

Jean-Paul DE JORIO
L.L.M. in European Law

LA MOTIVAZIONE SULLA
DECLARATORIA DI “IRRICIEVIBILITÀ”
NELLE DECISIONI DELLA CORTE
EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO

Negli ultimi anni si sta assistendo con preoccupazione ad un fenomeno che dovrebbe far riflettere tutti gli operatori del diritto sia italiani che europei.

Dopo aver suscitato tante speranze, la Convenzione Europea dei diritti dell’uomo, sta subendo un processo di involuzione. Nei fatti, viene via via svuotata della sua valenza intrinseca e del suo significato, proprio dall’organo chiamato a vigilare sul rispetto dei diritti tutelati dalla Carta, cioè dalla Corte Europea dei diritti dell’uomo.

La Corte di Strasburgo con una serie di migliaia di pronunce sull’ammissibilità dei ricorsi, sta palesemente contravvenendo a quanto disposto dall’articolo 45 della Convenzione sulla *Motivazione delle sentenze e delle decisioni* di ricevibilità o irricevibilità il quale prevede al primo comma che “Le sentenze e le decisioni che dichiarano i ricorsi ricevibili o irricevibili devono essere motivate”.

Da qualche tempo invece, i Comitati (composti da tre giudici) chiamati a pronunciarsi su tali decisioni hanno adottato una “formula” (che fa seriamente dubitare dell’attuale vigenza di tale disposizione) che si pone in aperto contrasto con la norma sopracitata per la mancanza totale di motivazione delle decisioni di inammissibilità dei ricorsi, ovvero per la presenza di una pseudo-motivazione dai significati polivalenti ed incomprensibili.

Essa reca, invariabilmente, la seguente dicitura:

“Egregio Signore,

La informo che in data ... la Corte europea dei Diritti Umani, nella camera di consiglio composta da un comitato di tre giudici, ai sensi del combinato disposto degli articoli 27 e 28 della Convenzione, ha dichiarato irricevibile il ricorso in oggetto, non risultando soddisfatte le condizioni fissate dagli articoli 34 o 35 della Convenzione....

La decisione della Corte è definitiva e non può essere oggetto di ricorsi davanti alla Corte, compresa la Grande Camera, o ad altri organi. La Cancelleria della corte non sarà in grado di fornirLe altre precisazioni sulle deliberazioni assunte da parte del Comitato e nemmeno di rispondere alle eventuali lettere che Lei potrebbe inviare riguardo alla decisione resa nel presente ricorso. Lei non riceverà ulteriori documenti della Corte in relazione a tale decisione e, conformemente alle direttive della Corte, il Suo fascicolo verrà distrutto entro un anno a far data dall’invio della presente lettera....”.

Tale testo già prima facie appare non soddisfacente dei requisiti minimi che dovrebbe contenere una decisione giurisdizionale, visto che esso si pone in aperto contrasto con il riferito contenuto dell’articolo 45 della Convenzione, non tenendo neppure in considerazione l’esigenza di rendere pubbliche le motivazioni e le ragioni

che hanno portato all'emanazione dell'ordinanza.

La riferita "formula" al momento in uso è criptica e polivalente, ovvero rappresenta una motivazione solo apparente, che priva di ogni significato la funzione stessa della motivazione, cioè quella di evidenziare le ragioni che hanno portato alla pronuncia della inammissibilità di un ricorso.

Così facendo non solo si provoca un danno al ricorrente, ma si mina dall'interno la credibilità della Corte Europea e della stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Assistiamo perciò ad una situazione paradossale in cui l'organo chiamato a garantire e tutelare i diritti fondamentali dei cittadini europei (quali quelli del giusto processo) nei confronti degli Stati membri, è il primo a porsi in opposizione a tali principi e a violarli sistematicamente.

Appare sorprendente che questo possa avvenire visto che è pacifico secondo la giurisprudenza della stessa Corte Europea¹ che la motivazione debba essere chiaramente esplicitata nelle sentenze degli Stati contraenti, per non violare l'articolo 6 della Convenzione, che come cennato in precedenza tutela il diritto dei cittadini ad un giusto processo.

Un ulteriore aspetto che per la sua gravità (in quanto contravviene ulteriormente ed apertamente a quanto disposto dal richiamato articolo 6 della Convenzione sul diritto a un equo processo, e alla quanto mai ricca giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sul tema specifico), è la presenza nei Comitati (composti da tre membri) chiamati a decidere sulla ricevibilità dei ricorsi a Strasburgo, di un giudice della medesima nazionalità di quella del ricorrente.

Può ad esempio avvenire (come purtroppo spesso accade), che sulla decisione di ammissibilità o meno di un ricorso presentato da un cittadino italiano contro la asserita violazione dei diritti garantiti dalla Convenzione da parte dello Stato, venga chiamato a decidere proprio l'unico giudice del nostro paese sui 45 componenti della Corte Europea! Il che lo rende arbitro o, comunque magna pars nell'adozione della decisione, secondo le proprie valutazioni le quali, anche involontariamente, possono ispirarsi a personali convinzioni politiche.

Il contenuto del diritto ad un equo processo, si incentra sulla matrice comune dell'articolo 6, e comunque, secondo i giudici di Strasburgo, nel garantire l'imparzialità degli organi giudicanti nell'arco dell'intero procedimento.

Le parti, non devono correre il rischio di trovarsi di fronte a giudici prevenuti o politicamente "orientati" che potrebbero mettere in pericolo il diritto ad avere un processo equo, quali possono essere dati dalla condotta, l'organizzazione e la composizione della Corte stessa².

L'imparzialità, l'obiettività o l'indipendenza dei giudici non deve essere in alcun modo posta in dubbio. Perciò la presenza nel collegio che decide i casi, di personale di magistratura dello stesso Paese del ricorrente può ingenerare sospetti, talo-

ra non infondati. È ovvio che, secondo le stesse pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, i principi di indipendenza ed imparzialità dovrebbero rispondere non solo a criteri oggettivi, ma anche a criteri soggettivi³.

Prescindendo dal profilo oggettivo che implica un'analisi, sulla composizione del Collegio in termini di aspetto e struttura, che potrebbe sollevare agli occhi dell'attore/ricorrente dei dubbi o delle perplessità sull'indipendenza o imparzialità dei giudici chiamati a statuire sulla sua domanda, è opportuno soffermarsi su questo allorché le considerazioni politiche personali possano dar adito a sospetti o perplessità sull'effettiva indipendenza ed imparzialità di chi è chiamato a giudicare, giungendo la Corte Europea a considerare violati i diritti ad un equo processo di chi fosse stato giudicato da tribunali i cui membri risultavano appartenere ad associazioni di tipo massonico⁴.

Ma c'è un terzo aspetto, che solleva molti dubbi e timori sulla concreta tutela dei diritti umani nell'ambito del sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, rappresentato per i cittadini italiani dalla legge n. 89 del 2001, c.d. legge Pinto.

Approvata in tutta fretta alla fine della scorsa legislatura con un voto unanime di tutti i partiti, essa rischia di minare le fondamenta stesse del sistema della Convenzione entrata in vigore nel nostro paese nel lontano 1955, visto che nega la possibilità ai cittadini italiani di ricorrere direttamente alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per l'eccessiva durata dei processi ai sensi dell'articolo 6 paragrafo 1 (unico caso tra i quasi cinquanta Stati che aderiscono alla Convenzione). Nei fatti, oggi, nel nostro paese non è più possibile adire la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per avere una sua pronuncia sul c.d. "ritardo", ma occorre obbligatoriamente rivolgere un'istanza alla Corte di Appello, che dovrà decidere in camera di consiglio ai sensi dell'art. 737 e ss. c.p.c. nel termine di quattro mesi dalla data di deposito del ricorso.

La competenza spetta alla Corte di Appello "del distretto in cui ha sede il giudice competente ai sensi dell'art. 11 c.p.p. a giudicare nei procedimenti riguardanti i magistrati nel cui distretto è concluso o estinto relativamente ai gradi di merito ovvero pende il procedimento nel cui ambito la violazione si assume verificata".

La ragione di questo artificio legislativo va ricondotta alla sentenza n.34884/97, *Bottazzi c. Italia* del 1999 in cui la Corte Europea dei diritti dell'uomo censurò con parole severissime i gravi ritardi dell'ordinamento giudiziario italiano, e giudicò pretestuoso l'alibi del "carico di lavoro arretrato" con cui il governo italiano cercava di giustificare l'eccessiva durata dei processi, peraltro, senza che se ne scusasse o ne spiegasse i veri motivi dei ritardi nella definizione dei processi pendenti.

La Corte Europea osservò che la frequenza con cui veniva condannato il nostro paese per la violazione dell'articolo 6 paragrafo 1 sull'eccessiva durata dei processi, rifletteva l'immobilismo della situazione cui non si era posto in alcun modo rimedio.

2 Caso de Cubber c. Belgio

3 Casi Piersack c. Belgio e Hauschildt c. Danimarca

4 Casi Salaman c. Regno Unito nonché Ksken e Kovalainen v. Finlandia

1 Si vedano tra tutte, le sentenze Van de Hurk c. Paesi Bassi, Ruiz-Torija c. Spagna e Hiro Balani c. Spagna

CORTE DI GIUSTIZIA CE, SEZ. V, SENTENZA 10 MARZO 2005 –
IN CAUSA C469/03 – PRES. R. SILVA DE LAPUERTA –
REL. R. SCHINTGEN -

Tale pratica secondo i giudici di Strasburgo costituiva (e purtroppo ancora costituisce) una violazione dei diritti umani, incompatibili con la Convenzione.

Con una disinvoltura quasi sorprendente, il legislatore ha evitato di affrontare il problema (che continua e continuerà ad affliggere il paese ancora per molto tempo se non si riformerà il sistema giudiziario), preferendo impedire ai cittadini italiani di veder riconosciuto il loro diritto ad avere una giustizia rapida ed efficiente, sopprimendo la possibilità riconosciuta in tutti gli altri paesi firmatari della Convenzione di adire direttamente la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Se le prime sentenze delle Corti di Appello hanno suscitato un notevole interesse, avendo stabilito che il termine ragionevole entro cui concludere un processo civile è di tre anni⁵, sorprendenti appaiono le pronunce successive, ex multis, il decreto di inammissibilità della Corte di Appello di Torino (II Sezione Civile), la quale è arrivata ad affermare che gli unici responsabili della lentezza del processo italiano vanno individuati nel comportamento delle parti, ma soprattutto dei loro difensori!

Appare evidente che se queste sono le premesse, occorrerà molto più di una legge nata tra la confusione e la disattenzione dell'ultimo periodo di una legislatura morente e di una stagione politica travagliata, per risolvere i problemi che affliggono il c.d. "sistema giustizia", che impedisce (unici in Europa) ai cittadini italiani di rivolgersi autonomamente e direttamente alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Unione Europea – Trattato di Schengen – Convenzione di applicazione – Art.54 – Principio del bis in idem – Applicazione – Condizione - Fattispecie

Il principio ne bis in idem, sancito dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmata a Schengen il 19 giugno 1990, non si applica ad una decisione delle autorità giudiziarie di uno Stato membro che dichiara chiusa una causa dopo che il Pubblico Ministero ha deciso di non proseguire l'azione penale per il solo motivo che è stato avviato un procedimento penale in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti, senza alcuna valutazione nel merito (1).

La sentenza così motiva:

Fatto-Diritto

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni (GU 2000, L 239, pag. 19; in prosieguo: la "CAAS"), firmata a Schengen (Lussemburgo) il 19 giugno 1990.

2. Tale domanda è stata presentata nel contesto di un procedimento penale a carico del sig. {M.}, accusato di aver organizzato, insieme ad altre persone, il trasporto a Bologna di sostanze stupefacenti del tipo eroina.

Contesto normativo

La Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen

3. A norma dell'art. 1 del protocollo sull'integrazione dell'acquis di Schengen nell'ambito dell'Unione europea, allegato al Trattato sull'Unione europea e al Trattato che istituisce la Comunità europea in forza del Trattato di Amsterdam (in prosieguo: il "protocollo"), tredici Stati membri dell'Unione europea, tra i quali la Repubblica italiana ed il Regno dei Paesi Bassi, sono autorizzati ad instaurare tra loro una cooperazione rafforzata nell'ambito di applicazione dell'acquis di Schengen, quale definito nell'allegato al detto protocollo.

4. Fanno parte dell'acquis di Schengen così definito, in particolare, l'Accordo tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmato a Schengen il 14 giugno 1985 (GU 2000,

Bibliografia

- 1) Focarelli, C., Equo processo e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo – Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art.6 della Convenzione, Cedam, 2001
- 2) Ovey, C., White, R. C. A., European Convention on Human Rights, Oxford University Press, 2002

- 3) Shorts, E., de Than, C., Human Rights Law in the UK, Sweet & Maxwell, 2001

- 4) Sirotti-Gaudenzi, A., I ricorsi alla Corte Europea dei diritti dell'uomo – Guida pratica alla tutela dei diritti umani in Europa, Maggioli Editore, 2002

Sirotti-Gaudenzi, A., I ricorsi alla Corte Europea dei diritti dell'uomo, Maggioli Editore, 2002, p. 145

L 239, pag. 13; in prosieguo: l'"Accordo di Schengen"), nonché la CAAS.

5. In forza dell'art. 2, n. 1, primo comma, del protocollo, a decorrere dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, l'acquis di Schengen si applica immediatamente ai tredici Stati membri elencati nell'art. 1 del protocollo medesimo.

6. In applicazione dell'art. 2, n. 1, secondo comma, seconda frase, del protocollo, il Consiglio dell'Unione europea ha adottato la decisione 20 maggio 1999, 1999/436/CE, che determina, in conformità delle pertinenti disposizioni del Trattato che istituisce la Comunità europea e del Trattato sull'Unione europea, la base giuridica per ciascuna delle disposizioni o decisioni che costituiscono l'acquis di Schengen (GU L 176, pag. 17). Dall'art. 2 di questa decisione, in combinato disposto con l'allegato A della medesima, risulta che il Consiglio ha indicato gli artt. 34 UE e 31 UE, che fanno parte del titolo VI del Trattato sull'Unione europea, intitolato "Disposizioni sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale", quali fondamenti normativi degli artt. 5458 della CAAS.

7. Questi ultimi costituiscono il capitolo 3, intitolato "Applicazione del principio ne bis in idem", del titolo III della CAAS, a sua volta intitolato "Polizia e sicurezza". Il detto art. 4 dispone quanto segue:

"Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita".

La Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale

8. L'art. 2, lett. b), della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959 (in prosieguo: la "Convenzione europea di assistenza giudiziaria"), così recita:

"L'assistenza giudiziaria potrà essere rifiutata:

a. se la Parte richiasta giudica che l'esecuzione della domanda costituisca pericolo per la sovranità, la sicurezza, l'ordine pubblico o altri interessi essenziali per la sua nazione". **9.** Il Regno dei Paesi Bassi ha formulato la seguente riserva relativamente all'art. 2, lett. **b)**, della Convenzione europea di assistenza giudiziaria: "Il Governo del Regno dei Paesi Bassi si riserva la facoltà di non dar seguito ad una domanda di assistenza giudiziaria: **b.** nella misura in cui essa riguarda un'accusa o un procedimento penale incompatibile con il principio del ne bis in idem;

c. nella misura in cui essa riguarda un'indagine su fatti per i quali la persona accusata di reato è perseguita nei Paesi Bassi".

La normativa olandese **10. Ai sensi dell'art. 36 del codice di procedura penale olandese:**

"1. Se l'azione penale non viene proseguita, il giudice nelle istanze di merito, dinanzi al quale la causa si è tenuta da ultimo, può, su domanda dell'imputato,

dichiarare che la causa è chiusa.

2. Il giudice è autorizzato a riservare la decisione sulla domanda ogni volta per un determinato periodo di tempo, qualora il Pubblico ministero adduca elementi che facciano ritenere che si svolgerà un ulteriore procedimento.

3. Prima di prendere la sua decisione il giudice convoca il diretto interessato ad esso noto perché venga sentito sulla domanda dell'imputato.

4. L'ordinanza viene immediatamente notificata all'imputato".

11. L'art. 255 del medesimo codice dispone quanto segue:

"1. L'imputato, dopo l'archiviazione del procedimento a suo carico, dopo la notifica dell'ordinanza con la quale si dichiara che la causa è chiusa, o dopo la notifica nei suoi confronti della cessazione di ogni ulteriore procedimento, in quest'ultimo caso salvo l'art. 12i o l'art. 246, non può essere nuovamente oggetto di azione penale per lo stesso fatto salvo che non emergano nuovi elementi a suo carico.

2. Possono essere considerati nuovi elementi a carico solo le dichiarazioni di testimoni o dell'imputato e i documenti, atti e verbali che siano emersi successivamente o non siano stati esaminati.

3. In tale caso l'imputato può essere rinviato a giudizio dinanzi al Rechtbank solo dopo un'istruttoria preliminare avviata giudizialmente a seguito di tali nuovi elementi a carico".

12. Infine, per quanto riguarda le richieste di assistenza giudiziaria in materia penale, l'art. 552-I del codice di procedura penale olandese dispone quanto segue:

"1. Alla domanda non viene dato alcun seguito:

b. qualora l'accoglimento serva a dare collaborazione a un procedimento o giudizio incompatibile con il principio alla base dell'art. 68 del codice penale e dell'art. 255, n. 1, di questo codice;

c. qualora essa sia fatta per un'istruttoria concernente fatti relativamente ai quali l'imputato viene perseguito nei Paesi Bassi".

Causa principale e questione pregiudiziale

13. Nell'ambito di un'indagine condotta in collaborazione tra le autorità italiane e olandesi, il sig. {M.} è stato arrestato in Italia il 1° febbraio 2001, in esecuzione di un'ordinanza di custodia cautelare in carcere emessa dal giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Bologna.

14. Il sig. M. era accusato di aver organizzato con altre persone il trasporto dai Paesi Bassi verso Bologna di 20,16 kg di sostanze stupefacenti del tipo eroina, reato previsto e punito dagli artt. 110 del codice penale italiano e 80 del decreto del Presidente della Repubblica n. 309/90.

15. Il 22 gennaio 2002 il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di

Bologna ha disposto il rinvio a giudizio del sig. {M.} per il suddetto reato e ha deciso di sostituire la custodia cautelare carceraria con gli arresti domiciliari. In seguito, il Tribunale di Bologna ha sostituito la misura degli arresti domiciliari con l'obbligo di dimora in Mondragone e infine ha revocato ogni misura cautelare, per cui attualmente l'imputato si trova in stato di libertà.

16. Parallelamente, e per i medesimi fatti criminosi, nei confronti del sig. M. è stato aperto un procedimento penale dinanzi all'autorità giudiziaria olandese per aver trasportato dai Paesi Bassi verso l'Italia circa 30 kg di eroina.

17. In forza di tale capo di accusa, il sig. M. è stato arrestato dalle autorità olandesi il 18 dicembre 2000 e rimesso in libertà il 28 dicembre 2000. Il 17 gennaio 2001 il Gerechtshof te Amsterdam (Corte di appello di Amsterdam, Paesi Bassi) ha respinto l'appello proposto dal Pubblico Ministero contro l'ordinanza del Rechtbank te Amsterdam (Tribunale di Amsterdam, Paesi Bassi) che rigettava la domanda di mantenimento in detenzione.

18. Il procedimento penale nei confronti dell'imputato si è chiuso il 13 febbraio 2001 senza comminazione di pena o di altra sanzione. Nell'ambito del suddetto procedimento, il procuratore della Regina olandese non ha promosso azioni penali nei confronti dell'imputato. Dal fascicolo si evince che tale decisione è stata adottata perché per i medesimi fatti era stata intrapresa in Italia un'azione penale.

19. Con ordinanza 9 novembre 2001 il Rechtbank te Amsterdam ha concesso all'imputato un indennizzo per il danno arrecatogli a causa della detenzione preventiva subita nonché per gli onorari di avvocato versati.

20. Con lettera 7 novembre 2002 la Procura presso il Rechtbank te Amsterdam ha respinto la richiesta della Procura presso il Tribunale di Bologna di assistenza giudiziaria in materia penale in base alla riserva formulata dal Regno dei Paesi Bassi relativamente all'art. 2, lett. b), della Convenzione europea di assistenza giudiziaria, in quanto il detto Rechtbank aveva "chiuso il caso senza imporre punizione alcuna".

21. Il 10 aprile 2003 il Pubblico Ministero italiano ha rivolto alle autorità giudiziarie olandesi una richiesta di informativa circa l'esito del procedimento penale promosso nei confronti del sig. {M.} e circa le modalità di definizione di tale procedimento al fine di valutarne la rilevanza ai sensi dell'art. 54 della CAAS.

22. Con comunicazione 18 aprile 2003 la Procura olandese ha informato la Procura italiana della sospensione del procedimento penale a carico del sig. {M.}, senza però dare indicazioni giudicate sufficienti dal giudice del rinvio in ordine al provvedimento adottato e al suo contenuto. La Procura olandese ha comunicato che si trattava "di una decisione finale di un giudice" che rendeva impossibile, in forza dell'art. 255 del codice di procedura penale olandese, procedere per i medesimi fatti criminosi e prestare assistenza giudiziaria ad autorità straniere se non in presenza di nuove prove a carico del sig. {M.}. Le autorità giudiziarie olandesi aggiungevano che l'art. 54 della CAAS ostava a qualsiasi richiesta di cooperazione giudiziaria avanzata dallo Stato italiano.

23. Secondo il giudice del rinvio, le autorità olandesi hanno deciso di non pro-

muovere azioni nei confronti del sig. {M.} in quanto nel frattempo, in Italia, era stato promosso nei confronti dell'imputato un procedimento penale per i medesimi fatti criminosi. Una tale conclusione si spiegherebbe con un'applicazione "preventiva" del principio ne bis in idem.

24. Orbene, secondo il Tribunale di Bologna, tale interpretazione dell'art. 54 della CAAS è errata poiché priva i due Stati interessati di ogni concreta possibilità di fare in modo che le responsabilità dell'imputato vengano effettivamente esaminate.

25. Infatti, l'art. 54 della CAAS, così interpretato, precluderebbe allo stesso tempo alle autorità olandesi di procedere penalmente nei confronti del sig. {M.} - poiché un procedimento è in corso in Italia per i medesimi fatti - e alle autorità italiane di verificare la colpevolezza dell'imputato.

26. Il giudice del rinvio aggiunge che, anche nell'ipotesi in cui non ravvisasse, a differenza delle autorità olandesi, una situazione nella quale trovi applicazione il principio ne bis in idem e decidesse di proseguire il procedimento, esso sarebbe obbligato a valutare la responsabilità del sig. {M.} senza l'importante contributo costituito dagli elementi probatori acquisiti dalle autorità olandesi e senza l'assistenza giudiziaria delle stesse.

27. In tale contesto il Tribunale di Bologna ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

"Se debba applicarsi l'art. 54 della [CAAS] qualora la decisione giudiziaria adottata nel primo Stato risulti essere di rinuncia a promuovere l'azione penale senza alcun giudizio nel merito del fatto e sul solo presupposto che si stia già procedendo in un altro Stato".

Sulla questione pregiudiziale

28. Con la sua questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il principio ne bis in idem, sancito dall'art. 54 della CAAS, si applichi ad una decisione delle autorità giudiziarie di uno Stato membro che dichiara chiusa una causa dopo che il Pubblico Ministero ha deciso di non proseguire l'azione penale per il solo motivo che è stato avviato un procedimento penale in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti, senza alcuna valutazione nel merito.

29. Dalla lettera stessa dell'art. 54 della CAAS risulta che nessuno può essere sottoposto a procedimento penale in uno Stato membro per i medesimi fatti per i quali è stato già "giudicat[o] con sentenza definitiva" in un altro Stato membro.

30. Orbene, una decisione giudiziaria come quella di cui alla causa principale, adottata dopo che il Pubblico Ministero ha deciso di non proseguire l'azione penale per il solo motivo che è stato avviato un procedimento penale in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti, senza svolgimento di alcuna valutazione nel merito, non può costituire una sentenza definitiva che giudica tale persona ai sensi dell'art. 54 della CAAS.

31. Questa interpretazione del detto art. 54 della CAAS acquista ancor più valore in quanto è la sola a far prevalere l'oggetto e lo scopo di questa disposizione

su aspetti procedurali, che variano del resto secondo gli Stati membri interessati, e a garantire una proficua applicazione di tale articolo.

32. È infatti pacifico che l'art. 54 della CAAS ha lo scopo di evitare che una persona, per il fatto di esercitare il suo diritto alla libera circolazione, sia sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti sul territorio di più Stati membri (sentenza 11 febbraio 2003, cause riunite C187/01 e C385/01, Gözütok e Brügge, Racc. pag. I1345, punto 38).

33. Orbene, l'applicazione di tale articolo ad una decisione di chiudere il procedimento penale come quella di cui alla causa principale sortirebbe l'effetto di rendere più difficile, o di ostacolare, ogni concreta possibilità di sanzionare negli Stati membri interessati il comportamento illecito addebitato all'imputato.

34. Da un lato, la detta decisione di chiudere la causa sarà stata adottata dalle autorità giudiziarie di uno Stato membro senza alcuna valutazione del comportamento illecito addebitato all'imputato. Dall'altro, l'apertura di un procedimento penale in un altro Stato membro per gli stessi fatti risulterebbe compromessa, quando anche proprio l'avvio di tale procedimento avesse giustificato la rinuncia all'azione penale da parte del Pubblico Ministero del primo Stato membro. Tale conseguenza contrasterebbe palesemente con la finalità stessa delle disposizioni del titolo VI del Trattato sull'Unione europea, quale risulta dall'art. 2, primo comma, quarto trattino, UE, ossia quella di "conservare e sviluppare l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima".

35. Pertanto, occorre risolvere la questione pregiudiziale nel senso che il principio *ne bis in idem*, sancito dall'art. 54 della CAAS, non si applica ad una decisione delle autorità giudiziarie di uno Stato membro che dichiara chiusa una causa dopo che il Pubblico Ministero ha deciso di non proseguire l'azione penale per il solo motivo che è stato avviato un procedimento penale in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti, senza alcuna valutazione nel merito.

Sulle spese

36. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute per presentare osservazioni alla Corte, diverse da quelle delle dette parti, non possono dar luogo a rifusione.

(1) Il principio del *ne bis in idem* e la convenzione di applicazione del trattato di Schengen

La decisione in questione presenta notevoli spunti di riflessione sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello procedurale, in considerazione anche dell'importanza che il principio del *ne bis in idem* (così come sancito dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Shengen) assume all'interno di un contesto qual'è appunto quello comunitario.

Il principio del *ne bis in idem*, secondo cui non è possibile reiterare la stessa azione penale nei confronti del medesimo imputato, in linea di principio trova unanime applicazione in ambito europeo da parte di tutti gli Stati membri; esistono, tuttavia, dei casi in cui è necessario porre chiarezza al fine di evitare come un sacrosanto diritto di ogni cittadino diventi un possibile escamotage al fine di evitare il processo.

Quando si parla di reiterazione della medesima azione penale entrano in gioco due fattori importanti: che entrambe le azioni abbiano lo stesso oggetto e lo stesso imputato. Nel suo significato più comune tale principio prevede che chi si vede dichiarato assolto in un dato procedimento non potrà essere processato nuovamente per la stessa accusa; in un ambito strettamente nazionale, quindi, l'assoluzione in un dato distretto processuale prevede "in automatico" l'impossibilità di poter proporre una seconda volta la stessa azione contro lo stesso soggetto da parte di una qualunque altro distretto processuale presente all'interno del territorio di uno Stato.

La Convenzione di applicazione dell'Accordo di Shengen (C.A.A.S.), all'art. 54 ribadisce tale principio estendendone la portata a livello comunitario; nella fattispecie essa sancisce tra gli Stati contraenti, ovvero tutti gli Stati dell'Unione economica del Benelux, la Repubblica Federale di Germania e la Repubblica francese, un accordo per cui "[...] una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un processo penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione [...]".

Tale norma tuttavia, nella sua applicazione concreta e se interpretata in senso piuttosto ampio, può legittimare dei casi in cui è possibile evitare l'instaurarsi di alcun processo, come nel caso di specie. In ragione di ciò la Corte di Giustizia comunitaria, V Sezione, ha provveduto a porre dei limiti a tale interpretazione al fine di evitarne un uso *contra legem*.

2. In ragione di ciò occorrerà preliminarmente analizzare in modo sintetico il caso di specie.

Paralelamente in due Paesi dell'Unione, Italia e Olanda, erano stati avviati due procedimenti contro il medesimo imputato e per lo stesso tipo di reato: esportazione e traffico di sostanze stupefacenti tra Italia e Olanda. Tali due procedimenti, ciascuno condotto indipendentemente l'uno dall'altro, hanno portato all'arresto e al rilascio dello stesso imputato in due momenti diversi. In conseguenza di ciò, in Olanda, la Procura del Regno ha ufficialmente chiuso il processo in considerazione del fatto che, come si evince dal fascicolo, per i medesimi fatti penali era stata iniziata l'azione penale in Italia. A seguito di richiesta da parte delle autorità italiane di ottenere documentazione inerente il medesimo caso, le autorità olandesi hanno dovuto negare la collaborazione in forza del fatto che tale procedimento era stato dichiarato definitivamente chiuso e pertanto, in forza del principio del *ne bis in idem*, non era possibile riaprirlo a meno di non disporre di nuove prove a carico dell'imputato. Al giudice

italiano veniva negata, quindi, alcuna forma di collaborazione con conseguente impossibilità di poter verificare la colpevolezza dell'imputato per i medesimi fatti. In ragione di tale difficoltà, accompagnata da una considerazione di erroneità di interpretazione da parte delle Autorità olandesi dell'art. 54 C.A.A.S., il giudice italiano sottoponeva la questione alla Corte di Giustizia comunitaria chiedendo se andasse o meno applicato l'art. 54 C.A.A.S. qualora la decisione giudiziaria adottata nel primo procedimento risultasse essere una rinuncia a promuovere l'azione penale senza alcun giudizio nel merito del fatto e sul semplice presupposto che si stesse già procedendo in altro Stato.

3. Sono due le questioni che vengono immediatamente alla luce dall'analisi di questo caso: se è possibile ricorrere ad un'applicazione "preventiva" dell'art. 54 come nel caso della Procura olandese nei confronti di quella italiana; se sia comunque applicabile il disposto del suddetto art. 54 nella misura in cui, sebbene il procedimento sia stato chiuso, non si sia avuta alcuna pronuncia di merito.

Con riguardo al primo punto è pacifico ritenere errata una qualunque applicazione "preventiva" del menzionato articolo nella misura in cui questa è contraria allo spirito stesso del principio del *ne bis in idem*; perché venga rispettata la norma, ha stabilito la Corte, occorre che vi sia stata una pronuncia nel merito da parte di un Tribunale di una Parte contraente, e non soltanto che sia stato avviato un procedimento successivamente chiuso. In tal caso, infatti, si arriverebbe al paradosso per cui ad entrambi gli Stati coinvolti verrebbe preclusa ogni possibilità di poter esaminare in concreto le responsabilità dell'imputato.

Circa il secondo punto occorre soffermarsi con più attenzione. La lettera dell'art. 54 è abbastanza chiara quando stabilisce che il procedimento deve essere concluso a seguito di sentenza definitiva passata in giudicato. Esistono differenti motivi per cui è possibile chiudere un procedimento ma non tutti prevedono la pronuncia di sentenza definitiva. Se si ritiene di dover applicare l'art. 54, occorre che tale chiusura sia avvenuta a seguito di sentenza definitiva e che tale sentenza sia passata in giudicato. La decisione della Procura olandese di chiudere la causa non prevede alcuna pronuncia nel merito dei fatti e, pertanto, essa non può rientrare nella previsione dell'art. 54.

La Corte molto chiaramente ha stabilito questo principio laddove afferma che una tale interpretazione "[...] sortirebbe l'effetto di rendere più difficile, o di ostacolare, ogni concreta possibilità di sanzionare negli Stati membri interessati il comportamento illecito addebitato all'imputato [...]".

Va ancora rilevato che se si dovesse accettare la contestata interpretazione, per cui la semplice chiusura del procedimento comporta l'automatica applicazione del principio ex art. 54, risulterebbe definitivamente compromessa qualunque indagine penale, così come qualunque giudizio successivo nel merito che volesse accertare e giudicare il fatto illecito compiuto. In realtà le intenzioni del primo giudice erano, come si evince chiaramente dagli stessi atti del procedimento, di senso totalmente contrario ovvero avevano per scopo quello di semplificare e agevolare le indagini

riconducendole ad un'unica Procura. Un'azione di senso opposto contrasterebbe, come ribadito dalla stessa Corte, con le disposizioni di cui al titolo VI del Trattato sull'Unione europea (art. 2, I co., 4 punto) che hanno per oggetto quello di "[...] conservare e sviluppare l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne [...] la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima".

4. Un'ulteriore osservazione appare necessaria: l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen si basa sui principi sanciti dall'art 2, lett. b, della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959. In questa è prevista assistenza giudiziaria da parte di un qualunque Stato contraente nei confronti di una qualunque altra Parte che ne faccia richiesta, quando tale richiesta di assistenza non costituisca un pericolo per la sovranità, sicurezza, ordine pubblico o altri interessi nazionali.

All'interno di tale Accordo il Regno dei Paesi Bassi ha formulato una riserva, proprio con riguardo all'art. 2, lett. b, della suddetta Convenzione.

Secondo questa riserva il Governo del Regno dei Paesi Bassi si riserva la facoltà di "non dar seguito alla domanda di assistenza giudiziaria: [...] nella misura in cui questa riguardi un'accusa o un procedimento incompatibile con il principio del *ne bis in idem*; nella misura in cui essa riguardi un'indagine su fatti per i quali la persona accusata del reato è perseguita nei Paesi Bassi; [...]".

Ancora una volta viene ribadita l'inviolabilità del principio di non reiterazione azione penale nei confronti di chi è stato già giudicato per lo stesso reato in un altro Paese.

A fronte di questo all'art. 36 del codice di procedura penale olandese leggiamo:

"Sel'azione penale non viene proseguita, il giudice nelle istanze di merito, dinanzi al quale la causa si è tenuta da ultimo, può, su domanda dell'imputato, dichiarare che la causa è chiusa; il giudice è autorizzato a riservare la decisione sulla domanda ogni volta per un determinato periodo di tempo, qualora il Pubblico Ministero adduca elementi che facciano ritenere che si svolgerà un ulteriore procedimento".

E infine agli artt. 255 e 552-I dello stesso codice leggiamo:

"L'imputato, dopo l'archiviazione del procedimento a suo carico, dopo la notifica dell'ordinanza con la quale si dichiara che la causa è chiusa, o dopo la notifica nei suoi confronti della cessazione di ogni ulteriore procedimento, [...], non può essere nuovamente oggetto di azione penale per lo stesso fatto salvo che non emergano nuovi elementi a suo carico; possono essere considerati nuovi elementi a carico solo le dichiarazioni dei testimoni o dell'imputato e i documenti, atti e verbali che siano emersi successivamente o non siano stati esaminati; in tale caso l'imputato può essere rinviato a giudizio davanti il Rechtbank solo dopo un'istruttoria preliminare avviata giurisdizionalmente a seguito di tali nuovi elementi a carico [...]".

"Alla domanda non viene dato alcun seguito: [...]; qualora l'accoglimento serve

a dare collaborazione a un procedimento o giudizio incompatibile con il principio alla base dell'art 68 del codice penale e dell'art 255, n.1, di questo codice; qualora essa sia fatta per un'istruttoria concernente fatti relativamente ai quali l'imputato viene perseguito nei Paesi Bassi [...]"

Da una prima lettura di questi articoli appare un'evidente contrasto con la disposizione dell'art. 54 C.A.A.S., in considerazione del fatto che non viene espressamente stabilito il principio per cui la semplice chiusura di un procedimento non costituisce un giudizio di merito e pertanto non può essere considerato di diritto causa di violazione del principio del ne bis in idem; in realtà tale contraddizione non esiste.

Se leggiamo la lettera dello stesso art. 36 c.p.p. olandese si può notare come venga concessa la possibilità allo stesso giudice di merito di riservare la decisione di chiudere o meno il procedimento, nel momento in cui sono presenti elementi che attestino la presenza di un altro giudizio per lo stesso reato, in un altro Stato. Una tale opportunità pertanto non solo concede la possibilità di tenere i rapporti di collaborazione tra due Parti contraenti in materia di indagini, ma allo stesso tempo offre una interpretazione dell'art. 54 C.A.A.S. che pienamente rispetta lo spirito del menzionato principio del ne bis in idem.

Non deve stupire quindi che in realtà, quanto affermato dalla decisione 10 marzo 2005 della Corte di Giustizia comunitaria, V sezione, non solo non è un'interpretazione contraria al divieto di reiterazione del giudizio penale, ma è a tutti gli effetti una ulteriore affermazione per cui, laddove si voglia reiterare un medesimo procedimento nei confronti dello stesso imputato, all'interno di due Paesi contraenti, occorre che il primo procedimento non sia stato chiuso con sentenza pronunciata nel merito e passata in giudicato; una possibile dichiarazione di chiusura da parte del Pubblico Ministero per il solo motivo che un altro procedimento è stato avviato in un altro Stato, non preclude alcuna forma di collaborazione o di assistenza giudiziaria poiché non sussiste alcuna violazione all'art. 54 C.A.A.S.

Dott. Emilio Nicola ZITO

CORTE DI GIUSTIZIA CE – SENTENZA 9 DICEMBRE 2003 – IN CAUSA C-129/00) PRES. SKOURIS – REL. PUISOCHET - COMMISSIONE C. ITALIA

Unione Europea – Repubblica Italiana – Legislazione nazionale - Presupposti per la ripetizione dell'indebito tributario – Art. 29, II c., legge n. 428/1990 – Imposte indirette - Presunzione di riversamento a valle dell'onere fiscale – Onere probatorio eccessivo a carico dell'istante - Sussistenza – Violazione degli obblighi incombenti in virtù del trattato – Sussistenza

La Repubblica italiana, non avendo modificato l'art. 29, secondo comma, della legge n. 428/1990, che viene interpretato e applicato in sede amministrativa e da una parte significativa degli organi giurisdizionali - compresa la Corte suprema di cassazione - in modo tale da rendere l'esercizio del diritto al rimborso di tributi riscossi in violazione del diritto comunitario eccessivamente difficile per il contribuente, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del Trattato CE (1).

La sentenza così motiva:

(omissis)

1 Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria della Corte il 4 aprile 2000, la Commissione delle Comunità europee ha proposto, ai sensi dell'art. 226 CE, un ricorso diretto a far dichiarare che la Repubblica italiana, mantenendo in vigore l'art. 29, secondo comma, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, intitolata "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria per il 1990)" (GURI n. 10 del 12 gennaio 1991, Supplemento ordinario, pag. 5; in prosieguo: la "legge n. 428/1990"), così come interpretato e applicato in sede amministrativa e giudiziaria, che giustificerebbe un regime probatorio della traslazione su terzi dell'importo di tributi percepiti in violazione di norme comunitarie che renderebbe l'esercizio del diritto al rimborso di tali tributi praticamente impossibile o, comunque, eccessivamente difficile per il contribuente, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del Trattato CE.

Diritto nazionale

2 La legge n. 428/1990 ha introdotto nella normativa fiscale talune norme speciali in materia di "rimborso dei tributi riconosciuti incompatibili con norme comunitarie". A tale riguardo, l'art. 29, secondo comma, della detta legge così recita: "I diritti doganali all'importazione, le imposte di fabbricazione, le imposte di consumo, il sovrapprezzo dello zucchero e i diritti erariali riscossi in applicazione di disposizioni nazionali incompatibili con norme comunitarie sono rimborsati a meno che il relativo onere non sia stato trasferito su altri soggetti".

3 In precedenza, tale materia era disciplinata dall'art. 19, primo comma, del decreto legge 30 settembre 1982, n. 688 (GURI n. 270 del 30 settembre 1982, pag. 7072), convertito in legge con legge 27 novembre 1982, n. 873 (GURI n. 328 del 29 novembre 1982, pag. 8599; in prosieguo: il "decreto legge n. 688/1982"). Esso disponeva che:

"Chi ha indebitamente corrisposto diritti doganali all'importazione, imposte di fabbricazione, imposte di consumo o diritti erariali (...) ha diritto al rimborso delle somme pagate quando prova documentalmente che l'onere relativo non è stato in qualsiasi modo trasferito su altri soggetti, salvo il caso di errore materiale".

Antecedenti

4 L'art. 19 del decreto legge n. 688/1982 ha dato luogo a due sentenze della Corte. La prima (sentenza 9 novembre 1983, causa 199/82, San Giorgio, Racc. pag. 3595), in seguito a rinvio pregiudiziale, e la seconda (sentenza 24 marzo 1988, causa 104/86, Commissione/Italia, Racc. pag. 1799), nell'ambito di un ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione contro la Repubblica italiana.

5 In quest'ultima sentenza, la Corte ha dichiarato quanto segue:

"6 (...) In mancanza di una normativa comunitaria in materia di restituzione dei tributi nazionali riscossi in contrasto col diritto comunitario, spetta agli Stati membri garantire il rimborso di detti tributi, conformemente al loro diritto nazionale. Peraltro, il diritto comunitario non esige che si conceda la restituzione di tributi indebitamente riscossi a condizioni tali da causare un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto; pertanto esso non esclude che si tenga conto del fatto che l'onere di detti tributi ha potuto essere ripercosso su altri operatori economici o sui consumatori.

7 Si deve poi ricordare che, come la Corte ha considerato nella sentenza [San Giorgio], che riguarda per l'appunto l'art. 19 del decreto legge di cui trattasi, sono incompatibili col diritto comunitario tutte le modalità di prova che abbiano l'effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il rimborso dei tributi riscossi in contrasto col diritto comunitario. Ciò vale in particolare per le presunzioni o per i criteri di prova che tendono a far gravare sul contribuente l'onere di provare che i tributi indebitamente versati non sono stati trasferiti su altri soggetti, o per particolari limitazioni in merito alla forma della prova da fornire, come l'esclusione di qualsiasi prova non documentale.

(...)

11 (...) La controversa disposizione della normativa italiana impone agli operatori l'onere di provare un fatto negativo, in quanto essi debbono dimostrare, contro le mere asserzioni dell'amministrazione, che il tributo indebitamente pagato non è stato traslato su altri soggetti, e debbono farlo mediante prove esclusivamente documentali. Una disposizione del genere è in contrasto con le norme del

diritto comunitario come interpretate dalla Corte".

6 In seguito, l'art. 29, secondo comma, della legge n. 428/1990 ha dato a sua volta origine a talune questioni pregiudiziali, risolte dalla Corte con la sentenza 9 febbraio 1999, causa C-343/96, Dilexport (Racc. pag. I-579). Il giudice nazionale sosteneva che tale disposizione veniva applicata dai giudici italiani nel senso che l'amministrazione, per opporsi al rimborso di diritti doganali o di imposte indebitamente versati, poteva invocare la presunzione secondo la quale gli stessi diritti ed imposte sono normalmente traslati sui terzi.

7 La Corte ha stabilito quanto segue:

"52 Se, come ritiene il giudice nazionale, esiste una presunzione di ripercussione su altri soggetti dei diritti e dei tributi illegittimamente pretesi o indebitamente riscossi e se è a carico del ricorrente la prova contraria di tale presunzione per ottenere il rimborso del tributo, si dovrà considerare che le disposizioni di cui si tratta sono contrarie al diritto comunitario.

53 Se, per contro, come sostiene il governo italiano, spetta all'amministrazione dimostrare, mediante tutti i mezzi di prova generalmente ammessi dal diritto nazionale, che il tributo è stato trasferito su altri soggetti, si dovrà invece considerare che le disposizioni di cui si tratta non sono contrarie al diritto comunitario.

54 [Si deve quindi dichiarare] che il diritto comunitario osta a che uno Stato membro assoggetti il rimborso di diritti doganali e di imposte incompatibili con il diritto comunitario a una condizione, quale l'assenza di ripercussione di tali diritti e imposte su altri soggetti, relativamente al ricorrere della quale l'onere della prova incomberebbe al ricorrente".

Procedimento precontenzioso

8 In sostanza la Commissione, come il giudice del rinvio nella causa che ha dato origine alla citata sentenza Dilexport, sostiene che, così come interpretate e applicate in sede amministrativa e giudiziaria, le disposizioni dell'art. 29, secondo comma, della legge n. 428/1990 conducono allo stesso risultato di quelle del vecchio art. 19 del decreto legge n. 688/1982.

9 Dopo aver posto la Repubblica italiana in condizione di presentare le sue osservazioni, il 17 settembre 1997 la Commissione ha emesso un parere motivato invitando tale Stato membro a conformarsi agli obblighi ad esso derivanti dal Trattato entro il termine di due mesi. Non essendo rimasta soddisfatta della risposta fornita dalle autorità italiane con lettera 25 novembre 1997, la Commissione ha deciso di proporre il presente ricorso.

Argomenti delle parti

10 La Commissione sostiene che nella sentenza 14 gennaio 1997, cause riunite da C-192/95 a C-218/95, Comateb e a. (Racc. pag. I-165, punto 25), la Corte ha ricordato che, in materia di imposte indirette, non è ammissibile la presunzione che il contribuente abbia trasferito il tributo a valle della catena delle vendite, presunzione che impone

al contribuente di fornire la prova negativa del contrario, qualora voglia ottenere il rimborso di un tributo di siffatta natura.

11 Orbene, la Commissione fa presente che la giurisprudenza della Corte suprema di cassazione istituisce una tale presunzione a danno del contribuente che chiede il rimborso di tributi incompatibili con il diritto comunitario, contemplati dall'art. 29, secondo comma, della legge n. 428/1990. Le motivazioni delle decisioni adottate da tale giudice in questa materia sarebbero varie, ma riposebbero, in sostanza, sull'argomentazione che, salvo circostanze eccezionali, le società commerciali trasferiscono le imposte indirette sulla loro clientela. Il ragionamento più complesso che la Corte suprema di cassazione avrebbe seguito per giungere a tale soluzione, in particolare nella sentenza 28 marzo 1996, n. 2844, si fonderebbe sulle seguenti considerazioni:

- ❑ l'importatore non era un privato, bensì una società commerciale o industriale;
- ❑ l'impresa evidenziava una gestione normale e non versava in condizioni deficitarie o di insolvenza, che avrebbero potuto far presumere che vendesse sottocosto;
- ❑ l'indebita imposizione era stata effettuata da tutte le dogane italiane, per cui non poteva non essersi creato un clima di affidamento sulla sua legittimità;
- ❑ l'indebita imposizione era stata applicata per un lungo periodo e senza dar luogo a contestazioni.

12 Secondo la Commissione, la Corte suprema di cassazione si fonda anche sulla supposizione che le imprese commerciali trasferiscano di norma le imposte indirette su terzi per ritenere che le domande giudiziali formulate dall'amministrazione per far esibire i documenti contabili delle imprese interessate o per ottenere l'ispezione di queste ultime non abbiano carattere meramente esplorativo, il che le renderebbe illegittime, ma costituiscano un valido strumento per consentirle di fornire la prova che siffatta traslazione ha avuto luogo.

13 Inoltre, la Corte suprema di cassazione statuirebbe, sulla base dell'art. 116 del codice di procedura civile italiano, che la mancata presentazione di documenti contabili a seguito di una tale istanza, unitamente alla presunzione secondo la quale i tributi vengono di norma trasferiti, costituisce la prova che tale trasferimento è effettivamente avvenuto. La Commissione fa presente che un'identica soluzione viene applicata anche quando l'impresa, non presentando tali documenti, adduce che questi non sono stati conservati perché è scaduto il termine di conservazione obbligatoria di dieci anni previsto dal codice civile italiano. Orbene, dato che tra una domanda giudiziale di produzione di documenti contabili e la decisione del giudice al riguardo possono trascorrere parecchi anni, un obbligo di conservazione di tali documenti oltre il termine legale di conservazione sarebbe eccessivo per le imprese, in particolare a causa dei costi elevati e dei problemi di archiviazione che tale obbligo comporterebbe. Esso costituirebbe pertanto un ulteriore ostacolo all'effettivo rimborso di tributi in contrasto con il diritto comunitario.

14 La Commissione osserva che numerosi giudici di merito seguono tali principi, così

come taluni periti designati nell'ambito di procedimenti giudiziari con il compito di esaminare i documenti contabili dei soggetti passivi e di decidere se questi ultimi abbiano o meno trasferito i tributi in questione. Al riguardo essa fornisce alcuni esempi.

15 Orbene, tale orientamento - in violazione di quanto dichiarato dalla Corte al punto 52 della citata sentenza Dilexport - istituirebbe de facto una presunzione di traslazione su terzi, da parte dei soggetti passivi, dei tributi incompatibili con il diritto comunitario di cui tali soggetti chiedono il rimborso, presunzione che spetterebbe a questi ultimi confutare fornendo la prova contraria.

16 La Commissione aggiunge che il ragionamento di cui trattasi è illogico, poiché partirebbe dall'assunto secondo cui le imprese trasferiscono di norma le imposte indirette per giungere a stabilire una presunzione avente esattamente lo stesso contenuto di tale assunto. Gli elementi talvolta utilizzati in tale ragionamento, relativi alla qualità di impresa e all'assenza di insolvenza in capo al richiedente, nonché all'applicazione generalizzata e costante dei tributi contestati, sarebbero del tutto inconferenti. Infatti, un imprenditore che non trasferisca tributi su terzi potrebbe semplicemente realizzare un utile inferiore, ma non sarebbe necessariamente in fallimento. Dedurre dalla mancanza di insolvenza la presenza di una traslazione dei tributi sarebbe arbitrario.

17 La Commissione rileva che neppure l'amministrazione italiana rispetta i principi applicabili al rimborso di tributi in contrasto con il diritto comunitario. Le circolari del Ministro delle Finanze 11 marzo 1994, n. 21/2/VII, e 12 aprile 1995, n. 480/VIII, indicherebbero in sostanza che la traslazione dei tributi su terzi è dimostrata qualora tali tributi non siano stati contabilizzati, a partire dall'anno del loro versamento, a titolo di anticipazioni all'erario per tributi non dovuti, come crediti all'attivo nel bilancio dell'impresa che ne chiede il rimborso. La mancanza di una siffatta contabilizzazione dimostrerebbe che l'impresa ha considerato i tributi in questione come costi normali e li ha necessariamente trasferiti. La Commissione è dell'avviso che tale metodo porti ad imporre un obbligo eccessivo alle imprese, soprattutto per quanto riguarda gli anni precedenti alla constatazione del contrasto dei tributi con il diritto comunitario.

18 La Commissione afferma che, anche se alcuni contribuenti vedono accolta la loro domanda giudiziale dinanzi al giudice di merito - a prezzo, a suo avviso, di procedimenti lunghi e costosi -, tale circostanza non consente di concludere che sia stato rispettato il principio di effettività, in base al quale le modalità procedurali nazionali, applicate alle domande fondate sui diritti spettanti ai soggetti in forza delle norme di diritto comunitario, non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di tali diritti. Del resto, i ricorsi accolti di alcuni contribuenti, che, secondo il governo italiano, hanno consentito loro di ottenere, tra il 1992 e il 2000, il rimborso di 120 miliardi di lire italiane (ITL) al netto degli interessi e delle spese, sarebbero insignificanti rispetto alle somme oggetto del contendere in tale materia. La Commissione sostiene che il principio di effettività sarebbe rispettato solo se i casi di rigetto delle

domande di rimborso fossero eccezionali e sostiene che l'esercizio dei diritti derivanti dal Trattato non può essere ostacolato da misure generali motivate da una presunzione di abuso di diritto.

19 Il governo italiano accusa la Commissione di perdersi in speculazioni e di trascurare i dati reali. Solo l'effettivo accertamento che i contribuenti che hanno versato tributi in contrasto con il diritto comunitario non ottengono il rimborso, o lo ottengono molto difficilmente, potrebbe contraddistinguere la violazione del principio di effettività. A tale riguardo, oltre all'importo delle somme rimborsate in conto capitale, menzionato al punto precedente, il governo italiano si avvale di 17 sentenze di diversi giudici di merito che avrebbero accolto la domanda dei contribuenti e sarebbero passate in giudicato.

20 Quanto all'eventualità di una provvedimento istruttorio da parte della Corte diretto a stabilire la percentuale delle domande di rimborso accolte rispetto all'insieme di quelle presentate, il governo italiano sostiene che l'adozione di un siffatto provvedimento equivarrebbe a far gravare sulla Corte l'onere della prova dell'inadempimento fatto valere dalla Commissione e che quest'ultima dovrebbe essere in grado di dimostrare a conclusione della fase precontenziosa.

21 In subordine, il governo italiano analizza, a livello di principi, le modalità di esercizio del diritto alla ripetizione dell'indebito censurate dalla Commissione e sottolinea, in primo luogo, che la Commissione riconosce che il testo dell'art. 29, secondo comma, della legge n. 428/1990 è di per sé compatibile con il diritto comunitario. A suo avviso, tale testo impone all'amministrazione, per sottrarsi all'obbligo di rimborsare il tributo, di dimostrare che il contribuente lo ha trasferito su terzi.

22 In secondo luogo, il governo italiano ricorda che, al punto 25 della citata sentenza Comateb e a., la Corte ha dichiarato che "[l']effettiva traslazione parziale o totale [di un'imposta indiretta] dipende (...) da vari fattori che costituiscono il contorno di ogni operazione commerciale e che la differenziano da altri casi situati in contesti diversi" e che "[d]i conseguenza, la questione della traslazione o meno, in ogni singolo caso, di un'imposta indiretta costituisce una questione di fatto rientrante nella competenza del giudice nazionale, che potrà formare liberamente il proprio convincimento". Il governo italiano afferma che nelle conclusioni presentate nella citata causa Dilexport l'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer ha aggiunto che il giudice nazionale poteva avvalersi di tutti i mezzi di prova autorizzati dal diritto interno per accertare i fatti. Detto governo fa presente che la Corte suprema di cassazione non è giudice di merito, ma si limita a fissare taluni principi generali di assunzione della prova in funzione di circostanze procedurali che possono variare considerevolmente in ragione di ciascuna controversia. Il giudice di merito potrebbe benissimo avvalersi di meccanismi deduttivi come mezzo di prova. Le pronunce favorevoli ai contribuenti prodotte nella causa in esame proverebbero semplicemente che l'amministrazione non ha dimostrato la traslazione dei tributi.

23 Quanto all'amministrazione, sulla quale graverebbe l'onere di tale prova, essa potrebbe legittimamente chiedere di visionare i documenti contabili del ricorrente, dato che solo questo provvedimento istruttorio le consentirebbe di fornire tale prova e, di conseguenza, non avrebbe assolutamente carattere esplorativo. Qualora il richiedente non esibisca spontaneamente i propri documenti contabili, sarebbe normale che, quando agisce in giudizio per far valere i propri diritti, l'amministrazione chieda per la medesima via detta esibizione. Tale sarebbe il senso delle due circolari ministeriali citate al punto 17 di questa sentenza e criticate dalla Commissione. Il governo italiano precisa che il giudice considera la mancata esibizione dei documenti contabili come un argomento a favore dell'amministrazione solo se l'istanza di esibizione di tali documenti viene depositata prima della scadenza del termine legale di conservazione. In tale caso, anche se il giudice si pronuncia sulla detta domanda solo successivamente a tale scadenza, il dovere di lealtà nel corso del giudizio imporrebbe al contribuente di conservare i propri documenti contabili e di esibirli a seguito della decisione giudiziaria di accoglimento di una tale istanza (sentenza della Corte suprema di cassazione 18 novembre 1994, n. 9797).

24 Il governo italiano aggiunge che, anche se talvolta si rendono necessari lunghi procedimenti per ottenere un rimborso, gli inconvenienti legati a tale durata sono compensati dalla concessione di interessi sulle somme dovute.

Giudizio della Corte

25 Come ricorda una consolidata giurisprudenza, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia di ripetizione di imposte nazionali indebitamente riscosse, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai soggetti in forza delle norme di diritto comunitario, purché le dette modalità, da un lato, non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e, dall'altro, non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in particolare, sentenze 16 dicembre 1976, causa 33/76, Rewe, Racc. pag. 1989, punto 5, e 24 settembre 2002, causa C-255/00, Grundig Italiana, Racc. pag. I-8003, punto 33).

26 Per quanto riguarda l'art. 29, secondo comma, della legge n. 428/1990, come ricordato al punto 7 di questa sentenza e tenuto conto delle differenti interpretazioni di questa disposizione, la citata sentenza Dilexport, resa nell'ambito di un procedimento pregiudiziale nel quale spettava al giudice nazionale decidere sulla controversia, ha indicato che, se esisteva una presunzione di ripercussione su altri soggetti dei diritti e dei tributi illegittimamente pretesi o indebitamente riscossi e se era a carico del ricorrente la prova contraria di tale presunzione per ottenere il rimborso del tributo, la disposizione in questione doveva considerarsi contraria al diritto comunitario.

27 Nell'ambito del presente ricorso per inadempimento spetta invece alla Corte deci-

dere, essa stessa, tenuto conto degli elementi dedotti dalla Commissione, se l'applicazione che le autorità italiane hanno fatto dell'art. 29, secondo comma, della legge n. 428/1990 determini effettivamente il sorgere di una siffatta presunzione o renda, in altro modo, praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al rimborso di tali tributi, nel qual caso occorrerebbe dichiarare l'inadempimento della Repubblica italiana.

28 Il motivo invocato dalla Commissione a sostegno del suo ricorso presenta tre aspetti. In primo luogo, vari giudici italiani, e in particolare, costantemente, la Corte suprema di cassazione, riterrebbero provata la traslazione dei tributi su terzi per il solo fatto che il ricorrente è un'impresa commerciale, aggiungendovi talvolta la motivazione che l'impresa non è fallita e che il tributo è stato riscosso per anni su tutto il territorio nazionale in assenza di contestazioni. In secondo luogo, l'amministrazione esigerebbe sistematicamente la produzione dei documenti contabili del ricorrente. I giudici aditi in caso di opposizione da parte di quest'ultimo accoglierebbero tale domanda sulla base dello stesso genere di motivazioni suddette e interpreterebbero in modo sfavorevole al ricorrente la mancata produzione dei detti documenti anche quando il termine legale di conservazione di questi ultimi sia scaduto. In terzo luogo, l'amministrazione riterrebbe che la mancata contabilizzazione dell'importo dei tributi in questione, a partire dall'anno del loro versamento, a titolo di anticipazioni all'erario di tributi non dovuti, come crediti all'attivo nel bilancio dell'impresa che ne chiede il rimborso, dimostri che i detti tributi sono stati trasferiti su terzi.

29 L'inadempimento di uno Stato membro può essere in via di principio dichiarato ai sensi dell'art. 226 CE indipendentemente dall'organo dello Stato la cui azione o inerzia ha dato luogo alla trasgressione, anche se si tratta di un'istituzione costituzionalmente indipendente (sentenza 5 maggio 1970, causa 77/69, Commissione/Belgio, Racc. pag. 237, punto 15).

30 La portata delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali si deve valutare tenendo conto dell'interpretazione che ne danno i giudici nazionali (v., in particolare, sentenza 8 giugno 1994, causa C-382/92, Commissione/Regno Unito, Racc. pag. I-2435, punto 36).

31 Nel caso di specie è in discussione l'art. 29, secondo comma, della legge n. 428/1990, il quale dispone che i diritti e i tributi riscossi in applicazione di disposizioni nazionali incompatibili con norme comunitarie siano rimborsati a meno che il relativo onere non sia stato trasferito su altri soggetti. Una tale disposizione è di per sé neutra, ai fini del diritto comunitario, sia per quanto riguarda l'onere di provare che il tributo è stato trasferito su altri soggetti, sia quanto alle modalità di prova a tal fine ammissibili. La sua portata deve pertanto essere determinata alla luce dell'interpretazione che ne danno i giudici nazionali.

32 A tale proposito, pronunce giurisdizionali isolate o fortemente minoritarie in un contesto giurisprudenziale caratterizzato da un diverso orientamento, o ancora un'interpretazione smentita dal supremo giudice nazionale, non possono

essere prese in considerazione. Lo stesso non si può dire di un'interpretazione giurisprudenziale significativa non smentita dal detto supremo giudice, o addirittura da esso confermata.

33 Quando una normativa nazionale forma oggetto di divergenti interpretazioni giurisprudenziali che siano plausibili e che conducano, alcune ad un'applicazione della detta normativa compatibile con il diritto comunitario, altre ad un'applicazione incompatibile con esso, occorre dichiarare che, per lo meno, tale normativa non è sufficientemente chiara per garantire un'applicazione compatibile con il diritto comunitario.

34 Nel caso di specie, il governo italiano non contesta che alcune sentenze della Corte suprema di cassazione pervengano, seguendo un ragionamento deduttivo, alla conclusione che, salvo prova contraria, diverse imprese commerciali che si trovano in condizioni normali trasferiscono a valle della catena delle vendite un tributo indiretto, in particolare se esso viene riscosso su tutto il territorio nazionale per un periodo rilevante e senza contestazioni. Il governo italiano, infatti, si limita ad indicare che numerosi giudici di merito ritengono che tale ragionamento non sia sufficiente per considerare acquisita la prova di un siffatto trasferimento e fornisce solamente esempi di contribuenti che hanno ottenuto il rimborso di tributi in contrasto con il diritto comunitario, poiché in questi casi l'amministrazione non era riuscita a dimostrare al giudice adito che essi avevano trasferito i detti tributi.

35 Orbene, il ragionamento alla base delle richiamate sentenze della Corte suprema di cassazione si fonda anch'esso su una premessa che altro non è che una presunzione, vale a dire che le imposte indirette siano in via di principio trasferite a valle della catena delle vendite da parte degli operatori economici quando ne hanno la possibilità. Gli altri elementi eventualmente presi in considerazione, cioè il carattere commerciale dell'attività del contribuente ed il fatto che la sua situazione finanziaria non sia deficitaria, nonché la riscossione del tributo in questione su tutto il territorio nazionale per un periodo rilevante e senza contestazioni, consentono, infatti, di concludere che un'impresa che ha esercitato la sua attività in un tale contesto abbia effettivamente trasferito i tributi in questione solo se ci si fonda sulla premessa che ogni operatore economico si comporta in tal modo, salvo nei casi particolari di assenza di uno qualsiasi dei detti elementi. Tuttavia, come la Corte ha già dichiarato (v. sentenze San Giorgio, citata, punti 14 e 15; 25 febbraio 1988, cause riunite 331/85, 376/85 e 378/85, Bianco e Girard, Racc. pag. I-1099, punto 17; Commissione/Italia, citata, punto 7, e Comateb e a., citata, punto 25), e per le ragioni di ordine economico ricordate dall'avvocato generale ai paragrafi 73-80 delle sue conclusioni, una siffatta premessa non si verifica in determinate circostanze e costituisce una semplice presunzione che non può essere ammessa in sede d'esame di domande di rimborso relative a imposte indirette in contrasto con il diritto comunitario.

36 Per quanto concerne la richiesta di esibizione dei documenti contabili dell'impresa che domanda il rimborso di tributi in contrasto con il diritto comunitario, posta come condizione preliminare a qualsiasi rimborso, occorre tener conto

delle seguenti considerazioni.

37 Tale richiesta, relativa agli anni per i quali viene chiesto il rimborso e formulata nel periodo in cui i documenti contabili in questione devono obbligatoriamente essere conservati, non può essere considerata di per sé alla stregua di un'inversione, a scapito dei soggetti passivi, dell'onere della prova relativa alla mancata traslazione del tributo su terzi. Siffatti documenti forniscono infatti dati di fatto neutri, basandosi sui quali l'amministrazione può, in particolare, cercare di dimostrare che i tributi sono stati trasferiti su altri soggetti (v., in tal senso, sentenza 2 ottobre 2003, causa C-147/01, *Weber's Wine World e a.*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 115). Pertanto, salvo circostanze eccezionali di cui potrebbe avvalersi il ricorrente, la mancata produzione dei documenti contabili, quando essi sono stati richiesti dall'amministrazione, può essere considerata da quest'ultima o dal giudice un elemento di cui tener conto nella dimostrazione che i tributi sono stati trasferiti su terzi. Tuttavia tale elemento, da solo, non è sufficiente a far presumere che i detti tributi siano stati trasferiti su terzi, né, a maggior ragione, a far gravare sul ricorrente l'onere di confutare tale presunzione fornendo la prova contraria (v., in questo senso, sentenza *Weber's Wine World e a.*, citata, punto 116).

38 In ogni caso, nelle situazioni in cui l'amministrazione chieda la produzione di tali documenti dopo la scadenza del loro termine legale di conservazione e il soggetto passivo non li esibisca, tranne la conclusione che quest'ultimo abbia trasferito i tributi in esame su terzi, o tranne la medesima conclusione salvo prova contraria che spetti al soggetto passivo fornire, equivarrebbe ad istituire una presunzione a carico di quest'ultimo, presunzione che renderebbe eccessivamente difficile l'esercizio del diritto al rimborso di tributi incompatibili con il diritto comunitario.

39 Per quanto attiene al fatto che l'amministrazione reputa dimostrata la traslazione di un tributo su terzi quando l'importo del tributo in questione non è stato contabilizzato, a partire dall'anno del suo versamento, a titolo di anticipazione all'erario di tributi non dovuti, come credito all'attivo nel bilancio dell'impresa che ne chiede il rimborso, occorre dichiarare quanto segue.

40 Tale ragionamento porta ad istituire un'ingiustificata presunzione a danno del ricorrente. Tenuto conto delle condizioni alle quali interviene una domanda di rimborso del tributo, infatti, iscrivere l'importo di tale tributo tra le voci attive del bilancio a partire dall'anno del suo versamento presuppone che il soggetto passivo ritenga fin da subito di poter contestare, con buone probabilità di successo, il suo pagamento, mentre, ai sensi dello stesso art. 29, primo comma, della legge n. 428/1990, egli dispone di un termine di diversi anni per proporre tale domanda. Il soggetto passivo, inoltre, anche se contesta il pagamento del tributo, può benissimo ritenere che le sue probabilità di successo non siano tanto certe da fargli assumere il rischio di contabilizzare l'importo corrispondente tra le voci attive del bilancio. A tale riguardo, tenuto conto delle difficoltà nell'ottenere una risposta favorevole ad una domanda di rimborso alle con-

dizioni esposte in questa causa, tale iscrizione potrebbe anche rivelarsi in contrasto con i principi di una contabilità regolare. Per di più, la considerazione che la traslazione del tributo su terzi è dimostrata perché il suo importo non è stato riportato come credito nell'attivo di bilancio si fonda già sulla presunzione che le imposte indirette siano normalmente trasferite a valle della catena delle vendite, presunzione dichiarata in contrasto con il diritto comunitario nell'ambito dell'analisi del primo aspetto criticato dalla Commissione.

41 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre dichiarare che la Repubblica italiana, non avendo modificato l'art. 29, secondo comma, della legge n. 428/1990, che viene interpretato e applicato in sede amministrativa e da una parte significativa degli organi giurisdizionali - compresa la Corte suprema di cassazione - in modo tale da rendere l'esercizio del diritto al rimborso di tributi riscossi in violazione del diritto comunitario eccessivamente difficile per il contribuente, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del Trattato CE.

(omissis)

(1) La ripetizione dell'indebito e il principio di effettività del diritto comunitario nella sentenza della Corte di giustizia europea del 9 dicembre 2003

1. Premessa

Con la sentenza del 9 dicembre 2003¹ (nella causa C-129/00), *Commissione c. Italia*, la Corte di giustizia europea ha stabilito che la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del Trattato CE, non avendo modificato l'art. 29, comma 2, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, recante "*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria per il 1990)*".

Ai sensi dell'art. 29 della l. n. 428/1990 "i diritti doganali all'importazione, le imposte di fabbricazione, le imposte di consumo, il sovrapprezzo dello zucchero e i diritti erariali riscossi in applicazione di disposizioni nazionali incompatibili con norme comunitarie sono rimborsati a meno che il relativo onere non sia stato trasferito su altri soggetti".

La norma, che regola l'esercizio del diritto al rimborso di tasse ed imposte riscosse in violazione del diritto comunitario, afferma il diritto al rimborso dei tributi indebitamente riscossi ad eccezione dei casi in cui l'imposta dovuta sia stata traslata su terzi. La ratio della norma si spiega evidentemente con la necessità di assicurare, da un lato, il diritto alla ripetizione dell'indebito e, dall'altro, di escludere la restituzione degli importi versati quando ciò integri la fattispecie di arricchimento senza causa in capo al contribuente.

Se l'art. 29 della l. n. 428/1990 nulla dice in ordine al regime probatorio in

¹ Corte giust., sent. 9 dicembre 2003, causa C-129/00, pubblicata in Raccolta della giurisprudenza 2003.

materia di ripetizione dell'indebitato, l'interpretazione seguita da una parte significativa degli organi giurisdizionali nazionali nonché dall'amministrazione finanziaria si è invece orientata verso il trasferimento dell'onere della prova dallo Stato al contribuente, cui spetta dimostrare di non aver trasferito su terzi il tributo oggetto della richiesta di rimborso. Trattasi, pertanto, di un onere della prova, negativa, in mancanza del quale viene meno il diritto alla ripetizione di quanto indebitamente versato.

La sentenza in oggetto si dimostra di notevole interesse per almeno due ordini di ragioni, giacché la Corte interviene, da un lato, a risolvere l'annosa questione della incompatibilità con il diritto comunitario delle norme italiane in materia di ripetizione dei tributi riscossi in violazione della normativa comunitaria, e, dall'altro, ad adottare le procedure di infrazione a carico dello Stato membro, ex art. 226 CE (ora, art. III-360 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa²) per violazioni riconducibili ad una prassi amministrativa e giurisprudenziale delle Corti interne in contrasto con il diritto comunitario.

La Commissione europea ha, infatti, promosso ricorso diretto a far dichiarare, con procedimento di infrazione, la condanna della Repubblica Italiana per violazione di obblighi comunitari in ragione dell'interpretazione ed applicazione della normativa interna da parte di organi amministrativi e giurisdizionali.

Come affermato dalla stessa Corte di giustizia, la disposizione di cui all'art. 29, comma 2, della l. n. 428/1990, "è di per sé neutra, ai fini del diritto comunitario, sia per quanto riguarda l'onere di provare che il tributo è stato trasferito su altri soggetti, sia quanto alle modalità di prova a tal fine ammissibili"³; rilevando, pertanto, in ordine all'accertamento dell'infrazione, l'interpretazione che della stessa ne danno i giudici nazionali.

Peraltro, sia la Commissione che il Parlamento, nonché la dottrina, avevano in un primo momento ritenuto non praticabile una simile procedura, sia pure non escludendola in via di principio, qualora l'inadempimento degli obblighi comunitari dipendesse da un organo dello Stato membro. Tuttavia, invocando il principio dell'unitarietà del potere dello Stato, sulla base del quale resta comunque imputabile lo Stato membro per una violazione compiuta da organi giurisdizionali, la Corte di giustizia ha riaffermato nel presente giudizio che la portata delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative debbono essere valutate anche alla luce dell'interpretazione dei giudici nazionali.

In merito, la Corte di Lussemburgo ha confermato tale principio dapprima con la sentenza *Köbler* (Causa C-224/01) del 30 settembre 2003, laddove ha ammesso il risarcimento del danno a favore dei cittadini comunitari nei casi in cui lo Stato sia ritenuto responsabile per le violazioni di diritto comunitario compiute da organi giurisdizionali, e quindi con la sentenza *Kuhne & Heitz* (Causa C-453/00) del 13 gennaio 2004, in base alla quale un organo amministrativo nazionale è obbligato a riesaminare una decisione (benché sia divenuta definitiva a seguito di un giudizio di ultima istanza) qualora, in ragione di una successiva sentenza della Corte di giustizia, si dimostri fondata su un'errata interpretazione del diritto comunitario.

Del resto, la posizione della Corte mira a ribadire che ciascun organo dello Stato è tenuto a non violare le norme comunitarie pena la responsabilità dello Stato membro per l'infrazione di tali obblighi.

2. Il caso in esame

Sulla legittimità della normativa italiana in materia di rimborso dei tributi riscossi in contrasto con il diritto comunitario, di cui all'art. 29, comma 2, della l. n. 428/1990, la Corte si è pronunciata, in via pregiudiziale, con la sentenza *Dilexport* del 9 febbraio 1999 (causa C-343/96). In quell'occasione la Corte si è limitata a ribadire principi generali, affermando come sia contrario al diritto comunitario assoggettare a una condizione (quale, la mancata traslazione su altri soggetti) il rimborso di dritti doganali e di imposte in violazione di norme comunitarie dal momento che l'onere della prova finirebbe per incombere sul ricorrente⁴.

Viene, così, ribadito che la prova dello spostamento del tributo sui soggetti a valle della catena delle vendite, che, in caso di rimborso, comporterebbe un ingiusto arricchimento del contribuente, deve gravare sull'amministrazione finanziaria.

Nel corso del procedimento precontenzioso della causa C-129/00, la Commissione europea aveva emesso un parere motivato con il quale invitava lo Stato italiano a conformarsi, entro due mesi, agli obblighi derivanti dal Trattato. A seguito della risposta fornita dalle autorità italiane, e non ritenendosi a tal fine soddisfatta, la Commissione proponeva ricorso davanti alla Corte di giustizia sostenendo che l'interpretazione della giurisprudenza italiana della disposizione di cui al secondo comma dell'art. 29 integrasse una violazione degli obblighi sanciti dal Trattato.

Secondo la Commissione, dall'esame di numerose sentenze della Corte suprema di Cassazione (fra tutte, la sent. 28 marzo 1996, n. 2844) sarebbe emerso l'orientamento volto a legittimare la prassi amministrativa di richiedere l'esibizione di documenti contabili alle imprese interessate quale valido strumento mediante il quale provare l'avvenuta traslazione.

Con riferimento al comportamento dell'amministrazione finanziaria italiana, la Commissione ha posto in rilievo come il desumere l'avvenuto trasferimento del tributo dalla mancata produzione dei documenti contabili (per il periodo in cui essi

² Il Trattato è stato ratificato dall'Italia con legge 7 aprile 2005, n. 57, "Ratifica ed esecuzione del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Roma il 29 ottobre 2004", pubblicata in G.U. del 21 aprile 2005, n. 92, S.O. n. 70. Ai sensi dell'art. III-360, primo comma, "La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi ad esso incombenti in virtù della Costituzione, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato

in condizioni di presentare osservazioni"; cui fa eventualmente seguito la procedura di cui al secondo comma, a norma del quale, "Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia dell'Unione europea", come avvenuto nella causa C-129/00.

³ Così, Corte giust., causa C-129/00, cit., punto 31.

⁴ Corte giust., sent. 9 febbraio 1999, causa C-343/96, *Dilexport*, Racc., p. I-579, punto 54.

devono essere obbligatoriamente conservati) o dalla mancata contabilizzazione del tributo in questione come credito all'attivo del bilancio⁵, si dimostri un obbligo eccessivamente gravoso per le imprese.

Il governo italiano, invece, si difende ricordando, *in primis*, che la stessa Commissione ha riconosciuto compatibile con il diritto comunitario l'art. 29, l. n. 428/1990, per poi negare, da una parte, la posizione determinante della Corte di Cassazione che, secondo il governo italiano si sarebbe limitata "a fissare taluni principi generali di assunzione della prova" (come dimostrerebbe l'elevato importo dei rimborsi effettuati tra il 1992 ed il 2000) e, dall'altra, giustificando la richiesta dell'amministrazione di esibire i documenti contabili come un provvedimento istruttorio necessario all'accertamento della prova.

Come si è detto, la Corte di giustizia ha accolto il ricorso, affermando che l'Italia è venuta meno agli obblighi comunitari non avendo modificato le norme regolanti l'esercizio del diritto al rimborso dei tributi; norme che finiscono per generare interpretazioni ambigue, e comunque non conformi al diritto comunitario, da parte degli organi giudiziari interni.

La giurisprudenza italiana, infatti, nel far gravare sul contribuente l'onere di fornire la prova negativa di non aver trasferito il tributo illegittimamente versato sui consumatori, contrasta con quanto esige il principio di effettività, secondo il quale le modalità stabilite dallo Stato in merito ai ricorsi giurisdizionali non devono rendere "praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario".

La Corte, che accoglie le conclusioni dell'Avvocato Generale L.A. Geelheod, prende in considerazione i tre aspetti presentati dalla Commissione a sostegno del ricorso: in primo luogo, l'orientamento dei giudici italiani (ed, in particolare, quello della Corte di Cassazione) di ritenere provata la traslazione dei tributi ogniqualvolta il ricorrente sia un'impresa commerciale; in secondo luogo, la sistematica richiesta, da parte dell'amministrazione, di esibizione dei documenti contabili del ricorrente; in terzo luogo, la prassi di considerare provata la traslazione su terzi qualora manchi la contabilizzazione dell'importo dei tributi come crediti all'attivo nel bilancio, a partire dall'anno del loro versamento, a titolo di anticipazioni all'erario di tributi non dovuti.

Secondo la Corte di giustizia, la prassi seguita dagli organi amministrativi e giurisdizionali non farebbe che configurare una presunzione semplice (produttiva dell'inversione dell'onere probatorio) che renderebbe oltremodo difficile l'esercizio del diritto al rimborso, in netto contrasto proprio con il principio di effettività del diritto comunitario. In particolare, sulla mancata contabilizzazione dell'importo del tributo, la Corte fa osservare come ciò possa dipendere da una scelta del soggetto passivo di non contestare subito il versamento del tributo, dal momento che è la

stesso art. 29, l. n. 428/1990, a stabilire un termine di diversi anni per la presentazione della richiesta di rimborso, oppure da una valutazione prudenziale compiuta in ragione delle incertezze circa le effettive possibilità di ottenere la ripetizione di quanto indebitamente versato.

Nondimeno, le divergenti interpretazioni giurisprudenziali dipenderebbero in buona misura dall'indeterminatezza della norma interna, cosicché sarebbe opportuno un intervento del legislatore al fine di apportare i dovuti correttivi alla normativa esistente che, per dirla con le parole della stessa Corte, "non è sufficientemente chiara per garantire un'applicazione compatibile con il diritto comunitario".

3. La precedente giurisprudenza comunitaria

Sul tema del diritto ad ottenere il rimborso da parte di uno Stato membro dei tributi versati in violazione di disposizioni comunitarie, la Corte comunitaria si è pronunciata più volte, a partire dalla nota sentenza San Giorgio del 1983⁶.

La Corte, sulla base di un consolidato orientamento, ha affermato che il diritto al rimborso viene meno solo nei casi in cui sia avvenuta una traslazione dell'onere tributario su terzi integrando così la fattispecie dell'ingiusto arricchimento.

Tuttavia, anche se di norma le imposte indirette sono traslate sul consumatore finale, la stessa Corte precisa che una simile affermazione non può essere di portata generale, dipendendo da fattori che caratterizzano e differenziano ciascuna operazione commerciale da altre. La traslazione di un'imposta indiretta rappresenta, dunque, una questione di competenza del giudice nazionale ma va tenuto presente che i fattori determinanti la strategia commerciale "variano da un caso all'altro, di modo che diviene praticamente impossibile determinare la parte rispettiva della loro effettiva influenza sulla traslazione⁷".

La normativa che regolava le fattispecie di rimborso era prevista dall'art. 19 del decreto-legge 30 settembre 1982, n. 688, "Misure urgenti in materia di entrate fiscali", convertito con modificazioni nella legge 27 novembre 1982, n. 873, poi dichiarato dalla Corte di giustizia incompatibile con la normativa comunitaria in quanto faceva gravare sul contribuente l'onere di provare, con la sola prova documentale, il mancato trasferimento su altri soggetti dei diritti e tasse nazionali indebitamente corrisposti. Il tenore delle motivazioni della Corte nella sentenza Commissione c. Italia del 24 marzo 1988, è il seguente: "La controversa disposizione della normativa italiana impone agli operatori l'onere di provare un fatto negativo, [...] che il tributo indebitamente pagato non è stato traslato su altri soggetti, e debbono farlo mediante prove esclusivamente documentali⁸".

⁶ Corte giust., sent. 9 novembre 1983, causa C-199/82, *San Giorgio*, Racc., p. 3595. Sempre sul tema si vedano, Corte giust., sent. 2 febbraio 1988, causa C-309/85, *Barra*, in Racc., p. I-355; sent. 14 gennaio 1997, cause riunite (da C-192/95 a C-218/95), *Comateb*, Racc., p. I-165; sent. 9 febbraio 1999, causa C-343/96, *Dilexport*, Racc., p. I-579; sent. 8 marzo 2001, cause riunite C-397/98 e C-410/98, *Metallgesellschaft e a.*, Racc., p. I-1727; sent. 11 luglio

2002, causa C-62/00, *Marks & Spencer*, Racc., p. I-6325. Sull'argomento, si vedano A. BIONDI e C. BALOCCHINI, *Corti nazionali sotto processo: ingiusto arricchimento e principio di effettività del diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, n. 3, p. 619 e ss.

⁷ Così, Corte giust., sent. 2 ottobre 2003, causa C-147/01, *Weber's Wine*, Racc., p. I-11365, punto 97.

⁵ Sul punto, la Commissione fa riferimento a quanto previsto dalle Circolari del Ministro delle Finanze 11

marzo 1994, n. 21/2/VII e 12 aprile 1995, n. 480/VIII.

L'obbligo in capo al contribuente di fornire la mera prova scritta per ottenere il rimborso è stato considerato dalla Corte un onere eccessivamente gravoso che, nel valutare l'eventuale incompatibilità della norma di cui all'art. 19, d.l. n. 688/1982, ha riaffermato i tre principi fondamentali: il primo, relativo al divieto di disciplinare la riscossione dell'indebito tributario incompatibile con il diritto comunitario in maniera meno agevole rispetto ai casi fondati sul diritto interno, in ossequio al principio di equivalenza; il secondo, riguardante il più volte richiamato principio di effettività che esclude la possibilità di rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario; il terzo, che afferma l'assenza nel diritto comunitario di un divieto affinché la legge nazionale escluda il diritto al rimborso nelle ipotesi di avvenuto trasferimento dell'onere tributario su altri soggetti.

E', pertanto, il contrasto con il secondo principio, quello dell'effettività del diritto comunitario, a determinare secondo la Corte di giustizia, l'incompatibilità della norma interna con i principi comunitari.

L'orientamento della Corte comunitaria è stato seguito anche dalla Corte costituzionale che con la sentenza 21 aprile 2000, n. 114, ha stabilito l'illegittimità della normativa che limiti i mezzi di prova alle sole prove documentali, giungendo a dichiarare, con sentenza 9 luglio 2002, n. 332, l'illegittimità costituzionale dell'art. 19 del d.l. n. 688/1982 "nella parte in cui dispone che la prova possa essere data solo documentalmente".

A seguito delle pronunce della Consulta, il legislatore italiano ha disciplinato la materia introducendo l'art. 29 della l. n. 428/1990 che, pur non precisando le modalità probatorie relative all'accertamento della traslazione dei tributi, non ha avuto sorte migliore rispetto al previgente art. 19 del citato d.l. n. 688/1982, vista la decisione della Corte di giustizia del 9 dicembre 2003.

4. Considerazioni conclusive

In considerazione della pronuncia del giudice comunitario, la Corte di Cassazione, con sentenza 14 luglio 2004, n. 13054 (Cassazione civile, sezione tributaria) ha riaffermato i principi di diritto comunitario in materia di ripetizione dei tributi che violino norme comunitarie. Tuttavia, secondo la Suprema Corte, dalla decisione della Corte di giustizia non discende la disapplicazione dell'art. 29, comma 2, della l. n. 428/1990, dal momento che le pronunce della Corte comunitaria, siano esse meramente interpretative o rese ai sensi dell'art. 226 (ora, art. III-360), hanno una funzione integrativa del precetto normativo interno, quando quest'ultimo, come nel caso di specie, non sia di per sé contrario al diritto comunitario.

La Corte di Cassazione afferma, inoltre, che la Corte comunitaria non impone

alcun divieto di utilizzo della prova per presunzioni, anche se nega che possa tradursi in un'inversione dell'onere della prova.

Spetta, infatti, all'amministrazione finanziaria provare l'avvenuta traslazione del peso del tributo e solo in tal caso non riconoscere il diritto al rimborso che, qualora accordato, determinerebbe un ingiusto arricchimento da parte del contribuente.

In merito, la Cassazione dispone il rinvio della causa alla Corte di Appello per un nuovo esame dell'acquisizione della prova del trasferimento su terzi del tributo e dell'arricchimento senza causa che ne deriverebbe; esame che dovrà necessariamente tenere conto delle indicazioni della Corte comunitaria, ma che potrà servirsi di prove presuntive semplici, ex art. 2729 del codice civile. E' forse proprio tale scelta della Corte di Cassazione, di basarsi sulla prova mediante presunzioni semplici, a sollevare dubbi circa l'adeguatezza di una tale posizione rispetto alla pronuncia del giudice comunitario.

Sarebbe con ogni probabilità opportuno provvedere ad una modifica delle norme esistenti, così da limitare a monte il margine di valutazione da parte dei giudici nazionali. Un intervento legislativo consentirebbe, infatti, di "guidare" i giudici evitando interpretazioni in contrasto con il principio di effettività del diritto comunitario.

Sembrirebbe questa l'indicazione che discende dalla sentenza della Corte di giustizia del dicembre 2003, non risultando la sola modifica delle posizioni dominanti della giurisprudenza nazionale sufficiente a garantire interpretazioni conformi al diritto comunitario.

Avv. Nicoletta SCATTONE

⁸ In questi termini, Corte giust., sent. 24 marzo 1988, causa C-104/86, Racc., p. I-1799, punto 11. Per un commento alla sentenza, si rinvia a M. OLIVIERI, Normativa italiana in tema di rimborso di imposte nazionali corrisposte in violazione dei principi di diritto comunitario, in *Diritto e pratica tributaria*, 1990, II, p. 473

e ss., il quale ricorda come la previsione in una norma nazionale di una prova documentale negativa che renda impossibile o estremamente arduo l'esercizio del corrispondente diritto finisce per contraddire il principio di effettività e per vincolare la libertà di convincimento dell'organo giudicante.