

SOLUZIONI ESAME 2003 ATTO GIUDIZIARIO

ATTO GIUDIZIARIO IN MATERIA DI DIRITTO PENALE

(caso già assegnato ai corsi Ius&Law 2002 e trattato sulla "Guida all'esame scritto per la professione di avvocato" IV ediz. Casa Editrice La Tribuna Piacenza 2003, pp. , 264 - 266)

Tizio veniva tratto a giudizio per aver detenuto all'interno del proprio negozio di Milano duecento barattoli di pomodoro contenenti del prodotto scaduto, sulla cui dicitura relativa al c.d. "termine minimo di conservazione" era stata applicata un'etichetta recante una data successiva a quella originariamente indicata dal produttore.

Nel corso del dibattimento emergeva che i prodotti alimentari scaduti: 1) non erano stati esposti per la vendita sui banchi, né offerti al pubblico; 2) erano custoditi all'interno del magazzino dell'esercizio.

Tizio, all'esito del giudizio, veniva condannato alla pena della multa di euro 500 in quanto ritenuto responsabile del reato di cui agli artt. 56 e 515 c.p. per aver posto in essere atti idonei diretti in modo non equivoco a consegnare ai potenziali acquirenti alimentari per qualità diversa da quella dichiarata.

Il candidato, assunte le vesti del legale di Tizio rediga l'atto ritenuto più opportuno evidenziando la problematica sottesa alla fattispecie in esame.

Commento

Il candidato dovrà redigere un atto d'appello indirizzato alla Corte d'Appello avverso la sentenza di condanna del Tribunale in composizione monocratica.

Il primo motivo dovrà vertere sulla insussistenza del delitto di frode in commercio nella forma tentata per carenza del requisito della univocità degli atti posti in essere.

Il reato di cui all'art. 515 c.p. si perfeziona all'atto della consegna all'acquirente, nell'ambito dell'esercizio di una attività commerciale, di una cosa mobile diversa per natura, origine, provenienza, qualità o quantità da quella pattuita o dichiarata.

Sembra ormai pacifico in giurisprudenza che un prodotto scaduto sia per qualità differente da quello non scaduto, e che quindi possa costituire oggetto materiale del delitto de quo. Tuttavia, circa la sussistenza del tentativo è ormai indirizzo consolidato, anche per effetto di una recente pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite, quello che richiede, sotto l'aspetto della univocità degli atti, che la merce sia effettivamente offerta o quantomeno esposta al pubblico, non essendo sufficiente la semplice detenzione in vista di una eventuale vendita..

Nel caso di specie non sussiste il tentativo in quanto la merce era detenuta all'interno del magazzino, senza alcuna possibilità di accesso da parte dei potenziali acquirenti; manca quindi il requisito della inequivoca direzione degli atti alla vendita, potendo astrattamente tale merce essere detenuta per altre finalità.

Nell'ambito dello stesso motivo, od eventualmente in uno successivo, si dovrà valutare la possibilità che il giudice d'Appello possa dare al fatto una valutazione giuridica diversa, ai sensi degli artt. 521 e 597 c.p.p., e ritenere quindi che il fatto possa configurare l'ipotesi di cui all'art. 516 c.p. (vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine).

In tal senso la difesa dovrà fondarsi sulla insussistenza dell'elemento oggettivo del reato de quo: infatti, tale norma presuppone la messa in commercio di alimenti non genuini spacciandoli come genuini e detta caratteristica deve essere effettivamente dimostrata, non potendosi di per sé desumere dal mero superamento della data di scadenza indicata nel prodotto.

Nel caso di specie quindi, manca la prova della reale perdita delle qualità specifiche del prodotto, pure in presenza di una "postdatazione" del termine minimo di conservazione.

Dovrà quindi chiedersi l'assoluzione perché il fatto non sussiste in relazione ad entrambe le fattispecie.

L'ultimo motivo di impugnazione potrà riguardare l'eccessività della pena inflitta.

(Cass. Penale Sez. Unite 25 ottobre 2000, n. 28 in Giur. It. 2001, 1685)

ATTO GIUDIZIARIO IN MATERIA DI DIRITTO CIVILE

(caso già assegnato al corso Ius&Law 2002 e trattato sulla "Guida all'esame scritto per la professione di avvocato" IV ediz. Casa Editrice La Tribuna Piacenza 2003, pp. 422 – 423)

Tizio conveniva in giudizio, innanzi al Tribunale di Roma, Caio con il quale aveva concluso un contratto preliminare di compravendita avente per oggetto un appartamento e, deducendo che il convenuto immesso nel bene dopo il pagamento di un acconto si era rifiutato di stipulare l'atto definitivo e di corrispondere il prezzo residuo, chiedeva dichiararsi la risoluzione del contratto per inadempimento e condannarsi il convenuto al rilascio del bene ed al risarcimento dei danni.

Costitutosi in giudizio, Caio asseriva che l'immobile si era rivelato affetto da gravi vizi e spiegava domanda riconvenzionale tesa ad ottenere la condanna dell'attore all'esatto adempimento del contratto, previa eliminazione dei difetti.

Espletata CTU che accertava la presenza di gravi difetti costruttivi il Tribunale accoglieva la domanda proposta da Tizio, condannando Caio al rilascio dell'immobile ed al risarcimento dei danni da liquidarsi in separata sede.

Osservava il Tribunale che la condizione del promittente venditore all'eliminazione dei difetti può essere dichiarata unitamente alla statuizione che dispone il trasferimento ex art. 2932 c.c. solo nel caso in cui il promittente venditore abbia assunto l'obbligo specifico di costruire la casa o di conformarla a determinate caratteristiche; nella fattispecie tale obbligo non risultava assunto.

Nello schema causale del contratto preliminare, rileva infine il giudice di prima istanza, vi è l'obbligo da parte del promittente venditore di prestare il consenso per il trasferimento del bene non potendo l'eliminazione dei vizi essere richiesta neppure a titolo di risarcimento. Il convenuto Caio avrebbe potuto ricorrere ad altri rimedi per far valere le proprie ragioni (risoluzione e riduzione del prezzo).

Caio si reca da un legale al quale illustra la questione nei termini di cui sopra e gli conferisce mandato alle liti.

Il candidato assume le vesti del legale rediga l'atto ritenuto più opportuno illustrando gli istituti e le problematiche sottese alla fattispecie posta al suo esame.

La questione sottesa al quesito attiene principalmente alla possibilità del promittente acquirente, convenuto in un giudizio per l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo, di paralizzare la richiesta del promittente venditore eccependo l'esistenza di gravi vizi nell'immobile oggetto del contratto e richiedendone, in via riconvenzionale, la rimozione.

Una tesi dottrinale e giurisprudenziale, ben illustrata nella traccia quale motivazione della sentenza da contestare, ritiene che il contratto preliminare comporti solo l'assunzione dell'obbligo di stipulare il definitivo, escludendo pertanto la possibilità del promettente acquirente di avanzare un'eccezione per la rimozione dei vizi, se non nei confronti del costruttore.

In tale prospettiva, infatti, il promittente acquirente non potrebbe valersi della disciplina relativa alla garanzia dei vizi della cosa venduta, che presuppone la conclusione del contratto definitivo, potendo unicamente chiedere la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo (in questo senso si pongono Cass. n. 1296/00 e Cass. n. 2613/99).

A questa tesi si oppone però quella che individua nel contratto preliminare anche un obbligo delle parti a mantenere inalterati (per quanto possibile) gli equilibri economici in esso individuati.

Applicando quest'ultima tesi, il promissario acquirente che non voglia domandare la risoluzione del contratto, può agire contro il promittente per l'adempimento, chiedendo, anche disgiuntamente dall'azione prevista dall'art. 2932 c.c., l'eliminazione dei vizi, oppure, in alternativa, la riduzione

del prezzo. Tali due azioni, infatti, mirando entrambe ad assicurare in modo alternativo tra loro il mantenimento dell'equilibrio del rapporto economico di scambio previsto dai contraenti, costituiscono mezzi di tutela di carattere generale che, in quanto tali, devono ritenersi utilizzabili anche per il contratto preliminare, non rinvenendosi nel sistema positivo, né, in particolare nel disposto dell'art. 2932 c.c., ragioni che impediscano di estendere anche a tale tipo di contratto la tutela stabilita in favore della parte adempiente dei principi generali in tema di contratti a prestazioni corrispettive (in questo senso si vedano Cass. n. 29/02 e Cass. n. 9636/01).

Su questi presupposti potrebbe, quindi, essere costruita la tesi impugnativa di Caio, dando rilievo all'interesse di quest'ultimo di ottenere da Tizio la vendita dell'immobile immune dai gravi vizi (la cui esistenza e gravità è stata confermata dalla relazione del CTU), in conformità ai principi di correttezza e buona fede a cui deve ispirarsi l'esecuzione dei contratti sinallagmatici.

L'atto da redigere è (ovviamente) un atto di citazione in appello, nel quale eventualmente includere anche l'istanza di sospensione della provvisoria esecutorietà della sentenza di primo grado, anche se la traccia non offre alcun indizio specifico al riguardo, soprattutto nella prospettiva di fondare i gravi motivi che devono sostenere la richiesta di sospensione.

ATTO GIUDIZIARIO IN MATERIA DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Una P.A. bandisce una gara di appalto per l'esecuzione di lavori pubblici, e all'esito del suo espletamento, il Presidente della Commissione di gara procede all'aggiudicazione definitiva, l'amministrazione emette un provvedimento di diniego di approvazione per l'accertata sopravvenuta carenza di copertura finanziaria verificatasi tra la data del bando di gara e l'espletamento di essa.

L'Impresa Alfa si rivolge, quindi, ad un legale.

Il candidato, assunto le vesti del legale dell'Impresa Alfa rediga l'atto ritenuto più idoneo a salvaguardare le ragioni della propria assistita.

La difesa delle ragioni dell'impresa Alfa deve essere effettuata attraverso un ricorso al T.A.R.

La traccia nella sua formulazione generica priva di ogni riferimento temporale si presta ad offrire diverse ipotesi difensive nel panorama del succedersi delle leggi all'interno della disciplina riguardante i lavori pubblici.

Nel caso in cui si considerasse applicabile la legge Merloni sui lavori pubblici nella sua formulazione attuale si potrebbe far valere come motivo di illegittimità la mancata osservanza degli articoli che impongono la programmazione dei lavori pubblici attraverso il programma triennale e l'elencazione annuale.

Quest'ultima, infatti, presuppone l'indicazione dei mezzi finanziari stanziati per la realizzazione delle opere pubbliche in essa inserite. Ne consegue che ad ogni pubblicazione di un bando di gara deve necessariamente corrispondere una copertura finanziaria già prevista nel bilancio dell'ente che solo in casi eccezionali può essere modificata prima dell'aggiudicazione definitiva dei lavori.

In quest'ottica sarebbe stato necessario impugnare sia il bando di gara sia il provvedimento di diniego della aggiudicazione definitiva poiché non è giuridicamente compatibile con la normativa che la copertura finanziaria venga meno dopo la pubblicazione del bando di gara stesso poiché essa o sussisteva fin dal principio oppure non vi era mai stata nemmeno all'interno della programmazione dei lavori.

Sempre in quest'ottica si poteva formulare una domanda di sospensione degli atti impugnati. Quanto ad una pretesa di risarcimento dei danni, la sua richiesta in forma specifica andava considerata insita nella istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati, mentre la domanda di risarcimento del danno per equivalente poteva essere proposta in via residuale lamentando e dimostrando la sussistenza di un danno emergente e di un lucro cessante nel caso di responsabilità extracontrattuale o l'interesse negativo in caso di responsabilità precontrattuale.

Interpretando, invece, i fatti di traccia come riferiti ad un'ipotesi esclusa dall'applicazione della nuova normativa vuoi per ragioni temporali vuoi per ragioni soggettive (ente non soggetto alla sua applicazione) occorre considerare diversamente il contegno della P.A.

La domanda di annullamento del provvedimento di diniego poteva fondarsi sulla violazione dell'art. 113 del R.D. 23/5/1924 n. 827 il quale consente il diniego di approvazione dei contratti solo in ragione della presenza di gravi motivi di interesse pubblico o dello Stato.

Ne consegue che la Pubblica Amministrazione deve verificare tempestivamente l'incapienza del proprio bilancio e motivare, quindi, il provvedimento di diniego con giustificabili ragioni di interesse pubblico idonee a consentire alla stessa di caducare l'intera procedura di selezione. (T.A.R. Lazio sez. I bis n. 5991 del 2003)

In particolare nella fattispecie in esame la P.A. non ha in alcun modo motivato il diniego nei confronti di Alfa limitandosi a richiamare una carenza di copertura finanziaria intervenuta dopo il

bando di gara circostanza che, peraltro, la obbligava a prendere immediatamente i provvedimenti del caso tra i quali pure il rinvio della gara (Consiglio di Stato Sez. IV 19 marzo 2003 n. 1457).

A questo motivo di legittimità potevano affiancarsi altre censure più generali quali l'eccesso di potere per errore nei presupposti di fatto e di diritto, illogicità e contraddittorietà del provvedimento, violazione dei principi di buon andamento e dell'imparzialità della P.A.

La domanda di annullamento (indipendentemente dal suo accoglimento) doveva essere accompagnata dalla richiesta di risarcimento del danno (proponibile anche in via autonoma richiamando e dimostrando i profili di illiceità del comportamento della P.A.) da qualificarsi in questa sede come responsabilità di tipo precontrattuale.

Va considerato che il coinvolgimento dell'Impresa Alfa all'interno della procedura di appalto dei lavori era stato progressivo e, quindi, si può ipotizzare l'assimilabilità del procedimento amministrativo di affidamento dell'appalto alla fase formativa del contratto: una volta intervenuta l'aggiudicazione provvisoria la relazione tra le parti è, infatti, preordinata all'adozione dell'atto conclusivo provvedimento.

Tale fase impone in capo ad entrambe le parti coinvolte di conformare la propria attività a criteri di correttezza e buona fede al fine di proteggere gli affidamenti incolpevoli dei soggetti coinvolti quali come nel caso l'Impresa Alfa (Consiglio di Stato Sez. IV 19 marzo 2003 n. 1457) (T.A.R. Lazio sez. I bis n. 5991 del 2003).

Pertanto il pregiudizio risarcibile (oggetto di onere della prova specifico sulle circostanze) va individuato nell'interesse negativo contrapposto all'interesse all'adempimento rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate per la partecipazione alla gara e, quindi, per la presentazione dell'offerta sia dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione con altro soggetto altrettanto o maggiormente vantaggioso.

In ogni caso è bene segnalare che l'ipotesi di responsabilità della P.A. patrimoniale per mancato o illegittimo affidamento di appalto è al vaglio della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato cui è stata rimessa dal Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia con ordinanza 8/5/2002 n. 267