NUOVE FRONTIERE DEL DIRITTO

SPECIALE CIVILE

La 'anormalità' nel rapporto tra il diritto civile e quello amministrativo

SPECIALE PENALE

***Cannabis or not cannabis... ... that is the questions*!?**

SPECIALE AMMINISTRATIVO

Le sopravvenienze

LE 3 PROCEDURE

ALL'INTERNO INTERVISTA A

Avv. Mauro Vaglio

- Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma-

Rivista telematica giuridico-scientifica
Anno 2012
Ottobre

La rivista telematica "Nuove frontiere del diritto" nasce dalla intuizione di alcuni studenti (ora divenuti magistrati, alti funzionari, professionisti ed avvocati) di dar vita ad una piattaforma culturale globale e senza fini di lucro, in cui far confluire contenuti non solo strettamente giuridici, ma anche di attualità.

La cronaca giudiziaria infatti ha assunto ormai un ruolo predominante nella informazione quotidiana e troppo spesso si assiste al fenomeno per cui i processi si volgono prima in televisione che in tribunale.

Ciò rappresenta un evidente corto circuito logico, cui ci si deve opporre prima come cittadini che come giuristi.

Per tale ragione la rivista ha inserito nel suo comitato scientifico non solo giuristi di eccellenza, ma anche importanti firme giornalistiche di operatori del settore, con la precipua finalità di fornire contributi obiettivi e giuridicamente comprensibili non solo all'operatore del diritto, ma anche a qualsiasi lettore che per la prima volta si approcci al mondo del diritto.

La parte più strettamente giuridica della rivista si compone di numerose sezioni didattiche di alto profilo (pubblicazione di temi, pareri, saggi giuridici, note a sentenze) scritte sempre con un occhio attento al lettore: prima che spiegare, si vuole insegnare. Insegnare al lettore a ragionare in primo luogo sulle disposizioni, per poi valutare il risultato ermeneutico con la giurisprudenza e la dottrina. Per tale ragione i contributi, quindi, non rappresentano sterili e sterminati resoconti dottrinali e giurisprudenziali (tanto di moda oggigiorno), ma analisi condotte sul piano logico-normativo.

Si e' inoltre scelto di includere tra i collaboratori anche studenti e ricercatori, non ancora arrivati al culmine della loro carriera, ma che hanno dimostrato di essere validi giuristi sulla base di una attenta selezione. Non bisogna infatti dimenticare che il superamento di un concorso, per quanto importante, non conferisce da solo il crisma delle bravura e, soprattutto, che l'errore peggiore che può commettere un giurista e' quello di ritenere di non aver più nulla da imparare.

"Nuove frontiere del diritto" e' dunque una rivista che, pur affiancata ed integrata da un comitato scientifico di eccellenza, nasce dalla base, perché tutti sono partiti dalla base.

In occasione del trasferimento della rivista dalla piattaforma forum free alla piu' ambiziosa piattaforma http://www.nuovefrontierediritto.it non ci si può esimere dal fornire ai lettori le motivazioni di tale scelta.

La spiegazione di tale decisione risiede nel noto brocardo "memento audere semper". Nella vita, infatti, non ci si deve mai scordare di osare, di credere nei propri ideali e di non rinunciare mai ad essi.

Per tali ragioni si e' deciso, terminata la fase sperimentale, di ingrandire il progetto al fine di conferirgli una maggior diffusione negli ambienti scientifici e, soprattutto, di dotarlo di una piattaforma multimediale in grado di soddisfare le esigenze del lettore, senza perdere le due caratteristiche principali della rivista: l'indipendenza e la gratuità.

Il progetto e' stato possibile grazie a numerosi collaboratori, giuristi e non giuristi, i quali, gratuitamente, hanno contribuito, mattone dopo mattone, a costruire questo immenso edificio. Ci auguriamo che i lettori continuino a seguirci, contribuendo in tal modo a far crescere l'ambizioso progetto.

Un sentito ringraziamento va al dott. Riccardo Scannapieco, il quale ha instancabilmente e con grande professionalità lavorato per rendere possibile il passaggio alla nuova piattaforma.

Federica Federici

Samantha Mendicino

Davide Nalin

Direttore responsabile: Giovanna Moresco

Fondatore: Federica Federici (federica.federici@nuovefrontierediritto.it)

Direttore scientifico: Davide Nalin (davide.nalin@nuovefrontierediritto.it)

Coordinatore: Samantha Mendicino (samantha.mendicino@nuovefrontierediritto.it)

Comitato scientifico in materia giuridica: Alberto Mingarelli - Emanuela Loria - Davide Nalin - Massimo Marasca - Federica Federici - Barbara Carrara - Samantha Mendicino – Prof. Avv. Carlo Pilia - Domenico Salvatore Alastra - Donatella Rocco - Luigi Caffaro - Luca Marzullo - Claudia Ardita - Barbara Carfagna

Specialisti in materie scientifiche: Paolo Nalin (medico chirurgo) - Paolo Capri (psicologo giuridico e criminologo) - Sergio Nucci (medico chirurgo) - Lanfranco Belloni (fisico) - Fabio Delicato (criminologo)

Webmaster: Riccardo Scannapieco

Realizzazione e computer-graphic: Bruno Iapino

Hanno collaborato alla rivista del mese: Valentina D'Aprile - Aurora Di Mattea - Alberto Eramo

***Nuove frontiere del diritto* è una rivista *on line* fruibile su** www.nuovefrontierediritto.it
ISSN 2240 - 726X
Copyright 2012 - Proprietà letteraria e tutti i diritti riservati

***Nuove frontiere del diritto* ha un *Gruppo Facebook*, una pagina *Facebook* ed una pagina Twitter (@RedazioneNfd)**

La redazione: redazione@nuovefrontierediritto.it
Le *e-mails*: info@nuovefrontierediritto.it
friends@nuovefrontierediritto.it

Attenzione: La pirateria editoriale ed informatica sono reati. I diritti di traduzione, memorizzazione elettronica, riproduzione ed adattamento (totale o parziale), con qualunque mezzo, sono riservati per tutti i Paesi. Sono consentite la riproduzione, stampa e copia per uso personale. Tutte le altre forme di riproduzioni *on line* ed analogico-digitali potranno avvenire solo col consenso scritto della redazione (redazione@nuovefrontierediritto.it) e con obbligo di citazione della fonte. In caso contrario sono fatti salvi tutti i diritti, i quali si faranno valere sia in sede penale che in quella civile.

I N D I C E

DIRITTO CIVILE

- La 'anormalità' nel rapporto tra il diritto civile ed il diritto amministrativo
  di Davide Nalin pag. 6

DIRITTO PENALE

- *Cannabis or not cannabis... that is the question!?*
  di Aurora Di Mattea & Samantha Mendicino pag. 16

DIRITTO AMMINISTRATIVO

- Le sopravvenienze
  di Valentina D'Aprile & Davide Nalin pag. 45

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

- Il filtro in appello. Brevi note sulla nozione di (non) ragionevole probabilità di accoglimento dell'impugnazione
  di Alberto Eramo pag. 80

DIRITTO PROCESSUALE PENALE

- L'inammissibilità della costituzione di parte civile nel procedimento penale eseguita dal sostituto d'udienza
  di Barbara Carrara pag. 86

DIRITTO PROCESSUALE AMMINISTRATIVO

- In Gazzetta Ufficiale il secondo correttivo del codice del processo amministrativo
  di Emanuela Loria pag. 94

OLTRE IL MIO NOME

- Intervista a... Mauro Vaglio
  - Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma-
  di Barbara Carrara & Samantha Mendicino pag. 100

Diritto Civile

La 'anormalità' nei rapporti tra il diritto civile ed il diritto amministrativo

di Davide Nalin

I) Breve premessa

II) La anormalità nel diritto civile

III) La anormalità nel diritto amministrativo

IV) La anormalità nel diritto civile ed amministrativo

1. Breve premessa

Nei numeri precedenti della Rivista si è focalizzata la attenzione sulla categoria della anormalità che, come si ricorderà, può essere definita su di un piano generale come *assenza di conformità alla norma, irregolarità.*

La norma che funge da parametro può con tutta evidenza appartenere a qualsiasi ramo dell' ordinamento giuridico.

Tuttavia in tale sede, al fine di dimostrare la valenza della categoria in esame, si è deciso di soffermare la attenzione esclusivamente sui rapporti tra ordinamento civile e amministrativo, laddove la anormalità si manifesta con tratti similari, anche se non del tutto coincidenti.

2. La anormalità nel diritto civile

Su di un piano generale la analisi della categoria della anormalità in diritto civile va condotta anzitutto alla luce della teoria generale del negozio giuridico, rispetto al quale e' necessario premettere alcune nozioni (per approfondimenti si rinvia al n. 6/2012 della Rivista *Nuove frontiere del diritto* http://www.nuovefrontierediritto.it/wp-content/uploads/2012/06/download-NFD-n.-6-20122.pdf)

Nella sua versione più classica, la nozione di negozio giuridico si identifica con una *dichiarazione di volontà diretta ad uno scopo pratico*, consistente nella costituzione, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico. Elementi costitutivi della figura in esame sono:

2. volontà;
3. dichiarazione;
4. manifestazione della dichiarazione (dunque la dichiarazione deve fuoriuscire dalla sfera interiore del suo autore);
5. direzione a scopo pratico.

Parte della dottrina (BETTI) ha criticato la definizione da ultimo riportata in quanto figlia del dogma della volontà, qualificando il negozio giuridico alla stregua di un atto con cui il singolo regola da se i propri interessi nei rapporti con altri: atto al quale il diritto ricollega gli effetti più conformi alla funzione economico sociale che ne caratterizza il tipo. Elementi costitutivi sono:

- forma;

iv) contenuto;

- causa.

In tale sede si seguirà quest'ultima concezione, rifiutando il dogma volontà in quanto non conforme alla sistematica del codice civile.

Ciò precisato su di un piano prettamente generale, occorre ora individuare le norme la cui violazione da' luogo al fenomeno della anormalità. L'operazione, alquanto agevole se condotta avendo riguardo alle singole manifestazioni del negozio giuridico (si pensi a titolo esemplificativo alla nullità del contratto; art. 1418 cod. civ.), risulta alquanto complessa se riferita a quest'ultima categoria generale, ragion per cui si deve proceder per gradi.

Anzitutto, la dottrina (BETTI) ritiene che sia necessario distinguere tra *presupposti della autonomia privata* ed *elementi costitutivi dell'atto giuridico* (distinti a sua volta in elementi oggettivi e soggettivi) .

Si definiscono presupposti di validità quelle *circostanze estrinseche* al negozio giuridico, ma integrative di un regolamento di interessi, la cui presenza e' necessaria affinché il negozio possa produrre gli effetti congrui alla sua funzione pratica. Quando tali circostanze integrative devono essere presenti nel momento in cui il negozio si compie o prende vigore, prendono il nome di *presupposti di validità,* quando ne e' richiesta la presenza in un momento posteriore, possono designarsi in senso ampio *condizioni.* L'analisi e' limitata ai soli presupposti di validità (v. *amplius* paragrafo 2), i quali riguardano:

1. il *soggetto* del negozio, ovvero la *capacita' della persona,* che si distingue in capacità giuridica (artt. 1, 2, 3 della Costituzione, artt. 1, 2, 462 e 784 cod. civ.), capacità naturale (artt. 428, 595 co.1 n.3, 120, 775 e 1425 co.2 cod. civ.) e capacità di agire (art. 2 cod. civ.). Il mancato rispetto dei presupposti di validità consistenti nella capacità di agire e naturale dà luogo alla categoria della anormalità *sub specie* annullabilità, mentre la assenza di capacità giuridica non è inconcepibile dal punto di vista logico-naturalistico prima che giuridico;

1. la *situazione del soggetto rispetto all'oggetto,* che coincide con la *legittimazione.*

Per quanto concerne, invece, gli elementi costitutivi del negozio, essi sono, a differenza dei presupposti, requisiti *intrinseci* della fattispecie negoziale e si distinguono in elementi oggettivi e soggettivi.

I primi comprendono:

3. la *forma* del negozio, intesa come lo strumento attraverso il quale il negozio si rende riconoscibile, il cui difetto dà luogo a nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 cod. civ.
3. il *contenuto* del negozio, che coincide con la formulazione del precetto dell'autonomia privata, il cui vizio è sanzionato con la nullità (art. 1418 cod. civ.);

- la *causa*, la cui mancanza causa nullità del negozio giuridico-

Gli elementi soggettivi riguardano invece in via generale la corretta *formazione* della volontà.

La anormalità che riguarda l'elemento soggettivo del negozio giuridico coincide con i vizi relativi alla formazione della volontà dell'autore della dichiarazione.

La anormalità dell'elemento soggettivo ricorre nelle fattispecie di seguito riportate.

1. **errore** (artt. 1427-1433, art. 122, art. 483, artt. 624-625, art. 787 cod.civ.);
3. **violenza** (artt. 1434-1438, art. 122, art. 265, art. 482, art. 526, art. 761, art. 624 cod.civ.);

I. **dolo** (artt. 1439-1440, art. 482, art. 761, art. 526, art. 624).

3. La anormalità in diritto amministrativo

La anormalità nel diritto amministrativo ricorre nei casi in cui l'atto amministrativo risulta essere difforme dal paradigma legale.

Preliminare e' dunque la individuazione delle disposizioni che sanzionano i vizi del provvedimento amministrativo:

3. art. 21 *septies* l.n. 241/90: "*e' **nullo** il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge*".

(a) art. 21 *octies* l.n. 241/90, secondo cui "*1. **È annullabile** il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza. 2. **Non è annullabile** il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il*

contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato". Particolarmente interessante e' il secondo comma della disposizione citata, in quanto, come si avrà modo di approfondire, se si accoglie la tesi sostanziale non ci si trova al cospetto di una ipotesi di anormalità, mentre se si abbraccia la tesi processuale il provvedimento amministrativo può qualificarsi come anormale (v.*amplius* par. 3.2.4).

Per quanto concerne la categoria della **inesistenza**, sebbene difetti sul punto una espressa previsione di legge, essa e' oggigiorno pacificamente ammessa dalla dottrina e coincide con quei vizi talmente abnormi da non poter ritenere configurato sul piano naturalistico prima che giuridico un atto amministrativo. La inesistenza rappresenta la più grave forma di anormalità, talmente abnorme da comportare la estromissione dell'attore amministrativo dal mondo giuridico.

I concetti esposti possono essere così raffigurati da un punto di vista grafico[1]:

A) l'atto amministrativo legittimo (presunzione di legittimità)

PREMESSA MINORE (fatto)	PREMESSA MAGGIORE (norma)	CONCLUSIONE (effetto)
Atto amministrativo	Norme che lo disciplinano	Costituzione del rapporto giuridico

B) Atto amministrativo anormale

PREMESSA MINORE (fatto)	PREMESSA MAGGIORE (norma)	CONCLUSIONE (effetto)
Vizi dell'atto	Norme che prescrivono condizioni di validità	Nullità o annullamento dell'atto e conseguente eliminazione del rapporto.

[1] F.Bellomo, *Manuale di diritto amministrativo,* Vol. II CEDAM, pag. 327.

Questo schema biascio può essere unificato.

PREMESSA MINORE (fatto)	PREMESSA MAGGIORE (norma)	CONCLUSIONE (effetto)
Atto amministrativo viziato	Norme che disciplinano la fattispecie dell'atto	Atto anormale

Una analisi compiuta della categoria della anormalità non può prescindere dalla distinzione tra le varie tipologie di forme che può assumere l'esercizio della attività autoritativa, sicché la anormalità può riguardare (art. 7 Codice Processo Amministrativo):

- i provvedimenti;

1. gli accordi;
3. i comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio del potere;

(a) i comportamenti non riconducibili nemmeno mediatamente all'esercizio del potere.

4. La anormalità in diritto civile e amministrativo

Il punto di contatto tra la anormalità in diritto civile e in diritto amministrativo può essere individuato nella disciplina codicistica delle delibere assembleari delle società di capitali (inquadrabili nella categoria degli atti collegiali).

Come è stato più volte ribadito dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, la nuova disciplina dei vizi delle delibere assembleari è ispirata alla esigenza di stabilità, non solo nei rapporti tra i soci, ma anche - e soprattutto - nei rapporti con i terzi, giacchè rilevanti ed importanti decisioni delle società di capitali sono spesso destinate ad impattare sugli interessi di cui i terzi risultano essere spesso portatori (si pensi, a titolo esemplificativo, alla categoria dei risparmiatori). Per tale ragione la riforma recente introduce un criterio che potremmo definire "sovversivo" rispetto ai principi che reggono il negozio giuridico: la annullabilità "invade" il terreno della nullità, avvicinandosi alla disciplina dei vizi previsti dalla legge n. 241/90 per il provvedimento amministrativo.

Ma procediamo con ordine, principiando la disamina dalla disciplina codicistica

i) art. 2377 cod. civ.: Annullabilità delle deliberazioni.

"Le deliberazioni dell'assemblea, prese in conformità della legge e dell'atto sostitutivo, vincolano tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti.

Le deliberazioni che non sono prese in conformità della legge o dello statuto possono essere impugnate dai soci assenti, dissenzienti od astenuti, dagli amministratori, dal consiglio di sorveglianza e dal collegio sindacale.

L'impugnazione può essere proposta dai soci quando possiedono tante azioni aventi diritto di voto con riferimento alla deliberazione che rappresentino, anche congiuntamente, l'uno per mille del capitale sociale nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e il cinque per cento nelle altre; lo statuto può ridurre o escludere questo requisito. Per l'impugnazione delle deliberazioni delle assemblee speciali queste percentuali sono riferite al capitale rappresentato dalle azioni della categoria.

I soci che non rappresentano la parte di capitale indicata nel comma precedente e quelli che, in quanto privi di voto, non sono legittimati a proporre l'impugnativa hanno diritto al risarcimento del danno loro cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto.

La deliberazione non può essere annullata:

1) per la partecipazione all'assemblea di persone non legittimate, salvo che tale partecipazione sia stata determinante ai fini della regolare costituzione dell'assemblea a norma degli articoli 2368 e 2369;

2) per l'invalidità di singoli voti o per il loro errato conteggio, salvo che il voto invalido o l'errore di conteggio siano stati determinanti ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta;

3) per l'incompletezza o l'inesattezza del verbale, salvo che impediscano l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della deliberazione.

L'impugnazione o la domanda di risarcimento del danno sono proposte nel termine di novanta giorni dalla data della deliberazione, ovvero, se questa è soggetta ad iscrizione nel registro delle imprese, entro novanta giorni dall'iscrizione o, se è soggetta solo a deposito presso l'ufficio del registro delle imprese, entro novanta giorni dalla data di questo.

L'annullamento della deliberazione ha effetto rispetto a tutti i soci ed obbliga gli amministratori, il consiglio di sorveglianza e il consiglio di gestione a prendere i conseguenti provvedimenti sotto la propria responsabilità. In ogni caso sono salvi i

diritti acquistati in buona fede dai terzi in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione.
L'annullamento della deliberazione non può aver luogo, se la deliberazione impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge e dello statuto. In tal caso il giudice provvede sulle spese di lite, ponendole di norma a carico della società, e sul risarcimento dell'eventuale danno.
Restano salvi i diritti acquisiti dai terzi sulla base della deliberazione sostituita".

ii) art. 2379 cod. civ.: Nullità delle deliberazioni.
"*Nei casi di mancata convocazione dell'assemblea, di mancanza del verbale e di impossibilità o illiceità dell'oggetto la deliberazione può essere impugnata da chiunque vi abbia interesse entro tre anni dalla sua iscrizione o deposito nel registro delle imprese, se la deliberazione vi è soggetta, o dalla trascrizione nel libro delle adunanze dell'assemblea, se la deliberazione non è soggetta né a iscrizione né a deposito. Possono essere impugnate senza limiti di tempo le deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili.*
Nei casi e nei termini previsti dal precedente comma l'invalidità può essere rilevata d'ufficio dal giudice.
Ai fini di quanto previsto dal primo comma la convocazione non si considera mancante nel caso d'irregolarità dell'avviso, se questo proviene da un componente dell'organo di amministrazione o di controllo della società ed è idoneo a consentire a coloro che hanno diritto di intervenire di essere preventivamente avvertiti della convocazione e della data dell'assemblea. Il verbale non si considera mancante se contiene la data della deliberazione e il suo oggetto ed è sottoscritto dal presidente dell'assemblea, o dal presidente del consiglio d'amministrazione o del consiglio di sorveglianza e dal segretario o dal notaio.
Si applicano, in quanto compatibili, il settimo e ottavo comma dell'articolo 2377".

iii) Art. 2379bis: Sanatoria della nullità.
"*Nei casi di mancata convocazione dell'assemblea, di mancanza del verbale e di impossibilità o illiceità dell'oggetto la deliberazione può essere impugnata da chiunque vi abbia interesse entro tre anni dalla sua iscrizione o deposito nel registro delle imprese, se la deliberazione vi è soggetta, o dalla trascrizione nel libro delle adunanze dell'assemblea, se la deliberazione non è soggetta né a iscrizione né a*

deposito. Possono essere impugnate senza limiti di tempo le deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili.
Nei casi e nei termini previsti dal precedente comma l'invalidità può essere rilevata d'ufficio dal giudice.
Ai fini di quanto previsto dal primo comma la convocazione non si considera mancante nel caso d'irregolarità dell'avviso, se questo proviene da un componente dell'organo di amministrazione o di controllo della società ed è idoneo a consentire a coloro che hanno diritto di intervenire di essere preventivamente avvertiti della convocazione e della data dell'assemblea. Il verbale non si considera mancante se contiene la data della deliberazione e il suo oggetto ed è sottoscritto dal presidente dell'assemblea, o dal presidente del consiglio d'amministrazione o del consiglio di sorveglianza e dal segretario o dal notaio.
Si applicano, in quanto compatibili, il settimo e ottavo comma dell'articolo 2377".

Confrontando la disciplina normativa illustrata con le disposizioni dettate dagli articoli 1418 e seguenti emerge anzitutto che le deliberazioni contrarie alla legge sono annullabili, e non nulle come invece prevede l'art. 1418 cod.civ. e che nei casi di impossibilità o illiceità dell'oggetto la deliberazione è sì nulla, ma la legge prevede un termine di decadenza ai fini della impugnazione (differentemente da quanto sancisce l'art. 1421). Infine, l'articolo 2379bis presenta una delle ipotesi previste dalla legge - e richiamate dall'art. 1423 cod. civ. nell'inciso finale - in cui è ammessa la convalida del contratto nullo.
Se le differenze con il regime dei vizi del negozio giuridico sono alquanto marcate, esse si riducono rispetto alla disciplina della l.n. 241/90.
Vediamo da vicino i tratti salienti.

3. Art. 21septies l.n. 241/90: nullità del provvedimento.

"*È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge*".

ii) Art. 21octies l.n. 241/90: annullabilità del provvedimento.

"*1. È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.*

2. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Emergono, dunque, tratti di notevole affinità tra i vizi del provvedimento ed i vizi delle delibere assembleari, tant'è che la contrarietà alla legge viene trattata nella medesima maniera (annullabilità, anzichè nullità come prescrive l'art. 1418 cod.civ. in materia di contratto).

La analisi finora svolta dimostra che la anormalità, sebbene si presenti con differenti sfaccettature, sia una categoria generale, valida sia per il diritto a ministrati o che per il diritto civile.

Diritto Penale

Cannabis or not cannabis...
... that is the question!?

Parte I: Aurora Di Mattea
Parte II: Samantha Mendicino
Copyright: Di Mattea - Mendicino[2]

I) *La normativa sui reati in materia di stupefacenti*
II) *La Cannabis: il potenziale business insito nello sfruttamento della pianta di marijuana*

---

[2] È' vietata qualsiasi riproduzione, anche parziale, sia dell'articolo sia delle teorie dottrinali riportate, salvo che ne sia citata con precisione la fonte con il pensiero riportato in maniera fedele tra virgolette.

La normativa sui reati in materia di stupefacenti

di Aurora Di Mattea

La disciplina normativa attualmente vigente in materia di stupefacenti è frutto di una attività legislativa non statica ma dinamica che si è adeguata nel tempo al cambiamento del tessuto sociale fornendo così delle risposte sanzionatorie connesse al contesto sociale di riferimento.

La materia degli stupefacenti è stata e lo è ancora al centro di un continuo dibattito di carattere politico criminale che nel corso degli anni ha segnato delle profonde modifiche dei testi di legge di volta in volta vigenti. Il tema controverso che ha segnato la storia della normativa sugli stupefacenti nel nostro ordinamento è legato al confronto-scontro tra due opposte opzioni di politica criminale: il proibizionismo e l'antiproibizionismo. Mentre il legislatore fascista prima e della prima età repubblicana poi adottarono una linea proibizionista severa, che puniva non solo il traffico ma anche la mera detenzione ed il consumo personale, diversamente il legislatore del 1975 abbandonava lo schema del proibizionismo totale per passare ad un regime di quasi tolleranza per l'uso di sostanza di modiche quantità.

Ma il passaggio al nuovo modello normativo non ha sortito gli effetti sperati, anzi rendendo ancora più labile il confine tra la liceità della condotta per uso personale e l'illiceità della detenzione ai fini di spaccio. La dottrina ha sempre ribadito che il legislatore pur seguendo delle opzioni normative differenti tra di loro, si è mosso costantemente verso un'opzione di politica criminale proibizionista, informata al principio generale di impedire la circolazione e la diffusione delle sostanze. Così si è passati dalla legge del 1954 che puniva qualunque condotta posta in relazione con le sostanze stupefacenti, ivi inclusa la detenzione non autorizzata pur se destinata a consumo personale, alla legge del 1975, che fortemente impregnata di un sentire sociale più aperto al consumo personale ha riconosciuto la non punibilità dell'acquisto e della detenzione di sostanze stupefacenti e psicotrope se finalizzate all'uso personale, a condizione che si trattasse di modiche quantità. A distanza di circa un ventennio era cambiata la visuale di osservazione e privilegiato un approccio di reinserimento e di recupero del tossicodipendente. In particolare la tossicodipendenza iniziava ad assumere le caratteristiche di quella che oggi viene comunemente indicata come piaga sociale ed il consumatore veniva qualificato come un soggetto disadattato che sperimentava sul proprio corpo il male di vivere.

Le traiettorie tracciate dal legislatore del 75 erano rappresentate da un lato dalla irrilevanza penale della condotta di consumo e dall'altro dall'introduzione di forme di prevenzione e recupero, con possibilità di ricorrere al trattamento sanitario assistenziale obbligatorio. Va però rimarcato che al di fuori del consumo personale il legislatore introduce per la prima volta la figura criminis dell'associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope, che acquisiva quella specialità che la differenziava dal reato associativo di cui all'art. 416 c.p.

Ma tale riforma anziché contenere il rapido diffondersi dell'uso di droghe ebbe l'effetto contrario, provocando un rapido aumento del consumo di sostanze. In controtendenza rispetto al precedente testo legislativo la l. 162/90 ha raccolto le istanze repressive di politica criminale, che pur escludendo la rilevanza penale del consumo personale non ne ha riconosciuto il carattere lecito, introducendo un trattamento sanzionatorio di carattere amministrativo, finalizzato a dissuadere i consumatori abituali ed occasionali dal reiterare l'esperienza della dipendenza. In particolare era stato introdotto un particolare sistema di coercizione che favoriva un programma terapeutico e di trattamento socio-riabilitativo, alternativo alla applicazione di sanzioni, con un procedimento a doppio binario, di competenza del Prefetto e dell'Autorità Giudiziaria.

In particolare era punita l'importazione, l'acquisto e la detenzione per uso personale di sostanze stupefacenti aventi un quantitativo non superiore alla dose media giornaliera. Si è passati dal generico riferimento alla modica quantità alla dose media giornaliera, individuata in relazione al tipo di sostanze, con il d.m. che prevedeva un quantitativo differente in rapporto allo stupefacente. Tale intervento ebbe vita breve, in quanto successivamente stravolto dagli esiti referendari del 1993, che hanno determinato l'abrogazione dell'art. 75 e dell'art. 78 lett. b) e c).

Il referendum abrogativo elimina il concetto giuridico di dose media giornaliera e le sanzioni amministrative comminate dall'Autorità Giudiziaria. Tale modifica finì per generare incertezza sulla rilevanza penale della detenzione e segnatamente sulla individuazione dei caratteri distintivi della destinazione a terzi della sostanza. Con il referendum abrogativo la normativa balzava indietro nel tempo, riprendendo il tenore letterale proprio della legislazione del 75, che aveva affidato alla discrezionalità sapiente del giudice il delicato compito di definire il concetto di modica quantità. Più nel dettaglio, a segnare la linea di confine tra le condotte penalmente rilevanti e gli illeciti amministrativi era il generico criterio della finalità di

uso personale. Ne deriva che la comminazione della sanzione penale si estendeva ad ogni attività posta in essere in relazione agli stupefacenti che avesse come fruitori ultimi terzi soggetti.

Informata ad un'opzione politica marcatamente repressiva, la legge 21/02/2006 n. 49 ha inasprito il trattamento sanzionatorio penale, aggravato il sistema sanzionatorio amministrativo di cui all'art. 75 ed infine con riguardo al consumo personale ha inserito un criterio di determinazione della soglia quantitativa singola a cui ancorare la destinazione ex se. Nondimeno è stato introdotto un trattamento di favore per chi intende sottoporsi ad un programma di recupero. È infatti consentito al tossicodipendente, qualora non possa beneficiare della sospensione condizionale della pena, di accedere alla sanzione di lavoro di pubblica utilità. Degna di nota è la disciplina dell'affidamento in prova come prevista dall'art. 94, che ammette la misura alternativa alla detenzione di cui all'art. 47 ter dell'ordinamento penitenziario con alcune peculiarità. Esaurito l'excursus storico della disciplina, al fine di comprendere in maniera esaustiva le sfumature esegetiche ed i profili dogmatici più controversi, è opportuno procedere nella trattazione delle questioni giuridiche che il testo normativo nelle sue continue evoluzioni ha sollevato e sottoposto alla dottrina quanto alla giurisprudenza. Le diverse modifiche e la peculiarità della materia hanno reso la disciplina de qua una lente d'ingrandimento dei profili dogmatici più controversi di alcuni principi di diritto penale generale. Primo aspetto, a cui un attento esegeta non può sottrarsi è costituito dal principio di legalità ed in particolare della legittimità dei modelli di norma penale in bianco.

Il rinvio alle fonti sub legislative.

In campo farmacologico non esiste una definizione univoca della nozione di stupefacente, e di sostanza psicotrope.

Il termine "stupefacente" fa il primo ingresso in un testo normativo con la 1923 n. 396, che in ossequio alla Convenzione internazionale del 1912, prevede un elenco delle sostanze, quali la morfina, la cocaina, che producono un effetto drogante, così ponendo un distinguo rispetto alle sostanze velenose. Ma al di là di tale iniziale differenziazione la nozione di stupefacente sfugge ad una precisa definizione in sede scientifica, e nell'incertezza della sua area semantica, il legislatore ha preferito fare rinvio all'elenco tabellare redatto con decreto ministeriale, collaudando un criterio quello della norma penale in bianco, che trovava - ed ancora oggi lo trova - apprezzamento della giurisprudenza di legittimità. La Corte Costituzionale

[3]interpellata sulla legittimità costituzionale dell'integrazione del precetto penale con l'elenco tabellare predisposto con decreto ministeriale, ha ribadito che il principio di riserva di legge è pienamente osservato nella misura in cui il rinvio all'elenco tabellare ha la funzione di definire e specificare il contenuto del precetto penale, che trova la sua enunciazione completa nella legge. Ed invero a sostegno di tale assunto viene rimarcato che sia la condotta quanto l'oggetto materiale è definito dalla legge, essendo il rinvio alla fonte sub legislativa giustificato dall'esigenza di adeguare la fattispecie ai continui aggiornamenti provenienti dal mondo scientifico ed internazionale. La produzione e la preparazione di sostanza di natura sintetica "designer drugs" rende necessario un continuo aggiornamento degli elenchi predisposti[4]. Non solo Nel 75' ma anche successivamente nel d.p.r. del 1990 viene adottato il meccanismo del rinvio alle tabelle ministeriali. L'art. 14 del d.p.r. ante riforma 2006 prevedeva i criteri per la formazione di sei tabelle da approvarsi con decreto del Ministero della Sanità, di concerto con il Ministero della Giustizia, sentito l'Istituto Superiore della Sanità ed il Consiglio Superiore di Sanità. Le sei tabelle individuavano le seguenti categorie: droghe pesanti, droghe leggere, sostanze di tipo barbiturico, sostanze di impiego terapeutico, con effetto collaterale di dipendenza, i preparati chimici che pur contenendo in parte le sostanze indicate non provocano effetto di abuso, i prodotti farmacologici antidepressivi, ansiolitici, con rischio di abuso e di dipendenza. Con l'avvento della legge 21/2006, le tabelle sono adottate con decreto del Ministero della Sanità, sentito il Consiglio Superiore di Sanità e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento nazionale per le politiche anti-droga. Le sei tabelle sopraindicate sono state rimosse e si è operata una distinzione tra sostanze stupefacenti non aventi effetti terapeutici e quelle aventi proprietà curative, che possono essere prescritte dal medico curante, e che possono provocare forme di dipendenza fisica o psichica. Viene abbandonata la vecchia distinzione tra droghe pesanti e droghe leggere, con un inevitabile ricaduta in termini sanzionatori e di disciplina penale. In particolare il trattamento sanzionatorio e con esso la differenzazione della fattispecie penale, prima diversificata in relazione al tipo di sostanza se droghe leggere o pesanti viene ricondotto ad un'unica figura criminis. Il legislatore del 2006 aderisce ai più recenti

[3] Corte Costituzionale n. 36 /1964

[4] Corte Costituzionale n. 9/1972

arresti della scienza tossicologica, che mette al bando le conclusioni scientifiche del passato che ritenevano di minore intensità l'induzione fisica in alcune sostanze rispetto ad altre. Diversamente il principio attivo presente in alcune droghe come la cannabis indica, un tempo qualificata leggera, è in quantità superiore rispetto a quello presente nella stessa sostanza stupefacente diffusa negli anni '80. Ne segue che tutte le sostanze che non vengono prescritte per fini terapeutici sono comprese in un'unica tabella. La classificazione adottata non ha risparmiato l'intervento della giurisprudenza di legittimità chiamata spesso a definire i confini della norma penale in bianco e quindi a precisare la illiceità delle condotte aventi come oggetto materiale piante non inserite nell'apposita tabella, ma dalle quali è estraibile un principio attivo comunque individuato. Su tale aspetto, in ossequio ad una nozione legale di stupefacente aderente al dato letterale, un orientamento giurisprudenziale ha escluso la natura illecita della condotta. Tale problema è stato sollevato con la pianta di chata edulis, il cui principio attivo estraibile la catina era nella precedente legge compreso nella tabella, mentre la pianta non era stata inserita[5]. Pertanto il mancato inserimento della pianta, non è superabile con la mera previsione del principio attivo nella tabella, essendo diversamente per la cocaina indicato e il principio attivo e la pianta in sé. Nell'elenco predisposto dal Ministero della Sanità ed attualmente vigente, in seno alla tabella I, al punto 7 viene fatto espresso rinvio alle piante i cui principi attivi possono provocare gravi allucinazioni e distorsioni sensoriali. A seguito delle recenti modifiche apportate, la chata edulis acquisisce oggi la natura di sostanza stupefacente, mettendo fine ad un dibattito che con riguardo alla sostanza della chata edulis è pienamente superato, ma non lo è con riferimento ad altre sostanze, come la rosa hawaiana o la sostanza "6 monacetilmorfina. In particolare la nozione legale di stupefacente, pur essendo la base di partenza per l'interprete e per l'operatore di diritto conduce a risultati non univoci. L'intensificarsi della diffusione di sostanze derivanti dall'estrazione di nuove piante e la produzione di preparati sempre più sofisticati ha spesso messo in luce il delicato rapporto tra il precetto definito dalla norma primaria e la mera specificazione tecnica, individuata dal decreto ministeriale. Anche a seguito della riforma legislativa del 2006 l'inserimento anche del generico rinvio alle piante indicate al punto 7 della tabella I non ha avuto il pregio di definire la nozione

[5] Cass. pen. Sez. IV, 23/06/2003, n. 34072.

stupefacente nelle sue diverse sfaccettature e soprattutto nelle diverse preparazioni. Si tratta in particolare della c.d Rosa Hawaiana, (*Ipnea violacea limneus* o *Argyreia Nervosa* o *Baby Hawaian Wood Rose*) che contiene il principio attivo dell'Amide dell'Acido Lisergico (LSA).

Né i semi né la pianta è indicata nella tabella, e pertanto qualsivoglia condotta avente ad oggetto siffatta sostanza non rientra nell'alveo del penalmente rilevante[6].

Oggetto di un importante dibattito è invece la cd monoacetilmorfina n.6, sostanza non presente in natura ma che si ottiene dal procedimento di acetilazione che porta alla trasformazione della morfina in eroina. La moacetilmorfina è quindi una sostanza che si forma nel processo di trasformazione della morfina in eroina. La sostanza non è tuttavia indicata nella tabella, diversamente dalla morfina e dall'eroina, che sono inserite, e la mancata previsione di quest'ultima ha sollevato un interrogativo sull'implicita e dedotta sussumibilità della stessa nell'elenco approvato. Invero se il prodotto finale dell'acetilazione ossia l'eroina è prevista nel sistema tabellare, a rigore di logica non dovrebbe escludersi la natura drogante del prodotto intermedio di questo processo chimica[7]. Invero la giurisprudenza di legittimità ha fornito entrambe le soluzioni sul medesimo principio, riconoscendone ora la sua natura di stupefacente, ora negandola per mancato inserimento nell'elenco[8]. L'adesione ora all'una o all'altra conclusione in questa ipotesi assume un effetto insolito, considerato che ad esprimersi in siffatta maniera è sempre la sez. III, avente tra i componenti lo stesso Presidente e lo stesso Procuratore Generale. Nonostante la particolarità del caso, la giurisprudenza di legittimità ha inteso superare questo spiacevole *empasse*, ricomprendendo la sostanza 6 Monoacetilmorfina in seno all'elenco[9], e sulla scorta del seguente ragionamento: premesso che la nozione di stupefacente è di natura legale e che pertanto al fine di riconoscere la rilevanza penale di una condotta occorre fare riferimento alle sostanza tabellate nel decreto ministeriale, ed in questa operazione di

[6] Cass. pen. Sez I, 16/02/2007 Rv 236600.

[7] Cass. Pen. III Sez. sent. 13 gennaio- 1 marzo 2011 n. 7965- Pres. FERRUA- rel Lombardi- PM (conforme) De Santis- ric. Figliolia

[8] Cass. Pen. III Sez., Sent. 13 gennaio- 1 marzo 2011 n.7974- Pres. FERRUA- rel. Petti- PM (conforme) De Santis- Ric. Ndreu più altri

[9] Cass. pen. Sez IV, Sent, 11/04/2011 n.14331.

sovrapposizione tra la definizione indicata e la sostanza in esame occorre fare uso dei criteri per individuare la natura drogante. In particolare ai sensi dell'art. 14 d.p.r. 90 in seno al numero 1 è indicato l'oppio, nonché le sostanze oppiacee, estraibili dal papavero sonnifero, nonché quelle ottenute per trasformazione chimica delle prime, e quelle ottenibili per sintesi e per trasformazione chimica da quelle oppiacee. Ne consegue che alla luce del criterio di individuazione ampio nella sua definizione va ricompreso non solo la morfina che è un alcaloide dell'oppio, ma quella che è un suo derivato: la monoacetilmorfina.

Se si evidenzia la presenza nella tabella del principio attivo originario, da cui deriva a sua volta la sostanza oggetto materiale della condotta, si supera lo scoglio della nozione legale e con esso la rilevanza penale. Diversamente nell'ipotesi in cui si accoglie una nozione statica della sostanza oggetto materiale, senza richiamare il principio attivo da cui discende e quindi l'inserimento di quest'ultimo nella tabella, si rigetta la rilevanza penale della condotta e di seguito la sua liceità, in quanto ha ad oggetto una sostanza non ricadente nella tabella ministeriale. La linea di orizzonte applicativo del decreto ministeriale si allarga o si restringe in relazione alla nozione che viene accolta, con un effetto fisarmonica che produce un alone di incertezza sui confini applicativi del d.p.r., sollevando dei dubbi di costituzionalità in relazione al principio di riserva di legge. Un'interpretazione sistematica che fonda la esaustività del precetto penale e l'accessorietà del norma secondaria su una lettura complessiva del d.p.r., che tenga in considerazione i parametri di riferimento indicati per la stesura dell'elenco ministeriale, è un punto di forza che allontana i dubbi di incostituzionalità della disciplina e restituisce all'esegeta quanto all'operatore del diritto una lettura interpretativa priva di illogicità e di frizioni ermeneutiche.

Il restyling strutturale che il d.p.r. ha subito per effetto delle modifiche del 2006 non è rappresentato solo dal superamento della distinzione tra droghe pesanti e leggere ma anche nella scissione delle condotte delittuose prima ricomprese nel comma 1 dell'art. 73, in due distinti commi: 1 e 1 bis. Invero, con riferimento alla predetta distinzione tra sostanze pesanti e leggere, vi è da precisare che il superamento della differenzazione ha per un verso accorpato in un unico articolo una serie di condotte delittuose, un tempo differenziate in relazione al tipo di sostanza stupefacente, oggetto della condotta contestata, con un conseguente differente trattamento sanzionatorio. In particolare i primi tre commi dell'art. 73 prevedevano dei reati aventi ad oggetto le sostanza elencate nella tabella I e III, di cui all'art. 14,

diversamente gli altri tre commi prevedevano le medesime condotte, ma aventi ad oggetto le sostanze indicate nelle tabelle II e IV, di cui all'art. 14. Pertanto, ogniqualvolta in capo alla medesima persona erano riconducibili condotte delittuose aventi oggetto droghe pesanti ora aventi ad oggetto droghe leggere, venivano contestate due differenti fattispecie, la cui pena veniva calmierata dall'applicazione della disciplina del reato continuato. Sul piano della successione delle leggi nel tempo, si tratta di una modifica che interviene sulla pena, prevedendo una pena minima di 6 anni, più tenue rispetto a quella un tempo previsto per le condotte aventi ad oggetto le droghe pesanti, mentre la pena massima è di gran lunga superiore rispetto a quella un tempo prevista per le droghe leggere.

Il superamento di tale distinzione è frutto di convincimento maturato già in sede dottrinaria che alla natura della sostanza non corrisponde una potenzialità offensiva graduata della condotta. La giurisprudenza di legittimità, già in un momento ante riforma ha ribadito che il bene giuridico tutelato è rappresentato dalla salute pubblica, la sicurezza e l'ordine pubblico[10]. Pertanto si rivelerebbe palesemente contraria ai principi di uguaglianza e ragionevolezza una risposta sanzionatoria diversificata in relazione alla natura della sostanza stupefacente che avrebbe l'ingiustificato di punire più gravemente chi compie condotte delittuose con un oggetto materiale formato da sostanze appartenenti alle due categorie(pesanti, leggere), ed in modo più tenue se hanno come oggetto la stessa sostanza.

Ritornando alla lettura dell'art. 73 come novellato dal legislatore del 2006, il comma 1 e 4 sanzionano con pene differenti le medesime condotte delittuose, ma aventi ad oggetto, l'una le sostanze indicata nella tabella I prevista dall'art. 14, l'altra le sostanze indicate nella tabella II di cui all'art. 14. Il legislatore ha previsto in seno ad entrambi i commi 17 condotte diverse: la coltivazione, la produzione, fabbricazione, cessione, distribuzione, offerta, messa in vendita, commercializzazione, trasporto, il procurare ad altri, spedizione e consegna. Si tratta di un reato a condotte alternative, per la cui consumazione è sufficiente che venga integrata anche una delle azioni criminose indicate. Diversamente la realizzazione di più fattispecie non intacca l'unicità del reato, che pur formato da più condotte rimane una fattispecie

[10] Neri, *La produzione e il traffico di sostanze stupefacenti,* in Bricola, Zagrebelsky, Utet, 1998.

delittuosa unitaria. Ed invero, come la dottrina si è affrettata a precisare, il reato di cui al comma 1, pur derivante dalla realizzazione di più azioni delittuose tra quelle indicate, non perde l'intrinseca unicità strutturale, se aventi ad oggetto la medesima sostanza indicata all'interno della tabella e se sono commesse contestualmente. L'art. 73 è stato definito come una norma penale mista, che contiene diverse previsioni criminose anziché una previsione criminosa unica. Le norme penali miste si articolano in disposizioni a più norme, che prevedono tante norme quante le fattispecie, e in norme a più fattispecie che prevedono ipotesi criminose equivalenti, in rapporto alter natività formale. In quest'ultimo caso il reato rimane unico, anche se la condotta è plurima e raggruppa diverse azioni criminose descritte, se commesse contestualmente, e sviluppatesi nello stesso contesto fattuale. Ne segue che la fattispecie di reato di cui al comma 1 ed al comma 4 non sfugge all'inquadramento del concorso formale o del reato continuato, ogniqualvolta, le diverse condotte elencate non obbediscono ad unico fine, maturano e si consumano al di fuori del medesimo contesto temporale e sono frutto di azioni distinte. L'assorbimento delle fattispecie indicate in una sola figura criminis, richiede una identità soggettiva, oggettiva e cronologica, ma che spesso non[11] è facilmente rintracciabile sul piano concreto.

La valutazione un termini di unicità della fattispecie o meno non va esaminata solo in seno al comma 1 ma anche con riferimento al comma 1 bis. Introdotto dal legislatore del 2006, che - nel tentativo di individuare quelle fattispecie delittuose, per loro natura particolarmente indicative non solo di una attività finalizzata al commercio ma anche al consumo personale - ha scorporato dalla previsione di cui al comma 1 le ipotesi di importazione esportazione acquisto ricezione, il comma 1 bis ha segnato profondamente l'assetto strutturale del'art. 73 e quindi delle fattispecie delittuose che ruotano attorno all'uso, al consumo ed alla circolazione della sostanza stupefacente. Propedeutica alla trattazione dei punti oggetto di dibattito dottrinario è la lettura della disposizione. Essa prevede alla lett. a) l'assoggettamento al trattamento sanzionatorio di cui al comma 1 del medesimo articolo per chiunque, senza autorizzazione, importa esporta acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque illecitamente detiene le sostanze stupefacenti o psicotrope che per quantità, se superiori a quelle indicate dal decreto del Ministero

[11] Cass. pen. Sez. VI, 18/07/1995, N.07949

della Salute, ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al peso complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero ad altre circostanze dell'azione, appaiono destinate ad uso non esclusivamente personale. Mentre alla lett. b) punisce la condotta sopraindicata, con una pena diminuita da un terzo alla metà, se ha ad oggetto i medicinali contenenti sostanze stupefacenti, psicotrope elencate nella tabella II, che eccedono il quantitativo prescritto. Accanto alla distinzione operata dal legislatore tra lettera a e b con riguardo alle sostanze oggetto delle condotte, è da aggiungere la diversità strutturale delle due fattispecie, che pur avendo come comune denominatore la condotta delittuosa, divergono nell'individuazione dei criteri indicativi della rilevanza penale della fattispecie. La lett. b) segna la linea di confine tra il lecito e l'illecito nell'eccedenza del quantitativo oggetto della condotta, se superiore a quello prescritto. Diversamente la lett. a) definisce la rilevanza penale della condotta, se sulla base dei criteri indicati si evince una destinazione ad uso non esclusivamente personale. Orbene, *prima facie* il disposto normativo di cui all'art. 73 comma 1 bis lett. a), nella parte in cui individua la rilevanza penale se il quantitativo importato esportato, acquistato, ricevuto o detenuto sia superiore ai limiti massimi segnalati dal Ministero, si presta a facili censure, dovendosi ritenere il mero rinvio ad un decreto interministeriale una palese violazione del principio di riserva di legge. Il deferimento ad una fonte secondaria non contrasta con il principio di legalità e con il suo derivato concettuale, la riserva di legge, se il legislatore nel precetto penale ha indicato "*con sufficiente specificazione i caratteri, i presupposti, il contenuto ed i limiti"* del provvedimento. In ossequio a tale assunto, la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto la legittimità di due modelli di integrazione, il primo che rimette alla fonte secondaria una funzione di specificazione tecnica, il secondo che attribuisce al precetto penale una funzione sanzionatoria del provvedimento amministrativo. Trovandoci dinanzi al primo modello di integrazione, la disposizione in esame non è immune da dubbi di costituzionalità. Premessa logica di tale conclusione è la qualificazione del quantitativo come elemento costitutivo della fattispecie. Diverso è il traguardo ermeneutico a cui approda un diverso indirizzo, che non riconoscendo nel limite quantitativo un elemento costitutivo, ma solo un mero indizio a cui ancorare il giudizio sulla destinazione a terzi o meno, recupera la legittimità del precetto e la sua rispondenza ai canoni costituzionali di riserva di legge. Sulla natura essenziale assunta dal criterio quantitativo, la Corte Costituzionale si era già

espressa[12], affermando che la riserva di legge trova la sua enunciazione completa nel precetto penale e nella previsione del criterio quantitativo della dose media singola quale punto di confine tra l'illecito amministrativo ed illecito penale.

Al fine di dissipare ogni dubbio, è stato operato un confronto con la disposizione normativa di cui all'art. 75 ante-referendum, che prevedeva l'illecito amministrativo per chiunque avesse fatto uso di sostanze in dose non superiore a quella media giornaliera, individuati sulla base dei criteri di cui all'art. 78 d.p.r.. Orbene in questa ipotesi, la determinazione dei parametri che definiscono la dose media giornaliera rientra tra gli elementi costitutivi della fattispecie. Con il decreto del Ministro della Salute 2006, viene stabilito il quantitativo di principio attivo che definisce come quantità massima detenibile la dose media singola.

Quest'ultima va intesa come la quantità di principio attivo per singola assunzione idonea a produrre un effetto stupefacente o psicotropo. Tale parametro è differente dal precedente criterio della dose media giornaliera, che viene determinato sulla scorta del quantitativo di sostanza abitualmente assunta da un consumatore. Come la giurisprudenza di legittimità ha precisato, l'effetto drogante è rilasciato da una quantità certamente minore rispetto a quella computata per il fabbisogno personale che l'assuntore abituale ha esigenza di soddisfare[13]. Ma il criterio della dose media giornaliera fungeva da linea di confine ante referendum tra l'illecito penale e l'illecito amministrativo, assurgendo ad elemento costitutivo del reato. Nell'attuale disposizione il parametro ponderale non è elemento essenziale per integrare il reato.

A riprova di ciò occorre prendere le mosse dalla lettura della lett. a) dove accanto al parametro quantitativo sono indicate altresì le modalità di presentazione, le circostanze dell'azione, il peso complessivo ed il frazionamento, quali elementi che fanno apparire la condotta destinata ad uso non esclusivamente personale. L'utilizzo del verbo apparire da parte del legislatore è indicativo della natura indiziaria di siffatti elementi, che se presenti sono soggetti al libero apprezzamento. Tra l'altro il mero superamento del dato quantitativo non genera in via automatica la rilevanza penale, ma confluisce all'interno di quadro d'assieme, che osservato

[12] Corte Cost. 1991, n. 333.

[13] Cass. pen. Sez. Un. 20/12/2007, n. 47472.

insieme agli altri profili può offrire una lettura contrapposta. Già in sede di merito[14] la giurisprudenza ha preso piena coscienza della valenza indiziaria di tali parametri, fugando ogni perplessità sulla coerenza del dettame normativo con i canoni di offensività e di determinatezza, ravvisando negli elementi descrittivi una tipizzazione dei principali elementi indiziari, già da tempo adottati dalla giurisprudenza per accertare la destinazione ad uso personale o meno della condotta. Tale indirizzo bandisce le opposte soluzioni interpretative in virtù delle quali il parametro quantitativo assurge ad elemento essenziale della fattispecie rispetto agli altri criteri elencati. A screditare tale conclusione è il dato letterale che pone il dato quantitativo sullo stesso piano ed ordine degli altri elementi indicati, ed il confronto tra tale dettame e quello inizialmente elaborato nel disegno di legge, in cui il dato ponderale acquisiva rilevanza per la determinazione della fattispecie penale[15]. Veniva operata una netta distinzione tra quest'ultimo e gli altri criteri elencati, a cui si riferiva il verbo "appaiono destinati". Il testo finale non presenta siffatta distinzione, ma il verbo indicato è riferito anche al dato ponderale. Quest'ultima locuzione verbale, per quanto metta al riparo il limite quantitativo da una lettura forzata, facendolo assurgere ad elemento costitutivo, tuttavia non è immune da censure e riserve interpretative, diventa il pomo della discordia in seno al dibattito ed al confronto giurisprudenziale. Sul piano strettamente semantico, *prima facie* il verbo viene inteso come attività che "si mostrano destinate"o si "manifestano destinate", ma la trasposizione di tale accezione sul tessuto letterale della norma avrebbe l'indesiderato effetto di incriminare una mera situazione obiettiva di apparenza, al di là di una reale e concreta destinazione a terzi della sostanza, con un sacrificio dei principi di offensività e di determinatezza. Diversamente se si accoglie l'alternativa sfumatura semantica di apparire destinate come "sono manifeste" o "evidenti", si recupera una chiave di lettura non solo uniforme alla *ratio legis* ma anche ai principi dell'ordinamento giuridico[16]. Il verbo, sostiene una parte della dottrina, sarebbe rafforzativo dell'elemento soggettivo, e quindi della finalistica direzione dell'attività ai fini di spaccio.

---

[14] Trib. Napoli, G.U.P. 29/11/2006.

[15] Manes, *Commento all'art. 4 bis d.l.20 dicembre 2005 n. 272*, in *Leg. Pen.* 2007, P.335.

[16] RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga: una legge "stupefacente" in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p.224.

Su un altro versante interpretativo, i sospetti dubbi di costituzionalità offerti da una infelice locuzione verbale hanno rafforzato il convincimento già esposto della natura indiziaria dei parametri indicati[17]. In altri termini, se da un lato come sopra argomentato il verbo utilizzato è sintomatico di un carattere indiziario degli indici indicati e pertanto tutti i parametri sono soggetti al libero apprezzamento del giudice così giustificando la genericità del verbo adottato, dall'altro le incoerenze concettuali, di cui è portatore sano, condurrebbero altra dottrina a sottolineare la qualifica degli stessi elementi come meri criteri di riferimento nella ricerca della prova. Il risultato sembra lo stesso, come nella proprietà commutativa, dove cambiando l'ordine degli addendi il risultato non cambia. Ma in questo caso, rectius in seno a quest'ottica interpretativa, gli indici di riferimento elencati, riconosciuta pacifica la loro valenza indiziaria e l'identità di natura nella disposizione normativa, diventano una presunzione relativa iuris tantum della destinazione della sostanza per uso non esclusivamente personale, vincibile con elementi di prova contraria a sostegno dell'uso personale[18]. si giustifica la povertà semantica del verbo con la qualificazione degli elementi indicati come mere presunzioni relative. Ma un'allegazione difensiva volta a contrastare i dati probatori sintomatici di una presunzione iuris tantum in realtà comporterebbe un'inversione dell'onere della prova, e questo basterebbe a censurare la legittimità di una presunzione relativa iuris tantum. Al di là di tale considerazione, gli indici di riferimento, escluso il dato quantitativo, non presentano i caratteri di un presunzione, sono generici e si prestano a letture alternative non potendo fornire una lettura univoca, che escluda aprioristicamente l'ipotesi opposta. Non ci si trova dinanzi ad un in-out, ad una secca opzione sussistente-insussistente, ma a meri parametri inidonei a fondare una presunzione sulla destinazione della sostanza. Né tantomeno si può ritornare al discorso d'origine, ritenendo il livello tabellare, unico elemento presuntivo, rispetto agli altri indici di riferimento. Si tornerebbe per assurdo a ripercorrere gli stessi passaggi inferenziali che hanno portato a negarne la diversa valenza. Pertanto si conclude sottolineando, che tali elementi non presuntivi, sono suggerimenti che il legislatore ha inteso fornire al giudice di merito per addivenire alla individuazione di

---

[17] Amato, *La modifica al parametro della quantità non genera automatismi di giudizio,* in *GDir.,* 2006.

[18] Saraceno, *La decisione sul fatto incerto,* Padova, 1940, p.261-.

un'attività di spaccio, indizi da cui il giudice può fare scaturire una mera presunzione di fatto.

Il consumo di gruppo alla luce del nuovo dettato normativo.

Una delle questioni più controverse, continuamente esposta alle oscillazioni giurisprudenziale, è la codetenzione per uso di gruppo. Inizialmente, l'uso di gruppo era inteso come codetenzione della sostanza correlata all'uso in forma collettiva, il cui antecedente era rappresentato dall'acquisto congiunto. L'amplificarsi del fenomeno, connesso al cambiamento del costume sociale, ha comportato un allargamento dello spettro di attività legate al consumo di gruppo, sino a ricomprendere le forme di acquisto di un solo soggetto mandatario per conto di più persone, a cui distribuire le dosi oggetto di acquisto. Il consolidarsi di alcuni abitudini all'interno di alcuni contesti sociali non ha trovato un rapido adeguamento della giurisprudenza di legittimità, che ante referendum non si piegava alle diverse modalità di manifestazione del consumo collettivo, facendo leva sul principio che l'acquisto di un quantitativo su incarico di terzi non esclude il concorso a titolo di cessione, al di là della quota ideale di sostanza di cui ciascun assuntore sarebbe proprietario all'interno del gruppo[19]. L'acquisto su incarico degli altri componenti fa sorgere un vincolo solidale, per cui ciascuno agisce non solo nell'interesse personale ma anche altrui, instaurandosi una sorta gestione societaria di fatto, che fa scattare la rilevanza penale. Diversa è la prospettiva privilegiata da un orientamento di matrice liberale, che facendo leva sull'incarico ricevuto dal singolo soggetto per l'acquisto di varie dosi nell'interesse di un gruppo di persone, ha definito il trasferimento della dose ad ogni singole destinatario, non già come attività di cessione, di per sé penalmente rilevante, ma mera consegna di quella dose di cui era proprietario il beneficiario sin da quando ha incaricato il singolo dell'acquisto[20]. Tale assunto ha trovato accoglimento con la sentenza a Sezioni Unite, pronunciata nel 1997, che ha ancorato il consumo di gruppo alla categoria degli illeciti amministrativi, trattandosi di una diversa forma di detenzione ad uso personale[21]. Al fine di addivenire alla qualificazione del trasferimento della sostanza come mero

[19] Cass. pen. Sez. I, 6/11/1995.

[20] Cass. pen. Sez. VI, 19/12/1996.

[21] Cass. pen. Sez. Un. 28/05/1997.

passaggio di quanto ciascuno beneficiario è proprietario sin dal momento del conferimento dell'incarico occorre la prova dell'omogeneità teleologica e della volontà di procurarsi la sostanza per consumo personale. Non solo la posizione di chi acquista per conto di altri simile alla figura civilistica del mandatario con rappresentanza, per cui gli effetti dell'atto dispositivo si producono immediatamente in capo al mandatario. Alla luce delle recenti modifiche che hanno interessato l'art. 73 e l'art. 75, il consumo di gruppo è stato senza soluzione di continuità da una parte della dottrina ancorato alla detenzione per uso personale, facendo rinvio al ricco bagaglio giurisprudenziale formatosi nel periodo ante riforma[22]. Sul fronte opposto, la dottrina e la giurisprudenza hanno sottolineato come il dato letterale e l'uso dell'avverbio "non esclusivamente personale" abbia reciso ogni apertura interpretativa sul consumo di gruppo, differenziando l'ipotesi di detenzione del singolo per uso individuale rispetto al passaggio connaturato al consumo collettivo. Invero ancora il contrasto non è risolto, da un lato un orientamento giurisprudenziale accoglie la soluzione più favorevole al reo, ammettendo la illiceità amministrativo del consumo collettivo di sostanza, a condizione che sia data piena prova dell'identità del gruppo, volontà di consumo anche da parte dell'incaricato, volontà dei componenti del gruppo di consumare collettivamente la dose richiesta, senza ulteriore trasferimenti della sostanza. La soluzione interpretativa più rigorosa ha recuperato e la *ratio legis* che informa la novella del 2006, tesa ad inasprire il trattamento sanzionatorio ed a reprimere ogni forma di diffusione e circolazione delle sostanze, e l'interpretazione costituzionalmente orientata, che si è consolidata con riferimento alla condotta di coltivazione di cui è riconosciuta la rilevanza penale, e quindi la sua offensività anche se l'oggetto materiale è costituito da una sola piantina. Il bene giuridico della disciplina è infatti rappresentato dal repressione di ogni forma di diffusione e quindi di ogni attività prodromica alla circolazione e alla trasmissione ai fini di spaccio. Pertanto la mera coltivazione anche di un numero limitato di piantine non è sintomatica di una attività finalizzata al mero consumo personale. Aggiunge ancora la giurisprudenza[23], che la categoria civilistica del mandato non è sovrapponibile all'acquisto per consumo collettivo, in quanto si tratta pur sempre di

[22] Piffer, *sub art. 73,* in *Comm. Marinucci Dolcini,* p. 5420.

[23] Cass. pen., Sez. III, 20.4.2011 (dep. 3.10.2011), n. 35706, Pres. Ferrua, Rel. Rosi.

un contratto nullo, e pertanto non produce effetto in questa sede. Alla luce di questi elementi si fa strada e si estende l'orientamento restrittivo, che in ragione del diverso tenore letterale dell'art. 73co1 bis lett. a) e di *intentio legis* più rigorosa, ha sradicato dall'accezione del consumo personale l'implicita ipotesi del consumo di gruppo, con ricadute di non poco conto sul piano sociale.

La configurabilità del tentativo.

Il ventaglio di condotte penalmente rilevanti previste dall'art. 73 co1,1 bis, e 4, è stato oggetto di approfondimento giurisprudenziale non solo con riguardo alle ipotesi di concorso formale o unicità del reato, ma anche con riguardo al momento consumativo. In primo luogo, al di là delle diverse caratteristiche strutturali che connotano ciascuna ipotesi delittuosa, la dottrina ha pacificamente riconosciuto che si tratti di reati a pericolo astratto, la cui struttura per sua natura non è compatibile con la forma tentata. Ma prima di formulare una valutazione complessiva e generica, è opportuno procedere ad una disamina articolata che rintracci nei tratti essenziali delle singole fattispecie gli embrioni dei delitti nella forma tentata.

La coltivazione consiste nell'attività di semina di coltivazione e di raccolta delle sostanze stupefacenti, e per la consumazione è sufficiente che il seme sia messo a dimora e abbia germogliato, senza che occorra il raggiungimento di uno stadio di crescita della pianta né il frutto[24]. Non assume alcuna rilevanza la circostanza che le pianti per ragioni climatiche o di ambientazione, non abbiano raggiunto un livello di crescita necessario per produrre l'infiorescenza e quindi la sostanza drogante. Sebbene, in linea di principio, sia stata ammessa la configurabilità del tentativo, sul piano concreto sono state sollevate delle remore condivisibili sulle punibilità della condotta nella forma tentata. Se dunque per un verso il mero possesso di semi non è un atto idoneo per integrare gli estremi del tentativo, dall'altro la messa a dimora integra già la coltivazione. Purtuttavia la dottrina non ha escluso in radice il possibile configurarsi della coltivazione nella forma del tentativo. Non è un atto preparatorio, ma costituisce un tentativo la condotta di chi oltre al mero possesso dei semi abbia procurato il terreno, i preparati fertilizzanti o predisposto una serra per la

[24] Zancani, *I delitti di produzione e traffico di sostanze stupefacenti,* in *Commento pratico sistematico al Testo Unico sugli Stupefacenti,* Riondato, a cura di, Padova, 2006.

coltivazione[25]. La coltivazione di piante è stata al centro di un delicato dibattito giurisprudenziale concernente il principio di offensività. Tale argomento è stato già oggetto di disamina in questa rivista, e pertanto esula dalla tematica di questo contributo. Proseguendo nella trattazione dello studio delle condotte delittuose e la loro configurabilità nella forma tentata, viene in rilievo la figura criminis della offerta e messa in vendita. Si tratta di due fattispecie molto simili, ma che divergono sotto due profili, la corrispettività ed il destinatario finale. Nella messa in vendita il soggetto agente, in cambio della cessione, chiede una controprestazione, solitamente in denaro, ma non è escluso che sia anche qualcos'altro. Ed ancora l'offerta in vendita è rivolta ad un numero determinato, mentre la messa in vendita è indirizzato ad un numero indeterminato di persone. Per la consumazione in entrambe le ipotesi è sufficiente la mera dichiarazione di disponibilità a procurare la sostanza in maniera seria ed affidabile. In entrambe le ipotesi non è configurabile la forma del tentativo, anzi la loro previsione ha anticipato la soglia di punibilità del reato di vendita e di cessione. La trattativa intercorsa per l'acquisto di sostanza non andato a buon fine spesso prende le forme di quelle attività di intermediazione, che oscilla tra l'ipotesi della condotta del procurare ad altri la sostanza stupefacente ed il tentativo di vendita. Si tratta di sfumature che sul piano concreto acquisiscono una peculiare forma che permette all'organo giudicante di ravvisarne gli elementi di idoneità atti a definirne la forma tentata. La figura dell'intermediario è quella di colui che intercetta la domanda di consumo e segnala al rivenditore o al cedente. Pur essendo un ibrido, la sua condotta è riconducibile anche nell'alveo dell'offerta in vendita, a titolo di concorso. In effetti si tratta di una condotta illecita, quale species della vendita e della cessione. **Di recente un intervento della giurisprudenza di legittimità[26] ha confermato che l'attività del procurare ad altri si sostanzia nel mettere in contatto il fornitore ed il cessionario, e si realizza anche nell'ipotesi in cui non si realizza alcuna cessione o vendita della sostanza, né tantomeno una reale apprensione della res, essendo integrato l'ipotesi criminosa dal mero rapporto di intermediazione intrapreso dal soggetto al fine di rendere concreto il passaggio o quantomeno la contrattazione sul passaggio. È da escludere la configurabilità del**

[25] Zancani, cit.

[26] Cass. pen. Sez. IV, 20/01/2012, n. 2394, in www.altalex.it

tentato concorso nella cessione o vendita da parte dell'intermediario, la cui attività di contatto dalle parte, indipendentemente dalla consegna, assume penale rilevanza.

Diversamente la vendita e la cessione sono della ipotesi quasi coincidenti che si differenziano per la sussistenza dell'onerosità del rapporto nel primo caso tra acquirente e venditore, mentre a titolo gratuito o di cortesia nella seconda ipotesi. In entrambe le ipotesi la consumazione avviene con la manifestazione del consenso e quindi con il raggiungimento dell'accordo, anche se una parte della dottrina ha ritenuto essenziale il passaggio della sostanza. Tale profilo non è di poco momento, considerato che con le condotte di offerta e messa in vendita si è anticipata la soglia di punibilità della fattispecie, e che la mancata consegna determina la ravvisabilità della diversa condotta di cui sopra. In ordine a tale profilo, la giurisprudenza non ha dato una soluzione univoca al caso, ma ha proposto due differenti letture ermeneutiche. Secondo l'orientamento, più fedele al dato letterale, l'accordo non seguito dalla consegna integra gli estremi dell'offerta e della messa in vendita. Altro orientamento che tende a recuperare le nozioni civilistiche di compravendita e di effetti reali del negozio di traditio, ammette la configurabilità della vendita con il mero consenso espresso tra le parti. Pertanto si è nell'ambito della vendita e non vi è ragione di declassare tale condotta in quella meno grave della vendita. Le parti hanno raggiunto un accordo sul prezzo sul quantitativo e sulle modalità di consegna, manca solo la traditio, il passaggio, ma il consenso produce effetti immediati sulla loro sfera giuridica, il negozio è perfetto nella sua costituzione, l'immissione in possesso è un evento solo formale di un negozio già produttivo di effetti. In sede dottrinaria, è stato escluso il principio consensualistico in materia di vendita, essendo l'accordo automaticamente trasposto nella figura della messa in vendita. Vi è però da precisare come già precedentemente esposto, che l'offerta o la messa in vendita si consuma con la mera dichiarazione, quindi l'accordo deborda dalla condotta e si può configurare nei termini di una vendita consumata. Pertanto seguendo questo linea interpretativa, il tentativo non è ammissibile né nella vendita né nella cessione. Stesso traguardo interpretativo si raggiunge se si esamina la condotta di acquisto. In questa ipotesi di cui all'art. 73 co 1 bis lett. a) cambia la prospettiva di osservazione, e prende in considerazione colui che riceve la sostanza, e l'acquista. L 'accordo non seguito dalla consegna, sul piano giuridico, non si confonde con le forme del tentativo, ma rimane sempre tale, considerato che si

richiamano il principio consensualistico, e l'avvenuta consegna fa sorgere a carico dell'acquirente l'ulteriore fattispecie della detenzione. Si evidenza la progressione criminosa, in cui ciascuna delle condotte previste si colloca, di talchè per ciascuna di esse è rintracciabile un antecedente ed un suo sviluppo.

Cannabis: il potenziale _business_
insito nello sfruttamento della pianta di marijuana

di Samantha Mendicino

Il riferimento normativo, D.P.R. n. 309/1990, e la Relazione Annuale sullo stato delle tossicodipendenze. La _cannabis_ medica.

L'uso terapeutico della pianta di marijuana, che trova nel THC un alleato contro malattie degenerative, risulta aumentato in modo esponenziale.
Come ogni anno in Parlamento viene presentata, ai sensi dell'art.131 del D.P.R n.309/1990, la relazione annuale, da parte del Dipartimento per le Politiche Antidroga, sullo stato delle tossicodipendenze nel nostro Paese.
Lo scopo proclamato di tale documento, che contiene sempre una gran massa di dati, è quello di monitorare le tossicodipendenze, comprendendo co tale termine anche le soggezioni psicofisiche legate all'acol, e di programmare una valida azione volta a contrastarne il diffondersi.
Ovviamente, il documento porta con sè un *vulnus* strutturale, vale a dire che tutta la gran quantità di droghe circolanti in Italia, a causa della malavita organizzata, che sfugge agli Organi di Controllo parimenti non può essere inserita nella detta Relazione. Ciò fa sì che le statistiche in essa contenute siano minate, generalmente, per difetto rispetto ai numeri esistenti nella realtà.
Ad ogni modo, il risultato della ricerca per l'anno 2012 assevera una tendenziale diminuzione del consumo di eroina ma un aumento di quello della marijuana che, ormai è comprovato, col passar del tempo acquista percentualmente sempre maggiori consensi all'interno della società.
Complici i numerosi esperimenti scientifici che dimostrano il lato vantaggioso della sostanza capace di risolvere problemi di salute come: nausea e vomito, problemi di deambulazione causati dalla sclerosi multipla, spasticità, epilessia, anoressia[27], asma

[27] E' stato osservato un effetto stimolatore dell'appetito della sostanza del THC (contenuto nella marijuana) con dosi giornaliere refratte, per un totale di 5 mg aumentabili sino a massimo 20 mg. In uno studio a lungo termine di 94 pazienti con AIDS,

e così via elencando altri seri problemi di salute sino ad arrivare addirittura al glaucoma!

E questo consenso sociale, che non riguarda solo l'Italia ma interessa l'intero mondo occidentale[28], non si limita ai ragazzi od ai giovani ma abbraccia un pò tutte le generazioni, sino a provocare l'occhiolino anche da parte degli attuali nonni.

Una recente inchiesta giornalisica del *The New York Times*[29], infatti, ha constatato che la marijuana oggi è un elemento generazionalmente unificante. Vale a dire

---

l'effetto stimolatore dell'appetito del THC è continuato per mesi: il THC, in sintesi, raddoppiava l'appetito rispetto a un placebo ed i pazienti tendenzialmente mantenevano un peso stabile. Un effetto positivo sull'appetito veniva riportato in altri 15 pazienti con malattia di Alzheimer che in precedenza rifiutavano il cibo

[28] L'utilizzo della marijuana non è mai stato un problema per l'Oriente che da sempre sfrutta ogni elemento positivo di questa pianta. Inoltre, sebbene originaria delle regioni dell'Asia Centrale la marijuana si e' diffusa, in breve tempo, in tutto il bacino mediterraneo e nelle Americhe nonchè nelle regioni piu' interne dell'Africa e nel nord-Europa. Si ritrovano prove della sua coltivazione in Cina ed in Egitto fin dal 4000 a.C. e nel Turkestan dal 3000 a.C. Ma non solo. Omero ne parla nell'Odissea e nel 500 a.C. Erodoto ricordava l'uso sacro della pianta presso gli Assiri, i Babilonesi e i Palestinesi. Riferisce ancora che la coltivazione era molto diffusa presso gli Sciti, popolo della Regione del basso Danubio proveniente forse dalla Russia Asiatica. Dunque, viene nominata in alcuni testi Babilonesi, Persiani ed Ebrei... Le proprietà terapeutiche della pianta erano note agli antichi tanto che antropologi ed archeologi concordano sul fatto che da molto prima del 1000 a.C. e fino al 1883 la cannabis costituisse la coltivazione piu' diffusa anche perchè da essa si traevano non solo alcuni medicinali ma anche materie d'uso comune come fibre, tessuti, olio per illuminazione ed anche la carta. Senza dimenticare, infine, che da molti secoli le sue qualita' psicoattive ne hanno permesso l'uso in pratiche religiose e meditative, soprattutto nel subcontinente indiano, per produrre alterazioni della psiche e favorire le esperienze mistiche. Gli Arabi indicarono la pianta di Cannabis con il termine hashish che in arabo significa erba e che, nel 1090, caratterizzava una setta che assassinava dopo aver fatto abuso di cannabis: pare che questa setta venne utilizzata all'epoca per annientare il Califfato di Bagdad. In Europa, invece, la cannabis veniva introdotta probabilmente dai Crociati: nel 1378 si trova un editto che puniva gli "ingeritori" di tale sostanza.

[29] Il titolo dell'articolo è "*La marijuana che una volta portava divisioni in famiglia, oggi le unisce*" dal sito osservatoriodroga.it

che nonni, padri e figli vivono uniti "*nello stesso stile di vita drogastico... Invece di ammonimenti e minacce si discute sul metodo migliore per accendere una pipa ad acqua"*. Secondo i dati pubblicati dalla famosa rivista newyorkese la percentuale delle persone tra i 50 ed i 65 anni che ammettono di aver fumato marijuana è del 4%, percentuale di circa sei volte maggiore delle persone sopra i 65 anni.

Il conflitto logico nell'utilizzo della pianta di marijuana

Il mondo delle tossicodipendenze è purtroppo molto articolato ed insidioso.

L'O.M.S., Organizzazione Mondiale della Sanità, classifica fra le sostanze tossicodipendenti oltre alle droghe anche l'acol ed il fumo.

L'alcol, oltre a rientrare a pieno titolo tra le sostanze psicotrope che determinano assuefazione, è una delle principali cause degli incidenti, di alcune forme di problemi mentali e del comportamento, malattie pancreatiche ecc.

Nonostante ciò, l'alcol è legalizzato e rientra tra i beni appartenenti al monopolio statale.

Del pari il problema del fumo.

L'uso di tabacco è uno dei maggiori fattori di rischio che determinano lo sviluppo di patologie respiratorie e cardiovascolari, oltre alla circostanza -scientificamente provata- della creazione di dipendenza dal prodotto. Per l'Organizzazione Mondiale della Sanità, inoltre, il fumo rappresenta la seconda causa di morte nel mondo. Ma anche la vendita di sigarette è legalizzata ed anche la sua vendita è sottoposta al monopolio dello stato.

Quali, però, gli effetti positivi di fumo ed alcol?

A quanto pare, non ve ne sono, se si eccettua il fatto che un bicchiere di vino rosso al giorno riduce i rischi cardiovascolari, grazie alla ricchezza di resveratrolo, un antiossidante che rinforza anche le cellule del sangue rendendo questo più fluido, ed aumenta la resistenza delle cellule

---

http://www.osservatoriodroga.it/per-il-new-york-times-oggi-e-la-marijuana-che-unisce-le-famiglie/

Anche l'ISTAT, nel suo "*Noi Italia: 100 statistiche per capire il Paese in cui viviamo*" (edizione 2012) indica come principali fattori di rischio per la salute degli italiani: il fumo, l'alcol e... l'obesità.

Nello specifico, le persone obese negli ultimi 10 anni sono aumentate tanto da rappresentare il 10,3% della popolazione italiana dai 18 anni in sù, mentre tra i ragazzi dai 14 anni a salire circa il 23% fuma ed oltre il 16% è un consumatore di alcol.

E con la marijuana?

Ebbene, è da diversi anni che la comunità scientifica discute animatamente sull'efficacia di medicinali a base dei principi attivi di questa pianta su alcune patologie gravi.

Di certo c'è che da anni la *cannabis* viene utilizzata a scopo terapeutico in alcuni farmaci a base di estratti della marjiuana sia per contrastare i dolori cronici, in generale anche, ad esempio, per i dolori derivanti dal tumore, sia per lenire gli spasmi muscolari generati dalla sclerosi multipla[30] e da quella laterale amiotrofica.

Il ricercatore Gareth Pryce, difatti, partendo dalla constatazione scientifica che nel corpo umano e, precisamente, nel sistema nervoso centrale, esistono dei recettori sensibili alla sostanza, cd. recettori cannabinoidi, prodotti dal sistema umano, precisa come "... *il corpo li rilascia per proteggersi da alcune malattie, compresa la sclerosi multipla".* Ed ancora "*Oggi sappiamo agire sui recettori in maniera sofisticata: per esempio possiamo produrre antidolorifici capaci di agire sui recettori CB2 (che regolano la sensibilità al dolore) senza agire sui CBl (responsabili dell'effetto psicotropico ricercato da chi vuole drogarsi)*", spiega il ricercatore Roger Pertwee dell'università di Aberdeen (Svezia)[31].

---

[30] PRYCE Gareth & BAKER David, *Potential control of multiple sclerosis by cannabis and the endocannabinoid system. Gareth Pryce, David Baker. Department of Neuroscience*, Queen Mary University of London, Department of Neuroscience and Trauma, Blizard Institute, Barts and the London School of Medicine and Dentistry

[31] Roger Pertwee è professore dell'Università di Aberdeen (Scozia) ed è stato eletto nel 2005 presidente dell'IACM, *International Association for Cannabinoid Medicines,* società scientifica nata per promuovere l'utilizzo degli elementi attivi della pianta della canapa per le applicazioni terapeutiche tramite la promozione della ricerca e la distribuzione della informazione

Ed ancora, in una intervista pubblicata dalla rivista Repubblica[32] il farmacologo Maurizio Grimaldi, coautore dello studio che ha scoperto l'utilità di una sostanza contenuta nella *cannabis* per la protezione dei tessuti cerebrali, raccontava: "*... lavorando al dipartimento di Neuroscienze dell'Università di Napoli, mi sono occupato delle sostanze cosiddette neurotrofiche, cioè quelle che favoriscono lo sviluppo e la sopravvivenza dei neuroni. Contemporaneamente, il mio collega britannico Aidan Hampson, a San Francisco, ed il premio Nobel Julius Axelrod, al National Institute of Mental Health, stavano studiando l'anandamide, una sostanza analoga ai principi attivi della cannabis prodotta naturalmente dall'organismo. Quando io e Hampson, a causa di una migrazione intellettuale tipica del mondo della ricerca, ci siamo incontrati al National Institute of Health negli Stati Uniti, ci è venuta l'idea di unire le nostre conoscenze e vedere se i cannabinoidi, cioè i principi attivi della marijuana, giocavano un ruolo nella fisiologia ed eventualmente nella patologia del sistema nervoso centrale. Con nostra somma sorpresa, abbiamo scoperto che avevano un potente effetto protettivo contro la morte neuronale che avviene, ad esempio, nei casi di ictus cerebrale*".

Il neurofarmacologo inglese Leslie Iversen, docente di farmacologia ad Oxford e direttore del *Neuroscience Research Centre* dei laboratori Merck, nel suo saggio *The science of marjuan*[33] scrive "*Come neuroscienziato che cerca di capire come la cannabis agisca sul cervello, sono esasperato dal modo in cui fautori e oppositori usano e abusano della scienza per difendere le loro posizioni.. Si è visto, per esempio, che l'organismo possiede un suo sistema endogeno cannabinoide, con recettori sia nei neuroni sia nelle cellule immunitarie. E' una scoperta importante quanto quella fatta negli anni 70 di sostanze naturali nel cervello simili alla morfina, le endorfine*".

Iversen da sempre combatte per il ruolo della ricerca affinchè possa sviluppare delle nuove tecnologie atte a somministrare i principi attivi della marijuana in maniera tale da eliminarne gli effetti psicotropici e conservarne quelli benefici.

---

[32] Questo il titolo dell'articolo '*In caso di ictus è possibile salvare ciò che non è ancora distrutto'* visionabile integralmente sul sito de Repubblica, Rubrica Cultura&Scienza: http://www.repubblica.it/online/cultura_scienze/cannabis/cannabi2/cannabi2.html

[33] IVERSEN Leslie, *The Science of Marijuana*, Oxford University Press, 2001

Ovviamente la questione è seria e va affrontata senza superficialità nè pregiudizi: in gioco c'è la salute dell'uomo ed anche un potenziale canale atto a conseguire, in modo esponenziale, risorse economiche. Non poco per un Paese in patologica crisi economica.

Non si deve dimenticare, infatti, la doppia valenza della marjiuana: vantaggiosa, se impiegata secondo scienza, per risolvere dolori ed altre problematiche relative a gravi malattie, anche degenerative.

Negativa, se adoperata in maniera impropria, per la possibile dipendenza psicologica[34].

Si legge nella relazione che ha accompagnato la proposta di legge finalizzata a legalizzare l'uso terapeutico della marjiuana in alcune Regioni (oggi sempre in aumento) "*L'efficacia farmacologica dei cannabinoidi si fonda su acquisizioni scientifiche, sperimentazioni e pratiche cliniche sempre più diffuse a livello mondiale... è disponibile a livello scientifico una compiuta valutazione dell'impiego clinico dei cannabinoidi nella cura del glaucoma, nella* ***prevenzione*** *dell'emesi,* ***nel controllo*** *di alcune spasticità croniche, come adiuvante nel controllo del dolore cronico neuropatico associato a sclerosi multipla, nel trattamento del dolore nei pazienti affetti da cancro. Da sperimentazioni scientifiche risulterebbe, inoltre, che i cannabinoidi hanno proprietà di ridurre i dosaggi degli analgesici oppiacei, quali la morfina e i suoi analoghi, necessari a lenire il dolore nei malati oncologici sottoposti a trattamenti cronici, evitando così i fenomeni di assuefazione, caratteristici degli oppiacei*"

Sulla rivista *Canadian Medical Association Journal* è stata pubblicata una ricerca condotta da un gruppo di studiosi della McGill University Health Centre e della McGill University i quali hanno eseguito dei test su alcuni pazienti sofferenti di dolore cronico neuropatico, utilizzando tre concentrazioni differenti di THC, noto

---

[34] ACAMPORA A., DELLA CASA E., MARTONE G., Istituto di Medicina Pubblica e Sicurezza Sociale Università degli Studi Federico II, Napoli, ASTARITA M. Assessorato alla Sanità Regione Campania - Settore per le Tossicodipendenze, *Dalla canapa da fibra alla canapa da droga.* Si legge : "... *Per quanto attiene alla capacità dei derivati della Cannabis di instaurare una dipendenza, va detto che certamente possono instaurare una forte dipendenza psichica ma che, con altrettanta certezza, non è dimostrata la capacità di instaurare una dipendenza fisica. E' questo il motivo per il quale i derivati della Cannabis vengono comunemente definiti 'droghe leggere'...*"

scientificamente come tetraidrocannabinolo e che rappresenta il principio attivo presente nella cannabis, per vederne le conseguenze.
I pazienti, in linea generale, hanno visto ridurre sia il dolore da cui erano affetti che l'ansia. Inoltre, è stato rilevato che la concentrazione del principio attivo al 9,4% è quella che riduce di molto il dolore.
Una novità dell'estate 2012 è stata la notizia sullo sviluppo di una ***cannabis* a scopo medico che allevia i sintomi di alcune malattie senza far provare al paziente gli effetti psicotici della sostanza**.
Il nuovo tipo di marijuana si deve ad alcuni ricercatori israeliani appartenenti alla *Hebrew University* di Gerusalemme[35] i quali stanno sperimentando un prodotto che contiene il 15,8% di cannabidiolo (che ha una funzione antinfiammatoria) e meno dell'1% di THC.
Lo scopo è quello di creare un medicinale a base di marijuana che possa curare malattie come l'artrite reumatoide, le infiammazioni epatiche, il diabete, le coliti ecc. ma senza che il paziente risenta di alcun effetto psicotico.

Le istanze legislative relative alla *medical marijuana*

In questo scenario in continuo movimento, negli ultimi anni si sono moltipicate a livello regionale le iniziative normative finalizzate ad ampliare la disponibilita' dell'utilizzo della canapa medica in parziale revoca delle limitazioni della prescrizione dei farmaci derivanti dalla marjiuana per il trattamento del dolore previsti nel T.U. in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope, il D.P.R. n.309/1990 e successive modifiche.
Occorre ricordare che i medicinali cannabinoidi si trovano nella Tabella II, sezione B, delle sostanze stupefacenti: ciò ha reso possibile il loro utilizzo nella terapia farmacologica del dolore, della sclerosi multipla ecc.
E' importante sottolineare, però, che i medicinali a base di derivati della *cannabis* che sono oggetto di questo recente movimento positivo non riguardano solo i derivati sintetici, alcuni dei quali potevano essere prescritti già da diversi anni, ad

[35]http://droghe.aduc.it/notizia/cannabis+terapeutica+senza+effetti+psicotici_125778.php

esempio, in compresse o in spray, ma concerne le inflorescenze di cannabis sativa, più nota come Bedrocan e Bedrobinol.

Sino ad oggi, i medici che hanno ritenuto di dover sottoporre i propri pazienti alla terapia farmacologica con derivati della *cannabis* hanno dovuto seguire un difficile, dispendioso e lungo *iter* per richiederne l'importazione dall'estero all'Ufficio Centrale Stupefacenti del Ministero della Salute (famoso è stato il servizio del 2009 de *Le lene* in merito ai prolungati viaggi che fanno questi medicinali che provengono dal Canada o dall'Olanda prima di arrivare ai malati che ne hanno necessità in Italia).

Non si può dimenticare, poi, il caso verificatosi a Sulmona, in cui la ASL, per la prima volta, ha fornito gratuitamente una cura a base di marijuana ad un paziente di sclerosi multipla[36]

In diverse regioni, sprattutto nell'ultimo anno, sono state avanzate proposte legislative finalizzate a rendere più facilmente accessibile l'uso di *cannabis* terapeutica ai cittadini malati, ad esempio, di depressione e/o di sclerosi multipla, riducendo gli attuali lunghissimi tempi burocratici per.

Ad esempio, la Toscana è stata la prima, nel 2002, a deliberare e ad imporre alle ASL che " *in caso di richiesta, da parte di assistiti residenti nella Regione Toscana che si rivolgono alle predette aziende U.S.L. per la messa in atto delle procedure di cui al decreto 11 febbraio 1997 (...) di erogazione di medicinali non registrati in Italia" esse "devono provvedere all'erogazione stessa facendosi direttamente carico, nei limiti di importo indicati nella predetta delibera, delle spese per l'acquisto di detti medicinali e di tutti gli oneri connessi" .*

Nel 2010 è la Puglia a disciplinare le modalità di accesso alla somministrazione dei farmaci cannabinoidi ponendo il loro acquisto a carico delle A.S.L. e, successivamente, altre regioni hanno avanzato diverse proposte di legge tutte finalizzate a regolare le modalità di erogazione dei farmaci e delle preparazioni galeniche a base di cannabinoidi per finalità terapeutiche, come il Lazio, Liguria (la cui legge regionale, tuttavia, è stata impugnata), l'Abruzzo e l'Emilia Romagna.

---

[36] Il Tribunale, a seguito di un ricorso ex art. 700 c.p.c., riconosceva al Sig. Di Paolo Marco, all'epoca 43enne, affetto da sclerosi multipla, la dose giornaliera di marijuana al fine di alleviargli le sofferenze derivanti dalla malattia

Al momento, sono il Veneto, la Puglia e la Toscana le tre Regioni in cui è possibile fare richiesta per ottenere infiorescienze della pianta per alleviare i dolori derivanti da diverse patologie.

Ora è evidente che **se fino ad oggi i farmaci cannabinoidi[37] venivano importati da Paesi come l'Olanda od il Canada con costi elevatissimi, la generalizzazione dell'assenso per la coltivazione di *cannabis* terapeutica in Italia permetterebbe un contenimento notevole dei relativi costi: si arriverebbe a ridurre di circa 2/3 l'attuale spesa sanitaria.**

Ciò anche facilitato dal clima del nostro Bel Paese che è ideale per la coltivazione di questa pianta.

E questo, senza tralasciare tutti i possibili utilizzi cui potrebbe -di nuovo- essere destinata la marijuana.

Dunque, non solo il suo sfruttamento nel settore farmaceutico ma anche in quello edile, tessile, cartiero ecc.

Probabilmente i più ignorano il fatto che **la coltivazione della canapa da fibra in Campania, Emilia-Romagna, Veneto e Piemonte poneva l'Italia al secondo posto nella produzione mondiale della fibra di canapa**[38].

Come dire, dunque: la pianta della marijuana rappresenta una delle diverse occasioni di *business* per l'Italia da... 'cogliere' al volo.

---

[37] Si tratta di infiorescenze essiccate di *cannabis,* cresciute tanto da far avere in esse una determinata quantità di THC tale da permettere la cura delle conseguenze dannose e dolorose delle patologie senza particolari controindicazioni

[38] ACAMPORA A., DELLA CASA E., MARTONE G., Istituto di Medicina Pubblica e Sicurezza Sociale Università degli Studi Federico II, Napoli, ASTARITA M. Assessorato alla Sanità Regione Campania - Settore per le Tossicodipendenze, *Dalla canapa da fibra alla canapa da droga*

Diritto Amministrativo

Le sopravvenienze

Paragrafi 1,2: Davide Nalin
Paragrafi 3,4,5,6: D'Aprile Valentina
Direzione e coordinamento: dott. Davide Nalin.
Copyright: Nalin-D'Aprile[39]

I) *Le sopravvenienze e l'invalidità sopravvenuta*

II) *Le sopravvenienze nel diritto amministrativo. Inquadramento generale*

III) *Le sopravvenienze sull'atto amministrativo perfetto*

---

[39] È' vietata qualsiasi riproduzione, anche parziale, sia dell'articolo sia delle teorie dottrinali riportate, salvo che ne sia citata con precisione la fonte con il pensiero riportato in maniera fedele tra virgolette.

Le sopravvenienze e l' invalidità sopravvenuta.

1. Le sopravvenienze: una categoria di origine civilistica

La complessa tematica delle sopravvenienze risulta ancora un terreno non compiutamente esplorato dalla scienza amministrativa. Al fine di una esatta comprensione del fenomeno, occorre tuttavia muovere i primi passi dall'ordinamento giuridico civilistico, laddove le sopravvenienze hanno formato oggetto di attenta analisi.

Il *leading case* che ha portato la dogmatica italiana ad iniziare ad interrogarsi sulle modalità e sulle tecniche attraverso le quali sia possibile dare ingresso alle sopravvenienze non quell'atto di autonomia che per eccellenza configura una scommessa sul futuro, ovvero il contratto, e' il c.d. caso Paradine su cui la giurisprudenza inglese e' stata chiamata a pronunciarsi. Nella fattispecie, in presenza di un contratto di affitto avente per oggetto un fondo rustico, prima che l'affittuario vi entrasse in possesso, detto fondo forma oggetto di una occupazione militare che si e' protratta per un lasso di tempo corrispondente alla durata del contratto. A fronte della richiesta da parte del concedente del pagamento dei canoni scaduti, l'affittuario eccepisce di non aver potuto godere del fondo per causa di forza maggiore.

Al di la della articolata soluzione data dalla corte inglese, la fattispecie già dal punto di vista del senso comune mette in luce una ingiustizia sostanziale (mancato godimento del fondo non imputabile a forza maggiore). La difficoltà più seria che ha incontrato la dottrina italiana risiede proprio nella corretta individuazione degli istituti che consentano di dare rilevanza alle sopravvenienze.

Prima di addentrarsi nella schematica analisi dei rimedi offerti dal diritto civile, occorre meglio definire su di un piano generale la nozione di sopravvenienze. Precisamente esse possono definirsi come *qualsiasi evento non previsto o non prevedibile secondo la miglior scienza ed esperienza, il quale può rilevate:*

6. *da un punto di vista meramente fattuale (es. occupazione manu militari di un fondo);*
7. *da un punto di vista giuridico (es. divieto di alienazione).*

Nel primo caso le sopravvenienze impattano sulla causalità materiale (es. preclusione al godimento del fondo), nel secondo invece sulla causalità giuridica (es. mancata produzione dell'effetto traslativo). Ad modo, siano esse di fatto o di

diritto, vengono in rilievo soltanto a fronte di atti di autonomia privata idonei ad esplicare una efficacia per un lasso di tempo significativo (contratti ad esecuzione continuata, periodica e differita arg. 1467 cod. civ.).

Su di un piano generale, due sono i rimedi astrattamente configurabili a fronte delle sopravvenienze:

v) *rimedi ablatori o eliminativi*, i quali producono l'effetto di porre nel nulla il rapporto nascente dall'atto di autonomia privata (non, si badi bene, l'atto stesso, giacche rimangono salvi gli effetti già prodottisi; si veda l' art. 1458 cod. civ.);

vi) *rimedi manutentivi,* attraverso i quali vengono apportate all'atto di autonomia privata quelle modifiche necessarie a sterilizzare le conseguenze negative prodotte dalle sopravvenienze.

Ciò precisato, occorre ora individuare le principali tecniche attraverso le quali le sopravvenienze trovano ingresso nell'ordinamento civile. E' bene fin da ora mettere in evidenza che in tale sede non verranno svolti approfondimenti di sorta, giacche' l'analisi degli istituiti che di seguito riportati esula dalla presente trattazione.

Secondo l'impostazione tradizionale, essendo il contratto una scommessa sul futuro, la rilevanza è limitata alle ipotesi codificate, segnatamente:

2. impossibilità sopravvenuta, disciplinata dagli articoli 1463 e seguenti del codice civile;
3. eccessiva onerosità sopravvenuta (artt. 1467 e seguenti cod. civ.);
4. recesso unilaterale (art. 1373 cod. civ.);
5. mutuo dissenso (art. 1372 co.1 cod. civ.);
6. presupposizione;
7. buona fede esecutiva e teoria della inesigibilità.

A fianco di tali fattispecie, si possono individuare altri rimedi, di natura convenzionale, i quali possono essere così enucleati:

2. i contratti preparatori, tra cui vanno annoverati il contratto preliminare (art. 1351 c.c.), la prelazione e l'opzione (art. 1331 c.c.). Le ragioni per cui si ricorre al contratto preparatorio possono essere le più svariate, ma la più significativa consiste nella necessita' di valutate gli accadimenti che possono verificarsi *medio tempore*. Così, a titolo esemplificativo, nel caso di contratto preliminare avente per oggetto la compravendita mobiliare una eventuale sopravvenienza di diritto (es. il divieto di alienare il bene mobile) può essere dedotta nel giudizio promosso ai sensi dell'articolo 2932 c.c.

4. clausole di completamento successivo. In tale ipotesi le parti stipulano un contratto definitivo, ma rimandano ad un momento successivo la determinazione di alcuni aspetti del contratto o mediante una *relatio* a fonti non ancora venute ad esistenza (es. listini dei prezzi dell'anno successivo) o demandando ad un terzo il compito di determinare detto contenuto alla luce di fattori sopravvenuti (il tal caso il terzo agirà in maniera del tutto analoga a quanto stabilito nell'art. 1349 c.c.);
4. clausole di adeguamento automatico. Per temperare il principio nominalistico nelle obbligazioni pecuniarie (art. 1277 c.c.), la prassi ha elaborato le clausole che prevedono la automatica rivalutazione della prestazione pecuniaria, per effetto del decorso del tempo, in relazione a determinati indici (indici ISTAT del costo della vita, prezzo dell'oro);

- clausole che prevedono uno *ius variandi*. Per *ius variandi* si intende il potere di modificazione unilaterale del rapporto contrattuale attribuito in via convenzionale ad una delle parti laddove vi siano sopravvenienze di fatto o di diritto. La ammissibilità e' subordinata al positivo esperimento dei controlli sugli atti di autonomia priva (primo tra tutti il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c.);

2. le clausole di rinegoziazione. Con tali clausole, ritenute generalmente meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c., le parti si obbligano a ridefinite parte del contenuto del contratto laddove sopravvengono determinati fattori idonei ad incidere sull'equilibrio economico e giuridico così come cristallizzato al momento della stipulazione. Esse trovano un referente nel paragrafo 6.2.3 dei principi UNIDROIT. Laddove vi sia rifiuto proveniente da una delle parti di rinegoziare il contenuto del contratto, si ritiene inapplicabile l'art. 2932 c.c, con la conseguenza che l'unico rimedio e' rappresentato dalla responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.).

Parte della dottrina civilistica, infine, cerca di sterilizzare in parte il principio *pacta servanda sunt* scolpito nell'art. 1372 c.c. comma 1 (secondo cui "*il contratto ha forza di legge tra le parti*") attraverso il ricorso alla clausola *rebus sic stantibus.* La costruzione dottrinaria può essere riassunta nei termini che seguono. In ogni contratto di durata sarebbe inclusa una clausola implicita che condiziona la perdurante efficacia alla sussistenza dei presupposti e della situazione di fatto vigenti e tenuti presenti nel momento della stipulazione. Precisamente, la clausola in

questione rileverebbe alla stregua di una condizione risolutiva tacita (*rectius* implicita). La tesi esposta viene tradizionalmente respinta in quanto rievoca l'oramai abbandonato dogma della volontà.

Il merito di questa dottrina tuttavia risiede nell'avere individuato tre applicazioni della clausola in questione:

4. eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.);
II. accordi tra i coniugi in sede di separazione o divorzio, la cui efficacia e' collegata alla persistenza delle condizioni personali e patrimoniali al momento dell'accordo. Dunque, tali statuizioni sono suscettibili di essere rivisitate ogniqualvolta vengano meno i presupposti.
4. accordi tra Pubblica Amministrazione e privati. L'articolo 11 comma 4 della l.n. 241/90 prevede infatti che *"Per **sopravvenuti** motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato".*

Il punto iii), che formerà oggetto di attenta analisi nel prosieguo della trattazione, rappresenta un fondamentale, sebbene non unico, punto di contatto tra l'ordinamento civile e amministrativo in materia di sopravvenienze.

Altra parte della dottrina, invece, ha cercato di temperare il principio *pacta servanda sunt* riconoscendo rilevanza alle sopravvenienze attraverso il ricorso ad ipotesi non codificate.

Precisamente, la regola di cui all'art. 1372 c.c. viene riletta alla luce del principio di buona fede esecutiva e della teoria della inesigibilità. Quest'ultima e' stata elaborata per temperare la regola dell'art. 1218 c.c. e prevede che sia contrario a buona fede la pretesa del creditore di ottenere l'adempimento della prestazione divenuta non impossibile, ma difficilmente eseguibile a causa di eventi non imputabili al debitore e non prevedibili da quest'ultimo.

Sotto altro profilo un ulteriore temperamento alla regola *pacta servanda sunt* e' stato individuato dalla giurisprudenza nelle ipotesi di recesso unilaterale atipico (nel senso che non e' previsto ne' dalle parti ne' dalla legge; art. 1373 c.c.) dai contratti di durata, partendo dal presupposto che vincoli di durata o a tempo indeterminato sono visti con disfavore in quanto idonei a restringere eccessivamente la autonomia negoziale e la libertà dei contraenti.

2. Le sopravvenienze nel diritto amministrativo: inquadramento generale

Nel paragrafo precedente si e' fornita una panoramica generale delle sopravvenienze e delle loro tecniche di gestione nell'ordinamento civile. I concetti elaborati, tuttavia, non possono essere importati in maniera diretta nel diritto amministrativo, ma necessitano di numerosi filtri giacche' la attività amministrativa non è libera nei fini (come la attività privatistica), ma è strumentale al perseguimento dell'interesse generale (art. 1 co.1 della l.n. 241/90).

La tematica e' notevolmente complessa (e non può essere all'evidenza affrontata compiutamente in tale sede), pertanto in tale paragrafo si procederà a fornire al lettore le linee guida della analisi.

Il punto di partenza e' rappresentato dalla nozione di sopravvenienza, la quale, sebbene coincida con quella fornita nel paragrafo 1 (cui si rinvia), in tale sede necessita di alcune precisazioni. Infatti, le sopravvenienze, da un punto di vista meramente fenomenico, nell'ordinamento amministrativo possono impattare su:

(b) l'atto amministrativo non ancora perfezionatosi. In tal caso sarà necessario analizzare la rilevanza delle sopravvenienze di fatto e di diritto nel corso del procedimento amministrativo compreso tra la fase della iniziativa e la fase decisoria;

- l'atto amministrativo già perfezionatosi ma non ancora efficace, laddove la sopravvenienza viene in rilievo nella fase integrativa della efficacia;

2. l'atto amministrativo perfetto ed efficace.

Le sopravvenienze in senso proprio ricorrono soltanto nel caso *sub* c), ragion per cui si soffermerà la attenzione solo su tale fattispecie.

Procedendo con la analisi, va rilevato che il sintagma "*atto amministrativo*" pecca di eccessiva approssimazione ed imperfezione, e va pertanto inquadrato alla luce delle differenti tipologie in cui si estrinseca la la attività della Pubblica Amministrazione (BELLOMO, *Manuale di diritto amministrativo,* vol. II CEDAM):

i) attività amministrativa autoritativa;

ii) attività amministrativa di diritto comune;

iii) attività amministrativa intermedia.

La attività amministrativa autoritativa si regge sullo schema fatto-norma/ potere/ effetto. In presenza di una determinata situazione di fatto, la norma attribuisce (legalità formale) alla amministrazione pubblica il potere di emanare un

provvedimento amministrativo con un determinato contenuto (legalità sostanziale). L'effetto giuridico e' ricollegato dalla norma all'esercizio del potere e non richiede la collaborazione del destinatario dell'atto.

Da un punto di vista logico, tale forma di attività può essere così raffigurata:

Premessa minore	Premessa maggiore	Conclusione
Fatto storico Potere	La norma (che contempla i fatti e il potere)	Effetto (l'atto)

Con riferimento a tale tipologia di attività, le sopravvenienze possono impattare da un punto di vista generale:

4. sulla premessa minore del sillogismo, limitatamente alla situazione di fatto (l'analisi delle sopravvenienze sul potere, invece, e' compresa nella ipotesi *sub* b);

(b) sulla premessa maggiore del sillogismo, ovvero sulla norma che contempla i fatti ed il potere (con riferimento a quest'ultima ipotesi, nella duplice accezione di norma attributiva del potere e che ne disciplina lo svolgimento sostanziale; rispettivamente, legalità formale e legalità sostanziale).

A tale distinzione non corrisponde in maniera automatica la dicotomia sopravvenienza di fatto e di diritto. Basti pensare, a titolo esemplificativo, ad una disposizione di legge sopravvenuta (differente beninteso dalla norma indicata nella premessa maggiore del sillogismo, che e' strettamente afferente al potete) ostativa a che un determinato bene possa formare oggetto di un provvedimento amministrativo. In tal caso la sopravvenienza, pur impattando sulla situazione di fatto (infatti si colloca nella premessa minore del sillogismo), e' qualificabile come sopravvenienza di diritto.

L'attività intermedia e' disciplinata dall'art. 11 della l.n. 241/90, che ha introdotto il principio di negoziabilità della funzione amministrativa. L'istituto si colloca nel settore della attività autoritativa in quanto l'art. 11 e' posto al termine delle norme sulla

partecipazione al procedimento amministrativo e definisce gli accordi come strumenti per determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero sostituirlo, "*in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse*". L'adozione del modulo intermedio della attività amministrativa deve inoltre essere preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per la adozione del provvedimento (determinazione che ha carattere autoritativo) "*a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell' azione amministrativa*".
Da un punto di vista grafico, la tipologia di attività in esame può essere così raffigurata (BELLOMO, *op. cit.*):

Premesse minori	Premesse maggiori	Conclusi
Il fatto storico (situazione reale che giustifica il potere funzionale)	Norma di legge amministrativa (contempla i fatti e il potere)	L'effetto giuridico (rapporto tra p.a. e interessati)
Il fatto giuridico di diritto pubblico sostanziale (potere funzionale)		
Il fatto giuridico di diritto pubblico sostanziale (determinazione di accordarsi)	Norma di legge amministrativa strumentale (art. 11 l.n. 241/90)	
Il fatto giuridico di diritto privato sostanziale (accordo)	Norma di legge privata sostanziale (art. 1321 cod. civ.)	

Da tale illustrazione risulta che l'attività autoritativa, retta dallo schema norma-potere-effetto, si salda com la attività non autoritativa, retta dallo schema norma-

fatto-effetto, per mezzo della determina ad accordarsi di cui all'art. 11 comma 4bis l.n. 241/90.

Anche con riferimento alla attività intermedia le sopravvenienze riguardare tanto la premessa minore e quanto la premessa maggiore del sillogismo.

Procedendo con particolare riguardo alla premessa minore del sillogismo, le sopravvenienze, siano esse di fatto o di diritto, possono impattare su:

4. il fatto storico;

- il fatto giuridico di diritto pubblico sostanziale; si pensi, a titolo esemplificativo, ad una disposizione che sottragga all'autorità procedente il potere di emanare la determina ad accordarsi (trattasi in verità di una ipotesi di scuola).

Per quanto concerne la premessa maggiore, le sopravvenienze possono impattare su:

3. la norma di legge amministrativa (legalità formale e sostanziale);
3. la norma di legge amministrativa strumentale (ipotesi invero di alquanto rara, che presupporrebbe la abrogazione o la modificazione dell'art. 11 della l.n. 241/90);

- norma di legge privata sostanziale (ipotesi anche quest'ultima di scuola).

Per quanto riguarda, infine, la attività di diritto comune (art. 1 comma 1bis) valgono in linea di massima i principi stabiliti nel paragrafo 1, con gli opportuni adattamenti (si veda, a titolo esemplificativo, l'art. 21sexies della l.n. 241/90).

3. Le sopravvenienze sul l'atto amministrativo perfetto ed efficace.

Come già accennato nella introduzione, nel corso del presente lavoro si rivolgerà la attenzione alle sopravvenienze in senso tecnico, che impattano sull'atto amministrativo perfetto ed efficace, con particolare riguardo alla invalidità sopravvenuta (che rappresenta il vero *punctum dolens* della problematica).

3.1 Premessa metodologica

La P.A., al pari di ogni soggetto giuridico, opera attraverso scelte, quindi, decide. Lo fa essenzialmente in base alla legge, la cui necessaria osservanza rende l'attività pubblica vincolata.

Un vincolo immanente è costituito dal costante perseguimento dell'interesse pubblico primario.

L'atto per eccellenza attraverso cui la p.A. estrinseca la propria volontà finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico è il provvedimento, espressione autentica del potere autoritativo.

L'evoluzione della dinamica dei rapporti tra cittadino e potere pubblico ha gradualmente eroso gli spazi di disciplina (unilaterale) del diritto pubblico, a favore di strumenti privatistici che, nella rinnovata concezione del buon andamento, acquistano un peso decisivo in termini di maggiore efficacia e di condivisione dell'agire pubblicistico. Ne discende un ulteriore vincolo: laddove l'attività non sia intrinsecamente connotata da autoritatività, la regola di diritto positivo impone alla P.A. di avvalersi dello strumento con cui ordinariamente i privati scommettono sul futuro delle proprie scelte, ovvero il contratto (art. 1, co.- 1 *bis*, l. 241/1990). In una prospettiva di coordinamento tra principio di legalità e cardine costituzionale del buon andamento, tale assetto risponde- nel disegno programmatico del legislatore- alla soluzione più efficiente.

Ne deriva un'osservazione di carattere preliminare, rilevante ai fini della disamina dell'incidenza delle sopravvenienze sui profili di validità dell'atto amministrativo: l'opzione storica per gli schemi

privatistici implica l'adesione ad un'impostazione concettuale che ritiene il ricorso al diritto privato l'*iter* preferenziale di perseguimento del miglior interesse pubblico. Ciò comporta un'adesione al regime giuridico a cui soggiacciono gli atti regolamentati dal diritto privato. Per cui non si può censurare l'azione amministrativa per violazione del principio del buon andamento in presenza dei presupposti per il legittimo utilizzo dello schema privatistico. Non può, in altri termini, invocarsi la tutela del medesimo interesse pubblico per poi giustificare una deviazione in deroga a quelle stesse regole, valutate *ex ante* come le migliori.

Tuttavia, l'esigenza di un'attività conforme, altresì, al principio di legalità non tollera scostamenti da esso pur in presenza di rapporti paritetici. Nel senso che le Pubbliche Amministrazioni possono avvalersi degli strumenti privatistici soltanto nei casi in cui vi sia attinenza con le finalità pubbliche affidate alla loro cura dalla legge.

Modulo autoritativo e modulo contrattuale convergono sulla comune sussunzione nello schema logico fatto- norma- potere- effetto. La specificità si coglie sul piano del potere: nel primo caso unilaterale e autoritativo, nel secondo negoziale e, spesso, bilaterale.

In una posizione democratica intermedia si colloca il modulo consensuale di esercizio del potere, rappresentato dall'accordo sostitutivo di cui all'art. 11 l. 241/1990, in cui l'immanenza del potere equiordinato al provvedimento nelle intenzioni della Corte Cost. 204/2004).

Autorevole dottrina ha sottolineato come il contratto si differenzi nettamente dall'accordo proprio per l'*«irrilevanza dell'interesse pubblico in ordine al regime di validità del negozio e dall'insensibilità, in linea di principio, del rapporto contrattuale nei confronti delle variazioni dell'interesse dell'amministrazione- parte contraente»*[40].

L'importanza dell'interesse pubblico, tuttavia, si apprezza sul piano del procedimento che conduce alla formazione della volontà della P.A., l'evidenza pubblica, ove attraverso una serie di atti amministrativi si rendono note le ragioni di pubblico interesse che giustificano l'intenzione di contrattare, la scelta della controparte e la formazione del consenso, al fine di consentirne il sindacato.

Le distinzioni appena tratteggiate incardinano l'analisi dell'impatto delle sopravvenienze sul regime di validità (nullità e annullabilità degli atti amministrativi) in una prospettiva di differenziazione del regime giuridico a seconda della tipologia di attività in esame.

3.2 L'invalidata' sopravvenuta: inquadramento e condizioni di ammissibilità.

Prima facie, l'invalidità sopravvenuta dell'atto amministrativo offre all'interprete un ossimoro che si scontra con la tradizionale prospettazione dell'invalidità quale qualificazione negativa del negozio giuridico compiuta dall'ordinamento nel momento in cui esso viene ad esistenza.

Si tratta di un concetto approfondito, soprattutto, ad opera della dottrina e della giurisprudenza civilistica, in correlazione alle preminenti esigenze, imposte sempre più spesso dalla normativa sovranazionale, di tutela della parte debole del rapporto obbligatorio.

Secondo il principio della causalità normativa[41], infatti, poiché l'invalidità è una qualificazione del negozio giuridico, *genus* nel cui ambito è sussumibile il provvedimento amministrativo, postulante un raffronto tra norma e fattispecie, essa dovrebbe essere compiuta esclusivamente con riferimento alle norme vigenti al

[40] CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 593.

[41] Cfr. BELLOMO F., Manuale di diritto amministrativo, Padova, 2009, 427.

momento in cui gli elementi costitutivi dell'atto si perfezionano. Per cui ogni mutamento fattuale o normativo, potrebbe al più impattare sul piano dell'efficacia (laddove perdurante), non su quello della validità, che è raffronto tra norma e fattispecie nella fase genetica.

Ciò vale a maggior ragione per il risultato dell'attività amministrativa autoritativa, ove l'immanenza

del principio di legalità si apprezza non solo nella definizione dei presupposti sostanziali e del contenuto dispositivo del provvedimento finale, bensì attraverso la procedimentalizzazione dell'esercizio del potere.

Il rispetto del principio *tempus regit actum,* posto a tutela del legittimo affidamento e della certezza dei rapporti giuridici, baluardo a presidio dell'autonomia contrattuale a fronte dell'esercizio irragionevole del potere legislativo, richiede, dunque, che l'atto sia governato dalla legge vigente nel momento in cui è stato posto in essere.

Se, dunque, l'invalidità si apprezza essenzialmente nel giudizio di raffronto tra fatto e norma e sebbene sia ipotizzabile che mutamenti nella fattispecie sostanziale possano richiedere all'interprete di riformulare nel tempo la valutazione di conformità/difformità, il problema delle sopravvenienze tende ad inquadrarsi principalmente come mutamento del parametro normativo di riferimento, in grado, pur sempre, di incidere sul piano effettuale.

Le peculiari dinamiche istituzionali e i meccanismi interni di validità e funzionamento delle leggi, però, possono avere forti ripercussioni sulla linearità del principio sintetizzato dal brocardo latino.

La giustezza del confronto, infatti, presuppone la "legittimità" della legge (parametro di riferimento) e l'individuazione dell'interpretazione corretta da parte dell'amministrazione tenuta ad esercitare il potere conferitole. In una prospettiva di sussunzione non già nella isolata previsione normativa, che fonda e regolamenta l'esercizio del potere pubblico, bensì alla luce di una complessiva valutazione ordinamentale, che valorizza *in primis* il primato del diritto europeo.

Per tali ragioni la giurisprudenza e parte della dottrina accolgono una concezione restrittiva dell'«invalidità sopravvenuta», riconoscendola solo nelle ipotesi di *ius superveniens* a carattere retroattivo (cfr. BELLOMO...). In tutti gli altri casi, normalmente analizzati nella categoria delle sopravvenienze invalidanti, si tratterebbe di apparente difformità sopravvenuta tra l' atto e il "nuovo" paradigma

normativo. Così nel caso di sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale della norma nel cui ambito viene sussunta la fattispecie produttiva di effetti.

Tali conclusioni, a ben vedere, valorizzano soltanto uno degli angoli prospettici della definizione generale che, all'inizio della presente trattazione, si è dato del termine "sopravvenienze". In particolare, esso- ai fini della disamina dell'invalidità sopravvenuta- sarebbe idoneo a ricomprendere non qualsiasi evento "non previsto", bensì solo eventi "non prevedibili" (come, per l'appunto, l'approvazione di una legge successiva con effetti retroattivi) secondo la migliore scienza ed esperienza del momento storico in cui viene elaborato il giudizio. Infatti, tutto ciò che- in astratto prevedibile- non lo sia stato in concreto non dovrebbe consentire di riformulare *ex post*, ma retroattivamente, il giudizio di validità.

Delimitando ulteriormente l'ambito sostanziale, si tende ad affermare che, affinché una sopravvenienza normativa possa impattare su una fattispecie regolamentata in precedenza in modo diverso, occorre che intervenga tra il momento perfezionativo e il momento di acquisto dell'efficacia (es. avveramento della condizione sospensiva apposta ad un contratto) ovvero relativamente ad una fattispecie ad efficacia durevole.

Acuta dottrina ha rimeditato la distinzione tra atti ad efficacia istantanea e durevole, ritenendo, con riguardo particolare al provvedimento amministrativo, che la relativa efficacia sia sempre istantanea, «nel senso che si riproduce tutta in un determinato istante, che è appunto il momento di acquisto dell'efficacia, cioè di passaggio dalla condizione di atto inefficace (o inesistente) a quella di atto efficace. Quello che può cambiare è il rapporto tra l'oggetto del provvedimento, inteso come suo contenuto dispositivo, e la dimensione temporale. A seconda delle circostanze muta, cioè, la qualità di questo effetto»[42].

Ogni valutazione di merito presuppone che il discorso venga condotto separatamente a seconda della natura dell'attività posta in essere dalla p. A. e della veste giuridico- formale che il prodotto di tale attività assume.

Ancora una volta, la distinzione rilevante è tra attività di I livello (che ha la sua sintesi nel provvedimento autoritativo), attività contrattuale, connotata da elementi di specialità (evidenza pubblica) e attività autoritativa consensuale o di II livello (accordi *ex* art. 11 l. 241/1990).

---

[42] BELLOMO F., *op. cit.*, 428.

La problematica dell'ammissibilità dell'invalidità sopravvenuta va, ovviamente, sviluppata nei tre ambiti così delineati, avendo cura di differenziare la nullità (sopravvenuta) dall'annullabilità (sopravvenuta).
Si tratta di una precisazione qualitativa che tiene conto della nullità come patologia generale in ambito contrattuale e speciale per il diritto amministrativo, ambito nel quale, invece, il rapporto tra le due fenomenologie di invalidità è esattamente invertito.

4. L'invalidità sopravvenuta nella attività di II livello (attività privatistica).

La pubblica Amministrazione, quale persona giuridica, gode della capacità giuridica e negoziale di diritto privato al pari delle persone fisiche (art. 11 c.c.). Pertanto, nell'ambito dell'attività tradizionalmente definita paritetica, può farsi promotrice della stipulazione di contratti di diritto comune, i quali restano sottoposti alle ordinarie regole privatistiche che ne disciplinano il corretto procedimento di formazione e, dunque, la validità. In conseguenza di ciò, anche il tema del'invalidità sopravvenuta suscita le medesime perplessità che si pongono nel diritto civile. In questo ambito, inoltre, il rapporto- nella patologia negoziale- tra regola (nullità) ed eccezione (annullabilità) non diverge dalla configurazione ordinaria tipica dei rapporti tra privati.
Il tema è stato esplorato con specifico riguardo a tre ambiti: fideiussione *omnibus* e fissazione dell'importo massimo garantito (art. 1938 c.c., modificato ad opera della l. 154/1992), nullità parziale (sopravvenuta) del contratto di mutuo a tassi usurari (art. 1815, comma 2, c.c., modificato dalla l. 108/1996), nullità del contratto- quadro di intermediazione finanziaria per sopravvenuta innovazione normativa di carattere imperativo.
La novella legislativa del 1992[43], ispirata da finalità di protezione del patrimonio personale del fideiussore contro i rischi di un'esposizione debitoria imponderabile, ha ancorato la validità della fideiussione per obbligazioni future e condizionali alla predeterminazione dell'importo massimo garantito, riformando l'art. 1938 c.c.

[43] L'art. 1938 c.c., nella formulazione risultante dopo la sostituzione operata dall'art. 10, comma 1, l. 17 febbraio 1992, n. 154, stabilisce che: «*La fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura con la previsione, in quest'ultimo caso, dell'importo massimo garantito*».

La maggioritaria giurisprudenza di merito, sulla scorta della tradizionale applicazione del principio *tempus regit actum*, aveva ritenuto che le fideiussioni *omnibus* rilasciate anteriormente all'entrata in vigore della l. 154/1992 («*Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*») dovessero considerarsi pienamente vincolanti. La Corte Cost. (27 giugno 1997, n. 204), investita della questione di illegittimità costituzionale della nuova norma per violazione degli artt. 3 e 47 Cost., ha precisato, invece, che le fideiussioni stipulate anteriormente all'entrata in vigore della L. 152/1992 devono ritenersi efficaci per le sole obbligazioni principali già sorte alla data di entrata in vigore del divieto di prestare garanzie omnibus senza limiti, mentre per il periodo successivo il contratto originario deve ritenersi affetto da nullità sopravvenuta per indeterminatezza dell'oggetto.

Orbene, si è in presenza di una vicenda in cui il legislatore interviene a qualificare diversamente nel tempo un elemento strutturale (l'oggetto) di una fattispecie negoziale che, in virtù del collegamento funzionale (ovvero il rapporto di garanzia), opererà quale regolamentazione del futuro assetto degli interessi, condizionata, pertanto, dai mutamenti normativi.[44]

L'incertezza di inquadrare la sopravvenienza normativa idonea ad incidere (in termini di qualificazione negativa) sul piano della struttura del negozio ha attecchito, altresì, sul terreno della pattuizione accessoria, rispetto al contratto di mutuo, di interessi superiori al tasso soglia.

La l. 108/1996 ha inciso tanto sulla disciplina positiva civilistica di cui all'art. 1815, comma 2, c.c., quanto sulla configurazione della fattispecie del reato di usura, trasformato- per effetto della novella- in reato- contratto (cfr. art. 644 c.c. nella nuova formulazione).

Nel primo caso si è sanzionata più gravemente la previsione in contratto di interessi usurari, attraverso l'eliminazione del meccanismo di sostituzione legale (in virtù del combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.) e la previsione della

[44] Corte Cost. 27/06/1997, n. 204, in *Foro. It*, 1997, I, 2033. In merito alla discussa categoria dell'invalidità sopravvenuta applicata alla fideiussione *omnibus* cfr. Cass., 21.11.2000, n. 15024, in *Contr.*, 2001, 802, con nota di TIMPANO, *Ius superveniens, rapporti fideiussori in corso e nullità sopravvenuta*; BRIOLINI, *Fideiussione omnibus e ius superveniens al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 1997, II, 634 ss.

conversione del medesimo, per effetto della clausola illecita, in contratto di mutuo gratuito.

L'art. 644 c.p. è stato, invece, riformulato mediante l'eliminazione dagli elementi costitutivi di fattispecie dell'«*approfittamento dello stato di bisogno*». Pertanto, in dottrina e giurisprudenza si è alimentato un dubbio: è illecito farsi promettere interessi usurari o materialmente riceverli?

L'inquadramento dogmatico dell'usura tra i reati- contratto richiama l'attenzione in ordine sia al piano strutturale (art. 1325 c.c.) che a quello funzionale- effettuale (art. 1321 c.c.) della fattispecie. Una valutazione assorbente entrambi i profili non delimiterebbe l'area di rilevanza penale al solo momento della stipulazione, estendendola, altresì, alla fase contestuale/successiva di produzione di tutti gli effetti programmati.

Se, dunque, nei cd. contratti ad efficacia istantanea i due momenti tendono pressoché a coincidere le maggiori perplessità si pongono proprio allorché tra perfezionamento ed efficacia intercorra un significativo lasso di tempo (contratti perfetti, ma non efficaci) ovvero nei contratti di durata, ad esecuzione periodica o continuata, ove il programma negoziale rileva più a lungo nel tempo come fonte di disciplina particolare dell'assetto di interessi voluto dalle parti.

Il contratto di mutuo con previsione di interessi ad una certa soglia è, in altri termini, la disciplina di riferimento delle prestazioni cadenzate nel tempo di pagamento rateale e di corresponsione degli interessi corrispettivi. La circostanza che esso rilevi più volte nel tempo fa sì che dopo la conclusione del contratto il momento perfezionativo (che incide sulla validità) tenda a combinarsi con la fase attuativa (di piena efficacia del programma negoziale).

Per cui al momento dell'esecuzione delle singole prestazioni di pagamento degli interessi la disciplina particolare (il contratto) va verificata nella sua conformità alla disciplina ordinamentale generale in quel momento vigente e ciò dovrebbe consentire un' ulteriore e successiva qualificazione in ordine alla perdurante validità.

Si aprono in tal modo spazi per il riconoscimento a livello giurisprudenziale della cd. nullità parziale sopravvenuta della pattuizione accessoria di interessi usurari all'indomani dell'entrata in vigore della l. 108/1996.

Il dubbio interpretativo era alimentato, principalmente, dall'assenza di una disciplina transitoria volta a regolare i rapporti contrattuali sorti nel vigore della precedente normativa e ancora pendenti al momento della riforma.

Le soluzioni hanno contrapposto, da un lato, i detrattori dell'applicabilità immediata dello *ius superveniens* ai rapporti in corso in quanto la retroattività non era espressamente stata prevista dal legislatore, dall'altro quanti ne invocavano l'immediata vigenza, non potendo tollerarsi effetti in contrasto con i nuovi valori di carattere imperativo.

Quest'ultima posizione, risultata poi prevalente, valorizzava la presenza nel contratto di mutuo, quale contratto di durata, di una "prestazione continuata o periodica che tende a soddisfare un interesse durevole nel tempo e, quindi, non ancora esaurito al momento dell'entrata in vigore della legge sopravvenuta". Tale interesse va valutato nella sua compatibilità con gli interessi generali di cui la nuova legislazione si fa interprete. Per cui- sosteneva la giurisprudenza- poiché «l'obbligazione degli interessi non si esaurisce in una sola prestazione, concretandosi in una serie di prestazioni successive, ai fini della qualificazione usuraria dell'interesse, il momento rilevante è la dazione e non la stipula del contratto».

Se, pertanto, la clausola di previsione degli interessi, dal momento dell'entrata in vigore della nuova normativa in poi, non realizzerebbe interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento, la conseguenza sanzionatoria sarebbe costituita dalla nullità sopravvenuta per illiceità della causa e conversione- in attuazione del nuovo disposto dell'art. 1815, comma 2, c.c.- dell'originario rapporto oneroso in rapporto a titolo gratuito (cfr. Cass. Civ. 22 aprile 2000, n. 5286, in Banca Borsa, 2000, II, 620).

L'orientamento giurisprudenziale così affermatosi ha subito una battuta d'arresto per effetto dell'approvazione della l. 24/2001 che, qualificata come legge di interpretazione autentica della l. 108/1996, ha risolutivamente disposto che la valutazione di usurarietà dell'interesse deve essere compiuta al momento della stipulazione del contratto di mutuo, a nulla rilevando il momento successivo della dazione. Si è, dunque, così attribuito all'intervento legislativo il potere di dettare una modificazione retroattiva della disciplina anti-usura, sebbene la lettera della legge fosse silente in merito alle questioni di diritto intertemporale.

Si è così abbandonata la prospettiva della nullità sopravvenuta in favore dell'esplicita comminatoria di nullità dei soli interessi originariamente usurari.

Il filone normativo protettivo degli interessi economici ed informativi del contraente debole ha toccato, inoltre, dall'interno la disciplina organica dell'intermediazione finanziaria (d.lgs. 24/02/1998, n. 58), specie nella parte dedicata alla contrattazione.

Si è delineato un sistema di tutele imperniato su un rigore formalismo negoziale e su garanzie contenutistiche di tipo sostanziale.

In particolare, l'art. 23 TUF richiede ai fini della validità dei contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento la forma scritta, a pena di nullità (relativa).

Il contratto in esame viene comunemente definito contratto- quadro ed inquadrato in quell'«intesa, partecipe di alcune caratteristiche proprie del mandato (v. sul punto Cass. Civ. S.U., nn. 26274 e 26275/2007), ad efficacia immediata e ad esecuzione continuata, con cui intermediario e cliente predispongono un dettagliato regolamento contrattuale, che costituisce la cornice all'interno della quale si iscriverà la conclusione di futuri eventuali atti giuridici e da cui scaturiscono obblighi e diritti reciproci per entrambi i contraenti», di cui, invero, in giurisprudenza è discussa la stessa necessità.

Dal punto di vista dogmatico, si è in presenza di un contratto normativo, in grado di circoscrivere l'ulteriore manifestazione di autonomia negoziale attraverso i successivi atti attuativi del programma iniziale.

È bene sin da subito evidenziare il rapporto di collegamento negoziale a dipendenza unilaterale tra il suddetto contratto- quadro e gli ordini esecutivi dello stesso, al punto che la nullità del primo produce l'automatica caducazione dei secondi.

Pertanto, ai fini della validità del singolo ordine di esecuzione, va verificata- al momento in cui viene dato- non solo la sua conformità al contratto- quadro originario, bensì la legittimità di quest'ultimo che, in tanto, può operare come disciplina specifica del caso concreto in quanto risulti rispettoso della cornice normativa generale nel momento in cui torna ad essere invocato come parametro di raffronto (che è il tempo in cui il risparmiatore si determina allo specifico investimento).

È ben possibile che nelle more le prescrizioni generali del contratto quadro siano mutate, non solo per reciproca volontà delle parti, bensì in conseguenza del mutamento della normativa di fondo.

Orbene, in tale contesto di riferimento si colloca la dibattuta questione del mancato adeguamento del contratto- quadro stipulato in epoca antecedente all'entrata in vigore del TUF, in particolare, al contenuto precettivo dell' art. 23 e degli artt. 28 e 30 del regolamento Consob n. 11522/1998.

Anche al riguardo la giurisprudenza si è divisa. Trascurando la posizione di quanti negano la stessa natura imperativa della normativa sopravvenuta (rendendo, pertanto, inconfigurabile persino un'ipotesi di nullità virtuale), ciò su cui è opportuno soffermarsi è il contrasto tra l'indirizzo della giurisprudenza di merito (Trib. Bologna, II civ., 1135/2009 e Trib. Napoli n. 13184/2010 in www.ilcaso.it), favorevole a qualificare tanto l'art. 23 TUF quanto gli artt. 28 e 30 reg. Consob 11522/1998 come norme imperative, in quanto dettate a tutela dell'ordine pubblico e del pubblico risparmio, con la conseguenza di ammettere la sanzione della nullità sopravvenuta del contratto-quadro, e la posizione di taluni giudici che ritengono che le conseguenze del mancato adeguamento non possano incidere sul piano strutturale dell'atto, quanto piuttosto su quello degli effetti giuridici del medesimo, in termini di risoluzione del rapporto contrattuale per impossibilità sopravvenuta, ricollegabile all'impossibilità di consentire, in assenza di adeguamento, l'effettuazione di ordini correttamente eseguibili (Trib. Parma sentenze n. 1376/2007, 554/2008, 1840/2008 e 336/2009)- Quest'ultima ricostruzione consente, ad avviso della giurisprudenza che la sostiene, di fare salvi gli ordini effettuati dalla data di stipulazione del contratto-quadro fino all'entrata in vigore della nuova normativa, con effetti invalidanti, sub specie di nullità, dei soli ordini intervenuti in data successiva, dei quali viene riconosciuta la natura di contratti, e non meri atti, di esecuzione del contratto di mandato a monte.

Di recente, una pronuncia del Trib. Di Novara ha rimarcato l'adesione alla tesi della nullità sopravvenuta del contratto- quadro, soluzione ritenuta più in linea con il *dictum* della giurisprudenza di legittimità a sezioni unite in merito al *discrimen* tra norme di validità e norme di comportamento e conseguenze delle rispettive violazioni sul piano della fattispecie negoziale.

La nuova normativa finanziaria, oltre a richiedere la forma scritta quale requisito di validità del contratto, ha ampliato le prescrizioni contenutistiche del contratto quadro, il quale oggi funge da primo pilastro informativo per il cliente risparmiatore-investitore.

A ben vedere, pertanto, la questione controversa attiene al contenuto del contratto di negoziazione e, dunque, alla fase genetica dell'atto e non a quella attuativa del rapporto.

La Suprema Corte a sezioni unite, nell'ormai lapidario arresto giurisprudenziale del 2007, ha chiarito come la nullità del contratto per violazione di norme imperative

«postula violazioni attinenti ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e non già l'illegittimità della condotta posta in essere nel corso delle trattative prenegoziali o nella fase dell'esecuzione del contratto stesso.»

Conclude il Trib. Di Novara: "posto che i contratti di negoziazione stipulati prima dell'entrata in vigore del TUF e, pertanto, in genere dotati di un contenuto assai scarno, erano pienamente validi ed efficaci in base alla normativa previgente, il mancato adeguamento degli stessi alla nuova, lungi dall'incidere sulla fase attuativa del rapporto *sub specie* di deficit informativo, impinge proprio sul contenuto dell'atto, che si è palesato non più conforme alle prescrizioni di contenuto imposte dalle norme del TUF, già qualificate come imperative (Cass. Civ. S.U. n. 26724/2007); di qui la sanzione della nullità sopravvenuta che appare l'unica coerente con i presupposti di fatto e di diritto sopra analizzati (cioè il mancato adeguamento del contratto- quadro come vizio attinente al contenuto dell'atto e non alle modalità o all'esecuzione del rapporto)».

Le tre esemplificazioni casistiche evidenziano, pur nella diversità dei paradigmi argomentativi utilizzati, che, anche laddove non ci si trovi in presenza di una disciplina sopravvenuta dichiaratamente retroattiva, affinché il sopraggiungere di una nuova normativa imperativa possa incidere sul giudizio di validità dell'atto è necessario che essa impatti sul profilo contenutistico/strutturale (oggetto, causa, forma) di quest'ultimo, il quale deve venir in rilievo non solo per gli effetti che è ancora in grado di produrre, ma per la sua stessa e intrinseca potenzialità regolatoria.

Di nullità sopravvenuta si è parlato, con un taglio più pubblicistico, anche in materia di contratti pubblici di cui al d.lgs. 163/2006, relativamente ai rapporti tra annullamento in sede giudiziale dell'aggiudicazione definitiva ed effetti sul contratto già stipulato a valle. In tale ambito, nel variegato panorama ricostruttivo, va segnalato un approdo anacronistico che, muovendo dall'interpretazione dell'evidenza pubblica quale espediente per un corretto dispiegarsi della volontà negoziale della p.A., ha teorizzato nella concatenazione tra illegittima aggiudicazione ed effetti sul contratto una fattispecie di annullabilità sopravvenuta, per difetto di legittimazione sostanziale e, dunque,un caso di incapacità negoziale (*ex* art. 1425 c.c.).

Allorché, viceversa, la procedura ad evidenza pubblica è stata penetrata dai principi di derivazione europea, con sguardo rivolto alla tutela della libera concorrenza e della massima partecipazione delle imprese (specie sovranazionali), il rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e conseguenze sul contratto a valle è stato ricondotto ora all'ambito della nullità virtuale sopravvenuta (violazione di norme imperative), ora a quello dell'inefficacia da caducazione automatica, apprezzandone le conseguenze sul piano dell'efficacia.

Quest'ultima tesi ha poi prevalso con il recepimento della II direttiva cd. "ricorsi" (2007/66/CE), anche in considerazione del rilievo per cui la difformità dell'aggiudicazione, e, quindi, del contratto a valle dalla normativa di carattere imperativo si presentava come originaria, essendo "sopravvenuta" solo la relativa dichiarazione in sede giudiziale.

5. L'invalidità sopravvenuta nella attività di I livello.

L'attività provvedimentale, espressione del potere autoritativo unilaterale, è interamente attratta alla disciplina pubblicistica, la quale implica assoggettamento costante al principio di legalità.

Il profilo patologico è nella maggior parte dei casi offerto dalla violazione di norme imperative, poste a tutela di interessi pubblici e generali.

A differenza del diritto dei contratti, tale difformità tra norma e fattispecie produce, in via ordinaria, l'annullabilità del provvedimento (art. 21- *octies* l. 241/1990), essendo relegata la nullità a forma di invalidità eccezionale (art. 21- *septies* l. 241/1990).

Le ragioni di tale trattamento differenziato vengono storicamente individuate nell'esigenza di stabilità dell'azione amministrativa e di certezza dei rapporti giuridici che si fondano sul provvedimento.

Se, dunque, la causa principale che possa determinare l'invalidità dell'atto amministrativo è la sua sostanziale illegittimità, il problema della configurabilità di un'invalidità sopravvenuta va essenzialmente impostato avendo riguardo al fenomeno dello *ius superveniens.*

Si tratta, in altri termini di considerare in che modo l'innovazione normativa possa comportare un'annullabilità sopravvenuta.

Per la nullità, salve le ipotesi di nullità testuali e difetto di attribuzione (dove viene sempre in rilievo lo *ius superveniens*), "non pare potersi dare situazioni di invalidità

sopravvenuta, essendo inipotizzabile una nullità di un atto per mancanza di elementi essenziali presenti al momento della sua adozione o per la formazione di un giudicato formatosi successivamente ad essa."[45]

La dottrina negazionista sostiene che "in generale, poiché il provvedimento costituisce disciplina di una fattispecie determinata", la sua invalidità non potrebbe mutuarsi dal contrasto tra esso e un parametro di legittimità non ancora operante al momento in cui lo stesso è stato adottato.

Altra dottrina, invece,spinta da conseguenze applicative di non scarso rilievo (es. decorrenza del termine di impugnativa o di accertamento giudiziale in caso di nullità), cerca di delimitare il concetto di invalidità sopravvenuta e lo ravvisa in presenza di: a) un atto che al momento dell'adozione consti di tutti gli elementi essenziali e non presenti alcun vizio di legittimità; b)che esso, in un secondo momento, venga attinto da un difetto o da un vizio che non si risolva in un semplice ostacolo o impedimento alla sua efficacia; c) che in conseguenza di ciò l'atto sia nullo o annullabile.

Nello schema suddetto si tende a ricomprendere ipotesi eterogenee soprattutto per quanto concerne il momento di manifestazione e di rilevamento del vizio di legittimità.

- legge retroattiva che richiede un requisito di validità originariamente non previsto;
- legge di interpretazione autentica che attribuisce alla norma preesistente un significato diverso da quello su cui si è fondata la p.A., al momento dell'emanazione dell'atto;
- mancata conversione in legge del decreto legge posto alla base del provvedimento amministrativo;
- dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge istitutiva o regolativa del potere amministrativo o disapplicazione, in caso di fonte europea;
- provvedimento amministrativo in contrasto con una successiva norma di matrice europea;
- annullamento dell'atto presupposto di un altro atto (es. annullamento del concorso rispetto alla nomina dei vincitori). In quest'ipotesi, analogamente alla declaratoria di illegittimità di norme fondanti l'attribuzione del potere, l'atto va qualificato come originariamente invalido in quanto già al momento della sua

[45] BELLOMO, op. cit.

emanazione l'azione amministrativa non si profilava conforme al paradigma normativo, pur se il contrasto, non poteva ancora emergere perché non ancora accertato.

La riconducibilità di tutte le situazioni appena menzionate al paradigma dell'invalidità sopravvenuta dipende essenzialmente dall'ambito oggettivo che si riserva al concetto puro di sopravvenienza.

Accogliendo la definizione ampia di sopravvenienza "quale evento non previsto o non prevedibile secondo la migliore scienza ed esperienza, il quale può rilevare da un punto di vista meramente fattuale o giuridico", il cerchio non può restringersi alle mere ipotesi di *ius superveniens* retroattivo, perché ad esempio anche la valutazione di illegittimità costituzionale, pur essendo un effetto prevedibile, in concreto può non esserlo stato. Se, invece, il confronto viene circoscritto alle ipotesi di sopravvenienza giuridica imprevedibile, il cerchio si restringe notevolmente.

5.1 La legge sopravvenuta retroattiva.

Può accadere che una modifica normativa richieda un requisito di validità originariamente non previsto e la cui assenza renda il provvedimento difforme dal paradigma legale.

Da un punto di vista teorico il vincolo giuridico della retroattività imporrebbe di considerare la nuova normativa come già in vigore al momento dell'adozione dell'atto, con inconfigurabilità dell'invalidità successiva[46]. Tuttavia, da un punto di vista prettamente fattuale non può non cogliersene la dimensione temporale, in quanto il nuovo fattore giuridico non concorreva alla produzione degli effetti nel momento in cui il provvedimento è stato adottato.

Sul versante delle conseguenze applicative, è evidente il rischio di una tutela depotenziata per quanti abbiano lasciato decorrere il termine di impugnativa, non intravedendo profili alcuni di illegittimità.

Pertanto, quanti invocano il dominio della legge nel regolamentare fatti pregressi nei limiti della ragionevolezza, a condizione che la qualità dell'efficacia del provvedimento possa dirsi durevole nel tempo, recuperano la tutela

[46] FALCON G., *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1 ss..

dell'affidamento dei destinatari dell'atto differendo il *dies a quo*- per la decorrenza del termine di decadenza- all'entrata in vigore della nuova normativa.

Laddove, invece, il provvedimento fosse già *sub iudice*, si ritiene che il ricorrente possa invocare in tale sede il nuovo profilo di invalidità, determinando un ampliamento oggettivo del *thema decidendum* attraverso il ricorso all'istituto dei motivi aggiunti.

Qualora la normativa sopravvenuta abroghi retroattivamente la legge attributiva del potere può configurarsi una fattispecie di nullità sopravvenuta per difetto assoluto di attribuzione.

Secondo la teoria del fatto compiuto, l'esercizio del potere in modo conforme alla normativa all'epoca vigente dovrebbe rendere indifferente il provvedimento agli effetti dello *ius superveniens,* potendo quest'ultimo incidere sulla sequenza fatto-norma- potere-effetto fintantoché non si attivi il potere.

Una volta che esso sia stato esercitato il provvedimento gode di propria individualità, quale espressione del potere esecutivo, potendo semmai la normativa sopravvenuta che incida sul fondamento di attribuzione del potere incidere sull'illegittimità dell'atto (si veda *infra*, relativamente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma attributiva del potere).

5.2 La legge di interpretazione autentica.

In epoca posteriore al perfezionamento del provvedimento può verificarsi che venga approvata una legge di interpretazione autentica della normativa che fonda o regolamenta il potere amministrativo.

La dottrina costituzionalista nega valore di legge sopravvenuta a tale fattispecie, poiché difetterebbe del requisito dell'innovatività. Infatti, l'effetto diretto di un intervento chiarificatore da parte del legislatore consiste nello svelare uno dei possibili significati della disposizione originaria. Nel caso di soluzione differente da quella applicata dalla p.A. con l'approvazione del provvedimento, l'invalidità di quest'ultimo sarebbe originaria, in quanto ad essere sopravvenuta sarebbe la sola certezza dell'interpretazione corretta.

Di diverso avviso si è mostrata la Corte costituzionale che, in talune pronunce, ha riconosciuto come anche la legge di interpretazione autentica dia luogo ad una modificazione dell'ordinamento al pari delle altre leggi. Pertanto, vista la sua

ontologica operatività retroattiva, sarebbe ammissibile un'invalidità sopravvenuta del provvedimento contrario alla preferenza ermeneutica espressa dal legislatore.

5.3 Il decreto legge non convertito.

E' pacifico come la vigenza e l'efficacia del decreto legge siano temporanee. Parimenti provvisoria è la capacità del decreto- legge di fondare il potere provvedimentale pubblico e di costituirne il parametro di riferimento ai fini della valutazione di legittimità. In caso di avvenuta conversione in legge, senza emendamenti, *nulla quaestio*.

I problemi si pongono in caso di mancata conversione in legge da parte del Parlamento oppure nell'ipotesi di conversione con emendamenti (equivalente ad una parziale non conversione).

Infatti, l'art. 77, comma 3, Cost. prevede che «i decreti perdono efficacia *sin dall'inizio*, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione» . La caducazione con efficacia retroattiva del decreto legge determinerebbe una situazione analoga al vincolo giuridico che si viene a costituire nella summenzionata ipotesi di *ius superveniens* con forza retroattiva.

Operando *ex tunc,* determinerebbe un mutamento originario del quadro normativo alla cui stregua si è valutata la legittimità del provvedimento, per cui esso sarebbe nullo o annullabile sin dal momento della sua emanazione. Sebbene tale effetto sia attribuibile ad un fattore (mancata conversione) temporalmente e concretamente successivo.

Il decreto legge convertito in legge con emendamenti equivale ad una parziale non conversione e, dunque, la soluzione con riguardo ai profili di invalidità del provvedimento va apprezzata distinguendo in che misura permangano o vengano demoliti i fondamenti normativi del potere.

5.4 Dichiarazione di incostituzionalità della norma attributiva o regolativa del potere.

La fattispecie è analoga alla normativa sopravvenuta retroattiva. Infatti, l'ipotesi si riferisce a quei casi in cui la q.l.c. sia stata sollevata nell'ambito di un giudizio *a quo* instaurato per censurare la legittimità del provvedimento attuativo di legge contrastante con la normativa di rango costituzionale.

Non disponendo il giudice del potere di disapplicazione del provvedimento difforme dai parametri costituzionali, diversamente da quanto gli compete in presenza di un

contrasto con la normativa direttamente applicabile dell'ordinamento europeo, l'unico strumento a sua disposizione è offerto dalla rimessione della valutazione al giudizio di un organo accentrato, quale la Corte Costituzionale.

Sebbene l'art. 136 Cost. individui nel giorno successivo alla pubblicazione della decisione della Corte costituzionale il momento di perdita di efficacia della norma incostituzionale, l'orientamento giurisprudenziale prevalente, in applicazione del principio di ragionevolezza (Art. 3 Cost.), ritiene che l'efficacia retroattiva possa quantomeno riconoscersi nell'ambito del *giudizio a quo* e dei giudizi pendenti ove si controverta della medesima questione, con esclusione delle sole situazioni giuridiche già quesite.

Dunque, anche in tal caso ci si troverebbe in presenza di un mutamento normativo che è sopravvenuto solo da un punto di vista fattuale e in dipendenza dell'opzione del nostro ordinamento per un sistema accentrato di verifica della legittimità costituzionale. Se si considera, però, il rapporto tra l'atto *sub iudice* e l'ordinamento nel suo complesso (comprensivo, dunque, delle maggiori regole di sistema), l'invalidità è originaria.

Solo considerando il carattere originario dell'invalidità, d'altronde, risulta consentita, dopo la pronuncia di illegittimità costituzionale, la riapertura dei termini di impugnazione.

La questione è stata, di recente, riportata all'attenzione della giurisprudenza amministrativa in conseguenza della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 43 d.P.R. 327/2001 (norma di attribuzione del potere di acquisizione sanante), ad opera della pronuncia della Corte Cost. n. 293 del 2010.

La soluzione non appare divergente dall'assetto delineato dalla decisione dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato dell'8 aprile 1963, n. 8, con la quale venne precisato che "non esiste, tra la legge e l'atto amministrativo, un rapporto di consequenzialità, quale si ravvisa, ad esempio, tra l'atto preparatorio e l'atto finale di un procedimento amministrativo", per cui l'annullamento della legge non travolge, nel senso di farne cessare direttamente l'efficacia, l'atto amministrativo che ha fatto applicazione di essa.

"L'atto amministrativo"- si legge ancora nella decisione- "è manifestazione di autonomia del potere esecutivo ed ha perciò una vita ed una individualità sua propria; esso, quindi, non viene travolto dalla cessazione dell'efficacia della legge,

pur subendo ovviamente l'influsso delle vicende della norma cui ha dato applicazione".

La giurisprudenza successiva ha configurato i rapporti tra dichiarazione di incostituzionalità della legge attributiva di un potere amministrativo e provvedimento applicativo in termini di "illegittimità derivata" (Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2006, n. 3458), anche se parrebbe più appropriato affermare che l'atto, come nel caso di legge retroattiva, sia affetto da illegittimità sopravvenuta

5.5 Provvedimento amministrativo contrastante con norma europea immediatamente applicabile e ad efficacia diretta.

Negli ambiti materiali di competenza dell'Unione europea è nata la questione della possibilità di attribuire alla fonte normativa sovranazionale l'idoneità a fondare il potere amministrativo, all'interno dei singoli Stati membri. Si è, inoltre, a lungo discusso del connesso problema delle conseguenze della disapplicazione della normativa interna in contrasto con il diritto europeo sul provvedimento amministrativo.

Secondo la tesi della separatezza degli ordinamenti, la norma comunitaria non potrebbe affatto svolgere la funzione di attribuzione del potere né assurgere al rango di parametro diretto di legittimità dell'atto amministrativo. Per cui disapplicata la norma statale anticomunitaria, difetterebbe il potere e ricorrerebbe un'ipotesi di nullità del provvedimento.

Aderendo, invece, alla maggioritaria tesi favorevole all'integrazione tra i due ordinamenti, patrocinata da sempre dalla CGCE, la norma europea può fungere da parametro di legittimità. Per cui ad opera del provvedimento può essere violata tanto in modo diretto, quanto indiretto (ipotesi in cui il provvedimento è conforme ad una norma statale antieuropea).

In quest'ultima ipotesi, l'atto emanato sulla base di una norma antieuropea è, seppur medio tempore legittimo ed efficace, precario, "in ragione della provvisorietà della norma potenzialmente oggetto della non applicazione; trattasi di un vizio originario quanto alla decorrenza, ma sopravvenuto quanto alla riconoscibilità"[47]. In tale caso il giudice amministrativo disapplica la norma statale e

[47] PIGNATELLI G., *L'illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2008, 3635 ss.

annulla- vista la difformità ora diretta- il provvedimento amministrativo contrastante con il diritto sovranazionale.

Vi è un filone giurisprudenziale che distingue a seconda che la norma interna disapplicata sia regolativa del potere, determinandosi così l'annullabilità del provvedimento ad essa conforme, ovvero attributiva del potere, facendone derivare in tal caso la nullità dell'atto.

Sempre nella prospettiva di integrazione tra gli assetti ordina mentali, la norma interna e la disciplina europee dovrebbe concorrere a definire il perimetro di legittimità del provvedimento amministrativo.

Concentriamo l'attenzione sulla cd. ipotesi di illegittimità comunitaria diretta (sopravvenuta), ovvero quando il contenuto dell'atto autonomamente risulti in diretto contrasto con una norma comunitaria.

La fattispecie base è rappresentata, dunque, da un provvedimento viziato da violazione di legge, ove il parametro di legittimità è costituito dallo specifico referente europeo. Tale confronto è possibile solo se ad essere invocate siano norme di derivazione europee dotate di immediata applicabilità (principi dei Trattati, regolamenti, direttive *self executing*).

A differenza del vizio di incostituzionalità, il cui accertamento compete in modo accentrato alla Corte costituzionale, nell'illegittimità comunitaria in esame il sindacato sull'atto amministrativo assume sempre natura diffusa.

L'incidenza di una sopravvenienza giuridica sovranazionale va, pertanto, valutata alla stessa stregua della normativa sopravvenuta di natura interna, i cui effetti in termini di invalidità sopravvenuta tendono ad essere apprezzati allorché possa attribuirsi allo *ius superveniens* carattere retroattivo.

5.6 Illegittimità sopravvenuta per illegittimità derivata.

Spesso tra atti e provvedimento amministrativo si instaura un rapporto di concatenazione procedimentale (*ex multis*, si consideri l'annullamento del concorso rispetto alla nomina dei vincitori, annullamento del piano regolatore generale che inficia i successivi titoli abilitativi). In caso di illegittimità di un atto preparatorio, il vizio relativo si riflette, invalidandolo, anche sul provvedimento finale.

Tuttavia, al pari della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma sul cui fondamento sia stato emanato un provvedimento, l'illegittimità in esame è solo in

apparenza sopravvenuta, in quanto il prodotto dell'attività amministrativa *ab origine* non si profilava conforme al paradigma normativo.

Ad essere posteriore, ancora una volta, è l'accertamento del vizio invalidante. Avendo, tuttavia, carattere costitutivo e condizionante la verifica di illegittimità del provvedimento a valle, l'annullamento dell'atto preparatorio (evento sopravvenuto) rileva come *dies a quo* per l'attivarsi degli ordinari rimedi giustiziali e giurisdizionali avverso il primo.

La fattispecie dell'invalidità derivata, inoltre, non va confusa con l'illegittimità caducante, che copre le ipotesi in cui l'atto viziato e poi annullato costituisca il presupposto necessario ed unico- ad es. revisione della pianta organica delle farmacie- di altri atti, quali le autorizzazioni all'apertura di una nuova farmacia. Nell'invalidità viziante, invece, l'atto successivo deve essere oggetto di autonoma impugnazione e annullamento, non palesandosi quel nesso di presupposizione inscindibile.

5.7 Sopravvenuti motivi di pubblico interesse, mutamento della situazione di fatto e nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

Sopravvenienze di fatto e di diritto, che comportino rispettivamente modifiche sostanziali oggettive o l'emersione di ulteriori interessi pubblici, nonché la constatazione dell'inadeguatezza dei risultati ottenuti con il provvedimento rispetto allo scopo perseguito, si prestano come idonei a paralizzarne l'efficacia, allorché essa sia durevole nel tempo.

Trovano, infatti, inquadramento positivo nell'ambito della disciplina della revoca- atto discrezionale e di revisione per antonomasia- di cui all'art. 21- *quinquies* l. 241/1990, c.m. dalla l. 15/2005.

Non si ritiene, viceversa, possano impattare negativamente sulla validità dell'atto.

Sicuramente è da escluderlo nel caso di mutamento dei presupposti fattuali del provvedimento, i quali possono orientare in modo differente l'esercizio futuro del potere, ma gli è precluso incidere sugli effetti di un potere autonomamente svolto in modo corretto in passato.

Analogamente per l'ipotesi definita di *ius poenitendi* della p.A. ("*nuova valutazione dell'interesse pubblico originario"*), ove il rilievo della sopravvenienza presuppone un pregresso rapporto giuridico (e, dunque, la validità e l'efficacia del

provvedimento oggetto di revisione), di cui si coglie il contrasto- nell'assetto inciso dai nuovi elementi valutativi- con l'ottimale perseguimento dell'interesse pubblico.
Dubbi potrebbero porsi per il mutamento normativo dell'interesse pubblico ad opera di un intervento legislativo posteriore. Si sa che è la legge ad affidare alla p.A. la cura concreta e costante del cd. interesse pubblico primario. Allo stesso modo è la legge che può esautorarla o configurare difformemente quell'interesse.
Qualora la legge operasse in modo retroattivo- potrebbe azzardarsi- si inciderebbe sulla causa dell'atto, sul fondamento stesso del potere che, divenendo carente, produrrebbe, a sua volta, la nullità sopravvenuta del provvedimento.
È evidente, in realtà, che un siffatto operare della legge si esporrebbe a censure di incostituzionalità per violazione del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e della necessaria precedenza legislativa rispetto all'esercizio del potere (art. 97 Cost.).
Pertanto, nelle fattispecie analizzate, le conseguenze possono apprezzarsi non in termini di illegittimità sopravvenuta, ma esclusivamente in chiave di inopportunità sopravvenuta, giustificante l'esercizio del potere di revoca.

6. L'invalidità sopravvenuta negli accordi *ex* art. 11

Resta, infine, da analizzare l'incidenza invalidante delle sopravvenienze nell'ambito dell'esercizio consensuale dell'attività amministrativa, formalizzato nell'istituto degli accordi *ex* art. 11 l. 241/1990 (tra privati e p.A.) e degli accordi di cui all'art. 15 l. 241/1990 (tra pubbliche amministrazioni).
Il modulo procedimentale in esame si connota- come sopra anticipato- per l'innesto di principi classici, come la costante funzionalizzazione dell'agire amministrativo all'interesse pubblico e l'esistenza del potere autoritativo, all'interno di uno schema paritetico/ contrattuale.
L'ibrida veste ontologica comporta una modulazione della disciplina e degli effetti nel tempo in parte differente rispetto a quanto previsto in tema di contratti pubblici (si consideri, a titolo esemplificativo, il generale potere di recesso dall'accordo conferito unilateralmente alla p.A. in presenza di "*sopravvenuti motivi di pubblico interesse*", ex art. art. 11, comma 2, l. 241/1990, il quale diverge dal potere più circoscritto di cui all'art. 21 *sexies* l. 241/1990, specchio della tradizionale regolamentazione dell'istituto nel codice civile).

Lo scenario interpretativo ha visto delinearsi, in dottrina e giurisprudenza, due correnti di pensiero schierate, prevalentemente, su fronti contrapposti in merito alla natura giuridica degli accordi sostitutivi del provvedimento.

Abbandonate le posizioni assolute, la soluzione attuale oscilla tra la tesi privatistica e pubblicistica temperate.

La giurisprudenza che ha condiviso la prospettiva privatistica, tuttavia, ha, infatti, in più occasioni ribadito che, pur equiparandosi l'accordo al contratto, permanga comunque in capo alla p.A. il vincolo al perseguimento dell'interesse pubblico attribuito (dalla norma di azione) alla sua cura.

Si sottolinea, in particolare, come "l'utilizzo degli strumenti di diritto privato, quale espressione della capacità generale dell'ente pubblico, debba essere sempre giustificato in ragione della loro attinenza alle finalità curate dall'ente; e come il principio della capacità generale delle p.A. (*ex* art. 11 c.c.) debba coordinarsi con il necessario rispetto del principio di legalità cui, secondo un'autorevole e persuasiva dottrina, è soggetta anche l'attività di diritto privato della p.A. e che si traduce in un «vincolo di scopo» interno all'atto negoziale"[48].

Sennonché l'impostazione tendenzialmente pubblicistica nega che da tale qualificazione discenda automaticamente l'applicabilità integrale agli accordi delle norme di disciplina delle tradizionali forme di manifestazione unilaterale dell'azione amministrativa.

Anzi, la novità legislativa di cui all'art. 11 l. 241/1990 consiste nell'aver affiancato all'autoritatività e all'imperatività del provvedimento la dialettica negoziale, senza eliminare l'immanenza del potere pubblico, conservando- per tale ragione- un'espressa ipotesi di giurisdizione esclusiva (art. 133, co. 1, n. 2 c.p.a).

Si sovrappongono, pertanto, in tale figura positiva lo schema logico- formale dell'autoritatività (norma- potere- effetto) e lo schema paritetico (norma- fatto – effetto).

Un rafforzamento delle garanzie per l'affidamento del privato è offerto dalla previsione della forma scritta *ad substantiam*, configurando in caso contrario una

[48] TAR LOMBARDIA- Milano, sez. I, 12 febbraio 2009, n. 1253, in *Foro amm. TAR*, 2009, vol. 8, fasc. 2, 329- 337.

specifica ipotesi di nullità testuale.[49] Sono risolti a monte, pertanto, i dubbi relativi all'essenzialità della forma scritta quale modalità di esternazione della volontà della p.A.

L'obiettivo è quello di cristallizzare anche documentalmente i vantaggi reciproci frutto del compromesso raggiunto dalla p.A. con il soggetto privato.

La previsione più importante riguarda la seconda parte dell'art.11, comma 2, l. 241/1990, che fissa la regola dell'applicabilità agli accordi dei "principi" del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, alla duplice condizione della previa valutazione di compatibilità e della lacuna normativa.

In materia di nullità strutturale, ad esempio, è espressamente prevista- dalla prima parte dell'art. 11, comma 2- una deroga al regime ordinario delle nullità strutturali dettata dal codice civile (e, dunque, una disciplina speciale). Il difetto formale, infatti, è causa di nullità per mancanza di uno degli elementi essenziali *ex* art. 1418, comma 2 c.c. solo nelle ipotesi in cui la legge richieda la forma scritta *ad substantiam*. Tale specifica previsione non occorre in materia di accordi, operando la norma strumentale sopracitata.

Ai fini della disamina della problematica di fondo, il passaggio preliminare- in difetto di una chiara presa di posizione del legislatore- richiede di individuare il sistema normativo di riferimento per ciò che concerne la restante disciplina della nullità e dell'annullabilità degli accordi?

Il tema si intreccia inevitabilmente con la soluzione che si intende offrire alla questione relativa alla natura giuridica degli accordi.

Se nell'alternativa tra la tesi della natura privatistica temperata e quella pubblicistica temperata le argomentazioni tendano a bilanciarsi, deve darsi atto che la seconda posizione è stata ritenuta prevalente all'indomani delle modifiche apportate all'art. 11 l. 241/1990 dalla l. 15/2005 e dell'arresto della Consulta con la nota pronuncia n. 204 del 2004.

---

[49] La prescrizione di cui all'art. 11, comma 2, l. 241/1990 ha costituito una forte argomentazione utilizzata dalla dottrina avversa a ritenere che la forma scritta costituisca un elemento essenziale del provvedimento amministrativo (sebbene il combinato disposto dell'art. 2, comma 1, e dell'art. 3 l. 241/1990 deporrebbero in senso contrario). Infatti, si obietta che, diversamente, l'inosservanza del requisito formale produrrebbe di per sé la nullità *ex* art. 21- *septies* l. 241/1990, anche in assenza di un'esplicita presa di posizione legislativa.

Tale approdo giurisprudenziale, d'altronde, consente di uniformare meglio nel *genus* degli "accordi" le soluzioni interpretative elaborate sia con riferimento agli accordi integrativi del provvedimento discrezionale che a quelli sostituitivi, ormai ammessi con carattere di generalità.

Non si tratta di un problema di natura teorica, discendendo conseguenze applicative di rilievo.

In particolare, l'opzione per una soluzione ermeneutica piuttosto che per l'altra incide sull'ampiezza del rinvio ai *principi* del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, tanto maggiore quanto più si converge per il riconoscimento di una natura intrinsecamente privatistica.

Norme di "principio" sono state ritenute le disposizioni che regolano gli elementi consensuali puri dell'atto (BELLOMO). In particolare, si è ritenuto che potessero considerarsi norme complementari della disciplina dell'art. 11 l. 241/1990 quelle dettate dal codice civile in tema di formazione ed interpretazione dell'accordo (artt. 1326, 1327, 1328, 1330, 1333, 1335, 1362- 1371). Ritenute applicabili, altresì, le previsioni privatistiche relative alla condizione, all'efficacia e all'integrazione del contratto; nonché taluni parametri di natura generale in ambito di obbligazioni (artt. 1173, 1174, 1176, 1181, 1184) e di correttezza contrattuale e relativi rimedi (artt. 1376, 1460, 1461).

E per quanto concerne la patologia degli accordi?

La prevalenza per l'impostazione pubblicistica dovrebbe condurre ad apprezzare la violazione di norme imperative alla stregua della violazione delle norme di azione per la p.A., comportanti l'illegittimità/annullabilità del provvedimento *ex* art. 21-*octies* l. 241/1990 e ad inquadrare i vizi della volontà *sub specie* di eccesso di potere.

Viceversa, in un'ottica privatistico- temperata, il rapporto diritto comune/ diritto pubblico si presenterebbe come relazione tra regola ed eccezione e ciò guiderebbe l'interprete verso una rigorosa selezione nell'ambito delle norme imperative di quelle che effettivamente rispondano ad appagabili esigenze di funzionalizzazione, rendendo in caso contrario applicabile la previsione dell'art. 1418, comma 1, c.c

In tal senso, si registrano voci insistenti anche della giurisprudenza amministrativa, la quale ribadisce che "la funzionalizzazione dell'accordo persiste, ma trova sfogo nell'ordinario regime di invalidità e patologia dei contratti, in cui si convertono le

invalidità amministrative e nell'apertura della fattispecie all'interesse pubblico, conglobandolo nella causa dell'accordo".

A titolo esemplificativo, il perseguimento da parte della p.A. di interessi diversi da quelli stabiliti dalla legge- che, secondo le logiche dell'autoritatività, sfocerebbe in censura di eccesso/sviamento di potere- nella prospettiva dell'invalidità civilistica si configurerebbe come difetto di causa in concreto, determinante la nullità strutturale dell'accordo *ex* art. 1418, comma 2, c.c.[50]

L'esigenza, tuttavia, di contraddistinguere l'interesse pubblico dalla causa tipica dei contratti è ribadita nei commi 4 e 4- *bis* dell'art. 11 l. 241/1990, ove si ammette una considerazione unilaterale dell'interesse pubblico, il quale nel primo caso è soggetto ad una sopravvenienza che ne riscrive i contorni giustificando il recesso dall'accordo per la sola p.A., nella seconda previsione viene esternato- sul piano oggettivo- nella determinazione preliminare dell'organo competente, la quale vincola il futuro oggetto dell'accordo a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento.

Preferendo considerare la cura dell'interesse pubblico quale limite esterno alla liceità dell'accordo, non sembra possibile ammettere un'illegittimità sopravvenuta dello stesso in presenza di una normativa che imponga mutamenti nella valutazione originaria (ovvero nell'ipotesi di declaratoria di illegittimità costituzionale della norma di individuazione dell'interesse pubblico specifico). Più condivisibile accedere alla soluzione che si è, in precedenza, offerto con riguardo all'impatto delle sopravvenienze sul provvedimento unilaterale.

---

[50] La dottrina amministrativistica ha approfondito e condiviso l'esistenza di un rapporto di autonomia funzionale tra la causa (elemento mutuato dalla disciplina privatistica) e l'interesse pubblico, restando, tuttora, controverso il ruolo che rispettivamente quest'ultimo rivesta nella struttura degli accordi (se di elemento costitutivo ovvero di limite esterno di liceità). Qualora, pertanto, la p.A. stipuli accordi eccedenti l'ambito delle proprie finalità istituzionali si discute se la conseguenza debba essere quella della nullità dell'atto negoziale (strutturale o virtuale) ovvero quella della sua annullabilità (per l'incapacità legale a contrattare, a norma dell'art. 1425 c.c., divenendo- in tal caso- i vizi della volontà rilevanti *sub specie* di eccesso di potere). L'orientamento teso a valorizzare gli aspetti privatistico- contrattuali dell'accordo aderisce alla tesi della nullità, in quanto la relativa disciplina è reputata più idonea a garantire tutela al principio di legalità.

Concludendo, pertanto, a favore di un'inopportunità sopravvenuta, piuttosto che di un'invalidità (sopravvenuta).

L'invalidità sopravvenuta dell'accordo è stata, invece, prospettata per l'annullamento d'ufficio della determinazione preliminare (non per la revoca, presupponendo quest'ultima un provvedimento ad efficacia durevole, nel caso di specie mancante).

Fermo restando la verifica in concreto dei presupposti temporali ed oggettivi richiesti dall'art. 21- *nonies* l. 241/1990, l'efficacia retroattiva dell'annullamento in via d'autotutela, infatti, produrrebbe la nullità dell'accordo, per impossibilità giuridica dell'oggetto dell'accordo o, secondo altra dottrina, per mancanza della volontà.

Per gli accordi cd. "organizzativi" tra pubbliche amministrazioni, in virtù del rinvio dell'art. 15, comma 2, l. 241/1990 all'art. 11, commi 2 e 3, l. 241/1990 (nei limiti della clausola di compatibilità), valgono le medesime considerazioni svolte con riferimento al modulo consensuale in cui è parte il privato.

Diritto Processuale Civile

Il filtro in appello.
Brevi note sulla nozione di (non) ragionevole probabilità di accoglimento dell'impugnazione

di Alberto Eramo

Con l'introduzione dell'art. 348 *bis*[51] c.p.c., come ormai ben noto, si prevede l'ipotesi che l'appello sia dichiarato inammissibile ***"quando non ha una ragionevole probabilità"*** di essere accolto.

Tale pronuncia di inammissibilità, prosegue l'art. 348 *ter* c.p.c.[52], avviene con ordinanza succintamente motivata nella prima udienza, prima di procedere alla

---

51 *Art. 348-bis* ***((Inammissibilita' dell'appello))****. - Fuori dei casi* in cui deve essere dichiarata con sentenza l'inammissibilita' ol'improcedibilita' dell'appello, l'impugnazione e' dichiarata inammissibile dal giudice competente quando non ha una ragionevole probabilita' di essere accolta.

Il primo comma non si applica quando: a) l'appello e' proposto relativamente a una delle cause dicui all'articolo 70, primo comma; b) l'appello e' proposto a norma dell'articolo 702-quater.

52 *Art. 348-ter (Pronuncia sull'inammissibilita' dell'appello).* - All'udienza di cui all'articolo 350 il giudice, prima di procedere alla trattazione *((sentite le parti))*, dichiara inammissibilel 'appello, a norma dell'articolo 348-bis, primo comma, con ordinanzasuccintamente motivata, anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o piu' atti di causa e il riferimento a precedenti conformi. Il giudice provvede sulle spese a normadell'articolo 91.

L'ordinanza di inammissibilita' e' pronunciata solo quando sia per l'impugnazione principale che per quella incidentale di cuiall'articolo 333 ricorrono i presupposti di cui al primo comma dell'articolo 348-bis. In mancanza, il giudice procede allatrattazione di tutte le impugnazioni comunque proposte contro la sentenza.

Quando e' pronunciata l'inammissibilita', contro il provvedimento di primo grado puo' essere proposto, a normadell'articolo 360, ricorso per cassazione *((...))*. In tal caso il termine per il ricorso per cassazione avverso il provvedimento diprimo grado decorre dalla comunicazione o notificazione, se anteriore, dell'ordinanza che dichiara l'inammissibilita'. Si applical'articolo 327, in quanto compatibile. Quando l'inammissibilita' e' fondata sulle stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a base della decisione impugnata, il ricorso per cassazione di cui al comma precedente puo' essere proposto esclusivamente per i motivi di cui ai numeri 1), 2), 3) e 4) *((del primo comma))* dell'articolo 360.

La disposizione di cui al quarto comma si applica, fuori dei casi di cui all'articolo 348-bis, secondo comma, lettera a), anche al ricorso per cassazione avverso

trattazione, sentite le parti ed anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa ed il riferimento ai precedenti conformi.

Si tratta invero di quello che è stato definito un "secondo filtro"[53] e che nell'intento del legislatore dovrebbe rappresentare un metodo per deflazionare la giustizia civile.

Viene dunque immesso nel codice di procedura civile il concetto di ragionevolezza (mutuato da altri ordinamenti giuridici dove è fondamentale il concetto di reasonableness), sinora sconosciuto al codice di rito ma utilizzato nella giurisprudenza costituzionale, nel codice di procedura penale e nel diritto amministrativo, ove esso assume ben precise e diverse connotazioni.

Nel diritto processuale civile invece – almeno per quel che inerisce all'art. 348 bis – ancora non è possibile formulare e definire i contorni della *"ragionevole probabilità"* ed infatti tale profilo ha sollevato le più aspre critiche della dottrina.

Per alcuni [54] *"Non è, infatti, indicato alcun criterio di giudizio, cosicché la valutazione della mancanza di «una ragionevole probabilità» di accoglimento è affidata alla* ***discrezione del giudicante*** *e, quindi, anche al mero fastidio di occuparsi dell'impugnazione. Ogni sforzo interpretativo diretto a riempire di contenuti specifici l'aberrante formulazione normativa avrebbe il valore di una mera esortazione"*

Per altri [55,] *il parametro di giudizio che l'impugnazione non abbia una «ragionevole probabilità di essere accolta» concede un margine di apprezzamento eccessivo al giudice dell'impugnazione. A fronte di un sottilissimo strato di appelli manifestamente infondati sotto ogni cielo, vi sarà la maggior parte dei casi in cui il giudizio d'inammissibilità significherà molte cose diverse, a seconda del temperamento e della volontà del giudice che lo pronuncia. Accadrà ciò che non dovrebbe accadere: che sul giudizio d'inammissibilità peseranno le condizioni di*

---

la sentenza d'appello che conferma la *decisione di primo grado.»;*

53 T. Galletto "Doppio filtro" in appello, "doppia conforme" e danni collaterali in www. Judicium.it. Il primo filtro viene individuato nella verifica del rispetto dei requisiti di forma-contenuto dell'atto di appello.

54 G. Costantino: Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del "filtro" in www.Treccani.it.

55 R. Caponi, Guida al diritto 35/12

lavoro del giudice dell'impugnazione, predisponendo quest'ultimo ad un giudizio molto severo laddove il carico delle cause pendenti sul suo ruolo sia pesante. "

Altri[56] ancora sottolineano la sostanziale incapacità delle nuove norme (e quindi anche della formula) di determinare benefici effetti infatti *"... per poter decidere alla prima udienza e preliminarmente alla trattazione se l'appello non ha una ragionevole probabilità di essere accolto, dovranno studiarsi a fondo tutte le cause perchè solo così potranno delibare quella ragionevole possibilità e provvedere in conseguenza. E' facile, pertanto, prevedere che, salvo casi limite di mera scuola, quei giudici non applicheranno mai la nuova norma e salteranno a piè pari l'ordinanza succintamente motivata continuando ragionevolmente a comportarsi come al solito".*

Il vero punto dolente della nuova normativa va rinvenuto tuttavia, a parere di chi scrive, principalmente nel fatto che le disposizioni in parola sono applicabili all'appello, e quindi ad un giudizio che involge il riesame del fatto e quindi una nuova valutazione nel merito della quaestio controversa.

Tale ultima circostanza impedisce concettualmente che il giudice possa compiere una mera ricognizione degli atti di causa, dovendosi invece soffermare a rivalutare complessivamente e nel merito i (necessariamente controversi) dati di fatto su cui si è basata la sentenza di primo grado e che sono oggetto della impugnazione.

Al di là di questa osservazione è certo però che la ragionevolezza non può idealmente essere identificata nella esecuzione di una mera operazione matematica e quindi nell'impiego di norme precedentemente stabilite, così come essa ovviamente costituisce l'alternativa logica all'arbitrio.

Molti si sono soffermati a definire il criterio della ragionevolezza quale canone statistico. Osserviamo tuttavia come tale canone appaia insufficiente e costituente una petizione di principio in quanto dipendente dal valore che si intende scegliere quale parametro, anche se rappresentativo del pensiero e del patrimonio culturale giuridico.

Non si può tra l'altro trascurare che la ragionevolezza - per sua natura - assume un carattere multiforme e comunque destinato a modificarsi nel tempo.

---

56 G. Monteleone : Il processo civile in mano ai tecnici, in www.judicium.it

Ma se è certamente vero che, se ragionevole appare ciò che è di immediata percezione ed incapace di generare dubbi, è chiaro che nel contesto di cui è parola la ragionevolezza non può che essere proprio l'esito di una comparazione tra le ragioni significative delle parti.

In definitiva, ci sembra così di dover affermare come la introduzione della categoria di "ragionevolezza" all'interno del codice di procedura civile appaia ben accompagnata da innumerevoli profili problematici[57], tali da rendere sicuramente antieconomico il pieno utilizzo dell'istituto del filtro.

Eppure, non possiamo non accorgerci che la possibilità di delineare qualche vago contorno ci viene fornita dal Legislatore stesso, sebbene in modo purtroppo del tutto scontato ed affetto da circolarità viziosa.

Ed infatti una prima linea per circoscrivere la ragionevolezza è indicata dall'art. 348-ter cpc allorchè si prescrive che il Giudice emetta l'ordinanza di inammissibilità *"mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o piu' atti di causa".*

Tale linea è assolutamente sfumata, ma almeno non si spazia nell'infinito.

Riteniamo che il *"rinvio agli elementi di fatto"* non possa che richiamare esclusivamente elementi inoppugnabili e per i quali l'interpretazione non solo non è controversa, ma ha altresì un elevatissimo grado di certezza.

L'ipotesi di una scelta *"ragionevole"* su un punto estremamente controverso della causa, liquidato con una *"motivazione succinta"* appare infatti una contraddizione in termini.

Non si è così quindi semplicemente all'interno di una (nuova) valutazione della prova, bensì alla constatazione dell'esistenza di elementi di fatto (decisivi ai fini del decidere) che non sono soggetti ad interpretazione ma possiedono quella che potremmo definire la capacità automatica di definire la causa (p.e.: l'esistenza o meno di un documento richiesto ad substantiam che non debba essere oggetto di interpretazione).

57 Basti pensare alla già cennata necessità del giudice comunque di compiere la necessaria attività di studio integrale del fascicolo e di interpretazione, oltre a quella – a questo punto emergente – di determinare la "ragionevolezza" della propria decisione.

Il secondo criterio interpretativo, tale da individuare un aiuto alla qualificazione della " ragionevole probabilità" è il ricorso ai precedenti conformi (art. 348-ter).

Trattasi in questo caso di un criterio che dovrebbe richiamare l'intenzione di fare riferimento – all'interno della *"succinta motivazione"* - alla giurisprudenza corrente.

Premesso che – a parere di scrive – la scelta è assolutamente opinabile per il solo fatto che una valutazione di tal fatta dovrebbe essere demandata alla Corte di Cassazione in funzione nomofilattica, il metro in parola potrà applicarsi solo nei ben pochi casi in cui la giurisprudenza sia invece costante su un punto, dando luogo - in caso di alternanza della giurisprudenza sul punto controverso - una declaratoria di inammissibilità con *"succinta motivazione"* ad una vera e propria ingiustizia, aggravata dal difetto (pur legalmente previsto, si badi bene) di motivazione sulla scelta operata dal giudice.

Diritto Processuale Penale

L'inammissibilità della costituzione di parte civile nel procedimento penale eseguita dal sostituto d'udienza

di Barbara Carrara

È un fatto di tutta evidenza che la parte offesa nel giudizio penale sia un ospite poco più che tollerato; sin dagli esordi della nuovo codice apparve ben chiaro come un istituto di stampo inquisitorio quale è la costituzione di parte civile avrebbe sicuramente avuto vita difficile nel rinnovato generale assetto accusatorio.

Lo stesso venir meno della pregiudizialità del processo penale venne d'altro canto individuato quale sicuro segnale dell'intento – assolutamente manifesto - di far convogliare l'azione civile verso la sua sede naturale, al di la' poi del rafforzamento del ruolo della parte offesa dal reato, effettuata attraverso la previsione di norme ad hoc inserite in ben tre corpi distinti del codice di procedura penale [58] [59].

---

58 Estremamente significative, in tal senso, la ricostruzione e la valutazione proposte da E. Amodio, " *Parte civile, responsabile civile e civilmente obbligato per la pena pecuniaria*" in Commentario del nuovo codice di procedura penale, I, Giuffrè, Milano, 433 - 439.

L'Autore rileva infatti la compresenza di due linee tendenzialmente opposte e – per certi versi – confliggenti: " *Una linea di forte ridimensionamento del ruolo subalterno della parte civile, che si esprime nella riduzione del tradizionale principio di accessorietà dell'azione civile nel processo penale, si scontra con un orientamento che vuole creare una barriera alla penetrazione di interessi non penali nell'iter di accertamento dei fatti di reato*".

59 E' stato da più parti rilevato che l'entrata della parte offesa nel giudizio penale non sia sovente finalizzata, come dovrebbe, alle restituzioni ed al risarcimento del danno, quanto piuttosto a rafforzare la pubblica accusa, come avviene talora quando le costituzioni sono simboliche ed il risarcimento richiesto è una somma minima, per cui si crea l'anomala presenza di una accusa privata, la quale non è ovviamente legata alle esigenze di giustizia del rappresentante dello Stato.

D'altro canto, come nota G. Lozzi, non inserire la possibilità della azione civile ove si preveda che il giudicato penale abbia efficacia vincolante nel giudizio civile od amministrativo per le restituzioni od il risarcimento del danno concreto di danno, avrebbe poi significato sicuramente esporre la normativa al rischio di incostituzionalità ex art 24 comma 2 Cost. (cfr. G. Lozzi, Lezioni di procedura penale, Giappichelli, 1994, pag. 64-65.

Non ci si può tuttavia esimere dal rimarcare in questa sede come, se pure sia sempre più frequente che la parte civile finisca con l'assumere di fatto il ruolo

E' del pari evidente come l'esercizio della azione civile per le restituzioni ed il risarcimento del danno in ambito penale comporti necessariamente un appesantimento del rito e delle procedure; e non è quindi davvero un caso che nella normativa si ravvisino alcuni punti che potrebbero sembrare quasi volti ad orientare la parte offesa verso il rito civile e le sue più rassicuranti presunzioni probatorie[60].

Sin dallo stesso dettato dell'art. 75, 2 e 3 comma c.p.p. viene così ribadita la tendenziale autonomia del giudizio penale rispetto al giudizio civile; i diversi giudizi potrebbero anche percorrere vie e giungere a destinazioni del tutto differenti[61]

---

dell'accusa, in particolare modo in quei processi ove la parte pubblica non abbia particolare interesse, che l'azione civile nel giudizio penale ha sempre avuto prerogative sue proprie che non la rendono una parte poco più che casuale: in particolare, giova rammentare il provvedimento che non ha permesso al Pubblico Ministero di svolgere attività riservate al danneggiato (Cass. Pen. VI sez. 22.11.1996, Lupatelli, in Mass. Uff. 206896, 1997).

60 Secondo D. Siracusano, non vi è deterrente più persuasivo, in realtà, del fatto che " *la sentenza irrevocabile di assoluzione con la quale il giudice del dibattimento dichiari che il fatto non sussiste*, *che l'imputato non lo ha commesso, che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una legittima facoltà – pronunzie tutte svantaggiose per chi esiga in risarcimento ex delicto – mentre vincola, negativamente si capisce, l'accertamento civile in sede penale, nessuna efficacia esplica sull'accertamento civile in sede propria* "(v. art. 652 comma 1 c.p.p) : D. Siracusano, Diritto Processuale Penale, Vol. 1, pag. 186.

61 " Art. 75 *Rapporti tra azione civile e azione penale.* 1. *L`azione civile proposta davanti al giudice civile può' essere trasferita nel processo penale fino a quando in sede civile non sia stata pronunciata sentenza di merito anche non passata in giudicato (324 c.p.c.). L`esercizio di tale facoltà' comporta rinuncia agli atti del giudizio (306 c.p.c.); il giudice penale provvede anche sulle spese del procedimento civile (541). 2.L`azione civile prosegue in sede civile se non e' trasferita nel processo penale o e' stata iniziata quando non e' più ammessa la costituzione di parte civile (79) 3. Se l'azione è proposta in sede civile nei confronti dell'imputato dopo la costituzione di parte civile nel processo penale o dopo la sentenza penale di primo grado, il processo civile è sospeso fino alla pronuncia della sentenza penale non più soggetta a impugnazione, salve le eccezioni previste dalla legge [c.p.p. 71, 88, 441, 444].*

poiché nulla esclude che si possa giungere ad una ipotesi - non poi così remota - di giudicati contrastanti in sede civile e penale" [62].

La giurisprudenza di legittimità si è in passato divisa tra due opposte linee di pensiero, divise tra una corrente più formale, che non ha mai fatto mistero di una certa insofferenza verso l'ingresso della azione civile nel procedimento penale ed una linea di maggior favore verso una parte che, comunque, si ritiene abbia subito un danno dal fatto reato.

Numerosi sono stati tuttavia i problemi connessi all'ingresso del danneggiato nel processo penale, problemi in parte legati al difficile raccordo con la normativa ed i principi in tema di azione civile; fra le numerose questioni, possiamo sicuramente menzionare la discussa problematica in merito alla costituzione fuori udienza della parte civile – prevista dall'art. 78 del codice di rito - tramite notifica alle altre parti dell'atto di costituzione di parte civile, ove si è a lungo discusso se la notifica dovesse essere effettuata, o meno, tramite copia conforme dell'atto previamente depositato presso la Cancelleria del giudice procedente e poi notificato all'imputato ed al PM[63], oppure si potesse ritenere sufficiente la notifica dell'atto sottoscritto dal difensore e poi depositato in cancelleria.

Del pari, si può anche rammentare la non meno discussa problematica afferente la possibilità per la parte offesa del deposito della lista testi prima della costituzione in udienza; questione anche questa risolta positivamente dalle Corti di merito e di legittimità tramite il ricorso all'art. 90 c.p.p., che permette alla parte offesa – non ancora costituita parte civile – di indicare comunque elementi di prova[64].

Non così favorevole alla parte offesa sono invece le decisioni di merito e di legittimità, in tema di costituzione della parte civile per il tramite del sostituto processuale ex art 102 c.p.p.

---

62 Così Corte Costituzionale, sul principio di parità delle giurisdizioni, con sen. n. 11.07.2003 n. 233 .

63 La giurisprudenza di merito ha risolto il punto in base al generale principio della libertà delle forme degli atti ordinari, non ritenendo così' necessaria la notifica alle parti di copia conforme, ma sufficiente la sola notifica di copia dell'atto sottoscritto dal difensore con il successivo deposito del medesimo atto in Cancelleria.

64 Cass. Penale sezione VI, 13.07.1999 n.9967; più recente, Cass. Sezione IV Penale, 14.1.2011-4.2.2011, n. 4372.

Il punto critico per il difensore del danneggiato è infatti l'ingresso vero e proprio nel processo penale che - secondo il disposto letterale della norma - rientra tra quelle questioni preliminari che il giudice deve decidere prima di dar luogo alla apertura del dibattimento ed alla ammissione delle prove.

La costituzione, infatti, a tenore dell'art. 70 c.p.p., deve avvenire per l'udienza preliminare e – successivamente – fino a che non siano compiuti gli accertamenti previsti dall'art. 484 c.p.p.

Si noti si da ora che, a differenza del difensore dell'imputato, la parte offesa - costituenda parte civile- non può avere che un solo difensore [65] [66] , il quale non ha tra l'altro alcun diritto al rinvio per legittimo impedimento, invece espressamente riservato al solo difensore dell'imputato; com'è evidente, nella prassi giudiziaria queste peculiarità possono creare più di un problema al legale della parte lesa dal fatto di reato, che potrebbe trovarsi dinanzi alla scelta contemporanei processi complessi nei quali non gli è concesso in alcun modo di ottenere un pur breve rinvio che gli consenta di presenziare ad entrambi.

Qualora debba effettuare la costituzione di parte civile in udienza, al difensore che assommi in sé anche la qualità di procuratore ex art. 122 c.p.p. non è purtroppo neppure consentita la sostituzione processuale; nella delicata fase della costituzione delle parti, una costante giurisprudenza ha escluso che sia permessa la costituzione di parte civile tramite un sostituto processuale ex art. 102 c.p.p., il quale può fare le veci, opportunamente delegato, del difensore ma non del procuratore speciale ex art.122 c.p.p.

Il punto di partenza è dato quindi dalla essenziale distinzione tra mandato alle liti ex art 100 c.p.p. e procura speciale per la costituzione di parte civile prevista dagli articoli 76 – 122 c.p.p.

---

65 Art. 101. Difensore della persona offesa.1. La persona offesa dal reato, per l'esercizio dei diritti e delle facoltà ad essa attribuiti, può nominare un difensore nelle forme previste dall'articolo 96 comma 2. 2. Per la nomina dei difensori degli enti e delle associazioni che intervengono a norma dell'articolo 93 si applicano le disposizioni dell'articolo 100.

66 Il fatto che la parte offesa nomini due difensori non comporta di per se' alcuna nullità od inammissibilità: al danneggiato verrà chiesto di indicare il difensore prescelto oppure di revocare quello precedentemente indicato.

In virtù infatti della procura speciale, il difensore rappresenta il suo assistito nella titolarità del diritto ad ottenere il risarcimento del danno (la legitimatio ad causam), che per sua natura, non è ulteriormente delegabile; nel diverso caso del mandato alle liti ex art 100 c.p.p., il legale assume invece la rappresentanza processuale - giacché la parte offesa deve necessariamente stare in giudizio con il ministero di un difensore - la quale può invece essere delegata, a sua volta, ad un sostituto processuale, come in ogni altro caso, ex art 102 c.p.p.

I giudici di legittimità, in questo senso, hanno adottato un orientamento costante; sin dalle pronunce più risalenti[67], si è rimarcato come il dato normativo preveda che l'azione civile debba essere introdotta personalmente dalla parte offesa, anche a mezzo di procuratore speciale [68].

La parte offesa dovrebbe quindi costituirsi personalmente, ma viene consentito alla stessa di avvalersi anche dell'ausilio di un procuratore, che dovrà pertanto essere munito di idonei poteri sostanziali tramite atto rilasciato, a pena di inammissibilità, con le forme previste dal' art 122 cp.p.[69]

---

67 Cass. Pen. Sez. V 23.10.2009 n. 6680; Sez. IV 13.05.2005 n.22601, Fiorenzano; Sezione III, 27.01.2006 n.13699, Ibrahim.

68 Art 76 c.p.p *1. L'azione civile nel processo penale è esercitata [c.p.p. 74], anche a mezzo di procuratore speciale, mediante la costituzione di parte civile.2. La costituzione di parte civile produce i suoi effetti in ogni stato e grado del processo [c.p.p. 441, 444].)*

69 Art. 122. c.p.p. *Procura speciale per determinati atti. 1. Quando la legge consente che un atto sia compiuto per mezzo di un procuratore speciale, la procura deve, a pena di inammissibilità, essere rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata e deve contenere, oltre alle indicazioni richieste specificamente dalla legge, la determinazione dell'oggetto per cui è conferita e dei fatti ai quali si riferisce. Se la procura è rilasciata per scrittura privata al difensore, la sottoscrizione può essere autenticata dal difensore medesimo (1). La procura è unita agli atti. 2. Per le pubbliche amministrazioni è sufficiente che la procura sia sottoscritta dal dirigente dell'ufficio nella circoscrizione in cui si procede e sia munita del sigillo dell'ufficio. 3. Non è ammessa alcuna ratifica degli atti compiuti nell'interesse altrui senza procura speciale nei casi in cui questa è richiesta dalla legge.* (1) Periodo aggiunto dall'art. 13, L. 16 dicembre 1999, n. 479. Vedi, anche le ulteriori disposizioni dello stesso art. 13.)

Grazie alle modifiche poi apportate dalla legge Carotti (l.16.12.1999 n.479), l'ultimo periodo del primo comma dell'articolo 122 c.p.p permette ora l'autentica della sottoscrizione direttamente al legale cui la procura viene rilasciata, che verrà ad assommare così in sé sia la veste del procuratore speciale che quella ben diversa del difensore.

Nel caso di procura rilasciata a soggetto diverso dal difensore nominato, la forma non potrà che essere quella dell'atto pubblico oppure della scrittura privata notarile.

Procura speciale e mandato difensivo sono pertanto due atti ontologicamente e funzionalmente distinti, che possono anche – ma non necessariamente - fare capo alla unica persona del difensore.

Il fatto che non venga espressamente prevista la possibilità anche per il procuratore speciale di nominare un sostituto processuale come avviene invece per il difensore - è stata così costantemente interpretata dalla giurisprudenza come l'impossibilità di delegare i poteri processuali o sostanziali che il procuratore speciale riceve dalla parte; mentre il difensore può quindi delegare la rappresentanza processuale, solo la parte offesa puà delegare il potere di costituzione quale parte civile (cfr. Cass. Pen. 5 sezione penale, 11.07.2011 n.37361).

La Suprema Corte è recentemente tornata sul punto con il provvedimento della terza sezione penale (24.01.2012 n. 2848), specificando altresì che il sostituto di udienza opera appunto in maniera vicaria rispetto al difensore e non al procuratore speciale, e, pertanto, non sono delegabili i poteri sostanziali ma solo le attività defensionali.

Qauli possono quindi essere le alternative valide nel caso in cui, come sovente avviene, il difensore nominato non possa presenziare alla'udienza?

La miglio soluzione appare essere sicuramente la presenza del diretto interessato in aula, poiché la parte offesa in udienza potrà eventualmente sempre "sanare" la mancanza del procuratore speciale, giacché in tal caso la costituzione si intenderà eseguita dalla parte personalmente (conforme, Cass. Pen.37361/11 già citata; Sez, 5, 03.02.2010 n.19548, Schirru; Cass. pen. Sezione III, 27.01.2006 n. 13699).

Non è tuttavia sempre possibile che il danneggiato possa presentarsi dinanzi al giudice; una possibile soluzione, in tal caso, può essere la costituzione cosiddetta "fuori udienza", per il cui tramite cui l'atto contenente la manifestazione della

volontà del procuratore speciale a costituirsi parte civile viene presentato ex art 78 c.p.p.

Ed ancora, una diversa via pure percorribile è anche consentita dal rilascio di una procura speciale che preveda espressamente la sostituzione processuale, effettuata da un secondo procuratore speciale già indicato nella procura stessa, e quindi munito dei poteri sostanziali e processuali direttamente dall'interessato.

Sul punto si rilevano due interessanti pronunce, la prima del Tribunale Ordinario di Milano, sez. X penale, giudice monocratico Gandus, ud.26.10.2005 e la seconda, più recente, del Tribunale di Nola, 17.11.2007 che specifica che "qualora al difensore sia conferita dalla persona offesa danneggiata una procura speciale che preveda espressamente, tra l'altro, la facoltà per il medesimo difensore di farsi rappresentare a sua volta e di nominare idonei sostituti abilitati anche al compimento di atti dispositivi, il sostituto del difensore, investito di poteri sostanziali, è legittimato a depositare la costituzione di parte civile.[70].

Le due decisioni sono di un certo rilievo, pur essendo estremamente concise, grazie al loro taglio in un certo senso pragmatico, estremamente consapevoli al contempo sia delle superiori esigenze della logica normativa che della comune necessità della quotidiana realtà operativa in cui l'istituto stesso viene calato ogni giorno.

L'ingresso del soggetto legittimato al risarcimento del danno patito nel procedimento penale è quindi un momento decisamente non scevro di complessità: come si ha avuto modo di constatare da questo breve excursus su un solo singolo aspetto fra le diverse questioni che pure possono sorgere in questa delicata fase, come sottolineato dalla migliore dottrina, "l'azione civile resta ospite nel processo penale, ed in secondo luogo, subisce la regolamentazione di quest'ultimo"[71]

70 In Corriere del Merito, 2008, 2, 197

71 Tonini, pag 152, Manuale di procedura penale.

Diritto Processuale Amministrativo

In Gazzetta Ufficiale il secondo correttivo del codice del processo amministrativo

di Emanuela Loria

Il Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, in attuazione della delega contenuta nell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, ed entrato in vigore il 16 settembre 2010, è già stato oggetto di un primo intervento correttivo operato con d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195. Tale intervento correttivo aveva però come obiettivo principale quello di introdurre aggiustamenti minori, dovuti in molti casi a mere imperfezioni linguistiche nella formulazione delle disposizioni.

L'esperienza sostanzialmente positiva maturata nei primi due anni di applicazione del nuovo strumento processuale ha condotto all'esigenza di introdurre alcune modifiche, che, in coerenza con le linee fondamentali già presenti nel Codice del processo amministrativo, sono volte a rendere più funzionali alcuni istituti processuali, ovvero ad adeguarli alle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale.
Al tempo stesso, con il secondo correttivo sono state introdotte alcune mere correzioni al testo vigente, al fine di correggere alcune imperfezioni linguistiche, ovvero per l'introdurre talune disposizioni di mero adeguamento tecnico della disciplina già vigente.

1. Un primo intervento riguarda la competenza territoriale che il Codice ha già reso sempre e necessariamente inderogabile (art. 13). Il passaggio dalla tradizionale "derogabilità" della competenza territoriale del giudice amministrativo alla attuale inderogabilità (con la conseguenza della impossibilità di concessione di misure cautelari eventualmente richieste da parte del giudice adito, ma che si ritenga territorialmente incompetente) ha costituito una delle principale novità del codice, peraltro molto attesa dagli operatori del settore e ha dato, nei primi due anni di applicazione del codice, ottimi risultati. L'esperienza dimostra che il nuovo regime della competenza per territorio non ha provocato alcun disorientamento o problema applicativo di qualche rilevanza. Ciò che è confermato dal numero sostanzialmente invariato delle istanze di regolamento di competenza.
Le nuove disposizioni in tema di competenza non hanno tuttavia previsto alcun meccanismo di preclusione temporale per formulare l'eccezione di incompetenza, con il conseguente rischio che ciò avvenga – nei casi in cui la verifica della competenza non sia stata effettuata in sede cautelare - addirittura a conclusione

del giudizio di merito, con la conseguente eccessiva dilatazione dei tempi processuali.

Con il secondo correttivo è stata, pertanto, introdotta (oltre ad un generale "riordino" delle disposizioni, al fine di consentirne una più agevole lettura) la possibilità di richiedere, anche per quei ricorsi per i quali non vi è istanza di adozione di misure cautelari (la cui concessione, come è noto, richiede una preventiva verifica della competenza), una verifica della competenza, che viene prontamente effettuata in una udienza in camera di consiglio all'uopo fissata (art. 15, comma 3). Rimane ferma naturalmente la possibilità di rilevare d'ufficio la incompetenza in sede decisoria di merito (art 15, comma1), in coerenza con il carattere inderogabile della stessa.

Vengono altresì definiti i limiti entro i quali può essere proposta l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto (art. 34, comma 1, lett. c).

2. Ulteriori modifiche hanno lo scopo di promuovere l'effettività di alcuni principi posti dal Codice quali, in particolare, il principio di chiarezza e sinteticità degli atti processuali (art. 3, comma 2) e il principio della specificità dei motivi su cui si fonda il ricorso (art. 40). Si è, infatti, previsto che il giudice, nel provvedere sulle spese, tenga conto anche della eventuale violazione dei principi di chiarezza e sinteticità (art. 26, comma 1) e si è prevista l'inammissibilità dei motivi di ricorso proposti in violazione della regola di specificità indicata dall'art. 40, comma 1, lett. d).

3. Viene altresì adeguato il meccanismo di composizione dei collegi deliberanti alla luce delle criticità emerse in sede applicativa con riguardo alla rigidità della disposizione previgente che, nel cristallizzare la composizione di tutti i collegi mediante la costante presenza degli stessi due magistrati persone fisiche (presidente e magistrato anziano della sezione), ha di fatto impedito di realizzare pienamente il criterio di rotazione nei collegi tra tutti i componenti della sezione e, con esso, di dare piena e costante applicazione al principio della collegialità, particolarmente intenso nel giudizio amministrativo.

Le modifiche scaturiscono dalle criticità emerse in sede di applicazione dell'articolo 114, quarto comma, disp. att. c.p.c., richiamato dall'art. 76, comma 4, del codice che ha di fatto impedito di realizzare pienamente il criterio di rotazione nei collegi tra tutti i componenti della sezione e, con esso, di dare piena e costante applicazione al principio della collegialità, particolarmente intenso nel giudizio

amministrativo. Per tale ragione, in sede di esame preliminare, il richiamo al quarto comma dell'art. 114, delle disposizioni di attuazione al c.p.c., era stato sostituito con il richiamo al terzo comma, laddove è previsto che, all'inizio di ogni trimestre, il presidente del tribunale determini con decreto la composizione del collegio giudicante per ogni udienza di discussione.

In conformità a quanto richiesto dalla competente Commissione parlamentare della Camera dei deputati, dal testo della disposizione è stato espunto ogni riferimento all'articolo 114 delle disposizioni di attuazione al c.p.c., e, con maggiore chiarezza normativa in ordine ai soggetti deputati a programmare l'attività giudiziaria con cadenza annuale (calendario delle udienze e indicazione dei magistrati che vi partecipano) o trimestrale (composizione dei collegi) la disposizione è stata recuperata modificando l'articolo 9 delle disposizioni d'attuazione, ivi reintroducendo anche il richiamo ai criteri stabiliti dal consiglio di presidenza della giustizia amministrativa ad oggi previsti dall'articolo 6 della legge 27 aprile 1982, n. 186.

4. Il decreto legislativo modifica alcuni termini processuali per renderli più coerenti con il generale sistema processuale (v. art. 96, comma 5), precisa meglio il regime applicabile ai mezzi di impugnazione, con particolare riguardo all'appello cautelare (art. 98) e chiarisce i rapporti tra le sezioni semplici e l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (art. 99, comma 1).

5. La modifica apportata all'art. 133 lettera l) è volta al mero adeguamento formale del testo della norma alla recente sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2012, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli articoli 133, comma 1, lett. l), 135, comma 1, lett. c) e 134, comma 1, lett. c), nella parte in cui essi attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Consob.

La modifica alla lettera p), si è resa necessaria per far sì che, a seguito alle modifiche introdotte alla legge n. 225 del 1992, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, al ricorrere dei relativi presupposti, sia estesa anche ai provvedimenti di soggetti, comunque denominati, chiamati ad esercitare funzioni e competenze di protezione civile, e diversi dai Commissari delegati.

6. Infine, il decreto legislativo amplia, in materia di contenzioso relativo alle operazioni elettorali, le ipotesi in cui i provvedimenti relativi al procedimento elettorale preparatorio sono immediatamente impugnabili (art. 129), in conformità al principio di effettività della tutela giurisdizionale, ed in attuazione della sentenza della Corte costituzionale 5 luglio 2010, n. 236.

In merito alle osservazioni formulate dalle Commissioni parlamentari sul procedimento elettorale, in particolare per quanto concerne la prima osservazione formulata dalla Commissione Affari Costituzionali del Senato in ordine alla previsione della impugnabilità innanzi ai TT.AA.RR. dei provvedimenti lesivi che riguardino tutto il procedimento elettorale preparatorio per le elezioni comunali, provinciali, regionali ed europee, il Governo ha ritenuto di aver già assolto alla delega sul punto con la introduzione dell'impugnabilità dei provvedimenti, precedenti la tenuta dei comizi, senza discriminare le loro tipologie all'interno del procedimento preparatorio (art. 1, lettera s, n. 1).
Quanto all'invito, formulato dalla medesima Commissione per l'esercizio della delega concernente la disciplina dei ricorsi in materia di procedimenti elettorali per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato, il Governo ha ritenuto di non provvedere in conseguenza per il dovuto rispetto alle prerogative del Parlamento in materia così delicata e attinente alle funzioni stesse delle Camere soprattutto nell'imminenza dello spirare dei termini della legislatura.

7. Il Governo non ha altresì recepito l'ulteriore condizione unitariamente posta dalla Commissione Giustizia della Camera, nel senso di attribuire nuovamente la competenza sulle impugnazioni dei provvedimenti sanzionatori della Banca d'Italia al giudice ordinario indicato dalla Commissione nella Corte d'appello in unico grado, analogamente a quanto disposto per le sanzioni pecuniarie amministrative irrogate dalla Consob, a seguito della sentenza n. 162 del 2012 della Corte costituzionale, modificando conseguentemente il Testo unico bancario e il Testo unico della finanza in modo da ripristinare le norme recanti le competenze giurisdizionali previste prima dell'entrata in vigore del Codice.
La ragione del mancato recepimento consiste nella circostanza per cui il recepimento di tale richiesta di modifica avrebbe costituito un eccesso di delega rispetto a quella originariamente conferita al Governo.

8. Una importante innovazione in tema di processo telematico è costituita dall'aggiunta del comma 2-bis, ora aggiunto al testo dell'articolo 136, in linea con le vigenti disposizioni in tema di "firma digitale", che sancisce che tutti gli atti del processo possano essere sottoscritti con firma digitale.

Oltre il mio nome

L'intervista a... Mauro Vaglio

di Barbara Carrara & Samantha Mendicino

Quis est?

Mauro Vaglio *è un Avvocato del Foro di Roma, con attività prevalente in materia civile. Dal 1995 circa ha cominciato ad occuparsi di politica forense e nel 1997 ha partecipato, venendo eletto, alle votazioni per i Delegati al Congresso di Trieste Grado, nel quale, tra l'altro, è stato approvato il Codice Deontologico. Ha ripetuto la medesima esperienza positiva per il successivo Congresso di Napoli del 1999. Negli anni che seguono si è occupato di vari settori dell'Avvocatura attraverso importanti esperienze associative. In quel periodo dà avvio ad un nuovo modo di confrontarsi tra Colleghi: istituisce una newsletter che invia ai Colleghi/amici che fanno parte della sua mailing list, informandoli su novità legislative e giurisprudenziali, molti gli rispondono inviandogli suggerimenti, sentenze e altre utilità e dandogli così la possibilità di diffonderli a tutti. Di qui l'esigenza di rendere stabile quresto intescambio attraverso un sito web, che si costruisce e gestisce da solo con importanti riscontri da parte degli iscritti: www.maurovaglio.it. Per la prima volta nel 2006 viene candidato alle elezioni per il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma e non viene eletto per 5 voti su 1.427 ricevuti. Negli anni successivi (2008, 2010 e 2012), invece, risulta sempre il prrimo degli eletti. Addirittura a febbraio di quest'anno viene eletto al primo turno, evento che a Roma non si verificava dal 1980, cioè da 32 anni. Il nuovo Consiglio, composto da ben 13 Consiglieri su 15 della sua lista, lo elegge Presidente il 23 febbraio 2012.*

- Affrontiamo prima di ogni altra domanda un argomento molto caro a tutti gli avvocati: l'obbligo di formazione professionale continua. Tutti gli *avvocati* iscritti all'Albo, difatti, hanno il dovere di migliorare la propria preparazione professionale, tuttavia, molti avvocati lamentano la bassa utilità di una buona parte degli incontri formativi organizzati dai propri Consigli dell'Ordine. Quale è il Suo punto di vista al riguardo? E quali sono, se secondo Lei esistono, i punti di criticità dell'attuale sistema di formazione continua a carico degli avvocati?

Si tratta di un argomento che mi sta così a cuore che le mie pubbliche dichiarazioni contro questo tipo di formazione obbligatoria mi procurarono, nel 2008, un esposto al Consiglio dell'Ordine di Perugia (competente per le questioni disciplinari relative ai Consiglieri dell'Ordine di Roma). Naturalmente non contestavo l'importanza dell'aggiornamento professionale ma le modalità con cui questo veniva imposto ed effettuato.

Pur nelle difficoltà di individuare una soluzione valida, per il momento, il nuovo Consiglio ha ridotto il numero di crediti formativi necessari nel triennio, da 60 a 48, cercando inoltre di incentivare la formazione mirata. Tra le altre novità introdotte dal Consiglio di Roma, proprio per favorire una formazione efficace, si è stabilito che chi dimostri di avere frequentato corsi specifici e di avere svolto la relativa attività professionale in determinate materie possa fregiarsi della qualifica di "esperto in …".

Molto resta ancora da fare, tenendo comunque conto che ormai l'obbligatorietà della formazione per tutti i professionisti è stata stabilita legislativamente.

- Liberalizzazione della professione forense: una manovra (si dice) voluta dal mercato per facilitare il ricorso alla giustizia ed aumentare la concorrenza. Quale è, in tutta sincerità, l'opinione che Lei si è fatto in merito?

E' l'ennesima mistificazione della realtà. La cd. liberalizzazione delle professioni, lungi dall'essere un beneficio per il singolo cittadino, si riduce ad un regalo per i poteri forti (banche, assicurazioni, grandi enti pubblici, e così via). Solo questi infatti, in virtù della loro posizione di forza, sono in grado di trattare i compensi con i professionisti.

Il semplice cittadino, al contrario, è addirittura svantaggiato rispetto al precedente sistema perché non è più tutelato dal divieto per l'Avvocato di oltrepassare i massimi previsti dalla Tariffa forense. Inoltre, se viene concordato un compenso in percentuale al risultato conseguito, potrebbe dover pagare molto di più rispetto a quanto era originariamente previsto dalla Tariffa.

Infine, non vedo come sia applicabile, alla professione forense, l'espressione "liberalizzazioni". Penso che non esista in Italia una categoria professionale altrettanto liberalizzata come quella degli Avvocati: siamo in circa 240.000 e solo a Roma abbiamo superato da tempo i 23.500. Quale liberalizzazione ancora ci deve essere?

I nostri governanti continuano, senza accorgersene, a propalare intenti evidentemente contraddittori: infatti, da una parte parlano di permettere un accesso maggiore alla professione (quindi con un aumento indiscriminato del numero degli iscritti) e dall'altra dicono che siccome siamo troppi è nostra la colpa del numero elevato di processi e, perciò, della lunghezza della giustizia.

- La mediazione è, ancora oggi, uno degli argomenti più 'caldi' all'interno dell'ambito dell'avvocatura. E' recente, poi, il parere negativo espresso dall'U.E. in merito. Quale è, secondo la Sua esperienza, la verità sulla "mediazione obbligatoria"?

Intanto il 23 ottobre di quest'anno si svolgerà innanzi alla Corte Costituzionale l'udienza di discussione sulla legittimità costituzionale di "questa" mediazione, quindi si saprà, nei debiti tempi, se il D.P.R. 4.3.2010 n. 28, che ha stabilito l'obbligatorietà della mediazione a pena di improcedibilità dell'azione giudiziaria, è costituzionale o meno.

L'opposizione dell'Avvocatura è incentrata principalmente sui costi che il cittadino è chiamato a sostenere in questa procedura di mediazione. Infatti, se tale procedura fosse gratuita, come lo erano i tentativi di conciliazione innanzi ai comptetenti Ispettorati per i processi di lavoro (stranamente abrogati proprio in concomitanza con il predetto decreto presidenziale), non avremmmo nulla in contrario. Il problema è che si obbliga il cittadino a sostenere in prima istanza il

costo di attivazione della mediazione e poi, nel caso (molto frequente, anzi prevalente) di mancata conciliazione, quello di accesso all'autorità giudiziaria..
Peccato. I nostri governanti avevano la grande opportunità di creare una vera e propria cultura della mediazione offrendo incentivi e agevolazioni a chi avesse voluto utilizzarla ed invece hanno sprecato questa occasione rendendo la procedura obbligatoria e determinandone l'ormai evidente insuccesso.

- Il ruolo dell'avvocato: come viene considerato, di fatto, oggi e quale dovrebbe essere?

Purtroppo negli ultimi anni la professione ed il ruolo dell'Avvocato sono stati ingiustamente screditati dai mezzi di comunicazione che ne hanno dato, di volta in volta, immagini davvero negative. Si è passati dall'accusa di approfittare dei problemi giudiziari dei cittadini all'essere additati come la principale causa dei problemi della Giustizia. Non parliamo poi della leggenda metropolitana secondo la quale più dura il processo più l'Avvocato guadagna.
Anche se in qualche raro caso penale questo può verificarsi quando si tenta di raggiungere la prescrizione del reato, sicuramente non accade nei processi civili nei quali la maggior parte degli Avvocati riceve un anticipo e poi percepisce il saldo solo alla fine della causa.
Si tratta, quindi, di un'altra mistificazione della realtà. Ma è necessario riconoscere che se da un lato c'è una responsabilità dei media, dall'altro è mancata la capacità dell'Avvocatura di far capire alla gente comune che l'Avvocato è il baluardo del diritto di difesa e che qualsiasi indebolimento di questo diritto e qualsiasi limitazione della possibilità di rivolgersi, tramite una professionale difesa tecnica, ad un'autorità giudiziaria terza costituisce un grave colpo al sistema democratico.
L'Avvocato come baluardo della democrazia e della Giustizia, questa è l'immagine che dovremmo far emergere al di fuori dei nostri ristretti ambienti e a questo scopo stiamo approntando i migliori strumenti di comunicazione disponibili: così hanno fatto già il Consiglio Nazionale Forense e la Cassa Forense, così ha fatto il Consiglio dell'Ordine di Roma a livello territoriale e ad esso si stanno adeguando anche altri Consigli dell'Ordine.

- Molti lamentano l'eccessivo numero dei laureati in legge che viene visto come una delle principali cause del sovraffollamento nelle aule dei tribunali. Per di più, statisticamente è risultato che gli studenti che non hanno le idee chiare sul proprio progetto di vita decidono di… iscriversi a giurisprudenza!

Secondo il Suo parere professionale: si tratta di una rimostranza infondata o esiste un presupposto di verità? Quali le conseguenze (positive e/o negative)? Ed, ove negative, quali gli eventuali rimedi?

L'unico modo per incidere sul numero così elevato di Avvocati è proprio quello di intervenire sul percorso universitario, permettendo di accedere alla pratica forense ed al successivo esame solo a coloro che dimostrino, nel corso degli studi universitari, una seria intenzione di intraprendere questa professione. Insomma una scelta definitiva che va manifestata già durante gli studi universitari con un numero massimo di posti disponibili per questo corso specifico.

- Ed arriviamo ad un'altra nota dolente della professione: assodato che il numero degli avvocati è eccessivo rispetto alla domanda (si parla di oltre 240.000 legali in Italia), tuttavia, molti degli iscritti all'albo, di fatto, svolgono altre attività (amministrazione condominiale, insegnamento ecc.)? Ci sono responsabilità da parte dei singoli Consigli dell'Ordine degli avvocati? E quali le concrete soluzioni?

Personalmente ritengo che, una volta permessa l'iscrizione all'Albo degli Avvocati, non si possano imporre delle preclusioni, a meno che non ci si trovi di fronte ad attività incompatibili (ad esempio, esercizio del commercio, lavoro subordinato, e così via).

Non credo che il problema dell'Avvocatura possa essere individuato in quelle figure a cui Lei si riferisce. Non credo nemmeno che il numero degli iscritti che non esercitano realmente la professione forense possa determinare una diminuzione di lavoro per gli altri. Il vero problema è che ci sono troppi Avvocati che esercitano realmente la professione rispetto alle possibilità di lavoro per tutti.

In ogni caso il Consiglio dell'Ordine di Roma ogni settimana verifica se vi siano iscritti irreperibili e provvede a cancellarli. Certo una revisione più approfondita dell'Albo intendiamo farla, anche se, ripeto, non sarà questa la panacea dei mali dell'Avvocatura.

- Professione forense e codice deontologico: per taluni, uno 'sconosciuto' tra le aule giudiziarie. Perchè, secondo Lei, esiste un così diffuso malessere tra gli avvocati che lamentano troppe violazioni al codice Deontologico e così poco interesse dei C.O.A. a perseguirle con sanzioni disciplinari?

Il Consiglio dell'Ordine di Roma, che ha il maggior numero di iscritti in Italia, è anche quello che, secondo una recente statistica del Consiglio Nazionale Forense, commina più sanzioni disciplinari. Noi ogni setitmana celebriamo 3 o 4 procedimenti disciplinari. Per capirci, quando arriva un esposto al Consiglio dell'Ordine viene delegato un Consigliere che istruisce la pratica e, quando la ritiene matura, chiede l'apertura del procedimento disciplinare o l'archiviazione. Le pratiche disciplinari sono veramente tante, ogni consigliere ne ha assegnate circa 150. E' evidente come con questi numeri sia necessario parecchio tempo per la loro definizione, ma tutte vengono attentamente seguite.

L'aumento delle violazioni deontologiche è dovuto a molti fattori ed il tema è troppo delicato per poterlo affrontare in poche parole. Basti, però, dire che se da una parte molti sono i giovani che incorrono in violazioni più o meno gravi, ciò non significa che i "più esperti" ne siano totalmente immuni.

- Università e Scuole di Specializzazione per la professioni legali: secondo il Suo parere, l'attuale sistema -così per come è strutturato e per come viene portato avanti dai responsabili della formazione- è capace di formare i giuristi del prossimo futuro? Ed in caso di risposta negativa: perchè e quali le possibili soluzioni?

Personalmente sono sempre stato contrario a permettere che la frequentazione della Scuola di Specializzazione potesse sostituirsi ad una vera e concreta pratica forense. Analogo discorso vale per la possibilità, ora riconosciuta, di poter svolgere la pratica (valida per i 18 mesi richiesti) negli ultimi sei mesi di corso universitario.

Sarebbe stato sicuramente meglio includere, nel corso universitario, l'obbligo di svolgere uno stage presso gli studi legali, soprattutto in concomitanza con lo studio delle procedure. Questo avrebbe permesso al laureato di affrontare con cognizione di causa lo studio di tali esami determinanti e di affrontare poi in modo maggiormente proficuo il periodo di pratica forense. Anche qui mi sembra utile un esempio. Ogni volta che faccio un colloquio per inserire nel mio studio un neo-laureato come praticante faccio la seguente domanda: quale è la differenza

pratica tra atto di citazione e ricorso? Ebbene, in molti anni ho visto pochissime risposte corrette a questa semplicissima domanda.
Ecco perché è necessario affiancare, allo studio universitario teorico, quegli aspetti pratici che consentano di vedere direttamente come si preparano gli atti giudiziali, come si fanno le notifiche, e così via. Naturalmente ciò non deve essere considerato sostitutivo della successiva ed integrale pratica forense.

- In linea con quanto sopra chiesto, parliamo del periodo di formazione del giovane avvocato sul campo (cd. "pratica forense) che è passato da 24 a 18 mesi. Si tratta, secondo Lei, di "innovazione" da valutare positivamente o meno? E perchè?
A mio parere non si può diventare veri Avvocati né con 18 né con 24 mesi di pratica forense. Ci vogliono anni di professione e studio. Tuttavia, pensando che fino agli anni '90 erano sufficienti 12 mesi di pratica, è facile rispondere che 18 mesi vanno benissimo. La vera questione è lo spirito con cui si conduce il periodo di praticantato. Se il giovane affronta l'impegno come se fosse un lavoratore dipendente non acquisirà tanto facilmente quell'esperienza e quelle capacità che sono necessarie per esercitare la professione con competenza ed efficacia.
Quello che consiglio sempre al praticante è che deve considerare ogni compito che gli viene assegnato come se fosse proprio, non eseguendolo in maniera acritica e meccanica ma cercando di cogliere i motivi per i quali un determinato atto va svolto in quel preciso modo e non in un altro.
Solo così potrà presto considerarsi un Avvocato in grado di mettere al servizio della collettività le proprie capacità professionali.
- Dalla giustizia cartacea alla giustizia digitale: può spiegarci quali sarebbero i vantaggi e quali le criticità? E, soprattutto: a che punto ci troviamo col processo di informatizzazione e quali le reali prospettive?
Questo è un argomento sul quale mi sono impegnato in prima persona e a cui tengo molto per gli importanti benefici che l'utilizzo delle nuove tecnologie può recare al mondo giudiziario e all'attività forense, con evidenti e positive ricadute a favore del cittadino.
Sembra che ormai i tempi siano maturi affinché il processo abbia un supporto telematico e negli ultimi tre anni sono stati fatti, in questo senso, passi da gigante (visibilità delle sentenze civili e dei decreti ingiuntivi su Polisweb nonché di tutte le fasi processuali con possibilità di richiesta degli stessi tramite P.E.C., processo civile

telematico completo per i decreti ingiuntivi del Tribunale, comunicazione dei biglietti di cancelleria in tempo reale a mezzo P.E.C., e così via).

Presto ci saranno novità ancora più importanti come la possibilità di pagamento telematico del contributo unificato e delle marche da bollo. Questo sarà un passo fondamentale poiché permetterà una serie di ulteriori utilità finora impossibili da realizzare come l'iscrizione a ruolo completamente telematica, la consegna delle copie per via telematica da parte della cancelleria, ed altro ancora. Stiamo infatti lavorando affinché sia possibile il deposito tramite P.E.C. delle memorie ex art. 183 c.p.c., nonché delle comparse conclusionali e delle repliche.

Inoltre non abbiamo certo dimenticato il settore penale nel quale contiamo di permettere all'Avvocato, sotto la propria responsabilità, di accedere alle notizie di reato (il cd. 335 c.p.) che riguardano il proprio cliente.

Lavoriamo di comune accordo con dirigenti ministeriali, magistrati e cancellieri per utilizzare il processo telematico nella giustizia amministrativa, contabile e tributaria.

Nei prossimi mesi, quindi, spero proprio di poter annunciare molte importanti e positive novità.

- Avvocati e magistrati: pari dignità professionale, diverse funzioni. Giudica buono l'attuale rapporto tra le parti?

Più conflittuale, per i più, il rapporto tra avvocati e cancellieri o avvocati ed impiegati giudiziari (soprattutto per le notifiche in ambito pignoratizio) a causa delle inefficienze che allungano i tempi ed aumentano i costi di esecuzione. Quale è il Suo punto di vista?

Naturalmente ciascuno ha le proprie responsabilità, ma certamente l'atavica mancanza di personale nel settore giustizia ed il proposito del Ministero di ridurlo ulteriormente di oltre il 30% sono il segnale che, contrariamente a qualsiasi logica di efficienza, l'effetto sarà quello di limitare l'accesso alla giustizia rendendolo molto più difficile.

Premesso ciò, per quanto riguarda le esecuzioni si tratta di un problema emerso in questi ultimi mesi all'U.N.E.P. di Roma a causa del nuovo programma informatico imposto dal ministero e che ha rallentato la lavorazione delle istanze di pignoramento, sfratti e esecuzioni in genere.

Tuttavia, questo è proprio uno di quei casi in cui il lavoro comune di magistratura, avvocatura ed impiegati pubblici ha dato dei risultati utili. Infatti, da una parte le

lamentele congiunte hanno indotto il Ministero ad intervenire per la modifica del predetto programma informatico, ma soprattutto si è raggiunta l'intesa con il Presidente della Corte d'Appello ed il responsabile dell'U.N.E.P. in base alla quale gli Avvocati avranno determinati sportelli a disposizione per il passaggio dei propri atti, addirittura con la previsione di lasciarli in una busta senza fare alcuna fila.

- Avvocati e regime tributario. Per molti il sistema è penalizzante soprattutto perchè non consente un efficiente investimento nell'acquisto di beni strumentali. E' d'accordo sul fatto che occorrerebbe modificare l'attuale meccanismo di imposizione tributaria, magari introducendo un più efficiente sistema di detrazioni e/o deduzioni fiscali?

Qui entriamo in un campo molto complicato che ritengo debba essere affrontato da tecnici del settore. Sicuramente l'imposizione tributaria è ormai arrivata ad un limite non più sostenibile, ma questo vale per l'intera Nazione e non solo per noi Avvocati.

2012 *Nuove frontiere del diritto* - Rivista mensile telematica di diritto

Anno I - Ottobre

Codice ISSN 2240-726X

In attesa di registrazione presso il Tribunale