ISSN 1825-9871

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Innovazione e Diritto

4
2006

COMITATO SCIENTIFICO
Prof. Raffaele Perrone Capano (direttore)
Prof. Andrea Amatucci
Prof. Raffaele Balbi
Prof. Benedetto Conforti
Prof. Pasquale De Sena
Prof. Massimo Iovane
Prof. Roberto Mastroianni
Prof. Emilio Pagano
Prof. Flavia Petroncelli Hubler
Prof. Luigi Sico
Prof. Mario Tedeschi
Prof. Talitha Vassalli
Prof. Elisabetta De Franciscis
Prof. Luciana Di Renzo
Prof. Vincenzo Pace
Prof. Manlio Ingrosso

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

DIRETTORE RESPONSABILE
Avv. Maurizio Migiarra

RESPONSABILI DI REDAZIONE
Roberta Alfano
Filippo Perriccioli
Chiara Fontana
Giordano Di Meglio

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

INNOVAZIONE E DIRITTO – rivista on line
http://www.innovazionediritto.unina.it
Registrazione Tribunale di Napoli n. 45 del 22 giugno 2005
ISSN 1825-9871

GRAFICA
Sebastiano Romitelli

PDF EDITING
Vittorio Mostacciolo

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI
NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Innovazione e Diritto

Innovazione e Diritto è una rivista *open*. La rivista è consultabile e scaricabile liberamente attraverso le pagine del suo sito web all'indirizzo

http://www.innovazionediritto.unina.it

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

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

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

Numero finito di stampare il 21 luglio 2006

INDICE

Le intese fra Stato e Regioni come specificazione del principio di leale collaborazione. La giurisprudenza della Corte costituzionale dalla sentenza n. 303/2003 alla sentenza n. 31/2006.
di Raffaello Capunzo **1**

Criminalità Organizzata: Profili criminologici e aspetti comparatistici.
di Andrea Starace **46**

Brevi note in tema di tutela del consumatore nei contratti *on-line*. La responsabilità da *spamming*
di Carmine Galloro **74**

La modifica delle guidelines sugli aiuti di Stato al salvataggio ed alla ristrutturazione a favore delle imprese in difficoltà
di Eugenia Vitetti **91**

GIURISPRUDENZA

La sentenza della Corte Costituzionale n. 280/2005 e suoi effetti conseguenti
di Eduardo Maria Piccirilli **104**

Pubblicità ingannevole, giurisdizione del giudice ordinario- tutela cautelare-regolamento preventivo di giurisdizione-legittimazione ad agire.
di Sofia Laezza **113**

Il regime processuale delle decadenze a favore dell'Amministrazione finanziaria.
di Domenico Ardolino **121**

Le intese fra Stato e Regioni come specificazione del principio di leale collaborazione. La giurisprudenza della Corte costituzionale dalla sentenza n. 303/2003 alla sentenza n. 31/2006.

di Raffaello Capunzo

Sommario: 1. Premessa. 2. Principio di leale collaborazione e modulo dell'intesa nei rapporti fra Stato e Regioni, dopo la riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione. Il percorso ermeneutico tracciato dalla Corte costituzionale dalla sentenza n. 303/2003 alla sentenza n. 233 del 2004. 3. Un ulteriore contributo alla implementazione del principio di leale collaborazione: la sentenza n. 31 del 2006.

1). *Premessa*.

A distanza ormai di alcuni anni dalla riforma del Titolo V, Parte seconda della Costituzione, è più che evidente quali effetti abbia avuto, a lungo termine, sul rapporto Stato-Regioni, nel passaggio dal vecchio al nuovo assetto costituzionale, l'azione fortemente "aggregante" del Giudice delle leggi, capace in sé - quando non protesa all'effettiva attribuzione allo Stato di un ruolo sostanzialmente egemonico nel contesto istituzionale - di mantenere complessivamente coeso l'impianto normativo strutturale e funzionale inerente alla dinamica interazionale fra enti in seno all'ordinamento giuridico repubblicano.

Tuttavia, in linea generale, se da una parte la ragione di tanto è da ascriversi, appunto, alla preoccupazione, chiaramente avvertibile nella giurisprudenza della Corte costituzionale, di riservare allo Stato un ruolo ancora "rilevante" rispetto, *ex adverso*, alla implementazione della competenza legislativa delle Regioni nel mutato quadro normativo, ciò nondimeno, dall'altra, l'attività dello *Judex legum*, pur garantendo stabilità al sistema, ha di fatto così consentito, attraverso una lettura non esasperatamente "federale" della Riforma, la conservazione di un modello istituzionale in sostanza non troppo dissimile da quello anteriore.

Ciò può essere letto, in effetti, come un merito oppure un demerito - nella misura in cui rispettivamente la Corte abbia in tale modo saputo evitare la disgregazione del sistema ovvero, *aliunde*, non abbia saputo e/o voluto dare "piena attuazione" al nuovo modello istituzionale - ma resta il fatto che la riforma, così come congegnata dal legislatore, a

seconda dell'opzione interpretativa utilizzata dal Giudice delle leggi per intenderne il significato[1], ma anche in funzione di una più o meno "penetrante" legiferazione da parte dello Stato (art. 117, II co., Cost.) e/o di un'adeguata normazione di dettaglio da parte delle Regioni (art. 117, III co., Cost.) - variabili queste ultime propriamente "endogene" al sistema - potesse funzionare astrattamente come anticamera di un regionalismo "cooperativo" appena abbozzato ovvero incisivamente in via di formazione[2].

In altre parole, la Corte - come organismo in grado senza dubbio di co-determinare quelle che sono le scelte operate dal legislatore - attraverso il percorso logico-ermeneutico da essa tracciato nella interpretazione della revisione costituzionale si è trovata, effettivamente, in questi anni, a far fronte all'incombente e perdurante necessità di risoluzione di alcune ambiguità di fondo cui si prestava il dettato normativo scaturente dalla riforma.

Rispetto a ciò, ovviamente l'unica alternativa possibile - al cospetto da una parte delle Regioni fieramente protese a rivendicare la propria autonomia e dall'altra dello Stato poco propenso a perdere la propria "primazia" - alla accentuazione di un federalismo regionale, allo stato, invece solo sulla carta e, soprattutto, appena "embrionale" era il garantire, nei limiti del possibile, anche in quella che poteva essere la "transizione" ad un modello autenticamente "federale", unitarietà nel rapporto tra le istituzioni, evitando profonde spaccature e divisioni nel sistema[3]. Tanto emerge dal contenzioso costituzionale

---

[1] La giurisprudenza della Corte costituzionale, in questi anni, ha chiaramente dimostrato che, nel sistema delle competenze legislative di Stato e Regioni delineato dal legislatore della riforma, il significato da ascriversi alla clausola "residuale" di cui al IV comma dell'art. 117, Cost., potesse variare, in misura anche rilevante, a seconda della più o meno ampia "latitudine interpretativa" con la quale venissero intesi, in particolare, ai sensi del II comma della stessa norma, gli <<ambiti di attribuzione>> afferenti la potestà legislativa "esclusiva" o "concorrente" dello Stato.

[2] Il superamento di un "regionalismo garantista" fondato sulla *separazione delle competenze* tra Stato e Regione a favore di un "regionalismo cooperativo" espressione, invece, del "principio di cooperazione" basato sulla necessaria *integrazione delle competenze* - normalmente ritenuto tipico degli ordinamenti di matrice federale - non ha trovato comunque, prima della riforma, compiuta realizzazione, se non in senso marcatamente "ascendente", traducendosi semmai, secondo alcuni, in un "regionalismo organicista" (*che vede nelle Regioni dei meri <<terminali>> per la realizzazione di scopi largamente prestabiliti in sede centrale, <<integrate>> dunque negli apparati dello Stato-persona e chiamate a cooperare ad attività specificamente volte al perseguimento di interessi nazionali*, *T. Martines*, *A. Ruggeri*, *C. Salazar*, *Lineamenti di Diritto Regionale*, 101 ss., Milano, 2005).
Rilevano la "etero-integrabilità" tra i due modelli nell'esperienza italiana anche *R. Bifulco*, *La cooperazione nello Stato unitario composto*, Padova, 1995 e *Id.*, *Cooperazione e separazione nel Titolo V*, in *T. Groppi-M. Olivetti* (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, 39, Torino, 2003. Da ultimo, *A. Concaro*, *Leale collaborazione e intese fra Stato e Regioni: Alcune riflessioni alla luce della recente giurisprudenza costituzionale* in *L'incerto federalismo, le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale* (a cura di), *N. Zanon* e *A Concaro*, Milano, 2005.

[3] La differente distribuzione del rapporto tra centro e periferia è apparsa da subito <<caratterizzazione essenziale>> della riforma (art. 114, I co., Cost.), il cui risultato più evidente è stato, conseguenzialmente, il capovolgimento - rispetto alla precedente versione della norma di cui all'art. 117, Cost. - delle competenze legislative di Stato e Regioni: << *Il nuovo art. 117 Cost. distribuisce le competenze legislative in base ad uno schema imperniato sulla enumerazione delle competenze statali; con un rovesciamento completo della*

prodottosi negli anni a partire dalla riforma e dalla giurisprudenza più recente che ne è derivata, attraverso la quale è possibile esaminare in "controluce", come su di una cartina al tornasole, se pur tra evidenti aporie logiche, contraddizioni e non di rado oscillazioni, l'opzione interpretativa utilizzata dal Giudice delle leggi, consistente non solo nell'intenzione - al fine di dirimere i profondi ed altrimenti insanabili contrasti che spesso si presentavano tra i soggetti istituzionali - di non arrecare alcun *vulnus* allo Stato, menomandone la capacità di legiferare nei propri ambiti di attribuzione, ma anche nella volontà volta a volta di espandere questa stessa capacità (attraverso la tecnica, ad esempio, delle "materie trasversali") quando necessario, ovvero di evitare diversamente, nella consapevolezza del ruolo politico-istituzionale assunto oramai dalle Regioni nel mutato assetto costituzionale, che essa potesse effettivamente espandersi, realizzando possibili interferenze e sovrapposizioni, o addirittura indebite intrusioni negli spazi di autonomia legislativa di queste ultime[4]. Sicché, complessivamente, tali esigenze portano a ritenere, comunque, che, nel sistema, *limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principi*

---

previgente tecnica del riparto sono ora affidate alle Regioni, oltre alle funzioni concorrenti, le funzioni legislative residuali >>, (punto 2.1 del *Considerato in diritto* della sent. 303/2003, su cui v. *ultra*). Tuttavia, la lettura della norma di cui all'art. 117, Cost., nella sua attuale formulazione, complessivamente valutata, offre più di un dubbio interpretativo. Infatti, se da una parte potrebbe avallarsi, stando al disposto di cui al primo comma della stessa norma, isolatamente considerato, la tesi c.d. della <<equiparazione>> tra la potestà legislativa di Stato e Regioni (*P. Cavalieri*, *La nuova autonomia legislativa delle Regioni*, in *Foro it.*, V, 202, 2001; *C. Pinelli*, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, ivi, 194, *M. Cammelli*, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 1274 ss.; *F. Pizzetti*, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico"esploso"*, ivi, 1176 ss.; *R. Bin*, *L'interesse nazionale dopo la riforma: continuità dei problemi, discontinuità della giurisprudenza costituzionale*, ivi, 1219, ma v. anche la giurisprudenza della Corte costituzionale a partire dalla sent. n. 274/2003, *A. Concaro* cit., 76, nota 3), dall'altra il combinato disposto del comma secondo (che presenta l'enumerazione tassativa di quelle che sono le "materie" attribuite alla potestà legislativa <<esclusiva>> dello Stato) e terzo (che presenta l'enumerazione di quelle che sono le "materie" oggetto della potestà legislativa <<concorrente>> delle Regioni, salvo che per la determinazione dei "principi fondamentali" riservata alla legislazione dello Stato) con il quarto (dal quale è enucleata una potestà legislativa <<esclusiva>> generale di carattere "residuale", ricavata in "negativo", tipica degli ordinamenti "federali" - che è la più pregnante novità della riforma - di cui sono titolari le Regioni) sembrerebbe delineare un ordinamento che propende di fatto - data, appunto, (l'apparente) "prevalenza" attribuibile nel sistema alla competenza legislativa <<esclusiva>> regionale, in virtù della clausola c.d. "federale" di cui al quarto comma - verso un modello di tipo "federalistico" (*L. Mezzetti* - a cura di - *La Costituzione delle autonomie*. *Le riforme del Titolo V, Parte II della Costituzione* 13 ss., Napoli, 2004).

[4] In effetti, la tecnica delle "materie trasversali" ampiamente utilizzata dalla Corte costituzionale, contribuendo incisivamente nel limitare gli effetti ricollegabili alla portata (pseudo) "rivoluzionaria" della clausola "residuale" di cui all'art. 117, IV co., Cost., ha, di fatto, "ancorato" l'ordinamento, nonostante la configurazione (solo) nominale di tipo "federalistico", ad una configurazione reale di tipo a tutt'oggi pressoché "centralistico" nella quale - come nell'ordinamento anteriore alla riforma - la competenza legislativa (esclusiva) dello Stato gioca un ruolo certamente di primo piano (cfr. sentt. Corte cost. nn. 282/2002, 407/2002, 88/2003, 14/2004, 345/2004). La Corte è, infatti, sempre
stata consapevole che un uso indiscriminato delle "materie trasversali" potesse alterare il sistema delle competenze così come disegnato dal legislatore della riforma (cfr. le stesse sentt. nn. 282/2002, 88/2003, 14/2004). In dottrina sulle "materie trasversali" *A. D'Atena*, *Materie legislative e tipologie delle competenze*, in *Quad. cost.*, 22, 2003; da ultimo, *G. Arconzo*, *Le materie trasversali nella giurisprudenza della Corte costituzionale dopo la riforma del Titolo V*, 182 ss., in *L'incerto federalismo* cit.

nelle materie di potestà concorrente…… significherebbe bensì circondare le competenze legislative delle Regioni di garanzie ferree, ma vorrebbe anche dire svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze [basti pensare al riguardo alla legislazione concorrente dell'ordinamento costituzionale tedesco (konkurrierende Gesetzgebung *) o alla clausola di supremazia nel sistema federale statunitense (* Supremacy Clause *)*] (punto 2.1 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 303/2003, su cui v. *infra*).

2). *Principio di leale collaborazione e modulo dell'intesa nei rapporti fra Stato e Regioni, dopo la riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione. Il percorso ermeneutico tracciato dalla Corte costituzionale dalla sentenza n. 303/2003 alla sentenza n. 31/2006*.

Il principio di leale collaborazione è venuto enucleandosi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, attraverso una lunga e complessa elaborazione, al fine di realizzare, nella formazione dei processi di co-decisione fra Stato e Regioni, la composizione di quegli <<interessi>>, coinvolti in particolari materie (materie c.d. "complesse", v. *supra*, nota 4), la cui "inestricabilità" - con la sovrapposizione o interferenza delle competenze che da essa poteva derivare - non consentiva altre forme di contemperamento[5].
In tal senso, si esprimeva la Corte nella sentenza n. 242/1997 allorché, puntualizzando caratteri e finalità del principio di leale cooperazione[6], lo definiva come quel principio che << *deve governare i rapporti fra lo Stato e le Regioni nelle materie e in relazione alle*

[5] Cfr. *S. Bartole*, *R. Bin*, *G. Falcon*, *R. Tosi*, *Diritto regionale*, 221 ss., Bologna, 2005. Sul principio di "leale collaborazione" nelle "intese" fra Stato e Regioni: *V. Crisafulli*, *Vicende della <<questione regionale>>*, in *Le Regioni*, 495 ss., 1982; *A. Costanzo*, *Aspetti problematici delle intese fra Stato e Regione*, in *Diritto e società*, 439 ss., 1983; *F. Rimoli*, *Il principio di cooperazione tra Stato e Regioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riflessioni su una prospettiva*, in *Dir. e soc.*, 370 ss., 1988; *S. De Gotzen*, *Interpretazione costituzionale, principio di buon andamento e individuazione giurisprudenziale del fondamento positivo del principio di leale cooperazione*, in *Le Regioni*, 705 ss., 1992; *M. Luciani*, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, 1321, 1994; *R. Bin*, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 3 ss., 2001; *A. Anzon*, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale*, 208 ss., Torino, 2002; *A. Gratteri*, *La faticosa emersione del principio costituzionale di leale collaborazione*, in *E. Bettinelli-F. Rigano* (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, 416 ss., Torino, 2004. Da ultimo, *A. Concaro*, *Leale collaborazione e intese fra Stato e Regioni: alcune riflessioni alla luce della recente giurisprudenza* costituzionale, 79 cit., in *N. Zanon* e *A. Concaro*, (a cura di), *L'incerto Federalismo*, Milano, 2005.
[6] *Le espressioni <<leale collaborazione>> e <<leale cooperazione>> possono essere considerate in tutto e per tutto equivalenti, anche se si potrebbe distinguere fra i due concetti per sostenere che la cooperazione sottolineerebbe la parità dei soggetti che lavorano insieme,mentre la collaborazione sarebbe più indicata per individuare un rapporto non paritario, dove chi collabora all'attività di altri sarebbe a questi, in una certa misura, subordinato*, così *A. Gratteri*, *La faticosa emersione del principio di leale collaborazione*, 416 ss., nota 10, cit.

attività in cui le rispettive competenze concorrano o si intersechino, imponendo un contemperamento dei rispettivi interessi…Tale regola, espressione del principio costituzionale fondamentale per cui la Repubblica, nella salvaguardia della sua unità, "riconosce e promuove la autonomie locali", alle cui esigenze "adegua i principi ed i metodi della sua legislazione" (art. 5 Cost.) va al di là del mero riparto costituzionale delle competenze ed opera dunque su tutto l'arco delle relazioni istituzionali fra Stato e Regioni, senza che a tal proposito assuma rilievo diretto la distinzione fra competenze legislative esclusive, ripartite e integrative, o fra competenze amministrative proprie e delegate>> (punto 4 del *Considerato in diritto*)[7].

In effetti, l'individuazione del fondamento normativo del principio di leale collaborazione in alcune disposizioni costituzionali tra cui, alfine, quella di cui all'art. 5 Cost. può considerarsi l'*acquis* della giurisprudenza costituzionale (mercè anche il contributo della dottrina) in oltre quasi quaranta anni di attività del Giudice delle leggi nel contenzioso istituzionale tra Stato e Regioni: essa è il prodotto di una tormentata gestazione da parte della Corte costituzionale che, attraverso un defatigante processo di elaborazione, è venuta sperimentando, *medio tempore*, sempre nuove e differenti "soluzioni" normative (anche di "settore") tra quelle che sono le regole (*rectius*, i principi) costituzionali, prima di poter rinvenire nel principio di *unità ed indivisibilità* sancito dall'art. 5 Cost. il caposaldo normativo "fondante" della leale collaborazione[8].

---

[7] E' solo con la sentenza n. 19/1997, ancor prima della sentenza n. 242/1997, che la Corte costituzionale individua con nettezza il fondamento "costituzionale" del principio di leale collaborazione nella norma di cui all'art. 5 Cost. (cfr. *A. Gratteri*, 433, cit), all'esito di un percorso ermeneutico che muoverebbe, secondo alcuni, dalla sentenza n. 219/1984 (*S. Bartole*, *La Corte costituzionale e la ricerca di un contemperamento fra supremazia e collaborazione nei rapporti fra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 1988, 587; *F. Rimoli*, *Il principio di cooperazione tra Stato e Regioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riflessioni su una prospettiva*, in *Diritto e società*, 1988, 370); ovvero, secondo altri, dalla sentenza n. 175/1976 (*M. Luciani*, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, 1994, 1321); ovvero, secondo altri ancora, dalla sentenza n. 116/1967 (*A. Anzon*, *I poteri della Regioni dopo la riforma costituzionale*, Torino, 139, 1993), se non proprio dalla sentenza n. 49/1958 (*A. Costanzo*, *Aspetti problematici delle intese fra Stato e Regione*, in *Diritto e società*, 1983, 439 ss.; *A. Gratteri*, 421, cit., individua nella sentenza n. 49/1958 il primo arresto nella giurisprudenza della Corte costituzionale che evochi "*espressamente la <<collaborazione>> fra lo Stato e la Regione sottolineando che tale rapporto <<è del tutto normale nel sistema delle nostre autonomie, sia che si tratti d'attività legislativa, sia che si tratti d'attività amministrativa>>*). Anche in dottrina, il principio di leale collaborazione individua in via principale il proprio fondamento normativo nell'art. 5 Cost. (v., *ex multis*, *F. Rimoli*, *Il principio di cooperazione tra Stato e Regioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riflessioni su una prospettiva*, 372, 396, cit.; *V. Crisafulli*, *Vicende della <<questione regionale>>*, 508, cit.

[8] La Corte costituzionale, prima di pervenire all'individuazione dell'art. 5 Cost., come norma "fondante" del principio di leale collaborazione, aveva già dato al principio in esame "copertura costituzionale" nell'ambito (di "settore") della <<tutela del paesaggio>> (art. 9 Cost.) in sent. n. 94/1985, ovvero in quanto "corollario" del principio costituzionale di efficienza e buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.) in sent. n. 214/1988 ed in sent. n. 139/1990 (cfr. *A. Gratteri*, 421-34, cit.).

In verità, il principio di leale cooperazione, la cui genesi può essere fatta risalire alla dottrina tedesca della metà del novecento[9], nasce e si sviluppa nell'ordinamento giuridico italiano (e nella maggior parte degli ordinamenti europei) come principio non scritto e, solo molto più tardi - con la riforma costituzionale del Titolo V - al termine di un cospicuo lavoro di "ricostruzione" di quelli che ne sono i fondamenti normativi, da parte dello *Judex legum*, è formalmente recepito nella Costituzione (art. 120, secondo comma)[10]. Esso è andato evolvendo, fino a quando non è entrata in vigore la riforma, secondo un percorso ermeneutico sostanzialmente "unidirezionale", ma potrebbe essere destinato - nel solco della differente logica "paritetica" di equiparazione fra Stato e Regioni, quale espressione della "mutua cooperazione", capace di coinvolgere reciprocamente i soggetti istituzionali nel nuovo assetto ordinamentale - a modificare significatamente la propria natura e funzione[11].

Pertanto, in un sistema, quale era il precedente ordinamento costituzionale, in cui il "principio di cooperazione", in mancanza forse di "condizioni strutturali", anche quando ha trovato applicazione, si è estrinsecato in senso prevalentemente "ascendente" (v., *supra*, nota 2), l'equiparazione (formale), sul piano legislativo, delle "posizioni" fra Stato e Regioni (art. 117, I co., Cost.), a seguito della riforma del Titolo V, Parte seconda della Costituzione, sia pur compensata dal (sostanziale) "rovesciamento" delle rispettive competenze tra i due soggetti istituzionali (combinato disposto dei commi II, III, IV, dell'art. 117 Cost., v., *supra,* nota 4), ha riproposto, con forza ancora maggiore, nel rapporto centro-periferia, da una parte, immediatamente, il problema della "sovrapposizione" delle rispettive funzioni legislative, dall'altra, di riflesso, sulla base del differente criterio di riparto stabilito per le funzioni amministrative dall'art. 118, 1, Cost. -

---

[9] <<La prima embrionale formulazione del principio di leale collaborazione può essere fatta risalire al pensiero di Rudolf Smend che, in un noto saggio del 1916 dedicato al *Diritto costituzionale non scritto nello Stato federale monarchico*, elaborò il principio della *Bundestreue* o lealtà federale>> (così *A. Gratteri*, *La faticosa emersione del principio di leale collaborazione*, 416 ss., cit.). *Unterschriebens Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, in *Festgabe Otto Mayer*, Tubingen Mohr, ora in *R. Smend*, *Staatrechtliche Abhandlungen*, Berlino, Duncker & Humblot, 1968, 39 ss.; Cfr. *A. Barbera*, *Regioni e interesse nazionale*, Milano, Giuffré, 1973, 193 ss.; *G. de Vergottini*, *Stato federale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, 1990, 851 ss.; *A. Anzon*, *La* Bundestreue *e il sistema federale tedesco: un modello per la riforma del regionalismo in Italia?*, Milano, Giuffré, 1995; *R. Bifulco*, *La cooperazione nello Stato unitario composto*, Padova, Cedam, 1995, 80 ss. (*A. Gratteri*, *ibidem*, cit.).

[10] L'art. 120, 2 co., Cost., ancora l'esercizio dei poteri sostitutivi da parte del Governo al rispetto (unitamente al principio di sussidiarietà) del principio di leale collaborazione. Tuttavia, secondo parte della dottrina, la collocazione del principio di leale collaborazione specificatamente all'interno di detta norma lo renderebbe privo di una portata generale, restringendone l'ambito applicativo entro i confini della (sola) fattispecie da essa considerata (*A. Anzon*, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale*, cit., 210 ss.; *F. Merloni*, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Diritto pubblico*, 865, 2002. In senso contrario, *A. Gratteri*, *La faticosa emersione del principio costituzionale di leale collaborazione*, cit., nota 82.

[11] Cfr. *A. Concaro*, 76, cit.; ivi *F. Merloni*, *La leale collaborazione nella Repubblica delle autonomie*, in *Dir. pubbl.*, 828 ss., 2002

attribuite ai Comuni ovvero, per assicurarne l'esercizio unitario, a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza - quello nient'affatto secondario dell'interferenza di queste ultime con le prime (per l'abbandono della vecchia regola del "parallelismo" delle funzioni, v., *amplius*, nota 10), complice anche il pressoché inesistente coordinamento tra i differenti "livelli" di governo di Stato e Regioni (v. art. 118, 3 co., Cost.)[12].

Infatti, salvo l'art. 118, 3 co., Cost. che, in riferimento alla *tutela dei beni culturali*, prevede vere e proprie forme di "intesa" (e coordinamento) fra Stato e Regioni, è solo la norma di cui all'art. 116, u. c., Cost. a stabilire espressamente la necessità di un'intesa fra Stato e Regioni, se pure allo scopo di configurare alcune ipotesi "speciali" di autonomia regionale (c.d. regionalismo differenziato).

E' altresì vero che, nell'ottica di decentramento delle funzioni legislative ed amministrative (artt. 117, co., 3 e 4 e 118 co., 1 e 2 Cost.), la nuova articolazione dei "livelli decisionali" (v. anche, su di un piano più generale, l'ormai ben noto fenomeno del *multilevel costitutionalism* e della *multilevel governance*)[13] esige non solo che la spinta "centrifuga" sia compensata da una eguale spinta "centripeta" quando necessario (*sussidiarietà verticale in senso ascendente*), ma che la "statuizione finale", indipendentemente dall'autorità che l'abbia assunta nell'attività di "*decision making*", possa essere comunque l'esito di una "procedura di compartecipazione" che, a guisa di ipotetica "stanza di compensazione", consenta la risoluzione di qualsivoglia eventuale conflitto nella dinamica inter-istituzionale. Paradigmatica, in tal senso, è la "fondamentale" sent. n. 303/2003[14],

---

[12] L'art. 118, 3 co., è una delle poche norme, appartenenti al nuovo testo costituzionale, che prevede l'opportunità di disciplinare con legge (statale), sia attraverso forme di *coordinamento* - per le ipotesi di cui all'art. 117, 2 co., lett. b) ed h) - sia attraverso forme di <<*intesa* e *coordinamento*>> - in riferimento alla *tutela dei beni culturali* - le relazioni fra i "livelli" di governo rispettivamente di Stato e Regioni.

[13] L'ordinamento comunitario, la proliferazione di altri sistemi giuridici paralleli, come ad esempio quelli connessi - trasversalmente ai sistemi nazionali - alle Autorità amministrative indipendenti, segnando l'avvento di un "ordine giuridico globale", hanno causato (irreversibilmente?) la crisi dello Stato di diritto (*Rechtsstaat*) - autarchico e territoriale - fondato sul classico principio della "separazione dei poteri", implicando, conseguenzialmente, il passaggio da un sistema gerarchico di fonti, a dimensione verticale, alla c.d. "rete", cioè ad un sistema normativo policentrico e multilivello, a dimensione orizzontale, in cui come efficacemente indicato da autorevole dottrina, << *è difficile individuare l'ottica complessiva e gli elementi sistemici, nel quale le corti internazionali e sovranazionali svolgono un ruolo determinante……..*>>, *C. Amirante*, *Costituzionalismo e Costituzione nel nuovo contesto europeo*, 29-30, Torino, 2003. Cfr in proposito anche *S. Cassese*, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, e, ancor prima, dello stesso autore, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 1999, e *Lo Stato introvabile*, Milano, 1997

[14] La Corte costituzionale, con la sentenza n. 303/2003, complessivamente, nei giudizi di legittimità costituzionale promossi da varie Regioni avverso alcune disposizioni della legge n. 443/2001 (Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici) e dei conseguenti decreti delegati (nn. 190 e 198 del 2002), ha respinto la più parte delle censure mosse dalle Regioni, per l'asserito *vulnus* recato dalle disposizioni oggetto dei ricorsi all'autonomia legislativa e amministrativa regionale in materia di "lavori pubblici".
In particolare, con distinti ricorsi, ritualmente notificati e depositati, le Regioni Marche, Toscana, Umbria ed Emilia-Romagna e la Provincia autonoma di Trento avevano sollevato questione di legittimità costituzionale – in

riferimento agli articoli 117, 118 e 119 della Costituzione e, limitatamente alla Provincia autonoma di Trento, all'articolo 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione) – dell'art. 1 della legge 21 dicembre 2001, n. 443 (Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive), anche detta "legge obiettivo".In particolare, le Regioni Toscana, Umbria ed Emilia-Romagna avevano denunciato i commi da 1 a 12 ed il comma 14 del menzionato art. 1, mentre la Regione Marche aveva impugnato soltanto i commi da 1 a 5. La Provincia autonoma di Trento aveva censurato a sua volta i commi da 1 a 4 dello stesso art. 1, precisando di non ritenere lese le prerogative ad essa spettanti in forza dello statuto e delle norme di attuazione, bensì affermando di voler denunciare l'incostituzionalità della legge n. 443 del 2001 "in quanto essa contraddice l'ulteriore livello di autonomia, spettante alla Provincia ai sensi dell'art. 117 della Costituzione" e dell'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001, il quale estende alle Regioni ad autonomia differenziata le previsioni del Titolo V della Parte II della Costituzione "per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite".Quanto alle singole censure, tutte le ricorrenti denunciavano il comma 1 dell'art. 1 della legge n. 443 del 2001, il quale attribuisce al Governo il compito di individuare le infrastrutture pubbliche e private e gli insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale da realizzare per la modernizzazione del Paese. Si lamentava anzitutto la violazione dell'art. 117 Cost., adducendosi al riguardo che il predetto compito non è ascrivibile ad alcuna delle materie di competenza legislativa esclusiva statale. Le Regioni Umbria ed Emilia-Romagna e la Provincia autonoma di Trento sostenevano, inoltre, che, non essendo più contemplata dall'art. 117 Cost. la materia dei "lavori pubblici di interesse nazionale", non sarebbe stato nemmeno possibile far riferimento alla dimensione nazionale dell'interesse così da escludere la potestà legislativa regionale, atteso che la scelta del legislatore costituzionale è stata proprio quella di considerare detta dimensione come rilevante in relazione al riparto solo nell'ambito di quanto assegnato allo Stato a titolo di potestà legislativa esclusiva o concorrente. Le Regioni Marche e Toscana adducevano poi che l'individuazione delle grandi opere rientrerebbe, in parte, in uno degli ambiti materiali individuati dall'art. 117, terzo comma, Cost. (quali porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia), ma la disposizione censurata, da un lato, avrebbe previsto una disciplina di dettaglio e non di principio e dunque lesiva dell'autonomia legislativa regionale; dall'altro avrebbe escluso le Regioni dal processo "codecisionale", che doveva, invece, essere garantito in base allo strumento dell'intesa tra Stato e Regioni medesime. Tale ultimo profilo di censura, sia pure in subordine all'assunto per cui nella specie non sarebbe comunque possibile far riferimento ad alcuna delle materie elencate nel terzo comma dell'art. 117 Cost., era stato fatto proprio anche dalle Regioni Umbria ed Emilia-Romagna e dalla Provincia autonoma di Trento, secondo le quali la potestà legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni su tali opere, chiaramente anche di interesse "nazionale", richiederebbe che su di esse vi fosse un coinvolgimento di entrambi i livelli di governo. In definitiva, si riteneva che la disposizione del comma 1 violasse anche il principio di leale collaborazione, giacché non prevedeva che l'individuazione delle c.d. grandi opere fosse determinata dalle Regioni, o quanto meno dal Governo d'intesa con le Regioni interessate. La ricorrente rilevava inoltre che la disposizione censurata non avrebbe potuto giustificarsi neppure come una forma di intervento previsto dall'art. 119, quinto comma, Cost., ossia quale attribuzione di risorse aggiuntive e di interventi speciali in favore delle singole autonomie locali, giacché essa si limitava a prevedere una competenza generale dello Stato sulla determinazione di programmi e interventi da realizzarsi in futuro e rispetto ai quali dovranno definirsi e ricercarsi le relative risorse. Così, attribuendo al Governo il compito di reperire tutti i finanziamenti allo scopo disponibili, la disposizione denunciata sarebbe venuta ad incidere sull'autonomia finanziaria delle Regioni, costituzionalmente garantita "in relazione al reperimento delle risorse per la realizzazione delle infrastrutture la cui decisione rientra nella competenza regionale". Tutte le ricorrenti impugnavano poi il comma 2 dell'art. 1 della "legge obiettivo" che detta – dalla lettera a) alla lettera o) – i principi ed i criteri direttivi in base ai quali il Governo è chiamato ad emanare, entro 12 mesi dall'entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi "volti a definire un quadro normativo finalizzato alla celere realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti individuati ai sensi del comma 1". In base ad analoghe censure, che evocavano il contrasto con l'art. 117 Cost., si deduceva anzitutto che la prevista normativa, in quanto derogatoria della legge quadro sui lavori pubblici (legge 11 febbraio 1994, n. 109), avrebbe violato la potestà legislativa esclusiva delle Regioni in materia di appalti e lavori pubblici. Si sosteneva inoltre che, pur nella ipotesi in cui si intendesse riconoscere in materia una potestà legislativa concorrente, sarebbero state egualmente violate le competenze regionali perché il denunciato comma 2 detta principî non già alle Regioni ma al Governo e ciò attraverso una disciplina compiuta e di dettaglio, non cedevole rispetto ad una eventuale futura legislazione regionale.

In particolare le Regioni Umbria ed Emilia-Romagna, nonché la Provincia autonoma di Trento, affermavano che la disposizione del comma 2 sarebbe stata ben lungi dal conformarsi al modello costituzionale, per il quale, anche in relazione alle opere maggiori, la competenza legislativa ripartita deve riflettersi in una gestione congiunta tra Stato e Regioni in "tutti i momenti in cui l'amministrazione di tali opere si scompone, secondo le regole dei principî di sussidiarietà e di leale cooperazione"..La sola Regione Marche assumeva altresì l'esistenza della violazione degli artt. 117, quarto comma, 118 e 119 Cost., nella parte in cui il comma 2 prevede criteri direttivi rivolti all'esercizio di competenze amministrative e al reperimento e all'organizzazione delle risorse. Le Regioni Umbria ed Emilia-Romagna, nonché la Provincia autonoma di Trento sollevavano inoltre ulteriori

specifiche censure avverso le lettere *g*) ed *n*), del comma 2, lamentandone il contrasto con il "diritto europeo". Quanto alla lettera *g*), nella parte in cui circoscrive l'obbligo per il soggetto aggiudicatore di rispettare la normativa europea in tema di evidenza pubblica solo "nel caso in cui l'opera sia realizzata prevalentemente con fondi pubblici", si sarebbe trattato di previsione che non trova riscontro nella direttiva 93/37 CEE, neppure nel caso del ricorso all'istituto della concessione di lavori pubblici (art. 3, § l) o all'affidamento ad unico soggetto contraente generale. Essendo, infatti, pur sempre quello dell'appalto di lavori un contratto a titolo oneroso tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice, la stessa partecipazione diretta al finanziamento dell'opera o il reperimento dei mezzi finanziari occorrenti, da parte del contraente generale [comma 2, lettera *f*)], non avrebbe avuto rilievo ai fini dell'esenzione dal regime comunitario. Secondo la Regione ricorrente l'interesse a siffatta censura si sarebbe radicato sia nella titolarità di competenza legislativa concorrente, sia nel fatto che l'emanazione di disposizioni contrastanti con la normativa europea "renderà non più semplice ma al contrario più difficoltosa la realizzazione delle opere", cui la Regione stessa ha interesse, per il probabile avvio di contestazioni in sede comunitaria. Da tale ultimo profilo muoveva l'ulteriore censura che investe la lettera *n*), seconda frase, dello stesso comma 2, nella parte in cui restringe, per tutti gli "interessi patrimoniali", la tutela cautelare al "pagamento di una provvisionale". Questa disposizione – che preclude la sospensione del provvedimento impugnato e rende possibile la prosecuzione della gara fino alla stipulazione del contratto, consolidando gli effetti di eventuali atti illegittimi compiuti nella procedura di gara – si sarebbe posta in contrasto con la direttiva 89/665/CEE (c.d. direttiva ricorsi), riducendo "le possibilità di tutela piena per i concorrenti che lamentassero violazioni delle norme comunitarie in materia di appalti" e ciò in quanto avrebbe anticipato alla fase cautelare quella limitazione della tutela al risarcimento del danno che l'art. 2, paragrafo 6, della citata direttiva consente nella fase successiva alla "stipulazione di un contratto in seguito all'aggiudicazione dell'appalto". Una scelta, questa, che – oltre a risultare incompatibile con l'art. 113 Cost. – avrebbe potuto determinare "un forte aggravio dei costi, data la necessità di pagare due volte il profitto d'impresa (una volta a titolo di compenso, la seconda a titolo di danno)" e tale, in ogni caso, da rendere presumibile una reazione negativa da parte delle autorità comunitarie e delle imprese interessate, così da "complicare ulteriormente la vicenda delle opere interessate". Era stato poi denunciato, da tutte le ricorrenti, il comma 3, che abilita il Governo a modificare o integrare il regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici n. 109 del 1994, adottato con d. p. r. 21 dicembre 1999, n. 554, ponendosi così in contrasto con l'art. 117, sesto comma, Cost., secondo il quale lo Stato non avrebbe alcuna potestà regolamentare nella predetta materia. Tutte le parti ricorrenti impugnavano inoltre il comma 4, che delegava il Governo, limitatamente agli anni 2002 e 2003, ad emanare, nel rispetto dei principî e dei criteri direttivi di cui al precedente comma 2, uno o più decreti legislativi recanti l'approvazione definitiva di specifici progetti di infrastrutture strategiche individuate secondo quanto previsto al comma 1. Le censure mosse dalle ricorrenti, che si svolgevano secondo argomentazioni già sviluppate in riferimento alla questione concernente il comma 2, evidenziavano che le cosiddette "infrastrutture strategiche" rientrano in parte in materie di potestà legislativa concorrente, in parte in materie di potestà legislativa regionale residuale, sicché non sarebbe stato ammissibile, in riferimento a queste ultime, l'intervento di alcun "decreto legislativo" per la diretta approvazione definitiva dell'opera, mancando appunto la potestà legislativa statale specifica nella materia. La sola Regione Marche censurava il comma 5, sostenendo che la prevista clausola di salvaguardia in favore delle autonomie speciali avrebbe confermato "la violazione, a danno delle Regioni di diritto comune, delle competenze costituzionalmente garantite dagli artt. 117, 118 e 119 Cost.". Le Regioni Toscana, Umbria ed Emilia-Romagna denunciavano infine i commi da 6 a 12 ed il comma 14 dell'art. 1 della legge n. 443 del 2001, che dettano una disciplina in materia edilizia. Nel delineare sinteticamente il contenuto delle censurate disposizioni, le ricorrenti evidenziavano, segnatamente, che con il comma 6 si indicano alcuni interventi edilizi per i quali l'interessato può scegliere la realizzazione "in base a semplice denuncia di inizio di attività" in alternativa a concessione o autorizzazione edilizia; ad esso si ricollega il comma 12, il quale stabilisce che "le disposizioni di cui al comma 6 si applicano nelle Regioni a statuto ordinario a decorrere dal novantesimo giorno dalla data di entrata in vigore della presente legge", e che le stesse Regioni "con legge, possono individuare quali degli interventi indicati al comma 6 sono assoggettati a concessione edilizia o ad autorizzazione edilizia". Le censure, di analogo tenore, prospettavano la violazione dell'art. 117 Cost., sostenendosi, in linea principale, che l'edilizia rientra nelle materie a potestà legislativa residuale delle Regioni e dunque non potrebbe essere oggetto di disciplina statale. In ogni caso, secondo le ricorrenti, ove si fosse inteso ricondurre la materia dell'edilizia a quella del governo del territorio e, quindi, a materia di legislazione concorrente, sarebbe stato egualmente violato l'art. 117 Cost., in quanto le disposizioni denunciate ponevano una disciplina analitica e dettagliata, non limitandosi dunque a dettare i principî fondamentali.

In particolare, poi, avverso il comma 12 la Regione Toscana deduceva che la norma, rendendo applicabile alle Regioni quanto disposto dal comma 6, avrebbe vanificato le leggi regionali che hanno disciplinato procedure e titoli abilitativi per l'attività edilizia. Le Regioni Umbria ed Emilia-Romagna precisavano altresì che, seppure il denunciato comma 12 ritarda di novanta giorni l'applicazione del comma 6 consentendo alle leggi regionali di individuare quali degli interventi indicati dal medesimo comma continuassero ad essere assoggettati a concessione edilizia o ad autorizzazione edilizia, tuttavia, da un lato, permaneva il carattere operativo e non di principio della disciplina statale; dall'altro, al legislatore regionale sarebbe stata lasciata soltanto la scelta "di fissare se per un certo intervento fosse necessario o meno il previo provvedimento, mentre i commi 8, 9 e 10,

che pure contenevano mere norme procedurali e di dettaglio, apparivano intangibili da parte del legislatore regionale".Sempre le Regioni Umbria ed Emilia-Romagna svolgevano ulteriori considerazioni sull'incostituzionalità del comma 14, il quale delegava il Governo a modificare il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui all'art. 7 della legge 8 marzo 1999, n. 50, per adeguarlo alle modifiche disposte dalla legge n. 443. Ad avviso delle ricorrenti, sarebbe stato il concetto stesso di testo unico a violare il riparto costituzionale delle competenze e ciò non soltanto per le materie "residuali regionali", nelle quali non è prevista, in linea di principio, alcuna interferenza della normativa statale, ma anche per le materie di competenza concorrente; per queste ultime la diretta disciplina operativa dovrebbe essere essenzialmente regionale, con il vincolo di conformazione ai principî della legislazione statale. Non sarebbe, pertanto, possibile emanare un "testo unico" delle disposizioni relative ad una materia concorrente, giacché un simile testo conterrebbe norme statali per le quali sarebbe naturale la impossibilità di applicazione in ambito regionale "se non attraverso il vincolo che i principî esercitano sulla legislazione regionale, per definizione esclusa dal testo unico". Risulterebbe, poi, paradossale – sostenevano ancora le ricorrenti – la concezione di un testo unico (come nel caso dell'edilizia) delle disposizioni statali legislative e regolamentari, atteso che già nel precedente assetto costituzionale non poteva aversi, nelle materie di competenza legislativa regionale, una normativa statale regolamentare...(v. *Ritenuto in fatto,* punti 1- 7)

La Corte costituzionale, riuniti i giudizi, 1) *dichiara* la illegittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 3, ultimo periodo, della legge 21 dicembre 2001, n. 443 (Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive); 2) *dichiara* la illegittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 3-*bis*, della medesima legge, introdotto dall'articolo 13, comma 6, della legge 1° agosto 2002, n. 166 (Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti); 3) *dichiara* inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 1, commi 1, 2, 3 e 4, della legge 21 dicembre 2001, n. 443, sollevate, in riferimento all'articolo 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, e agli articoli 117 e 118 della Costituzione, dalla Provincia autonoma di Trento, con il ricorso indicato in epigrafe; 4) *dichiara* non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 1, della legge 21 dicembre 2001, n. 443, sollevate, in riferimento agli articoli 117, 118 e 119 della Costituzione dalla Regione Marche e, in riferimento all'articolo 117 della Costituzione, dalle Regioni Toscana, Umbria ed Emilia-Romagna, con i ricorsi indicati in epigrafe; 5) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 1, della legge 21 dicembre 2001, n. 443, come sostituito dall'articolo 13, comma 3, della legge 1° agosto 2002, n. 166, sollevata, in riferimento agli articoli 117, 118 e 119 della Costituzione, dalla Regione Toscana, con il ricorso indicato in epigrafe; 6) *dichiara* inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 2, lettere *a*), *b*), *c*), *d*), *e*), *f*), *g*), *h*), *i*), *l*), *m*), *n*) e *o*), della legge 21 dicembre 2001, n. 443, sollevate, in riferimento agli articoli 117, 118 e 119 della Costituzione, dalla Regione Marche e, in riferimento all'articolo 117 della Costituzione, dalle Regioni Toscana, Umbria ed Emilia-Romagna, con i ricorsi indicati in epigrafe; 7) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 2, lettera *g*), della legge 21 dicembre 2001, n. 443, sollevata, in riferimento all'articolo 117, primo comma, della Costituzione, dalle Regioni Umbria ed Emilia-Romagna, con i ricorsi indicati in epigrafe; 8) *dichiara* inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 2, lettera *n*), della legge 21 dicembre 2001, n. 443, sollevata, in riferimento all'articolo 117, primo comma, della Costituzione, dalle Regioni Umbria ed Emilia-Romagna, con i ricorsi indicati in epigrafe; 9) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 2, lettera *c*), della legge 21 dicembre 2001, n. 443, come sostituito dall'articolo 13, comma 5, della legge 1° agosto 2002, n. 166, sollevata, in riferimento agli articoli 117 e 118 della Costituzione, dalla Regione Toscana, con il ricorso indicato in epigrafe; 10) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 4, della legge 21 dicembre 2001, n. 443, sollevate, in riferimento agli articoli 117, 118 e 119 della Costituzione, dalla Regione Marche e, in riferimento all'articolo 117 della Costituzione, dalle Regioni Toscana, Umbria ed Emilia-Romagna, con i ricorsi indicati in epigrafe; 11) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 5, della legge 21 dicembre 2001, n. 443, sollevata, in riferimento agli articoli 117, 118 e 119 della Costituzione, dalla Regione Marche, con il ricorso indicato in epigrafe; 12) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 1, commi 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 e 14, della legge 21 dicembre 2001, n. 443, sollevate, in riferimento all'articolo 117 della Costituzione, dalle Regioni Toscana, Umbria ed Emilia-Romagna, con i ricorsi indicati in epigrafe; 13) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 1-*bis*, della legge 21 dicembre 2001, n. 443, introdotto dall'articolo 13, comma 4, della legge 1° agosto 2002, n. 166, sollevata, in riferimento agli articoli 117, 118 e 119 della Costituzione, dalla Regione Toscana, con il ricorso indicato in epigrafe; 14) *dichiara* non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 13, commi 1 e 11, della legge 1° agosto 2002, n. 166, sollevata, in riferimento agli articoli 117, 118 e 119 della Costituzione, dalla Regione Toscana, con il ricorso indicato in epigrafe; 15) *dichiara* la illegittimità costituzionale dell'articolo 15, commi 1, 2, 3 e 4, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190 (Attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale); 16) *dichiara* la illegittimità costituzionale dell'articolo 19, comma 2, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, nella parte in cui, per le infrastrutture e gli insediamenti produttivi strategici, per i quali sia stato riconosciuto, in sede di intesa, un concorrente interesse regionale, non prevede che la

commissione speciale per la valutazione di impatto ambientale (VIA) sia integrata da componenti designati dalle Regioni o Province autonome interessate; 17) *dichiara* inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 1, 2, 3, 4, 13 e 15 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevate, in riferimento agli articoli 76, 117, 118 e 120 della Costituzione e agli articoli 8, primo comma, numeri 5, 6, 9 , 11, 14, 16, 17, 18, 19, 21, 22, e 24; 9, primo comma, numeri 8, 9 e 10; e 16 del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670, agli articoli 19, 20 e 21 del d.P.R. 22 marzo 1974, n. 381 e all'articolo 4 del decreto legislativo 16 marzo 1992, n. 266, dalla Provincia autonoma di Trento, con il ricorso indicato in epigrafe; 18) *dichiara* non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevata, in riferimento agli articoli 117 e 118 della Costituzione, all'articolo 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, e all'articolo 2 del decreto legislativo 16 marzo 1992, n. 266, dalla Provincia autonoma di Bolzano, con il ricorso indicato in epigrafe; 19) *dichiara* non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 13, comma 5, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevata, in riferimento agli articoli 8, primo comma, numeri 5, 6, 9 , 11, 14, 16, 17, 18, 19, 21, 22, e 24; 9, primo comma, numeri 8, 9 e 10; e 16 del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670, e all'articolo 2 del decreto legislativo 16 marzo 1992, n. 266, dalla Provincia autonoma di Bolzano, con il ricorso indicato in epigrafe; 20) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 5, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevata, in riferimento all'articolo 117 della Costituzione, dalle Regioni Marche e Toscana, con i ricorsi indicati in epigrafe; 21) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 7, lettera *e*), del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevate, in riferimento agli articoli 76, 117, commi terzo, quarto e sesto, e 118 della Costituzione, dalla Regione Toscana, in riferimento agli articoli 117, commi terzo quarto e sesto, e 118 della Costituzione, dalla Regione Marche, in riferimento agli articoli 8, primo comma, numeri 5, 6, 9, 11, 14, 16, 17, 18, 19, 21, 22, e 24; 9, primo comma, numeri 8, 9 e 10; e 16 del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670, e agli articoli 19 e 20 del d.P.R. 22 marzo 1974, n. 381, dalla Provincia autonoma di Bolzano, con i ricorsi indicati in epigrafe; 22) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 2, commi 1, 2, 3, 4, 5 e 7; 3, commi 4, 5, 6, e 9; e 13, commi 5 e 15, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevate, in riferimento agli articoli 117 e 118 della Costituzione, all'articolo 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, e agli articoli 8, primo comma, numeri 5, 6, 9, 11, 14, 16, 17, 18, 19, 21, 22, e 24; 9, primo comma, numeri 8, 9 e 10; e 16 del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670, e all'articolo 4, comma 1, del decreto legislativo 16 marzo 1992, n. 266, dalla Provincia autonoma di Bolzano, con il ricorso indicato in epigrafe; 23) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 2, commi 2, 3, 4 e 5, sollevate, in riferimento agli articoli 8, primo comma, numeri 5, 6, 9, 11, 14, 16, 17, 18, 19, 21, 22, e 24; 9, primo comma, numeri 8, 9 e 10; e 16 del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670, e all'articolo 4, comma 3, del decreto legislativo 16 marzo 1992, n. 266, dalla Provincia autonoma di Bolzano, con il ricorso indicato in epigrafe; 24) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 2, comma 5, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevate, in riferimento agli articoli 117 e 118 della Costituzione, dalle Regioni Toscana e Marche, con i ricorsi indicati in epigrafe; 25) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 2, comma 7, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevate, in riferimento agli articoli 117, 118 e 120 della Costituzione, dalla Regione Toscana, e, in riferimento agli articoli 117 e 118 della Costituzione, dalla Regione Marche, con i ricorsi indicati in epigrafe; 26) *dichiara* inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 3 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevate, in riferimento agli articoli 117 della Costituzione, dalle Regioni Toscana e Marche, con i ricorsi indicati in epigrafe; 27) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 3, comma 5, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevata, in riferimento all'articolo 76 della Costituzione, in relazione all'articolo 1, comma 2, lettera *d*), della legge 21 dicembre 2001, n. 443, dalla Regione Toscana, con il ricorso indicato in epigrafe; 28) *dichiara* non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 3, commi 6 e 9, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevate, in riferimento agli articoli 114, commi primo e secondo, 117, commi terzo, quarto e sesto, e 118, commi primo e secondo, della Costituzione, dalle Regioni Toscana e Marche, con i ricorsi indicati in epigrafe; 29) *dichiara* non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 4, comma 5, e 13 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevate, in riferimento agli articoli 114, commi primo e secondo, 117, commi terzo, quarto e sesto, e 118, commi primo e secondo, della Costituzione, dalle Regioni Toscana e Marche, con i ricorsi indicati in epigrafe; 30) *dichiara* inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 e 11 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevate, in riferimento all'articolo 117 della Costituzione, dalle Regioni Toscana e Marche, con i ricorsi indicati in epigrafe; 31) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 5, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevata, in riferimento all'articolo 76 della Costituzione, dalla Regione Toscana, con il ricorso indicato in epigrafe; 32) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 8 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevata, in riferimento agli articoli 76 e 117 della Costituzione, dalla Regione Toscana, con il ricorso indicato in epigrafe; 33) *dichiara* inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 16 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, sollevata, in riferimento agli articoli 117 e 118 della Costituzione, dalla Regione Toscana, con il ricorso indicato in epigrafe; 34) *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 17, 18, 19, commi 1 e 3, e 20 del decreto legislativo 19 agosto 2002, n.

che ha incisivamente contribuito alla individuazione del principio di sussidiarietà[15], stabilito dall'art. 118, I co., Cost., quale principio in grado di caratterizzare secondo parametri di flessibilità, lo schema di riparto delle attribuzioni di Stato e Regioni: << *Anche nel nostro sistema costituzionale sono presenti congegni volti a rendere più flessibile un disegno che, in ambiti nei quali coesistono, intrecciate, attribuzioni e funzioni diverse, rischierebbe di vanificare, per l'ampia articolazione delle competenze, istanze di unificazione presenti nei più svariati contesti di vita, le quali, sul piano dei principi giuridici, trovano sostegno nella proclamazione di unità e indivisibilità della Repubblica. Un elemento di flessibilità è indubbiamente contenuto nell'art. 118, primo comma, Cost., il quale si riferisce esplicitamente alle funzioni amministrative, ma introduce per queste un meccanismo dinamico che finisce col rendere meno rigida……la stessa distribuzione delle competenze legislative, là dove prevede che le funzioni amministrative, generalmente attribuite ai Comuni, possano essere allocate ad un livello di governo diverso per assicurarne l'esercizio unitario, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza* >> (punto 2.1 del *Considerato in diritto*, corsivo nostro). In altre parole, l'integrabilità nel sistema delle funzioni amministrative con quelle legislative esigerebbe che il principio di sussidiarietà, pur concepito sul terreno delle sole competenze amministrative, potesse operare anche in riferimento a quelle legislative; di

---

190, sollevate, in riferimento all'articolo 117 della Costituzione, dalle Regioni Toscana e Marche, con i ricorsi indicati in epigrafe; 35) *dichiara* la illegittimità costituzionale del decreto legislativo 4 settembre 2002, n. 198 (Disposizioni volte ad accelerare la realizzazione delle infrastrutture di telecomunicazioni strategiche per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 21 dicembre 2001, n. 443); 36) *dichiara* inammissibile il ricorso proposto dal Comune di Vercelli "per sollevare questione di legittimità costituzionale e conflitto di attribuzione" avverso il decreto legislativo 4 settembre 2002, n. 198.
Sulla sent. n. 303/2003 la letteratura è molto ampia: S. Bartole, Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale (nota a Corte cost. n. 303/2003), in Le Regioni, 2-3/2004; L. Violini, I confini della sussidiarietà: potestà legislativa "concorrente", leale collaborazione e strict scrutiny, ivi; A. D'Atena, L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale, in Giur. Cost., 2776 ss. 2003; A. Anzon, Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni (nota a Corte cost. n. 303/2003), ivi, 2782 ss. ; A. Moscarini, Sussidiarietà e supremacy clause, sono davvero perfettamente equivalenti?, ivi, 2791 ss. ; A. Gentilini, Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidirietà legislativa, a cavallo del principio di legalità, ivi, 2805; Q. Camerlengo, Dall'amministrazione alla legge, seguendo il principio di sussidiarietà. Riflessioni in merito alla sent. n. 303/2003 della Corte costituzionale, in *www.forumcostituzionale.it*; F. Cintioli, Le forme dell'intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sent. n. 303/2003, ivi; E. D'Arpe, La Consulta censura le norme statali "cedevoli" ponendo in crisi il sistema: un nuovo aspetto della sentenza 303/2003, ivi; A. Morrone, La Corte costituzionale riscrive il Titolo V ? , ivi; A. Ruggeri, Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare) in una storica (e però solo in parte soddisfacente) pronunzia (Nota a Corte cost. n. 303/2003) ivi; R. Dickmann, La Corte costituzionale attua ed (integra) il Titolo V (osservazioni a Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303), in *www.federalismi.it*; L. Torchia, In principio sono le funzioni (amministrative): la legislazione seguirà (a proposito della sentenza 303/2003 della Corte Costituzionale), in *www.astridonline.it*.

[15] Il principio di sussidiarietà è principio di derivazione comunitaria, enunciato per la prima volta nel Trattato di Maastricht, poi recepito *medio tempore* dalla riforma - a Costituzione invariata - varata con la ben nota legge n. 59/1997 (c.d. legge Bassanini), e dal successivo decreto delegato n. 112/1998. Ma è solo con la riforma del Titolo V, Parte seconda, della Costituzione (attuata, da ultimo, con la legge costituzionale n. 3/2001) che esso assurge al rango di principio costituzionale (art. 118, 1 co., per la sussidiarietà verticale e 4 co., Cost., per la sussidiarietà orizzontale).

guisa che l'enucleazione di esso, declinato secondo quella vocazione dinamica che è più conforme alla propria attitudine di tipo "ascensionale" consente senz'altro, ad avviso della Corte, di attrarre verso l'alto, riallocandole in capo allo Stato, quando necessario, competenze di derivazione regionale, in modo da rendere meno rigido ed "anelastico" il complesso delle funzioni sia legislative che amministrative. Pertanto, il meccanismo allocativo ascendente delle competenze amministrative, afferente il principio di sussidiarietà, può riflettersi anche sulla distribuzione delle funzioni legislative in virtù del principio di "legalità" che imporrebbe alle funzioni amministrative di essere organizzate e regolate da quelle legislative presso il medesimo "livello decisionale" dal quale le prime promanano, ragion per cui se le suddette funzioni amministrative vengono attratte e, successivamente, esercitate a livello nazionale sarà la legge statale a disciplinarne le modalità di esercizio[16]: << *E' del resto coerente con la matrice teorica e con il significato*

[16] Parla di <<nuovo e inedito "parallelismo" fra amministrazione e legislazione che viene argomentato nella sentenza>> *L. Torchia, In principio sono le funzioni (amministrative)...* cit.; di "parallelismo rovesciato" o espresso in forma *moderata, A. Ruggeri, Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare)....*cit. Riferisce, inoltre, l'autore che <<l'espansione della sussidiarietà al campo della legislazione era già stata propugnata, tra gli altri, da *O. Chessa*, *La sussidiarietà verticale nel nuovo Titolo V*, in AA. VV., *Alla ricerca dell'Italia federale*, a cura di *G. Volpe*, Pisa, 2003, 173 ss. >>; ma, soprattutto, contestando, in via generale, alla Corte la responsabilità di avere "debordato" dagli *argini stretti* del dettato costituzionale, pone in evidenza una rilevante "asimmetria", nel rapporto tra le fonti, individuabile nell'aver "privato", pur conformandosi al principio di separazione delle competenze nei rapporti tra le fonti di Stato e Regioni, i regolamenti statali della capacità di modificare gli ordinamenti regionali a livello primario, mercè un'interpretazione dell'art. 117, 6 co., Cost. difforme da quella che assoggetterebbe, proprio in virtù di questa norma, la potestà regolamentare dello Stato alla regola del parallelismo collocandola, ad opera degli stessi principi di sussidiarietà ed adeguatezza, accanto alle funzioni amministrative e legislative. In altre parole, si rimprovera alla Corte di non aver saputo portare *ad consequentias* il proprio *iter* "speculativo", conformandosi sostanzialmente non al principio di separazione ma a quello di gerarchia delle fonti (anche) nel rapporto tra ordinamento statale e regionale.
Non è possibile affrontare in questa sede *funditus* il problema relativo al rapporto delle funzioni legislative e amministrative di Stato, Regioni e Comuni, nel quadro dell'ordinamento costituzionale dopo la riforma del Titolo V, Parte seconda della Costituzione. Basti accennare, come già rilevato in dottrina, che la sentenza n. 303/2003 configura una vera e propria inversione della vecchia "regola" del parallelismo che, nel testo costituzionale anteriore alla riforma del 2001, stabiliva appunto una sorta di parallelismo delle funzioni fra potestà legislativa regionale (art. 117 Cost.) e competenze amministrative (art. 118 Cost.), in ossequio al quale l'amministrazione costituiva attuazione e/o esecuzione del potere legislativo di guisa che il soggetto titolare della funzione legislativa in una determinata materia disponeva delle funzioni amministrative nella medesima materia (con possibilità di delega e/o attribuzione ad altro soggetto). Tuttavia, proprio la riforma costituzionale del 2001 ha operato la distinzione fra i differenti criteri di riparto rispettivamente delle funzioni legislative (art. 117, commi 2, 3, e 4, Cost. v. *supra*) e di quelle amministrative (ex art. 118, comma 1, Cost. attribuite prima, in forma di clausola generale, ai Comuni e poi, in via di eccezione, a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato) in luogo della riformulazione della "regola" del parallelismo. Pertanto, quel che è più evidente, prima di tutto, è il fatto che l'integrazione delle funzioni legislative con quelle amministrative, complessivamente valutata, così come viene strutturandosi, si riveli suscettibile di sollevare, nel nuovo modello istituzionale, a seconda dei casi, cioè in ragione della differente articolazione fra di esse, più di un problema funzionale e/o di carattere applicativo; ma, oltre a ciò, di rilievo è, appunto, anche la circostanza che, originatasi dalla sentenza n. 303/2003 una vera e propria "reviviscenza" del principio del parallelismo, esso sia stato elaborato, da parte del Giudice delle leggi, attraverso una scepsi interpretativa inusitata, in quanto capace di dare luogo ad una configurazione effettivamente invertita - non sufficiente però, ad avviso della Corte, a coinvolgere anche la funzione regolamentare dello Stato - rispetto a quella tradizionale ante riforma, in virtù della quale non sono più le funzioni amministrative a seguire quelle legislative, bensì queste ultime - sulla base del principio di legalità - ad essere "agganciate" alle prime.

pratico della sussidiarietà che essa agisca come subsidium *quando un livello di governo sia inadeguato alle finalità che si intenda raggiungere; ma se ne è comprovata un'attitudine ascensionale deve allora concludersi che, quando l'istanza di esercizio unitario trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato. Ciò non può restare senza conseguenze sull'esercizio della funzione legislativa, giacché il principio di legalità, il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni, con discipline differenziate possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere ad un compito siffatto* >>(*Ibidem*).

Ma, se è vero che il principio di sussidiarietà (verticale) in senso "ascendente" di cui all'art. 118, 1 co., Cost., nella sua (piana) applicazione è capace, al ricorrere di alcune condizioni (v. *infra*), anche di derogare al normale riparto delle competenze, stabilito nell'art. 117 Cost., bisogna, tuttavia, pur chiedersi, nello specifico, in che modo esso concretamente possa derogare ai differenti titoli competenziali, singolarmente considerati, previsti dalla norma predetta.

In altre parole, se ed in che misura il principio di sussidiarietà possa effettivamente derogare, nella esplicazione della propria attitudine ascensionale, al contenuto precettivo dell'art. 117 Cost.; ed, in tal senso, il problema è prospettabile, *prima facie*, in riferimento soltanto a quello che è il "campo di operatività" della decisione in esame, cioè in relazione alla (sola) competenza legislativa esclusiva o concorrente dello Stato: << *La disciplina contenuta nella legge n. 443 del 2001, come quella recata dal decreto legislativo n. 190 del 2002, investe solo materie di potestà statale esclusiva o concorrente ed è quindi estranea alla materia del contendere la questione se i principi di sussidiarietà ed adeguatezza permettano di attrarre allo Stato anche competenze legislative residuali delle Regioni* >> (punto 2.3 del *Considerato in diritto*); anche se il carattere tendenzialmente universale od omnicomprensivo delle considerazioni svolte dalla Corte, attingendo a quella che è la *ratio* ispiratrice dell'intera riforma, potrebbe, in ipotesi, incidere sulla portata normativa dello stesso comma 4 dell'art. 117 Cost., che pure costituisce la soglia/limite di possibile (in)"tolleranza" del contenuto precettivo della norma in esame, complessivamente considerata, all'azione dispiegata dal principio di sussidiarietà (v. *supra*, punto 2.1 e 2.2 del *Considerato in diritto*).

Del resto, le peculiari novità della decisione in esame possono essere individuate non solo in ciò che la sentenza esplicitamente afferma, ma anche in quel essa lascia solo intravedere.[17]

Pertanto, pur eccettuando quindi il caso-limite di cui al comma 4 dell'art. 117 Cost., che rimanda alla questione se i principi di sussidiarietà ed adeguatezza permettano effettivamente di attrarre allo Stato anche la competenza legislativa residuale delle Regioni, in quanto estranea, ad avviso della Corte, alla materia del contendere, si pone, comunque, il problema del "coordinamento" tra la norma di cui all'art. 117 Cost., relativamente a quella che è la potestà legislativa esclusiva o concorrente (rispettivamente, ai commi 2 e 3 della stessa norma) e la norma di cui all'art. 118, primo comma, Cost. che stabilisce il riparto di quelle che sono le funzioni amministrative.

In termini generali, il problema rimane, sostanzialmente, quello di stabilire ancora una volta, almeno nel caso di specie, entro quale "limite" il normale riparto delle competenze legislative, stabilito nell'art. 117, 2, 3 e 4 co., Cost. - cui il principio di sussidiarietà permette senz'altro di derogare - può essere intaccato. Ebbene, la Corte, in riferimento a questa domanda, asseverando ancora una volta l'eterointegrabilità del principio in esame con il disposto di cui all'art. 118, 1 co., Cost., afferma che << *nel caso presente*, *l'assenza di un richiamo espresso all'art. 118, primo comma, non fa sorgere alcun dubbio circa l'oggettivo significato costituzionale dell'operazione compiuta dal legislatore: non di lesione di competenza delle Regioni si tratta, ma di applicazione dei principi di sussidiarietà ed adeguatezza, che soli possono consentire quella attrazione di cui si è detto* (punto 4.1 del *Considerato in diritto*).

Invero, l'attrazione o avocazione della competenza da parte dello Stato diviene possibile poiché viene superata la primitiva dimensione "statica" a favore di una dimensione "dinamica" del principio di sussidiarietà, mercè, appunto, una concezione "procedimentale" o "consensuale" della sussidiarietà ed adeguatezza, capace di connettersi al "principio" dell'intesa, originantesi dal congiunto disposto degli artt. 117 e 118, primo comma, Cost.: << *Che dal congiunto disposto degli artt. 117 e 118, primo comma, sia desumibile anche il principio dell'intesa consegue alla peculiare funzione attribuita alla sussidiarietà, che si discosta in parte da quella già conosciuta nel nostro*

[17] Cfr., in tal senso, *L. Torchia*, cit., 3: << *La portata della decisione si estende alla competenza statale esclusiva o concorrente, restando impregiudicata la soluzione per i casi di competenza regionale residuale di cui all'art. 117, comma 4, anche se, come si vedrà, il tipo di argomenti utilizzati nella sentenza tocca direttamente le basi e i principi generali dell'assetto costituzionale dettato con il nuovo Titolo V e ha quindi valenza, almeno potenzialmente, oltre lo specifico caso in esame* >>.

diritto di fonte legale……Ciò impone di annettere ai principi di sussidiarietà e adeguatezza una valenza squisitamente procedimentale, poiché l'esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter *in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà* >> (punto 2.2 del *Considerato in diritto*).

Ma, la concezione procedimentale e/o consensuale della sussidiarietà dinamicamente intesa, è subordinata, nella interpretazione datane dalla Corte, a due condizioni essenziali di fondo: da una parte, è necessario che l'intervento volto alla "riallocazione" delle funzioni regionali (o locali) da parte dello Stato venga effettuato solo all'esito di una valutazione dell'interesse pubblico che sia stata condotta alla stregua di uno scrutinio di stretta costituzionalità attraverso il parametro logico-ermeneutico della "proporzione" e "ragionevolezza"; dall'altra, che questa stessa valutazione trovi la propria ragion d'essere e rinvenga il proprio fondamento logico-giuridico nella stipulazione - come espressione del principio dell'intesa - di un accordo dello Stato con la Regione interessata.

Infatti, i principi di sussidiarietà ed adeguatezza anche se << *convivono con il normale riparto di competenze legislative contenuto nel Titolo V… possono derogare al normale criterio di riparto delle competenze legislative (di cui all'art. 117 Cost) solo se la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione delle funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio di stretta costituzionalità, e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata* >> (punto 2.2 del *Considerato in diritto*).

E ci si accorge, allora, agevolmente che il ragionamento complessivamente operato dal Giudice delle leggi, se correttamente ricostruito nel suo impianto concettuale, permette, all'interno di un organico ed unitario disegno istituzionale, di agganciare l'intero sistema delle competenze amministrative previsto dall'art. 118, 1 co., Cost. - in correlazione a quello delle competenze legislative stabilito dall'art. 117, commi 2, 3 e 4, Cost. - al modulo dell'intesa e, attraverso di esso, al principio di leale collaborazione, come principio fondante di qualsivoglia attività di normazione tra Stato e Regioni che possa caratterizzarsi non solo in quanto esplicazione ovvero esercizio di potestà amministrative e/o legislative, ma anche in quanto "codice" di carattere "deontico" o "comportamentale" dello Stato-persona (cfr. art. 97 Cost.).

Ed, in tal senso, l'intesa rappresenta, certamente, tra gli strumenti attuativi del consenso, l'espressione più rilevante e paradigmatica della "collaborazione" fra Stato e Regioni.

Contrasta, tuttavia, con questa "pregnanza" fattuale scaturente dalla <<più intensa carica collaborativa>>[18] di cui essa è dotata rispetto agli altri strumenti di compartecipazione, l'assenza, *ex adverso*, di una disciplina organica e/o sistematica entro cui essa possa essere collocata, ché, anzi, l'estrema frammentarietà ed eterogeneità della normativa in materia[19], non solo non riesce a dissolvere l'incertezza comunque esistente intorno alla figura in esame, ma, soprattutto, non consente di ricostruirne ermeneuticamente i profili dogmatici in modo da pervenire ad una sua definizione unitaria.

Allorquando, infatti, si provi ad indagarne gli aspetti non solo sintomatici ma anche profondamente caratterizzanti, emerge chiaramente che essa non costituisce, in effetti, un *genus* unitario entro cui possano essere ricomprese peculiari figure identificanti, << *tanto che, talvolta, riesce addirittura difficile tracciare una netta linea di demarcazione rispetto agli altri strumenti di raccordo procedimentale (in particolare il parere)* >>[20].

Nel suo nucleo minimo essa resta, comunque, specificazione procedimentale del principio di leale collaborazione (nonché di quello di sussidiarietà, per l'ineludibile collegamento tra di essi sussistente) e luogo o momento di composizione di interessi a volte (solo) virtualmente concorrenziali, più spesso realmente confliggenti, i quali, ancorché esigano, per scongiurare il rischio della *contentio inter partes*, il ricorso (preventivo) alla *conventio inter partes*, finiscono - come vedremo - molte volte con l'imporre, al fine di garantire la certezza dei rapporti giuridici, non già soluzioni "complessive", bensì il "sacrificio" della parte più debole.

Ebbene, a questo proposito, le forme di raccordo previste in generale dall'ordinamento afferiscono, sostanzialmente, a due tipologie di massima: i raccordi di natura "organizzativa" (che si sostanziano, essenzialmente, nella costituzione di organi misti composti di rappresentanti sia statali che regionali, tra cui rientra, ad esempio, la

---

[18] Così *A. D'Atena*, *Verso una riconsiderazione della c.d. collaborazione tra Stato e Regioni*, in *Giur. Cost.*, I, 3382.

[19] Si occupa delle "intese" nell'ambito della Conferenza Stato-Regioni il d. lgs. n. 281/1997. Sul "sistema delle Conferenze" v., *ex multis*, *P.A. Capotasti*, *Regione: IV) Conferenza Stato-Regioni*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1991; *G. Mor*, *Tra Stato-Regioni e Stato-città*, in *Le Regioni*, 1997, 514 ss.; *F. Pizzetti*, *Il sistema delle conferenze e la forma di governo italiana*, in *Le Regioni*, 2000, 473 ss.; *P. Caretti*, *Il sistema delle Conferenze e i suoi riflessi sulla forma di governo nazionale e regionale*, *ivi*, 547 ss.; *F.S. Marini*, *La "pseudocollaborazione" di tipo organizzativo*: *il caso della Conferenza Stato-Regioni*, in *Rass. Parl.*, 2001, 649 ss.; *I. Ruggiu*, *La Conferenza Stato-Regioni nella XIII e XIV legislatura*, in *Le Regioni*, 2003, 195 ss.; *R. Bin*, *Le deboli istituzioni della leale cooperazione*, in *www.forumcostituzionale.it*

[20] *A. Concaro*, *Leale collaborazione e intese fra Stato e Regioni...*cit., 82

Conferenza Stato-Regioni) e quelli di natura "procedimentale" in cui l'esplicazione del consenso non si realizza così come nei raccordi del primo genere, in senso, per così dire, caratteristicamente "strutturale", ma assume, invece, una caratterizzazione "funzionale" che si esprime nella "partecipazione" diversamente "gradata" di un ente alla formazione del consenso e/o della decisione di altro ente.

Nella seconda ipotesi, pertanto, si origina un processo di codeterminazione del consenso e/o della decisione che si presenta unitario, ancorché metta capo a soggetti pur sempre differenziati.

Tuttavia, la decisione viene espressa dall'ente cui essa è giuridicamente imputata tramite un procedimento che può atteggiarsi diversamente a seconda che, in caso di disaccordo, la manifestazione del dissenso proveniente dall'altro ente si configuri come "superabile" o "insuperabile" rispetto all'assunzione della decisione medesima.

E' il caso delle intese, rispettivamente, "deboli" o "forti": le prime si caratterizzano per il fatto che, esperito ogni tentativo di raggiungere l'accordo entro un determinato termine, anche una sola delle parti possa assumere la "decisione finale", a condizione che questa sia adeguatamente motivata in ordine alle circostanze che hanno reso impossibile far convergere il consenso di ciascun ente con quello della controparte e alle ragioni che hanno determinato l'adozione unilaterale dell'atto (cfr. sentt. nn. 204/1993 e 116/1994); le seconde si caratterizzano, al contrario, nel fatto che il mancato raggiungimento dell'accordo costituisce un <<*ostacolo insuperabile alla conclusione del procedimento*>> (cfr. sentt. nn. 21/1991 e 207/1996, Corte costituzionale) e, quindi, all'assunzione proprio della "decisione finale".

Più esattamente, dal punto di vista strutturale, l'intesa c.d. "forte", costituisce <<*una tipica forma di coordinamento paritario in quanto comporta che i soggetti partecipanti siano posti sullo stesso piano in relazione alla decisione da adottare, nel senso che quest'ultima deve risultare come il prodotto di un accordo e, quindi, di una negoziazione diretta tra il soggetto cui la decisione è giuridicamente imputata e quello la cui volontà deve concorrere alla decisione stessa*>> (Punto 3.3 *Considerato in diritto*, sent. n. 337/1989 Corte costituzionale); mentre l'intesa c.d. "debole", ancorché realizzi anch'essa una forma di coordinamento a carattere "orizzontale", consente di evitare <<*la paralisi dei processi decisionali*>>, poiché essa non pone << *di fatto nelle mani di ciascuno dei soggetti coinvolti un vero e proprio "diritto di veto" in grado di impedire l'adozione*

dell'atto >> [21]. Riassumendo, dal punto di vista "funzionale": l'intesa "forte", assicurando la "paritarietà" delle "posizioni" in gioco, permetterebbe il raggiungimento, a conclusione del procedimento, di una vera e propria "codecisione", ma, nell'ipotesi di mancato raggiungimento della decisione, provocherebbe la paralisi del procedimento e non permetterebbe il superamento del dissenso intervenuto tra le parti; l'intesa "debole", al contrario, al fine di garantire la possibilità di superare il dissenso altrui, ed evitare l'*impasse* procedimentale, instaurerebbe un disequilibrio nelle rispettive "posizioni" che, di fatto, farebbe degradare la "posizione" della parte più "debole" al rango di mera consultazione.

Invero, la Corte, già nella sentenza n. 408/1998, agli albori del processo di riforma a Costituzione invariata, affermava che << *la generica previsione di forme di cooperazione "strutturali e funzionali" e di interventi sostitutivi non appare di per sé in contrasto con norme costituzionali, poiché anzi il principio di leale cooperazione, più volte richiamato nella giurisprudenza di questa Corte (tra le molte, sentenze nn. 49,482 e 483 del 1991, nn. 19 e 242 del 1997), implica proprio la ricerca di tali forme là dove si intersecano competenze ed interessi afferenti a diversi livelli di governo. Né è vietato al legislatore statale prevedere e disciplinare forme di collaborazione anche fra Regioni o fra queste e gli enti locali, negli ambiti e con modalità che non ledano la fondamentale autonomia organizzativa delle Regioni, e anche forme di intervento sostitutivo per ovviare alle*

[21] Nella legislazione recente, si vedano, ad esempio, l'art. 8 comma 3 e 15 della legge n. 93/2001 (recante<<Disposizioni in campo ambientale>>), in materia, rispettivamente, di istituzione di aree naturali protette e di attività mineraria; l'art.1 della legge n. 443/2001 (recante <<Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive >>), il quale dispone che l'individuazione delle opere strategiche avvenga << d'intesa con i Ministri competenti e le Regioni o le Province autonome interessate>>; l'art. 52 della legge 448/2001(recante << Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato-legge finanziaria del 2002>>), il quale dispone interventi vari <<d'intesa con le regioni interessate>>; l'art.1 del d.l. n. 7/2002, convertito in legge n. 55/2002 (recante <<Misure urgenti per garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale>>) il quale dispone che l'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio degli impianti in esso indicati sia rilasciata << d'intesa con la Regione interessata; l'art. 1 del d.l. n. 245/2002 (recante <<Interventi urgenti a favore delle popolazioni colpite dalle calamità naturali nelle Regioni Molise, Sicilia, Puglia, nonché ulteriori disposizioni in materia di protezione civile>>), il quale prevede <<l'intesa con i Comuni interessati>> per il compimento di tutte le opere interessate alla ricostruzione; l'art. 80 della legge 289/2002 (recante<< Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato-legge finanziaria del 2003), il quale dispone che l'erogazione di una serie di contributi a favore delle aree colpite da eccezionali avversità atmosferiche avvenga <<d'intesa con le regioni interessate; l'art. 42 della legge n. 3/2003 (recante << Disposizioni ordinamentali in materia di pubblica amministrazione>>), il quale, nel fissare i principi e i criteri direttivi della delega per la trasformazione degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico in fondazioni, dispone che le relative modalità e condizioni vengano fissate dal Ministero della salute << d'intesa con la regione interessata>>: l'art. 16 della legge n.112/2004 (recante <<Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI Radiotelevisione italiana S.p.a., nonché delega al Governo per l'emanazione del Testo Unico della radiotelevisione>>), il quale attribuisce a regioni e provincie autonome la legittimazione a stipulare specifici contratti con la concessionaria del servizio pubblico, <<previa intesa con il Ministero delle comunicazioni interessate>>, così, *A. Concaro*, *Leale collaborazione e intese fra Stato e Regioni: alcune riflessioni alla luce della recente giurisprudenza costituzionale*, 86, nota 25, Milano, 2005.

eventuali inerzie o inadempienze tali da mettere in pericolo interessi unitari, sulla base di presupposti e con l'osservanza di modalità a loro volta rispettose dell'autonomia costituzionale degli enti >> (Punto 8 del *considerato in diritto*).

Ma, soprattutto, in riferimento proprio al rischio della *impasse* procedimentale cui, un certo tipo di "intesa" potrebbe dar luogo, chiariva che << *nel caso in cui l'intesa non sia raggiunta, la previsione di meccanismi in certo senso sostitutivi, o comunque di un potere del Governo di provvedere unilateralmente, sia pure con ulteriori garanzie procedimentali, appare necessaria al fine di non lasciare sguarnito di garanzia l'interesse unitario per la cui salvaguardia la legge ha fondato in concreto il potere governativo. L'ipotesi che il Governo utilizzi questa sua facoltà per svuotare di senso la prescrizione dell'intesa, o non rispetti l'esigenza di esplorare effettivamente la possibilità di accordo, attiene alla sfera delle eventualità di fatto, frutto di una patologia costituzionale, sempre suscettibili di controllo e di rimedio ove si tenga conto che il principio di leale cooperazione deve in ogni caso informare, ancorché non sia esplicitamente richiamato dalla legge, i rapporti reciproci fra Stato e Regioni* >> (Punto 15 del *considerato in diritto*).

A tutt'oggi, il legislatore non ci fornisce, tuttavia, rilievi testuali certi sulla base dei quali sia dato distinguere *ex ante* le due tipologie di "intesa", ché, anzi, è solo sul presupposto delle conseguenze risultanti dal mancato raggiungimento della "intesa" che si rivela possibile scriminare l'una categoria dall'altra.

Pare approdare, in riferimento alla normativa da essa esaminata, a differenti qualificazioni di intesa, la sentenza n. 303/2003 che scevera, nell'ambito delle <<procedure di superamento del dissenso regionale>>, due ipotesi diversamente articolantesi: l'una - riconducibile all'art. 3, comma 6, lettera a) del decreto legislativo n. 190 del 2002 - il cui meccanismo di funzionamento è ricollegabile, in via generale, al principio di sussidiarietà insieme con quello di leale collaborazione: <<*Risponde quindi allo statuto del principio di sussidiarietà e all'istanza unitaria che lo sorregge, che possano essere definite procedure di superamento del dissenso regionale, le quali dovranno comunque - come avviene nella specie - informarsi al principio di leale collaborazione, onde offrire alle Regioni la possibilità di rappresentare il loro punto di vista e di motivare la loro valutazione negativa sul progetto. Nessuna censura, in definitiva, può essere rivolta alla disciplina legislativa, salva la possibilità per la Regione dissenziente di impugnare la determinazione finale resa con decreto del Presidente della Repubblica ove essa leda il principio di leale collaborazione, sul quale deve essere modellato l'intero procedimento*>>; l'altra, invece, riconducibile all'art. 3, comma 6, lettera b) del decreto legislativo n. 190 del 2002 (in cui

<<*il dissenso si manifesta sul progetto preliminare relativo a infrastrutture strategiche classificate nell'intesa fra Stato e Regione come di preminente interesse nazionale o ad opere nelle quali il preminente interesse statale concorre con quello regionale*>>) funzionante in modo da consentire alla Regione <<*nel caso di opere di interesse regionale concorrente con quello statale, di "bloccare" l'approvazione del progetto ad esse relativo, in attesa di una nuova valutazione in sede di aggiornamento del programma*>>. (Punto 24 del *considerato in diritto*).

In altre parole, la procedura relativa all'art. 3, comma 6, lettera a) del d.lgs. n. 190/2002 garantirebbe, comunque, dando luogo ad una forma di intesa "debole", la conclusione del procedimento, sicché alla Regione dissenziente non resterebbe che impugnare la decisione finale ove essa leda il principio di leale collaborazione; diversamente la procedura di cui all'art. 3, comma 6, lettera b) del d.lgs. n. 190/2002 originerebbe una forma di intesa "forte", determinando la paralisi del procedimento, poichè, in effetti, la Regione, nel caso di opere di interesse regionale concorrente con quello statale, sarebbe in grado di "bloccare" l'approvazione del progetto ad esse relativo, in attesa di una nuova valutazione in sede di aggiornamento del programma.

Si iscrivono nel percorso giurisprudenziale tracciato dalla sentenza n. 303/2003 le sentt. nn. 6 e 27 del 2004.

La sentenza n. 6 del 2004[22], venendo a confermare il ruolo "condizionante" delle "*attività concertative*" *e di* "*coordinamento orizzontale*" (*ovverosia le* "*intese*", *che devono essere*

[22] Con ricorso notificato il 27 marzo 2002, depositato il 4 aprile 2002 e iscritto al n. 30 del 2002 del registro ricorsi, la Regione Umbria sollevava questione di legittimità costituzionale del decreto-legge 7 febbraio 2002, n. 7 (Misure urgenti per garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale), per violazione degli artt. 77, secondo comma; 120, secondo comma; 117, primo comma, secondo comma lettera *m*), e terzo comma, nonché 118, primo e secondo comma, Cost. In subordine e più specificamente, la Regione Umbria impugnava: l'art. 1, commi 1, 2, 3 e 5, del d.l. n. 7 del 2002, per violazione dell'art. 117, primo e terzo comma, Cost., nonché dell'art. 118, primo e secondo comma, Cost.; l'art. 1, commi 2, 3, 4 e 5, del medesimo d.l., per violazione dell'art. 97, primo comma, Cost. e del principio di leale collaborazione. Premetteva la Regione che il d.l. n. 7 del 2002, emanato "al fine di evitare l'imminente pericolo di interruzione dell'energia elettrica su tutto il territorio nazionale" e per garantire la necessaria copertura del fabbisogno nazionale, disponeva, all'art. 1, che la costruzione e l'esercizio degli impianti di energia elettrica di potenza superiore a 300 MW termici, gli interventi di modifica e ripotenziamento, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili per il loro esercizio, fossero dichiarate opere di pubblica utilità. Titolo per la costruzione e l'esercizio dell'impianto era rappresentato dall'autorizzazione unica rilasciata dal Ministero delle attività produttive, sostitutiva di ogni atto autorizzativo, comunque denominato, previsto dalle norme vigenti. Lo stesso art. 1 disponeva poi che al procedimento autorizzatorio fossero chiamate a partecipare le amministrazioni interessate, applicandosi i principi di semplificazione e la disciplina di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), e che dovesse essere raggiunta l'intesa con la Regione interessata, senza peraltro che fossero specificati i termini e le modalità della partecipazione e dell'intesa. Sosteneva la Regione Umbria che il decreto-legge impugnato avesse violato innanzitutto l'art. 77, secondo comma, Cost., in quanto sarebbe stato emanato in assenza dei presupposti di necessità ed urgenza...Ciò posto, la ricorrente riteneva che il d.l. censurato fosse stato emanato in assenza delle condizioni di cui all'art. 77, secondo comma, Cost., dal momento che la necessità di evitare l'imminente pericolo di interruzione di energia elettrica, affermata nel decreto, non si sarebbe fondata su nessun dato certo. Neppure

poteva essere ravvisata una situazione di straordinaria urgenza nella recente liberalizzazione dell'attività di produzione di energia elettrica, avvenuta con il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 (Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato dell'energia elettrica). Quanto al contenuto delle disposizioni impugnate, la Regione Umbria osservava che la normativa impugnata contrastasse con l'art. 117 Cost., in quanto - in una materia assegnata alla legislazione concorrente di Stato e Regioni, qual è quella della "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" - il Governo sarebbe intervenuto adottando norme di dettaglio, anche di tipo procedurale, anziché limitarsi a dettare norme di principio...Neppure poteva ritenersi che la materia dell'energia sia riconducibile alla legislazione esclusiva dello Stato sotto altro titolo, ad esempio in forza dell'art. 117, secondo comma, lettera *m*), Cost. Il d.l. n. 7 del 2002 inoltre, nell'attribuire il potere autorizzatorio allo Stato, in sostituzione delle "autorizzazioni, concessioni ed atti di assenso comunque denominati previsti dalle norme vigenti" (art. 1, comma 1), avrebbe violato l'art. 118, primo e secondo comma, Cost. L'esigenza di assicurare l'erogazione dell'energia elettrica su tutto il territorio nazionale, infatti, non sarebbe sufficiente per "riconoscere all'ordinamento centrale una competenza amministrativa generale e di tipo gestionale in materia". Inoltre, l'art. 1, commi 2, 3 e 5, del d.l. impugnato lederebbe le funzioni di governo del territorio e di valorizzazione dei beni ambientali assegnate alla competenza normativa della Regione e sarebbe incompatibile con il ruolo che l'art. 118 Cost. riconosce per le funzioni amministrative, a Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni....Neppure sarebbe possibile individuare nell'atto di decretazione d'urgenza una manifestazione del potere sostitutivo dello Stato nei confronti delle Regioni ai sensi dell'art. 120, secondo comma, Cost., non ricorrendo i presupposti e le forme previste da tale disposizione. Di qui la prospettata violazione degli artt. 77, secondo comma, e 120, secondo comma, della Costituzione.
Infine, l'art. 1, comma 2, del d.l. impugnato, nello stabilire che il procedimento previsto si svolge d'intesa con la Regione interessata, senza tuttavia stabilire i tempi e le modalità di tale intesa, contrasterebbe con il principio di leale collaborazione. D'altronde il generico richiamo al rispetto dei principi di semplificazione amministrativa e delle modalità dettate dalla legge n. 241 del 1990, non sarebbe sufficiente a garantire il rilievo degli interessi della comunità regionale, in aperta violazione dell'art. 97, primo comma, Cost. e del principio di leale collaborazione; tanto più che il decreto, all'art. 1, commi 3 e 5, "risulta sostitutivo sia della autorizzazione integrata che di tutte le autorizzazioni ambientali di competenza dei diversi enti coinvolti e sospensivo dell'efficacia dell'Allegato IV del d.P.C.m. 27 dicembre 1988 e del d.P.R. n. 53 del 1998", senza prevedere forme di coinvolgimento e di partecipazione, con idonee modalità procedurali di tutti gli interessati. Per gli stessi motivi sarebbe stato, da ultimo, illegittimo anche l'art. 1, comma 4, del decreto impugnato, per la parte in cui estendeva le disposizioni di cui ai commi precedenti anche "ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del ... decreto". Con ricorso notificato il 31 maggio 2002, depositato il 6 giugno 2002 e iscritto al n. 39 del 2002 del registro ricorsi, la Regione Umbria ha sollevato questione di legittimità costituzionale della legge 9 aprile 2002, n. 55 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 7 febbraio 2002, n. 7 recante misure urgenti per garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale). Con tale ricorso, la Regione, riproponeva le medesime censure già mosse nei confronti del d.l. n. 7 del 2002 con riferimento alle norme di questo convertite senza modificazioni. Inoltre, la ricorrente muoveva ulteriori censure sia avverso la legge di conversione nel suo complesso, in quanto contrastante con gli artt. 77, secondo comma, e 120, secondo comma, Cost., sia nei confronti delle disposizioni che hanno modificato le norme del d.l. n. 7 del 2002. Innanzitutto, si lamentava la violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost. Ribadite le argomentazioni a sostegno della censurabilità da parte delle Regioni delle violazioni dell'art. 77 Cost., la Regione Umbria affermava che l'art. 1, comma 1, della legge impugnata, nel convertire il decreto-legge, avrebbe rivelato l'inesistenza di uno dei presupposti della decretazione d'urgenza, non individuandolo più nell'"imminente pericolo" di interruzione della fornitura di energia elettrica, ma, più semplicemente, nel solo "pericolo" della medesima. La ricorrente, con argomentazioni non dissimili da quelle sopra richiamate, ribadiva inoltre che non ricorressero neppure i presupposti per ravvisare nella fattispecie una manifestazione del potere sostitutivo previsto dall'art. 120, secondo comma, Cost. Di talché la legge di conversione sarebbe stata quindi interamente illegittima in quanto essendo stato esercitato il potere di decretazione d'urgenza in totale carenza di presupposti, sarebbe essa stessa affetta di un grave vizio *in procedendo*. Quanto alle singole disposizioni della legge, veniva innanzitutto censurato l'art. 1, comma 1, che - nel convertire il decreto impugnato - aveva precisato che le sue previsioni valessero fino alla determinazione dei principi fondamentali della materia in attuazione dell'art. 117 Cost., e comunque non oltre il 31 dicembre 2003, previa intesa in sede di Conferenza permanente tra Stato, Regioni e Province autonome (cfr. Allegato, cpv. 1). Tale norma, secondo la ricorrente, sarebbe stata in contrasto con l'art. 117 Cost., in quanto avrebbe superato i confini assegnati alla normativa statale in materie di competenza ripartita. E tale vizio non sarebbe stato escluso dalla natura transitoria della disciplina, la quale, anzi, sarebbe stata addirittura "eversiva", poiché lo Stato si sarebbe arrogato il potere di disciplinare nel dettaglio, con norme immediatamente efficaci, materie che la Regione avrebbe fin da allora avuto il diritto di disciplinare entro il quadro dei principi desumibili dalle leggi vigenti. Illecita ed arbitraria sarebbe stata quindi l'assegnazione di un termine da parte dello Stato alle Regioni per esercitare una loro competenza costituzionalmente garantita. La Regione Umbria lamentava poi la violazione dell'art. 118, primo e secondo comma, Cost., ad opera dell'art. 1, comma 1, della legge di conversione, che modifica l'art. 1, comma 3, del d.l. n. 7 del 2002 (Allegato, cpv. 3), e dell'art. 1, comma 1, della medesima legge, che introduce il comma

condotte in base al principio di lealtà) fra i diversi livelli di governo rispetto all'attrazione in sussidiarietà delle funzioni regionali a livello statale, riconosce, sostanzialmente, come intesa "forte" quella prevista dalla normativa sottoposta al suo esame.

In effetti, la normativa censurata (il d.l. n. 7/2002 - *Misure urgenti per garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale*, convertito in legge n. 55/2002) configura due differenti livelli di partecipazione: il primo, riguardante tutte le Regioni, che ha per oggetto la determinazione dell'elenco degli impianti di energia elettrica, da attuarsi in

---

3-*bis* all'art. 1 del citato d.l. (Allegato, cpv. 4). La prima norma subordina il rilascio dell'autorizzazione alla acquisizione del parere del comune e della provincia nel cui territorio ricadono le opere da realizzare, ma dispone che il rilascio di tale parere non può incidere sul rispetto del termine per la conclusione del procedimento, individuato dal comma 2 del decreto-legge in centottanta giorni. In tal modo, ad avviso della ricorrente, gli enti locali sarebbero stati sostanzialmente privati del potere di intervenire efficacemente su provvedimenti diretti ad incidere sul loro territorio, né sarebbero stati correttivi sufficienti a compensare la perdita di rilevanza delle Regioni e delle autonomie locali rispetto al potere decisionale dello Stato la previsione della facoltà delle Regioni di "promuovere accordi tra il proponente e gli enti locali interessati dagli interventi di cui al comma 1 per l'individuazione di misure di compensazione e riequilibrio ambientale" né la costituzione, tra il Ministero delle Attività produttive, le Regioni, l'Unione delle province d'Italia e l'Associazione nazionale dei comuni italiani, di un "comitato paritetico per il monitoraggio congiunto dell'efficacia delle disposizioni del decreto e la valutazione dell'adeguatezza della nuova potenza installata". Per il resto, nei confronti delle norme non modificate in sede di conversione, la Regione Umbria riproponeva le medesime censure mosse avverso le corrispondenti norme del d.l. n. 7 del 2002… Contro l'intera legge n. 55 del 2002 la Regione Basilicata proponeva ricorso notificato l'8 giugno 2002, depositato il 17 giugno 2002 e iscritto al n. 40 del 2002 del registro ricorsi, lamentando la violazione degli artt. 117 e 118 Cost…. Contro l'intera legge n. 55 del 2002, proponeva ricorso notificato l'8 giugno 2002, depositato il 17 giugno 2002 e iscritto al n. 40 del 2002 del registro ricorsi anche la Regione Basilicata, lamentando la violazione degli artt. 117 e 118 Cost….Anche la Regione Toscana aveva proposto ricorso, notificato il 7 giugno 2002, depositato il 17 giugno 2002 e iscritto al n. 41 del 2002 del registro ricorsi, avverso l'intera legge n. 55 del 20,02, per violazione degli artt. 117 e 118 Cost….A sostegno della asserita violazione dell'art. 118 Cost., la Regione Toscana prospettava argomenti del tutto analoghi a quelli fatti valere dalla Regione Basilicata Cfr. punti 1-5 del *Ritenuto in fatto*).

La Corte riuniti i giudizi, *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Regione Umbria avverso il decreto-legge 7 febbraio 2002, n. 7 (Misure urgenti per garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale) e avverso il decreto-legge n. 7 del 2002, così come convertito dalla legge 9 aprile 2002, n. 55 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 7 febbraio 2002, n. 7 recante misure urgenti per garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale), per violazione degli artt. 77, secondo comma, 120, secondo comma, 117, primo comma, secondo comma lettera *m*), e terzo comma, 118, primo e secondo comma, Cost., con i ricorsi indicati in epigrafe; *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalle Regioni Basilicata e Toscana avverso il decreto-legge n. 7 del 2002, così come convertito dalla legge 9 aprile 2002, n. 55 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 7 febbraio 2002, n. 7 recante misure urgenti per garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale), per violazione degli articoli 117, terzo comma e 118 della Costituzione, con i ricorsi indicati in epigrafe; *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Regione Umbria avverso l'art. 1, commi 1, 2, 3 e 5 del predetto decreto-legge 7 febbraio 2002, n. 7, nonché dello stesso decreto-legge n. 7 del 2002, così come convertito dalla legge 9 aprile 2002 n. 55 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 7 febbraio 2002, n. 7 recante misure urgenti per garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale), per violazione degli artt. 117, primo comma e terzo comma, 118, primo e secondo comma, Cost., con i ricorsi indicati in epigrafe; *dichiara* non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Regione Umbria avverso l'art. 1, commi 2, 3, 4 e 5 del predetto decreto-legge 7 febbraio 2002, n. 7, nonché dello stesso decreto-legge n. 7 del 2002, così come convertito dalla legge 9 aprile 2002, n. 55 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 7 febbraio 2002, n. 7 recante – Misure urgenti per garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale), per violazione dell'art. 97, primo comma, Cost. e del principio di leale collaborazione, con i ricorsi indicati in epigrafe.

Sulla sentenza n. 6 del 2004 , cfr. F. Bilancia, La riforma del Titolo V della Costituzione e la "perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari", in Giur. Cost., 137 ss., 2004; S. Agosta, La Corte costituzionale dà la… "scossa" alla materia delle intese tra Stato e Regioni? (brevi note a margine di una recente pronuncia sul sistema elettrico nazionale) e Omar Chessa, Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto, ambedue in www.forumcostituzionale.it.

sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano (art. 1, comma 1, decreto-legge n. 7/2002) ed il secondo coinvolgente la singola Regione interessata, destinato a esplicarsi, appunto, in forma di vera e propria "intesa".

L'autorizzazione ministeriale per il singolo impianto viene, infatti, rilasciata a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano le Amministrazioni statali e locali interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità di cui alla legge n. 241/1990 e successive modificazioni, d'intesa con la Regione interessata (art 1, comma 2, decreto-legge n. 7/2002): <<*…Da quest'ultimo punto di vista devono considerarsi adeguati i due distinti livelli di partecipazione delle Regioni disciplinati nel d.l. n. 7 del 2002, quale convertito dalla legge n. 55 del 2002: per il primo comma dell'art. 1, quale opportunamente modificato in sede di conversione, la determinazione dell'elenco degli impianti di energia elettrica che sono oggetto di questi speciali procedimenti viene effettuata "previa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Provincie autonome di Trento e di Bolzano"; per il secondo comma dell'art. 1, l'autorizzazione ministeriale per il singolo impianto " è rilasciata a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano le Amministrazioni statali e locali interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, d'intesa con la Regione interessata". Appare evidente che quest'ultima va considerata come un'intesa "forte", nel senso che il suo mancato raggiungimento costituisce ostacolo insuperabile alla conclusione del procedimento……a causa del particolarissimo impatto che una struttura produttiva di questo tipo ha su tutta una serie di funzioni regionali relative al governo del territorio, alla tutela della salute, alla valorizzazione dei beni culturali ed ambientali, al turismo, etc.>>* (Punto 7 del *Considerato in diritto)*.

E' la "particolarità" della materia, legata al settore strategico della *produzione* (di energia elettrica), capace di impattare, convogliandole a sé, tutta una serie di funzioni regionali (*governo del territorio, tutela della salute, valorizzazione dei beni culturali e ambientali, turismo, etc.)*, ad imporre, ad avviso della Corte, di concepire senz'altro l'intesa *de qua* come intesa "forte", tale per cui il suo mancato raggiungimento costituisca ostacolo insuperabile alla conclusione del procedimento.

E, allora, i due distinti livelli di partecipazione (rispettivamente, dell'insieme delle Regioni e della Regione singolarmente considerata) vengono ad assumere in un'ottica "progressiva" e/o "scalare" - come espressione di strumenti collaborativi deputati ad

attuare il dovere di leale collaborazione fra Stato e Regioni - il delicatissimo compito, nel sistema, di garantire le Regioni da ogni eventuale *vulnus* che possa essere arrecato loro dall'attrazione verso l'alto (in capo allo Stato), in sussidiarietà, di funzioni legislative e amministrative[23].

Pertanto, la sentenza in esame può senz'altro segnalarsi *quale il primo vero "banco di prova" per verificare in concreto la complessiva tenuta dell'innovativo meccanismo introdotto, giusto qualche mese addietro dalla celebre sent. n. 303*[24].

E, cosa ancor più importante, il Giudice delle leggi, alla prima occasione di applicazione effettiva dei principi di cui alla sent. n. 303/2003 - in particolare, del c.d. principio dell'intesa - ha scelto non solo di conformarvisi, ma, soprattutto, di interpretarli in senso indubitabilmente rigoroso.

Di particolare interesse è la sentenza n. 27 del 2004[25]. E' con questa sentenza, infatti, che la Corte, mercè la celebre nonché paradigmatica definizione di "intesa" mutuata dalla

---

[23] Cfr. *O. Chessa* cit., 6

[24] *S. Agosta* cit., 3

[25] Con ricorso notificato in data 15 novembre 2002, la Regione Toscana sollevava conflitto di attribuzioni nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio in relazione al decreto di quest'ultimo del 19 settembre 2002, con il quale il dott. Ruggero Barbetti era stato nominato Commissario straordinario dell'Ente parco nazionale dell'Arcipelago Toscano, affermando che non spettasse al Ministro dell'ambiente, in mancanza della prescritta intesa con la Regione Toscana, provvedere alla nomina in oggetto e che, per conseguenza, fosse annullato il d.m. impugnato in relazione da un lato agli artt. 117 e 118 della Costituzione, e dall'altro agli artt. 5 e 97 della stessa Costituzione. La ricorrente esponeva che, istituito l'anzidetto Parco nazionale con d.P.R. 22 luglio 1996 (Istituzione dell'Ente Parco nazionale dell'Arcipelago Toscano) e venuto a scadenza il 6 marzo 2002 il mandato del Presidente dell'Ente, il Ministro dell'ambiente, con nota del 1° marzo 2002, essa avesse richiesto l'intesa del Presidente della Regione Toscana sulla nomina del presidente dell'Ente Parco – individuato dal Ministro nella persona del dr. Ruggero Barbetti – ai sensi dell'art. 9, comma 3, della legge n. 394 del 6 dicembre 1991 (Legge quadro sulle aree protette). In risposta alla suddetta richiesta ministeriale, la Regione Toscana, con nota del 15 marzo 2002, comunicava il proprio diniego all'intesa relativa alla nomina del dr. Ruggero Barbetti. La ricorrente, inoltre, pur senza proporre un nome alternativo, considerata la rilevanza che la carica in oggetto rivestiva non solo a livello locale ma anche nazionale, e ritenuto necessario procedere preliminarmente ad una verifica congiunta circa la situazione attuale e gli orientamenti generali che avrebbero guidato la nuova amministrazione, chiedeva al Ministro un incontro onde raggiungere l'intesa per la nomina del nuovo Presidente dell'Ente parco. Il Ministro dell'ambiente non rispondeva a questa richiesta di incontro della Regione e, venuti a scadenza i termini per la proroga degli organi amministrativi, provvedeva a nominare il dott. Silvio Vetrano quale Commissario straordinario dell'Ente fino al 21 settembre 2002. Il periodo per il quale il dott. Silvio Vetrano era stato nominato Commissario straordinario dell'Ente Parco trascorreva però senza che tra Regione e Ministro ci fossero più contatti per raggiungere una intesa. In data 26 settembre 2002 perveniva alla Regione Toscana un decreto del Ministro dell'ambiente con il quale quest'ultimo nominava Commissario straordinario il dr. Ruggero Barbetti (la stessa persona sottoposta dal Ministro alla Regione per l'intesa con nota del 1° marzo 2002) "fino alla nomina del Presidente dell'Ente medesimo". Secondo la ricorrente tale nomina ledeva le prerogative costituzionali della Regione, perché violava il principio di leale cooperazione e gli artt. 5, 117 e 118 della Costituzione, in quanto - in presenza dell'art. 9, comma 3, della legge n. 341 del 1991, secondo cui il presidente dell'Ente parco "è nominato con decreto del Ministro dell'ambiente, d'intesa con i Presidenti delle regioni o delle province autonome di Trento e di Bolzano nel cui territorio ricada in tutto o in parte il parco nazionale" – non è assolutamente prevista, in caso di mancato raggiungimento dell'intesa sulla nomina del Presidente, la nomina da parte del Governo di un Commissario straordinario, né il potere di nominare quest'ultimo può discendere dall'art. 9, comma 1, della legge da ultimo citata, che stabilisce soltanto che l'Ente parco è sottoposto alla vigilanza del Ministro dell'ambiente. Sosteneva ancora la ricorrente che l'intesa rappresenta lo strumento essenziale per assicurare l'attuazione del principio di leale cooperazione, che essa trova un esplicito fondamento nell'art. 5 della Costituzione e deve presiedere e

sentenza n. 351 del 1991, non solo assevera una concezione di intesa in senso "forte" ma fornisce anche un ulteriore decisivo contributo al consolidamento di una interpretazione di essa come strumento di "compartecipazione".

Invero, l'analisi del "procedimento", come elemento connotativo e/o distintivo delle differenti tipologie di intesa (forte/debole), focalizzando l'attenzione, essenzialmente, attorno al meccanismo di funzionamento di questa come <<procedura di concertazione>>, sembrerebbe, apparentemente, pretermettere il rilievo "deontico" che il "comportamento" delle parti assume nell'economia generale dell'istituto

Al contrario, il Giudice delle leggi, nell'affermare che << *lo strumento dell'intesa tra Stato e Regioni costituisce una delle possibili forme di attuazione del principio di leale cooperazione tra lo Stato e la Regione e si sostanzia in una paritaria codeterminazione del contenuto dell'atto...* precisa che (esso) sia... *da realizzare e ricercare, laddove occorra, attraverso reiterate trattative volte a superare le divergenze che ostacolino il raggiungimento di un accordo, senza alcuna possibilità di un declassamento dell'attività di*

---

regolare l'esercizio delle competenze interferenti di Stato e Regioni, consentendo di conciliare gli interessi di cui sono portatori tali enti, dotati entrambi di rilevanza costituzionale. In particolare la ricorrente richiamava le pronunce che hanno definito l'intesa come lo strumento che si esplica "in una paritaria codeterminazione del contenuto dell'atto sottoposto ad intesa (sent. n. 351/1991), e, ancora, come una tipica forma di coordinamento paritario, in quanto comporta che i soggetti partecipanti siano posti sullo stesso piano in relazione alla decisione da adottare, nel senso che quest'ultima deve risultare come il prodotto di un accordo, e, quindi, di una negoziazione diretta fra il soggetto cui la decisione è giuridicamente imputata e quello la cui volontà deve concorrere alla decisione stessa" (sent. n. 116/1994; 21/1991). Questo concetto di intesa c.d. "in senso forte", risultava avvalorato dalla riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione operata dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, la quale ha accresciuto l'autonomia regionale e riconosciuto a Stato e Regioni una posizione di parità e di equiordinazione, rendendo, quindi, ancor più necessario rispetto al passato che l'intesa sia interpretata ed applicata nel significato di strumento per la codeterminazione paritaria dell'atto. In questi termini deve essere considerata – prosegue la ricorrente – l'intesa prevista dall'art. 9 della legge n. 394 del 1991, giacché il presidente è organo fondamentale dell'Ente parco e ne determina in modo incisivo le scelte, le quali interferiscono con le potestà costituzionalmente riservate alla potestà legislativa concorrente delle regioni nella materia del governo del territorio e della valorizzazione dei beni culturali e ambientali e di quella esclusiva nelle materie dell'agricoltura, del turismo e della caccia. Argomentava ancora la ricorrente che quando il legislatore ha voluto assegnare allo Stato il potere di provvedere anche in mancanza di intesa, lo ha espressamente previsto (viene citato a tal proposito l'art. 3 del d. lgs. n. 281/97 ove, nel disciplinare le intese con la Conferenza Stato-Città autonomia locali, è stato stabilito che se l'intesa con la Conferenza non è raggiunta entro trenta giorni, il Consiglio dei ministri può provvedere in mancanza dell'intesa, previa adeguata motivazione). La ricorrente deduceva, poi, la violazione dei principi di riserva di legge, buon andamento ed imparzialità dei pubblici uffici in relazione all'art. 97 della Costituzione. Il Commissario straordinario dell'Ente parco nazionale dell'Arcipelago Toscano veniva nominato, con decreto del 19 settembre 2002, "fino alla nomina del Presidente dell'Ente medesimo". La mentava , quindi, la Regione Toscana che si trattava di un termine rimesso all'esclusiva volontà del Ministro, il quale poteva prorogare così all'infinito la durata dell'incarico del Commissario straordinario. (Cfr. punto 1 del *Ritenuto in fatto*).

La Corte *dichiara* che non spetta allo Stato e per esso al Ministro dell'ambiente e della tuela del territorio la nomina del Commissario straordinario dell'Ente parco nel caso in cui tale nomina avvenga senza che sia stato avviato e proseguito il procedimento per raggiungere l'intesa per la nomina del Presidente dello stesso Ente e per l'effetto annullava il decreto del Ministro dell'ambiente 19 settembre 2002 di nomina del Commissario straordinario dell'Ente parco nazionale dell'Arcipelago Toscano.

Sulla sentenza n. 27 del 2004, cfr. S. Agosta, La Corte aggiunge nuovi tasselli al complicato mosaico delle intese tra Stato e Regioni (considerazioni a margine della sent. n. 27/2004) e M. Cecchetti, Le intese tra Stato e Regioni su atti necessari. Come preservare il valore della "codecisione paritaria" evitandone gli effetti perversi, ambedue in www.forumcostituzionale.it.

codeterminazione ad essa *connessa in una mera attività consultiva non vincolante (cfr. sentenza n. 351 del 1991) (*Punto 2 del *Considerato in diritto)*.

In altre parole, l'esigenza "funzionale" alla conclusione del procedimento, che scaturisce anche dalla struttura, *rectius* "natura" dell'intesa (in senso "forte") come <<*paritaria codeterminazione del contenuto dell'atto*>>, non consente il *declassamento dell'attività di codeterminazione in una* <<*mera attività consultiva non vincolante*>>, ché anzi essa deve ricercarsi, *laddove occorra, attraverso* <<*reiterate trattative volte a superare le divergenze che ostacolino il raggiungimento di un accordo*>>. Ma, prima di tutto, la Corte, ricostruisce in maniera "sequenziale" il quadro normativo di riferimento sotteso alla pronuncia in esame : << *Con d.P.R. 22 luglio 1996, pubblicato in Gazzetta Ufficiale 11 dicembre 1996, n. 290, è stato istituito l'Ente Parco nazionale dell'Arcipelago Toscano, con personalità di diritto pubblico, e lo stesso è stato sottoposto alla vigilanza del Ministero dell'ambiente (art. 1, commi 1 e 2). Fra gli organi dell'ente è previsto il Presidente, la cui nomina è effettuata secondo le disposizioni e le modalità previste dall'art. 9, commi 3, 4, 5, 6 e 10 della legge n. 394 del 1991 (art. 2, commi 2 e 3, del d.P.R. citato). L'art. 9, comma 2, della legge 6 dicembre 1991, n. 394, nell'individuare, fra gli organi dell'Ente parco, il Presidente, dispone nel successivo comma 3 che lo stesso, è nominato con decreto del Ministro dell'ambiente, d'intesa con i presidenti delle regioni o delle province autonome di Trento e Bolzano nel cui territorio ricada in tutto o in parte il parco nazionale* >> (*Ibidem*).

Ebbene, ancorché nessuna disposizione preveda fra gli organi dell'Ente il Commissario straordinario, ciò non esclude il potere del Ministro dell'ambiente di nominarlo nell'esercizio della funzione di vigilanza sulla gestione delle aree naturali protette di rilievo internazionale e nazionale, riconosciutagli dagli artt. 9, comma 1, e 21, comma 1, della legge n. 394/1991: il potere di nomina del Commissario straordinario costituisce, infatti, *attuazione del principio generale, applicabile a tutti gli enti pubblici, del superiore interesse pubblico al sopperimento, con tale rimedio, degli organi di ordinaria amministrazione, i cui titolari siano scaduti o mancanti.* Tuttavia, *tale potere non è esercitabile liberamente*: è chiaro che, prosegue la Corte, la natura "emergenziale" dell'istituto non consente di accogliere << *la tesi erariale secondo cui la nomina del commissario sarebbe giustificata dal solo fatto che non si sia raggiunta l'intesa per la nomina del Presidente - perché in questo modo si finirebbe per attribuire al Governo il potere di aggirare l'art. 9, comma 3, l. n. 394 del 1991, scegliendo come Commissario la persona non gradita dal Presidente della Regione - né quella della ricorrente, per la quale*

occorre procedere all'intesa, non potendo estendersi - in difetto di espressa enunciazione della necessità della stessa ed in presenza di diverse modalità di nomina di altri organi dell'ente (cfr. art. 9, comma 4, l. cit. sulla nomina del Consiglio direttivo) - la disposizione di cui all'art. 9, comma 3, prevista per la nomina del Presidente >> (*Ibidem*).

Così, il Giudice delle leggi, pur respingendo la tesi, propugnata dalla ricorrente, dell'inconfigurabilità assoluta in capo al Governo di un eventuale potere di nomina di un Commissario straordinario - per l'asserita mancanza di una previsione di tal genere nella normativa di settore, ed in ragione del fatto che un potere di nomina siffatto non discenderebbe neppure dall'art. 9, comma 1 della legge n. 394/1991, che stabilisce soltanto che l'Ente parco è sottoposto alla vigilanza del Ministro dell'ambiente - finisce con il negare, comunque, che tale potere, rispondendo solo ad una finalità di urgenza, permetta di realizzare di fatto il sostanziale "aggiramento" della norma imperativa di cui all'art. 9, comma 3, della legge citata, la quale prescrive, appunto, la necessità di avviare e proseguire la via dell'intesa per la nomina del Presidente : << *proprio per il fatto che alla nomina del Commissario si giunge in difetto di nomina del Presidente, per il mancato perfezionamento dell'intesa ed in attesa che ad essa si pervenga, condizione di legittimità della nomina del primo è, quantomeno, l'avvio e la prosecuzione delle procedure per la nomina del secondo*>> (I*bidem*). L'esperimento dell'avvio e prosecuzione delle procedure per la nomina del Presidente costituisce, pertanto, <<*condizione di legittimità*>> alla nomina del Commissario, e il suo mancato "assolvimento" concretandosi…. *nel mancato rispetto della necessaria procedimentalizzazione per la nomina del Presidente, rende illegittima la nomina del Commissario straordinario…*: << *nella specie, non realizza la richiesta condizione di legittimità il rifiuto d'intesa sul nominativo proposto dal Ministro, seguito dalla mera richiesta d'incontro, fra le parti, non seguita da alcuna altra attività* >>, (*Ibidem*).

Sicchè, il mancato "assolvimento" di ogni possibile iniziativa ad opera delle parti - cioè il fatto che l'intesa non sia stata realizzata e ricercata, *laddove occorra*, *attraverso reiterate trattative volte a superare le divergenze che ostacolino il raggiungimento di un accordo* - risolvendosi nel *mancato rispetto della necessaria procedimentalizzazione per la nomina del Presidente*, con conseguente illegittimità derivata del decreto di nomina, diviene non solo, logicamente, condizione suscettibile di determinare l'effettivo avvio e sviluppo dell'intesa, ma, soprattutto - in quanto condizione di legittimità dell'intera procedura - elemento prescrittivo ontologicamente (co)essenziale alla nozione stessa di "intesa", e assume, quindi, decisivo rilievo "deontico": << *L'illegittimità della condotta dello Stato*

non risiede pertanto nella nomina in sé di un Commissario straordinario, senza la previa intesa con il Presidente della Regione Toscana, ma nel mancato avvio e sviluppo della procedura dell'intesa per la nomina del Presidente, che esige, laddove occorra, lo svolgimento di reiterate trattative volte a superare, nel rispetto del principio di leale cooperazione tra Stato e Regione, le divergenze che ostacolino il raggiungimento di un accordo e che sole legittimano la nomina del primo>>, (*Ibidem*).

Corollario indefettibile del ragionamento operato dalla Corte è, allora, che, nella ipotesi di specie, dato il carattere "forte" dell'intesa <<*non spetta allo Stato e per esso al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio la nomina del Commissario straordinario dell'Ente parco nazionale dell'Arcipelago Toscano nel caso in cui tale nomina avvenga senza che sia stato avviato e proseguito il procedimento per raggiungere l'intesa per la nomina del Presidente…*>> (*Ibidem*).

La sentenza n. 233/2004[26], in tema di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici,

[26] La Regione Emilia Romagna, con ricorso notificato il 19 dicembre 2003, depositato il successivo 24 dicembre e iscritto al n. 37 del registro conflitti del 2003, sollevava conflitto di attribuzione in relazione alla deliberazione del Comitato interministeriale per la programmazione economica – CIPE del 1° agosto 2003, n. 67 (*Primo programma delle opere strategiche – Legge n. 443/2001 – Metro leggero automatico di Bologna*), pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 258, Serie generale, del 6 novembre 2003, per violazione degli artt. 117, 118 e 136 (in relazione al giudicato costituzionale di cui alla sentenza n. 303 del 2003) della Costituzione; dell'art. 1, comma 2, lettera *c*), della legge 21 dicembre 2001, n. 443 (*Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive*); dell'art. 3, comma 6, lettera *b*), del d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190 (*Attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale*), nonché del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni. In via preliminare la Regione evidenziava come il ricorso non fosse rivolto a contrastare la realizzazione di un sistema di trasporto rapido collettivo per l'area di Bologna, ma si riferisse agli "atti con i quali lo Stato aveva unilateralmente proceduto alla ideazione, localizzazione e persino approvazione del *progetto preliminare* di una specifica opera denominata Metro leggero automatico di Bologna". Ciò in quanto non solo la Regione non sarebbe stata coinvolta nell'approvazione del Programma delle infrastrutture pubbliche e private e degli insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale unilateralmente adottato il 21 dicembre 2001, ma la impugnata deliberazione del CIPE sarebbe stata assunta avendo invitato alla relativa riunione il Presidente della Regione meno di ventiquattro ore prima e nonostante la Regione avesse già provveduto a manifestare il proprio dissenso. La Regione ricorrente sottolineava come l'opera in questione si collocasse tra le infrastrutture di interesse strategico contemplate dalla legge n. 443 del 2001 e dal decreto legislativo n. 190 del 2002. La Regione Emilia-Romagna richiamava, al riguardo, la sentenza n. 303 del 2003 di questa Corte, con la quale si sarebbe individuata, come elemento essenziale per il rispetto delle competenze costituzionali delle Regioni, nella materia *de qua*, la previsione di una intesa tra Stato e Regioni alla quale sia subordinata l'operatività della disciplina relativa a questo tipo di opere; si sarebbe inoltre stabilito che l'intesa delle Regioni interessate avrebbe potuto sopraggiungere successivamente alla unilaterale individuazione delle opere da parte del CIPE effettuata con deliberazione del 21 dicembre 2001, ma che in tal caso la Regione non sarebbe stata vincolata sino al raggiungimento dell'intesa stessa. Ancora, nella già citata decisione della Corte costituzionale sarebbe stato stabilito che l'intesa sul progetto preliminare dell'opera strategica, in effetti contemplata dall'art. 3, comma 5, del d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, deve essere considerata quale elemento cui è subordinata l'efficacia stessa del progetto preliminare dell'opera contenuta nel menzionato programma. La ricorrente, in punto di fatto, evidenziava come – per quanto riguarda la Regione Emilia-Romagna – nessuna intesa fosse ancora intervenuta sulla individuazione delle infrastrutture di interesse strategico insistenti sul proprio territorio, con la conseguenza che "nessun atto ulteriore della procedura" potesse essere legittimamente compiuto. Nel caso in questione, invece, la procedura sarebbe andata avanti con l'approvazione del "progetto preliminare di un'opera attuativa di un programma ancora inefficace". Ciò che non potrebbe non condurre alla illegittimità dell'atto in questione, rappresentando peraltro quest'ultimo una "evidente violazione delle prerogative costituzionali della Regione Emilia-Romagna". La ricorrente lamentava inoltre la violazione delle proprie prerogative costituzionali anche a causa della tardiva convocazione del Presidente della Regione, in violazione dell'art. 1, comma 2, lettera *c*), della legge n. 443 del 2001, nonché del principio di leale collaborazione. La disposizione citata, infatti, prescriverebbe la integrazione del CIPE da parte dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome interessate in occasione della approvazione del progetto preliminare e definitivo delle opere. In punto di fatto, nel ricorso si affermava che, fissata per la data del 1° agosto 2003 la riunione del CIPE, solo il giorno precedente sarebbe stata spedita al Presidente della Regione Emilia-Romagna una nota con l'invito a parteciparvi, prevedendosi inoltre la possibilità della partecipazione di un componente della Giunta regionale, in sostituzione del Presidente e su delega apposita da parte di quest'ultimo. Tale ultima previsione, secondo la Regione – oltre ad essere illegittima in quanto non contemplata dall'art. 1 della legge n. 443 del 2001 ed in esplicito contrasto con l'art. 1, comma 5, del regolamento del CIPE – sarebbe stata "evidente segno dell'imbarazzo" causato dalla consapevolezza della convocazione tardiva. Comunque, il preavviso dato a meno di ventiquattro ore dalla riunione avrebbe reso senz'altro illegittima la deliberazione impugnata, adottata nella relativa seduta. Al riguardo, andrebbero considerate, secondo la ricorrente, anche le disposizioni del regolamento del CIPE che prescrivono la convocazione delle riunioni almeno cinque giorni prima, la preparazione delle stesse da parte delle apposite commissioni, nonché la partecipazione a queste ultime del Presidente della Regione interessata o di un suo delegato. Da ultimo, la Regione lamentava la violazione delle proprie prerogative costituzionali a causa dell'approvazione dell'atto impugnato da parte del CIPE, nonostante la Regione avesse già formalmente manifestato il proprio dissenso in merito, nonché a causa della mancata attivazione delle procedure volte al superamento del dissenso stesso. La ricorrente, al riguardo, evidenziava come la Giunta regionale, con delibera n. 848 del 14 maggio 2003, avesse manifestato "l'impossibilità per la Regione Emilia-Romagna di esprimere una valutazione positiva ai sensi dell'art. 3 del decreto legislativo n. 190 del 2002", precisando inoltre la propria disponibilità a "considerare ogni proposta tecnica di soluzione adeguata". Nel ricorso si lamentava la mancanza – in seguito a tale presa di posizione da parte della Regione –

di una nuova fase interlocutoria formale, o comunque della attivazione della specifica procedura di composizione del dissenso contemplata dall'art. 3 del d.lgs. n. 190 del 2002. Viceversa, la delibera oggetto del presente giudizio si sarebbe limitata a dare atto del dissenso regionale (pur fraintendendone il senso, secondo la ricorrente), senza tuttavia trarne le doverose conseguenze, e dunque approvando il progetto il questione. La Regione, infatti, avrebbe affermato "l'inaccettabilità, allo stato attuale, del progetto per una pluralità di ragioni"; in particolare, sarebbero stati svolti rilievi critici in relazione ai profili dei "percorsi previsti", della "stima della domanda potenziale" (ritenuta decisamente sopravvalutata), della "analisi e valutazione economica del progetto", dei "parcheggi di interscambio", nonché in relazione a quello denominato "infrastruttura", lamentandosi la distanza eccessiva tra le fermate. La delibera impugnata, viceversa, secondo la ricorrente si sarebbe ad affermare che quest'ultima si sarebbe "espressa sfavorevolmente sulla localizzazione della linea 2", nonché che avrebbe "fatto proprie le osservazioni formulate dalla Provincia di Bologna in ordine ad alcuni profili di carattere ambientale". In base alle argomentazioni esposte, la Regione Emilia-Romagna chiedeva che venisse dichiarato che non spetta allo Stato, e per esso al CIPE, di approvare, in assenza dell'intesa con la Regione stessa sul Programma delle infrastrutture pubbliche e private e gli insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale da realizzare nel territorio della Regione e nonostante l'espresso motivato dissenso di quest'ultima, il progetto preliminare della linea 1 della metropolitana ad automazione integrale di Bologna; conseguentemente, nel ricorso si chiedeva di annullare la impugnata delibera del CIPE. Si costituiva, con atto depositato il 7 gennaio 2004, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che il ricorso della Regione fosse considerato inammissibile o, comunque, infondato nel merito. L'inammissibilità del ricorso sarebbe derivata dalla sua tardività. Ciò in quanto, "avendo la Regione partecipato alla delibera CIPE attraverso il proprio Assessore", il termine per la proposizione del conflitto decorrerebbe dalla data della delibera e non dalla sua pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale*. In secondo luogo, la difesa erariale osservava che, "successivamente alla suddetta delibera era intervenuta la formale intesa tra lo Stato e la Regione ricorrente, sottoscritta il 19 dicembre 2003, determinandosi perciò la sostanziale acquiescenza al provvedimento CIPE impugnato". Nel merito, l'Avvocatura dello Stato sosteneva che la deliberazione del CIPE potesse essere legittimamente adottata anche in mancanza dell'intesa, "ancorché la sua definitiva efficacia fosse subordinata al riconoscimento, da parte della Regione, del preminente interesse statale dell'opera". Ciò, in applicazione del principio di sussidiarietà. La doglianza regionale concernente il "ridotto preavviso" della riunione del CIPE, inoltre, non avrebbe assunto "particolare rilevanza": ciò in quanto, comunque, la Regione avrebbe avuto la possibilità di partecipare, "come in effetti si era verificato". Quanto al mancato consenso della Regione, la difesa erariale riteneva puntualmente rispettato il disposto della legge n. 443 del 2001 e del d.lgs. n. 190 del 2002: ciò in quanto il CIPE avrebbe "stralciato dal progetto tutte le parti dell'opera sulle quali era stato manifestato dalla Regione un dissenso riguardo alla localizzazione". Gli "ulteriori motivi di dissenso", invece, sarebbero stati "superati" dalla proposta avanzata dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sulla quale non era stato formalmente rilevato un dissenso regionale. In data 9 aprile 2004 la Regione Emilia-Romagna depositava una istanza di sospensione cautelare dell'atto impugnato, a causa del progredire delle attività ministeriali di attuazione della deliberazione impugnata, malgrado alcune proposte della Regione di riaprire la procedura concertativi. In data 27 maggio il Presidente del Consiglio depositava una memoria con la quale, ribadita l'inammissibilità del ricorso, affermava l'infondatezza della istanza cautelare presentata dalla Regione Emilia Romagna. Con ordinanza n. 195 del 2004 – pronunciata all'esito della camera di consiglio del 9 giugno 2004, nella quale erano stati sentiti i difensori delle parti – respinte le eccezioni di inammissibilità del ricorso, la Corte respingeva l'istanza di sospensione della deliberazione impugnata, proposta dalla Regione Emilia-Romagna, per l'"assenza del *periculum in mora*", a causa della inidoneità dell'atto impugnato a produrre effetti pregiudizievoli irreversibili, anche "alla luce della già avvenuta fissazione della trattazione del merito del ricorso". La Regione Emilia Romagna, in prossimità dell'udienza pubblica, depositava una memoria insistendo per l'accoglimento del ricorso. In particolare, la ricorrente ribadiva di aver manifestato, in numerose occasioni, il proprio dissenso in relazione al progetto dell'opera in questione. Ciò, nella prospettazione della Regione, avrebbe dovuto necessariamente condurre ad attivare le formali procedure concertative previste dalla legge per il superamento del dissenso. Sempre ad avviso della ricorrente, anche a volersi attenere al verbale della riunione CIPE (la cui completezza peraltro era espressamente contestata dalla ricorrente) – l'asserito silenzio dell'assessore regionale nel corso della predetta riunione non sarebbe stato affatto sufficiente a legittimare gli organi statali a ritenere superato un motivato dissenso espresso dalla Giunta tramite formale delibera; infatti, l'intesa richiesta per l'opera in questione, da raggiungere in base al principio di lealtà, non potrebbe che consistere in una "positiva manifestazione di volontà dell'organo regionale" legittimato, non potendo l'intesa della Regione "formarsi ... all'insaputa di essa, in contrasto con le sue palesi determinazioni ed al di fuori di procedure legittime ed ispirate al principio di leale collaborazione" (Cfr. Punti 1-8 del *Ritenuto in fatto*).

La Corte, *dichiara* che non spetta allo Stato, e per esso al Comitato interministeriale per la programmazione economica - CIPE, approvare il progetto preliminare della linea 1 della metropolitana ad automazione integrale di Bologna in assenza del consenso, ai fini dell'intesa sulla localizzazione, della Regione Emilia-Romagna, ovvero senza il rispetto delle procedure per il superamento del dissenso regionale previste dall'art. 3, comma 6, lettera b), del d.lgs. n. 190 del 2002, e conseguentemente *annulla* la deliberazione del Comitato interministeriale per la

di cui alla legge n. 443/2001 (c.d. legge obiettivo) - *Delega al governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive* e al d. lgs. n. 190/2002 - *Attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse* nazionale, materia già oggetto specificatamente della sentenza n. 303/2003, accoglie *funditus* l'opzione interpretativa riferibile a quest'ultima e ne riprende sistematicamente l'impianto dogmatico: <<…*"per giudicare se una legge statale…sia invasiva delle attribuzioni regionali o non costituisca invece applicazione dei principi di sussidiarietà ed adeguatezza, diviene elemento valutativo essenziale la previsione di un'intesa fra lo Stato e le Regioni interessate, alla quale sia subordinata l'operatività della disciplina"* >> (Punto 3 del *Considerato in diritto*).Come è noto, nella specie, in materia di "lavori pubblici", limitatamente, in particolare, alle grandi reti di trasporto e alle grandi infrastrutture, la sent. n. 303/2003 aveva stabilito che in presenza di un preminente interesse nazionale, la realizzazione di grandi opere potesse affidarsi allo Stato in quanto titolare di funzioni sia amministrative che legislative, in applicazione del principio di sussidiarietà, capace, appunto, di spostare verso l'alto, dalle Regioni allo Stato l'allocazione delle suddette funzioni, ad onta della natura concorrente, se non residuale, dei titoli competenziali di cui all'art. 117, 3 e 4 comma, Cost.

Ad avviso della Corte, in applicazione di questo principio di validità generale (che opera a determinate e ben precise "condizioni", v.*supra*), la sent. n. 303/2003 *ha anche chiarito che non può essere riconosciuta "efficacia vincolante a quel programma su cui le Regioni interessate non abbiano raggiunto un'intesa per la parte che le riguarda, come nel caso della deliberazione CIPE del 21 dicembre 2001, n. 121"*, ma, soprattutto, *nel giudicare sulla legittimità costituzionale dell'art. 3 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, ed in particolare della disposizione di cui al quinto comma, relativa alla procedura di approvazione da parte del CIPE del progetto preliminare dell'infrastruttura…ha condiviso la scelta legislativa di coinvolgere pienamente la Regione interessata tramite la partecipazione alla riunione del CIPE ed il necessario "consenso, ai fini dell'intesa sulla localizzazione, dei Presidenti delle Regioni e Province autonome interessate"* (*Ibidem*).

Di poi, la Corte, richiamando ancora la sent. n. 303/2003, focalizza l'attenzione su quelle che sono le *procedure conseguenti al possibile dissenso regionale* sceverando fra le due

---

programmazione economica - CIPE del 1° agosto 2003, n. 67 (*Primo programma delle opere strategiche- Legge n. 443/2001- Metro leggero automatico di Bologna*).
Sulla sentenza n. 233 del 2004, cfr. *I. Ruggiu*, *Trasporti a Bologna e leale collaborazione: un metro pesante…per una Metro leggera*, in *www.forumcostituzionale.it.*

ipotesi in cui l'infrastruttura abbia carattere interregionale o internazionale, ovvero risulti di concorrente interesse regionale: << *Così pure,(la Corte) ha ritenuto idonea ad assicurare alle Regioni una adeguata possibilità di rappresentare la propria posizione, nel rispetto del principio di leale collaborazione, la previsione , di cui al comma 6 dell'art. 3, delle due diverse procedure conseguenti al possibile dissenso regionale, rispettivamente ove l'infrastruttura abbia carattere interregionale o internazionale, ovvero risulti* di *concorrente interesse regionale* >> (*Ibidem*).

Ebbene, nella sent. 233/2004, viene a essere ribadita *la valenza forte (se non dell'intesa, quanto meno) dei meccanismi volti alla formazione del consenso*[27], poiché, prosegue la Corte, proprio in quest'ultimo caso, il carattere "forte" della procedura consentirebbe alla Regione, a tutela del suo *maggior interesse nella realizzazione dell'opera*, di paralizzare - ex art. 3, comma 6, lettera b del d. lgs. n. 190/2002 - l'approvazione del progetto o la localizzazione dell'opera (<< *In quest'ultimo caso il maggior interesse della Regione nella realizzazione dell'opera è tutelato al punto che ad essa è consentito di paralizzare l'approvazione del progetto o la localizzazione dell'opera (art. 3, comma 6, lettera b, del d. lgs. n. 190 del 2002)* >>, *ibidem*).

Vengono, successivamente, identificati i "due livelli di necessario consenso" regionale, previsti dall'art. 3, co. 6 del d. lgs. 190/2002: il primo, riferibile all'ipotesi di cui all'art. 3, co. 6, lett. a), riguardante le infrastrutture di carattere interregionale o internazionale; il secondo, riferibile all'ipotesi di cui allo stesso art. 3, co. 6, lett. b), concernente, invece, le altre infrastrutture ed insediamenti produttivi, che corrispondono, ex art. 1, co. 7, lett. e), alle "*opere per le quali l'interesse regionale concorre con il preminente interesse nazionale*" (…*per le quali*, prosegue la norma, *sia prevista, nelle intese generali quadro di cui al comma 1, una particolare partecipazione delle regioni o province autonome alle procedure attuative*).

E' chiaro, quindi, che il Giudice delle leggi stabilisca, più esattamente, in riferimento alle due ipotesi di cui all'art. 3, co.6 del d. lgs. 190/2002, lett. a) e lett. b), una modulazione "scalare" (piuttosto che una differenziazione) della fattispecie normativa, di modo che le due procedure rispettivamente previste finiscono per costituire una unica procedura strutturantesi in due sequenze endoprocedimentali. Ebbene, rispetto a questi due livelli di necessario consenso, ad avviso della Corte, solo il primo - avente ad oggetto *opere che il Ministero e la Regione individuano consensualmente come di "preminente interesse*

[27] *A. Concaro* cit., 92,

strategico", la cui realizzazione dovrà seguire le procedure disciplinate dal d. lgs n. 190 del 2002 - era stato realizzato.

In effetti, il CIPE solo in data successiva alla deliberazione *de qua* - deliberazione CIPE del 1° agosto 2003, n. 67 (*Primo programma delle opere strategiche - Legge n. 443/2001 - Metro leggero automatico di Bologna*) - aveva provveduto a coinvolgere la Regione *tramite l'atto bilaterale costituito dalla "Intesa generale quadro con la Regione Emilia Romagna" adottata il 19 dicembre del 2003*, ma la stessa deliberazione, all'atto di essere adottata, avrebbe dovuto tener conto di un secondo necessario livello del consenso, concretantesi nella effettiva partecipazione della Regione, a mezzo di intese generali quadro con lo Stato, alle attività di progettazione, affidamento dei lavori e monitoraggio (cfr. art. 1, co. 1 del d. lgs. n. 190/2002): << *Rispetto a questi due livelli di necessario consenso della Regione……il primo appare conseguito e reso manifesto attraverso alcuni atti regionali ed in particolare tramite l'atto bilaterale costituito dalla "intesa generale quadro con la Regione Emilia Romagna", adottata il 19 dicembre 2003 (peraltro in data successiva alla deliberazione oggetto del presente giudizio) e sottoscritta dal Presidente del Consiglio dei ministri, dai Ministri rispettivamente delle infrastrutture e dei trasporti, dell'ambiente e della tutela del territorio, per gli affari regionali, nonché dal Presidente della Regione Emilia Romagna……Invece la deliberazione CIPE del 1° agosto 2003……è stata adottata senza che si sia manifestato il necessario consenso della Regione interessata…*>> (Punto 4 del *considerato in diritto*).

Per di più, non essendo addivenuti ad alcun un accordo, lo Stato avrebbe dovuto, constatata la divergente posizione su cui si era attestata la Regione (cfr. delibera di Giunta n. 848 del 14 maggio 2003), attivare le procedure di composizione del dissenso richieste dall'art. 3 del d. lgs. 190/2002, o, quanto meno, in mancanza, adempiere all'obbligo di motivazione, al fine di giustificare il rifiuto della proposta regionale.

Parimenti, non è accoglibile l'eccezione, sollevata dalla difesa erariale, che si sarebbe formato tacitamente il consenso da parte della Regione in virtù del presunto silenzio dell'Assessore regionale in sede di approvazione della delibera Cipe n. 67 del 1° agosto 2003 sul progetto preliminare.

In tal senso, viene, invece, confermata, da parte della Corte, la necessità di una positiva manifestazione del consenso ad opera della Regione, non potendosi configurare in ipotesi - constando il motivato dissenso espresso dalla Giunta tramite formale delibera (n. 848

del 14 maggio 2003) - una sorta di silenzio-assenso[28]: <<... *la Giunta regionale con l'apposita delibera n. 848/2003 del 14 maggio 2003 aveva espressamente manifestato l'impossibilità "di esprimere una valutazione positiva, ai sensi dell'art. 3 del decreto legislativo n. 190 del 2002, in merito al "Progetto preliminare di metropolitana leggera automatica di Bologna"…", nelle stesse premesse della deliberazione impugnata (pur ritenute reticenti dalla ricorrente) si dà atto dell'esistenza di un dissenso della Regione, che peraltro si supera opponendo semplicemente l'affermazione che il Ministero per le infrastrutture "ritiene di non condividere le osservazioni stesse". D'altra parte, nel precedente sintetico verbale della seduta del CIPE del 1° agosto 2003 (la cui completezza viene contestata dalla ricorrente, con particolare riferimento alla mancata attestazione del fatto che l'Assessore regionale intervenuto avrebbe ribadito la opposizione formulata dalla Giunta regionale con la deliberazione del 14 maggio 2003) si dà solo fuggevolmente atto di un dissenso della Regione, senza peraltro alcuna considerazione della necessità legislativa di conseguire il consenso regionale "ai fini della intesa sulla localizzazione"* >> (*Ibidem*).

Neppure, a parere della Corte, sarebbe ravvisabile una sostanziale acquiescenza al provvedimento CIPE impugnato da parte della Regione, per il fatto che "*successivamente alla suddetta delibera è intervenuta la formale intesa tra lo Stato e la Regione ricorrente, sottoscritta il 19 dicembre 2003* (punto 6, del *ritenuto in fatto*, v. nota 33).

A tal proposito, la Corte ribadita, in via generale, l'inderogabilità della procedura "bifasica" di cui all'art. 3, co. 6 del d. lgs. n. 190 del 2002, precisa che, nel caso *de quo*, trova applicazione, come previsto anche dalla stessa intesa quadro, la specifica sequenza procedimentale di cui, in particolare, all'art. 3, co. 6, lett. b) del medesimo decreto, in luogo di quella di cui alla precedente lettera a): <<*In realtà, l'art. 3 del d. lgs. n. 190 del 2002 disciplina analiticamente la procedura di elaborazione ed adozione del progetto preliminare delle infrastrutture strategiche di rilevante interesse nazionale e, in questo ambito, prevede puntualmente il ruolo ed i poteri delle Regioni e delle Province autonome, nonché le eventuali procedure alternative in caso di loro motivato dissenso. La stessa intesa quadro è chiarissima nello stabilire che, in riferimento ad alcune specifiche opere, tra cui la metropolitana di Bologna, "le Parti concordano che, in caso di motivato dissenso sui singoli progetti da parte della Regione, si proceda come previsto all'art. 3, comma 6, lettera b) del d. lgs. n. 190 del 2002, escluso in ogni caso il rinvio alle procedure di cui alla lettera a)"* >> (*Ibidem*).

[28] Cfr. *I. Ruggiu* cit., 2

Si sostanzia, quindi, a causa del mancato rispetto dell'art. 3 d. lgs. n. 190/2002, la sicura violazione del principio di leale collaborazione *la cui osservanza è tanto più necessaria in un ambito come quello di una procedura che integra l'esercizio in sussidiarietà da parte di organi statali di rilevanti poteri in materie di competenza regionale*, e, quindi, *non spetta allo Stato, e per esso al Comitato interministeriale per la Programmazione economica, approvare il progetto in assenza del consenso, della Regione Emilia-Romagna, ovvero senza il rispetto delle procedure per il superamento del dissenso regionale*.

3. *Un ulteriore contributo alla implementazione del principio di leale collaborazione*: *La sentenza n. 31 del 2006*.

Con la sentenza n. 31 del 2006[29] riceve, da ultimo, ulteriore implementazione la tutela del

[29] Con ricorso notificato il 3 luglio 2004 e depositato il 12 luglio successivo, la Regione Lombardia aveva promosso conflitto di attribuzione nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, chiedendo che fosse dichiarato che non spetta allo Stato, attraverso l'Agenzia del demanio, disciplinare l'alienazione di aree situate nel territorio della stessa Regione Lombardia, appartenenti al patrimonio e al demanio dello Stato, nei termini e secondo le modalità di cui alla circolare dell'Agenzia del demanio, Direzione generale, del 23 settembre 2003, prot. 2003/35540/NOR, avente ad oggetto «Decreto legge 24 giugno 2003 n. 143 convertito con legge 1 agosto 2003 n. 212 recante "Disposizioni urgenti in tema di versamento e riscossione di tributi, di fondazioni bancarie e di gare indette dalla Consip S.p.A., nonché di alienazione di aree appartenenti al Patrimonio e al Demanio dello Stato" pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 185 dell'11 agosto 2003 s.o. n. 131/L». Secondo la ricorrente, che aveva sollecitato l'annullamento – previa sospensione dell'esecuzione – dell'atto impugnato, sarebbero nella specie stati violati il principio di leale collaborazione e gli artt. 5, 114, 117, 118 e 119 della Costituzione. La circolare richiamata concerneva l'applicazione dell'art. 5-*bis* del d.l. n. 143 del 2003, introdotto dalla relativa legge di conversione. La norma prevede la cessione di aree appartenenti al patrimonio e al demanio dello Stato (escluso quello marittimo), che non siano sottoposte a tutela come beni culturali e ambientali, quando risultino interessate dallo sconfinamento di opere eseguite, entro il 31 dicembre 2002, su fondi attigui di proprietà altrui, in forza di concessioni edilizie o altri titoli legittimanti. Oggetto di alienazione può essere in particolare, nella ricorrenza delle condizioni indicate, un'area eccedente di tre metri il limite delle opere sconfinate nel fondo di appartenenza pubblica. Secondo la ricorrente, la circolare dell'Agenzia del demanio vincolava gli uffici periferici ad alienazioni che non sarebbero state consentite dal dettato normativo, e comunque descriveva il relativo procedimento escludendo qualunque coinvolgimento dell'ente regionale, sebbene la gestione del demanio lacuale e idroviario, al di là del profilo dominicale, spetti in misura preponderante proprio alle Regioni. Anche sotto questo aspetto, il provvedimento si sarebbe discostato dalle previsioni di legge: è vero infatti che l'art. 5-*bis* del d.l. n. 143 del 2003 disciplina il procedimento senza far riferimento ad interventi dell'ente regionale, ma la norma non precluderebbe, ed anzi presupporebbe, meccanismi di consultazione e raccordo. Nel ricorso si premetteva, a tale proposito, come l'art. 86 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59), stabilisce che alla gestione dei beni del demanio idrico provvedono le Regioni e gli enti locali competenti per territorio, e che i canoni ricavati dalla utilizzazione di quei beni sono introitati dalla Regione. In specifica relazione a tale norma (richiamata nel preambolo), in data 20 giugno 2002, la Conferenza unificata di cui all'art. 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 (Definizione e ampliamento delle attribuzioni della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano e unificazione, per i compiti di interesse comune delle Regioni, delle Province e dei Comuni, con la Conferenza Stato-città e autonomie locali), ha convenuto quanto segue: «risultando in alcuni casi particolarmente attive le procedure di "sdemanializzazione" (vendita al privato di aree demaniali), il provvedimento finale di sdemanializzazione potrà essere assunto solo a seguito di parere favorevole delle Regioni e Province autonome, tenuto anche conto degli indirizzi delle Autorità di bacino». Secondo la ricorrente, una lettura dell'art. 5-*bis* del d.l. n. 143 del 2003 che ne facesse discendere una deroga od un superamento del citato accordo del 2002 avrebbe comportato una violazione del principio di leale collaborazione ed una menomazione delle attribuzioni regionali di cui agli artt. 5, 114, 117, 118 e 119 Cost. Una interpretazione costituzionalmente orientata, di contro, consentirebbe di raccordare la disposizione alle norme applicative del principio di leale collaborazione, dando luogo alle necessarie forme di interlocuzione dell'ente regionale. L'impugnata circolare dell'Agenzia del demanio, sollecitando procedure applicative di totale disconoscimento delle attribuzioni regionali in materia di tutela, vigilanza e gestione del demanio della navigazione interna, avrebbe violato tutte le disposizioni richiamate e vrebbe potuto assumere il significato di una forma di usurpazione di funzioni regionali». Si assumeva nel ricorso che lo Stato, mediante l'atto impugnato, avrebbe violato il principio di leale collaborazione sotto un duplice profilo. Il primo consistente nella disapplicazione dell'accordo stipulato il 20 giugno 2002 in sede di Conferenza unificata: un accordo tanto più rilevante, nella prospettazione della ricorrente, in quanto strumentale anche all'assicurazione delle forme di intesa e coordinamento previste dall'art. 118, terzo comma, Cost. in materia di tutela dei beni culturali. Un secondo e più generale profilo di violazione del principio di leale collaborazione consistente nel totale disconoscimento delle attribuzioni spettanti alle Regioni in materia di demanio idrico e lacuale. Al riguardo veniva richiamato l'art. 117, terzo comma, Cost. quanto alla potestà legislativa concorrente in materia di governo del territorio, protezione civile, porti, valorizzazione dei beni culturali e ambientali, salvo che per la determinazione dei principî fondamentali. A tali competenze si affiancherebbero quelle in materia di tutela dell'ambiente, di assetto idrogeologico, risorse idriche e difesa del suolo, di lavori pubblici pertinenti a materie di legislazione concorrente. Le Regioni vantano poi, a norma dell'art. 117, quarto comma, Cost., competenza esclusiva a proposito di navigazione interna, turismo, agricoltura, oltre che di lavori pubblici afferenti a dette materie. La ricorrente assumeva che l'interlocuzione regionale sarebbe imposta sia dal principio di leale collaborazione sia dall'art. 118, terzo comma, Cost., anche alla luce delle funzioni amministrative progressivamente conferite all'ente regionale, con riferimento ai beni demaniali in questione, in materia di navigazione lacuale, fluviale,

lagunare e sui canali navigabili ed idrovie, nonché in materia di porti lacuali e di porti di navigazione interna (artt. 4 e 5 del d.P.R. 14 gennaio 1972, n. 5, recante «Trasferimento alle regioni a statuto ordinario delle funzioni amministrative statali in materia di tranvie e linee automobilistiche di interesse regionale e di navigazione e porti lacuali e dei relativi personali ed uffici»; artt. 97 e 98 del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, recante **«**Attuazione della delega di cui all'art. 1 della legge 22 luglio 1975, n. 382»; art. 105 del d.lgs. n. 112 del 1998). Venivano nel ricorso evocate, inoltre, le competenze regionali riguardo al litorale marittimo, alle aree immediatamente prospicienti ed alle aree del demanio lacuale e fluviale che siano destinate ad uso turistico e ricreativo, nonché in tema di sicurezza dei natanti addetti alle linee di navigazione interna (rispettivamente, art. 59 e art. 86 del d.P.R. n. 616 del 1977). Analogo richiamo concerneva le opere idrauliche, parte delle dighe, la polizia idraulica, le concessioni estrattive dai corsi d'acqua e di spiagge, la difesa delle coste (art. 89 del d.lgs. n. 112 del 1998). Si rammentava dalla ricorrente, infine, che l'art. 86 del citato d.lgs. n. 112 del 1998 assegna alle Regioni e agli enti locali competenti per territorio la gestione del demanio idrico, e che i canoni ricavati dalla relativa utilizzazione sono introitati dalla Regione. In coerenza con tale ultima disposizione, la Regione Lombardia ha regolato con l'art. 11 della legge 29 ottobre 1998, n. 22 (Riforma del trasporto pubblico locale in Lombardia), la destinazione dei canoni di concessione, riferendola in parte ai Comuni a titolo di corrispettivo per le funzioni amministrative delegate, ed in parte al finanziamento del programma degli interventi regionali sul demanio delle acque interne. Ciò premesso, nella prospettazione della ricorrente l'abbattimento del gettito ricavabile dai beni oggetto di cessione, in base all'applicazione dell'art. 5-*ter* del d.l. n. 143 del 2003, sarebbe stato suscettibile di compromettere l'esercizio delle funzioni trasferite e l'autonomia finanziaria della Regione. Nel ricorso veniva infine declinato un ulteriore e particolare aspetto dell'asserita violazione del parametro di leale collaborazione. Nella circolare impugnata l'Agenzia del demanio aveva sostenuto che la procedura di sdemanializzazione dovesse essere «comunque» applicata nel caso di opere che avessero causato un irreversibile mutamento dello stato dei luoghi tale da rendere l'area inutilizzabile per finalità pubbliche. Secondo la ricorrente (che prospettava anche l'illegittimità sostanziale della prescrizione), la perdurante utilità per il pubblico interesse delle aree impegnate da sconfinamenti non avrebbe potuto essere valutata che dalla Regione, così come sarebbe del resto stabilito, per la Lombardia, da numerose norme di legge (ed in particolare dagli artt. 3, 11, 11-*bis* e 11-*quinquies* della citata legge regionale n. 22 del 1998). Neppure per tali fattispecie, tuttavia, la circolare impugnata prevedeva tempi e modi di consultazione dell'ente regionale. La circolare dell'Agenzia del demanio, secondo la ricorrente, incideva sull'autonomia finanziaria e, conseguentemente, legislativa e amministrativa della Regione, assumendo specifico rilievo, data la qualità e quantità delle funzioni regionali concernenti il demanio idrico, nella prospettiva dell'art. 119 Cost. (oltre che degli artt. 117 e 118 Cost.). Sarebbe stato infatti violato il principio di corrispondenza e contestualità tra funzioni trasferite e attribuzione delle risorse necessarie al relativo assolvimento. Si illustrava nel ricorso come i proventi ricavati dalla gestione del demanio idrico siano posti in compensazione delle risorse da trasferire dal bilancio dello Stato per l'esercizio delle funzioni di cui al Titolo III del d.lgs. n. 112 del 1998, in misura che, a decorrere dal 2001, è stata fissata in 300 miliardi di lire per anno (art. 2 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 12 ottobre 2000, recante **«**Individuazione dei beni e delle risorse finanziarie, umane, strumentali e organizzative da trasferire alle Regioni ed agli enti locali per l'esercizio delle funzioni e dei compiti amministrativi in materia di demanio idrico»). La quota della riduzione concernente le singole Regioni è stata indicata nella tabella A in allegato al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 13 novembre 2000 (Criteri di ripartizione e ripartizione tra le Regioni e tra gli enti locali per l'esercizio delle funzioni conferite dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, in materia di demanio idrico). Un tale sistema di finanziamento, secondo la ricorrente, evidenzia la pertinenza dei canoni ricavati dalle aree del demanio idrico all'insieme delle corrispondenti funzioni regionali, cosicché la doglianza concernente la riduzione di gettito connessa alla dismissione non avrebbe potuto essere dequalificata a mera *vindicatio rerum*, con conseguente sua inammissibilità. Una ulteriore doglianza, che specificamente atteneva alla cessione di aree interessate da vincoli di carattere culturale e ambientale, era prospettata con riguardo alla pretesa violazione dell'art. 118, terzo comma, Cost. L'ultimo periodo dell'art. 5-*ter* del d.l. n. 143 del 2003 stabilisce che la normativa sull'alienazione «non si applica, comunque, alle aree sottoposte a tutela ai sensi del testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, di cui al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, e successive modificazioni». La circolare impugnata recitava: «qualora il vincolo gravante sull'area statale interessi anche l'area del privato e su questa sia stata legittimamente realizzata l'opera, il rilascio del relativo titolo edilizio, presupponendo l'acquisizione di tutte le autorizzazioni e dei pareri favorevoli delle autorità preposte alla tutela, estende l'efficacia di queste ultime anche alla porzione di area di proprietà statale che pertanto potrà essere acquisita dal privato». Secondo la ricorrente, una tale disposizione aggirava il disposto dell'art. 146 del testo unico approvato con il decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'articolo 1 della legge 8 ottobre 1997, n. 352), che presume l'interesse paesaggistico delle sponde dei laghi e delle rive dei fiumi, e viola l'art. 27 del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2003, n. 326, per il quale i beni di rilievo culturale o ambientale sono assoggettati ai relativi vincoli fino a quando non sia stata effettuata, dalle competenti soprintendenze, la concreta verifica di sussistenza dell'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico. Un ultimo profilo di violazione del

principio di leale collaborazione. La Corte viene a pronunciarsi su un conflitto di attribuzione che origina dalla circolare dell'Agenzia del demanio, Direzione generale, del 23 settembre 2003, prot. 2003/35540/NOR (v. *supra*, nota 37), attraverso la quale era stata posta in essere, da parte dello Stato, la procedura di sdemanializzazione - di aree appartenenti al demanio idrico e lacuale, situate nel territorio della ricorrente Regione - di cui all'art. 5-bis del d.l. n. 143 del 2003, convertito con modificazioni dall'art. 1 della legge n. 212 del 2003.

Questa norma disciplina il procedimento di alienazione di aree appartenenti al patrimonio e al demanio dello Stato, escluso il demanio marittimo, interessate dallo sconfinamento di opere eseguite entro il 31 dicembre 2002 su fondi attigui di proprietà altrui.

L'alienazione deve avvenire mediante vendita diretta in favore del soggetto legittimato che ne faccia richiesta e può riguardare una superficie che, oltre a quella di sconfinamento, non vada al di là di tre metri dai confini dell'opera eseguita.

La disposizione detta le modalità della domanda di acquisto e la documentazione relativa, da prodursi a cura del soggetto richiedente.

Per sua natura, pertanto, la materia in esame - concernente il demanio o il patrimonio dello Stato o di altri enti pubblici - ed il concreto regime giuridico che la caratterizza *è la risultante di un intreccio di potestà pubbliche, che sottendono altrettanti interessi meritevoli di tutela delle comunità amministrate*.

Di talché, appunto, la "liminarità" degli interessi in gioco, posti in una zona al confine tra le sfere di competenza, rispettivamente, di Stato e Regioni implica, da una parte, che gli atti di gestione e di disposizione dei beni facenti parte del demanio o del patrimonio dello Stato, coinvolgenti tali interessi, possano assumere carattere pubblicistico o privatistico a seconda delle scelte compiute dal legislatore, dall'altra, che la qualità di questi stessi

---

primo comma dell'art. 118 Cost. veniva denunciato in relazione al principio di sussidiarietà. La ricorrente sosteneva che la convergenza tra l'interesse dei privati all'acquisizione e la ristrettezza dei termini legali di conclusione del procedimento, nella carenza di interlocuzione dei soggetti titolari dei poteri di tutela e vigilanza del demanio idrico e della navigazione, potesse implicare concrete lesioni degli interessi pubblici per effetto di errori o comportamenti fraudolenti.

La Corte costituzionale *dichiara* che non spetta allo Stato, e per esso all'Agenzia del demanio, escludere la partecipazione delle Regioni al procedimento diretto all'alienazione di aree situate nel territorio della stessa Regione e appartenenti al demanio idrico dello Stato, disciplinato dalla circolare dell'Agenzia del demanio, Direzione generale, del 23 settembre 2003, prot. 2003/35540/NOR, avente ad oggetto «Decreto legge 24 giugno 2003 n. 143 convertito con legge 1 agosto 2003 n. 212 recante "Disposizioni urgenti in tema di versamento e riscossione di tributi, di fondazioni bancarie e di gare indette dalla Consip S.p.A., nonché di alienazione di aree appartenenti al Patrimonio e al Demanio dello Stato" pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 185 dell'11 agosto 2003 s.o. n. 131/L», e conseguentemente *annulla*, per quanto di ragione, la predetta circolare dell'Agenzia del demanio.

Sulla sentenza n. 31 del 2006, cfr. C. Fraticelli, Stato, Regioni e sdemanializzazione: La Corte "rafforza" il principio di leale collaborazione, in www.forumcostituzionale.it.

interessi, la loro esistenza, rilevanza e attualità debbano essere previamente apprezzate dai soggetti istituzionali competenti (Cfr. punto 3.2 del *considerato in diritto*).

Invero, in materia di governo del territorio, proprio con particolare riferimento al demanio idrico, il decreto legislativo n. 112 del 1998, che stabilisce la competenza regionale in materia di gestione del demanio idrico, *ha determinato una scissione fra il profilo dominicale, spettante allo Stato, e la gestione dei beni, alla quale sono preposte Regioni e Province autonome competenti per territorio*[30].

L'art. 86 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 (*Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59*), dispone che <<*Alla gestione dei beni del demanio idrico provvedono le Regioni e gli enti locali competenti per territorio*>>*;* il secondo comma aggiunge*: << I proventi dei canoni ricavati dalla utilizzazione del demanio idrico sono introitati dalla Regione >>.* I successivi artt. 89 e 105 elencano in modo dettagliato le funzioni conferite alle Regioni e agli enti locali (Cfr. punto 4.2 del *considerato in diritto*).

Sempre in materia di demanio idrico, era stato stipulato, in sede di Conferenza unificata (di cui all'art. 8 del d. lgs. n. 281 del 1997), in data 20 giugno 2002, un accordo in ossequio al quale lo Stato avrebbe potuto procedere alla sdemanializzazione dei suddetti beni solo d'intesa con le Regioni e le Province autonome (*Accordo tra lo Stato, le Regioni e gli Enti locali in materia di demanio idrico ai sensi dell'art. 86 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112*) : << *Risultando in alcuni casi particolarmente attive le procedure di "sdemanializzazione" (vendita al privato di aree demaniali), il provvedimento finale di sdemanializzazione potrà essere asunto solo aseguito di parere favorevole delle Regioni e Province autonome, tenuto anche conto degli indirizzi delle Autorità di bacino* >> (Punto 4.2 del *considerato in diritto*).

In via preliminare, la Corte chiarisce il legame che intercorre, dal punto di vista strutturale e funzionale, tra l'Agenzia del demanio e lo Stato. Ed, allora - premesso che la prima viene definita <<ente pubblico economico>> dall'art. 61, comma 1, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 200 (Riforma dell'organizzazione del Governo, a norma dell'art. 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59), come modificato dall'art. 1 del decreto legislativo 3 luglio 2003 n. 173 (Riorganizzazione del Ministero dell'economia e delle finanze e delle agenzie fiscali, a norma dell'art. 1 della legge 6 luglio 2002 n. 137) ed *esercita tuttora le funzioni che erano proprie della Direzione generale del demanio e delle*

[30] Cfr. *C. Fraticelli* cit., 1

direzioni compartimentali - diviene pregiudizialmente rilevante stabilire quale, effettivamente, sia la natura di queste funzioni, nonché, correlativamente, degli atti che ne conseguono.

Ebbene, in tal senso, come precisa la Corte *con riferimento a queste funzioni, tipiche dell'amministrazione pubblica statale, si deve ritenere che gli atti posti in essere dalla suddetta Agenzia siano riferibili allo Stato, inteso……non come persona giuridica, bensì come sistema ordinamentale (sentenza n. 72 del 2005) complesso e articolato, costituito da organi, con o senza personalità giuridica, ed enti distinti dallo Stato in senso stretto, ma con esso posti in rapporto di strumentalità in vista dell'esercizio, in forme diverse, di tipiche funzioni statali* (Punto n. 2 del *considerato in diritto*).

In particolare, l'imputazione degli atti dell'Agenzia in capo allo Stato, può essere effettuata attraverso la lente interpretativa fornita dalla norma sui conflitti di attribuzione di cui all'art. 134 della Costituzione.

Detta norma consente, infatti, di leggere il termine "Stato" in una duplice accezione di significato: più ristretta *quando viene in considerazione come persona giuridica, che esercita le supreme potestà, prima fra tutte quella legislativa*, ed, invece, più ampia *quando, nella prospettiva dei rapporti con il sistema regionale, si pone come conglomerato di enti, legati tra loto da precisi vincoli funzionali e di indirizzo, destinati ad esprimere, nel confronto dialettico con il sistema regionale, le esigenze unitarie imposte dai valori supremi tutelati dall'art. 5 Cost .* (*Ibidem*).

In altre parole, si rivela, nel rapporto con gli altri enti territoriali, il *proprium* distintivo e caratterizzante della nozione di Stato come sistema funzionalmente complesso, destinato ad esprimere le esigenze unitarie imposte dai valori supremi tutelati dall'art. 5 Cost., che sono alla base dello stesso principio di leale collaborazione.

Già la sentenza n. 427 del 2004, rammenta la Corte, *ha precisato che la proprietà e disponibilità dei beni demaniali spettano – sino all'attuazione dell'ultimo comma dell'art. 119 Cost. – allo Stato << e per esso all'Agenzia del demanio>>*.

Sicché, in linea con quest'ultima sentenza, può affermarsi che: <<*Nei rapporti con il sistema ordinamentale regionale, l'Agenzia del demanio è pertanto parte integrante del sistema ordinamentale statale. L'uno e l'altro insieme formano il sistema ordinamentale della Repubblica. Al suo interno possono verificarsi conflitti tra organi e soggetti, statali e regionali, agenti rispettivamente per fini unitari o autonomistici, che attingono il livello costituzionale se gli atti o i comportamenti che li originano sono idonei a ledere, per invasione o menomazione, la sfera di attribuzioni costituzionalmente garantita del sistema*

statale o di quello regionale, anche se non provengono da organi dello Stato o della Regione intesi in senso stretto come persone giuridiche>> (*Ibidem*). Ne discende che: << *Nel caso di specie, è innegabile che l'impugnata circolare della Direzione generale dell'Agenzia del demanio si pone sul confine tra le sfere di competenza statale e regionale in materia di governo del territorio, in quanto incide contemporaneamente sulla gestione e sulla disponibilità di beni demaniali destinati a soddisfare interessi pubblici delle comunità amministrate, nel quadro dei principi fondamentali posti a tutela dell'intera collettività nazionale. Essa è pertanto atto idoneo, sotto i profili soggettivo ed oggettivo, a far sorgere un conflitto di attribuzione tra la Regione Lombardia e lo Stato, cui sostanzialmente può essere riferito il citato atto dell'Agenzia del demanio* >> (*Ibidem*).

Di talché, la Corte, dopo aver chiarito che l'impugnata circolare della Direzione generale dell'Agenzia del demanio – in quanto proveniente dall'Agenzia del demanio (che è organo del sistema ordinamentale statale) - non risulta atto idoneo, sotto il profilo sia soggettivo che oggettivo, a radicare un conflitto di attribuzione tra lo Stato e la ricorrente Regione, respinge fermamente l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dall'Avvocatura dello Stato fondata sul presupposto che l'impugnata circolare dell'Agenzia del demanio non avrebbe alcun carattere innovativo limitandosi a dare puntuale esecuzione alla norma di cui all'art. 5-bis del d.l. n. 143 del 2003, convertito con modificazioni dall'art. 1 della legge n. 212 del 2003.

Peraltro, questa stessa norma *non può essere interpretata al di fuori del contesto normativo e istituzionale in cui si inseriscono tutte le disposizioni riguardanti beni pubblici destinati, per loro natura, a soddisfare interessi ricadenti negli ambiti di competenza dei diversi enti preposti dalla Costituzione e dalla legge al governo del territorio* (Punto 3.2 del *considerato in diritto*).

La necessità di una valutazione ponderata degli interessi pubblici coinvolti consente, in effetti, di escludere che possa procedersi ad una sdemanializzazione *ope legis* di aree non identificate né dalle amministrazioni competenti né dallo stesso legislatore, ma individuate solo per la loro contiguità ad opere eseguite mediante sconfinamento su terreni demaniali.

Come rammenta la Corte, se, da una parte, intento del legislatore e *ratio* della norma è, senza dubbio, quello di accelerare la cessione ai soggetti richiedenti di aree non più utilizzabili per le finalità pubblicistiche originarie, a causa dell'irreversibile mutamento dello stato dei luoghi derivante dall'esecuzione di opere sconfinate in terreno demaniale, dall'altra è lo stesso legislatore ad aver cura di escludere in modo assoluto e

incondizionato dalla procedura accelerata di alienazione il demanio marittimo e le aree sottoposte a tutela ai sensi del testo unico in materia di beni culturali e ambientali (oggi "Codice dei beni culturali e del paesaggio", ai sensi dell'art. 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137, approvato con decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42).

Pertanto, non essendo ravvisabile nella norma in questione - a fronte della particolare attenzione evidenziata dal legislatore statale nel non pregiudicare interessi collettivi primari collegati ai beni pubblici oggetto della specifica disciplina che ne regolamenta il procedimento di alienazione - *una volontà di generale declassificazione di aree demaniali, da cedere ai soggetti sconfinanti dietro mera richiesta e pagamento del prezzo*, non appare ragionevole un'interpretazione della norma in esame che presupponga un generalizzato abbandono di tutte le rimanenti aree demaniali, esclusa ogni valutazione concreta da parte delle amministrazioni locali competenti, ispirato, anziché ad una logica di forte garanzia dell'interesse pubblico, all'opposta logica della dismissione incontrollata del patrimonio pubblico, ché, anzi, *un consolidato insegnamento ermeneutico impone che, prima di constatare una contraddizione intrinseca nel corpo di una disposizione normativa, si esplori la possibilità di dare al testo da interpretare un significato coerente e ragionevole e solo nell'ipotesi di esito negativo di tale ricerca si concluda per l'irreparabile irragionevolezza della stessa*.

In tal senso, il solo fatto che l'art. 5-bis del d.l. n. 143 del 2003, ancorché emanato successivamente all'accordo stipulato in sede di Conferenza unificata, non stabilisca alcuna forma di coinvolgimento delle Regioni nella procedura di sdemanializzazione, non può condurre a ritenere, in una interpretazione logico- ermeneutica dagli esiti contraddittori, che questa disposizione si ponga in contrasto con il quadro normativo e istituzionale preesistente (Cfr. punto 4.1 del *considerato in diritto*).

Al contrario, *una norma legislativa come l'art. 5-bis del d.l. n. 143 del 2003, intervenuta ad un anno di distanza dal citato accordo, senza che sul punto ci fossero state altre forme di interlocuzione ufficiali ed istituzionali tra Stato e Regioni, si inserisce nel quadro sopra tracciato e deve essere letta al suo interno. Solo in estrema ipotesi si potrebbe concludere per una deliberata ed unilaterale deroga dell'accordo da parte dello Stato, a mezzo della norma citata. Come già detto prima, tale conclusione non è autorizzata dal testo della disposizione in parola, che nulla dice a proposito dei rapporti tra istituzioni e si limita a fissare le regole procedurali che devono disciplinare la presentazione delle domande ed i rapporti tra privati e Agenzia del demanio territorialmente competente* (Punto 4.2 del *considerato in diritto*).

E' chiaro, allora, ad avviso della Corte, che la norma di cui all'art. 5-bis del d.l. n. 143 del 2003, non arrechi alcun *vulnus* alla posizione della Regione nel rapporto con lo Stato: essa pur non contemplando espressamente alcuna forma di coinvolgimento dell'ente regionale nella procedura di sdemanializzazione *de qua*, appare legittima, poiché si iscrive, ragionevolmente, dal punto di vista interpretativo, nel più generale sistema costituito dall'art. 86 del d. lgs. 112/1998 e dall'accordo del 20 giugno 2002, sì da confortarne la *ratio* ed il contenuto precettivo: << *Al riguardo occorre infatti tener conto della precipua destinazione di tali beni alla soddisfazione di interessi delle comunità regionali e locali, che non possono essere sacrificati in partenza da una generale sdemanializzazione, legata soltanto all'interesse particolare dei privati sconfinanti ed all'interesse finanziario dello Stato, realizzato peraltro in misura modesta* (Punto 4.3 del *considerato in diritto*).

In altre parole, *in mancanza di una chiara ed inequivocabile volontà legislativa contraria, si deve ritenere che un'interpretazione sistematica dell'art. 86 del d. lgs. n. 112 del 1998, dell'accordo Stato-Regioni del 20 giugno 2002 e dell'art. 5-bis del d l. n. 143 del 2003 conduca alla conclusione della perdurante attualità del ruolo della Regione nell'apprezzare la sussistenza di eventuali ragioni ostative alla cessione a terzi dei beni del demanio idrico* (*Ibidem*).

Può, allora, concludersi che *è irragionevole pertanto un'interpretazione dell'art. 5-bis del d.l. n. 143 del 2003 nel senso che lo stesso introduca un'innovazione particolare rispetto al regime giuridico generale precedente, escludendo in modo radicale la Regione da ogni interlocuzione nelle procedure di vendita a terzi dei beni del demanio idrico* (*Ibidem*).

Sicché, in una interpretazione costituzionalmente orientata, lo scrutinio di costituzionalità viene ad incentrarsi, in effetti, proprio sulla circolare dell'Agenzia del Demanio, che, disponendo una cessione generalizzata delle aree oggetto dello sconfinamento, non si conforma ad una ponderata valutazione dell'interesse pubblico[31].

La disamina, da parte della Corte, della fattispecie in oggetto, viene articolandosi sulla scorta dei principi ormai consolidati scaturenti dalla sent. n. 303/2003.

In particolare, facendo leva sul principio di collaborazione, e, quindi, in collegamento con esso, su quello di sussidiarietà, l'interazione Stato – Regioni acquista un *quantum* di flessibilità che opportunamente utilizzato, compensando la rigidità del sistema, consente alla Corte di poter modulare, in modo da salvaguardarne il giusto equilibrio, il rapporto tra enti.

[31] Cfr. *C. Fraticelli* cit., 5

Pertanto, seguendo l'iter logico della Corte, poiché *una delle sedi più qualificate per l'elaborazione di regole destinate ad integrare il parametro della leale collaborazione è attualmente il sistema delle Conferenze Stato-Regioni*, può, ragionevolmente, affermarsi che il principio di leale collaborazione stesso, *anche in una accezione minimale*, imponga alle parti che sottoscrivono un accordo ufficiale in una sede istituzionale di tener fede all'impegno assunto: << *La via di concretizzazione del parametro della leale collaborazione che passa attraverso gli accordi in sede di Conferenza Stato-Regioni appare anche la più coerente con la sistematica delle autonomie costituzionali, giacché obbedisce ad una concezione orizzontale-collegiale dei reciproci rapporti più che ad una visione verticale-gerarchica degli stessi* (Punto 4.2 del *considerato in diritto*).

Ebbene, da questo punto di vista, l'accordo del 2002 si pone, rispetto alla competenza regionale in materia di gestione del demanio idrico stabilita dall'art. 86 del d. lgs. n. 112 del 1998, in funzione esplicitamente attuativa.

E' chiaro, quindi, che, l'impugnata circolare, poiché si discosta da siffatto quadro normativo e istituzionale conforme ai principi costituzionali, ed omette ogni riferimento alla Regione nella scansione delle fasi del procedimento che conduce all'atto finale di cessione del bene demaniale al privato richiedente, a meno di non porre in essere, irragionevolmente, una sorta di *interpretatio abrogans* della normativa succitata, nonché dell'Accordo intervenuto tra Stato e Regione, non può che rivelarsi, ad uno *strict scrutiny*, illegittima.

Tuttavia, come precisa la Corte, non spetta evidentemente ad essa ma al giudice competente, *valutare la legittimità dell'atto in relazione alla legislazione ordinaria vigente ed in particolare allo stesso art. 5-bis del d.l. n. 143 del 2003, di cui l'atto stesso si pone come attuazione*.

In conclusione, la totale esclusione della Regione dal procedimento delineato dall'atto impugnato, non essendo conseguenza necessaria della legislazione ordinaria vigente, che al contrario esige la necessaria partecipazione della Regione in quanto portatrice di interessi costituzionalmente protetti delle collettività locali, menoma in modo illegittimo la sfera di attribuzioni della ricorrente, e si pone in contrasto con il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni (Cfr. punto 4.4 del *considerato in diritto*).

Criminalità Organizzata: Profili criminologici e aspetti comparatistici

di Andrea Starace

Introduzione

Le prigioni del 1821 ci daranno una nuova casta, specie ibrida, sbocciata all'ombra delle carceri, che non esiste in altro paese, di cui nessuna storia di Napoli parla, di cui nessuno storico contemporaneo fa menzione.
Noi vogliamo parlare della Camorra parola spagnuola che significa, rissa, disputa, combattimento.
Gli uomini che la compongono si chiamano camorristi.
Se ci si domandasse la spiegazione reale e sociale della parola camorrista, noi ne sapremmo dare una sola
- Sostenitor del male.

Così scriveva Dumas a proposito della criminalità a Napoli nel 1800 e scritti di questo tipo sono rinvenibili in tutti gli storici che in quegli e negli anni precedenti si sono occupati del sud Italia e di altre realtà rurali ed urbane; l'unica differenza sarebbe nel nome dato al fenomeno. La mafia dunque, e la criminalità organizzata non sono fenomeni nuovi, anzi mai come in questo caso la loro storia si perde nel tempo, mischiandosi spesso alle radici e alla storia culturale, sociale e politica del nostro paese. La lotta alla criminalità organizzata è stata per anni il punto cruciale della nostra politica penale e criminale, e sicuramente quest'impegno ha portato ad importanti risultati, ma guai ad abbassare la guardia! L'idea che un fenomeno criminale così diffuso ed endemico alla nostra società possa dichiararsi sconfitto ed estinto è pericolosa e sbagliata, e l'esempio tragico che il terrorismo ci sta dando in questi ultimi anni e in questi ultimi giorni dimostrano quanto sia rischioso per tutti allentare la tensione su aspetti criminali di così vasta portata. La mafia ed il crimine organizzato non sono morti nè sconfitti, semplicemente si riorganizzano, si ristrutturano, cambiano strategie, e in questo deve essere oggi l'interesse della criminologia: bisogna sapersi ristrutturare con il fenomeno che si studia e si osserva, per non restare indietro, non farsi trovare impreparati e non lasciare margini di crescita al fenomeno mafioso e criminale. In cosa dunque la

criminologia può oggi approfondire la ricerca? Essenzialmente in due campi: uno più teorico che pone le basi. le conoscenze per l'altro più pratico. In primo luogo dunque lo studio sistematico del fenomeno mafioso e del crimine organizzato, i profili psico-criminologici e socio-criminologici, la basi della devianza. dell'azione antisociale e del pensiero mafioso; il secondo la pratica, l'aspetto tecnico, cioè dove va la mafia. quali sono i nuovi "affari" dell'organizzazione criminale; con chi tratta e soprattutto gli aspetti comparatistici. Se per tutti noi è oggi più facile comunicare, viaggiare, incontrarsi, scambiare informazioni, lo è anche per la criminalità organizzata, ed è questo il secondo punto di interesse criminologico, approfondire lo scambio tra mafie, guardare ai rapporti transnazionali tra organizzazioni criminali, guardare all'orizzonte del nuovo mondo che si va costruendo, come i criminali hanno imparato a fare già da qualche anno.

PARTE PRIMA Gli aspetti criminologici teorici

Nel nostro paese gli studi sistematici di taglio prettamente criminologico sono pochi, e ciò sia perché si sono preferite per lungo tempo le ricerche di tipo giornalistico, storico-antropologico e culturale, sia per un'obiettiva difficoltà del criminologo ad entrare in contatto diretto con la cultura mafiosa, tradizionalmente ermeticamente chiusa verso l'esterno e blindata da ogni permeabilità. La mafia, in quanto criminalità organizzata, può essere studiata criminologicamente attraverso due approcci: uno relativo agli individui che compongono la struttura criminale, l'altro relativo all'organizzazione criminale stessa. Entrambi i modelli sono integrabili e realisticamente è auspicabile che entrambi siano presi in considerazione in uno studio sistematico del fenomeno.

• **Aspetti individuali.** La mafia ed in generale le organizzazioni criminali sono come tutte le strutture organizzate formate da uomini, l'analisi del perché ogni singolo individuo ha scelto di entrare nell'organizzazione ed intraprendere una carriera criminale è uno dei possibili modi di analizzare il fenomeno. A questo proposito dobbiamo porci una domanda fondamentale che deve essere sempre esaudita quando uno studio criminologico parte dall'individuo: esiste il *mafioso in quanto tale?* Questa domanda non è retorica perché questo tipo di semplificazione ha avuto sempre un buon numero di

seguaci nella spiegazione del crimine, e la tentazione di etichettare e passare oltre è in verità tutt'altro che rara nella spiegazione dei fenomeni criminali e nella pratica della politica criminale. Se la scienza criminale avesse trovato dei tratti caratteristici della personalità mafiosa o di quella criminale, sarebbe tutto molto più semplice, in questo caso, infatti, basterebbe somministrare un test psicologico ad hoc per poter etichettare un soggetto come mafioso e criminale e dunque il problema della criminalità in generale e della mafia in particolare sarebbe risolto all'origine. Sappiamo, però che seppur studi sono stati fatti in questa direzione mai si è giunti a conclusioni scientificamente apprezzabili, ed oggi ragionare in questi termini significherebbe fare della fanta-criminologia e non una vera ricerca scientifica in campo criminale. La verità è che la risposta a quella domanda non può che essere negativa; come non esiste il *criminale nato,* non esiste il *mafioso nato,* e come non esiste la *personalità criminale,* non esiste la *personalità mafiosa,* esistono invece come sempre dei percorsi più o meno patologici più o meno influenzabili che portano l'individuo a compiere delle scelte, e mai come nel caso della mafia il percorso individuale è una vera e propria carriera criminale, una strutturazione o meglio una ristrutturazione della personalità dell'individuo, che si forgia intorno a nuovi valori e nuove priorità, nuove amicizie e nuovi obiettivi, un nuovo Sé, e per dirla con Erikson un Sé criminale, mai come in questo caso influenzato non dalla cultura ma dalla sub-cultura in cui il soggetto nasce e cresce. Ed allora non un tratto specifico della personalità che ci fa mafiosi, ma una formazione progressiva di un Super-Io mafioso (Stano 2000 op. cit.), lo sviluppo di uno psichismo mafioso (Lo Verso 1994-1998 op. cit.), conscio ed inconscio, si va modificando con la modifica della struttura stessa in cui l'individuo vive ed opera. Ed anzi, mai come nel caso del mafioso spesso ci si trova di fronte a soggetti che hanno sposato una parte consistente dei precetti morali e normali della società in cui vivono, soprattutto quei precetti che definiscono, nell'immaginario collettivo, una persona come "normale e perbene". Per usare un gioco di parole il mafioso è in realtà molto spesso *moralmente morigerato,* si veste bene, ha comportamenti conformi alla morale pubblica, va in chiesa, vuole che i suoi figli vadano a scuola e magari all'università, vuole dalle proprie figlie un comportamento moralmente irreprensibile. Tanto più quello che si è detto è vero, se si tiene presente che anche se il mafioso è visto in generale, e spesso ciò corrisponde alla realtà, come un uomo rozzo e violento, mai la sua violenza sarà fine a se stessa, incontrollata, guidata da un istinto omicida disorganizzato, ma in realtà sarà sempre una violenza strumentale, finalizzata al raggiungimento di un preciso obiettivo, razionale mezzo di guadagno. Ed allora mai come

in questo caso l'analisi dall'individuo dovrà passare alla sfera sociale: cosa spinge un individuo a scegliere la strada mafiosa? Quali sono le sue motivazioni più profonde? Qual è il suo vissuto infantile e familiare? Che ruolo intende svolgere nell'organizzazione, quali limiti si pone, se se ne pone. Delle domande che ci permettono di sfumare dei tratti personologici, ma che devono subito essere integrati dal dato sociale, e cioè, le regole della subcultura in cui è vissuto, i motivi del perché le regole e le mete subculturali gli sono sembrate migliori di quelle della cultura dominante, ed infine, ma questo è forse il punto di più stretta attualità, i motivi per cui questi fenomeni sono diffusissimi nelle aree sociali più anomiche anche dai dati transnazionali e transgenerazionali. Oggi infatti la teoria della subcultura dominante non sembra più essere legata ad un fenomeno spaziale e territoriale circoscritto, ad un modo di vita di un quartiere o di una zona cittadina, e ciò perché le mafie propongono stessi schemi e stessi vantaggi ovunque nel mondo, trovando ovunque nel mondo adepti pronti a sposare la causa criminale, causa che non può più dunque essere spiegata facendo riferimento solo alla subcultura di un quartiere o di un piccolo paesino di campagna. Dunque un'anamnesi psico-individuale-sociale, che potrà essere affrontata con le teorie classiche delle subculture, delle associazioni differenziali, delle tecniche di neutralizzazione, delle carriere criminali e dell'identità negativa, ma che dovrà anche essere integrata con le nuove teorie della criminologia clinica, e della criminologia trans-nazionale ed internazionale.

• **Analisi dell'organizzazione.** Il secondo approccio che possiamo tentare è quello di analizzare la mafia con i classici strumenti di analisi delle organizzazioni, prese a mutuo dalla dottrina classica sociologica e psicologica ed applicate all'organizzazione criminale. In primo luogo ci serve definire l'organizzazione criminale ed in questo prendiamo a prestito una definizione, data nel 2000 del fenomeno, da Strano: *"L'organizzazione criminale è un aggregato di individui, stabile nel tempo e dotata di gerarchie e strutture operative il cui fine razionale è ricercato attraverso mezzi illegali."* Questa definizione ci è utile per due motivi: in primis perché è applicabile a qualunque organizzazione criminale, da quella terroristica alla setta religiosa, e non solo al fenomeno mafioso, in secondo luogo perché non allontana troppo il concetto di organizzazione criminale da quello di organizzazione legale, e la chiave di lettura deve in realtà essere proprio questa. L'organizzazione mafiosa o criminale è un'organizzazione a tutti gli effetti, nel nostro caso spesso con un vero e proprio statuto, con leggi interne, con *fini sociali,* con addirittura un "contratto d'ingresso" e con curriculum da presentare

e formazione da fare per essere ammessi. Questa impostazione ci permette anche di capire che, come ogni organizzazione economica a scopo di lucro, la mafia per poter operare ha bisogno di stabilità politica e non di guerra, di referenti politici e non di anarchia sociale, di punti fermi e non di caos istituzionale. Se noi ci poniamo da questo punto di vista, ci apparirà più semplice analizzare il fenomeno. Possiamo poi per approfondire l'argomento scegliere lo schema analitico che più ci piace o interessa, quello psicodinamico, dinamiche non coscienti o profonde che influiscono sulle dinamiche relazionali ed associative delle organizzazioni; psicosociale, mediazioni e rapporti tra istanze individuali, valori etico-morali personali, e quelle dell'organizzazione e degli altri membri; socio-culturale, i motivi sociali e culturali che pongono le basi per la nascita e la crescita di un'organizzazione e dei suoi membri, storico-antropologico, i vissuti storici e gli eventi che sono dietro la nascita di un'organizzazione e le scelte dei suoi associati; strutturalista, a seconda delle teorie che si seguono: Parson, Becker, Levi Strauss; ma i punti da comprendere sono gli stessi: come funziona questa organizzazione, quali sono i suoi fini, che regole ha, quali mezzi utilizza per raggiungere i suoi scopi, in che campi opera, come si mimetizza, che sistema sanzionatorio ha, quanto è flessibile la struttura, che politica applica rispetto al potere precostituito ed alla società; ed i perché a cui dare la risposta sono sempre uguali: perché le sue mete sono più appetibili di quelle sociali? Perché i suoi mezzi sono ritenuti migliori di quelli istituzionali? Perché il modello subculturale appare al criminale migliore rispetto a quello della cultura dominante? Perché la *Famiglia* ed il *Padrino* sono più rispettati ed amati della famiglia naturale e del padre biologico? Per dare queste risposte ed approfondire il fenomeno resta importante affrontare l'organizzazione criminale come un'organizzazione che offre compensi dietro prestazioni di servizi per il raggiungimento dei fini sociali, e le mafie come stati criminali con leggi, strutture assistenziali ed economiche e politiche nazionali ed internazionali, di cui, per una serie possibili di motivi, alcuni uomini decidono di prendere il passaporto e diventarne membri.

PARTE SECONDA Aspetti criminologici pratici

1. Le Mafie nel mondo: storia e strutturazione.

Attualmente, per iniziare un'analisi criminologica della mafia e delle organizzazioni criminali complesse non si può più usare il termine al singolare, ma è opportuno parlare di mafie. Gli studi, le inchieste giudiziarie, i rapporti del governo nazionale e dei governi del Mondo hanno messo in evidenza come ormai ci siano una serie di organizzazioni criminali che, seppur nate con specifiche connotazioni etniche, territoriali e culturali, operano a livello transnazionale, in un regime di scambio e collaborazione che investe tutto il globo e minaccia da vicino tutte le nazioni maggiormente industrializzate, politicamente stabili ed economicamente forti. Prima di passare all'analisi delle attività che vedono impegnate nel mondo queste organizzazioni è opportuno tracciare il quadro superficiale di alcune di esse, di quelle cioè più presenti ma anche di quelle in grande ascesa sul panorama mondiale.

Mafia Siciliana. E' una delle organizzazioni più antiche e potenti del mondo. Secondo studi comuni nasce ai primi dell'ottocento in Sicilia come classe violenta e senza scrupoli di mediazione tra i proprietari terrieri e le classe povere della manovalanza. Ben presto questi soggetti si riuniranno in cosche ed associazioni segrete, per meglio svolgere il loro compito ed influenzare la vita delle zone in cui operavano. L'evoluzione concettuale del fenomeno non è stata poi tanta, ancora oggi la mafia svolge nei paesi in cui opera un'azione di mediazione tra potere statale e realtà locale, e ciò è supportato da numerosi processi che nel nostro paese ci sono stati in materia, ma con una connotazione in più dal 1800 ad oggi, e cioè con una progressiva idea di sostituzione e di controllo del territorio crescenti nei confronti del potere legale e statale. La mafia siciliana si è presentata nel tempo come un vero e proprio stato nello stato che controlla tutto il controllabile nei paesi in cui opera, e che si mostra come una scelta plausibile in fasce sociali o intere società particolarmente anomiche. Questa impostazione ha portato tra la fine degli anni Ottanta e i primi anni Novanta addirittura ad una scelta politica di attacco frontale allo stato di diritto, con una serie di attentati e di omicidi che hanno tentato una vera destabilizzazione del nostro paese, una sorta di colpo di stato o quanto meno provare a trasformare alcune zone dell'Italia in zone simili a quelle esistenti in Colombia in cui il

narcotraffico è effettivamente e frontalmente in guerra con lo stato. Il progetto è per fortuna fallito, e oggi la scelta sembra essere quella di riorganizzazione e di reinfiltrazione in tutti gli aspetti della vita moderna, senza più combattere lo stato di diritto ma nuovamente affiancandolo, ritornando ad una politica di mediazione e controllo più defilata. La struttura mafiosa in Sicilia ha una struttura piramidale, con la famigerata cupola come direttivo supremo per le scelte più importanti. I legami di sangue sono presenti, ma l'ascesa nell'organizzazione è dovuta anche ai meriti criminali e alla politica interna adottata. Il suo funzionamento è effettivamente paragonabile a quello di uno stato o in maniera minore a quello di una grande organizzazione polico-economica.

La Ndrangheta. E' l'organizzazione criminale italiana probabilmente in ascesa. Anche lei nata nell'ottocento sin da subito si connotò come *"Setta che nulla teme",* negli scritti dell'epoca. Questa struttura chiusa e segreta è tuttora il punto di forza dell'organizzazione. La sua organizzazione è infatti di tipo orizzontale e non verticale, con le famiglie, qui nel vero senso della parola essendo per la ndrangheta centrale il rapporto di sangue fra gli appartenenti, al centro di ogni attività e organizzate territorialmente. I legami di sangue tra gli appartenenti hanno un doppio vantaggio: scarse faide interne, e pochissimi pentiti. I codici e le regole sono rigidissimi, schematici e la struttura di tipo arcaico e patriarcale. Questo non significa però scarsa flessibilità criminale, questa organizzazione è forse attualmente la più potente nel Nord Italia, è stata una delle prime ad operare una sorta di migrazione interna mafiosa verso il Nord Italia e ad appropriarsi di intere fasce dell'economia locale, soprattutto in Piemonte. L'esempio più eclatante è il fatto che l'unica amministrazione comunale sciolta nel Nord Italia per associazione mafiosa, in questo caso la 'ndrangheta, è stata quella di Bardonecchia nel 1995 (Massari 2001).

Sacra Corona Unita. E' la mafia pugliese e del Salento, molto simile alla `ndrangheta da cui ha preso a prestito molte regole e la struttura stessa. E' probabilmente la meno strutturata e quella che ha subito i colpi più duri da parte dell'autorità giudiziaria negli ultimi anni (Motta 2001), ma è interessante perché è stata la prima, a causa dalla sua vicinanza geografica con l'Est del mondo a dover affrontare problemi di "politica estera", sia con le altre organizzazioni criminali italiane che volevano sfruttare le rotte marine ed il suo territorio per i vari traffici illeciti, sia con le altre organizzazioni criminali che volevano utilizzare il suo territorio per avere un piede in

Italia. Questo è stato forse anche il motivo della sua impossibilità di crescere ed affermarsi, tanto che oggi in realtà appare quasi soppiantata, almeno nei traffici internazionali, dalle mafie straniere.

La Camorra. Anche per questa organizzazione la data di nascita è nel primo periodo dell'Ottocento, con un processo davanti al Tribunale della Camorra, detto La Grande Mamma, di cui c'è traccia addirittura negli archivi di polizia del 1819-20. La sua nascita è connotata in maniera criminale sin dall'inizio visto che a differenza delle altre organizzazioni italiane sembra crescere e pescare soprattutto tra galeotti ed ex-carcerati, dunque soggetti che avevano già una certa dimestichezza con il crimine. Per questo motivo è l'organizzazione criminale italiana in cui l'elemento familistico di sangue è meno presente. Si tratta in realtà di gruppi criminali che operano nei vari rami della società campana, e che sin dall'inizio sono percepiti ed utilizzati dal potere politico ed istituzionale come strumento utile per raggiungere vari scopi, una sorta di braccio armato della politica dell'Ottocento: i Borboni contro i liberali prima, i liberali contro i Borboni poi. Addirittura le fonti storiche indicano come il prefetto Liborio Romano (1793-1867), nel 1860, riconobbe dignità istituzionale alla camorra, affidandole il compito di organizzare la guardia nazionale cittadina, per evitare spargimenti di sangue e rivolte popolari nel passaggio dovuto all'istituzione del Regno d'Italia. La sua struttura è rimasta tuttora simile, essa opera più attraverso capizona, gruppi criminali e gangs che attraverso un vero e proprio direttivo che prende decisioni più importanti per tutti. Solo in due casi si è tentato di dare all'organizzazione una struttura gerarchica, e cioè nella metà degli anni Settanta da Raffaele Cutolo e la sua NCO, e successivamente dal cartello Bardellino, Nuvoletta, Alfieri, appoggiato da Cosa Nostra per sconfiggere Cutolo, che invece accusava Cosa Nostra di voler colonizzare la camorra. Attualmente sembrerebbe ritornata ad una politica slegata di bande territoriali scarsamente organizzate a livello gerarchico centrale.

La Mafiya Russa. La criminalità organizzata russa è una delle organizzazioni criminali in più rapida ascesa di potere e ricchezza. Le motivazioni sono varie, in primo luogo è uno dei pochi paesi in cui il potere mafioso si è intrecciato indissolubilmente ed in alcuni casi sostituito al potere istituzionale, e ciò in seguito al crollo dell'impero sovietico e dell'ideologie comuniste che hanno lasciato un vuoto incolmabile in termini di

organizzazione, ricchezza, ideali e cultura in cui le organizzazioni criminali dell'Est Europeo hanno saputo inserirsi con grande maestria.

La Glasnost, d'accordo con Sclafani (1998), *intesa come il rendere manifesto ciò che fino ad allora era rimasto nascosto, consentì il riscontro della crisi generalizzata del sistema, e disvelò dopo anni di silenzio l'entità effettiva del crimine organizzato.*

Questa precisazione chiarisce che l'organizzazione criminale russa è sempre esistita, ed anzi è stata la maggior protagonista dell'economia ombra di quel paese e delle altre ex repubbliche sovietiche, la caduta del regime comunista ha semplicemente permesso a queste organizzazioni di uscire allo scoperto, molto spesso presentarsi ripulite come organizzazioni finanziarie di tipi Occidentale, reclutare a mani basse nel malcontento popolare e nella povertà dilagante, anche in ambienti strategici come l'ex KGB, e sostituirsi in ampi campi dell'economia al potere statale e legale. Dunque la criminalità organizzata non era nuova nell'ex unione sovietica, semplicemente aveva difficoltà ad affermarsi sia per mancanza del mercato aperto, sia per la presenza di uno stato che comunque era totalitario e dunque molto duro nei confronti della criminalità. E' in realtà dal 1960 in poi che inizia una strutturazione vera della futura mafiya russa, e successivamente del patto tra nuovi ricchi e vecchi banditi (Sclafani 1998), che porterà alla costruzione di quell'economia ombra che camminerà di pari passo all'economia statale, ma che quando il processo della perestrojka inizierà a dettare il ritmo del cambiamento farà si che all'economia statale non si sostituisca, come da progetto, un'economia nuova, liberale, aperta a tutti, proveniente anche dal basso, ma l'economia già lottizzata e segretamente spartita dei nuovi ricchi e dei vecchi mafiosi e appartenenti alla nomenklatura, che porterà al tracollo finanziario la nuova Russia e alla fame gran parte della popolazione. L'economia ombra dunque diviene l'economia della nuova Russia, i capitali illeciti sono reinvestiti nelle nuove possibilità date legalmente dall'apertura del mercato, e senza ripulirsi davvero ma dandosi solo un aspetto rispettabile da facciata ed anzi incrementando nuovi traffici molto redditizi come quello dei materiali bellici dell'ex arsenale sovietico, ormai allo sbando per mancanza di fondi, i vecchi mafiosi rozzi e violenti del mercato nero dell'era comunista si ritrovano ad essere rispettabili uomini d'affari, pronti alla scalata anche politica del paese. Ancora di più che negli altri casi poi, la famiglia mafiosa russa va ad interagire con una delle dinamiche centrali del gruppo e cioè il senso di appartenenza, la condivisione di etiche, leggi, fini ed ideali, una dinamica che nell'ex Unione Sovietica avrà grande peso nel successo anche rispetto al basso profilo dell'organizzazione criminale. La manovalanza infatti colmerà con

la nuova subcultura mafiosa, non solo la mancanza endemica di denaro, ma anche e soprattutto l'enorme vuoto che a tutti i livelli la caduta dell'ideale comunista aveva prodotto, lasciando alle sue spalle una società disperatamente anomica ed al tracollo economico. Attualmente la situazione non è migliorata ed anzi si è stabilizzata in senso negativo, uno studio di Giaconi (2001) offre dati preoccupanti: fonti presidenziali affermano che oggi il trasferimento di fondi illeciti all'estero è pari a 9,2 milioni di dollari, il 32% delle aziende russe non paga alcuna tassa, il racket della protezione colpisce il 70-80% delle aziende e delle banche, il Ministero dell'interno Russo ritiene che le O.C. controllino circa il 40% delle attività private, il 60% di quelle statali ed il 50-80% del sistema bancario, influenzando direttamente tra il 25 ed il 40% del Pil russo, nel 1999 nella sola Mosca sono stati denunciati 20000 crimini violenti ed il numero di reati legati alle armi da fuoco è cresciuto del 250% rispetto all'anno precedente. La mafia russa controlla ormai tutte le dinamiche dell'import-export e mira ad un'ascesa politica anche apparentemente legale, da quando si è stabilizzata la situazione politica russa, le grandi organizzazioni criminali del mondo si sono rivolte proprio alle O.C. russe per reinvestire e pulire i capitali del mercato illegale, operazione che prima avveniva in Italia ed in Svizzera, e le O.C. russe hanno aperto agenzie finanziarie legali che hanno però come unico scopo il fornire questo servizio alle altre O.C. dando vita ad una vera e propria economia *grigia* (Giaconi 2001). Dunque la produzione economica delle grandi O.C. è sempre di più in Russia come anche nel nostro paese un'economia grigia più che nera, ed i rapporti tra le O.C. russe e le attività legali crescono in modo esponenziale mirando alla creazione di compagnie off-shore e di gruppi di pressione legali che possano influenzare le scelte governative in senso favorevole alla criminalità organizzata (Giaconi 2001 op. cit.).

La Mafia Cinese. La mafia cinese è una delle organizzazioni criminali più antiche del mondo, ciò nonostante è anch'essa come la russa e forse di più, tra quelle in maggior ascesa, vedremo successivamente l'impatto anche nel nostro paese, e ciò forse per una scelta politica di basso profilo di visibilità che gli permette un'elevata penetrazione del tessuto sociale e territoriale in cui si insedia, una sorta di colonizzazione. Secondo Becucci (2001) la mafia cinese si compone di tre aspetti: le triadi, i tong e le gang. **Le triadi** sono fatte risalire da alcuni addirittura al 200 a.C. in un passato che si mischia al misticismo, ma molto più storicamente accettabile è la ricostruzione che le vuole nate tra il XVII ed il XVIII secolo, nel passaggio tra la dinastia imperiale dei Ming e quella dei

Qing, come sostenitori della prima riuniti in società segrete per combattere la dinastia vincente dei Qing. Queste associazioni sono servite soprattutto a dare soccorso ed ad aiutare larghe fasce di popolazione, in pratica a raggiungere tutte quelle persone che l'apparato statale di una nazione enorme e densamente popolata non poteva sostenere. Il ruolo fu dunque prettamente sociale, anche se il loro potere si accrebbe proprio facendo leva sul malcontento in cui intervenivano. La struttura organizzata è di tipo piramidale, rigidamente gerarchizzata e comunque molto legata alla simbologia della cultura cinese classica e alla numerologia taoista. La triade più grande è la Sun Yee On che conta in tutto il mondo tra i 47000 ed i 60000 membri (Giaconi 2001), la seconda è la 14K che conta invece circa 20000 membri. Un'altra organizzazione asiatica in ascesa internazionale è quella dei Big Circle Boys, formata da ex membri delle Guardie Rosse, espulse dell'esercito per vari motivi e fuoriuscite dai campi di detenzione militari nei quali avevano passato il periodo di detenzione relativo all'illecito militare commesso. L'ascesa economica di queste O.C. è dovuta soprattutto alla commercializzazione della *china white,* un tipo di eroina migliore rispetto alla classica *brown sugar* turca ed afgana, che ha conquistato prima il mercato americano e poi quello europeo. L'arricchimento ha portato ad una doppia espansione: interna, corrompendo larghe parti del potere governativo favorita da un'economia comunque povera, ed affiancandosi ad esso in larghe parti dell'amministrazione statale, tanto da essere usata e sdoganata dalla polizia che, durante la repressione studentesca del 1993, la presentò come un'organizzazione patriottica e sostenitrice dei valori classici della cultura cinese; internazionale, con il controllo dei flussi migratori in primis verso gli Stati Uniti, in cui il fenomeno è ormai radicato e potente e poi verso tutta l'Europa come stiamo osservando negli ultimi anni anche in Italia. La loro tattica resta comunque sempre quella di insediarsi, crescere, occupare sempre più territorio ed ingrandire il giro d'affari, senza mai contrapporsi muro contro muro allo stato che ospita, senza mai compiere azioni altamente eclatanti. **I Tong** e **le Gangs** sono invece due facce della stessa medaglia, che sono osservabili soprattutto negli Stati Uniti, dove le comunità cinesi sono più antiche e numerose. I tong sono ufficialmente istituzioni legali, sono una sorta di autogoverno delle comunità cinesi nel mondo, servono a dare assistenza ai nuovi arrivati dalla Cina, al loro inserimento e da guida della comunità, in realtà svolgono e controllano, per il livello superiore della triade alla quale appartengono, una serie di attività illecite direttamente sul territorio coadiuvate operativamente dal braccio cioè le gangs, formati da giovani immigrati che sono utilizzati per mantenere l'ordine, far rispettare le norme mafiose della comunità, far

pagare il racket e punire. Due facce dunque, una legale, l'altra illegale.

La Yakuza. E' la mafia Giapponese ed anch'essa antichissima con origini e rituali che si perdono nella cultura e nelle tradizioni antichissime del popolo nipponico. La struttura di questa organizzazione è di tipo verticale e di natura patriarcale e gerarchica. In ogni caso, secondo Giaconi (2001), la yakuza è l'organizzazione criminale che opera più allo scoperto, alcuni di essi dichiarano di appartenere all'organizzazione senza problemi, e ci sono addirittura riviste interne all'organizzazione che sono pubblicate. In linea di massima le sue attività sono di alto profilo, opera nei mercati finanziari ed ai livelli più alti dei traffici illeciti internazionali, con un giro d'affari che è annualmente tra i 10 ed i 50 milioni di dollari.

La Mafia Albanese e Kosovara. "La criminalità albanese ha avuto negli ultimi anni un'evoluzione rapidissima, e, senza dubbio, oggi costituisce l'espressione più pericolosa nello scenario delle criminalità straniere presenti in Italia". Così recita l'ultima relazione della Commissione Parlamentare Antimafia. La mafia Albanese è la maggiormente diffusa e radicata nel nostro territorio e ciò per due motivi, in primo luogo per la vicinanza territoriale col nostro paese, bastano due ore di motoscafo per raggiungere dall'Albania le coste Italiane, ed in secondo luogo perché, l'Albania in seguito agli sconvolgimenti della ex-Jugoslavia e alla completa sgretolazione dello stato Albanese stesso è divenuto nodo centrale di scambio per i traffici illeciti di tutti i tipi tra l'Est Europeo l'Oriente e l'Europa. I mafiosi albanesi sono dunque divenuti dei prestatori di servizi illegali di indubbia specializzazione, le rotte verso il nostro paese, dalle sigarette alla droga agli esseri umani, sono controllate da loro, e ben presto la loro potenza è cresciuta sino ad aprire filiali italiane, che hanno ormai raggiunto un'importanza ed una potenza criminale ragguardevole. La struttura organizzativa di questa mafia è di tipo orizzontale, con vari clan a struttura spesso familiare e con legami di sangue. Si tratta per lo più di gruppi senza una vera e propria organizzazione gerarchica a cupola, ma comunque in contatto tra loro, e soprattutto capaci di stringere alleanze con tutte le mafie che circondano il paese: quella Italiana, quella Turca, quella dell'Europa dell'Est. Un'organizzazione molto simile a quella vista per la `ndrangheta in Italia. E' inoltre tristemente famosa questa mafia anche per un'efferatezza e una violenza dei gruppi che la compongono superiore spesso a tutte le realtà mafiose che operano nel nostro territorio.

La Mafia Nigeriana. E' anch'essa un'associazione criminale in ascesa e molto presente nel nostro paese. Merita rispetto alle altre organizzazioni criminali africane un ruolo a parte perché è quella maggiormente strutturata, con obiettivi precisi, regole, strategie ed interessi per particolari fette del mercato criminale. Secondo varie fonti la sua nascita è dovuta al crollo del prezzo del petrolio nella metà degli anni 80, nonché situazione alla situazione politica instabile. Per questo motivo essa è formata a livello direttivo anche da persone di elevata scolarizzazione e cultura fuoriuscite dal sistema legale statale ormai collassato e privo di risorse economiche, è come se un'intera classe dirigente si fosse riciclata in ambito criminale. Per questo motivo la mafia nigeriana ha avuto la capacità di espandersi in molti paesi Europei ed in particolare nel nostro paese, dove specialmente nel centro sud è molto forte e presente. Di grande interesse anche la strutturazione di questa O. C. molto rigida, segretissima, e che fa leva sugli associati e le sue vittime anche attraverso componenti magico religiose provenienti dalle religioni tribali nigeriane e dalla pratica voodoo. Particolarmente interessante anche la scelta cosciente di quest'organizzazione di specializzarsi in alcune attività come la prostituzione e lo spaccio, scelta che ha permesso in questi campi in alcune regioni italiane ed in alcune zone europee di raggiungere il primato assoluto nel controllo di quelle attività criminali.

I Narcotrafficanti. Ci riferiamo alle mafie del Sud America ed in particolare Colombiane. Conosciute anche con il nome di *Cartelli,* sono nate nella metà degli anni Settanta attraverso la coltivazione della marijuana e successivamente attraverso la produzione di tutti i tipi di droghe. La loro attività è quasi esclusivamente legata al traffico di stupefacenti a livello mondiale. La struttura organizzativa è fortemente gerarchizzata e di tipo piramidale. Il cartello è solitamente strutturato in tre settori, uno si occupa della produzione della droga, uno della vendita e degli aspetti finanziari, uno è il braccio militare. La loro organizzazione è la più simile a quella di Cosa Nostra, ed è connotata anche per un atteggiamento molto aggressivo verso lo stato legale ed il potere precostituito. La loro politica interna è quasi terroristica e rivoluzionaria, mirando a destabilizzare l'apparato statale per sostituirsi ad esso. La politica stragista della Mafia Italiana tra la fine degli anni Ottanta e la metà dei Novanta trovava le sue radici proprio nella politica adottata dai narcotrafficanti in Colombia, una fascinazione che aveva fatto credere alla mafia di poter imporre una simile politica interna anche nel nostro paese. Come abbiamo detto i narcotrafficanti hanno ottimi e duraturi rapporti con tutte le

organizzazioni criminali più importanti nel mondo, e sono al centro dei più grandi traffici riguardanti le sostanze stupefacenti.

Le altre mafie: Nord Africana, Turca, Rumena. Queste altre organizzazioni criminali hanno un ruolo meno importante a livello transnazionale e sono scarsamente presenti anche nel nostro paese. Esse, al di fuori dei confini locali, o di piccoli focolai esterni non presentano strutturazione, organizzazione ed espansione. Solitamente vengono utilizzate come prestatori di servizi illeciti in particolari zone geo-politiche dalle O.C. maggiori, come per esempio ia mafia turca nei traffici illeciti che riguardano le coste adriatiche del nostro paese o le merci che devono giungere in Albania, o anche vengono utilizzati piccoli gruppi come manovalanza, il caso esemplare è quello dei piccoli gruppi Nord Africani operanti nel nostro paese come in tutta Europa. A quest'ultimo riguardo non è da sottovalutare l'utilizzo che questi gruppi potranno avere o stanno già avendo come tramiti e mediatori per possibili affari tra il terrorismo islamico e la Criminalità Organizzata.

2. La transnazionalità della criminalità organizzata, nuovi e vecchi traffici: il mercato globale.

La criminalità organizzata è ormai un fenomeno transnazionale, tutti i gruppi che abbiamo visto nella parte precedente, e che sono nati spesso con marcate connotazioni territoriali, etniche, culturali e sociali, operano tutte oggi a livello internazionale, hanno stretto alleanza e si avvantaggiano del mercato globale. Secondo Savona (1998) transnazionalità non vuol dire solo operare in ambito internazionale, ma soprattutto mettere in atto attività illecite che violano le legislazioni di due o più stati, operando appunto questi traffici illeciti all'interno di varie realtà nazionali. Le organizzazioni criminali transnazionali non sono nuove mafie, ma sono quelle vecchie organizzazioni criminali che si ristrutturano, si riciclano nei nuovi vantaggi che l'economia globale gli propone volta per volta. In pratica i reati sono sempre gli stessi, ma è il metodo d'attuazione che è cambiato. Le vecchie mafie hanno capito che non era più il caso di farsi la guerra, ma che era più utile collaborare, creare una vera e propria holding sopranazionale, con campi specifici di operatività, produzione e commercio ben definiti, che garantiscono all'organizzazione criminale mondiale termini di guadagno sempre maggiori sotto l'aspetto

economico, ma anche una difficoltà sempre maggiore nella configurabilità e nella perseguibilità dei reati, oltre ad un'accentuazione nella mimetizzazione e nella mescolanza sempre più marcata all'economia legale di tutto il mondo occidentale e non solo. Dunque le varie mafie si sono specializzate in vari settori, ed offrono ognuna per le loro competenze servizi efficienti e sopranazionali, ed inoltre si sono alleate, e questo ha permesso una *migrazione mafiosa,* prima assente e forse impensabile, di cui il crescente ruolo della mafia cinese soprattutto, nel nostro paese come nel mondo è forse l'esempio più chiaro. La mafia pensa in maniera diversa, forse un tempo Cosa Nostra non avrebbe permesso alle Triadi di occupare spazio criminale nel nostro paese, oggi questo avviene e ciò perché le O.C. ragionano ad un livello diverso, più alto ed internazionale: Cosa Nostra dà l'assenso a quest'operazione se da un lato questo gli consente a sua volta di operare sui mercati finanziari asiatici, e se dall'altro il defilarsi dal controllo territoriale diretto gli permette di defilarsi anche dall'occhio del ciclone delle operazioni di polizia e della magistratura, fermo restando che quel controllo è comunque garantito da altra organizzazione criminale che comunque gli rende possibile un certo numero di attività illegali sul territorio. Le O.C. ragionano dunque sempre più come delle organizzazioni legali che operano, scambiano informazioni, stringono alleanze strategiche e fanno affari su un piano non più nazionale ma transnazionale o globale.

A) **Immigrazione e nuove problematiche criminali.** Una congiuntura involontaria tra nuove politiche di controllo dei flussi migratori provenienti dai paesi *"altri",* messa in atto dalle Nazioni Europee e dell'Occidente, unita ad una volontà migratoria elevata dei cittadini di quei paesi, volenterosi di trovare condizioni di vita migliori, oltre agli sconvolgimenti geo-politici, ed alle situazioni di crisi e di guerra che hanno sconvolto il mondo in seguito alla caduta del blocco comunista hanno fatto si che l'immigrazione divenisse una delle fonti massime di guadagno delle O.C. oltre che un'attività che sempre di più si avvicina, drammaticamente ed incredibilmente, al concetto di tratta degli schiavi. Le O.C. che oramai, come detto, operano e ragionano sempre più come delle aziende del crimine sono semplicemente venute incontro ad una domanda vastissima del mercato, la voglia di quei cittadini di migrare verso i paesi Europei ed Occidentali, anche in maniera illegale, pur di fuggire alle impossibili condizioni di vita dei paesi di origine. La C.O. ha fiutato l'affare ed ha organizzato il traffico, solo che per alcune sue connotazioni questo traffico di esseri umani si sta trasformando in una tratta degli schiavi ed infatti d'accordo con la relazione annuale della Commissione

Parlamentare Antimafia, questo commercio ha preso forma in due modi uno detto **smuggling,** cioè favoreggiamento nell'ingresso clandestino in una nazione, ed il secondo in rapida ascesa, detto **traffiking,** che riguarda invece il vero e proprio contrabbando di esseri umani, molto spesso donne e bambini, diretto al mercato della prostituzione e del lavoro nero.

• **Le rotte dell'Est: dalle sigarette agli esseri umani.** L'esponenziale crescita di potere della mafia Albanese nel nostro paese ed in Europa, è dovuta proprio al fatto che essa ha la fortuna di operare in un luogo geopolitico perfetto e strategico, trovandosi ad una manciata di chilometri da un paese della Comunità Europea, l'Italia, divenendo così la porta d'ingresso dell'Occidente di tutto il traffico proveniente da Est e dall'Oriente in generale. Il traffico di immigrati è gestito dalla mafia albanese in maniera sempre crescente ed in entrambi i campi dello smuggling e del traffiking. Dal 1997 in poi gli albanesi hanno assunto in proprio il business, soppiantando la C.O. pugliese, grazie ad una maggiore libertà di movimento per la mancanza oggettiva di uno Stato forte Albanese pronto a combattere sul proprio suolo il fenomeno, grazie agli enormi flussi di profughi provenienti dalle nazioni dell'ex Jugoslavia in guerra ed anche ad un'elevata capacità criminale. Gli Albanesi sin da subito si dimostrarono molto capaci, offrendo un "servizio" di elevata professionalità criminale e cinica efferatezza, e riuscendo anche in ottimi rapporti diplomatici con la mafia Italiana per lo sbarco nel nostro territorio, ma anche con la Turca per lo "smercio" delle etnie provenienti dal Nord Africa e dagli altri paesi Asiatici e Mediorientali. Attualmente si può dire che la fascia del mare Adriatico è da loro controllata per qualunque traffico illecito, prima di tutto quello legato ai clandestini. La crescita esponenziale dei profitti ha permesso anche una crescita dell'organizzazione, che oggi è molto presente nel nostro territorio nazionale, controllando anche in Italia ed in maniera monopolistica larghe fette del mercato criminale soprattutto legato alla prostituzione e allo spaccio. Questa trasformazione del mercato criminale ha portato all'abbandono quasi totale di un classico traffico che avveniva in quel tratto geografico, cioè il contrabbando di sigarette. Quel mercato è stato accantonato perché ritenuto a basso profitto economico ed a più alti rischi, e ciò ci deve mettere in guardia anche dalle capacità di *flessibilità al mercato* delle nuove O.C. e dalla capacità di un'attenta valutazione economica in termini di costi e benefici in relazione alle attività intraprese e al cambiamento dei mercati in cui si opera, in termini di domanda.

La manodopera cinese: l'ascesa di lanterne rosse connection. La mafia cinese, secondo condivisibili studi comuni, è l'O.C. in più rapida ascesa transnazionale, è piombata anche nel nostro Continente ed ultimamente anche nel nostro paese, iniziando la solita ma efficace e capillare colonizzazione criminaledel territorio caratteristica della sua struttura e della sua filosofia mafiosa. Una recente ricerca (Becucci 2001) ha ben dimostrato la crescita del fenomeno in Italia, e l'insediamento sempre più frequente di intere comunità cinesi nel centro-nord. Le triadi sono infatti maestre nelle operazioni di traffiking, e nel loro caso si può parlare di vere e proprie tratte di schiavi. Controllando tutto il mercato asiatico, esse possono attingere da un bacino di povertà e risorse umane enorme. L'organizzazione del traffico è gestita a livello transnazionale, con vari passatori e mediatori presenti in tutto il mondo sulle tratte degli schiavi. Il clandestino paga il suo viaggio e all'arrivo in Italia o in altro paese Europeo viene immesso nella comunità, da cui non ha nessuna possibilità di uscire, essendo costretto a svolgere il lavoro che gli viene assegnato. Può anche avvenire che il clandestino non abbia i soldi per il viaggio o non possa pagare tutto il viaggio. In questi casi si arriva ad uno schiavismo degno dell'antica Roma, con le organizzazioni che li comprano e li vendono sui mercati illegali come merce, con esseri umani passati di mano in mano come pacchi, lavorando gratis sino al pagamento completo del loro debito con l'organizzazione. Queste pratiche permettono alle triadi di avere manodopera a prezzi incredibilmente bassi pronta per essere trafficata ed utilizzata in tutto il mondo, e la presenza in parabola ascendente dei cinesi nelle aziende pellettiere e di confezioni del centro Italia dimostrano chiaramente il fenomeno. Ultimamente anche il sud Italia sta assistendo all'arrivo di un numero sempre maggiore di immigrati cinesi ed asiatici, in particolare a Napoli la comunità cinese è in crescita esponenziale sia numericamente, sia come potere economico. Nella nostra città si è moltiplicata la presenza degli immigrati asiatici, e soprattutto appare ormai consolidato il loro controllo nelle aree classicamente controllate dalla criminalità straniera ed abitate dagli immigrati sia regolari sia clandestini. In particolare nella zona della stazione centrale è apparsa un'operazione sistematica di apertura di esercizi gestiti da cinesi che oggi sono la quasi totalità dell'area, esercizi in passato di proprietà italiana o di altre comunità etniche, oltre al proliferare dei ristoranti cinesi, attività classica dell'economia delle triadi e dei tong. Molto particolare appare anche la collocazione "geo-politica" dei venditori abusivi cinesi sul territorio urbano di Napoli. Questa città ha avuto ed ha una grandissima tradizione di vendita abusiva in strada, che in moltissimi casi ha dato vita a dei veri e propri mercati in cui si vendeva, senza regolare licenza di ambulante, di tutto dal cibo ai

vestiti. Naturalmente anche gli altri gruppi etnici presenti sul suolo cittadino hanno intrapreso questa attività, soprattutto le etnie Africane, ma il loro posizionamento geografico è sempre stato di margine, una posizione scomoda, "non istituzionale", e che per questo di frequente viene colpita dalla polizia municipale. Inoltre i venditori Africani sono stati utilizzati sin da subito per vendere in strada merce contraffatta e di recente soprattutto cd musicali e software pirata, dunque una sorta di manovalanza delle O.C. che hanno preferito dare in appalto la vendita capillare sul territorio ad altri soggetti, e ciò soprattutto per un rischio oggettivamente maggiore che comporta il vendere per strada software pirata, in termini penali. rispetto alla vendita della frutta e della verdura nei mercati rionali. Gli ambulanti cinesi sono invece una vera particolarità, in primo luogo si sono inseriti quasi immediatamente nei punti strategici della vendita per strada, in quei punti che in qualche modo sono istituzionalizzati da una pratica di decenni da parte di ambulanti napoletani, i quali li hanno dovuti ospitare tra di loro, spesso cedere il posto, senza poter protestare. Conoscendo il sopradescritto comportamento tenuto con le precedenti etnie che hanno affrontato questo mercato a Napoli, questa benevolenza assoluta verso gli asiatici appare un po' strana e forse imposta dall'alto con la forza. Inoltre questi ambulanti vendono esclusivamente prodotti asiatici, di cui fanno rifornimento nei descritti negozi che stanno fiorendo in alcune aree della città, e senza dunque possibilità delle O.C. locali di controllarne le vendite ed i guadagni. Questo dimostra ancora di più la forza e l'organizzazione criminale cinese, ma anche la capacità delle triadi di penetrare nel territorio prendendone possesso silenziosamente. Non è escluso che ben presto queste organizzazioni si rivolgano anche alle aree agricole del Casertano e dell'Agro Nocerino, offrendo anche li, come è gia avvenuto al Centro Italia, mano d'opera trafficata a pezzi stracciati, dunque coprendo un nuovo settore economico e scalzando l'immigrazione Africa e nord Africana, che è arrivata per prima ma che mai ha prodotto organizzazione criminale così strutturata, efficiente e transnazionale.

La prostituzione e la riduzione in schiavitù di donne e bambini. Il secondo campo che riguarda il rinato traffico di essere umani e di schiavi provenienti dai paesi più poveri è quello del traffico di esseri umani da immettere sul mercato della prostituzione e riguarda soprattutto donne e bambini. Anche in questo campo, e forse soprattutto in questo, siamo nel concetto e nel reato di *riduzione in schiavitù e tratta di schiavi*. In queste operazioni sono oramai attive alcune delle più importanti O.C. transnazionali e soprattutto, anche nel nostro paese, i criminali russi, albanesi e nigeriani.

Gli albanesi usano le stesse rotte descritte per lo smuggling e il traffico di stupefacenti. Le donne vengono comprate nei loro paesi di origine e poi trasportate in Italia, spesso attraverso una serie infinite di compravendite e di violenze, che intervengono al passaggio di mano di banda in banda sino all'arrivo in Italia. Da qui vengono poi "smerciate" sul territorio nazionale e in altre parti d'Europa. Stessa pratica utilizzano le mafie russe e nigeriane, anche se le rotte sono diverse e più sofisticate ed organizzate a livello transnazionale. In ogni caso per queste donne, spesso neanche maggiorenni, si tratta di vera e propria schiavitù, e ciò perché arrivate a destinazione vengono immesse sulle strade e controllate direttamente dall'organizzazione, che gli requisiscono anche i documenti per evitare fughe, e minacciano violenze sia dirette che indirette, magari a figli o parenti lasciati in madrepatria. E' interessante notare che in passato queste donne provenivano dai maggiori centri urbani delle città dell'Est Europeo o del Sud America o dell'Africa, ed erano attirate nella trappola dietro la promessa di un lavoro legale in Europa. Oggi le politiche delle O.C. sembrano cambiate per abbassare i rischi, molte di quelle ragazze esasperate si rivolsero alla polizia, ed infatti preferiscono "andare a comprare" nelle zone rurali di quei paesi, dove trovano una disperazione elevatissima, un basso grado di alfabetizzazione e di cultura, che gli facilita il compito di controllo e gestione una volta in Europa, e dove spesso non sono nemmeno costretti a mentire sul cosa le donne andranno a fare nei nostri paesi, facendo leva su una miseria elevatissima e su una condizione così disperata che anche il prostituirsi per un'O.C. appare una scelta di vita migliore rispetto a quella attuale.

Attualmente tutto il traffico di esseri umani e le operazioni di smuggling e di traffiking rappresentano una vastissima fetta dell'economia illegale delle O.C.

B) Materiale nucleare ed armi: le O.C. sposano le rivoluzioni nel mondo.

I nuovi sconvolgimenti geopolitici, gli attentati degli ultimi tempi, l'aggravarsi di alcune situazioni di tensione e di guerra nel mondo hanno spostato l'opinione pubblica e gli interessi di *law enforcement* degli stati verso i fenomeni terroristici, etno-terroristici, e verso le crisi geopolitiche mondiali. Questo ha messo in evidenza un trend che in realtà esisteva gia da molti anni e cioè la collusione e spesso l'alleanza tra gruppi terroristici, alcune nazioni del mondo ed OC. in termini di traffico di armi convenzionali e non convenzionali. Questo tipo di contatti che ha aperto un nuovo fronte economico per le O.C. non può non essere valutato anche perché potrebbe portare gli sconvolgimenti

futuri più gravi all'ordine mondiale. La vendita di armi ha rappresentato da sempre una voce possibile dei bilanci di ogni stato mondiale, ma essa ha sempre seguito per ovvie ragione anche delle motivazioni legate all'ordine politico del mondo. Questo aspetto era vero soprattutto durante la guerra fredda quando le due super-potenze controllavano le vendite di questo settore quasi per intero. Dopo la caduta dell'impero Sovietico la situazione è fortemente mutata; in primo luogo nuovi stati sono potuti entrare nel mercato, in secondo luogo la vendita legale ha sempre di meno seguito ragioni geopolitiche e sempre più logiche di mercato irrazionali che hanno in qualche modo minato l'ordine mondiale. Naturalmente l'apertura del mercato ha interessato anche le O.C. che hanno iniziato a trattare più frequentemente il settore. Secondo Giaconi (2001) il 56% del traffico gestito dalle O.C. va verso gli stati amici e i loro eserciti, ed il 44% verso gruppi terroristici sparsi nel mondo. Questo scambio non è quasi mai uno scambio solo economico, molto spesso esso riguarda scambio di materie prime, armi dalle O.C. ai terroristi dietro droga, o riguarda scambi di servizi armi ai terroristi che in cambio controllano con scorte armate le rotte del traffico di droga delle O.C. Questo tipo di operazioni e di contatti è comprovato in alcune zone del mondo come l'Afghanistan e la Palestina-Libano, dove i gruppi terroristici ricevono dalle O.C. armi ed in cambio o danno droga o garantiscono le rotte degli stupefacenti. Ancora più particolare la situazione che si è creata in Colombia tra la FARC e i narcotrafficanti, una comunione di intenti ed un intreccio endogeno che qualche servizio segreto riferisce anche in alcune zone Medio-Orientali e che fa molto preoccupare. La FARC è un gruppo terroristico di matrice marxista che opera in Colombia, ebbene questo gruppo è stato letteralmente assoldato dai narcotrafficanti i quali passano armi e soldi alla FARC per sostenere la guerriglia contro il potere centrale, che è divenuto scomodo perché dietro pressioni Americane ha iniziato una guerra senza confine al narcotraffico, e dal canto suo la FARC offre protezione armata al narcotraffico in Colombia. Questo ha comportato due vantaggi per l'O.C. colombiana: destabilizzare fortemente lo stato centrale colombiano divenuto nemico dietro le pressioni internazionali, riuscire insieme alla FARC ad estendere un vero controllo territoriale-militare sulle zone interne e rurali della Colombia, il che permette alla FARC di avere basi logistiche, e al narcotraffico di avere zone di coltivazione, stoccaggio e produzione praticamente indipendenti dal potere centrale e protette militarmente. L'esempio FARC narcoraffico è un esempio spaventoso perché dimostra come in alcune circostanze un semplice contatto commerciale si possa trasformare in un'alleanza strategico-militare, per minacciare e magari rovesciare con le armi, mimetizzando il tutto

con una rivolta popolare di tipo politico, un Governo che da amico è divenuto nemico, formare un nuovo governo ombra amico e riprendere il lavoro in pace. Il modello colombiano è esportabile in molte zone già poco stabili del mondo, non è detto che non stia già avvenendo e richiede un'attenzione totale da parte della comunità internazionale. Questa attenzione deve essere ancora maggiore dopo la caduta dell'impero Sovietico, che ha aperto alle O.C. anche il mercato delle armi non convenzionali, soprattutto del materiale nucleare. Le armi ed il materiale nucleare dell'ex U.R.S.S. sono fuori controllo, e questo è un dato di fatto, lo stesso governo russo non sa dire con precisione a quanto ammonta attualmente l'arsenale nucleare, né quanto è controllato, né se è tutto sotto controllo, né se ci sono stati furti, né a quanto e a cosa ammontano questi furti. Le uniche notizie ci pervengono o dalle fonti di intelligence o dai sequestri di materiale nucleare avvenuti soprattutto in Europa, operazioni moltiplicatesi dalla metà degli anni novanta. C'è da dire che molto spesso il contrabbando riguarda materiale fissile che difficilmente può essere utilizzato per la costruzione di armi nucleari vere e proprie, e questo dimostra anche la scaltrezza dell'offerta e l'ignoranza tecnologica della domanda, ma non è detto che questo materiale non possa essere utilizzato per atti dimostrativi o per semplice minaccia politica. In alcuni casi invece i furti e dunque il traffico sono stati importanti ed effettivamente pericolosi, come i quattro episodi di fuoriuscita clandestina dall'arsenale russo del 1994, il che dimostra, d'accordo con Giaconi (2001), che quando il cliente è serio le O.C. sanno come accontentarlo. Le O.C. utilizzano i soliti sistemi per questo nuovo traffico, solite rotte commerciali, solite capacità transnazionali ed in questo caso un'alleanza tattica in più con molti uomini dell'ex KGB o con militari russi che hanno l'effettivo polso dell'arsenale. A chi vendono? I clienti sono di due tipi, come per le armi convenzionali, clienti istituzionali e cioè Stati sovrani, clienti non istituzionali e cioè soprattutto organizzazioni terroristiche e sette di varia natura. E' consolidata l'opinione, per il primo tipo di clienti, di una vasta schiera di nazioni che hanno fatto negli ultimi anni una vera e propria corsa al nucleare. Alcuni stati come: Iran, Iraq, Arabia Saudita, Libia, Siria, Nigeria, forse Algeria hanno tentato di acquistare e spesso ci sono riusciti, materiale nucleare, ed attualmente non si sa quanto queste nazioni siano lontane dal divenire potenze nucleari, mentre Pakistan, India, e forse Corea del Nord già lo sono. Le O.C. mirano anche ad altri stati del secondo mondo che abbiano le capacità economiche e le volontà politiche di iniziare a fare questo salto verso il potere nucleare, che sta tristemente tornando in auge. Il secondo gruppo di clienti è ancora una volta formato da organizzazioni terroristiche che operano a livello sia locale che internazionale. Abbiamo

visto la capacità di queste organizzazioni negli ultimi anni, ed abbiamo prima descritto l'enorme minaccia che può rappresentare il contatto tra loro e le O.C. Il loro provato interesse verso armi nucleari e di distruzione di massa, mette in evidenza l'enorme pericolo che potrebbero rappresentare. In questo caso rientrano tra i clienti anche altre formazioni diverse ed in particolare sette mistiche ed altre organizzazioni segrete e massoniche. La fascinazione che le armi di distruzione di massa hanno su questi ultimi gruppi e sui loro adepti è enorme, l'ideale della distruzione di massa, dell'uccisione mistica degli infedeli, ha una grande presa sugli *adepti,* e l'esempio della setta Giapponese Aum Shinrikio che attaccò col Sarin la metropolitana di Tokyo, sono segnali tutt'altro che incoraggianti.

Per cosa possono essere utilizzate queste armi? L'utilizzo sia da parte degli stati che da parte dei gruppi terroristici è in primo luogo un utilizzo politico. Quando l'Iran o l'Iraq diverranno potenze nucleari dovranno per forza contare di più sul piano strategico-militare mondiale, le loro minacce potranno essere più terrorizzanti, avere maggiore efficacia sull'opinione internazionale, destabilizzare di più l'ordine mondiale. Niente esclude poi che questi stati possano, in particolare situazioni, decidere di utilizzare queste armi, la guerra fredda ha dimostrato come particolari situazioni di crisi internazionale abbiano trascinato due paesi stabili ed evoluti come gli Stati Uniti e la Russia in un vortice privo di controllo che in un paio di occasioni ci ha fatto sfiorare il conflitto nucleare mondiale, un potere del genere nelle mani di Nazioni poco stabili politicamente e facilmente manipolabili anche dall'esterno rappresenta una minaccia per il mondo. Gli stessi identici discorsi possono farsi per le organizzazioni terroristiche e le sette. Ma, naturalmente, le O.C. non si limitano solo a vendere questo materiale, la loro lungimiranza politica le spinge a stringere anche alleanze politiche con i paesi con cui trattano. Niente esclude che tramite queste vendite le O.C. aprano nuovi mercati, o utilizzino nuovi paradisi fiscali nel Medio Oriente e nella penisola Arabica. Niente ci vieta di pensare che le O.C. insieme ad alcune potenze mondiali aiutino stati satelliti lavorando a braccetto per farli divenire potenze nucleari o minacce mondiali, utilizzandoli poi o come armi vere e proprie e strumenti di destabilizzazione contro nemici economici, o per offrirsi poi come pacieri e referenti per situazioni di crisi divenendo più influenti sullo scacchiere internazionale. Stesso discorso per i gruppi terroristici, cosa ci vieta di pensare che le O.C. possano utilizzare un gruppo terroristico aiutato con armi non convenzionali per destabilizzare un paese particolarmente ostico o per rovesciare un governo molto ostile? Cosa ci vieta di pensare che la yakuza abbia utilizzato la setta Aum e i suoi attentati per

ricattare il governo Giapponese e raggiungere degli obiettivi politici ed economici, magari un allentamento della pressione giudiziaria e di polizia? Secondo Giaconi (2001) i terroristi non hanno più a che fare con stati interessati a pagare i loro servigi, quanto piuttosto con strutture meno facilmente identificabili che intendono utilizzarli, facendoli rimanere nell'area grigia tra O.C. ed organizzazioni politiche.

C) Traffico di droga e money laundering: brevi cenni. Il traffico di stupefacenti resta il mercato privilegiato di guadagno delle O.C. internazionali. E' il mercato che dà un passo in più all'economia illegale rispetto a quella legale, è il più antico traffico delle O.C. ed anche quello con importanti risvolti politici oltre che economici. Secondo molti analisti senza il mercato della droga ed i suoi abnormi guadagni le O.C. sarebbero più facilmente attaccabili, avrebbero molte meno disponibilità economiche, minori scambi politici tra O.C. terrorismo e Stati Nazionali, e sarebbero meno capaci di influenzare l'alta finanza legale che invece viene oggi pesantemente coinvolta nelle necessità di lavaggio delle ingenti somme di denaro provenienti dal mercato della droga. La droga ha permesso ad alcune O.C. di fare il salto di qualità: la mafia cinese con la *white china,* preferita sul mercato dell'eroina alla classica *brown sugar,* i colombiani con l'egemonia sul mercato della cocaina, gli albanesi con una terra che geograficamente si è dimostrata particolarmente fertile ed adatta alla coltivazione di canapa con principi attivi molto elevati rispetto a quelli del mercato classico Nord Africano e Mediorientale, la mafia russa e dell'Est che sta utilizzando i vecchi stabilimenti chimici e gli scienziati disoccupati per produrre nuove droghe sintetiche. Inoltre la droga è sempre stata anche una moneta per le O.C. le quali invece di sborsare somme di denaro spesso preferiscono utilizzare le droghe per gli scambi, classico il caso del traffico di armi; ancora la droga è stato lo strumento politico per eccellenza delle O.C. In primo luogo le grandi organizzazioni criminali sono entrate in contatto tra loro per scambiarsi droghe diverse sui mercati interni, poi si sono avvicinate per scambiarsi informazioni su coltivazione e produzione, poi hanno deciso di dividersi il mercato globale specializzandosi in campi diversi, ma ancora hanno messo in contatto le O.C. maggiori con piccoli gruppi criminali territoriali, che per questo si sono potenziati, per chiedere i loro servizi in termini di trasporto e controllo delle rotte, la mafia albanese e il suo successo attuale è emblematico in questo senso, ma anche come detto, con piccoli gruppi terroristici che hanno svolto uguale compito in varie parti del mondo. Infine i proventi enormi di questo mercato hanno posto un problema di lavaggio del denaro dovuto anche ad alcune

legislazioni restrittive e dure messe in atto per esempio in Europa ed in USA per fronteggiare il fenomeno. Questo aspetto ha messo in difficoltà le O.C. che hanno dovuto infiltrarsi sempre più nella finanza legale infestandola. Attualmente molte banche e finanziarie russe, asiatiche ed Occidentali sono più o meno controllate dalle O.C. che hanno bisogno di passaggi sicuri e transazioni veloci per lavare e non lasciare tracce dietro di sè. Ma anche altri settori legali di pronta liquidità sono utilizzati per questo, come il turismo il divertimento ed i mass media. In questo senso possiamo prendere a prestito due facili esempi, non troppo tecnici, riportati nel testo di Giaconi (2001) molto esauriente sul fenomeno:

• **Il falso processo.** Il denaro viene depositato su un conto bancario in un paradiso fiscale, la società che deve recuperare il denaro lavato inizia un procedimento quanto più realistico possibile contro la società che ha aperto il conto nel paradiso fiscale. Le soluzioni possibili sono: la controversia si chiude con accordo transattivo extragiudiziario, e la società paga l'80% della somma versata precedentemente nel paradiso fiscale, il 20% rappresenta il costo del lavaggio; la controversia si chiude in via giudiziaria, la società paga quando chiesto dalla prima società, sempre l'80% della s o m m a versata. e secondo quanto stabilito dall'autorità giudiziaria intervenuta, che spesso e preferibilmente è un arbitro legale.

• Il **mercato dell'arte.** Il soggetto che deve lavare compra con parte del denaro sporco oggetti d'arte, gioielli antiquariato, poi versa la somma restante da lavare ad un complice il quale lava ii denaro acquistando gli oggetti messi all'asta dal primo, quindi restituisce gli oggetti comprati successivamente e tiene una parte per la sua commissione.

Questi sono solo due dei possibili e spesso fantasiosi modi utilizzati per lavare il denaro, tralasciando quelli legati all'alta finanza, all'acquisto di titoli, alle scalate societarie che richiederebbero spiegazioni tecniche troppo dettagliate.

3. Conclusioni.

Le organizzazioni criminali sono ormai strutture complesse e soprattutto transnazionali. Esse dimostrano un'elevata capacità criminale, una elevata flessibilità ed adattabilità al mercato e alle possibilità della globalizzazione e delle vere e proprie politiche esterne ed interne, non solo miranti all'equilibrio all'interno del sistema mondo criminale, ma anche e soprattutto in relazioni ai cambiamenti geo-politici che hanno riguardato il mondo negli ultimi venti anni. La criminologia ha da fare un lavoro sistematico relativamente a questo settore che si può definire in vari campi di lavoro e ricerca, e che potranno poi essere utilizzati come strumenti di supporto dalle autorità giudiziarie e dagli organi di polizia nazionali ed internazionali impegnati sul territorio a combattere il fenomeno delle O.C.

Studi socio-criminologici. Lo studio delle motivazioni e dei meccanismi storico-sociologici-criminologici di un fenomeno così diffuso nel nostro ed in altri paesi ma anche assente da talune culture.

Studi psico-criminologici. La ricerca delle dinamiche psicologiche individuali, delle scelte consce ed inconsce, la nascita e la crescita del pensiero mafioso e dell'acting mafioso.

Studi sulle organizzazioni. Le associazioni criminali sono oggi organizzazioni a tutti gli effetti ed allora è indispensabile capire come le dinamiche delle organizzazioni complesse del mondo legale vengono utilizzate ed integrate dalle dinamiche e dagli obiettivi criminali.

Studi transnazionali e comparatistici. Ormai il cuore del problema mafioso è la sua capacità di evoluzione transnazionale, di capacità di rapporti tra organizzazioni, di accordi internazionali, questi aspetti devono essere sviscerati per capire dove va il fenomeno.

Controllo dei flussi e delle attività e delle integrazioni migratorie in Italia. Studiare culturalmente e criminologicamente le nuove mafie che si stanno espandendo nel nostro territorio, nascita, storia, obiettivi, strumenti, mezzi, finalità.

Le attività. Approfondire gli studi criminologici sulle attività mafiose nel mondo, anticipare le mosse future delle organizzazioni e soprattutto tenere d'occhio alcune attività nuove: mercati finanziari, economia grigia, traffico di esseri umani e riduzione in

schiavitù, computer crime e fruibilità delle comunicazioni planetarie.

Geostrategia e geopolitica delle O.C. Il futuro, dove vanno le O.C. Il mondo sta attraversando, dalla caduta dell'Impero Sovietico un periodo di profondi cambiamenti geopolitici e di gravissime crisi internazionali. Il nuovo traffico di armi, i rapporti con i gruppi terroristici e le sette, gli stati pronti a sovvertire l'ordine internazionale, i nuovi bacini di guadagno dovuti all'improvvisa disponibilità di armi non convenzionali, sono solo alcuni dei punti che ci indicano dove sta andando il Nuovo Crimine Organizzato Internazionale. e i gravissimi pericoli che tutto il mondo potrà correre in un futuro neanche troppo lontano.

Bibliografia

- Barbagli M., Rapporto sulla criminalità in Italia, Il Mulino, Bologna, 2003
- Relazione UE sulla criminalità organizzata, 2003
- Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo, Giuffré, Milano, 2004
- John Dikie, Cosa nostra, Laterza, Bari, 2005
- Sergio Romano, Anatomia del terrore, Rizzoli, Milano, 2005
- Bassiouni (a cura di), La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo, Giuffré, Milano, 2005
- Fenomenologia della camorra. Lo sguardo dell'antropologia sulla criminalità organizzata, *Osservatorio meridionale* in Proteo, 2005 – 1
- Lodato S., Venticinque anni di mafia, Rizzoli, Milano, 2006
- Innocenti P., Mafia gialla / Mafia nera, Berti, 2006
- Abadinsky H., Organized crime, Wadsworth, Belmont CA, 1999
- Antolisei F., Manuale di diritto penale, Giuffré, Milano, 2002
- Arlacchi P., La mafia imprenditrice, Il Mulino, Bologna, 1982
- Balloni A. e Bisi R., Criminologia applicata per l'investigazione e la sicurezza, Angeli, Miano, 1996
- Bandini T. et alii, Criminologia, Giuffré, Milano, 1991
- Barbagallo F.,Il potere della camorra, Einaudi, Torino, 1999
- Barbieri A., Modernizzazione ed anomia, E.S.I., Napoli, 1991
- Becchi A., Criminalità organizzata, paradigmi e scenari delle organizzazioni mafiose in Italia, Carocci, Roma, 2000
- Becucci S. e Massari M., Mafie nostre maifie loro, Edizioni di comunità, Torino, 2001
- Catanzaro R., Il delitto come impresa, Cedam, Padova, 1998
- Corso P. e Insolera G. e Stortoni L., Mafia e criminalità organizzata, Utet, Torino, 1995
- Dalia A. e Ferrarioli M., Manuale di diritto processuale, Cedam, Padova, 2000
- Darley J. e Glucksberg S. e Kinichla R., Psicologia II, Il Mulino, 1991
- De Leo G., Evoluzione mafiosa e tecnologie criminali,Giuffré, Milano, 1995
- De Leo G. e Patria P., La spiegazione del crimine, Il Mulino, Bologna, 1999
- De Maillard Jean, Criminalità e globalizzazione, Feltrinelli, Milano, 2002

- Depolo M., psicologia delle organizzazioni, Il Mulino, Bologna, 1998
- Di Maria F., Il segreto ed il dogma, Angeli, Milano, 1997
- Donolo C., Disordine, Donzelli, Roma, 2001
- Ferracuti F., Trattato di criminologia, Giuffré, Milano, 1987
- Fiore I., Le radici incoscie dello psichismo mafioso, Angeli, Milano, 1997
- Giaconi M., Le organizzazioni criminali internazionali, Angeli, Milano, 2001
- Huntington S., Lo scontro di civiltà, Garzanti, Milano, 1997
- Kyle D. e koslowski R., Global human smuggling, Jhons Hopkings University Press, Baltimore Maryland, 2001
- Isolera G., Diritto penale e criminalità organizzata, Il Mulino, Bologna, 1996
- Lo Verso G., La mafia dentro, Angeli, Milano, 1998
- Lo Verso G., Come cambia la mafia, Angeli, Milano, 1999
- Lupo S., Storia della mafia, Donzelli, Roma, 2000
- Palermo C.m Il quarto livello, Editori riuniti, 1997
- Paoli L., Fratelli di mafia, Il Mulino, Bologna, 2000
- Ponti G., Compendio di criminologia, Corina, Milano, 1990
- Presutti A., Criminalità organizzata e politiche penitenziarie, Cortina, Milano, 1994
- Richards J., Trasnazional Criminal organization, CRC Press, 1998
- Romano S., Storia della mafia, Mondadori, Mialno, 1966
- Sclafani F., Teoria ed attualità in criminologia, Il caso Russia, Clueb, Bologna, 1998
- Spagnolo G., L'associazione di tipo mafioso, Cedam, Padova, 1997
- Starti A., Sociologia dell'organizzazione, Carocci, Firenze, 1996
- Zamagni S., Mercati illegali e mafie, Il Mulino, Bologna, 1993
- Ziegler J., I signori del crimine, Tropea, Roma, 2000

Brevi note in tema di tutela del consumatore nei contratti *on-line*. La responsabilità da *spamming.*

di Carmine Galloro[1]

Sommario: 1) generalitá; 2) lo spamming alla luce della direttiva sul trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche; 3) la tutela dei consumatori nei contratti a distanza; 4) la tutela della privacy; 5) il controllo del garante; 6) profili civilistici della responsabilità da spamming.

1) Generalitá

Spamming è una parola di derivazione anglo-sassone che descrive un fenomeno molto noto a tutti coloro che utilizzano la posta elettronica: l'invio di materiale pubblicitario non richiesto e, spesso, non desiderato.

Negli Stati Uniti il fenomeno viene definito anche come *junk e-mail* e *bulk e-mail*. La sigla UCE (*unsolicited commercial e-mail*) sta a significare il messaggio di posta elettronica commerciale non richiesto, così come convenzionalmente indicato anche nei provvedimenti legislativi o regolamentari.[2]

Tale pratica oggi è assai diffusa nel mondo del cd. "*direct marketing*", cioè quel campo di vendite in cui si applica in forma aggressiva il commercio diretto verso l'utente, mediante l'utilizzo di alcuni *software* in grado di copiare ed immagazzinare migliaia di indirizzi presenti sul *web* prelevandoli da siti, *forum*, *newsgroup* e, quindi, di spedire messaggi in pochi secondi a milioni di destinatari.

Tutto ciò, di contro, si riverbera in danno dei destinatari medesimi. Il soggetto titolare della casella di posta elettronica, ad esempio, è di fatto obbligato suo malgrado a

---

1

[2]G. CASSANO, Internet e riservatezza, in Internet. Nuovi problemi e questioni controverse, a c. di G. Cassano, Milano, 2001, pag. 27; E. RUGGIERO, Il contratto telematico, Napoli, 2003, pag. 82; M. ATELLI, Spamming: si svolta verso il silenzio assenso, in Guida al Diritto, 2003, 20, pag. 45; G. BRIGANTI, Spamming e diritto, in www.iusreporter.it; L. M. De Grazia, Spamming: definizioni ed aspetti legali, in "Diritto & Diritti", www.diritto.it; C. ERCOLANO, Spamming: una nuova forma di pubblicità dannosa per i consumatori?, in Diritto della Gestione Digitale delle Informazioni, suppl. n. 9 Il Nuovo Diritto, 9, pag. 44 ss.; A. LEVI, F. ZANICHELLI, L'utilizzo dell'E-Mail a fini pubblicitari: dallo "spamming" al "permission marketing"; in Riv. Dir. Ind., 2001, I, 194.

rimanere connesso alla rete per scaricare o eliminare i messaggi *spamming* ed affrontare, nella maggior parte dei casi, i costi della connessione calcolati solitamente a tempo.

Senza contare che anche gli ISP (*internet service provider*), cioè i soggetti che materialmente forniscono l'accesso alla rete, sono allo stesso modo esposti al rischio di *crash down*, allorché risultino talmente intasati da materiali non sollecitati da non essere più in grado di recepire altri messaggi. Il che rappresenta un danno sia alla comunicazione tramite la rete che all'immagine commerciale del *provider* e dei vari siti di posta elettronica, poiché ciò genera inevitabilmente la diffidenza da parte degli utenti.

Sulla legittimità dell'invio di tali messaggi a fini informativi o pubblicitari, prima della regolamentazione prevista dalla direttiva 58/2002/CE (recepita in Italia nel testo unico sulla *privacy*, D. Lgs. n. 196/2003), si riteneva con eccesso di liberalità che le informazioni presenti sul *web* dovessero essere accessibili a tutti, fino a quando ciò rimaneva contenuto nell'àmbito del lecito.

Per cui non era da ammettersi il cd. "*spamming* industriale", e cioè l'attività consistente nell'invio indiscriminato, costante e ripetuto di milioni di messaggi attraverso diversi indirizzi di posta elettronica, volto ad intasare servizi *on-line*, senza il consenso del soggetto destinatario del messaggio pubblicitario. Oggi tale consenso – secondo la norma comunitaria – va richiesto dall'operatore preventivamente, una volta che questi abbia fornito la adeguata informazione sulle modalità e sulle finalità del trattamento.

È questo il sistema detto dell'*opt-in*, secondo il quale occorre che l'interessato significhi espressamente ed univocamente la propria accettazione prima d'essere inserito all'interno di un'operazione di trattamento. L'acquisizione del consenso e la conservazione documentale dell'avvenuta informativa, a loro volta, avranno valore probatorio in caso di contenzioso.

Negli USA, al contrario, è possibile trattare i dati personali degli interessati, qualora questi ultimi non avessero manifestato un loro esplicito dissenso, secondo il principio dell'*opt-out*. Vale a dire, il consenso si presume pienamente autorizzato sino al momento in cui viene manifestata l'opzione negativa.

Ed invero, in America sono state create delle liste (*black lists* o anche *Robinson's lists*) dove chiunque può iscriversi al fine di rendere noto a tutti gli operatori commerciali la propria indisponibilità a vedersi oggetto di trattamento. Di talché lo *sponsor* - prima di attingere alla banca-dati contenente le informazioni sui destinatari - è tenuto a controllare

all'interno delle *black list* i dati relativi alle *e-mail* di coloro che abbiano già preventivamente manifestato il loro dissenso.[3]

2) Lo *spamming* alla luce della direttiva sul trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche.

L'attività descritta può dirsi, in generale, illecita ogni volta che vìoli le norme di cui il combinato della direttiva comunitaria 2002/58/CE [4], recepita nel nostro ordinamento con il D. Lgs. n. 196/2003, detto anche "Codice della *Privacy*". In particolare, si tratta delll' art. 13 della direttiva e l'art. 130 del Codice, entrambi rubricati "comunicazioni indesiderate"[5].

Come accennato sopra, la direttiva comunitaria in parola tende in sostanza a scoraggiare la commercializzazione diretta di beni o servizi effettuata tramite le moderne

[3] E. RUGGIERO, Il contratto telematico, cit., Napoli, 2003, pag. 85; E. A. ALONGI, *Has the U.S. Canned Spam?*, in Arizona. L. Rev., 2004, 3, pag. 46; B. G. Gilpin, *Attorney Advertising & Solicitation on the Internet: Complying with Ethics Regulations and Netiquette*, in Journal Marshall J. Computer & Info, 11, 1995; D. E. SORKIN, *Unsolicited Commercial E-Mail and the Telephone Consumer Protection Act of 1991*, in Buffalo L. Rev., 1997, 10, pag. 45.

[4] In particolare recita al riguardo il considerando n. 6 della direttiva: "'Internet ha sconvolto le tradizionali strutture del mercato fornendo un'infrastruttura mondiale comune per la fornitura di un'ampia serie di servizi di comunicazione elettronica. I servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico attraverso l'internet aprono nuove possibilità agli utenti ma rappresentano anche nuovi pericoli per i loro dati personali e la loro vita privata". Al riguardo, stabilisce la prima parte del considerando n. 40: "Occorre prevedere misure per tutelare gli abbonati da interferenze nella loro vita privata mediante comunicazioni indesiderate a scopo di commercializzazione diretta, in particolare mediante dispositivi automatici di chiamata, telefax o posta elettronica, compresi i messaggi sms".

[5] L'art. 13, della direttiva così dispone "*1. L'uso di sistemi automatizzati di chiamata senza intervento di un operatore (dispositivi automatici di chiamata), del telefax o della posta elettronica a fini di commercializzazione diretta è consentito soltanto nei confronti degli abbonati che abbiano espresso preliminarmente il loro consenso.*
2. Fatto salvo il paragrafo 1, allorché una persona fisica o giuridica ottiene dai suoi clienti le coordinate elettroniche per la posta elettronica nel contesto della vendita di un prodotto o servizio ai sensi della direttiva 95/46/CE, la medesima persona fisica o giuridica può utilizzare tali coordinate elettroniche a scopi di commercializzazione diretta di propri analoghi prodotti o servizi, a condizione che ai clienti sia offerta in modo chiaro e distinto al momento della raccolta delle coordinate elettroniche e ad ogni messaggio la possibilità di opporsi, gratuitamente e in maniera agevole, all'uso di tali coordinate elettroniche qualora il cliente non abbia rifiutato inizialmente tale uso.
3. Gli Stati membri adottano le misure appropriate per garantire che, gratuitamente, le comunicazioni indesiderate a scopo di commercializzazione diretta, in casi diversi da quelli di cui ai paragrafi 1 e 2, non siano permesse se manca il consenso degli abbonati interessati oppure se gli abbonati esprimono il desiderio di non ricevere questo tipo di chiamate; la scelta tra queste due possibilità è effettuata dalla normativa nazionale.
4. In ogni caso, è vietata la prassi di inviare messaggi di posta elettronica a scopi di commercializzazione diretta camuffando o celando l'identità del mittente da parte del quale la comunicazione è effettuata, o senza fornire un indirizzo valido cui il destinatario possa inviare una richiesta di cessazione di tali comunicazioni.
5. Le disposizioni di cui ai paragrafi 1 e 3 si applicano agli abbonati che siano persone fisiche. Gli Stati membri garantiscono inoltre, nel quadro del diritto comunitario e della normativa nazionale applicabile, un'adeguata tutela degli interessi legittimi degli abbonati che non siano persone fisiche relativamente alle comunicazioni indesiderate".

tecnologie di comunicazione (*fax*, *e-mail*, chiamate telefoniche automatiche) senza il preventivo consenso del destinatario[6].

Tuttavia, al secondo comma dell'art. 13 della citata direttiva si prevede la possibilità di inviare *e-mail* pubblicitarie anche a prescindere dal consenso espresso del destinatario dell'invio, purché[7]

a) il mittente sia un soggetto che svolga un'attività economica;

b) i soggetti destinatari delle comunicazioni commerciali siano suoi clienti;

c) lo *spammer* abbia ottenuto dai propri clienti gli estremi di posta elettronica nell'ambito di vendita di un prodotto o di fornitura di un servizio;

d) i servizi o i prodotti da commercializzare siano analoghi rispetto a quelli oggetto della vendita o del servizio, tramite i quali le coordinate elettroniche del cliente siano state raccolte.

Ma anche in tali casi, si prescrive che il cliente debba essere sempre informato circa l'utilizzo dei dati per finalità di commercializzazione diretta, in maniera chiara e distinta e salva sempre la possibilità di opporsi a tale uso.

Ad ulteriore tutela del diritto soggettivo del destinatario, al terzo comma dell'art. 13 in esame, si pone la facoltà per gli stati membri di adottare, in piena autonomia, tutti gli strumenti appropriati al fine di garantire l'effettività dell'opposizione all'invio di comunicazioni pubblicitarie, anche al di fuori dei casi previsti dai primi due commi dell'art. 13 medesimo.

Si nota in proposito che la norma stabilisce, da un lato, la gratuità dei rimedi a favore dell'interessato per l'esperimento delle misure contrastanti l'invasione della *privacy*, salve le spese relative ai costi di trasmissione del rifiuto (considerando n. 41). In pari tempo, occorre sottolineare che la stessa disposizione comunitaria devolve alle singole autorità statali la valutazione riguardo l'*opt-in* o l'*opt-out*, nei casi di *spamming* effettuato per finalità commerciali diverse dalla vendita di prodotti e dalla fornitura di servizi. Vale a dire, gli stati membri potranno decidere - a differenza di quanto avviene nel sistema USA - se l'illiceità dello *spamming* sia da ricollegare all'assenza di preventivo

[6] A proposito delle comunicazioni inviate a mezzo *telefax*, posta elettronica e dispositivi automatici di chiamata il considerando n. 41 della direttiva 2002/58/CE dispone*: "Tali forme di comunicazioni commerciali indesiderate possono da un lato essere relativamente facili ed economiche da inviare e dall'altro imporre un onere e/o un costo al destinatari. Inoltre, in alcuni casi il loro volume può causare difficoltà per le reti di comunicazione elettronica e le apparecchiature terminali. Per tali forme di comunicazioni indesiderate a scopo di commercializzazione diretta è giustificato prevedere che le relative chiamate possano essere inviate ai destinatari solo previo consenso esplicito di questi ultimi"*.

[7] G. CASSANO, *Internet e riservatezza*, *cit.*, pag. 46 e ss.; E. RUGGIERO, Il contratto telematico, *cit.*, Napoli, 2003, pag. 95; G. BRIGANTI, *Spamming e diritto*, *cit.*, par. 2.2.

consenso dell'interessato abbonato, ovvero al suo espresso desiderio di non ricevere ulteriormente tale tipo di comunicazioni.

Emergono, tuttavia, alcuni dubbi sui limiti soggettivi di applicazione della disposizione in parola, considerando nella specie che il preventivo dissenso espresso dall'interessato è ammesso soltanto nei casi non previsti ai commi 1 e 2, cioè al di fuori dei casi di fornitura di servizi e di vendita di beni nei confronti di persone fisiche.

Dal che si evince una tutela maggiore in favore dei destinatari che siano persone giuridiche ed abbonati a tali prestazioni, delineandosi pertanto in tale ambito il profilo della disparità di trattamento nei confronti degli altri soggetti.

3) La tutela dei consumatori nei contratti a distanza

La disciplina comunitaria a tutela dei consumatori nei contratti a distanza, di cui la direttiva 97/7/CE, è stata introdotta nel nostro ordinamento con il D. Lgs. 22 maggio 1999, n. 185.

All'art. 1 di tale ultima disposizione è, appunto, specificata la nozione di contratto a distanza, quale "*contratto avente ad oggetto beni o servizi stipulato tra un fornitore e un consumatore nell'àmbito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal fornitore che, per tale contratto, impiega esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto stesso*".

Il regolamento contrattuale in questione, invero, deve essere corredato da tutte le informazioni richieste dall'utente di media diligenza, da esplicitarsi attraverso il sito *web* del fornitore. In genere, accade che la proposta e le relative condizioni vengano elencate pagina per pagina nelle finestre di dialogo che si succedono sullo schermo del *computer*, fino alla comparsa della casella riservata all'accettazione, collocata "in calce" al contratto. Al fornitore spetterà, poi, comunicare la conferma dell'avvenuto accordo, da inoltrarsi per iscritto o anche per posta elettronica.

A tutela dell'optante, la legge stabilisce il termine di dieci giorni ai fini dell'esercizio del diritto di recesso, tranne il caso in cui la stipula non sia avvenuta conformemente alla disciplina del contratto a distanza. In tal caso, il periodo è portato a tre mesi.

La scelta del legislatore a salvaguardia del consumatore nei contratti *on-line* è, infatti, operata in maniera da bilanciare la posizione di preminenza del fornitore, quale soggetto che impone attraverso clausole *standard* le modalità della prestazione e quant'altro ancora. In analogia a quanto avviene nel regime dei contratti conclusi al di fuori dei locali in cui si esercita il commercio, di cui il D. Lgs. n. 50/1992, attuativo della

Direttiva CEE 85/577, esistono delle particolari cautele a cui i contraenti debbono conformarsi ai fini della regolarità dell'accordo. All'uopo, si rammenta che, in caso di confliggenza tra i sistemi contrattuali delineati, è stabilito all'art. 15 del D. Lgs. N. 185/99 l'applicazione delle disposizioni in ogni caso più favorevoli per il consumatore[8].

Per quanto inerisce l'utilizzo dello *spamming* da parte degli imprenditori, la norma prevista all'art. 10, in particolare, è intitolata "*limiti all'impiego di talune tecniche di comunicazione a distanza*" ed individua ulteriori limiti all'invio di materiale pubblicitario tramite l'introduzione di un duplice sistema autorizzatorio (commi 1 e 2)[9].

Ricalcando pedissequamente la già descritta disciplina posta a tutela della *privacy*, la norma predetta ha inteso fornire una maggiore e più incisiva tutela al destinatario di comunicazioni commerciali mediante *e-mail*, che si basa essenzialmente

- sull'informazione riguardante il trattamento dei dati personali;
- sul consenso espresso a tale trattamento;
- sul diritto di opposizione al trattamento.

Nello specifico, al comma 1 dell'art. 10 del citato decreto opera l'esplicito divieto per il fornitore (ovvero la persona fisica o giuridica che nei contratti a distanza agisce nel quadro della sua attività professionale) di utilizzare telefono, posta elettronica ed altri sistemi automatici di chiamata senza il preventivo consenso dell'interessato.

Mentre il secondo comma dispone la facoltà di adoperare tecniche di comunicazioni a distanza diverse da quelle previste nel comma 1, laddove consentano una corrispondenza individuale e fin tanto che il consumatore non si sia dichiarato esplicitamente contrario.

Il regime in esame tende formalmente a tutelare i diritti soggettivi del consumatore che accede al *web*, approntando nei confronti di costui una serie di rimedi contro le

---

[8] Per una panoramica sul diritto continentale vigente in materia, si veda: A. PÜTZHOVEN, *Europäischer Verbraucherschutz im Fernabsatz. Die Richtlinie 1997/7/EG und ihre Einbindung in nationales Verbraucherrecht*, Monaco, 2001, pagg 72 e ss.; J. ALLIX, *La Directive 97/7/CE: Contrats conclus à distance et protection des consommateurs*, in Revue des Affaires europèennes, 1998, pagg. 176 e ss.; D. LANGER, *Verträge mit Privatkunden im Internet*, Colonia, 2003, pagg. 246 e ss; E. JAYME, C. KOHLER, *Europäisches Kolissionsrecht: Anerekennungsprinzip statt IPR?*, in Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht; 2001, pagg. 501-514; L. THÈVENOZ, *Le project de directive sur la comercialisation à distance des services financiers*, in H. STAUDER, B. STAUDER «La protection des consommateurs acheteurs à distance», Zurigo, 1999, pagg. 57-85.

[9] Così, l'art. 10 del D. Lgs. 185/99: "*1. L'impiego da parte di un fornitore del telefono, della posta elettronica di sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore o di fax, richiede il consenso preventivo del consumatore;*

2. Tecniche di comunicazione a distanza diverse da quelle di cui al comma 1, qualora consentano una comunicazione individuale, possono essere impiegate dal fornitore se il consumatore non si dichiara esplicitamente contrario".

insidie rappresentate dagli altri contraenti in malafede. Sicché, l'invio di corrispondenza che presenta contenuto e modalità dello *spamming* costituisce senza dubbio sia la violazione specifica della disciplina sulla *privacy*, così come della norma a tutela dei consumatori nei contratti conclusi a distanza[10].

4) La tutela della privacy

Contrariamente a quanto stabilito dalla direttiva europea sul trattamento dei dati personali, la norma italiana di recepimento ha notevolmente ampliato la tutela a favore del destinatario contro gli attacchi alla *privacy*[11].

Ed infatti, il legislatore comunitario si era limitato a prevedere l'obbligo del preventivo consenso del destinatario per l'invio di comunicazioni elettroniche solamente nei casi ascrivibili alla commercializzazione diretta di beni o servizi.

Nel nostro ordinamento, di contro, le modalità di sfruttamento di tali mezzi hanno trovato una più puntuale definizione, richiedendosi il consenso del destinatario nelle ipotesi di

- vendita diretta;
- invio di materiale pubblicitario;
- compimento di ricerche di mercato;
- compimento di comunicazioni commerciali.

Fuori da questi casi l'invio di comunicazioni non richieste può avere legittimamente luogo unicamente nel rispetto della disciplina prevista dagli artt. 23 e 24 del T. U. n. 196/2003, ovvero qualora sia stato richiesto il preventivo consenso dell'interessato all'utilizzo dei proprio dati personali (art. 23), oppure nei casi in cui il trattamento può svolgersi anche senza il consenso dell'interessato (art. 24, in relazione ai dati reperiti presso elenchi pubblici o registrati, sottoposti ad un regime di conoscibilità generalizzata come elenchi telefonici o registri elettorali).

Sotto tale profilo, va tuttavia notato che all'art. 130, come anche al comma 2 dell'art. 13 della direttiva 2002/58/CE, sia ritenuta ammissibile - anche senza il consenso

[10] C. MACRÌ, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, Torino, 1998, pag. 132; P. PERLINGIERI, *Metodo, categorie, sistema nel diritto del commercio elettronico*, in S. SICA, P. STANZIONE, " Commercio elettronico e categorie civilistiche", Milano, 2002, pagg. 10e ss.;. C: SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e l'esecuzione del contratto telematico*, *ibidem*.

[11] G. CASSANO, *cit.*, pagg. 19 e ss.; F. DE MAGISTRIS, *La direttiva europea sul commercio elettronico*, in "Informatica giuridica", Napoli, 2001, pag. 169; A: MONTI, *Spam e indirizzi mail. Quando la 675 è impotente*, in www.interlex.it.

dell'interessato - l'utilizzazione delle coordinate di posta elettronica fornite nell'àmbito della vendita di un prodotto o di un servizio.

Ma anche in tali casi, il limite alla liceità dello *spamming* è rappresentato dall'obbligo di informazione nei confronti del destinatario, riguardo la possibilità di poter ricevere in futuro messaggi reclamizzanti servizi o prodotti analoghi a quelli oggetto del precedente rapporto. Salva comunque la facoltà dell'interessato ad opporsi preventivamente o successivamente a tale invio.

Un'altra evidente analogia, rispetto alle previsioni della direttiva europea, la si coglie nel divieto di comunicazioni promozionali o di natura commerciale di cui l'art. 130 in questione, qualora il mittente sia camuffato o qualora questi celi la propria identità omettendo di fornire un idoneo recapito all'interessato.

5) il controllo del garante

Il Garante per la protezione dei dati personali ha sempre manifestato un orientamento restrittivo nei confronti dello *spamming*, anche prima dell'approvazione della direttiva 2002/58/CE e dell'entrata in vigore del T. U. sulla *privacy*. Al riguardo, si suole rammentare il contenuto di tre decisioni emesse dalla *Authority* negli ultimi anni, divenute oramai veri e propri punti di riferimento nella regolamentazione del fenomeno in parola: rispettivamente, quella del 11 gennaio 2001; del 13-19 maggio 2002; del 24-30 giugno 2002[12].

La prima pronuncia riguarda un ricorso avviato da alcuni destinatari di comunicazioni non desiderate di tipo politico, inviate tramite *e-mail*. Il *thema decidendum* ineriva la questione se una informazione di carattere personale, quale l'indirizzo di posta elettronica, dovesse essere o no considerata inserita in pubblico elenco e, quindi, soggetta a trattamento.

Ricalcando il parere 1/2000 dell'organo europeo di vigilanza nella materia (cd. "Gruppo Europeo"), l'Autorità italiana ha ritenuto illegittimo in base a tre ordini di motivi l'invio di propaganda politica nelle modalità citate; vale a dire:

1. il trattamento dei dati personali non deve avvenire in misura sleale;

2. è da definirsi "sleale" il trattamento dei dati per finalità diverse a quelle cui il destinatario aveva acconsentito;

3. il pregiudizio arrecato dalle spedizioni non autorizzate vìola il principio di proporzionalità tra gli interessi dello *sponsor* e quelli del destinatario.

[12] www.garanteprivacy.it; E. RUGGIERO, Il contratto telematico, *cit.*, Napoli, 2003, pagg. 90 e ss.

Dal punto di vista ermeneutico, è importante rammentare che la disposizione di cui l'art. 12 della legge n. 675/96 disciplinava i casi in cui era possibile procedere ad un trattamento di dati in assenza del consenso dell'interessato, laddove si trattasse di dati provenienti da elenchi pubblici o registri accessibili da chiunque, a cui si ricollegavano alcune ulteriori tipologie e/o modalità individuate altrove dal legislatore. Quindi, non era sufficiente la piena conoscibilità di un dato per renderlo liberamente trattabile, bensì era necessaria l'esistenza di un regime giuridico di piena conoscibilità di quel dato da parte di chiunque.

Per assicurare una tutela piena ed efficace, il Garante ha stabilito pertanto i confini in cui potesse aversi l'accesso ai dati dei destinatari. In particolare, si è precisato che gli indirizzi *e-mail* presenti in *internet* non fossero assimilabili ai dati personali provenienti da pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque, e quindi non potessero essere trattati anche in assenza del consenso dell'interessato.

Tale orientamento va per vero collegato a quello già espresso con la *newsletter* n. 14/18.7.99 e con il comunicato dal 12 luglio 1999, laddove la stessa Autorità ebbe modo di affermare che "*i messaggi che circolano via e-mail e nelle newsgroup sono da considerare corrispondenza e come tali non possono venire violati*"[13].

La seconda pronuncia è del 2002 e concerne, in particolare, il fenomeno dello *spamming* effettuato da una società fornitrice di servizi di *hosting* per un dato sito *web*.

Tale società era già stata direttamente intimata – ai sensi dell'art. 13 L. 675/96 – affinché cessasse l'attività contestata e dichiarasse all'interessato

- l'origine dei dati personali che lo riguardavano;
- il responsabile del trattamento dei dati medesimi;
- la prova della eventuale autorizzazione al trattamento;
- la prova dell'eventuale consenso al trattamento in favore di terzi.

In sede di contenzioso, l'Autorità accoglieva sostanzialmente le doglianze del ricorrente in relazione alle questioni predette, ribadendo il principio del consenso preventivo siccome "*è illegittimo utilizzare a scopi commerciali un indirizzo e-mail, che non compare in elenchi pubblici, senza il consenso del destinatario*".

Quanto alla conseguente domanda risarcitoria, veniva liquidata la somma forfettaria di duecentocinquanta euro per la sorta relativa alle spese del procedimento,

[13] www.garanteprivacy.it.

essendo stata devoluta al Magistrato ordinario la questione inerente la riparazione dei danni.

In pari tempo, veniva correttamente attivata d'ufficio la autonoma procedura per l'applicazione delle eventuali sanzioni, ai sensi del primo comma dell'art. 31, *lett*. b, della L. 675/96.

Ancora nel 2002 veniva adottata la terza delle decisioni sopra citate, a séguito del ricorso di un docente universitario contro l'invio di posta elettronica non autorizzata, verso l'indirizzo *e-mail* riportato nel sito della stessa Università.

Anche in questo caso il Garante stabiliva che "*la presenza dell' indirizzo e-mail di una persona su un sito internet non autorizza le aziende, per il solo fatto di essere pubblico, ad utilizzarlo per inviare pubblicità*" e quindi "*i dati posti a disposizione del pubblico per circoscritte finalità, ad es. di tipo istituzionale come nel caso in esame, non sono, infatti, liberamente utilizzabili per l'invio generalizzato di e-mail. E questo anche quando le e-mail non abbiano un contenuto commerciale o pubblicitario. Per poter procedere all'invio dell'e-mail all'indirizzo di posta elettronica del docente, la società avrebbe dovuto, dunque, ottenere prima il suo consenso. Non avendo né richiesto né ottenuto tale consenso la società ha, pertanto, violato le norme sulla privacy. Di conseguenza, la società non poteva limitarsi ad inserire il nominativo del ricorrente in una lista di soggetti non interessati all'invio di messaggi pubblicitari, ma aveva l'obbligo di cancellare i dati del ricorrente ed astenersi in futuro dall'utilizzare quei dati per scopi commerciali l'indirizzo e-mail presso l'Università*".

Con riferimento specifico allo *spamming* tramite telefonate commerciali, meritano d'essere rammentate alcune pronunce che – se correttamente applicate – eliminerebbero o almeno limiterebbero l'invadenza di certi fenomeni.

In primo luogo, l'Autorità ha affermato con parere pubblicato nella *newsletter* del 6-12 novembre del 2000[14] che "*se un cittadino non vuole ricevere telefonate commerciali, le società che lo hanno contattato, anche in base a dati ottenuti ed utilizzati correttamente, devono cancellare senza ritardo i dati in loro possesso, fornendo anche una attestazione che la cancellazione è avvenuta ed è stata resa nota anche ad eventuali altre società alle quali i dati erano stati precedentemente comunicati*".

Successivamente, lo stesso Garante ha avuto modo di esprimere tale orientamento circa l'utilizzo di *spamming sms*, ritenendo scorretto l'invio sul telefonino dell'utente di messaggi promozionali, relativi a servizi offerti dal gestore di telefonia mobile, senza

[14] www.garanteprivacy.it.

l'espresso consenso a ricevere questo tipo di informazioni[15]. Parimenti è da ritenersi illecito l'espediente, adottato da alcuni fornitori di servizi telefonici, di subordinare la stipula del contratto o l'attivazione della carta prepagata alla prestazione del consenso a ricevere messaggi pubblicitari, o quello di dissimulare comunicazioni commerciali dietro fittizie informazioni di servizio alla propria utenza[16]

Tale giurisprudenza è stata poi ribadita nel Comunicato del 3 settembre del 2003 e nella *newsletter* 1-7 settembre 2003, laddove si precisa che "*inviare e-mail pubblicitarie senza il consenso del destinatario è vietato dalla legge. Se questa attività, specie se sistematica, è effettuata a fini di profitto e vìola anche una norma penale, il fatto può essere denunciato all'autorità giudiziaria*"[17].

Per quanto concerne il delicato tema della pubblicità elettorale, si rammenta il Provvedimento Generale del Garante del 7 settembre 2005 (cd. "decalogo"), in cui vengono fissate le regole generali sulle informazioni utilizzabili dai candidati e con quali modalità[18].

Tra i dati trattabili senza consenso rientrano quelli contenuti nelle liste elettorali dei Comuni, da utilizzarsi per contattare gli elettori ed inviare materiale di propaganda da parte di organismi politici, comitati promotori, sostenitori e singoli candidati.

Possono essere usati liberamente anche altri elenchi e registri in materia, come l'elenco degli elettori italiani residenti all'estero ed iscritti all'AIRE, oltre ad altre fonti documentali accessibili a chiunque (es. albi professionali). Sono trattabili altresì i dati degli abbonati presenti nei nuovi elenchi telefonici, accanto ai quali figurino i due simboli che attestano la disponibilità a ricevere posta o telefonate.

Non sono invece accessibili a tale scopo - neanche da parte di titolari di cariche elettive - gli archivi dello stato civile, l'anagrafe dei residenti, gli indirizzi raccolti per svolgere attività e compiti istituzionali o per prestazioni di servizi, anche di cura.

Nei casi in cui è necessario il previo consenso - a meno che i dati personali siano stati forniti direttamente dall'interessato – sono ricomprese quelle particolari modalità di comunicazione elettronica come *sms*, *e-mail*, *mms*, telefonate preregistrate e *fax*. Così come si ritiene necessario il regime di *opt-in* ai fini della raccolta automatica dei dati su *internet* o ricavati da *forum* o *newsgroup*, dalle liste di abbonati ad un *provider* e, in genere, dalle informazioni presenti sul *web* per altre finalità.

---

[15] *newsletter* 3-9 febbraio 2003, in www.garanteprivacy.it.
[16] Parere del 10 giugno 2003, in www.garanteprivacy.it.
[17] www.garanteprivacy.it.
[18] In Gazzetta Ufficiale del 12.9.2005, n. 212 - Serie generale.

6) Profili civilistici della responsabilità da *spamming*

In àmbito europeo, la giurisprudenza ha cominciato a considerare solo da poco tempo il fenomeno in parola, censurando la condotta dell'autore e mittente dei messaggi non sollecitati ai fini del risarcimento del danno.

Si segnala in merito la vicenda trattata dai giudici francesi[19] e riguardante non i diritti soggettivi dei destinatari, bensì quelli invocati da due fornitori di servizi elettronici in rete. I quali non potevano pertanto lamentare la violazione delle norme in materia di *privacy* e di riservatezza individuale, dovendo limitare la pretesa risarcitoria al solo danno di immagine causato alla loro attività da parte dell'utente sleale.

Nella specie, lo *spammer* esercitava un'attività d'impresa inerente la vendita a distanza, sostenendo all'uopo una ossessiva campagna di informazione commerciale rivolta al pubblico tramite *e-mail*. Tale corrispondenza avveniva utilizzando il servizio di posta elettronica di un certo *provider* al quale costui era abbonato, ed era indirizzata ai destinatari utenti di un certo altro servizio di messaggeria.

A sèguito di numerose denunce da parte dei clienti che lamentavano la ricezione dei messaggi non sollecitati, il fornitore del servizio di messaggeria faceva ricorso al Tribunale di Nanterre, attraverso istanza al Presidente, richiedendo all'altro *provider* l'esibizione della documentazione riguardante l'imprenditore mittente.

Eseguendo l'ordinanza emessa dal Giudice adìto, il *provider* medesimo comunicava le informazioni a sua disposizione per identificare l'autore dell'attività denunciata, promuovendo, quindi, un autonomo giudizio contro costui per inadempimento delle condizioni contrattuali poste all'utilizzo del servizio *e-mail*. Le due cause venivano riunite dal Tribunale di commercio di Parigi, davanti al quale il resistente articolava la difesa sostanzialmente in quattro punti:

1) avendo cessato il suo sito ogni attività, le *e-mail* inviate successivamente erano da attribuirsi a persone che potevano utilizzare la risorsa elettronica messa a disposizione dal *provider* a sua insaputa;

2) il contratto con il *provider* stesso era da considerarsi "virtuale", in quanto non prevedeva sottoscrizione;

3) le condizioni di utilizzazione dei servizi *on-line* erano riportate in maniera prolissa e poco intelligibile, poiché redatte appositamente in modo da impedire la lettura dell'intero documento;

[19] Trib. Commercio Parigi, 5.5.2004, Foro It., 2004, 4, 510.

4) in ogni caso, era consentito al destinatario del messaggio pubblicitario di bloccare l'invio di altre *e-mail* allo stesso indirizzo.

All'esito del dibattimento, il Collegio accertava, alla stregua delle circostanze di fatto, la validità dei contratti in contestazione. E pertanto dichiarava la sussistenza dell'attività di *spamming*, svolta attraverso l'utilizzo rispettivo dei servizi di posta e di messaggeria elettronica.

Tuttavia, in mancanza di elementi che consentissero di valutare il pregiudizio ai fini della quantificazione del danno materiale, il Tribunale francese condannava il convenuto a risarcire esclusivamente il danno causato all'immagine dei servizi predetti, peraltro quantificato in via equitativa.

Riguardo la giurisprudenza italiana in materia, si citano usualmente due sentenze del Giudice di Pace di Napoli, rispettivamente del 7 e del 26 giugno 2004[20], le quali hanno per oggetto la richiesta di risarcimento danni avanzata dai destinatari, a causa della lesione della propria sfera di riservatezza e della propria *privacy* causata dall'invio indesiderato e non sollecitato di messaggi *e-mail* ovvero di *sms*.

Entrambe le sentenze giungono a condannare i convenuti al risarcimento del danno, attraverso un percorso logico – giuridico abbastanza tradizionale, poiché ricollegano la responsabilità civile connessa all'attività di *spamming* nell'àmbito della responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.), anziché nell'ambito della responsabilità connessa allo svolgimento di attività pericolose (art. 2050 c.c.). La differenza fra queste due impostazioni ha riverberi sia sul piano sostanziale che processuale.

Se si riconduce la responsabilità civile nella responsabilità extracontrattuale, l'onere probatorio ricade sul danneggiato, il quale deve dimostrare i danni subiti oltre al dolo o alla colpa del soggetto agente, nonché il nesso di causalità fra l'azione e l'evento dannoso.

Nel caso in cui l'attore invochi, al contrario, il risarcimento ai sensi dell'art. 2050 c.c., è previsto l'onere di dimostrare i danni subiti, oltre al nesso di causalità, ad esclusione della prova dell'elemento psicologico dell'illecito (dolo o colpa). Per cui incombe sulla controparte l'onere di dimostrare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno.

[20] Giudice di pace Napoli, sez. I, 10.6.2004, in Guida al Diritto, 2004, 32, 78; sez. I, 26.6.2004, in Foro It., 2004, 1, 2908.

Nelle sentenze in esame, il Giudice ha riconosciuto la illiceità dell'attività di *spamming* ai sensi dell'art. 2043 del codice civile, condannando il responsabile a cancellare i dati del richiedente dai propri archivi elettronici, oltre a risarcire i danni non patrimoniali derivanti dall'ingiusto turbamento arrecato alla vita privata del destinatario del messaggio pubblicitario, liquidandoli secondo equità nella somma di mille euro più settecentocinquanta euro a titolo di spese legali.

Si evidenzia nello specifico che lo stesso Giudice napoletano ha riconosciuto la risarcibilità anche del danno non patrimoniale, rappresentato dal "*danno alla vita di relazione del danno esistenziale conseguente alla lesione e al turbamento della qualità di vita dell'attore*"; oltre a quello patrimoniale derivante dalle "*spese generali e gli inconvenienti e perdite di tempo subite*"[21].

In generale, si osserva che la pronuncia del 10 giugno evita di seguire il disposto normativo che appositamente disciplina il risarcimento per illecito trattamento dei dati personali, vale a dire l'art. 18 della L. 675/96, oggi art. 15 del D. Lgs.. 196/03, cd. T.U. della *privacy*, e, di conseguenza, la disposizione fondamentale sulla regolamentazione della colpa nelle attività pericolose, di cui l'art. 2050 c.c[22].

Ed infatti tale decisione privilegia – al pari della successiva – la ricostruzione della condotta illecita sul modello della colpa extracontrattuale, secondo la clausola generale prevista all'art. 2043 c.c. anche per i casi in cui non si abbia la violazione di norma specifica.

La scelta è di ordine sistematico ed appare giustificata dalla ragione che il collegamento, tra la disciplina espressamente prevista a tutela della *privacy* e la responsabilità di cui l'art. 2050 c.c., si dimostra per qualche verso sproporzionato. A fronte di una normativa (di derivazione comunitaria) puntuale e delineata caso per caso, fa infatti da contraltare la regola codicistica predisposta a tutt'altro scopo, laddove il soggetto agente è chiamato a rispondere a titolo di colpa presunta (anche di tenuissima

[21] Così stabilito nella sent. --- "*L'invio di posta elettronica indesiderata nella fattispecie è illegittima sotto due profili: da un lato per la scorrettezza e illiceità del trattamento dei dati personali dell'attore da parte della convenuta e dall'altro lato provoca una illegittima intrusione e invasione nella sua sfera di riservatezza come stabilito dal Garante della privacy (gli indirizzi di posta elettronica non sono utilizzabili da chiunque in quanto non si tratta di dati pubblici alla stregua degli elenchi telefonici tradizionali)".*

[22] Questo il contenuto, rispettivamente, degli artt. 15 del D.Lgs. 196/2003 e 2050 del codice civile. Art. 15 (Danni cagionati per effetto del trattamento): "*1. Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile. 2. Il danno non patrimoniale è risarcibile anche in caso di violazione dell'articolo 11*"*;* Art. 2050 *(Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose)*: "*Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno*".

entità)[23] ovvero a sèguito di responsabilità oggettiva[24]. Ed invero, attraverso tale norma si è inteso assicurare il massimo grado di protezione in relazione ai danni cagionati da attività pericolosa in generale, con ciò intendendo "*quelle attività previste all'art. 46 e ss. del T. U. delle leggi di pubblica sicurezza, oltre a quelle prese in considerazione per la prevenzione degli infortuni o la tutela dell'incolumità pubblica, e tutte le altre che, pur non specificate o disciplinate, abbiano tuttavia una pericolosità intrinseca o comunque dipendente dalle modalità di esercizio o dai mezzi di lavoro impiegati*".[25].

Orbene, che il legislatore abbia voluto fornire una tutela pregnante ed incondizionata anche al principio della riservatezza è certamente encomiabile, alla luce dell'erosione costante e crescente del diritto di ognuno "*to be alone*". Ed appare condivisibile, pertanto, annoverare tra le attività pericolose sopra descritte la condotta rivolta ad attingere e divulgare i dati identificativi delle persone, atteso che si tratta pur sempre della lesione dei cd. diritti fondamentali, i quali sono sanciti al più alto livello nelle convenzioni e negli ordinamenti internazionali.

Con riguardo al fenomeno particolare dello *spamming*, si evidenzia in primo luogo la mancanza di una specifica fattispecie legislativa, per cui la descrizione dell'illecito in questione non può che operarsi attraverso una ricostruzione empirica diversa dal collegamento richiamato dalle norme sulla *privacy*. Alcuni dubbi sulla ragionevolezza di tale analogia sorgono, infatti, all'esame delle modalità di estrinsecazione della condotta sanzionata; consistente, appunto, nell'emissione ossessiva e sistematica di corrispondenza non desiderata a fini pubblicitari e/o commerciali. Di talché il "dolo specifico" è da rinvenirsi nello scopo ulteriore e successivo rappresentato dal vantaggio economico, a cui mira il soggetto agente.

Ad esempio, è risaputo che, in moltissimi casi, l'invio di *spam* e *pop up* avviene sulla scia dei *cookie* che l'utente lascia nella rete dopo aver visitato determinati siti *web*; sicché agli imprenditori fraudolenti resta soltanto da calcolare statisticamente quante volte l'utente ha avuto accesso a taluni siti, al fine di risalire agli interessi ed alle inclinazioni di costui, non rilevando in alcun modo l'età, la professione o quant'altro.

[23] Cass. civ., sez. III, 24 febbraio 1983, n. 1425, in www.notiziariogiuridico.it; in dottrina, C .M. BIANCA, *Diritto civile, V*, Milano, 1994, pag. 709; L. ROVELLI, *La responsabilità civile da fatto illecito*, Torino, 1965, pag. 343.
[24] Cass. Civ., sez. III, 29 aprile 1991, n. 4710, in Mass. Foro It., 1991, c. 397; in dottrina, M. COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965, pag. 176; L. ENNECCERUS u. M. LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1958, pag. 920; M. FRANZONI, *La responsabilità oggettiva. Il danno da cose e da animali*, Padova, 1988, pag. 462; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, pag.11.
[25] Cass. Civ., sez. III, 20 luglio 1993, n. 8069, in Foro it, 1994, I, 455.

Dopodiché, è gioco facile spedire la messaggeria indesiderata (inerente automobili, viaggi, informatica, ecc.) in modo massiccio e pervasivo[26].

In ogni caso il rischio connesso alla condotta dello *spammer* è, come già visto, quello di intasare la casella di posta elettronica del destinatario o, addirittura, quello di far collassare il sistema del *provider*.

Sembra, allora, una sorta di forzatura quella di includere lo *spamming* tra le attività intrinsecamente pericolose (cioè, accesso e trattamento dei dati identificativi delle persone) descritte dal combinato di cui gli artt. 15 del D.Lgs. 196/2003 e 2050 del codice civile, poiché la violazione del diritto alla riservatezza costituisce, nella specie, solo un fine indiretto e secondario.

Per quanto attiene il profilo strettamente risarcitorio, occorre evidenziare peraltro che uno strumento sicuramente più efficace si dimostra il rimedio di cui l'art. 2043 c.c. Ed infatti si può rammentare che il tipo di responsabilità, a cui fa richiamo la predetta norma sulle attività pericolose, prescinde da ogni indagine sull'elemento psicologico, stabilendo al riguardo una severissima presunzione di colpa, superabile solamente con l'esperimento della prova liberatoria.

Cosicché in base a tale disciplina perderebbe rilevanza il dato soggettivo, rappresentato dal dolo e dal grado di intenzionalità con cui l'evento dannoso è stato cagionato. Di conseguenza, rimarrebbe preclusa la valutazione del danno adeguatamente ancorata ai criteri indicati dall'ordinamento, a seconda della fattispecie dolosa o colposa.

È auspicabile, dunque, un intervento del legislatore o della giurisprudenza per dare contorni certi alla tipologia in questione, se non altro per evitare il rischio di svalutare la portata normativa dello stesso art. 2050 c.c. e, per l'effetto, dare la stura ad un'interpretazione inflazionistica dei princìpi in esso contenuti.

Occorre precisare, sotto altro aspetto, che le due sentenze esaminate facevano riferimento a controversie sorte nel 2003, ovvero prima dell'entrata in vigore del codice privacy, laddove si prevede, quale giudice competente per le controversie in tema di violazioni del codice sulla protezione dei dati personali, il tribunale in composizione monocratica.

Ai sensi dell'art. 152 del D. Lgs. 196/2003, inoltre, il foro territorialmente competente è da individuarsi in base alla residenza o al domicilio del ricorrente, posto che l'atto introduttivo del giudizio non è la più citazione bensì il ricorso[27].

[26] È questo il fenomeno noto con il nome di "profilazione", descritto normativamente all'art. 10 del D. Lgs. 185/99, attuativo della direttiva 97/7/CE.

[27] Questo il testo dei primi commi dell'art. 152 del D. Lgs. 196/2003 (Autorità giudiziaria ordinaria): *"1. Tutte le controversie che riguardano, comunque, l'applicazione delle disposizioni del presente codice, comprese quelle inerenti ai provvedimenti del Garante in materia di protezione dei dati personali o alla loro mancata adozione, sono attribuite all'autorità giudiziaria ordinaria.*
2. Per tutte le controversie di cui al comma 1 l'azione si propone con ricorso depositato nella cancelleria del tribunale del luogo ove risiede il titolare del trattamento.
3. Il tribunale decide in ogni caso in composizione monocratica.
4. Se è presentato avverso un provvedimento del Garante anche ai sensi dell'articolo 143, il ricorso è proposto entro il termine di trenta giorni dalla data di comunicazione del provvedimento o dalla data del rigetto tacito. Se il ricorso è proposto oltre tale termine il giudice lo dichiara inammissibile con ordinanza ricorribile per cassazione.
5. La proposizione del ricorso non sospende l'esecuzione del provvedimento del Garante. Se ricorrono gravi motivi il giudice, sentite le parti, può disporre diversamente in tutto o in parte con ordinanza impugnabile unitamente alla decisione che definisce il grado di giudizio.

La modifica delle guidelines sugli aiuti di Stato al salvataggio ed alla ristrutturazione a favore delle imprese in difficoltà

di Eugenia Vitetti[1]

La disciplina comunitaria relativa agli aiuti di Stato al salvataggio ed alla ristrutturazione a favore delle imprese in difficoltà e la sua attuazione nell'ordinamento giuridico nazionale riveste carattere di grande attualità ed interesse in questo particolare momento storico caratterizzato dagli ultimi avvenimenti economici e finanziari che hanno occupato e continuano ad occupare il panorama politico e sociale del nostro Paese.

Il riferimento normativo relativo alla concessione di aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà é costituito dagli Orientamenti comunitari del 9 ottobre 1999, i quali verranno in scadenza il 9 ottobre 2004 e saranno sostituiti da quelli relativi all'applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato alla concessione di aiuti d'urgenza e/o di aiuti alla ristrutturazione a favore di imprese in difficoltà, contenuti in una proposta di Comunicazione della Commissione europea del gennaio 2004.

Questi orientamenti rappresentano le *guidelines* su tali tipologie di aiuti, ossia le regole generali predisposte dalle istituzioni comunitarie in base alle quali gli Stati devono conformare le proprie politiche nazionali.

Gli aiuti in esame si concretizzano, sostanzialmente, in erogazioni di sovvenzioni ad imprese che operano in particolari situazioni di mercato da cui, peraltro, senza la concessione di questi benefici, sarebbero costrette ad uscire. D'altro canto, l'erogazione di detti benefici desta preoccupazioni in seno alla Commissione europea, che li reputa potenzialmente suscettibili di provocare una distorsione della concorrenza attraverso la traslazione dell'onere dell'aggiustamento strutturale e delle difficoltà industriali e sociali ad esso connesse su altri operatori esercenti attività economiche prive dell'apporto di tali aiuti ed in Paesi membri diversi.

Con riferimento alla nuova disciplina, e' interessante notare, innanzi tutto, la modifica della denominazione degli aiuti in questione, che vengono ora definiti come **aiuti d'urgenza** ed **aiuti alla ristrutturazione a favore di imprese in difficoltà**; la linea generale informatrice degli stessi prevede l'autorizzazione dei benefici

[1] Funzionario amministrativo del Ministero dell'Economia e delle Finanze

esclusivamente in presenza di quelle situazioni nelle quali si possa dimostrare che la loro concessione non contrasti con il superiore interesse comunitario.

Come riferimento esegetico, invece, si rappresenta che i primi orientamenti in materia risalgono al 1994. Già all'epoca, comunque, si precisava, e si confermava con i successivi orientamenti del 9 ottobre 1999 [2], che tale tipologia di aiuti, considerata la loro stessa natura, " *falsano la concorrenza ed incidono sugli scambi fra gli Stati membri* " [3], e che gli stessi ricadano nell'ambito di applicazione dell'art. 87 paragrafo 3 lett. c del Trattato, il quale considera compatibili con il mercato comune gli aiuti di Stato " *destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempreché non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse*" (Orientamenti del 1999).

Passando all'approfondimento delle guidelines sopra citate, si osserva che esse operano una fondamentale e preliminare distinzione tra le differenti tipologie di aiuti volti, rispettivamente, al salvataggio ed alla ristrutturazione. Infatti, gli orientamenti del 1999 definiscono l'aiuto al **salvataggio** come una misura transitoria e contingente per sua stessa natura e dispongono che lo stesso aiuto " deve consentire di mantenere in attività un'impresa in difficoltà per un periodo corrispondente al tempo necessario ad elaborare un piano di ristrutturazione o di liquidazione, e/o al tempo necessario affinché la Commissione possa pronunciarsi in merito a detto piano".

Si tratta, dunque, di un'assistenza finalizzata al mantenimento "in vita" di un'impresa in difficoltà, che si sostanzia in operazioni eccezionali che esplicano i loro effetti in un arco temporale circoscritto e limitato e che contribuiscono alla "conservazione in attività" dell'impresa, la quale senza la concessione di tale aiuto rischierebbe o sarebbe, addirittura, costretta a scomparire dal mercato.

Di contro, la **ristrutturazione** si estrinseca in una serie complessa di operazioni eterogenee e più precisamente, in un " *piano realizzabile, coerente e di ampia portata , volto a ripristinare la redditività a lungo termine dell'impresa* " [4] e si concretizza in tutta una serie di ampie attività realizzabili in un lungo arco temporale e che possono sostanziarsi nelle seguenti fasi:

---

[2] Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà (Comunicazione agli Stati membri e proposta di opportune modifiche) - 1999/C 288/02.
[3] Orientamenti della Commissione europea del 1994 (G.U. C 368 del 23.12.1994, pag.12).
[4] Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà (Comunicazione agli Stati membri e proposta di opportune modifiche) - 1999/C 288/02.

- Riorganizzazione e razionalizzazione delle attività aziendali finalizzate al raggiungimento di una maggiore efficacia delle stesse da realizzarsi attraverso l'abbandono delle attività non più redditizie;
- Riqualificazione delle attività riconducibili a livelli competitivi;
- Riconversione verso nuove attività redditizie.

Di norma, infatti, la ristrutturazione di tipo industriale deve essere accompagnata da una ristrutturazione finanziaria che si esplichi in apporto di capitali ed in una graduale eliminazione dell'indebitamento. Pertanto, una ristrutturazione non può essere limitata ad un mero aiuto finanziario destinato esclusivamente a colmare le perdite pregresse senza intervenire, in modo strutturale, sulle cause effettive, sia esogene che endogene di tali perdite.

Sul punto, è opportuno precisare che, nella maggior parte dei casi, pur corrispondendo a meccanismi differenti, il salvataggio e la ristrutturazione rappresentano due aspetti speculari di un' unica operazione. Infatti, se è pur vero che un aiuto per il salvataggio deve essere, per sua intrinseca natura, transitorio, è altrettanto vero che lo stesso deve consentire di mantenere in attività un'impresa che versi in una situazione di difficoltà per l'intero periodo necessario ad elaborare un piano di ristrutturazione o di liquidazione. Ecco perché, stando ai sopra citati orientamenti della Commissione risalenti all'ottobre 1999, la ristrutturazione si sostanzia in un piano realizzabile, coerente e di ampia portata volto a ripristinare la redditività a lungo termine dell'impresa.

Il campo di applicazione degli orientamenti sopra cennati si estende a tutti i settori di attività, compreso quello dell'agricoltura, nei quali operino imprese in difficoltà, comprese le piccole e medie imprese. La definizione di **impresa in difficoltà** non è univoca, né agevolmente rinvenibile. Infatti, non esiste nel panorama giuridico comunitario una precisa definizione di essa, anche se si può sostenere che la Commissione considera in difficoltà un' impresa che non sia in grado, attraverso le proprie risorse, di contenere perdite che la condurrebbero quasi certamente, in assenza di un intervento esterno delle autorità pubbliche, al collasso economico, nel breve e nel medio periodo (si veda in proposito il punto 9 [5]dei nuovi orientamenti comunitari del gennaio 2004, che riprendono, sostanzialmente, quelli precedenti dell'ottobre 1999 sopra richiamati).

[5] Proposta di comunicazione della Commissione europea del 9 gennaio 2004.

Gli aiuti in esame possono derivare da qualsiasi livello dell'amministrazione pubblica (centrale, regionale o locale) o da qualsiasi "impresa pubblica" secondo la definizione dell' articolo 2 della direttiva 80/723/CEE [6] sulla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli stati membri e le loro imprese pubbliche [7]. Inoltre, gli aiuti alla ristrutturazione o gli aiuti d'urgenza possono provenire, per esempio, da holding di Stato o da società pubbliche d'investimento. [8]

Inoltre, la disciplina comunitaria fornisce, in proposito, alcuni elementi che consentono di qualificare un soggetto economico, a prescindere dalle sue dimensioni, come "impresa in difficoltà". Queste le differenti ipotesi :

- per una società a responsabilità limitata[9], qualora abbia perduto più della metà del capitale sociale[10] e la perdita di un quarto di tale capitale sia intervenuta nel corso degli ultimi dodici mesi;
- per una società a responsabilità illimitata, qualora abbia perduto più della metà dei suoi fondi propri, quali indicati nei libri della società, e la perdita di più di un quarto di detti fondi sia intervenuta nel corso degli ultimi dodici mesi;
- per qualunque forma di impresa, qualora ricorrano le condizioni previste dal diritto nazionale per avviare nei suoi confronti una procedura concorsuale per insolvenza.

Nel concreto, invece, i nuovi orientamenti dispongono che, in termini di **condizioni generali per l'autorizzazione**, gli aiuti al salvataggio debbono rispettare i seguenti presupposti:

- consistere in aiuti di tesoreria sotto forma di garanzia di crediti o di erogazione di crediti;

---

6 Direttiva della Commissione europea del 25 giugno 1980.
7 G.U. L 195 del 29.7.1980, pag. 35, come modificata da ultimo dalla direttiva 200/52/CE (GU L 193 del 29.7.2000, pag.75).
8 Cfr. le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee del 22.3.1977, nella causa 78/76, Steinike und Weinlig/Germania, Racc. 1977, pag. 595 e del 16.5.2002, nella causa C- 482/99, Francia/Commissione, Racc. 2002, pag. I- 4395.
9 Si tratta, in particolare, di quelle forme di società di cui all'art. 1, paragrafo 1, comma primo, della direttiva 78/660/CEE del Consiglio (GU L 222 del 14.8.1978, pag.11), come modificata da ultimo dalla direttiva 2003/51/CEE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2003, (GU L 178 del 17.7.2003, pag. 16).
10 In analogia con le disposizioni contenute nell' art. 17 della direttiva 77/91/CEE del Consiglio (GU L 26 del 30.1.1977, pag.1).

- essere rimborsati entro dodici mesi dalla data dell'ultimo versamento delle somme prestate all'impresa;
- essere motivati e non produrre gravi effetti di spillover negativo in altri Stati membri;
- essere corredati, all'atto della notifica, di un piano di ristrutturazione o di liquidazione o della prova che il prestito sia stato totalmente rimborsato;
- limitarsi nel loro ammontare a quanto necessario per mantenere l'impresa in attività nel periodo in cui è stato autorizzato l'aiuto.

Si aggiunge, come sopra brevemente accennato, che la proposta di Comunicazione della Commissione prevede che la concessione di un aiuto d'urgenza costituisce un'operazione a carattere straordinario e non concedibile ripetutamente nel tempo, ma piuttosto una sola volta (principio dell' "**aiuto una tantum"**) e che la stessa peculiarità riguardi anche gli aiuti alla ristrutturazione.

La *ratio* di tale disposizione si basa sulla necessità di evitare il conferimento di sovvenzioni di qualunque genere che si rivelino essere indebiti per le imprese beneficiarie, le quali riuscirebbero a sopravvivere nel mercato grazie esclusivamente al sostegno statale perpetuato nel tempo.

Ciò giustifica, d'altra parte, l'obbligo, a carico dello Stato membro, di precisare, contestualmente alla notifica alla Commissione europea di un progetto d'urgenza o di aiuto alla ristrutturazione, se lo stesso tipo di aiuto sia stato già concesso in precedenza all'impresa. Nel qual caso, l'istituzione comunitaria non autorizzerà il conferimento di ulteriori aiuti d'urgenza o alla ristrutturazione se siano trascorsi meno di dieci anni dalla concessione dell'aiuto d'urgenza, dalla fine del periodo di ristrutturazione o dalla cessazione dell'attuazione del piano, fatta salva l' ipotesi in cui dovessero verificarsi circostanze eccezionali, imprevedibili e non imputabili all'impresa.

Inoltre, è opportuno precisare che, come eccezioni a tale diniego di autorizzazione, la Commissione potrà autorizzare aiuti d'urgenza ed alla ristrutturazione solo nei casi seguenti:

- se l'aiuto alla ristrutturazione venga accordato dopo la concessione di un aiuto d'urgenza nel quadro di una stessa operazione di ristrutturazione;
- in presenza di circostanze eccezionali ed imprevedibili, non imputabili all'impresa.

Come già accennato in precedenza, gli aiuti alla ristrutturazione si rivelano essere potenzialmente suscettibili di provocare una distorsione della concorrenza nel mercato unico.

Proprio per tale motivo, la concessione degli aiuti in questione è sottoposta ad alcune condizioni tassativamente indicate nella Comunicazione del 9 ottobre 1999, che vengono di seguito elencate:

- l'ammissibilità di un'impresa, la quale deve essere un'**impresa in difficoltà**;
- la definizione e la realizzazione di un piano di ristrutturazione;
- l'introduzione di misure in grado di controbilanciare, nel limite del possibile, le negative ripercussioni sui concorrenti;
- l'importo e l'intensità dell'aiuto devono essere circoscritti a quanto strettamente necessario;
- l'imposizione da parte della Commissione di obblighi e condizioni specifici;
- la completa attuazione del programma di ristrutturazione;
- il controllo costante che la Commissione deve poter esercitare sull'avanzamento del piano di ristrutturazione, da attuarsi tramite relazioni particolareggiate e regolari trasmesse dai Paesi membri.

Ulteriore condizione per l'autorizzazione degli aiuti è costituita dal c.d. **ripristino della redditività**. Tale situazione viene determinata con estrema precisione, sia negli orientamenti del 1999 che nella proposta della Commissione del gennaio 2004 relativa ai nuovi orientamenti, ove si precisa che il piano di ristrutturazione deve consentire di ripristinare l'efficienza economico-finanziaria a lungo termine dell'impresa entro un lasso di tempo ragionevole e sulla base di ipotesi realistiche circa le condizioni operative future.

Ai fini di detto ripristino, i citati nuovi orientamenti prevedono un ruolo molto attivo e partecipativo dell'impresa beneficiaria nel piano di risanamento che la riguarda. In particolare, la concessione del contributo erogato dallo Stato è subordinata alla realizzazione del piano di ristrutturazione e la misura del contributo è indice proprio del ripristino della redditività, ossia dell'attesa ragionevole, da parte dei mercati, del ritorno in termini di efficienza economico-finanziaria delle operazioni volte al ripristino.

In funzione di tale ruolo partecipativo e costruttivo, l'impresa beneficiaria dovrà contribuire in maniera significativa al piano di ristrutturazione che la interessa, sia attraverso fondi propri, sia tramite il ricorso a finanziamenti esterni ottenuti alle condizioni di mercato vigenti, anche se la Commissione subordina l'approvazione del piano di ristrutturazione al verificarsi di alcuni requisiti considerati essenziali, quali la proporzionalità degli aiuti concessi ai costi ed ai benefici della ristrutturazione e la prevenzione di indebite forme di distorsione della concorrenza.

Da quanto precede, si comprende che il piano di ristrutturazione presentato deve essere in grado di fornire alla Commissione le informazioni ed i dati necessari per consentirle di valutare la redditività nel lungo periodo dell'impresa che intende fruire degli aiuti in esame.

Infatti, l'importanza di un piano di ristrutturazione credibile, adatto a consentire un esame corretto dello stesso da parte della Commissione, è stata ribadita in diverse occasioni anche nella giurisprudenza comunitaria [11].

Sempre con riferimento a tale piano di ristrutturazione, risulta utile segnalare che:

- è previsto a carico dell'impresa beneficiaria l'obbligo di dare totale attuazione al programma di ristrutturazione presentato alla Commissione e da questa accettato. La mancata osservanza di tale piano da parte dell'impresa viene considerato dalla stessa Commissione come un abuso dell'aiuto;
- tra le condizioni per l'autorizzazione degli aiuti, viene stabilito l'obbligo di trasmissione, a carico dello Stato membro, di relazioni regolari, a cadenza periodica, che siano particolareggiate e consentano alla Commissione di controllare il corretto avanzamento di tale piano;
- l'autorizzazione del piano di ristrutturazione da parte dell'istituzione comunitaria non comporta l'impossibilità assoluta per lo Stato membro di modificare lo stesso, ed infatti si potrà richiedere alla Commissione di concedere le modifiche proposte ed anche, eventualmente, di variare l'importo dell'aiuto stesso.

---

[11] *Si vedano al riguardo, tra le molte altre, la sentenza 14 settembre 1994 Spagna/Commissione cause riunite 278/92, 279/92 e 280/92 della Corte di Giustizia delle Comunità europee; quella del Tribunale di Prima Istanza del 15 settembre 1998, cause riunite 126/96, 127/96, BFM/ Commissione; sentenza della Corte C- 17/99.*

In relazione poi alla **prevenzione di indebite distorsioni della concorrenza indotte dall'aiuto**, gli orientamenti della Commissione (sia quelli dell'ottobre 1999, sia quelli contenuti nella proposta di modifica degli stessi) stabiliscono che le misure adottate dovranno controbilanciare, nei limiti del possibile, le ripercussioni negative sui concorrenti, altrimenti gli aiuti verrebbero ad esseri considerati incompatibili con il mercato comune e "contrari all'interesse comune".

A tale obbligo di "controbilanciamento", si può derogare solo nel caso in cui le riduzioni e le limitazioni ai benefici concessi alle imprese potrebbero provocare un peggioramento manifesto della struttura del mercato dando luogo, indirettamente, a situazioni di monopolio o di oligopolio .

Per completezza di esposizione, si evidenzia, altresì, che sia nei vecchi orientamenti che nella nuova proposta della Commissione, vengono fissate alcune **condizioni specifiche applicabili all'autorizzazione di un aiuto,** che prevedono la possibilità per la Commissione di imporre gli obblighi e le condizioni che essa ritiene necessari affinché non si verifichi una distorsione della concorrenza contraria al comune interesse.

Queste, in sintesi, le condizioni :

- il Paese membro potrebbe essere tenuto ad adottare alcune misure particolari, o ad imporre al beneficiario specifiche misure (quali ad esempio, tra le altre, il divieto di agire come price leader su specifici mercati) ;
- le nuove imprese non potranno richiedere ai rispettivi Paesi d'appartenenza gli aiuti alla ristrutturazione in esame, se non dopo il decorso di vari anni dalla loro costituzione. (Da tale condizione, si evince agevolmente che tale inibitoria potrebbe costituire un freno per una giovane impresa o per una nuova, che appena costituita, non potrà fruire dei benefici in esame);

- la proposta di modifica, contenente i nuovi orientamenti, prevede il divieto di concessione di un nuovo aiuto a quelle imprese che, pur avendo ricevuto in passato aiuti, non li abbiano ancora restituiti al momento della nuova concessione, ai sensi

dell'art. 14 del Regolamento (CE) n. 659 del 1999 che disciplina il recupero degli aiuti illegittimamente fruiti.

E' utile segnalare, inoltre, che sia i vecchi orientamenti (quelli dell'ottobre 1999), sia i nuovi prevedono alcune eccezioni a favore delle **piccole e medie imprese** e per gli aiuti concessi nelle **aree assistite,** autorizzando per esse un regime meno stringente.

In particolare, per le PMI [12]:

- la Commissione potrà consentire che la concessione degli aiuti non dovrà essere subordinata, in linea generale, a misure compensative, salvo quanto diversamente stabilito dalle norme settoriali in materia di aiuti di Stato;
- il piano di ristrutturazione non dovrà essere autorizzato dalla Commissione. Tuttavia, la concessione dello stesso aiuto sarà subordinata alla completa attuazione del suddetto piano, il quale dovrà essere comunicato alla Commissione, successivamente all'approvazione da parte dello Stato membro interessato. Pertanto, in quest'ultimo caso, il controllo operato dall'istituzione comunitaria si svilupperà in una verifica ex post, e non in un'autorizzazione preventiva.

Per gli aiuti alla ristrutturazione concessi nelle aree assistite:

- gli orientamenti prevedono vincoli meno stringenti per quanto concerne l'ottenimento delle contropartite e, nello specifico, stabiliscono che, in dette aree, le condizioni di autorizzazione dell'aiuto, da parte della Commissione, potranno essere meno rigorose in relazione alle misure compensative ed all'entità del contributo del beneficiario.

A conclusione della trattazione, sembra doveroso precisare che la proposta di Comunicazione avanzata dalla Commissione contiene una disciplina generale alquanto

[12] Come definite nella raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, del 6.5.2003, relativa alla definizione di microimpresa, piccola e media impresa (GU L 124 del 20.5.200., pag. 36). La definizione che verrà applicata fino al 31 dicembre 2004 è quella contenuta nella raccomandazione 96/280/CE, del 3.4.1996, relativa alla definizione di piccola e media impresa (GU L 107 del 30.4.1996, pag.4).

complessa ed, indubbiamente, più stringente della precedente, a causa della statuizione di regole e vincoli ancora più pregnanti e consequenziali rispetto a quelli fissati negli orientamenti dell'ottobre 1999 e che la stessa richiede, al contempo, un'osservanza molto attenta e scrupolosa da parte degli Stati membri.

Al contempo, non si può non segnalare che i nuovi orientamenti, contestualmente alla fissazione di un regime più "capillare" e stringente, prevedono un ruolo molto attivo, collaborativo e partecipativo dell'impresa beneficiaria degli aiuti nel piano di risanamento che direttamente la riguarda.

GIURISPRUDENZA

La sentenza della Corte Costituzionale n. 280/2005 e suoi effetti conseguenti

di Eduardo Maria Piccirilli[1]

1. INTRODUZIONE

L'art. 25 del D.P.R. 602/73 è stato più volte oggetto di attenzione sia da parte del legislatore che della giurisprudenza perché si è sempre avvertito la necessità di stabilire un termine perentorio per la notifica della cartella di pagamento.

Fino a luglio del 2005 le norme hanno dato importanza più all'iscrizione a ruolo del credito, atto puramente interno all'Amministrazione finanziaria, che alla notifica della cartella al debitore, attività esterna all'Amministrazione finanziaria.

L'art. 17 del D.P.R. 602/73[2] prevedeva l'istituto della decadenza ("Le somme dovute dai contribuenti sono iscritte in ruoli resi esecutivi a pena di decadenza:...") solo nel caso in cui l'attività interna dell'Amministrazione finanziaria veniva posta in essere in ritardo rispetto alle scadenze, lasciando decorrere la decadenza dal momento nel quale la pretesa veniva portata a conoscenza del debitore, sottoponendolo, quindi, all'istituto della prescrizione ordinaria decennale.

"Questa anomalia tributaria ha consentito che l'Amministrazione, una volta evitata la decadenza per avere iscritto a ruolo il suo credito entro un certo termine, vedeva consolidata la sua posizione creditoria che restava esposta solo ad una eventuale prescrizione decennale decorrente dalla iscrizione a ruolo"[3].

Il termine di notifica della cartella di pagamento oltre ad essere una regola fondamentale per il nostro sistema giuridico che è improntato sulla certezza del diritto, dovrebbe essere anche una regola di un gioco che vede contrapposto il contribuente da un lato e l'Amministrazione finanziaria dall'altro (latu sensu intesa).

L'art. 25 oggetto di commento, come si diceva in precedenza, ha subito diverse modifiche da parte del legislatore che ne hanno rappresentato una situazione assai complessa:

---

[1] Professore a contratto Diritto finanziario, Facoltà di Giurisprudenza, Università Federico II, Napoli

[2] Articolo abrogato dall'art. 1 comma 5 ter, lett. A), n.1, del D. L. 17 giugno 2005, n° 106, convertito, con modificazioni, nella L. 31 luglio 2005, n° 156

[3] A. Falcone, "La notifica della cartella di pagamento", in Il Fisco, n° 32/2005, pagg. 4996

a) prima del decreto legislativo 46/99 l'esattore, non oltre il giorno cinque del mese successivo a quello nel corso del quale il ruolo gli è stato consegnato, doveva notificare la cartella di pagamento al contribuente;

b) in seguito all'entrata in vigore dell'art. 11 del decreto legislativo 46 del 1999, il concessionario doveva notificare la cartella di pagamento al debitore iscritto a ruolo o al coobbligato entro l'ultimo giorno del quarto mese successivo a quello di consegna del ruolo;

c) successivamente l'art. 25 subisce un'altra modifica per effetto di quanto previsto dal comma 1 dell'art. 1 del decreto legislativo 27 aprile 2001 n° 193 in pejus in quanto scompare del tutto il termine entro cui la notifica della cartella deve essere effettuata: "Il concessionario notifica la cartella di pagamento al debitore iscritto a ruolo o al coobbligato nei confronti del quale procede". Quest'ultima modifica ha scatenato non poca giurisprudenza tanto di legittimità che del giudice delle leggi. Infatti da ciò è scaturito un dibattito sulla natura del termine: perentorio o ordinatorio[4].

d) Con la legge finanziaria del 2005 (L. 311/2004 art. 1 comma 417 lettera c)) il legislatore ha introdotto il termine di decadenza per la notifica ma solo a partire dalla consegna del ruolo al Concessionario. Infatti, a partire dai ruoli resi esecutivi successivamente al 1° luglio 2005, a pena di decadenza, la notifica della cartella di pagamento deve avvenire: a) entro il dodicesimo mese successivo alla consegna al Concessionario del ruolo ordinario; b) entro il sesto mese successivo alla consegna al Concessionario del ruolo straordinario.

Nonostante le diverse modifiche che il legislatore apportava all'articolo oggetto di esame, tuttavia il dies a quo del termine entro cui effettuare la notifica della cartella di pagamento decorreva dalla data di consegna del ruolo al concessionario[5], quindi attività tutta interna all'amministrazione. La sentenza della Consulta (n° 280/205) è intervenuta proprio per scardinare questo rapporto spostandolo tra contribuente e Fisco, eliminando ogni interesse ed attenzione in ordine alle attività interne, come quella

[4] Si veda sentenza Cassazione del 7 gennaio 2004 n° 10 e le ordinanze della Corte costituzionale la n° 107/2003 e la 352 del 2004

[5] La Rocca Sergio, "La riscossione tramite ruolo e la notifica della cartella di pagamento alla luce dei recenti interventi della Corte Costituzionale e del legislatore", In Il Fisco, n° 39/2005, pag. 6097. Carinci Andrea,"Perplessità di notifica della cartella di pagamento e funzioni del ruolo:perplessità applicative e dubbi sistematici in merito al nuovo art. 25 del D.P.R. n° 602/73", in Rassegna Tributaria n° 5/2005, pagg. 1669 e ss. Pittalunga Lorenzo, "Mutamento del regime di notifica della cartella di pagamento al contribuente", in Il Fisco n° 34/2005, pagg. 5323 e ss. Iannaccone Angelina, "Termini certi per le cartelle esattoriali, il monito della Consulta diventa legge", in Diritto e Giustizia n° 33/2005, pagg. 28 e ss.

riguardante la formazione del ruolo e la sua consegna all'esattore-concessionario, considerate prive di rilievo nella dialettica del rapporto d'imposta.

2. GLI EFFETTI DELLA SENTENZA 280/2005 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Con la sentenza della Corte Costituzionale del 15 luglio 2005 n° 280 si è sancito l'obbligo di notificare la cartella esattoriale entro un termine perentorio, pena la decadenza.

L'intervento attuato dal giudice delle leggi risulta articolarmente significativo in quanto, oltre ad incidere direttamente sulla previgente versione dell'art. 25 del D.P.R. n. 602/1973, ricostruisce l'intero sistema della liquidazione e riscossione in termini di limiti temporali certi entro cui portare a conoscenza dell'interessato la pretesa erariale al fine di evitare che il contribuente possa essere esposto *sine die* all'esercizio dei poteri autoritativi dell'Amministrazione finanziaria per un tempo eccessivo e indeterminato.

Infatti, il giudice rimettente (C.T.P. di Latina e C.T.P. di Rovigo) ritenendo che la norma non prevedesse un termine perentorio, fa soggiacere il concessionario, quanto all'attività di notifica della cartella, esclusivamente al termine decennale di prescrizione ordinaria stabilito dall'art. 2946 c.c. e il contribuente ad un'eccessiva ed indeterminata soggezione all'azione del fisco in violazione del diritto di difesa tutelato dall'art. 24 cost. ed in violazione del principio di contribuzione di cui dall'art. 53 cost. in quanto la capacità contributiva del soggetto non può presumersi cristallizzata nel tempo.

La mancanza di un termine decadenziale o di una univocità del predetto termine consente ad ogni giudice di ritenere applicabile un termine qualsiasi facendo venir meno la data certa per il contribuente ai fini dell'esercizio del diritto di difesa, rendendo così il termine indefinito e come tale suscettibile di compromettere non solo la certezza del diritto ma anche la parità di trattamento sancito dall'art. 3 cost.

In questa ricostruzione la Consulta, nell'evidenziare le esigenze imposte in materia dal dettato costituzionale, ha posto in mora il legislatore per la riformulazione del sistema in conformità ai richiamati principi, legislatore che in precedenza si è

dimostrato sul punto molto poco attento alle esigenze di certezza del diritto per il cittadino/contribuente malgrado i reiterati richiami contenuti nelle varie pronunce citate nella sentenza in esame[6].

Invero nel ricomporre il complessivo procedimento nelle sue successive fasi di liquidazione, iscrizione a ruolo, consegna del ruolo all'esattore-concessionario e notifica della cartella di pagamento al contribuente, già la Corte di Cassazione in più occasioni aveva tentato di individuare dei termini decadenziali tali da garantire certezza al contribuente, con interpretazioni innovative spesso frustrate da successivi interventi del legislatore volti ad aumentare i tempi a disposizione dell'Amministrazione finanziaria per condurre a buon fine tale procedimento.

È noto che già dopo la modificazione dell'art. 36-bis del D.P.R. n. 600/1973 ad opera dell'art. 13 del D. Lgs. n. 241/1997 talune pronunce della Cassazione avevano ritenuto che il termine per il controllo formale delle dichiarazioni previsto dalla disposizione sull'accertamento fosse imposto a pena di decadenza, e che anche l'iscrizione a ruolo delle maggiori imposte liquidate con tale procedura dovesse essere effettuata entro detto termine anziché entro quello più ampio concesso dall'art. 17 del D.P.R. n. 602/1973, nella versione all'epoca vigente (Cass. 29 luglio 1997, n. 7088, Cass. 9 dicembre 1997, n. 12442).

Infatti, molto si è dibattuto in relazione alla natura perentoria o ordinatoria del termine di notifica della cartella. Una decisiva svolta sicuramente si è avuta dapprima con una pronuncia della Corte di Cassazione[7] del 7 gennaio 2004 n° 10 secondo la quale "L'esattore, non oltre il giorno 5 del mese successivo a quello nel corso del quale il ruolo gli è stato consegnato, deve notificare al contribuente la cartella di pagamento…" sancendo quindi un termine perentorio e poi, in virtù di due ordinanze della Corte Costituzionale[8] secondo le quali, pur respingendo la questione di legittimità

[6] La corte Costituzionale con le ordinanze n° 107 del 2003 e n° 352 del 2004 ha invitato il legislatore a legiferare in merito.

[7] Trattasi della sentenza della Corte di Cassazione del 7 gennaio 2004, n° 10 riferita alla formulazione dell'art. 25 D.P.R. 602/73 nel testo secondo cui "L'esattore, non oltre il giorno 5 del mese successivo a quello nel corso del quale il ruolo gli è stato consegnato, deve notificare al contribuente la cartella di pagamento…" (applicabile ratione temporis con efficacia a partire dal 29 giugno 2001). Secondo tale sentenza "al termine in questione deve attribuirsi natura perentoria. A tanto conducono la formulazione letterale ed il tenore logico delle espressioni usate dal legislatore… da cui è dato evincere in modo non equivoco l'obbligo per l'esattore di notificare la cartella di pagamento entro il termine fissato"

[8] Il riferimento va all'ordinanza del 1° aprile 2003 n° 107, con la quale, pur respingendo la questione di legittimità costituzionale dell'art. 25 D.P.R. 602/73 nel testo previgente, in cui non era stabilità la natura

costituzionale dell'art. 25 D.P.R. 602/73 nel testo previgente, in cui non era stabilita la natura perentoria del termine di notifica, tuttavia evidenziano l'indeterminatezza del *dies a quo.*

Ed ancora la Suprema Corte con sentenza del 5 ottobre 2004, n. 19865, richiamando il citato precedente costituzionale e proprio in relazione all'esigenza di tutela del diritto di difesa del contribuente, leso dalla necessità di contraddire in ordine a questioni risalenti nel tempo oltre ogni ragionevole limite dell'onere di conservazione di documenti e pezze di appoggio (esigenza che giustifica l'assoggettamento delle procedure fiscali a termini più ristretti di quelli deducibili dalle norme civilistiche concernenti la prescrizione decennale), aveva statuito che non solo l'iscrizione a ruolo ma anche la consegna del ruolo medesimo all'esattore dovesse avvenire entro un termine di natura decadenziale, individuato per la liquidazione effettuata in base alla dichiarazione in quello previsto dal comma 1 dell'art. 17 del D.P.R. n. 602/1973 (nel testo anteriore alla modifica introdotta dal D. Lgs. n. 46/1999; in precedenza la stessa Corte aveva ritenuto che entro il termine previsto dall'art. 17 del D.P.R. n. 602/1973, in relazione all'art. 43 del D.P.R. n. 600/1973, i ruoli dovessero essere solo trasmessi all'Intendente di finanza, e non anche consegnati all'esattore per la riscossione[9].

Occorre comunque precisare che l'eventuale decadenza dell'Amministrazione finanziaria deve essere tempestivamente eccepita dal contribuente con specifico motivo nel medesimo ricorso introduttivo, atteso che secondo una consolidata giurisprudenza (recepita anche dalle Sezioni Unite) essa non produce l'inesistenza degli atti impositivi successivamente emanati e che "in materia tributaria il termine di decadenza sostanziale stabilito in favore del contribuente non si può ritenere indisponibile alla stregua dell'art. 2969 del codice civile, non trovando pertanto ad esso applicazione la disciplina della rilevabilità d'ufficio, prevista da tale norma per il caso di materia sottratta alla disponibilità delle parti" (Cass., Sez. I, 8 giugno 1999, n. 5634,

---

perentoria del termine di notifica, è stato precisato che: "tale norma, per il suo tono letterale ben si presta ad essere interpretata in senso tale da escludere la paventata indefinita soggezione del contribuente all'azione esecutiva del Fisco, essendo l'esattore soggetto ai ristretti termini di cui all'art. 25 per la notifica della cartella". In senso analogo, la successiva ordinanza n° 352/2004, con la quale la Corte ha affermato che "la nuova formulazione dell'art. 24" (consegna dei ruoli al concessionario) "sopprimendo il termine dal quale decorre quello previsto dall'art. 25, vanifica anche quest'ultimo rendendo indeterminato il *dies a quo*"

[9] vd., fra le altre, Cass., 8 marzo 2001, n. 3413, in banca dati "il fiscovideo".

ribadendosi che la decadenza deve essere tempestivamente eccepita dal contribuente nel ricorso introduttivo, rimanendo altrimenti preclusa la relativa questione)[10].

Le ordinanze della Consulta e le sentenze della suprema corte già erano orientate apertamente a sancire la natura perentoria del termine di notificazione della cartella di pagamento (dal momento che il contribuente non può essere lasciato in modo indeterminato all'assoggettabilità di azioni estive da parte dell'ente impositore per il tramite del Concessionario per la riscossione).

Le Corti hanno dapprima messo in discussione la formulazione dell'art. 25 -nella versione in cui non prevedeva la natura perentoria o meno, ma addirittura non disponeva alcun termine finale entro cui notificare la cartella- e, poi, hanno determinato una reviviscenza nel legislatore di un senso di minima civiltà giuridica, imponendo, nella legge finanziaria per il 2005 alcune modifiche, che tra l'altro la Consulta le ha ritenute insufficienti[11].

Come si evince dalla norma introdotta dalla legge finanziaria, il cittadino non poteva eccepire la eventuale decadenza del termine di notificazione della cartella di pagamento, in quanto il *dies a quo* del termine, entro cui effettuare la notifica della cartella di pagamento, decorreva dalla data di consegna del ruolo al Concessionario (peraltro, in base alla formulazione normativa prevista dalla Finanziaria 2005, si doveva ritenere che l'affermata decadenza dell'Amministrazione finanziaria, connotando l'unitario termine previsto dall'art. 25 per la notifica di qualsiasi cartella, operava anche con riferimento alle cartelle conseguenti a ruoli emessi sulla base di accertamenti ordinari, e non solo per quelle emesse in base a liquidazioni ex art. 36 -bis del D.P.R. n. 600/1973).

Ciò sia in relazione alla esigenza evidenziata dalla Cassazione di portare la pretesa tributaria a conoscenza del contribuente già nella precedente fase di liquidazione ed iscrizione a ruolo del tributo, sia in relazione alla necessità affermata con la sentenza in esame di scandire entro termini certi e perentori il passaggio alla successiva fase di competenza del concessionario della riscossione (restando comunque aperti i problemi di diritto transitorio, atteso che la nuova previsione normativa è

[10] Analogamente vd. Cass., Sez. I, 16 gennaio 1999, n. 404, in banca dati "il fiscovideo".
[11] Le modifiche apportate con l'art. 1, comma 417, lettera c), della legge 30 dicembre 2004, n° 311 (legge finanziaria per il 2005) sono state ritenute insufficienti dalla Consulta con la sentenza citata.

destinata a trovare applicazione solo a partire dai ruoli resi esecutivi dopo il 1° luglio 2005, come stabilito dal comma 420 dell'art. 1 della L. n. 311/2004).

L'indeterminatezza e/o l'irragionevolezza del termine portato dalla norma di legge dichiarata incostituzionale, discendono a parere del giudice delle leggi "dal peculiare trattamento che verrebbe riservato, con la soggezione al termine prescrizionale ordinario, proprio all'ipotesi nella quale l'Amministrazione (*latu sensu* intesa), sempre soggetta a rigorosi termini di decadenza per attività ben più complesse, è chiamata a compiere una elementare operazione di verifica (non a caso definita dalla legge meramente) formale".

3 - LE CONSEGUENZE ALLA DICHIARAZIONE DI INCOSTITUZIONALITA' DELL'ART. 25 D.P.R. 602/73

Dopo la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 25 D.P.R. 602/73, pronunciata dalla Consulta, si è creato un vuoto normativo al quale il legislatore ha subito posto rimedio approfittando della conversione del decreto legge 17 giugno 2005 n° 106, recante "Disposizioni urgenti in materia di entrate". Con la legge di conversione del 31 luglio 2005 n° 156, oltre ad abrogare l'art. 17 del D.P.R. 602/73 che prevedeva i termini di decadenza per l'iscrizione a ruolo, si è regolato in modo compiuto la questione della notifica della cartella di pagamento al contribuente.

Il primo comma dell'art. 25 *de quo* è stato interamente riscritto, prevedendo che la notifica debba avvenire, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre:

a) del terzo anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione, per le somme che risultano dovute a seguito dell'attività di liquidazione prevista dall'art. 36-bis del D.P.R. 600/73;

b) del quarto anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione, per le somme che risultano dovute a seguito dell'attività di controllo formale prevista dall'art. 36-ter del citato D.P.R.;

c) del secondo anno successivo a quello in cui l'accertamento è divenuto definitivo, per le somme dovute in base agli accertamenti dell'ufficio.

Con l'istituzione di un termine di decadenza predeterminato per notificare la cartella è stata, infatti, evidentemente considerata superata la questione dei termini per l'esecuzione di un'attività meramente strumentale da parte dell'Amministrazione finanziaria.

L'intervento legislativo, tuttavia, non si è esaurito in questa generale previsione, capace di regolare d'ora in avanti l'attività dell'Amministrazione, ma ha stabilito le necessarie disposizioni di coordinamento con la complessa disciplina esistente e una vera e propria disciplina transitoria.

Per quanto attiene il coordinamento con la disciplina esistente viene stabilito il sistema tripartito dei termini di notificazione della cartella esattoriale, che si differenzia solo e per riguardo al tipo di attività svolta dall'Amministrazione (liquidazione ex art. 36-bis D.P.R. 600/73, controllo formale ex art. 36-ter D.P.R. 600/73, accertamenti d'ufficio),calcolati in relazione a diversi *dies a quibus* (anno di presentazione della dichiarazione, anni di definitività degli accertamenti d'ufficio).

La normativa transitoria, invece, è tesa a disciplinare le dichiarazioni presentate negli anni 2002 e 2003 (per le quali non fosse interamente già decorso il termine di quattro anni stabilito a regime dal novellato articolo 25) e quelle presentate entro il 2001, cioè per le dichiarazioni per le quali fosse già decorso il termine quadriennale del nuovo art. 25.

Su quest'ultima disposizione è intervenuta la Corte di Cassazione con la sentenza n° 26105 del 30 novembre 2005 con la quale ha stabilito che la natura additiva del principio dell'intervento della Consulta e la sua necessaria integrazione, a mezzo di legge, con la fissazione di specifici termini di notifica della cartella esattoriale comportano l'applicazione di quegli stessi termini e di quelli dettati in via transitoria ai rapporti ancora pendenti, come se l'azione amministrativa tributaria fosse regolata dagli stessi *ab initio*, sancendo quindi che le norme *de quibus* sono immediatamente applicabili ai processi tributari in corso, con le conseguenze immaginabili in tema di tempestività della notifica della cartella da parte del concessionario.

La Corte di Cassazione, che ha la funzione della esatta interpretazione della legge, ha ritenuto che le norme transitorie di cui alla Legge 156/2005, in tema di regolamento dei termini di riscossione dei tributi, abbiano effetto retroattivo e trovino, pertanto, applicazione anche nelle controversie pendenti inerenti avvisi di mora non preceduti dalla presupposta cartella di pagamento.

In pratica, la Suprema Corte con le sue diverse pronunce[12] ha stabilito che la disciplina introdotta dai commi 5-bis e 5-ter dell'articolo 1 del Dl n. 106 del 2005 (convertito nella legge n. 156 del 2005), si applica non solo alle situazioni tributarie anteriori (alla sua entrata in vigore) ancora pendenti presso l'ente impositore, ma anche alle situazioni che si trovino *sub iudice*.

Successivamente, la Corte è intervenuta ancora una volta (con la sentenza del 3 marzo 2006 n. 4745) per statuire che il principio di decadenza è applicabile anche agli avvisi di mora, non preceduti dalla notifica della cartella esattoriale.

[12] Con le sentenze del 30 novembre 2005 nn. 26104 e 26105 e del 25 gennaio 2006 n. 1435 la Corte di Cassazione, in tema di riscossione dei tributi a seguito di liquidazione delle imposte, ai sensi dell'articolo 36-bis D.P.R. n. 600 del 1973 e 54 bis del D.P.R. 633 del 1972, ritiene applicabile i commi 5-bis e 5-ter dell'articolo 1 del Dl n. 106 del 2005, convertito nella legge n. 156 del 2005

Pubblicità ingannevole, giurisdizione del giudice ordinario- tutela cautelare-regolamento preventivo di giurisdizione-legittimazione ad agire.

di Sofia Laezza[1]

CORTE DI CASSAZIONE; SS.UU.Civ.; ordinanza 28.03.2006 n. 7036; Pres. Carbone, Rel. Amatucci; Associazione Movimento Consumatori c. Soc. Sas Education Scuola & Lavoro di P.F.

La giurisdizione per le cause promosse dalle associazioni dei consumatori in materia di messaggi pubblicitari spetta al giudice ordinario. Ciò in quanto l'art. 3 L. 281/98, prevedendo che le associazioni dei consumatori e degli utenti sono legittimate ad agire innanzi al giudice competente, non precisa tuttavia di quale giudice si tratti; sicchè il giudice competente deve essere individuato in mancanza di diversa disciplina, in quello ordinario, in relazione alla natura di diritto soggettivo (sia pure collettivo) dell'interesse tutelato, non essendo configurabili ipotesi di subordinazione di tale interesse a quello generale, con conseguente qualificazione della situazione giuridica tutelata come interesse legittimo[2]. L'instaurazione di un giudizio cautelare e la successiva pronuncia sul reclamo.

avverso il provvedimento cautelare non sono di ostacolo alla proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione

SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

ORDINANZA 28 MARZO 2006, N. 7036

Svolgimento del processo: Con atto di citazione notificato il 29 ottobre del 2003 l'Associazione Movimento Consumatori convenne innanzi al Tribunale di Torino la Sas Education Scuola & Lavoro di Passerone Franco chiedendo che fosse dichiarato che «i messaggi pubblicitari diffusi dalla convenuta e prodotti in atti costituiscono pubblicità ingannevole ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1 e ss. D.lgs 74/1992», che fosse inibito «ai sensi dell'articolo 3 lettera a), legge 281/98 l'utilizzo dei messaggi pubblicitari di ci in

[1] Dottore in Giurisprudenza

atti», che la convenuta fosse condannata «ai sensi dell'articolo 3, lettera b) legge 281/98 ad adottare le misure idonee a correggere od eliminare gli effetti dannosi delle violazioni de quibus secondo le modalità accertande e determinande», che fosse ordinata la pubblicazione per estratto della sentenza ai sensi dell'articolo 3, lettera c) della legge 281/98 e che, infine la Education fosse condannata al risarcimento del danno, in favore dell'attrice, derivante dalla lesione degli interessi collettivi dei consumatori.

Con ricorso del 4 novembre 2003 l'Associazione attrice richiese in corso di causa la tutela cautelare ai sensi degli articoli 3, comma 6, della legge 281/98 e 669*bis* e ss. Cpc.

Con ordinanza depositata il 22 dicembre 2003 il giudice singolo del tribunale rigettò le istanze cautelari per essere il giudice ordinario carente di giurisdizione in ordine alle domande proposte. Osservò che, vertendosi in ipotesi di pubblicità ingannevole, i provvedimenti richiesti avrebbero potuto essere adottati solo dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

L'associazione ricorrente propose reclamo *ex* articolo 669*terdecies* Cpc ed il tribunale in composizione collegiale lo ha rigettato con ordinanza 23-30 gennaio 2004, confermando il provvedimento impugnato.

2. Ha rilevato il tribunale che l'articolo 7 del D.Lgs 74/1992 riserva la tutela in materia di pubblicità ingannevole all'Agcm (avverso le cui decisioni è ammesso solo il ricorso al giudice amministrativo) e che è ininfluente che il quattordicesimo comma dello stesso articolo (introdotto dall'articolo 5 del D.Lgs 67/2000) richiami, per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti, l'articolo 3 della legge 281/98. Ciò in quanto l'articolo 3 citato, prevedendo che le associazioni dei consumatori e degli utenti sono legittimate ad agire innanzi al "giudice competente", non precisa tuttavia di quale giudice si tratti; sicché occorre pur sempre aver riguardo, per individuarlo, al tredicesimo comma dell'articolo 7 del D.Lgs 74/1992, che fa salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale e, quanto alla pubblicità comparativa, per gli atti compiuti in violazione della legge sul diritto di autore, del marchio d'impresa, di denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti. Il richiamo all'articolo 3 della legge 281/98 avrebbe dunque il solo significato dell'attribuzione anche alle associazioni dei consumatori e degli utenti della legittimazione ad agire innanzi al giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale (anche in deroga all'articolo 2601 Cc) e negli altri casi sopra indicati;

mentre, tema di pubblicità ingannevole, le associazioni dei consumatori potrebbero comunque rivolgersi esclusivamente all'Autorità garante e, in seconda battuta, al Tar.

Se si ragionasse diversamente - continua il tribunale - si determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra le associazioni dei consumatori da una parte, e tutti gli altri soggetti (singoli consumatori, imprenditori, etc.) dall'altra. Solo i primi, infatti, potrebbero scegliere se domandare la tutela al giudice ordinario o all'Autorità, mentre tutti gli altri sarebbero "tenuti a seguire la regola della ripartizione tra le due giurisdizioni in base all'oggetto del contendere".

3. Rinviata la causa all'udienza del 7 aprile 2004 per gli incombenti di cui all'articolo 183 Cpc, l'Associazione Movimento Consumatori ha proposto regolamento preventivo di giurisdizione con ricorso notificato il 6 aprile 2004, illustrato anche da memoria.

La società intimata non ha svolto attività difensiva.

Il Pm, nelle sue conclusioni scritte, ha chiesto che sia affermata la giurisdizione del giudice ordinario sui rilievi che l'articolo 7 del D.Lgs 74/1992, come sostituito dall'articolo 5 del D.Lgs 67/2000 (poi modificato con legge successiva all'introduzione del giudizio, dunque ininfluente *ex* articolo 5 Cpc) prevede espressamente che per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti si applichi l'articolo 3 della legge 281/88; che tale articolo a sua volta prevede che le associazioni iscritte nell'elenco di cui all'articolo 5 possono agire direttamente davanti al "giudice competente"; che tale giudice non può essere che quello ordinario in relazione alla, natura di diritto soggettivo dell'interesse tutelato; che a tale conclusione non osta l'eventuale (in relazione alla previsione di cui all'ultimo comma dell'articolo 3 della legge 281/98) diversità di trattamento tra le associazioni ed i singoli, quale prospettata dal tribunale nella decisione sul reclamo, in quanto la natura collettiva dell'interesse tutelato può, sul piano della ragionevolezza, giustificare la scelta del legislatore.

Considerato in diritto

1. Va pregiudizialmente rilevato che il regolamento è ammissibile in quanto, come costantemente affermato da queste sezioni unite (*ex multis*, nn. 14070/03, 17078/03, 8212/05, 16603/05), la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione non è preclusa dalla circostanza che il giudice adito per il merito abbia provveduto su una richiesta di provvedimento cautelare, pur se ai fini della pronuncia abbia risolto in senso negativo una questione attinente alla giurisdizione, ovvero sia intervenuta pronunzia sul reclamo avverso il provvedimento cautelare, in quanto il

provvedimento reso sull'istanza cautelare non costituisce sentenza e la pronunzia sul reclamo mantiene il carattere di provvisorietà proprio del provvedimento cautelare.

2. Deve poi osservarsi preliminarmente che, alla stregua del principio posto dall'articolo 5 Cpc, secondo il quale la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente al momento della proposizione della domanda, non assume rilievo che tutte le norme che vengono in considerazione non siano più vigenti dall'entrata in vigore del D.Lgs 206/05 (recante "Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 229/03"), il cui articolo 146 ha abrogato il D.Lgs 74/1992, la legge 281/98 ed il D.Lgs 67/2000; ed i cui articoli 139 e 140 prevedono, peraltro, la legittimazione delle associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco di cui all'articolo 137 di agire innanzi al tribunale per la tutela degli interessi collettivi.

3. La questione posta col regolamento va risolta nel senso della sussistenza della giurisdizione. del giudice ordinario a conoscere della domanda, con la quale l'associazione dei consumatori attrice, inserita nell'elenco di cui all'articolo 5 della legge 281/98, aveva domandato l'inibizione degli atti di pubblicità ingannevole e la condanna della società che li aveva posti in essere al risarcimento del danno.

L'articolo 7 del D.Lgs 74/1992 (recante "Attuazione della direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole. Ecologia") come sostituito dall'articolo 5 del D.Lgs 67/2000 (recante "Attuazione della direttiva 97/55/CE, che modifica la direttiva 84/450/CEE, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa. Ecologia") sotto la rubrica "tutela amministrativa e giurisdizionale" prevede, al quattordicesimo comma (introdotto con D.Lgs 67/2000 e che non compariva nel testo originario), che "per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti derivanti dalle disposizioni del presente decreto si applica l'articolo 3 della legge 281/98" (recante "Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti. Ecologia").

Tale disposizione stabilisce, al primo comma, che le associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco di cui all'articolo 5 sono legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi richiedendo al giudice competente tutto quanto nella specie domandato dall'associazione attrice.

Ora, che per "giudice competente" non possa intendersi l'Autorità garante della concorrenza e del mercato direttamente discende dal rilievo che l'Autorità istituita dall'articolo 10 della legge 287/90 non è un giudice, com'è stato in ogni sede correttamente ritenuto (Corte di giustizia, sentenza 31 maggio 2005, in causa C-53/03;

CdS, Sezione sesta, 2199/02), ma un'amministrazione dello Stato ad ordinamento autonomo (CdS, Sezione prima, 260/99).

Né un'interpretazione della norma che si risolva nel riconoscimento alle associazioni dei consumatori della possibilità di chiedere la tutela inibitoria all'Autorità ovvero al "giudice competente" appare in contrasto con le norme comunitarie in materia di pubblicità ingannevole. La citata direttiva 84/54/CEE prevede infatti, all'art. 4, comma 1, che i mezzi da apprestare dagli Stati membri "per combattere la pubblicità ingannevole e garantire l'osservanza delle disposizioni in materia di pubblicità comparativa nell'interesse sia dei consumatori che dei concorrenti e del pubblico in generale" possono comportare la possibilità, per persone o organizzazioni aventi un legittimo interesse di "(a) promuovere un'azione giudiziaria contro tale pubblicità e/o (b) sottoporre tale pubblicità al giudizio di un'autorità amministrativa competente a giudicare in merito ai ricorsi Agli Stati membri era dunque data la possibilità di prevedere forme di tutela affidate sia in via esclusiva all'autorità amministrativa, sia in via esclusiva all'autorità giudiziaria, sia all'una "e" all'altra.

Conclusione questa ulteriormente avallata dal disposto dell'articolo 7 della stessa direttiva, il quale prevede che essa non si oppone al mantenimento o all'adozione da parte degli Stati membri di disposizioni che abbiano lo scopo di garantire una più ampia tutela, in materia di pubblicità ingannevole, dei consumatori, delle persone che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, 224/01) prevede che la legge si applichi nelle ipotesi di violazioni degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle direttive europee di cui all'allegato; allegato che, fra le tante, menziona anzitutto la direttiva cui si sta facendo riferimento, attuata con D.Lgs 74/1992.

4. Non appare poi dubitabile che il "giudice competente" cui si riferisce l'articolo 3 della legge 281/98 debba essere individuato, in mancanza di diversa disciplina, in quello ordinario, in relazione alla natura di diritto soggettivo (sia pure collettivo) dell'interesse tutelato, non essendo configurabili ipotesi di subordinazione di tale interesse a quello generale, con conseguente qualificazione della situazione giuridica tutelata come interesse legittimo.

La stessa legge 281/88 qualifica del resto come fondamentale il diritto dei consumatori e degli utenti "ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità" (articolo 1, comma 2, lettera "c").

5. Va infine osservato che non appare irragionevole - come ritenuto dal tribunale - la diversità di trattamento tra il singolo consumatore,' che può rivolgersi solo all'Autorità

garante della concorrenza e del mercato per richiedere l'inibizione degli atti di pubblicità ingannevole (*ex* articolo 7 del D.Lgs n. 74/1992, come sostituito dall'articolo 5 del D.Lgs n. 67/2000), e le associazioni dei consumatori e degli utenti iscritte nell'elenco di cui sè detto, che per l'a tutela inibitoria. degli interessi collettivi possono rivolgersi sia alla predetta Autorità (ai sensi dell'articolo 7 citato) che al giudice ordinario (*ex* articolo 3 della legge 281/98).

Per un verso, invero, è stato chiarito che gli interessi diffusi (in quanto pertinenti alla sfera soggettiva di più individui in relazione alla loro qualificazione o in quanto considerati nella loro particolare dimensione) sono "adespoti" e possono essere tutelati in sede giudiziale solo in quanto il legislatore attribuisca ad un ente esponenziale la tutela degli interessi dei singoli componenti una collettività, che così appunto assurgono al rango di interessi "collettivi".

Per altro verso, l'esclusione dell'accesso dei singoli alla tutela giudiziale appare giustificata dall'esigenza di evitare che una pluralità indefinita di interessi identici sia richiesta con un numero indeterminato di iniziative individuali seriali miranti agli stessi effetti, con inutile aggravio del sistema giudiziario e conseguente dispersione di una risorsa pubblica; e con frustrazione, inoltre, dell'effetto di incentivazione dell'aggregazione spontanea di più individui in un gruppo esponenziale. Il che, soprattutto in sistemi cui è ignota la tutela dei diritti individuali omogenee da parte di singoli (invece tipica delle class actions nelle quali il costo del processo non è però sopportato in proprio dall'attore), vale anche ad equilibrare l'entità delle risorse che ciascuna parte ha interesse ad investire nella controversia.

6. Le spese del regolamento possono essere compensate.

PQM

La Corte di cassazione a Su dichiara la giurisdizione del giudice ordinario in ordine alla causa promossa innanzi al tribunale di Torino dall'Associazione Movimento Consumatori nei confronti della Sas Education Scuola & Lavoro di Passerone Franco con atto di citazione notificato il 29 ottobre del 2003; compensa le spese del regolamento.

Nella pronuncia in epigrafe, la Suprema corte si avventura nell'intricato scenario dei messaggi pubblicitari ingannevoli con la conseguente individuazione del giudice competente. La Corte preliminarmente osserva che, secondo quanto disposto dall'art. 5 c.p.c la giurisdizione e la competenza vengono determinante con riguardo alla legge vigente al momento della proposizione della domanda e che non assumerebbe rilievo il fatto che con l'entrata in vigore del D. Lgs. 206/05 siano stati abrogati il D. Lgs. 74/2002 e l'art. 3 della L. 281/98 . Giacchè il cd. Codice del consumo, abrogando le norme suesposte ha fatto sorgere la questione su chi sia il giudice competente a conoscere delle questioni instaurate ai sensi dell'art. 3 L. 281/1998. Inoltre, l' art. 26 (già art. D. lgs 74/1992) riserva, poi, all'autorità garante della concorrenza e del mercato la tutela paragiurisdizionale avverso le condotte di pubblicità ingannevole. I ricorsi avverso l'autorità garante della concorrenza, secondo tale articolo, rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo, mentre per le sanzioni amministrative pecuniarie si applicano le disposizioni della l. 689/1981 co. 12. Nell'ordinanza di cui si tratta la Suprema corte affermando che, l'articolo 5 del D.Lgs 67/2000 al quattordicesimo comma stabilisce che per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti derivanti dalle disposizioni del presente decreto si applica l'art. 3 della legge 281/98; le associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco di cui all'art. 5 sono, quindi, legittimate ad agire per la tutela degli interessi collettivi richiedendo al giudice competente tutto quanto nella specie domandato dall'associazione attrice. La Corte nell'analizzare tale disposizione pone in rilievo l'affermazione "giudice competente" per affermare che, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato non è un giudice, com'è stato in ogni sede correttamente ritenuto (Corte di giustizia, sentenza 31 maggio 2005, in causa C-53/03; Cds, Sezione sesta, 2199/02), ma un'amministrazione dello Stato ad ordinamento autonomo (Cds, Sezione prima, 260/99). Sicchè il "giudice competente" cui si riferisce l'articolo 3 della legge 281/98 debba essere individuato, in mancanza di diversa disciplina, in quello ordinario, in relazione alla natura di diritto soggettivo (sia pure collettivo) dell'interesse tutelato, non essendo configurabili ipotesi di subordinazione di tale interesse a quello generale. Il Collegio precisa, infatti, che l'azione di cui all'art. 3 L. 281/98 riguardi situazioni soggettive qualificabili come diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti ad un'adeguata informazione corretta pubblicità, i quali si configurano, non già come interessi legittimi, ma, bensì, come diritti soggettivi perfetti, seppure collettivi, il cui giudice naturale è il giudice ordinario. Tale conclusione non è in contrasto con il principio di parità di trattamento fra il singolo consumatore, al quale è consentito di rivolgersi in

via esclusiva all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 7 D. Lgs. 74/1992, come novellato dall'art. 5 D. Lgs. 67/200) e le associazioni dei consumatori e degli utenti, le quali, al contrario, possono adire sia all'Autorità garante sia il giudice ordinario.La scelta di accordare alle associazioni dei consumatori e degli utenti un duplice strumento di tutela amministrativo e giurisdizionale al contempo, si giustifica, secondo le Sezioni Unite, in relazione alla natura degli interessi tutelati che, in quanto interessi diffusi sono tutelabili in via giurisdizionale solo in presenza di un ente esponenziale investito dal legislatore della loro protezione e cura. Le Sezioni Unite precisano, poi, che essa risponde all'esigenza di evitare il proliferare di azioni giudiziarie instaurate dai singoli consumatori con conseguente aggravio del sistema giudiziario. Nell'occasione, il Collegio, chiamato a pronunciarsi in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, proposto nell'ambito di una causa volta ad ottenere l'inibizione degli atti di pubblicità ingannevole, ricorda il tradizionale orientamento giurisprudenziale concernente i rapporti fra il giudizio cautelare e il regolamento preventivo di giurisdizione. Secondo il costante insegnamento delle Sezioni Unite l'instaurazione di un giudizio cautelare non sono di ostacolo alla proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione, giacchè il provvedimento reso sull'istanza cautelare non presenta i connotati delle sentenza ai sensi dell'art. 41 cod.proc.civ.e la pronuncia sul reclamo conserva i caratteri di provvisorietà propri del giudizio cautelare (Cass. Civ. Sez. Un. 14070/2003; Cass. Civ. sez. Un. 8212/2005; Cass. Civ. Sez. Un. 16603/2005;Cass. Civ. Sez. Un. 17078/2005) .

Il regime processuale delle decadenze a favore dell'Amministrazione finanziaria

di Domenico Ardolino

Sentenza Cassazione civile, sez. Tributaria, 08-09-2005, n. 17900 - Pres. Riggio U. - Rel. Ebner V.G. - P.M. Maccarone V.

[Decadenza dal diritto al rimborso]

Decadenza dell'amministrazione finanziaria. Rilevabilità d'ufficio. Esclusione. Contribuente. Deduzione. Necessità. Per la prima volta in appello. Preclusione. Decadenza stabilita in favore dell'amministrazione finanziaria. Rilevabilità d'ufficio. Deduzione per la prima volta in appello. Ammissibilità.

Svolgimento del processo

La XXXXXX srl - successivamente XXXXX srl e poi ancora XXXXX spa - impugnava il silenzio rifiuto dell'Ufficio del Registro di Roma in ordine alla istanza, in data 10.8.1995, di rimborso della imposta proporzionale di registro (complessive Lire 1.045.900.000) versata nell'agosto del 1992 dalla società.

Tale istanza aveva fatto seguito dell'avviso di liquidazione notificato dal predetto Ufficio in relazione alla delibera in data 18.12.1991, di aumento del capitale sociale da Lire 20.000.000 a Lire 105.620.000.

Con sentenza n. 354/07/2002 la Commissione Tributaria Provinciale di Roma accoglieva il ricorso.

L'Agenzia delle Entrate, Ufficio di Roma 3, appellava la sentenza deducendo in limine la improponibilità della istanza di rimborso per non avere la società impugnato l'avviso di liquidazione de quo e, nel merito, la correttezza del proprio operato in quanto,

trattandosi di aumento di capitale mediante conferimento di complesso aziendale, l'atto era da assoggettarsi alla imposta proporzionale dell'1% ai sensi dell'art. 4 lett. a) p. 3 della Tariffa all. al DPR 131/1986 e non a tassa fissa, prevista solo a decorrere dall'1.1.2000 per effetto dell'art. 10 L. 488/1999.

Con sentenza n. 115/7/02, depositata il 17.12.2002, la Commissione Tributaria Regionale del Lazio accoglieva l'appello.

I Giudici di appello ritenevano di dovere disattendere l'eccezione della costituita società circa la improponibilità per la prima volta in appello della questione relativa alla preclusione della istanza di rimborso per mancata impugnazione dell'avviso di liquidazione notificato dall'A.F.; e ritenevano altresì inammissibile il ricorso della società avverso il silenzio - rifiuto della stessa Amministrazione sulla istanza di rimborso de qua, stante la mancata impugnazione dell'avviso di liquidazione della imposta proporzionale di registro notificato alla società stessa.

Ricorre per cassazione la società, con un articolato mezzo di doglianza.

Si sono costituiti e resistono con congiunto controricorso il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Agenzia delle Entrate.

La società ricorrente ha depositato memoria ex art. 378 cpc.

Motivi della decisione

La ricorrente deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 2697 comma secondo c.c, 57 comma secondo D.Lgs.vo 546/1992 e 2969 c.c.

I Giudici di appello non avrebbero tenuto presente che, nella specie, trattandosi della ripetizione di un versamento d'imposta non dovuto, non si verteva in materia di diritti indisponibili.

Sicché, non essendo rilevabile d'ufficio la questione della intervenuta decadenza della società dal diritto al rimborso per la mancata impugnazione dell'avviso di liquidazione, perciò stesso tale questione doveva ritenersi non proponibile, per la prima volta, in grado di appello.

La ricorrente chiede poi che, cassata per tal ragione la decisione impugnata questa Corte voglia, decidendo nel merito, accogliere il ricorso introduttivo della società

avverso il silenzio - rifiuto sulla istanza di rimborso della imposta proporzionale di registro.

Le censure non hanno fondamento.

Osserva la Corte che l'eccezione di decadenza della contribuente dal diritto al rimborso, sollevata dall'Ufficio finanziario in grado di appello, non può considerarsi nuova e perciò preclusa ai sensi dell'art. 57 comma 2 D.Lgs. 546/1992, posto che l'Ufficio, in buona sostanza, si è limitato a contrastare l'avversa pretesa di rimborso opponendo e documentando (come consentito ai sensi dell'art. 58 comma secondo D.Lgs. 546/1992) anche la definitività del relativo rapporto tributario per la ragione prima indicata: con ciò, esercitando pienamente e doverosamente il suo diritto di difesa, così come nel caso in cui la parte interessata opponga la esistenza di un giudicato inter partes, al fine di paralizzare ulteriori pretese dell'altra parte che siano in contrasto insanabile con il giudicato stesso.

D'altro canto, in ogni caso l'eccezione di decadenza rientra tra quelle rilevabili dal Giudice d'ufficio, ai sensi dell'art. 2969 c.c., attesa la natura indisponibile dei diritti dell'A.F., per l'interesse pubblico a base della pretesa tributaria: salvo il caso (che qui peraltro non ricorre) in cui la disponibilità sia oggetto di apposita previsione normativa.

Tale generale situazione di indisponibilità, e la connessa rilevabilità d'ufficio dell'eccezione de qua, è stata più volte affermata da questa Corte - ex plurimis, Cass. 9940/2000; Cass. 9952, 10427/2003; 11521/2004 - sì da costituire ormai ius receptum: e dal relativo orientamento, che il Collegio pienamente condivide, non si ravvisano ragioni per discostarsi.

Invero, trattasi di un rapporto tributario divenuto definitivo per mancata impugnazione di un atto di liquidazione, che invece, proprio per non precludersi il diritto al rimborso di quanto asseritamente senza titolo versato, la società aveva l'onere di impugnare tempestivamente.

Al riguardo, questa Corte ha avuto modo di affermare - Cass. 7179 e 13211/2004 - che con l'avviso di liquidazione di un'imposta l'A.F. manifesta comunque la sottoposizione dell'atto ad imposizione e che pertanto al contribuente che non abbia tempestivamente impugnato tale atto e precluso di chiedere il rimborso dell'imposta che assuma essere stata indebitamente pagata: dal momento che l'istanza relativa non è idonea a riaprire un termine scaduto al fine di contestare un rapporto ormai esaurito. Alla stregua dei rilievi che precedono (e che, per il loro carattere assorbente, precludono

ovviamente l'esame di ogni altra questione dedotta in causa), il ricorso deve essere rigettato.

Quanto alle spese del presente giudizio, si ravvisano giusti motivi di compensazione delle stesse fra le parti.

P.Q.M.

La Corte, rigetta il ricorso e dichiara compensate fra le parti le spese del presente giudizio.

Con la sentenza 8 settembre 2005, n. 17900, la V sezione della Cassazione reitera il principio della rilevabilità d'ufficio, in ogni stato e grado, delle decadenze a favore dell'Amministrazione finanziaria, offrendo così lo spunto per una critica di tale posizione generalizzata.

La dicotomia nel regime processuale delle decadenze

È consolidato presso i giudici di legittimità l'orientamento secondo cui le decadenze stabilite dalle leggi tributarie a favore dell'Amministrazione finanziaria (ad esempio quella dal diritto al rimborso di imposta indebitamente versata), attenendo a situazioni non disponibili dalla stessa, rientrano nella disciplina prevista come eccezione dall'art. 2969 c.c. e dunque sono rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio con il solo limite del giudicato interno.

La posizione legittima una condizione processuale di chiaro favore nei confronti dell'Amministrazione, svincolandola dalle normali preclusioni cui è sottoposto invece il contribuente per il quale vale la regola generale secondo cui la decadenza non può essere rilevata d'ufficio ed è quindi onere della parte avvalersene in giudizio entro i termini previsti per la proponibilità delle eccezioni in senso stretto.

La disparità di trattamento nell'ambito del processo tributario deriverebbe dalla considerazione summenzionata per cui bisogna considerare nel novero delle materie sottratte alla disponibilità delle parti non solo quelle relative a diritti indisponibili ma anche quella per cui sia previsto un regime legale che escluda un potere di disponibilità delle parti, nel senso che tale regime non può essere da loro derogato, rinunciato o comunque modificato.[1] In quest'ultima categoria generalmente sono ricomprese le posizioni soggettive del Fisco sulla base delle teorie dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria e dell'inesistenza di discrezionalità amministrativa da parte dell'A.f., quantomeno in relazione a tutti le fasi procedimentali strettamente attinenti alla sfera impositiva.

L'orientamento consolidato, condivisibile nella sua impostazione, è ormai applicato in maniera generalizzata dai giudici di Cassazione che talvolta lo richiamano anche per giustificare il rilievo officioso di deduzioni attinenti all'inammissibilità del ricorso o all'infondatezza nel merito.

[1] Cfr. Cass., 2.10.96, n. 8606.

Il caso

Nel caso *de quo* i giudici di prime cure avevano accolto il ricorso proposto da una società avverso il silenzio rifiuto di rimborso dell'imposta proporzionale di registro, illegittima per contrasto con la direttiva comunitaria n. 69/335 sulla raccolta di capitali.

La sentenza di primo grado era stata poi riformata dalla Commissione Regionale in accoglimento del ricorso dell'ufficio il quale, contumace nel primo grado, aveva proposto appello deducendo l'irripetibilità del versamento per mancata impugnazione, da parte della società, dell'originario avviso di liquidazione dell'imposta di registro.

In particolare, i giudici di appello ritenevano di dover disattendere l'eccezione della società circa l'improponibilità per la prima volta in secondo grado di tale questione, sulla base della considerazione che la decadenza a favore dell'Amministrazione finanziaria è sempre rilevabile d'ufficio.

Proponeva ricorso per cassazione la società, sottolineando che l'intervenuta decadenza dal diritto al rimborso per la mancata impugnazione dell'avviso di liquidazione non poteva essere rilevata d'ufficio perché, nel caso specifico, non si verteva in materia di diritti indisponibili.

Quindi, nel grado di legittimità si trattava di stabilire se, nel giudizio contro il silenzio rifiuto di ripetizione di imposta indebita, poteva essere rilevata d'ufficio la mancata impugnazione dell'originario avviso di liquidazione in base al quale era stata pagata l'imposta stessa. Dal testo della sentenza non è possibile desumere sulla base di quali motivazioni o circostanze la ricorrente abbia cercato di dimostrare che il rapporto tributario sottostante era disponibile; in ogni caso il ricorso è stato rigettato perché *"l'eccezione di decadenza rientra tra quelle rilevabili dal giudice d'ufficio, ai sensi dell'art. 2969 c.c., attesa la natura indisponibile dei diritti dell'A.F., per l'interesse pubblico a base della pretesa tributaria: salvo il caso (che qui peraltro non ricorre) in cui la disponibilità sia oggetto di apposita previsione normativa. Tale generale situazione di indisponibilità, e la connessa rilevabilità d'ufficio della eccezione de qua, è stata più volte affermata da questa Corte … sì da costituire ormai ius receptum."*

Il caso è interessante perché il contribuente avrebbe cercato di rimettere in discussione il dogma dell'indisponibilità dell'obbligazione ed i giudici, pur non accogliendo

la tesi, non escluderebbero a priori che possano esistere previsioni normative che portino ad affermare la disponibilità dei diritti anche in ambito di rapporti tributari.

Prima di indagare su questa eventualità appare però opportuno ricostruire il consolidamento giurisprudenziale della rilevabilità d'ufficio delle decadenze a favore dell'A.f. e verificare se, effettivamente, sia oramai diventato uno *ius receptum.*

La genesi ed il consolidamento del principio

Il principio è stato enunciato per la prima volta dai giudici di legittimità con la sentenza n. 5620/92 in questi termini: *"la regola per la quale la decadenza non può essere rilevata d'ufficio non ha carattere assoluto: a mente dell'art. 2969 c.c., il precetto trova deroga … nell'ipotesi che si controverta «su materia sottratta alla disponibilità delle parti» e che la declaratoria di decadenza determini l'improponibilità dell'azione. Ora «materia sottratta alla disponibilità delle parti» non è soltanto quella che riguarda i diritti disponibili per la loro propria natura ma, piuttosto, quella per la quale v'è un regime legale che escluda un potere di disponibilità delle parti nel senso che tale regime non può essere da loro obliterato, rinunciato o, comunque modificato. Ebbene è di tutta evidenza che in materia tributaria il regime relativo ai termini entro il quale il contribuente può proporre l'azione di rimborso del tributo indebitamente versato è sottratta alla disponibilità delle parti nel senso chiarito, di modo che il giudice deve rilevare d'ufficio la decadenza dall'azione, ove non proposta entro il termine di legge."*[2]

I giudici notano che, cristallizzatosi il rapporto di imposta per decorso dei termini entro cui il contribuente può chiedere la ripetizione (o impugnare l'atto di liquidazione),[3] la materia è sottratta alla disponibilità delle parti, compresa l'Amministrazione la quale non può più intervenire a modificare il rapporto. Nello specifico, la materia indisponibile è

[2] Il convincimento che si tratti della prima pronuncia in materia è rafforzato dalla circostanza che, nella successiva sentenza n. 8572/93, il collegio – giudicando erroneamente ritenuta preclusa, nel grado precedente, un'eccezione proposta per la prima volta in Commissione Tributaria Centrale – *"ritiene di dover richiamare, aderendo alle ragioni che lo sostengono, il seguente principio, da questa Sezione espresso di recente (conf. sent. n. 5620/92): …".* Anteriormente a quest'ultima dovrebbe esserci un solo precedente costituito dalla sent. 29.10.75 n. 3635 (richiamata sia dalla stessa sent. n. 5620/92 sia dalla successiva n. 792 del 27.01.97) ma si tratta di una decisione troppo remota per poter essere presa in considerazione in questa sede.

[3] La sent. n. 5620/92 conferma la decisione di CTC che d'ufficio aveva rilevato la decadenza del contribuente dal diritto di chiedere il rimborso dell'INVIM indebitamente versata, per essere decorso il termine triennale dal pagamento dell'imposta principale e per non aver il contribuente impugnato l'avviso di liquidazione dell'imposta principale. La sent. n. 8572/93 cassa invece una decisione di CTC che aveva ritenuto inammissibile, per tardività di presentazione, la questione relativa alla mancata impugnazione di una cartella esattoriale.

rappresentata dal regime dei termini entro cui proporre azione di rimborso: la decadenza dagli stessi si risolve allora in una causa di improponibilità dell'azione, rilevabile d'ufficio.

L'enunciato, elaborato per la prima volta nel 1992/93 ed ancora rimeditato in quale pronuncia del 1996/97, sarà poi richiamato successivamente in maniera acritica e talvolta impropria.

La stragrande maggioranza delle sentenze che successivamente hanno affrontato la questione sono state pronunciate in controversie per rimborsi di ritenute o versamenti diretti:[4] poiché tali casi non presentano aspetti problematici, essendo inderogabile ed indisponibile il regime dei termini entro cui chiedere il rimborso, il principio della rilevabilità d'ufficio è stato applicato *sic et sempliciter*, senza che si rendesse necessaria alcuna rimeditazione dell'orientamento; quest'ultimo concetto, però, è estrinsecato con una notevole varietà di accenti che vanno da un compiuta riflessione quale "(l'indisponibilità) *si configura in materia tributaria con riguardo ai termini per l'azione di rimborso di un tributo indebitamente versato*"[5] ad una più discutibile affermazione di principio per cui *"la materia fiscale è sottratta alla disponibilità delle parti"*.[6]

Talvolta, invece, il "principio consolidato" della rilevabilità d'ufficio delle decadenze a favore dell'amministrazione è stato applicato anche in relazione a delle deduzioni dell'Amministrazione sulla mancata o intempestiva impugnazione di atti (di ingiunzione o liquidazione). Forse in tali casi l'orientamento è stato richiamato inappropriatamente perché le fattispecie affrontate riguardavano la tempestività del ricorso entro i termini stabiliti dalla legge[7] e dunque i giudici avrebbero potuto limitarsi ad osservare che si tratta di questione inerente all'ammissibilità della domanda giudiziale, oppure attenevano all'applicazione dell'art. 79 dpr n. 131/86.[8] In tale ultima situazione[9] la non definitività del rapporto rappresenta un fatto costitutivo della pretesa del ricorrente che invoca l'applicazione dell'art. 79 cit.; di contro, la prospettazione della definitività dell'avviso di liquidazione (per mancata o intempestiva impugnazione) è una mera difesa

[4] Si vedano le sentt. 5.08.04, n. 15055; 16.07.04, n. 13242; 21.06.04, n. 11521; 15.0.04, n. 7181; 6.11.03, n. 16653; 9.12.03, n. 18771; 19.07.02, n. 10591; 15.02.02, n. 2252; 28.07.00, n. 9940; 7.06.99, n. 5560; 11.01.99, n. 179; 10.12.97, n. 12481; 2.10.96, n. 8606.
[5] Cass., n. 7181/04 cit.
[6] Cass., n. 5560/99 cit.
[7] Cass., 27.01.97, n. 792
[8] L' art. 79 dpr n. 131/86 estese le norme più favorevoli al contribuente, introdotte dallo stesso dpr n. 131/86, anche ai rapporti pendenti alla sua entrata in vigore, a condizione che non si trattasse di situazioni già definite (come nell'ipotesi di mancata impugnazione nei termini di legge degli avvisi di liquidazione).
[9] Cfr. Cass., 1.09.99, n. 9206

e non un'eccezione.[10] Allo stesso modo, la prospettazione circa la mancata deduzione di vizi propri dell'atto impugnato è una mera difesa volta ad inficiare l'ammissibilità del ricorso e non un'eccezione di decadenza dal diritto di agire in giudizio.[11]

Infine, in altre sentenze[12] il problema è affrontato in termini diversi: poiché l'omessa impugnazione di un avviso di liquidazione nel termine di legge rende l'atto inoppugnabile ed il rapporto tributario esaurito, si teorizza che il successivo silenzio rifiuto (a seguito dell'istanza di rimborso della somma pagata in adempimento dell'avviso stesso) non sia autonomamente impugnabile perché tale comportamento amministrativo sarebbe, implicitamente, meramente confermativo del precedente avviso di liquidazione.

Questa ricostruzione avrebbe meritato ulteriori indagini e precisazioni perché, mentre nel contenzioso *ante* riforma era considerato atto impugnabile il silenzio su istanza di rimborso solamente *"in caso di versamento diretto o qualora manchino o non siano stati notificati atti impugnabili"*,[13] tale specificazione è scomparsa negli artt. 19 e 21 d.lgs. n. 546/92 che non distinguono tra versamento di tributo in auto-liquidazione o a seguito di provvedimento, ed indicano il silenzio/diniego di restituzione atto/fatto *tout court* impugnabile. Il sistema assume una sua coerenza alla luce del principio, contenuto nello stesso art. 19 cit., per cui ciascun atto è impugnabile solo per vizi propri; dunque, il rifiuto di ripetizione è ricorribile, anche nel caso in cui il tributo sia stato versato a seguito di un provvedimento consolidato (per mancata impugnazione), nel caso in cui si prospetti una circostanza non afferente all'atto stesso come, ad es., un evento sopravvenuto.

Allora, anziché teorizzare la mancanza di autonomia del silenzio rifiuto (nei casi di versamenti a seguito di avvisi di liquidazione) perché comportamento amministrativo meramente confermativo e strettamente consequenziale del precedente atto consolidato, principio che appare quantomeno discutibile, i giudici forse avrebbero potuto specificare in un caso che il ricorso originario del contribuente non era ammissibile perché sorto nel contenzioso del 72,[14] nell'altro[15] che andava rigettato solo dopo aver accertato la mancata prospettazione di vizi propri.

---

[10] La natura di mera difesa della deduzione dell'Ufficio che contesta l'intempestiva impugnazione dell'avviso di liquidazione ai fini dell'applicazione dell'art. 79 dpr n. 131/86 è stata recentemente sottolineata dalla Cassazione con la sent. 18.10.04, n. 20392, punto 5.1
[11] Cass., 23.06.03, n. 9952
[12] Cass., sentt. 14.02.03, n. 2249 e 23.03.05, n. 6290
[13] art. 16, 6° comma, dpr n. 636/72
[14] Cass., n. 6290/05 cit.; dalla sentenza è infatti evincibile che il ricorso originario era stato depositato presso la Commissione Tributaria di primo grado di Grosseto, dunque nella vigenza del dpr n. 636/72.
[15] Cass., n. 2249/03 cit.

In tutti i casi fin qui esaminati il *decisum* non sarebbe cambiato; un corretto inquadramento delle fattispecie e dei relativi regimi processuali avrebbe però evitato il radicarsi di (falsi) principi, in particolare il convincimento della rilevabilità d'ufficio, in via generale, di tutte le decadenze a favore della Amministrazione finanziaria.

Invero, i tributi versati in auto-liquidazione non esauriscono il *genus* dei rapporti di imposta sicché affermare (correttamente) che le preclusioni che riguardino i primi sono rilevabili d'ufficio non comporta necessariamente il dover concludere che tutte le decadenza a favore dell'A.f. lo siano.

I rapporti tributari disponibili

Esistono delle ipotesi in cui i rapporti derivanti da obbligazione tributaria sono disponibili, nel senso che possono essere modificati dalle parti, in particolar modo dall'A.f., la quale ha il potere di decidere se rinunciare o meno all'applicazione del tributo; benché si dubiti che tale facoltà, strettamente predeterminata normativamente, sia un sintomo di discrezionalità amministrativa, essa è sufficiente per poter considerare il rapporto sottostante pienamente disponibile quantomeno ai fini dell'art. 2969 c.c., con la conseguenza che, ricorrendo tali casi, anche la decadenza a favore dell'Ufficio sarà rilevabile solo con eccezione in senso stretto.

Si fa riferimento, in particolar modo, al potere di autotutela introdotto con l'art. 68 dpr 27 marzo 1992 n. 287 e poi meglio specificato e regolato dall'art. 2 *quater* dl 564/94 (convertito in l. n. 656/94), a cui è seguito il regolamento di attuazione approvato con dm 11.02.97 n. 37.

In base a tali norme è oggi riconosciuto all'A.f. un potere di annullare i propri atti, ancorché non impugnati e definitivi, nel caso in cui sussista l'illegittimità degli stessi o dell'imposizione.[16] Dunque, in questa ipotesi (imposizione a seguito di avviso, di accertamento e/o liquidazione), è facoltà dell'A.f. rinunciare al prelievo anche oltre i termini di decadenza previsti per il contribuente.

[16] Affermava l'art. 68 cit. (ora abrogato): *"salvo che sia intervenuto giudicato, gli uffici dell'Amministrazione finanziaria possono procedere all'annullamento, totale o parziale, dei propri atti riconosciuti illegittimi o infondati con provvedimento motivato comunicato al destinatario dell'atto."* Precisa l'art. 2 del dm n. 37/97 (attuale norma vigente per l'autotutela): "*l'Amministrazione finanziaria può procedere, in tutto o in parte, all'annullamento o alla rinuncia all'imposizione in caso di auto-accertamento, senza necessità di istanza di parte, anche in pendenza di giudizio o in caso di non impugnabilità, nei casi in cui sussista illegittimità dell'atto o dell'imposizione …".*

Le sentenze di legittimità che si sono occupate dell'autotutela dell'A.f. hanno definito *facoltà discrezionale* il potere di procedere all'annullamento degli atti riconosciuti illegittimi o infondati.[17] Si dubita che i giudici, nell'utilizzare tale termine, abbiano voluto teorizzare una discrezionalità amministrativa dell'A.f. in materia, ed infatti non considerano sindacabile, almeno in sede di giudizio sulla legittimità dell'atto,[18] la scelta dell'ufficio di non procedere ad annullamento per autotutela; più probabilmente hanno scelto una espressione antinomica rispetto alle considerazioni dei contribuenti che invece insistevano sulla doverosità della revisione d'ufficio.

Non è però questa la sede per approfondire tale ultima questione: ai fini dell'individuazione di uno dei due regimi processuali previsti dall'art. 2969 c.c. è sufficiente rilevare che l'obbligazione tributaria dipendente da atti di liquidazione e/o accertamento – ancorché il regime dei termini di impugnazione resti indisponibile – può essere modificata dall'Amministrazione anche oltre tali stessi termini, con il solo limite dell'intervenuto giudicato.

Conclusioni: il duplice regime processuale delle decadenze a favore dell'A.f.

Non è allora possibile ricostruire una disciplina processuale unitaria per tutte le decadenze a favore dell'Amministrazione finanziaria, essendo oramai smentita dallo stesso legislatore l'assunto che tutta la materia fiscale sia sottratta alla disponibilità delle parti, quanto meno ai fini dell'art. 2969 c.c.

Da notare che il principio della rilevabilità d'ufficio della decadenza sulla base dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria è stato teorizzato con due sentenze afferenti ad un periodo (1992-93) anteriore all'evoluzione normativa che ha introdotto il potere di autotutela.[19]

Oggi, invece, bisognerebbe distinguere tra i casi in cui la decadenza riguardi un onere procedimentale a carico del contribuente in relazione a tributi versati in auto-

[17] Cass., 5.02.02, n. 1547: *"il potere, attribuito dall'art. 68 del dpr 27 marzo 1992 n. 287, agli uffici dell'amministrazione finanziaria, di procedere all'annullamento, totale o parziale, dei propri atti riconosciuti illegittimi o infondati, costituisce una facoltà discrezionale il cui mandato esercizio non può essere sindacato nel giudizio di impugnazione dell'atto…"*.; si veda anche la n. 13412 del 9.10.00.

[18] La precisazione è resa doverosa dalla sentenza 10.08.05, n. 16776 con cui le SS.UU. hanno dichiarato la giurisdizione delle Commissioni Tributarie per i ricorsi avverso il diniego di autotutela e sembrerebbero ritenere impugnabile tale atto laddove il contribuente abbia richiesto il riesame del rapporto sulla base di elementi sopravvenuti.

[19] Previsto dall'art. 2 *quater* del dl n. 564/94 e regolamentato solo nel 1997 con l'art. 2 del dm n. 37

liquidazione (ad es. i termini ex art. 38 dpr n. 602/73 per la ripetizione degli indebiti versamenti diretti) e quelli in cui la preclusione sia intervenuta in obbligazioni sorte a seguito di atti di accertamento e/o di liquidazione.

Nel primo caso non si può dubitare che persiste un regime legale che escluda un potere di disponibilità del rapporto. Nel secondo, invece, poiché la legge attribuisce espressamente all'A.f. una facoltà di annullare i propri atti, ancorché non impugnati e definitivi, e ciò equivale al potere di modificare o addirittura rinunciare all'obbligazione tributaria, ai fini dell'art. 2969 c.c. la materia non è sottratta alla disponibilità dell'ufficio;[20] ne consegue che sarà suo onere avvalersi in giudizio, entro i termini previsti per la proponibilità delle eccezioni in senso stretto, della decadenza riguardante un'inattività del contribuente in relazione agli stessi avvisi di accertamento e/o liquidazione.

Tale ultima conclusione necessita però di una specificazione: è sempre rilevabile d'ufficio la non tempestiva impugnazione dell'atto se il ricorso introduttivo sia stato proposto proprio avverso lo stesso; in tale ipotesi, infatti, l'intempestività diventa espressamente (art. 21 d.lgs. n. 546/92) causa di inammissibilità del ricorso, rilevabile d'ufficio; giustamente la giurisprudenza più accorta considera la prospettazione di tale circostanza una mera difesa e non un'eccezione in senso stretto.

Diverso è invece l'ipotesi in cui nel giudizio avverso il rifiuto di rimborso di un'imposta, versata a seguito di atto di liquidazione, si faccia valere una decadenza relativa a tale ultimo avviso: si tratta proprio del caso esaminato nella sentenza in commento in cui l'imposta di registro versata su atti di conferimento societari era stata chiesta a rimborso (per contrasto con la direttiva comunitaria n.69/335 e successive modifiche) con autonoma istanza, presentata ben oltre i 60 giorni dalla notifica dell'avviso di liquidazione.

In tale fattispecie, la mancata richiesta di rimborso attraverso l'impugnazione dell'originario avviso di liquidazione non incideva sull'ammissibilità della domanda giudiziale poiché con il ricorso introduttivo era stato impugnato il rifiuto alla ripetizione (e dunque tale circostanza non era rilevabile d'ufficio sotto tale profilo). Rappresentava invece una deduzione volta a paralizzare nel merito la richiesta del contribuente

[20] Si ricorderà la sentenza n. 5620/92 cit.: *"«materia sottratta alla disponibilità delle parti» non è soltanto quella che riguarda i diritti disponibili per la loro propria natura ma, piuttosto, quella per la quale v'è un regime legale che escluda un potere di disponibilità delle parti nel senso che tale regime non può essere da loro obliterato, rinunciato o, comunque modificato."*

attraverso l'allegazione di vicende extraprocessuali anteriori all'instaurazione della controversia:[21] era un'eccezione in senso stretto, che non poteva essere rilevata d'ufficio.

I giudici, che pure non avevano negato che possano esistere fattispecie in cui la legge renda disponibile l'obbligazione tributaria, non si sono resi conto che tale ipotesi ricorreva proprio nel caso esaminato visto che la legge conferisce all'Amministrazione il potere di modificare l'obbligazione tributaria annullando in autotutela l'originario avviso.

Allora, la sentenza di appello andava cassata laddove aveva disatteso l'eccezione della società circa l'improponibilità per la prima volta in secondo grado della mancata impugnazione dell'atto di liquidazione: in base alla regola generale dell'art. 2969 c.c., la decadenza del contribuente andava rilevata e provata dall'A.f. entro i termini di preclusione di primo grado, essendo viceversa inammissibile una sua proposizione in sede di riesame ex art. 57 d.lgs. n. 546/92.

[21] Sul punto si veda la seguente nitida massima (Cass., 25.03.98, n. 3134): *"in tema di contenzioso tributario, qualora prima della domanda di rimborso dell'imposta, che si assume non dovuta, sia stato emesso avviso di liquidazione della stessa divenuto definitivo per effetto di mancata impugnazione, nella controversia, insorta a seguito di impugnazione del rigetto della istanza di rimborso, la incontestabilità del pregresso accertamento del debito non può essere riscontrata d'ufficio dalle Commissioni tributarie, senza una deduzione della parte interessata, trattandosi di situazione che non incide sull'ammissibilità della domanda giudiziale e sulla ritualità della costituzione del relativo rapporto processuale, ma che è potenzialmente idonea ad evidenziare l'infondatezza nel merito della domanda medesima, in esito all'esame di vicende extraprocessuali anteriori all'instaurazione della controversia; la tesi dell'irripetibilità del versamento, in dipendenza del precedente verificarsi di definitività del titolo, è infatti inerente alle condizioni del diritto al rimborso, la cui mancanza influisce al fine di una pronuncia di rigetto della relativa pretesa e può essere oggetto d'indagine soltanto nei limiti in cui sia addotta dalla parte convenuta".*

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA