

2015 FASC. III

(ESTRATTO)

**ALBERTO MARCHESELLI - STEFANO MARIA RONCO**

**L'“INCOSTITUZIONALITÀ” DIFFERITA”  
DELLA C.D. ROBIN TAX, TRA DIRITTI FONDAMENTALI, ANALISI  
ECONOMICA DEL DIRITTO E DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA: IL  
FUTURO DELLA FISCALITÀ TRA NUOVE CATEGORIE  
CONCETTUALI E RISCHI DI “TERATOGENESI” GIURIDICA**

4 SETTEMBRE 2015

**IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO**

Alberto Marcheselli - Stefano Maria Ronco

**L'“incostituzionalità differita” della c.d. Robin Tax, tra diritti fondamentali, analisi economica del diritto e diritto dell'Unione europea: il futuro della fiscalità tra nuove categorie concettuali e rischi di “teratogenesi” giuridica\***

SOMMARIO: *Premessa.* – 1. *La disciplina tributaria oggetto del giudizio ed il percorso argomentativo della Corte costituzionale.* – 2. *Profili critici in tema di delimitazione dell'efficacia temporale della decisione.* – 3. *Ulteriori osservazioni critiche: una concezione mutuata dall'analisi economica del diritto che considera la prevalenza della stabilità fiscale quale principio superiore ai diritti dei singoli.* – 4. *Breve digressione critica alla luce del diritto dell'Unione in tema di limitazione temporale degli effetti di una pronuncia giurisdizionale.* – 5. *La ricerca di percorsi argomentativi diversi alla luce del diritto dell'Unione: discriminazione qualitativa dei redditi alla luce dell'elemento del rischio quale condizione naturale dell'attività d'impresa: la difficoltà nell'individuazione dell'extraprofitto.* – 6. *Una possibile via alternativa: una giustificazione del tributo in chiave ambientale.* – 7. *Considerazioni alla luce della successiva [pronuncia della Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia del 12 maggio 2015](#).* –

Con la [sentenza 11 febbraio 2015, n. 10](#), la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 81, commi 16°, 17° e 18° del d.l. n. 112/2008, istitutivi della c.d. Robin Tax, limitando gli effetti della sua pronuncia – non ai rapporti “non esauriti” alla data successiva alla sua pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* – ma ai soli rapporti “non antecedenti” a tale data.

Si tratta di una sentenza di notevole interesse, sia sotto il profilo più strettamente “costituzionalistico” (per la innovativa limitazione temporale della efficacia delle sentenze della Corte), sia sotto il profilo “finanziario” (anche, ma non solo, per la altrettanto innovativa valorizzazione del principio dell'equilibrio di bilancio, come contrappeso alla “giustizia tributaria”).

Tale secondo profilo è l'esclusivo oggetto delle presenti riflessioni<sup>1</sup>.

---

\* Il presente contributo è frutto di riflessioni comuni; ai fini dell'attribuzione delle varie parti si segnala che i paragrafi 1, 2 e 7 sono stati scritti da Alberto Marcheselli, mentre i restanti paragrafi sono stati scritti da Stefano Maria Ronco. Si ringraziano Luca Amorello e Federica Pitrone per gli interessanti spunti di riflessione e consigli forniti nel corso della stesura del lavoro.

<sup>1</sup> Per un'analisi di tale pronuncia con riferimento ai riflessi nel campo del diritto tributario si vedano, *ex multis*, D. STEVANATO, *Robin Hood Tax tra incostituzionalità e aperture della Corte a discriminazioni qualitative dei redditi societari*, in *Corr. trib.*, 2015, 951 ss.; A. MARCHESELLI, *La incostituzionalità ‘retroattiva’ della ‘Robin Tax’: tra violazione dei diritti fondamentali, giurisprudenza evolutiva e conflitti giurisdizionali*, in *GT-Rivista di Giurisprudenza tributaria*, 2015, 617 segg.; ID., *Capacità contributiva e pareggio di bilancio: una ponderazione che non convince*, in *Giur. it.*, 2015, 1327 ss.; E. DELLA VALLE, *Incostituzionalità della Robin Tax solo pro futuro ed esclusione delle sanzioni*, in *Il Fisco*, 2015, 2433 ss.; G. FRANSONI, *L'efficacia nel tempo della declaratoria di incostituzionalità della ‘Robin Hood Tax’*, in *Corr. trib.*, 2015, 967 ss.; F. CAMPODONICO, *‘Robin Hood Tax’: la Corte costituzionale fa chiarezza sui criteri di determinazione della ragionevolezza del tributo*, in *Dir. prat. trib.*, II, 2015, 436 ss.; A. MASTROBERTI, *‘Robin Hood Tax’ illegittima, irragionevole e mal strutturata, ma solo a decorrere dal futuro*, in *Il Fisco*, 2015, 866 ss.; G. MARONGIU, *La c.d. ‘Robin tax’ al vaglio della Corte costituzionale*, in *Dir. prat. trib.*, II, 2011, 1188 ss.; ID., *Robin Hood tax: taxation without ‘constitutional principles’?*, in *Rass. trib.*, 2008, 1335 ss.; M. BASILAVECCHIA, *Graduale abolizione della ‘Robin Hood tax’*, in *Corr. trib.*, 2015, 1979 ss.; F. GALLIO, A. MURADORE, *L'estensione della ‘Robin tax’ aumenta i dubbi di incostituzionalità*, in *Corr. trib.*, 2015, 2592 ss.; P. BORIA, *L'illegittimità costituzionale della ‘Robin Hood Tax’. E l'enunciazione di alcuni principii informativi del sistema di finanza pubblica*, in *GT-Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 2015, 388 ss.

Invece, per un primo approfondimento dei risvolti in diritto costituzionale si vedano G.L. TOSATO, *I vincoli europei sulle politiche di bilancio*, in [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it) (ultimo accesso 20.08.2015); AA.VV., *Governance economica europea - Pareggio di bilancio e disavanzi eccessivi*, a cura di O. PORCHIA, M. PIERONI, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

1. *La disciplina tributaria oggetto del giudizio ed il percorso argomentativo della Corte costituzionale.*

La disciplina oggetto del giudizio di costituzionalità sfociato nella sentenza in rassegna era quella istitutiva della c.d. *Robin Tax*, una addizionale sull'imposta sul reddito delle società (*I.R.E.S.*), applicabile solo ad alcuni operatori (società del settore della energia), e solo a determinate condizioni (un fatturato superiore a certi importi e, da un certo momento in poi, un utile superiore a determinate soglie).

Tali soggetti si vedevano, per effetto delle norme denunciate, assoggettati a un tributo maggiorato, nella forma della "addizionale", una aliquota di imposta "supplementare" applicata sull'*I.R.E.S.* ordinaria.

Il percorso seguito dalla Corte per arrivare alla declaratoria di incostituzionalità è scandito nei passaggi seguenti.

Il primo è rilevare che la *ratio* della disciplina era attuare una "discriminazione qualitativa" del reddito, cioè stabilire un prelievo differenziato, pur a parità di "ammontare" della ricchezza, e che tale obiettivo è non solo costituzionalmente legittimo, ma, anche, costituzionalmente apprezzabile. Lo stesso ammontare di reddito, è il ragionamento sotteso alla decisione, può esprimere capacità contributive diverse e, pertanto, giustificare prelievi diversi.

Questa affermazione suona lodevole e interessante agli orecchi dello studioso del diritto tributario. Lasciando da parte altre possibili giustificazioni (ad esempio, i costi sociali indotti dalla produzione delle diverse fonti, come in materia ambientale e simili) due ricchezze di 100 possono "valere" diversamente, a seconda di quanto ne sia stato "faticoso" o "certo" il prodursi e il riprodursi. È la antica distinzione tra i redditi "fondati" (su capitale) e quelli non "fondati" (sul lavoro). Può essere legittimo, in base al principio di capacità contributiva e solidarietà, sottoporre a una maggiore tassazione certi redditi perché meno "faticati" e più "certi e permanenti", pur a parità di importo, di altri<sup>2</sup>.

Per questa parte, la sentenza è apprezzabile, visto che riporta al centro del dibattito sulla fiscalità un argomento caduto in disuso, sicuramente delicato, ma importante, specie in un periodo in cui le ristrettezze economiche chiamano a un rigoroso vaglio della attuazione dei doveri di solidarietà.

La sentenza prosegue, poi, rilevando come la *Robin Tax* fosse ispirata all'obiettivo della "discriminazione qualitativa" dei redditi dei produttori di energia e individua le possibili giustificazioni di tale maggiore imposizione. Essenzialmente, il fatto che si tratterebbe di profitti maturati in un settore ad altissima redditività e a basso tasso di concorrenza, con una domanda anelastica, "extraprofitti" dipendenti da situazioni "congiunturali" e fattori "aleatori" (i fattori economici e geopolitici che incidono sul prezzo del petrolio) e non dall'attività o investimenti del contribuente.

Sul punto può rilevarsi che, almeno in astratto, la situazione di oligopolio e la rigidità della domanda possono concorrere a determinare dei guadagni particolarmente "certi", potenzialmente oggetto di discriminazione qualitativa.

---

(documentazione), 2013 (ultimo accesso 20.08.2015); M. PIERONI, O. PORCHIA, *L'obbligo di pareggio di bilancio nel diritto dell'Unione europea: l'introduzione del principio nella Carta costituzionale*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) (documentazione), 2012 (ultimo accesso 20.08.2015); R. PINARDI, [La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività](#), in questa *Rivista*, 2015, I, 224 ss; S. SCAGLIARINI, [La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore "Senzaterra"](#), *ibid.*, 236 ss.

<sup>2</sup> Su tali problematiche si veda, *ex multis*, E. MARELLO, *Contributo allo studio delle imposte sul patrimonio*, Milano, 2006, 189 ss.

Per altro verso, la presenza di elevati guadagni dipendenti da fluttuazioni dei prezzi del tutto estranee agli investimenti e sforzi del contribuente può concorrere a configurare redditi “meno faticati”, *unearned*, di altri e, quindi, una imposizione maggiore.

Si impone, comunque, qualche notazione. Intanto, quello energetico non è l'unico settore dove si registrano oligopoli (si pensi a telefonia, trasporti ferroviari, emittenza radiotelevisiva, ecc.)<sup>3</sup>.

Inoltre, quanto agli “extraprofitti”, affermare che i ‘redditi eccezionali’ sono suscettibili di imposizione maggiorata implicherebbe definire quale sia la soglia dei “redditi normali”. Ciò determinerebbe analisi non semplici e non prive di rischio<sup>4</sup>.

Dal primo punto di vista, non è semplice individuare quale possa essere ritenuta la “redditività fisiologica” del capitale.

Dal secondo, è sommamente difficile sceverare, in presenza di tassi di rendimento molto elevati, tra le ipotesi in cui ciò dipenda da investimenti, capacità di innovazione, ricerca, da un lato, ovvero mero caso o fortuna, dall'altro. Tassare di più profitti “sopra la media” che siano effetto di particolari investimenti o capacità di innovazione è l'esatto opposto del fondamento di una discriminazione qualitativa, perché colpirebbe redditi per così dire “guadagnati”, e avrebbe un pericolosissimo effetto disincentivante di ricerca, innovazione progresso tecnologico, ecc.

Tanto premesso, la Corte passa a verificare se, individuati tali “fini legittimi”, la *Robin Tax* costituisca un “mezzo proporzionato”.

E la risposta al quesito è negativa, sotto tre profili.

Il primo è che l'addizionale si applica su “tutto il reddito” dei produttori di energia, non solo sulla quota di “extraprofitto”.

Il secondo è che l'addizionale era prevista non come temporanea, ma permanente.

Il terzo, che la relativa disciplina non assicurava che i produttori di energia non si sottraessero alla imposta, traslandola sui clienti, aumentando i prezzi.

La prima notazione appare ineccepibile: se la *ratio* è colpire i guadagni eccedenti l'ordinario, l'addizionale dovrebbe applicarsi alla sola porzione di reddito oltre il profitto ordinario.

La seconda notazione può essere oggetto di una riflessione. Dal tenore letterale della sentenza e valutando con rigore la scansione logica dell'argomento, per come formulato dal Giudice delle leggi, parrebbe doversi far scaturire la conclusione che l'avviso della Corte è, tra l'altro, che la discriminazione qualitativa dei redditi potrebbe essere legittima solo se contenuta in leggi temporanee.

A ben vedere, sul piano della logica giuridica finanziaria, ciò non è del tutto convincente. La discriminazione qualitativa deve essere temporanea se è temporaneo il carattere fondato, eccezionale, “non faticato” del reddito. Ma se il fondamento della discriminazione qualitativa è permanente, non si vede perché non dovrebbe esserlo la maggiorazione della imposta. Per quanto concerne la *Robin Tax*, il regime doveva essere temporaneo, per la parte di extra profitti correlata alla situazione di contingente eccezionale elevatizza del prezzo del petrolio. Ma che la *Robin Tax* dovesse essere congiunturale non significa, in termini di proporzionalità finanziaria, che lo debbano essere tutti i tributi che attuano una discriminazione qualitativa.

Il terzo profilo, ugualmente, merita qualche approfondimento. La Corte rileva che la disciplina della imposta non sarebbe idonea ad evitare che essa venga traslata sui clienti, aumentando i prezzi. La Corte rileva qui una inidoneità della imposta, che voleva sottoporre a imposizione gli extraprofitti dei produttori di energia, a “colpire il bersaglio”, atteso che l'onere di essa non inciderebbe soltanto, economicamente, i suoi destinatari, ma, paradossalmente, gli utilizzatori della energia, che dovrebbero, per definizione, essere al riparo, se non addirittura i soggetti “protetti” dall'addizionale sulla energia: l'addizionale dovrebbe sottrarre una quota maggiorata di reddito ai soggetti titolari di extraprofitti, per finanziare i servizi, destinati per lo più alle categorie deboli.

---

<sup>3</sup> D. STEVANATO, *Robin Hood Tax tra incostituzionalità e aperture della Corte a discriminazioni qualitative dei redditi societari*, cit., 953.

<sup>4</sup> D. STEVANATO, *La giustificazione sociale della imposta*, Bologna, 2014, in particolare 708 ss.

Mentre i primi due profili sono ragioni di illegittimità della disciplina per aver illegittimamente leso i produttori di energia (con un prelievo eccessivo nel “quanto” perché non limitato all’extraprofitto, e nel “quando”, perché non limitato nel tempo), il terzo è un ritenuto profilo di illegittimità per ragioni opposte: perché si tratta di un tributo che non incide soltanto i produttori di energia.

Assunto che la *Robin Tax* è, allora, illegittima, perché viola gli artt. 3 e 53 Cost. sotto i profili appena delineati, la Corte si interroga sulla efficacia temporale della sua decisione.

A tale proposito, premesso l’ovvio limite dei “rapporti esauriti”, la Corte afferma che, quando la indiscriminata efficacia delle sue decisioni rispetto ai rapporti non esauriti sia suscettibile di incidere su altri valori costituzionali, essa avrebbe il potere di introdurre una ulteriore limitazione alla efficacia temporale del proprio *decisum*.

## 2. Profili critici in tema di delimitazione dell’efficacia temporale della decisione.

Si tratta di una affermazione di grande momento e di notevole impatto innovativo rispetto alla giurisprudenza costituzionale fin qui maturata.

Poiché, secondo l’intento dichiarato all’inizio di queste brevi note, oggetto delle presenti riflessioni è solo il recinto delle questioni più squisitamente finanziarie oggetto della sentenza, tralasciamo qui completamente tale profilo (“se, con quale fondamento e limiti” la Corte possa, in generale, limitare l’efficacia temporale delle sue sentenze), per concentrarci sul “come” la Corte ha effettuato la ponderazione, cioè su quali “valori costituzionali” essa abbia appuntato la sua attenzione, per ritenere che la loro tutela possa almeno compensare la violazione del principio di uguaglianza e capacità contributiva, lesi della *Robin Tax*.

La Corte osserva che a) il rimborso del tributo incostituzionale determinerebbe un esborso da parte dello Stato, b) che il rimborso squilibrerebbe il bilancio, c) che l’equilibrio di bilancio è un valore costituzionale, dopo la riforma dell’art. 81 Cost.

E da queste tre premesse trae la conclusione che: d) la indiscriminata efficacia della sentenza a tutti i rapporti non esauriti violerebbe l’art. 81 Cost.

La soluzione ottimale sarebbe, allora, ritenere l’efficacia della declaratoria di incostituzionalità solo “*pro futuro*”, ai soli rapporti “nuovi”<sup>5</sup>.

Tale conclusione viene ulteriormente corroborata assumendo che, per altro verso, ove il tributo fosse rimborsato, l’equilibrio di bilancio dovrebbe essere raggiunto solo a prezzo di una manovra finanziaria lesiva delle categorie sociali economicamente più deboli e, quindi, meritevoli di tutela. Incidere queste ultime, invece che i soggetti lesi dalla *Robin Tax*, pur incostituzionale, determinerebbe la violazione degli artt. 2 e 3 Cost.

Ciò posto, va evidenziato come questa parte della decisione generi perplessità<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Sulla problematica identificazione dei rapporti “nuovi”, si veda G. FRANSONI, *L’efficacia nel tempo della declaratoria di incostituzionalità della ‘Robin Hood Tax’*, cit., 967 ss. Si veda anche M. BASILAVECCHIA, *Graduale abolizione della ‘Robin Hood tax’*, cit., 1979 ss., dove si evidenzia come “la formula della cessazione degli effetti assume dunque nella fattispecie un significato diverso: mentre normalmente essa preclude qualunque atto applicativo della norma incostituzionale successivo alla pubblicazione della sentenza n. 10 del 2015 essa impone che il prelievo incostituzionale non sia più applicato con riferimento ai periodi d’imposta successivi, ma consente l’applicazione del tributo anche dopo la sentenza, purché per fatti collocati anteriormente alla pronuncia”.

<sup>6</sup> *Contra*, P. BORIA, *L’illegittimità costituzionale della ‘Robin Hood Tax’. E l’enunciazione di alcuni principii informatori del sistema di finanza pubblica*, cit., 394, dove, pur evidenziando elementi di criticità in tale argomentazione della Corte, si sostiene altresì come “in ogni caso esiste una giurisprudenza costituzionale che ha fatto ricorso a una graduazione degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità con riguardo ai rapporti giuridici pendenti, rinunciando all’applicazione della retroattività sic et simpliciter”.

Su posizioni critiche a tale riguardo si veda anche F. CAMPODONICO, *‘Robin Hood tax’: la Corte costituzionale fa chiarezza sui criteri di determinazione della ragionevolezza del tributo*, cit.

In primo luogo, occorre interrogarsi sulla “natura” dell’equilibrio di bilancio nel quadro della disciplina della Carta fondamentale<sup>7</sup>.

La disposizione: “lo Stato assicura l’equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico” e, in genere, il valore della “sostenibilità” del debito sono, certo, “obiettivi” e “limiti” che la Costituzione assegna al legislatore (e non solo).

Si tratta, però e in primo luogo, di obiettivi e limiti che concernono i “mezzi” e non i “fini”: il “rapporto” tra entrate e spese e la “sostenibilità” del debito. Si tratta, inoltre, di obiettivi che restano “relativi” e “neutrali”.

La norma dell’art. 81 non solo non dice “quali valori sostanziali” vadano perseguiti, ma non stabilisce neppure “quanti mezzi finanziari, come” e “dove” debbano essere reperiti, né “quanto, come” e “dove” essi debbano essere spesi.

Non pare che il parametro e obiettivo dell’equilibrio di bilancio o della sostenibilità possano comprimere la portata di altri valori costituzionali.

La decisione della Corte, letteralmente, afferma il contrario, ma tale impostazione merita adeguata riflessione.

La regola dell’art. 81, per vero, sembra attenere e impattare soltanto sul “modo di finanziamento” della attuazione dei valori costituzionali. Detta norma dice soltanto che la legislazione e i valori costituzionali ad essa sottesi non possono essere attuati squilibrando il bilancio, ma non che ragioni di bilancio possano, in assoluto, impedire di attuarli.

Si tratta di due affermazioni diverse e non sovrapponibili.

Una legge che squilibri il bilancio è incostituzionale, ma non perché l’equilibrio di bilancio prevalga sul valore costituzionale che la legge intendeva realizzare, ma perché la legge non rispetta le “regole sui metodi di finanziamento”.

Ogni manovra che tuteli un valore costituzionale comportando maggiore spesa o minore entrata può tranquillamente rispettare l’equilibrio di bilancio, semplicemente procedendosi al taglio di una spesa equivalente o alla previsione di una equivalente maggiore entrata. Sono tali ulteriori e diversi tagli di spesa o maggiori entrate che possono impattare su altri valori costituzionali ed è, pertanto, con questi che deve essere effettuata la ponderazione sostanziale, non con l’equilibrio di bilancio. Esemplificando, l’abrogazione di un tributo sulle rendite finanziarie può essere finanziariamente compensata da un ipotetico taglio alla spesa sanitaria. Il valore sostanziale che può impedire l’abrogazione del tributo dell’esempio non è, allora, lo squilibrio di bilancio, ma la tutela della salute.

L’equilibrio di bilancio è una “regola di metodo, formale, relativa e neutrale”, la cui violazione può determinare la illegittimità delle norme, ma la “ponderazione di merito” va fatta tra valori sostanziali.

Ciò comporta dei corollari decisivi proprio quanto ai profili esaminati dalla sentenza.

L’ingiustizia di una imposta non può essere giustificata, neppure temporaneamente, perché essa garantiva l’equilibrio di bilancio, o, il che è lo stesso, perché la sua eliminazione lo squilibrerebbe. L’equilibrio di bilancio è una regola di metodo finanziario della legislazione, non un valore contrapposto a giustizia o altri valori (uguaglianza, capacità contributiva, ecc.). Se il legislatore equilibra il bilancio con una manovra ingiusta, la soluzione corretta non è mantenere la soluzione

---

Per ulteriori profili di criticità circa la delimitazione degli effetti temporali operata dalla sentenza *de qua* con specifico riferimento alla tematica delle sanzioni tributarie si veda E. DELLA VALLE, *Incostituzionalità della Robin Tax solo pro futuro ed esclusione delle sanzioni*, cit., 2433 ss.

<sup>7</sup> Per un primo approfondimento del principio del pareggio di bilancio, con specifico riferimento alle fonti di diritto internazionale e di diritto dell’Unione si veda, senza pretesa di completezza, G. SCACCIA, *The balanced budget rule between Constitution and European constraints*, in AA.VV., *Governance economica europea. Strumenti dell’Unione, rapporti con l’ordinamento internazionale e ricadute nell’ordinamento interno*, a cura di O. Porchia, 2015, 257 ss.; M. PIERONI, *L’evolvere dell’assetto costituzionale in tema di finanza pubblica*, in AA.VV., *Governance economica europea. Strumenti dell’Unione, rapporti con l’ordinamento internazionale e ricadute nell’ordinamento interno*, cit., 227 ss.; M. LUCIANI, *L’equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2013 (ultimo accesso 20.08.2015).

ingiusta “per ragioni di bilancio”, ma sostituire la manovra ingiusta con quella giusta, ugualmente rispettosa dell’equilibrio finanziario.

Il tributo ingiusto può sopravvivere solo nel caso limite in cui l’equilibrio non possa essere raggiunto da nessuna altra soluzione meno ingiusta. Le ragioni di bilancio possono, insomma, impattare sugli altri valori costituzionali solo negli stretti limiti della “proporzionalità”, e, cioè, quando l’equilibrio di bilancio non possa essere attuato in altro modo. Il tributo “ingiusto” (o il taglio alla spesa lesivo di diritti fondamentali) può essere costituzionalmente tollerato solo se esso sia uno strumento proporzionato, e tale condizione sussiste solo se non sussistano alternative meno lesive.

La sentenza in rassegna appare allora carente, sotto il profilo della ponderazione dei tratti fondamentali del diritto finanziario.

Essa “ipostatizza” l’equilibrio di bilancio a “valore sostanziale”, da un lato e, dall’altro, omette di considerare il profilo della “proporzionalità del sacrificio” o della “evitabilità altrimenti” della lesione dei valori costituzionali coinvolti.

In concreto, essa nega il rimborso del tributo incostituzionale per violazione degli artt. 3 e 53 Cost. omettendo di valutare adeguatamente se l’equilibrio di bilancio poteva essere attuato con un tributo alternativo che fosse conforme ai principi costituzionali, oppure con un corrispondente taglio alla spesa che fosse rispettoso dei diritti fondamentali.

La decisione è, sul punto, frettolosa, come lo è altresì nell’inciso secondo cui le manovre correttive alternative avrebbero certamente leso fasce deboli della popolazione. È la stessa Corte ad ammettere che una discriminazione qualitativa dei redditi legittima sarebbe stata possibile in luogo di quella attuata con la *Robin Tax*.

Ne consegue che un tributo giusto (se non un taglio alla spesa) che preservasse le ragioni di bilancio era giuridicamente ipotizzabile (e doveroso) e, pertanto, non è conforme la limitazione dell’efficacia della decisione ai soli rapporti futuri e l’obliterazione del diritto al rimborso.

Se intesa alla lettera, inoltre, tale impostazione porterebbe ad approdi abnormi, sul piano della logica giuridica finanziaria.

L’argomentazione equivarrebbe ad affermare non che le esigenze di bilancio richiedono “sacrifici”, non che la crisi economica giustifica “maggiori sacrifici”, ma che la crisi economica e la crisi dei debiti sovrani pubblici giustificano, almeno transitoriamente, “qualsiasi sacrificio”, anche quello diseguale, sproporzionato, ingiusto, perché lesivo di altri valori costituzionali o diritti fondamentali, “evitabile altrimenti”.

Portata ai suoi corollari coerenti, sul piano della logica giuridica finanziaria, l’argomentazione della Corte implica che ogni manovra finanziaria (operante al livello delle entrate: maggiori tributi, ovvero delle uscite: tagli alla spesa), potrebbe giustificarsi per ragioni di bilancio.

Persino un tributo confiscatorio (esempio, il prelievo del 100% del saldo dei conti correnti) o il taglio di servizi pubblici essenziali (esempio, l’assistenza sanitaria agli ultrasessantenni) potrebbe trovare la sua giustificazione, almeno temporanea, nell’obiettivo del pareggio di bilancio.

Si tratta, pertanto, di un orientamento da apprezzare criticamente, contestualizzare e adeguatamente circoscrivere.

*3. Ulteriori osservazioni critiche: una concezione mutuata dall’analisi economica del diritto che considera la prevalenza della stabilità fiscale quale principio superiore ai diritti dei singoli.*

Al di là delle considerazioni critiche formulate nei paragrafi precedenti, l’impostazione seguita dalla Corte testimonia di una concezione che può essere letta in chiave di ‘finanza funzionale’<sup>8</sup> e che, peraltro, utilizza logiche che richiamano alcune acquisizioni dell’analisi economica del diritto<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Su tali profili si veda P. BORIA, *L’illegittimità costituzionale della ‘Robin Hood Tax’. E l’enunciazione di alcuni principi informativi del sistema di finanza pubblica*, cit., 394 ss.

<sup>9</sup> In via di prima introduzione sul tema dell’analisi economica del diritto si veda AA.VV., *The origins of law and economics. Essays by the founding fathers*, a cura di F. Parisi, C.K. Rowley, *The Locke Institute*, 2007.

In via di prima introduzione è noto che una delle caratteristiche distintive del metodo dell'analisi economica del diritto muove dall'esigenza di comprendere il fenomeno del diritto *“non solo tenendo conto delle norme giuridiche e del loro sistema chiuso”*, ma proponendosi un'analisi *“dei fenomeni che parta dal comportamento degli operatori economici”*, cercando di giungere ad *“una sistemazione della materia giuridica più reale di quanto non sia possibile fare osservando le norme e la loro tradizionale applicazione”*<sup>10</sup>.

Una concezione, quest'ultima, che si iscrive nel solco del pensiero neo-liberale secondo la quale *“il risultato ottimale da perseguire [coincide] con la stipulazione del maggior numero possibile di transazioni massimizzanti”*<sup>11</sup>.

Tale impostazione, quindi, individua nella transazione l'unità elementare d'analisi, con effetti non secondari sulle tradizionali categorie del diritto<sup>12</sup>.

In dottrina, infatti, si sostiene come una delle più significative acquisizioni dell'analisi economica del diritto sia l'abbandono della figura del soggetto, inteso quale figura dotata di autonomia e di capacità di auto-governo, per una concezione che vede nella massimizzazione la categoria teoretica caratterizzante, punto di riferimento del diritto<sup>13</sup>.

Tale linea teorica, in ultima battuta, giunge a postulare l'idea secondo la quale *“le risorse e i diritti dovrebbero essere assegnati in modo da garantire la massimizzazione del benessere complessivo. Il che si traduce, a livello giuridico, nella massima per cui le regole devono essere costruite in modo che le risorse finiscano nella disponibilità di chi le valuta di più”*, implicando *“una radicale svalutazione del soggetto [...]”* in cui divengono decisive *“non le qualità personali di ciascun soggetto, ma la capacità di ciascuno di utilizzare il bene nella maniera più produttiva. Capacità che a sua volta dipende in definitiva dalla capacità del soggetto di controllare altre risorse che si combinino con il bene produttivo in questione, in maniera produttivamente ottimale”*<sup>14</sup>.

Ora, si crede che tali argomentazioni presentino elementi di interesse ai nostri fini.

Più in particolare, si ritiene che un approccio di tipo *law and economics* si possa cogliere – forse in maniera neppure del tutto voluto – nel passaggio della pronuncia *de qua* dove la Corte afferma che *“l'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connessi alla dichiarazione di illegittimità costituzionale [...] determinerebbe uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione Europea”*<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> G. SANTINI, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Bologna, 1988, 40 s.

<sup>11</sup> F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I, 2015, 21.

<sup>12</sup> F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit., 23, dove si evidenzia come *“l'impostazione in termini di analisi economica, e la centralità attribuita alle nozioni di transazione e massimizzazione, hanno a mio avviso un impatto potenzialmente dirompente sulle categorie fondamentali del pensiero giuridico”*.

<sup>13</sup> F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit., 26-27, dove si evidenzia come *“il soggetto dell'AEL conserva del soggetto kantiano la capacità di scegliere, ma la mette al servizio di un nuovo 'imperativo categorico': la massimizzazione. Il soggetto massimizzante diventa così il nuovo punto di riferimento di tutto il diritto”*.

<sup>14</sup> F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit., 35-36, dove, in ultimo, si afferma che *“il fatto è che, tradotta a livello giuridico, questa concezione comporta una surrettizia mutazione della stessa nozione di diritto soggettivo. In questa prospettiva il diritto soggettivo non è più concepito come uno strumento che deve consentire lo sviluppo della personalità del soggetto. Al contrario, è il soggetto che diventa uno strumento. Si pensi alla gallina che fa le uova d'oro. Nella prospettiva della massimizzazione, qualsiasi sistema giuridico dotato di buon senso le riconoscerà molti diritti [...]. La gallina potrà così sviluppare al massimo tutte le sue potenzialità e fare un sacco di uova. [...]”*.

<sup>15</sup> Cfr. [Corte cost., sent. 11 febbraio 2015, n. 10, § 8.](#)

Si tratta di affermazioni, queste ultime, assai significative in quanto costituiscono uno dei primi casi in cui la Corte – in maniera espressa<sup>16</sup> – pone in essere un percorso argomentativo direttamente volto ad un’analisi improntata a ragionamenti di tipo *law and economics* in chiave macroeconomica<sup>17</sup>.

Argomentazioni, più nello specifico, che testimoniano di un’analisi costi-benefici delineata secondo le seguenti scansioni logiche.

In primo luogo, la Corte afferma la centralità del principio del pareggio di bilancio quale espressione di un principio generale – discendente sia dal diritto dell’Unione Europea che da trattati internazionali stipulati dall’Italia con alcuni Paesi dell’Unione stessa – atto a rappresentare, così come enucleato dall’art. 81 Cost., un valore di portata sostanziale, in grado di bilanciare ed, eventualmente, anche comprimere altri valori di portata costituzionale. Dopodiché, la Corte giunge ad interrogarsi sugli effetti di un’eventuale efficacia *ex tunc* della propria pronuncia di incostituzionalità<sup>18</sup>.

Si tratta, però, di una valutazione fondata su criteri di tipo macroeconomico, legati ad una logica che attribuisce centralità non tanto ai diritti individuali, quanto, piuttosto, ad una concezione dove prevalgono criteri di tipo ‘aggregato’, rispetto ai quali i diritti dei singoli scolorano e perdono rilevanza<sup>19</sup>.

Tale concezione, in altre parole, vede nella codificazione del principio del pareggio di bilancio di cui all’art. 81 Cost. l’espressione di una definitiva giuridificazione di un principio macroeconomico che già rappresenterebbe, secondo molti, la più significativa estrinsecazione ‘costituzionale’ del diritto dell’Unione<sup>20</sup>.

A tale proposito, l’analisi della Corte adotta una metodologia – estrinsecata nel rapporto costi-benefici - propria dell’analisi economica del diritto, tesa a verificare se i benefici di finanza pubblica legati al rispetto dell’art. 81 Cost. siano maggiori, da un punto di vista quantitativo, ai costi di una eventuale sentenza contraria. In tale valutazione la Corte costruisce il proprio giudizio sull’analisi del rapporto tra i benefici di carattere macro-finanziario derivanti dal presente pronunciamento e gli eventuali benefici – di tipo microeconomico - che deriverebbero dal riconoscere pienamente, specie

<sup>16</sup> Si veda P. BORIA, *L’illegittimità costituzionale della ‘Robin Hood Tax’. E l’enunciazione di alcuni principi informativi del sistema di finanza pubblica*, cit., 394.

<sup>17</sup> Per un primo approfondimento degli studi che si sono interessati al rapporto tra diritto e macroeconomia si vedano B.M. SALAMA, *The art of law & macroeconomics*, in *Latin American and Caribbean Law and Economics Association*, 2011, disponibile al seguente indirizzo [http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/65](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/65) (ultimo accesso 20.08.2015); M. KELMAN, *Could lawyers stop recession? Speculations on law and macroeconomics*, in *Stanford Law Review*, 1993, 1215 ss.; D.A. KYSAR, *Sustainability, distribution and the macroeconomic analysis of law*, in *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Paper 458, 2011, disponibile al seguente indirizzo [http://digitalcommons.law.yale.edu/ssf\\_papers/458](http://digitalcommons.law.yale.edu/ssf_papers/458) (ultimo accesso 20.08.2015); Y. LISTOKIN, *Law and macroeconomics*, *Law and economics seminar paper*, 2014.

<sup>18</sup> *Corte cost., sent. 11 febbraio 2015, n. 10, § 8*: “L’impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 81, commi 16, 17 e 18, del d.l. n. 112 del 2008, e successive modificazioni, determinerebbe, infatti, uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l’Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.) e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime.

Pertanto, le conseguenze complessive della rimozione con effetto retroattivo della normativa impugnata finirebbero per richiedere, in un periodo di perdurante crisi economica e finanziaria che pesa sulle fasce più deboli, una irragionevole redistribuzione della ricchezza a vantaggio di quegli operatori economici che possono avere invece beneficiato di una congiuntura favorevole. Si determinerebbe così un irrimediabile pregiudizio delle esigenze di solidarietà sociale con grave violazione degli artt. 2 e 3 Cost.”

<sup>19</sup> Si vedano, in questo senso, D.A. KYSAR, *Sustainability, distribution and the macroeconomic analysis of law*, cit., 64 ss.; Y. LISTOKIN, *Law and macroeconomics*, cit., 31 s.

<sup>20</sup> Si veda K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone crisis. A constitutional analysis*, Cambridge University Press, 2014, 57 ss., dove si evidenzia come “in the Maastricht macroeconomic constitution, stability was a major economic objective. [...] the new position of financial stability as an overriding economic objective, explicitly confirmed in Pringle and the amendment to Art. 136 TFEU, is a central part of the constitutional mutation at the level of principles. In line with other mutations, it reacts to the at least partial failure of the economic theory underpinning the Maastricht macroeconomic constitution” (183 s.).

con riferimento ai rapporti non ancora esauriti, il diritto al rimborso nei confronti di coloro che sono stati incisi dal tributo dichiarato incostituzionale<sup>21</sup>.

Analisi costi-benefici a cui, peraltro, la Corte fa seguire anche una valutazione in termini distributivi, legata ad una dinamica improntata a criteri di solidarietà sociale, interrogandosi circa gli effetti di una declaratoria di incostituzionalità con effetti *ex tunc* rispetto alla posizione delle fasce economicamente più deboli, che si vedrebbero ulteriormente colpite in un quadro economico di crisi qualora al fine di poter dare corso alla restituzione dell'indebitato a favore dei pochi colpiti dalla *Robin Tax* si dovesse procedere ad una manovra finanziaria aggiuntiva per poter garantire il mantenimento del pareggio di bilancio previsto *ex art.* 81 Cost.<sup>22</sup>.

Da tali elementi si evince, quindi, come l'approccio seguito dalla Corte vada ricondotto nell'alveo di una lettura del novellato art. 81 Cost. quale enucleazione e giuridificazione della rilevanza di concetti e nozioni di stampo macroeconomico che vedono nella stabilità fiscale rappresentata dal pareggio di bilancio un principio generale dell'ordinamento italiano, in continuità con l'orientamento delle fonti di diritto dell'Unione e di diritto internazionale.

In questa chiave, d'altronde, si può comprendere per quale ragione non abbia trovato spazio una valutazione orientata ad un rigoroso rispetto del principio di proporzionalità.

Se, infatti, si era sostenuto in precedenza come le ragioni di bilancio dovrebbero incidere su altri principi costituzionali in quelle sole ipotesi in cui non siano individuabili alternative meno lesive del dettato costituzionale, una lettura orientata in chiave macroeconomica – quale si ritiene quella messa in atto dalla Corte costituzionale nel caso in esame – depotenzia in radice il giudizio di proporzionalità, facendo assurgere a criteri discretivi valutazioni di tipo economico improntate, come visto, a logiche proprie delle analisi costi-benefici oppure di tipo distributivo.

#### *4. Breve digressione critica alla luce del diritto dell'Unione in tema di limitazione temporale degli effetti di una pronuncia giurisdizionale.*

Un ulteriore elemento di perplessità dell'affermazione della Corte in punto di limitazione temporale degli effetti della declaratoria di incostituzionalità deriva, poi, da un'attenta considerazione dei principi espressi dalla Corte di Giustizia con riferimento ad una variegata casistica in cui la piena attuazione, con effetti *ex tunc*, di una declaratoria di incompatibilità con il diritto dell'Unione di normative nazionali degli Stati membri avrebbe potuto causare squilibri di bilancio potenzialmente difficili da gestire, tali da richiedere la messa in atto di apposite manovre finanziarie da parte degli Stati interessati.

Merita, a tale proposito, prendere a riferimento le considerazioni espresse dalla Corte di Giustizia nel caso *Transportes Jordi Besora SL*<sup>23</sup>, in cui la Corte ha specificamente analizzato il profilo relativo alla possibilità di limitare nel tempo gli effetti di una propria pronuncia di incompatibilità.

In tale caso il governo spagnolo aveva, infatti, palesato il rischio che l'obbligo di rimborso degli importi nel tempo illegittimamente percepiti in forza del tributo dichiarato incompatibile con il diritto dell'Unione avrebbe potuto mettere in difficoltà il finanziamento della sanità pubblica nelle Comunità autonome, chiedendo, pertanto, che gli effetti della sentenza si limitassero solo ai 'rapporto nuovi'<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Per approfondimenti circa la centralità dell'analisi costi-benefici e di tipo distributivo quali estrinsecazioni di moduli tipici di ragionamenti *law and economics* fondati su un approccio macroeconomico si veda D.A. KYSAR, *Sustainability, distribution and the macroeconomic analysis of law*, cit., 65.

<sup>22</sup> Per approfondimenti circa la centralità dell'analisi costi-benefici e di tipo distributivo quali estrinsecazioni di moduli tipici di ragionamenti *law and economics* fondati su un approccio macroeconomico si veda D.A. KYSAR, *Sustainability, distribution and the macroeconomic analysis of law*, cit., 65.

<sup>23</sup> *Transportes Jordi Besora SL c. Generalitat de Catalunya*, in C-82/12 (EU:C:2014:108). Per un approfondimento di tale pronuncia, si veda F. PITRONE, *Defining 'environmental taxes': input from the Court of Justice of the European Union*, in *Bulletin for international taxation*, 2015, 58 ss.

<sup>24</sup> *Ibidem*, § 38: "A sostegno della loro domanda la Generalitat de Catalunya e il governo spagnolo, da un lato, attirano l'attenzione della Corte sulle serie conseguenze finanziarie derivanti da una sentenza che effettuasse una simile

A fronte di tale istanza, la Corte ha evidenziato come eventuali limitazioni degli effetti temporali delle proprie pronunce possono essere disposte “*soltanto in presenza di circostanze ben precise, in particolare quando vi era un rischio di gravi ripercussioni economiche dovute, segnatamente, all’elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa ritenuta validamente vigente e quando risultava che i singoli e le autorità nazionali erano stati indotti ad un comportamento non conforme al diritto dell’Unione in ragione di un’oggettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni di diritto dell’Unione, incertezza alla quale avevano eventualmente contribuito gli stessi comportamenti tenuti da altri Stati membri o dalla Commissione*”<sup>25</sup>.

Condizioni che, tuttavia, la Corte non ha ritenuto integrate nel caso in esame, evidenziando, peraltro, come, per giurisprudenza costante, “*le conseguenze finanziarie che potrebbero derivare per uno Stato membro da una sentenza pronunciata in via pregiudiziale non giustificano, di per sé, la limitazione dell’efficacia nel tempo di tale sentenza. [...] Se così non fosse, le violazioni di maggiore gravità sarebbero trattate più favorevolmente dal momento che sono queste che possono comportare implicazioni finanziarie di maggiore rilevanza per gli Stati membri. Inoltre, limitare gli effetti nel tempo di una sentenza basandosi soltanto su considerazioni di questa natura porterebbe ad una sostanziale riduzione della tutela giurisdizionale dei diritti che i contribuenti traggono dalla normativa fiscale dell’Unione*”<sup>26</sup>.

Ora, si ritiene che tali argomentazioni – per quanto riferite ad una controversia in cui, diversamente dal caso affrontato dalla Corte costituzionale, si discuteva di una materia che ricadeva nel campo di applicazione del diritto dell’Unione<sup>27</sup> - avrebbero dovute essere attentamente vagliate e prese in considerazione da parte del Giudice delle leggi.

Con questo non si intende sostenere che la Corte costituzionale avrebbe dovuto necessariamente seguire il rigoroso orientamento espresso dalla Corte di Giustizia.

Tuttavia, attesa la considerazione prestata dalla Corte costituzionale a tutela del principio del pareggio di bilancio, quale trasposizione interna del diritto dell’Unione e del diritto internazionale, pare criticabile che lo stesso Giudice non abbia, allo stesso tempo, inteso prestare alcuna attenzione nell’ambito del proprio giudizio di bilanciamento ad altri valori, anch’essi provenienti da insegnamenti enucleati nel tempo da parte delle medesime istituzioni, che nell’alveo di casistiche non dissimili da quella affrontata nel caso *de quo*, hanno avuto modo di riconoscere la preminenza di principi e considerazioni più attente alla tutela dei singoli e meno atte ad incentivare, specie *pro futuro*, pratiche statuali da ritenersi illegittime.

*5. La ricerca di percorsi argomentativi diversi alla luce del diritto dell’Unione: discriminazione qualitativa dei redditi alla luce dell’elemento del rischio quale condizione naturale dell’attività d’impresa: la difficoltà nell’individuazione dell’extraprofitto.*

Ci si deve chiedere, a questo punto, se la Corte avrebbe potuto seguire percorsi argomentativi diversi rispetto a quello fino ad ora criticamente esposto, teso ad individuare forme di legittimazione della normativa in materia di *Robin Hood Tax*.

---

constatazione. L’IVMDH sarebbe infatti stata all’origine di molteplici controversie. Orbene, l’obbligo di rimborsare detta imposta, il cui gettito avrebbe raggiunto un importo pari a EUR 13 miliardi circa nel periodo compreso fra il 2002 e il 2011, metterebbe in pericolo il finanziamento della sanità pubblica nelle Comunità autonome.”

<sup>25</sup> *Ibidem*, § 42.

<sup>26</sup> *Ibidem*, §§ 48-49.

<sup>27</sup> Per un primo approfondimento della nozione di campo di applicazione del diritto dell’Unione si veda la pronuncia della Corte di Giustizia del 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, in C-617/10 (EU:C:2012:340).

In dottrina, infatti, si è sostenuto come “*la soluzione accolta nel caso specifico – e dunque l’illegittimità costituzionale della Robin Hood Tax – avrebbe potuto essere diversa se il test di proporzionalità avesse considerato diversamente ‘i fini’ dell’imposta*”<sup>28</sup>.

Un primo percorso che merita qui approfondire muove dalla valorizzazione di alcune considerazioni esposte dalla Corte in tema di discriminazione qualitativa dei redditi.

Si tratta, peraltro, di una questione che chiama in causa la complessa tematica afferente la rilevanza dell’elemento del rischio quale condizione tipica dell’attività d’impresa.

A tale proposito, la dottrina di diritto commerciale ha, infatti, rilevato come a corollario della nozione di attività di tipo economico svolta secondo logiche imprenditoriali e quale condizione imprescindibile di qualificazione della nozione stessa di imprenditore, si collochi l’elemento del rischio<sup>29</sup>.

In tal senso si è affermato come “*l’imprenditore corre il rischio del processo produttivo. Come contropartita, egli fa suoi i profitti dell’impresa. Il profitto è in altre parole l’esatto corrispondente del rischio; o, se si preferisce, il rischio giustifica il profitto*”<sup>30</sup>.

Tale considerazione è storicamente ben presente nella dottrina commercialista, la quale riconosce, ad esempio, l’importanza della tutela offerta dalla forma giuridica di stampo capitalistico quale modalità di allocazione del rischio imprenditoriale, in un’ottica di rafforzamento dei traffici economici<sup>31</sup>, sul presupposto della intrinseca rischiosità dell’attività imprenditoriale<sup>32</sup>.

Ora, l’elemento del rischio che, come visto, costituisce dato intrinseco e proprio all’attività imprenditoriale, trova riconoscimento anche nella dottrina tributaria che si è interessata al tema dell’imposizione sulle attività rischiose<sup>33</sup>.

In tale sede, infatti, si è evidenziato come la consistenza dell’obbligazione tributaria possa mutare alla luce di “*accadimenti futuri, non perfettamente prevedibili (o controllabili)*” che “*possono comportare vantaggio svantaggi per taluni soggetti*”<sup>34</sup>.

Si tratta, però, di un tema complesso che non si presta a facili generalizzazioni.

Parte della dottrina ha, infatti, sostenuto che le modalità che contrassegnano il sistema impositivo vigente, caratterizzate dall’abbinamento “*tra la determinazione postergata del reddito percepito e*

<sup>28</sup> P. BORIA, *L’illegittimità costituzionale della ‘Robin Hood Tax’. E l’enunciazione di alcuni principii informativi del sistema di finanza pubblica*, cit., 394.

<sup>29</sup> Su tale nozione si veda, in generale, G. ALPA, voce *Rischio (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1144 ss. Con riferimento al rischio imprenditoriale si vedano V. BUONOCORE, *L’impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2002, 222 ss.; F. CAVAZZUTI, voce *Rischio d’impresa*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento IV, 2000, Milano, 1093 ss.

<sup>30</sup> G. COTTINO, *L’imprenditore. Diritto commerciale*, Padova, 2000, 75-76.

<sup>31</sup> A tale riguardo si veda, *ex multis*, AA.VV., *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative. Tomo I*, a cura di F. Galgano, R. Genghini, Padova, 2006, 4-5, dove l’A. evidenzia come “*assumere responsabilità limitata significa, in termini economici, non correre altro rischio se non di perdere la somma o il bene conferito in società; significa salvare, nel caso di dissesto della società, il proprio restante patrimonio. La responsabilità limitata comporta, in termini giuridici, che il socio non è obbligato, patrimonialmente, se non ad eseguire il conferimento determinato nel contratto sociale, e che è a ciò obbligato solo nei confronti della società*”.

Sempre sulla centralità della forma giuridica e, in particolare, sulla gestione del rischio d’impresa, nonché in merito all’analisi delle specifiche tipologie di rischio imprenditoriale si vedano gli approfondimenti degli studi di *corporate finance*, tra cui, in particolare, P. MÄNTYSAARI, *The law of corporate finance: general principles and EU law. Volume I: cash flow, risk, agency, information*, Springer, 2010; I. WELCH, *Corporate finance: an introduction*, Prentice Hall, 2009.

<sup>32</sup> V. BUONOCORE, *L’impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., 226, dove si evidenzia come “*il rischio può anche costituire la ragione giustificatrice delle regole dettate per l’impresa e di quelle regolanti la responsabilità dell’imprenditore, proprio perché è la stessa attività imprenditoriale che o per la quantità dei rapporti posti in essere o per la qualità degli stessi comporta un rischio e una pluralità di rischi*”.

Si veda anche M. Maugeri, *Impresa e società*, in AA.VV., *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, a cura di V. Di Cataldo, V. Meli, R. Pennisi, I, Milano, 2015, 379 ss.

<sup>33</sup> Si vedano, a tale proposito, E. MARELLO, *Il rischio del tributo. Il fondamento dei concordati preventivi in materia fiscale*, in *Riv. dir. fin. sc. finan.*, I, 2006, 368 ss.; M. CARDILLO, *Aleatorietà e imposizione*, Bari, 2005.

<sup>34</sup> E. MARELLO, *Il rischio del tributo. Il fondamento dei concordati preventivi in materia fiscale*, cit., 376.

*l'esteso paradigma dell'imposizione del reddito effettivo comporta, in genere, l'allocatione del rischio esclusivamente in capo all'Erario*<sup>35</sup>.

Si tratta di una posizione indubbiamente corretta, ma che, tuttavia, va ulteriormente specificata.

Non si dubita, infatti, che – diversamente dai moduli di carattere catastale o fondati su predeterminazioni di tipo normativo – il modello della tassazione su base del principio di effettività ponga l'Erario quale vero e proprio 'socio' passivo dell'imprenditore, generalmente sottoposto in via riflessa all'andamento economico dell'impresa.

Va, però, aggiunto che tale affermazione non muta il quadro d'insieme: più marcatamente rispetto ad altre tipologie di reddito, in caso di andamento economico negativo, l'imprenditore stesso potrà trovarsi senza alcun reddito. Ciò, appunto, sulla base della particolare e tipica rischiosità propria dell'attività imprenditoriale<sup>36</sup>.

Altra parte della dottrina – approfondendo sempre il tema del rischio nell'ambito del reddito d'impresa - si è incentrata su tale nozione di rischio, rilevando come, sotto un profilo economico, occorra segmentare la nozione stessa di reddito d'impresa, distinguendo tre diversi elementi: “*at the bottom line a risk-free rate of return on the invested capital, secondly infra-marginal income from economic rents (e. g. from location-specific natural resources, from proprietary intellectual property or from other monopolistic income-generating assets) and – last not least - income from risky activities, where the income is dependent on uncertain future developments like the success of innovative research, the exploitation of a new market, the reliability of the existing workforce or the stability of the political environment*”<sup>37</sup>.

Secondo tale teoria, quindi, non sarebbe possibile individuare una nozione unitaria di reddito d'impresa, dovendosi rilevare un frazionamento del reddito d'impresa sulla base della maggiore o minore rischiosità dell'attività. In tale modo, si potrebbe giungere anche a giustificare un'imposizione diversificata sulla base del diverso grado di rischio imprenditoriale.

Sempre su tale linea, peraltro, si collocano anche quelle posizioni dottrinali secondo cui sarebbero ammissibili – sempre in considerazione di un diverso gradiente di rischiosità dell'attività svolta – forme di tassazione volte a colpire specificamente i “*windfall profits*” dell'impresa<sup>38</sup>.

In questo caso, infatti, si tratterebbe di profitti derivanti da rendite di tipo monopolistico legate – ad esempio – a disposizioni legislative che attribuiscono soltanto ad alcuni operatori economici determinati diritti ed autorizzazioni<sup>39</sup>, oppure riconducibili a particolari e contingenti condizioni del mercato che permettono ad alcuni settori industriali di ottenere sovraprofiti non correlati ad alcun rischio imprenditoriale<sup>40</sup>.

Ora, evidenziate in questi termini le coordinate di fondo in punto di rischiosità dell'attività imprenditoriale, quale elemento specifico che caratterizza in maniera particolare la nozione di reddito

<sup>35</sup> E. MARELLO, *Il rischio del tributo. Il fondamento dei concordati preventivi in materia fiscale*, cit., 377.

<sup>36</sup> M. MAUGERI, *Impresa e società*, in AA.VV., *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, cit., 380, dove si evidenzia come “*l'adozione di qualsiasi scelta funzionalmente orientata alla massimizzazione del valore dell'investimento azionario sconta l'ineliminabile possibilità di un insuccesso dell'iniziativa [...]*”.

<sup>37</sup> W. SCHÖN, *International taxation of risk*, 2014, 2, disponibile al seguente indirizzo web <http://ssrn.com/abstract=2402612> (ultimo accesso 20/06/2015). Per ulteriori approfondimenti a tale riguardo si vedano, *ex multis*, D. SHAVIRO, *The economics of tax law*, 2014, disponibile al seguente indirizzo web <http://ssrn.com/abstract=2380898> (ultimo accesso 20/06/2015).

<sup>38</sup> Si vedano, a tale proposito, C. HURT, *The windfall myth*, 2009, disponibile al sito web <http://ssrn.com/abstract=1456466> (ultimo accesso 20/06/2015); D.P. RODRÌGUEZ, *Absorbing EU ETS windfall profits and the principle of free allowances: Iberdrola and others*, in *Common Market Law Review*, 2014, 679 ss.

<sup>39</sup> Si veda, a tale proposito, la pronuncia della Corte di Giustizia relativa ai procedimenti *Iberdrola ed altri*, in C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11, C-640/11 (EU:C:2013:660). Su tale pronuncia si veda D.P. RODRÌGUEZ, *Absorbing EU ETS windfall profits and the principle of free allowances: Iberdrola and others*, cit.

<sup>40</sup> A tale riguardo, si veda l'esempio della *Crude oil windfall profit tax act* introdotta negli Stati Uniti nel 1980. Per ulteriori riferimenti cfr. la *General explanation del Crude oil windfall profit tax act of 1980*, preparato dal *Joint Committee on Taxation* del Congresso degli Stati Uniti, disponibile al sito web <http://www.jct.gov/s-1-81.pdf> (ultimo accesso 20/06/2015).

d'impresa, occorre tornare alla concezione di discriminazione qualitativa dei redditi presa a riferimento nell'ambito della pronuncia della Corte costituzionale.

Infatti, come si era avuto modo di vedere, la Corte muove da una visione dell'attività imprenditoriale quale attività soggetta, in via ordinaria, al rischio economico. Un'impostazione che, peraltro, si sofferma in particolar modo sulla questione della frazionabilità, nell'alveo di una concezione unitaria del reddito d'impresa, delle diverse tipologie di risultati reddituali rispetto ai quali - sulla base del maggiore o minore coefficiente di rischiosità dell'attività imprenditoriale posta in essere per ottenerli - si potrebbero giustificare forme di imposizione reddituale di tipo non omogeneo.

In questo senso, infatti, devono essere ricondotte quelle argomentazione esposte dal Giudice delle leggi in tema di legittimità costituzionale di tassazioni volte a sterilizzare o, almeno, attrarre a tassazione in maniera più incisiva eventuali extraprofiti di tipo oligopolistico, ottenuti al di fuori di logiche di normale concorrenza tra operatori economici.

Ora, si tratta di considerazioni indubbiamente fondate, ma che avrebbero potuto essere meglio approfondite dalla Corte prendendo anche a riferimento la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di tassazione ambientale con la quale è stata affermata la compatibilità con il diritto dell'Unione di imposizioni specifiche atte a colpire i soli 'windfall profits'.

Merita, a tale riguardo, soffermarsi sulla pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Iberdrola*, dove la Corte si è pronunciata sulla compatibilità con il diritto dell'Unione di una tassazione più elevata nei confronti di operatori economici attivi nel settore delle produzione di energia elettrica che avevano ricevuto dallo Stato, senza il versamento di alcun corrispettivo, diritti di emissione ambientale liberamente commerciabili e cedibili ai terzi, pur senza aver dovuto, in origine, versare alcun corrispettivo all'ente pubblico concedente<sup>41</sup>.

Con tale pronuncia, infatti, la Corte di Giustizia ha rilevato come debba considerarsi legittima e non contrastante con il diritto dell'Unione una normativa nazionale "[...] che riduce la remunerazione dei produttori di elettricità per compensare gli utili eccezionali risultanti dall'assegnazione a titolo gratuito delle quote di emissioni"<sup>42</sup>.

Si evince, in altre parole, come la Corte di Giustizia ammetta la legittimità di tipologie di tributi, anche particolarmente incisivi - come nel caso *Iberdrola* - a condizione che il tributo sia modulato in maniera tale da permettere di distinguere l'extraprofito ritratto dall'operatore economico rispetto al complessivo reddito dello stesso che derivi, invece, da attività sottoposte ad un normale rischio di mercato<sup>43</sup>.

Certo è, tuttavia, che la possibilità di perseguire un simile percorso argomentativo sulla scorta della pronuncia *Iberdrola* da parte della Corte costituzionale italiana nel giudizio di costituzionalità in tema di *Robin Hood Tax* si scontrava con la modulazione del tributo.

---

<sup>41</sup> Si tratta della pronuncia della Corte di Giustizia relativa ai procedimenti C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11, C-640/11. Su tale pronuncia si veda D.P. RODRÍGUEZ, *Absorbing EU ETS windfall profits and the principle of free allowances: Iberdrola and others*, cit., 681 s., che così descrive il meccanismo di funzionamento dei diritti di emissione ambientale: "the facts of the case relate, in particular, to the Spanish electricity generation sector in EU ETS Phase I, a moment where Member States were obliged by EU law to grant at least 95 percent of the allowances for free in their National Allocation Plans.9 Even though every company in the Spanish power sector received all the allowances allocated to them for free, the electricity undertakings decided to internalize the value of the allowances in their balances, insofar as the fact of submitting the allowances for EU ETS compliance purposes impeded them from selling the allowances to other emitters. As a result of the functioning of the price system in the Spanish electricity market, prices increased for all technologies. Spain considered that such practice amounted to windfall profits in favour of electricity undertakings, because they were charging a higher price to consumers for the value of ETS allowances they had received free of charge or had not even received at all. In order to avoid such undeserved profits, Spain set up a levy 10 equivalent to the surplus revenue obtained by electricity suppliers as a consequence of the integration of the value of the free allowances in their costs. The levy applied to all installations in the ordinary regime, thus excluding renewable energies and co-generation."

<sup>42</sup> Sentenza della Corte di Giustizia relativa ai procedimenti C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11, C-640/11, §42. Negli stessi termini si vedano i successivi §§ 43 ss.

<sup>43</sup> In questo senso si veda D.P. RODRÍGUEZ, *Absorbing EU ETS windfall profits and the principle of free allowances: Iberdrola and others*, cit., 686-687.

Si tratta di una circostanza pienamente colta dalla Corte stessa che ha, a tale proposito, rilevato la difficoltà di addivenire ad una precisa individuazione della quota di extraprofitto di carattere ‘monopolistico’ ritratta dall’operatore economico, dal momento che la normativa *de qua* prevedeva l’attrazione a tassazione dell’intero reddito prodotto dall’impresa.

Non solo, ma – come rilevato sempre dalla Corte costituzionale - diversamente da altre tipologie di imposizione attuate nei confronti di operatori attivi nei settori della produzione di energia<sup>44</sup>, nel caso della *Robin Tax* era anche ragionevole il rischio che l’onere economico del tributo avrebbe potuto essere traslato in capo ai consumatori finali.

In via conclusiva, si crede che i tentativi di valorizzare la disciplina della *Robin Tax* in chiave di discriminazione qualitativa dei redditi, cercando di attribuire alla normativa *de qua* una *ratio* tesa all’obiettivo di neutralizzazione di ipotetici extraprofitto derivanti dall’attività delle società attive nel settore energetico vadano a scontrarsi con la struttura giuridica del tributo, non modellato in maniera adeguata per distinguere la parte di extraprofitto dal complessivo reddito d’impresa.

In ultimo, non può dimenticarsi come in forza delle modifiche introdotte con il D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con la Legge 14 settembre 2011, n. 148, il tributo *de quo* era stato anche esteso anche nei confronti dei soggetti attivi nel settore delle rinnovabili, la cui posizione – da un punto di vista di posizionamento sul mercato e di eventuale creazione di extraprofitto - non poteva essere assimilata rispetto a quella delle società petrolifere, unici soggetti nei cui confronti era possibile postulare, per ragioni di congiuntura economica e ridotto tasso di concorrenza, la sussistenza di *windfall profits*.

#### 6. Una possibile via alternativa: una giustificazione del tributo in chiave ambientale.

Va, a questo punto, esaminata un’ulteriore pista di ricerca, alternativa rispetto al ragionamento seguito dalla Corte costituzionale, che provi a valorizzare la giustificazione di tipo ambientale quale elemento di legittimità della *Robin Tax*<sup>45</sup>.

Ora, si è visto nel paragrafo precedente, la centralità dell’elemento del rischio quale espressione del modello imprenditoriale. Si tratta, come si è argomentato, di una nozione di rischio da valutarsi in chiave economica.

A tale proposito, come si è rilevato in dottrina, tale tipologia di rischio è indubbiamente ricollegabile alla gestione dell’impresa da parte dell’imprenditore, ma dipende “*tranne nei casi un cui sia direttamente imputabile al modus operandi dell’imprenditore [...] da cause e da fattori, o naturali (e normali) come [...] l’andamento del mercato e/o la capacità del soggetto gestore, ovvero provocati e indotti, come può essere l’indirizzo politico impresso dal governo [...]*”<sup>46</sup>.

Si tratta, in altre parole, di quella concezione di rischio, prima descritta, presa a riferimento nell’analisi messa in atto da parte della Corte costituzionale in tema di discriminazione qualitativa dei redditi, ma che va distinta dal vero e proprio rischio di tipo giuridico.

---

<sup>44</sup> Si veda, per quanto concerne un caso recente dove la Corte di Giustizia, approfondendo la tematica relativa alla traslazione del tributo, ha affermato nel caso di specie l’insussistenza di un meccanismo di traslazione dell’onere fiscale in capo ai consumatori finali si veda la sentenza del 4 giugno 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH c. Hauptzollamt Osnabrück*, in C-5/14 (EU:C:2015:354).

<sup>45</sup> Per un primo approfondimento in tema di tassazione ambientale si vedano, senza pretesa di completezza, F. GALLO, F. MARCHETTI, *I presupposti della tassazione ambientale*, cit., 115 ss.; F. GALLO, *Profili critici della tassazione ambientale*, in *L’imposizione ambientale nel quadro del nuovo federalismo fiscale*, L. Antonini (ed.), Napoli, 2010; Id., *Profili critici della tassazione ambientale*, in *Rass. trib.*, 2010, 303 ss.; P. LAROMA JEZZI, *I tributi ambientali*, in P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Milano, 2002, 319 ss.; F. BATISTONI FERRARA, *I tributi ambientali nell’ordinamento italiano*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2008, 1089 ss..

<sup>46</sup> V. BUONOCORE, *L’impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., 229 s..

Con tale ultima nozione, infatti, si intende fare riferimento a quella più limitata tipologia di rischio economico che si colloca in quell'area di rischio direttamente imputabile all'attività dell'imprenditore<sup>47</sup>.

In specie, la portata di questo concetto discende dalla circostanza che, mentre il rischio di tipo economico “*nelle sue varie declinazioni, si presenta intrinsecamente immanente all'attività d'impresa, sino al punto di precludere la possibilità stessa di qualificare 'imprenditoriale' una decisione degli amministratori che ne sia sprovvista, il rischio giuridico, per contro, non solo si sottrae a qualsiasi forma di 'ponderazione' da parte dell'organo amministrativo, ma costituisce, a ben vedere, un vero e proprio limite esterno al suo agire*”<sup>48</sup>.

Ora, non è questa la sede per trattare le diverse posizioni in merito alle fonti della responsabilità giuridica dell'imprenditore ed alla configurabilità di un autonomo principio che possa governare la responsabilità d'impresa<sup>49</sup>.

Merita, piuttosto, alla luce di queste considerazioni, spostare l'angolo di osservazione interrogandosi sulle modalità di distribuzione del rischio d'impresa, tra traslazione in capo ai terzi ed internalizzazione in capo all'operatore economico.

In specie, tale problematica è stata oggetto di attento vaglio critico alla luce del prisma concettuale offerto dagli studi di analisi economica del diritto con particolare riferimento alla giustificabilità di una tassazione di tipo ambientale

Le origini teoriche di tali ricerche possono individuarsi nei primi anni del secolo scorso negli spunti pionieristici di A.C. Pigou in materia di tassazione ambientale<sup>50</sup>.

Come noto, Pigou – che espose la tesi nel volume “*The Economics of Welfare*” – rilevò come, dal momento che l'attività economica privata è mirata primariamente alla massimizzazione del profitto, in mancanza della fissazione di un prezzo per le esternalità negative causate dalle attività economiche – tra cui, ad esempio, Pigou menzionava espressamente l'inquinamento industriale – il medesimo privato non avrebbe alcun interesse a sobbarcarsi gli eventuali costi sociali nei confronti della collettività<sup>51</sup>.

A fronte di tale divergenza tra interessi di matrice privatistica e l'interesse pubblico della collettività, Pigou propose, con l'obiettivo di annullare o almeno mitigare il costo sociale prodotto dalle attività economiche, l'imposizione di “*bounties and taxes*” tali da costringere l'operatore economico privato ad internalizzare tra i suoi costi anche le esternalità provocate alla collettività<sup>52</sup>.

---

<sup>47</sup> M. MAUGERI, *Impresa e società*, in AA.VV., *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, cit., 389 s., dove si evidenzia come con tale più ristretta nozione si “*richiama l'eventualità che una condotta imputabile all'ente societario integri una violazione di norme di legge/regolamenti o una lesione di posizioni soggettive altrui protette dall'ordinamento ed esponga, conseguentemente, la società al pericolo, in senso tecnico, di subire un pregiudizio economico (sotto forma di obbligazioni risarcitoria, di sanzione pecuniaria amministrativa, ma anche di confisca/sequestro di liquidità o di altri elementi dell'attivo)*”.

Si veda anche V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., 230, dove si evidenzia come “*il rischio economico connesso all'attività dell'impresa viene addossato al soggetto cui sia possibile imputare [...] l'attività stessa, così trasformandosi in rischio giuridico*”.

<sup>48</sup> M. MAUGERI, *Impresa e società*, in AA.VV., *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, cit., 390.

<sup>49</sup> Su cui si veda V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., 237 ss.; M. Maugeri, *Impresa e società*, in AA.VV., *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, cit., 395 ss.

<sup>50</sup> Si veda, in generale, su tali problematiche J.E. MILNE, *Environmental taxation: why theory matters*, in AA.VV., *Critical issues in environmental taxation*, in J.E. Milne, K. Deketelaere, L. Kreiser, H. Ashiabor (eds.), Richmond, 2004, 3 ss. L'Autrice, peraltro, evidenzia come possano individuarsi almeno quattro teorie economiche che possono giustificare la tassazione ambientale: “*the Pigouvian theory*”; “*the polluter pays principle*”; “*the least cost abatement*”; “*the double dividend theory*”.

<sup>51</sup> J.E. MILNE, M.S. ANDERSEN, *Introduction to environmental taxation concepts and research*, in AA.VV., *Handbook of research on environmental taxation*, in J.E. Milne, M.S. Anderson (eds.), Edward Elgar Publishing Limited, 2012, 15.

<sup>52</sup> Si veda A.C. PIGOU, *The economics of welfare*, 1920, dove l'A. afferma “*it is plain that divergences between trade and social net product of the kinds we have so far been considering cannot [...] be mitigated by a modification of a contractual relationship between any two contracting parties, because the divergence arises out of a service or disservice rendered to persons other than the contracting parties. It is, however, possible for the State, if it so chooses, to remove the divergence in any field by 'extraordinary encouragements' or 'extraordinary restraints' upon investments in that*

In definitiva, quindi, secondo questa prima linea di pensiero, il *gap* tra il costo affrontato dal privato e quello sociale – cioè l'esternalità negativa sofferta dalla collettività a causa dell'attività privata – avrebbe potuto essere internalizzata tramite un'attività di imposizione di matrice fiscale messa in atto da parte dello Stato e pari a tale maggiore costo provocato alla collettività e non originariamente già incorporato dal privato<sup>53</sup>.

I risultati proposti da questa prima corrente di pensiero, tuttavia, vennero sottoposti a revisione critica negli anni 60' in particolare ad opera di R. Coase nel suo noto studio "*The Problem of Social Cost*"<sup>54</sup>.

In tale studio Coase intese dimostrare come le asserzioni di Pigou, poste specificamente con riferimento alla necessità che il privato debba sempre farsi carico dei maggiori costi derivanti dalle sue attività inquinanti, fossero infondate, dal momento che in molti casi sarebbe preferibile raggiungere un accordo tra il privato dedito ad attività inquinanti ed i membri della collettività direttamente soggetti all'inquinamento ambientale<sup>55</sup>.

Nell'ottica di Coase, infatti, partendo da un approccio teso a valorizzare la centralità dei diritti di proprietà e, pertanto, a rilevare come anche la tutela della collettività provochi una limitazione al diritto di proprietà del produttore e quindi un danno a quest'ultimo nell'esercizio di un'attività economica tesa al raggiungimento del profitto, viene evidenziata la maggior efficienza di un sistema di carattere privatistico dove le parti sono libere di determinare, nell'ambito di una contrattazione su un piano di parità, volta ad attribuire reciproche concessioni dei propri diritti, il livello di allocazione delle risorse maggiormente efficiente.

Come evidente, l'approccio di Coase si distanzia radicalmente da quello, prima descritto, di Pigou e dei suoi seguaci e, in ultima istanza, la differenza può essere ricondotta alla diversa concezione dell'intervento pubblico e all'esistenza o meno di situazioni di fallimento del mercato dove solo la regolamentazione di carattere pubblicistico potrebbe evitare il propagarsi di esternalità negative ed il verificarsi di costi sociali a carico della collettività.

Infatti, nell'ottica di Pigou il ruolo centrale deve essere assunto dalla mano pubblica al fine di internalizzare le esternalità provocate dall'attività del privato, sul presupposto dell'impossibilità del mercato di offrire un rimedio più efficiente. Diversamente, secondo la tesi di Coase non sussisterebbero ragioni per discostarsi da un approccio di mercato, dovendosi attribuire centralità alle reciproche attribuzioni di diritti messe in atto nell'ambito di una trattativa privata, in cui sono chiaramente definiti i diritti di proprietà di ciascuna parte, non sussistono costi di contrattazione e sono ignorati gli effetti sotto il profilo reddituale.

Tali teoriche testimoniano, pur nella loro radicale diversità, che l'intrinseca rischiosità dell'attività imprenditoriale possa determinare effetti pregiudizievoli anche nei confronti dei terzi, valorizzando "*la circostanza che a correre l'alea non è solo l'imprenditore, ma anche creditori e dipendenti, i quali, anzi, rischiano in misura ancora maggiore non avendo a disposizione strumenti per limitare o addirittura dirottare la responsabilità*"<sup>56</sup>.

---

field. The most obvious forms, which these encouragements and restraints may assume, are, of course, those of bounties and taxes".

<sup>53</sup> Cfr. J.E. MILNE, M.S. ANDERSEN, *Introduction to environmental taxation concepts and research*, cit., 17, dove si afferma come "*Pigou emphasized the concept of externalities and introduced the idea of using taxes as one way to capture, or internalize, externalities. Reduced to a simplified essence, taxes equal to the externalities could equalize the private and social marginal cost.*"

<sup>54</sup> R.H. COASE, *The problem of social cost*, in *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, 1 ss.

<sup>55</sup> R.H. COASE, *The problem of social cost*, cit., 17, dove si rileva "*analyses of taxes based on Pigou's theory followed in the 1960s. One of his most ardent critics, Ronald Coase wrote a seminal piece [si tratta di 'The problem of social costs'] evaluating the Pigovian tradition. He challenged Pigou's assumptions that the polluter should always bear the cost of externalities, arguing that in some situations negotiated settlements between the polluter and the victim are preferable, and his challenge sparked detailed theoretical, economic explorations and critiques of the Pigovian tradition.*"

<sup>56</sup> V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., 234.

Delineate in questi termini le coordinate di riferimento occorre domandarsi se la finalità del tributo in esame avrebbe potuto “*in astratto individuarsi anche nelle ragioni di protezione dell’ambiente rispetto alle esternalità negative prodotte dagli operatori economici che agiscono nel settore petrolifero ed energetico*”<sup>57</sup>.

Non si tratta di una tematica di semplice risoluzione, ma si crede che possa offrire spunti fecondi che avrebbero potuto essere valorizzati dal Giudice delle leggi.

In questo senso, infatti, la Corte avrebbe potuto verificare l’utilizzabilità della variabile fiscale quale meccanismo di regolamentazione di carattere prettamente pubblicistico<sup>58</sup>.

In senso ampio, la materia *de qua* appartiene al più vasto insieme del diritto tributario ambientale dove primeggiano le *green taxes* di matrice ordinaria che sono strutturate per determinare un cambiamento nelle scelte dei consumatori e degli operatori economici tramite misure di matrice incentivante o redistributiva, ma i cui effetti richiedono anni per poter essere apprezzati<sup>59</sup>.

Tale impostazione regolamentare, in altre parole, tramite l’utilizzo della leva fiscale, vuole privilegiare un approccio di natura prevenzionistica volto alla tutela del bene ambiente, teso ad enfatizzare una tutela *ex ante* degli interessi collettivi che caratterizzano il bene pubblico ambiente.

Si comprende, quindi, come l’adozione della prospettiva qui descritta aprirebbe la via ad un’impostazione che vede l’operatore privato pienamente responsabilizzato, spingendolo ad internalizzare la totalità dei costi di matrice ambientale provocati dalla sua attività imprenditoriale.

Più in generale, tale impianto normativo presenterebbe l’ulteriore pregio di incentivare il privato ad adottare un cambiamento progressivo delle proprie prassi di gestione imprenditoriale, ad esempio in ordine alla scelta dei siti dove collocare i propri impianti o la scelta delle tecnologie da utilizzare per evitare forme di inquinamento nell’ambiente.

Poste in questi termini le coordinate di riferimento si può concludere rilevando, in prima battuta, come la configurabilità di forme di imposizione quali quelle che si sono proposte in questa sede non è scontata, ma costituisce oggetto di un vivace dibattito che si incentra sulla legittimità di un’imposizione fiscale che sottoponga a prelievo tributario elementi di complessa misurabilità come indici di forza economica quali la tutela dell’ambiente, di difficile collocazione nell’ambito delle categorie tradizionali del diritto tributario<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> P. BORIA, *L’illegittimità costituzionale della ‘Robin Hood Tax’. E l’enunciazione di alcuni principii informatori del sistema di finanza pubblica*, cit., 394.

<sup>58</sup> Occorre fin da subito precisare che l’utilizzo del modulo fiscale non costituisce l’unica ipotesi possibile di intervento di matrice pubblicistico volto alla tutela dell’ambiente.

Sono stati, infatti, configurati modelli di intervento pubblicistico che prescindono da meccanismi fiscali quali, ad esempio, la disciplina degli *emission trading schemes* e - più in generale - l’applicazione di sistemi di regolamentazione statale improntati al meccanismo *command and control*. Si veda, per un primo approfondimento a tale riguardo, A. BAKKER, *Policy frameworks and international organisations*, in AA.VV., *Tax and the environment: a world of possibilities*, IBDF, 2014, 19 ss.; F. GALLO, F. MARCHETTI, *I presupposti della tassazione ambientale*, cit., 116 s.. Con riferimento alle posizioni adottate in sede OCSE tali ultimi Autori rilevano che “*nello schema OCSE non si prevede l’utilizzo dello strumento tributario come misura direttamente volta alla tutela dell’ambiente considerato di per sé come bene protetto. In effetti il predetto schema si limita ad utilizzare lo strumento tributario come una delle tante misure che possono consentire di ‘internalizzare’ le cosiddette ‘esternalità’ ambientali, e cioè di agire sul costo dei prodotti inquinanti (con imposte sulla fabbricazione o sui consumi) al fine di indirizzare le scelte dei consumatori.*” Tali profili non saranno, tuttavia, oggetto di analisi in questa sede.

Si permetta di rinviare, per ulteriori approfondimenti e riferimenti bibliografici a tale riguardo ad A. MARCHESELLI, S.M. RONCO, *I sinistri marittimi*, in AA.VV., *Interventi finanziari e tributari per le aree colpite da calamità nel sistema italiano*, in corso di pubblicazione, Torino, 2015.

<sup>59</sup> A. URICCHIO, *Il disastro ambientale di Taranto. Gli interventi finanziari e fiscali per fronteggiare il grave inquinamento*, in *Rass. trib.*, 2014, 48, dove si evidenzia come “*mentre le green taxes ordinarie, trovando giustificazione e fondamento nel principio dell’azione preventiva, riescono a sortire gli effetti attesi (incentivanti o re-distributori) solo dopo anni, le misure adottate nel caso di evento disastroso devono essere in grado di produrre effetti immediati e localizzati. Ne consegue che lo Stato è portato ad intervenire soprattutto con l’impiego diretto di risorse straordinarie che vengono reperite, più che con nuovi tributi, mediante la fiscalità generale.*”

<sup>60</sup> Su tali questioni si veda F. GALLO, *Profili critici della tassazione ambientale*, cit., 303 ss.; F. GALLO, F. MARCHETTI, *I presupposti della tassazione ambientale*, cit., 115 ss.

D'altra parte, però, deve rilevarsi altresì che qualora la Corte avesse inteso attribuire alla normativa *de qua* natura di tipo ambientale, riconoscendone una finalità “*in applicazione del principio ‘chi inquina paga’ nell’esercizio della potestà tributaria in materia ambientale riconosciuta agli Stati membri*”,<sup>61</sup> tale impostazione circa il fine del tributo “*e cioè la protezione ambientale, valore universale riconosciuto e promosso dall’ordinamento comunitario, avrebbe portato presumibilmente ad un giudizio diverso di proporzionalità*”<sup>62</sup>.

#### 7. Considerazioni alla luce della successiva [pronuncia della Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia del 12 maggio 2015](#)

Va, in ultimo, dato conto degli sviluppi processuali successivi alla sentenza della Corte costituzionale.

Si è, infatti, recentemente assistito ad una [pronuncia della Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia del 12 maggio 2015](#), attuativa della sentenza della [Corte costituzionale dell’11 febbraio 2015, n. 10](#), che, per molti operatori, risulta sicuramente sorprendente<sup>63</sup>.

Tale pronuncia, prendendo atto della sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 81, commi 16, 17 e 18, del D.L. n. 112/2008, enuclea, in buona sostanza, due considerazioni di rilievo.

La prima è che sussiste un contrasto tra dispositivo e motivazione della sentenza della Corte costituzionale, atteso che nel dispositivo non viene esplicitata alcuna eccezionale limitazione alla efficacia della sentenza.

La seconda è che, sul piano sistematico e di principio, la limitazione della efficacia temporale, è derogatoria alla regola generale stabilita dalla legge e dalla Costituzione medesima in materia di efficacia temporale delle sentenze di incostituzionalità.

Il primo rilievo porta il giudice emiliano a ritenere che non possa che farsi applicazione della regola generale, aurea, che nel contrasto tra motivazione e dispositivo, vede prevalere il dispositivo.

Il secondo rilievo porta il giudice emiliano a ritenere che una deroga alla regola, anche costituzionale, della efficacia a ritroso delle sentenze di incostituzionalità, ammesso che sia possibile, debba essere di strettissima interpretazione.

Entrambi i rilievi conducono alla conclusione che la sentenza della Corte vada interpretata nel senso di non imporre la limitazione al solo futuro della pronuncia.

---

Premesso che su tali profili problematici così come sull’intenso dibattito a livello dottrinale e giurisprudenziale che ne è derivato non è possibile soffermarsi in questa sede, non si può non dare conto della pregnanza di quelle argomentazioni critiche che lamentano come l’apertura a moduli fiscali siffatti apra la via ad interpretazioni estremamente ampie della nozione di tributo, atte a determinare un ampliamento del campo della fiscalità verso orizzonti di non facile delineazione e tali da implicare, in ultima istanza, una potenziale coincidenza tra prelievo coattivo di matrice pubblica a qualsiasi titolo dovuto ed imposizione tributaria con non secondarie implicazioni per quanto riguarda i limiti di matrice costituzionale in materia di imposizione fiscale e le tutele giurisdizionali attivabili da parte del privato. Cfr. F. GALLO, *Profili critici della tassazione ambientale*, cit., 305.

<sup>61</sup> Sulla rilevanza del principio ‘chi inquina paga’ si vedano, senza pretesa di completezza, C. VERRIGNI, *La rilevanza del principio comunitario ‘chi inquina paga’ nei tributi ambientali*, in *Rass. trib.*, 2003, 1614 ss.; AA.VV., *Tax and the Environment. A world of possibilities*, A. Bakker (ed.), IBDF, 2009, 7 ss.; J.P. BARDE, O. GODARD, *Economic principles of environmental fiscal reform*, in AA.VV., *Handbook of research on environmental taxation*, a cura di J.E. Milne, M.S. Anderson, Edward Elgar Publishing Limited, 2012, 33 ss.

<sup>62</sup> P. BORIA, *L’illegittimità costituzionale della ‘Robin Hood Tax’. E l’enunciazione di alcuni principii informativi del sistema di finanza pubblica*, cit., 395.

<sup>63</sup> Per un’analisi critica della pronuncia in esame si veda E. DELLA VALLE, *Incostituzionalità della Robin Tax solo pro futuro ed esclusione delle sanzioni*, cit., 2433 ss., dove si afferma come “*la tesi dei Giudici emiliani, va subito detto, non convince. La pretesa divergenza tra motivazione e dispositivo in realtà non esiste. [...] Non di vero contrasto deve dunque parlarsi, bensì di un dispositivo che va letto in una alla motivazione. Nessun dubbio, in tal senso, che la ‘Consulta’ volesse quantomeno inibire una retroattività della propria pronuncia tale da provocare l’accoglimento delle istanze di rimborso della RHT*”.

Ora, sebbene si ritengano non condivisibili le *rationes* che sono state poste a fondamento della decisione della Commissione tributaria provinciale, va evidenziato come tale pronuncia presenti profili di indubbio interesse che afferiscono, in particolare, alla forma ed alle modalità con cui proseguirà la controversia.

A parte, evidentemente, l'appello alla sentenza del giudice emiliano, non potrebbero escludersi iniziative ulteriori. Tra le quali, a parte un non probabile (ma certamente efficace) procedimento di correzione del preteso errore materiale del dispositivo della Corte (integrato nel senso di precisare l'effetto solo *pro futuro* della decisione), da parte della Corte medesima, non è neppure da escludere un - a quanto consta - inedito e inaudito conflitto di attribuzioni che la Corte costituzionale teoricamente potrebbe elevare contro il giudice emiliano e che avrebbe la peculiare caratteristica di essere un processo nel quale la Corte costituzionale sarebbe insieme la parte interessata ed anche il giudice.

In ultimo, va evidenziato come rimanga aperta la questione concernente la legittimità delle sanzioni di tipo amministrativo, ma anche penalistiche, legate al tributo dichiarato costituzionalmente illegittimo.

Infatti, come si è argomentato in dottrina, deve ritenersi in via di principio che la cancellazione della *Robin Hood Tax* “*solo pro futuro equivalga ad una modifica normativa*”.

In forza di tale impostazione, pertanto, “*si potrebbe (e si dovrebbe) in effetti, neutralizzare l'applicazione di sanzioni, quanto alle fattispecie compiute, ricorrendo al principio dell'abolitio criminis di cui agli artt. 2 comma 2, c.p. e 3, comma 2, del D.Lgs. n. 472/1997*”<sup>64</sup>.

Si tratta di una tematica, quest'ultima, di cui non constano ancora pronunce in merito, ma rispetto alla quale la giurisprudenza sarà probabilmente chiamata ad interrogarsi a breve.

---

<sup>64</sup> E. DELLA VALLE, *Incostituzionalità della Robin Tax solo pro futuro ed esclusione delle sanzioni*, cit., 2433 ss.