vita, avrebbe già cessato di produrre i propri effetti a causa della scadenza del termine inizialmente previsto dal relativo provvedimento; al contrario, al fine di non svuotare di ogni significato l'opzione legislativa relativa alla durata minima degli incarichi dirigenziali, si ritiene che il restante periodo di attività debba considerarsi come periodo di effettivo svolgimento, e non già di mero decorso temporale.

Ad avviso di chi scrive, gli effetti delle sentenze nn. 103 e 104 del 2007 ben possono essere utilizzati anche con riferimento all'estensione dell'azzeramento generalizzato degli incarichi dirigenziali conferiti a soggetti esterni all'amministrazione, disposto dall'art. 2, comma 161, del d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, nella l. 24 novembre 2006, n. 286<sup>37</sup>, che stabilisce che tutti gli incarichi fiduciari conferiti, ai sensi dell'art. 19, commi 3, 5-*bis* e 6, del d.lgs. n. 165/2001 (segretario generale di ministeri, incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali<sup>38</sup>, incarichi di funzione dirigenziale di livello generale ed incarichi di funzione dirigenziale non generale), prima del 17 maggio 2006, "cessano ove non confermati" entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto medesimo.

Il meccanismo contemplato dalla suddetta disposizione normativa, difatti, appare del tutto analogo allo *spoils system una tantum* previsto dall'art. 3, comma 7, della l. n. 154/2002.

Ciò nonostante, considerata l'impossibilità di estendere gli effetti della sentenza n. 103 del 2007 anche a disposizioni normative non rientranti nel giudizio di costituzionalità, occorrerà attendere che la questione sia sottoposta, con le modalità di rito, all'attenzione del giudice delle leggi.

---

<sup>37</sup> C. D'ORTA, *Uno stop allo spoils system*, cit., secondo cui le decisioni in argomento "vanno ben al di là delle singole norme censurate".

<sup>38</sup> Limitatamente al personale non appartenente ai ruoli istituiti dalle singole amministrazioni.

## 5. Osservazioni conclusive

Il principio di distinzione tra politica e amministrazione, nonostante le chiare prescrizioni normative, viene aggirato in più modi.

Innanzitutto, la durata limitata dell'incarico dirigenziale sottopone il dirigente ad ingiustificate pressioni da parte dell'organo di vertice, "tali da pregiudicare l'imparzialità (soggettiva) del dirigente e l'imparzialità (oggettiva) dell'azione amministrativa"<sup>39</sup>; in secondo luogo, l'ampliamento dell'area della dirigenza di nomina fiduciaria – pur ritenuta, da una parte della dottrina, necessaria ad assicurare quel *continuum* funzionale tra indirizzo e gestione<sup>40</sup> – rischia di provocare indebite ingerenze della classe politica negli affari riservati all'amministrazione<sup>41</sup>.

Inoltre, la possibilità di conferire gli incarichi dirigenziali, sia di prima che di seconda fascia, anche a soggetti esterni all'amministrazione, consente, di fatto, agli organi politici di immettere, nell'amministrazione stessa, personale fiduciario.

In questo contesto, le sentenze nn. 103 e 104 del 2007 vanno salutate, senza dubbio, con estremo favore, avendo aperto la strada ad una differente concezione del rapporto tra l'attività politica e quella gestoria, sinora retto da un "sistema di elusione delle competenze e delle responsabilità"<sup>42</sup>.

Il messaggio lanciato dal giudice delle leggi è tanto più significativo se si pensi all'attuale tendenza del legislatore a reiterare anomale forme di *spoils system*, al fine di far cessare gli effetti degli incarichi dirigenziali conferiti dalla precedente compagine governativa<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale*, cit., 181.

<sup>40</sup> Ad avviso di G. D'ALESSIO, *Convergenze e divergenze nell'evoluzione dei sistemi amministrativi europei*, in M. DE BENEDETTO (a cura di), *Istituzioni, politica e amministrazione. Otto paesi europei a confronto*, Giappichelli, Torino, 2005, 188, "la questione di fondo risiede nella individuazione (...) di un giusto punto di equilibrio fra il rispetto di elementi di "oggettività" nella individuazione dei destinatari ed il riconoscimento di un inevitabile tasso di "fiduciarità (...) nella scelta dei titolari degli uffici di maggiore rilievo".

<sup>41</sup> Già in passato, A. MARI, *Lo "spoils system" nelle aziende sanitarie*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 73, ha ritenuto, in generale, "improcrastinabile operare una distinzione non solo tra politica e amministrazione, ma anche tra dirigenza posta a supporto della politica e dirigenza posta al servizio della collettività e dell'amministrazione", in quanto con la disciplina differenziata sulla scelta delle persone "si potrà ristabilire un minimo di ordine giuridico che tenga conto delle esigenze di governo, di quelle dei cittadini e (anche) di quelle dei dirigenti".

<sup>42</sup> L. OLIVIERI, *Il nuovo codice delle autonomie e le indicazioni della Consulta*, in *Guida pubbl. imp.*, 2007, 5, 42 e 43. A conferma dell'importanza delle sentenze in esame, E. GRAGNOLI, *Lo spoils system e l'imparzialità del dipendente degli enti locali*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, 67, evidenzia che le stesse sono "ineccepibili e coraggiose nel sottolineare il significato profondo dello Stato di diritto e delle sue implicazioni sul raccordo fra prerogative dei dirigenti e poteri degli organi politici".

<sup>43</sup> Emblematicamente, M. CAMELLI, *Corte costituzionale e dirigenza pubblica: segnale forte e sistema debole*, in *www.astrid-online.it*, sottolinea che la decisione della Consulta, che qui si commenta, si muove nella direzione giusta, pur nell'ambito di un'incoerente applicazione del sistema di riforme amministrative. Ed ancora, F. MERLONI, *Verso una maggiore delimitazione dello spoils system?*, in *www.astrid-online.it*, sostiene che i passi in avanti compiuti dalla Corte costituzionale "meritano di essere completati, magari con mirati interventi del

L'orientamento della Consulta, per il vero a lungo auspicato da più parti, può considerarsi coraggioso, innovativo e salutare, in quanto, da un lato, ripositiona nel posto giusto il ruolo della politica e quello dell'amministrazione, dall'altro, "riscatta la dirigenza pubblica da un ruolo troppo subalterno"<sup>44</sup> rispetto alla classe politica.

Quanto al primo dei suddetti aspetti, la Corte costituzionale, riconoscendo che "il rapporto tra politica e amministrazione non è più ricostruibile pienamente in termini di gerarchia, bensì di coordinamento funzionale e di collaborazione tra i due livelli"<sup>45</sup>, sembra aver preso atto di una prassi – l'ingerenza degli organi politici negli affari propriamente gestionali – ormai divenuta inaccettabile, in quanto non rispondente ai principi informatori del d.lgs. n. 165/2001 (in particolare, art. 14).

Sul punto, degne di evidenza sono le osservazioni di un'attenta dottrina, secondo cui la distinzione tra politica e amministrazione, per essere effettiva, dovrebbe riguardare non soltanto le funzioni, rispettivamente, dell'organo politico e della dirigenza, ma anche la stessa struttura organizzativa delle amministrazioni pubbliche<sup>46</sup>, che consentirebbe, in tal modo, di affrancare la dirigenza dagli attuali anomali rapporti con la classe politica<sup>47</sup>.

Come è evidente, il tema oggetto del presente lavoro si intreccia (o, meglio, si dovrebbe intrecciare) inevitabilmente con quello del sistema dei controlli interni alle pubbliche amministrazioni e, in particolare, con la valutazione del personale dirigenziale.

Difatti, una reale distinzione tra politica e amministrazione ha senso soltanto nella consapevolezza di un effettivo funzionamento del sistema di valutazione e controllo strategico e del meccanismo di verifica e valutazione delle *performance* della dirigenza<sup>48</sup>, in modo che al dirigente che non abbia raggiunto gli obiettivi (per cause non ad esso imputabili), o che non abbia osservato le direttive dell'organo politico, possa essere legittimamente (e fondatamente) revocato l'incarico – ovvero persino notificato il recesso dal rapporto di lavoro – senza il rischio che il mancato raggiungimento degli obiettivi

---

legislatore". Già in passato, V. MILANI, *Il regime degli incarichi dirigenziali al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 400, aveva intravisto nelle disposizioni normative di inizio secolo, relative alla dirigenza pubblica, una "evoluzione eversiva del sistema".

<sup>44</sup> Così M. CLARICH, *Una rivincita della dirigenza contro lo strapotere politico*, in *Il Sole 24 Ore* del 24 marzo 2007.

<sup>45</sup> Corte cost., sent. n. 103/2007, punto 7.2 in diritto.

<sup>46</sup> Così C. D'ORTA, nell'ambito del convegno su *2007: riforma della PA. Riflessioni e proposte dei dirigenti pubblici*, tenutosi a Roma il 18 gennaio 2007 presso il Senato della Repubblica.

<sup>47</sup> Le osservazioni sono state espone da G. D'ALESSIO, nell'ambito del convegno su *Cosa c'è di pubblico nel lavoro con le amministrazioni pubbliche?*, tenutosi a Viterbo il 30 novembre 2006.

<sup>48</sup> Significative, in proposito, le osservazioni di M. PIREDDA, nell'ambito del convegno su *2007: riforma della PA. Riflessioni e proposte dei dirigenti pubblici*, tenutosi a Roma il 18 gennaio 2007 presso il Senato della Repubblica, secondo cui al sistema di controlli interni deve essere affiancata l'affermazione dei principi del merito e della responsabilità.

dirigenziali possa essere considerato (con)causa della parziale realizzazione del programma dell'organo politico<sup>49</sup>.

Con riferimento al ruolo della dirigenza pubblica, è necessario che, per il futuro, sia il legislatore che le singole amministrazioni prendano atto dell'esigenza di consentire ai dirigenti (sia quelli di vertice, sia quelli di livello generale e non generale) di svolgere le proprie funzioni in modo autonomo ed in maniera ragionevolmente stabile<sup>50</sup> – pur nella effettività dei meccanismi valutativi e della relativa assunzione delle responsabilità da risultato – in conformità ai principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

Invero, l'equivoco ingenerato, in passato, dalla Consulta, nell'orientamento espresso con la sentenza n. 233 del 2006, citata in precedenza, risiede nell'aver riferito il principio costituzionale del buon andamento non già all'azione dei pubblici poteri – ossia della burocrazia amministrativa – bensì all'attività di governo<sup>51</sup>.

Nonostante il positivo indirizzo segnato dalla Corte, con la sentenza in esame, è tuttavia necessario interrogarsi, senza ipocrisia e nella consapevolezza della rilevanza della questione, sulla compatibilità con i principi costituzionali dell'imparzialità, del buon andamento dell'azione amministrativa e della parità di condizioni per l'accesso ai pubblici uffici del sistema di conferimento (e revoca) degli incarichi dirigenziali previsto dall'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001<sup>52</sup>.

Ed infatti, i principi costituzionali sopra richiamati si dovrebbero qualificare soprattutto nel momento genetico della costituzione del rapporto di lavoro del dirigente pubblico, per poi esprimersi appieno nella fase del rapporto di ufficio.

Inoltre, gli incarichi di matrice esclusivamente fiduciaria sembrano violare, tra gli altri, anche il principio dell'accesso agli impieghi a seguito di apposita procedura concorsuale pubblica (*merit system*), finalizzata proprio a selezionare i soggetti che, sulla base della preparazione, dei titoli posseduti e dell'esperienza professionale acquisita,

---

<sup>49</sup> In questo senso, v. le osservazioni di F. MERLONI, *Dirigenza pubblica a amministrazione imparziale*, cit., 181. Al riguardo, v. le acute osservazioni di F. BASSANINI, *Potere politico e dirigenze amministrative. Riflessioni sull'esperienza italiana dell'ultimo decennio*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), secondo cui "è possibile pretendere un forte riorientamento del *modus operandi* delle amministrazioni verso i risultati, la produttività, la qualità dei servizi resi ai cittadini, solo se i dirigenti di ciascuna struttura sanno che la loro carriera e anche una parte della loro retribuzione dipendono dai risultati ottenuti, non dalla tessera di partito".

<sup>50</sup> S. CASSESE, *Dirigenti pubblici, il posto mobile non diventa precario*, in *Il Sole 24 Ore* del 22 giugno 2002.

<sup>51</sup> C. PINELLI, *L'avallo del sistema delle spoglie*, cit., 2359.

<sup>52</sup> Ad avviso di O. FORLENZA, *Un intervento a tutela dei principi di imparzialità e buon andamento*, in *Guida dir.*, 2007, 14, 92, in relazione all'accesso alla prima fascia dirigenziale, "non sembra del tutto coerente con l'articolo 97 della Costituzione un accesso "automatico" in virtù del solo svolgimento dell'incarico superiore per almeno tre anni".

possano svolgere le funzioni dirigenziali nel rispetto di quelle garanzie costituzionali che l'importanza dell'incarico richiede<sup>53</sup>.

In definitiva, se sulla scorta delle disposizioni normative in materia e degli orientamenti della Corte costituzionale, espressi negli anni passati, ben poteva essere definitivamente dichiarata la morte del principio di distinzione tra politica e amministrazione<sup>54</sup>, con la decisione in commento si può affermare che il principio stesso, se non altro, sembra essere risorto.

---

<sup>53</sup> Secondo L. OLIVIERI, *Revirement della Consulta sullo spoil system: per la prima volta se ne rileva l'incostituzionalità. Quello che la sentenza non dice*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), "la garanzia della capacità dei dirigenti di cogliere i risultati previsti dagli indirizzi generali degli organi di governo non è da rinvenire in sistemi generalizzati di "ricambio" della dirigenza". Lo stesso Autore prospetta, in chiave provocatoria, la possibilità dell'abrogazione degli artt. 97 e 98 Cost., se non altro per poter ricostituire, nella materia in questione, la coerenza sistematica dell'ordinamento giuridico.

<sup>54</sup> S. BATTINI, *In morte del principio di distinzione fra politica e amministrazione: la Corte preferisce lo spoils system*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 911 ss.







UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA