

SOLUZIONI ESAME 2004 – ATTI GIUDIZIARI

Atto giudiziario di diritto civile

(Contempla un caso già assegnato al corso Ius&Law 2002 come atto giudiziario e trattato sulla "Guida all'esame scritto per la professione di avvocato" V ediz. Casa Editrice La Tribuna Piacenza 2004, pp. 398-399)

Con atto di citazione del 14/9/2003 la società sportiva Gamma proponeva opposizione avverso al decreto ingiuntivo del Tribunale di Roma con il quale su ricorso di Tizio veniva ingiunto il pagamento di €uro 10.000,00 pretesi per forniture di materiale da volley assumendo che il materiale stesso ricevuto non era conforme a quello ordinato e che non era stato autorizzato sicchè gli sponsors avevano ridotto i contributi.

Nel costituirsi in giudizio Tizio assumeva la piena conformità del materiale ed eccepeva comunque la mancata tempestività della denuncia del vizio con decadenza, quindi, dalla garanzia.

Veniva disposta la CTU dalla quale risultava il basso livello di vestibilità delle divise in quanto le magliette erano per bambini dai 2 ai 7 anni mentre i pantaloni erano per bimbi dagli 8 ai 10 anni.

Il Tribunale con sentenza n. 920/2004 rigettava l'opposizione ritenendo redibitorio il vizio del materiale e, quindi, non esperibile l'azione in difetto di prova della tempestività della denuncia.

Caio quale legale rappresentante della società Gamma si reca da un legale per decidere il da farsi.

Il candidato assume le vesti del legale di Gamma rediga l'atto più opportuno soffermandosi sugli istituti e le problematiche sottese alla fattispecie

Commento

Il candidato è chiamato a redigere un atto di citazione in appello dinanzi alla Corte di Appello di Roma in ordine ad una vertenza riguardante la qualificazione dei difetti presentati dalla fornitura effettuata da Tizio.

Il Tribunale accoglieva in prima grado la tesi di Tizio, sulla considerazione che i difetti lamentati fossero idonei solo a configurare i presupposti di un'azione redibitoria, riconducendoli quindi nell'ambito dei vizi di cui all'art. 1490 c.c. e ss., con le naturali conseguenze in ordine alla necessaria tempestività della denuncia dei medesimi.

Gamma, invece, vedeva respinta la propria tesi che verosimilmente (la traccia sul punto non è infatti precisa) si fondava sulla diversa considerazione che i difetti della merce integrassero la fattispecie dell' "aliud pro alio" e consentissero, quindi, l'esperimento del rimedio generale dell'azione generale di risoluzione del contratto, come tale svincolata dell'obbligo di denuncia tempestiva dei difetti.

Come noto, il criterio discretivo tra la fattispecie della consegna di *aliud pro alio* e quella della consegna di beni mancanti delle qualità promesse od essenziali, ovvero affetti da vizi redibitori, viene individuato sotto il duplice profilo del riferimento sia al *genus* sia alla destinazione economico - sociale dei beni stessi, evidenziando, in particolare, come il riferimento a quest'ultima valga a circoscrivere la rilevanza del vizio o del difetto di qualità in sè considerati o, se vuoi, ad ampliare l'ambito d'operatività del criterio del *genus* con riguardo ai casi in cui il bene consegnato sia del tutto insuscettibile d'assolvere alla funzione di quello in ordine al quale s'è formato l'accordo contrattuale.

In specie, il Tribunale nell'impugnata sentenza riteneva che i difetti lamentati integrassero solo i presupposti del c.d. vizio redibitorio, considerando evidentemente che i vizi in questione non fossero tali da rendere i beni di fatto appartenenti ad un genere diverso da quello pattuito e, pertanto, insuscettibili di fornire l'utilità richiesta, ma incidessero solamente sull'idoneità all'uso dei beni medesimi ovvero sul loro valore.

Ed è proprio su questo concetto che sembra doversi basare la tesi di Gamma a fondamento dell'impugnazione proposta.

L'appellante dovrà infatti sostenere il concetto secondo il quale, qualora il bene venduto sia completamente diverso da quello pattuito, in quanto, appartenendo ad un genere diverso, funzionalmente del tutto inidoneo ad assolvere la destinazione economico-sociale della *res* venduta e, quindi, a fornire l'utilità richiesta., si verifichi una ipotesi di "*aliud pro alio*" che, come noto, dà luogo ad azione contrattuale di risoluzione o di adempimento ex art. 1453 c.c., svincolata dai termini di decadenza e di prescrizione previsti dall'art. 1495 c.c. (Cass. civ. 13925/2002 con precedenti tutti conformi).

In specie, era evidente l'impossibilità di rendere utilizzabili le mute consegnate, dal momento che non erano omogenee le misure delle magliette rispetto a quelle dei pantaloni della divisa, e ciò impediva senza dubbio all'acquirente di poter utilizzare quanto fornito da Tizio secondo la funzione economico-sociale cui era diretta e cioè il vestire i piccoli giocatori di volley con completo maglietta e calzoncini.

L'esistenza del presupposto richiesto per l'esercizio dell'azione generale di risoluzione, comportava di conseguenza l'irrelevanza di qualsiasi termine decadenziale della denuncia, essendo l'azione suddetta sottoposta esclusivamente al termine di prescrizione ordinario che nel caso di specie certamente non poteva ritenersi spirato, essendo i fatti riferiti all'anno 2003.

Va poi rilevato, se pure incidentalmente, come l'eventuale genericità della qualificazione giuridica delle relative questioni dedotte in giudizio non possa rilevare, sulla considerazione che detta qualificazione può essere operata anche d'ufficio dal giudice (cfr. sempre Cass. civ. 13925/02).

Da ultimo va considerato che la sentenza di primo grado ha confermato il decreto ingiuntivo opposto e conseguentemente Tizio avrebbe la possibilità di far munire il decreto della formula di provvisoria esecutorietà e di intraprendere quindi azioni esecutive.

Parrebbe opportuno quindi che fosse formulata apposita domanda ex art. 283 c.p.c., mettendo in luce i "*gravi motivi*" richiesti dalla norma, al fine di ottenere la sospensione della provvisoria esecutorietà della sentenza di primo grado (eventualmente si potrebbe anche preannunciare che detta richiesta sarebbe stata successivamente formalizzata in apposita separata istanza ai sensi dell'art. 351 c.p.c. anticipatamente alla prima udienza).

Oltre alla richiesta di sospensione (pena la sua inammissibilità), Gamma dovrà quindi richiedere la riforma della sentenza di primo grado ed il conseguente accoglimento delle domande in quella sede proposte: la pronuncia della risoluzione del contratto per la fornitura consegnata da Tizio in forza dell'art. 1453 c.c., nonché l'eventuale domanda di risarcimento del danno fondata sui medesimi presupposti

Atto giudiziario di diritto penale

(Contempla un caso già assegnato al corso Ius&Law 2004 come atto giudiziario di diritto penale n. 18 bis)

Tizio tratto a giudizio veniva condannato dal Tribunale di Roma territorialmente competente per il reato di furto aggravato dall'uso del mezzo fraudolento di una lampada a basso consumo preventivamente occultata all'interno di una confezione vuota di un prodotto dal costo più basso.

Risultava accertato che l'imputato aveva sottratto la merce presso un grande magazzino corrispondendo un prezzo più basso.

Il candidato assume le vesti del legale di Tizio rediga l'atto ritenuto più opportuno soffermandosi sugli istituti sottesi alla fattispecie in esame.

Commento

Il candidato dovrà redigere un atto di appello (a Roma) contro la sentenza del Tribunale.

Il principale motivo di appello dovrà basarsi sulla derubricazione del furto aggravato dal mezzo fraudolento nel reato di truffa semplice.

Sul punto dovrà evidenziarsi che i delitti contro il patrimonio sono distinti sulla base del mezzo mediante il quale essi vengono portati ad esecuzione: mediante violenza su persone o cose (tra cui rientra il furto) o mediante frode (tra cui si annovera la truffa).

La distinzione non è sempre agevole nell'ambito di situazioni di confine in cui si appalesi sia una *vis* (intesa come energia dinamica, forza, prevalenza fisica sull'altro per appropriarsi di un bene) che una *fraus* (mezzo psichico ingannevole, atto a sviare la libera formazione del consenso altrui, così da conseguire un effetto che nel rispetto delle normali regole non si sarebbe ottenuto).

In tali casi, in cui coesistono i due elementi modali, dovrà valutarsi quale dei due può considerarsi "elemento causale prevalente" e l'altro mero "elemento accessorio".

Ove l'elemento prevalente sia espressione di un'energia fisica l'interprete dovrà indirizzare il proprio inquadramento nell'ambito dei delitti contro il patrimonio mediante violenza su persone o cose, al contrario se consiste nell'inganno, dovrà orientarsi verso le fattispecie dei delitti contro il patrimonio mediante frode.

In altri termini dovrà valutarsi in concreto quale dei due elementi venga ad essersi posto in relazione di causalità immediata e necessaria con l'evento tipico considerato dalla norma.

Nel caso concreto dovrà argomentarsi in merito alla prevalenza dell'artificio volto ad ingannare l'addetta alla cassa (*fraus*) piuttosto che la sottrazione e l'occultamento (*vis*) dell'oggetto di maggior valore in una confezione a contenuto originariamente di minor valore, infatti questi ultimi, da soli, non avrebbero di certo portato al risultato perseguito dall'agente.

In tal modo potrà richiedersi la derubricazione del delitto di furto aggravato dal mezzo fraudolento nel meno grave reato di truffa semplice e, visto che nella traccia non se ne fa menzione, richiedere la declaratoria di non doversi procedere per carenza di querela.

(Cass. pen. sez. VI, 26 settembre 2002 – Ric. Galli in D&G 2003, f. 7, 102 e Giustizia Penale" VIII/IX/2003, II, 458)

Atto giudiziario di diritto amministrativo

Tizio, docente di ruolo della scuola media superiore, veniva sospeso cautelatamente dal servizio con D.M. 20/11/1987 - emanato ai sensi dell'art. 91, 1° comma del D.p.R. n. 3 del 10/01/1957 - in quanto sottoposto a procedimento penale, fino alla conclusione del medesimo procedimento. Intervenuta la sentenza definitiva che condannava Tizio alla pena della reclusione di 1 anno e 4 mesi, con D. M. in data 8/3/1993, veniva revocata la sospensione cautelare dal servizio, a partire della metà [n.b. ho trascritto anche l'errore...] del medesimo decreto. Con lo stesso atto veniva, altresì, disposto che il provveditore curasse "il seguito che consegue a carico del docente ai fini disciplinari". Tuttavia, nessun procedimento disciplinare veniva instaurato nei confronti di Tizio. Successivamente, il provveditorato agli studi procedeva alla ricostruzione del trattamento economico e giuridico ed alla redazione del progetto di liquidazione dell'indennità di buonuscita in favore dell'insegnante non computando il periodo di sospensione cautelare facoltativa dal servizio. Tizio si rivolge quindi ad un legale. Il candidato, assunte le vesti del legale, rediga l'atto ritenuto più idoneo a salvaguardare le ragioni del proprio assistito.

Commento

Il caso sottoposto presenta diversi aspetti di non facile soluzione.

In primis mancano nella traccia indicazioni circa il momento di assunzione del provvedimento avente ad oggetto la ricostruzione del trattamento economico e giuridico.

Si tratta di un elemento non certo di poco conto, poiché, come è noto, con il Dlgs. 80/1998 (oggi recepito nel Dlgs. 165/2001) la materia del pubblico impiego (ad eccezione di qualche caso, tra i quali non rientra certamente il nostro) è stata devoluta al giudice ordinario.

Le soluzioni praticabili in astratto paiono essere due.

Se si considera di agire prima del 15 settembre 2000 (termine ultimo stabilito dal Dlgs 80/1998 per ricorrere dinnanzi al giudice amministrativo in questa materia) si potrebbe proporre (forse forzando un pò la traccia che comunque, ad onor del vero, non specifica la data del provvedimento, limitandosi a dire che è stato assunto "successivamente") un ricorso dinnanzi al Tribunale Amministrativo.

Pertanto si potrebbe anche valutare diversamente il termine entro il quale sia necessario proporre ricorso dinnanzi al Tar essendo discutibile la natura dell'atto che si dovrebbe impugnare.

Considerandolo, ed argomentandolo, quale atto autoritativo, il ricorso andrebbe promosso entro il termine decadenziale di 60 giorni (Tar Puglia Bari, sez. II 4 marzo 2003, n.1062; Consiglio di Stato, sez. VI 23 febbraio 2004, n.698).

Viceversa, come probabilmente è preferibile, identificandolo come atto paritetico, si potrebbe agire nel termine prescrizione (Tar Puglia Lecce sez. I, 9 maggio 2000, n.2325; Tar Puglia Lecce, 23 ottobre 1990, n.928).

In ogni caso, ricorrendo dinnanzi al Tar, si dovrebbe chiedere l'annullamento del provvedimento di ricostruzione del trattamento economico e giuridico, sostenendone la illegittimità per non aver tenuto conto del periodo di sospensione cautelare dal servizio.

Infatti, per il procedimento disciplinare, che la traccia dice non essere mai stato instaurato, l'art. 120 del D.P.R. n.3/1957 prevede un termine perentorio di 90 giorni dall'ultimo atto, decorso inutilmente il quale il procedimento disciplinare si deve considerare estinto (Tra le tante cfr. Consiglio di Stato 12 novembre 2003, n.158).

E' evidente che l'estinzione del procedimento disciplinare travolgerà anche le misure cautelari nel frattempo adottate dalla pubblica amministrazione (art. 120, comma 3 del D.P.R. 3/1957).

Pertanto nella ricostruzione del trattamento giuridico ed economico e nella determinazione dell'indennità di buonuscita avrebbe dovuto essere computato anche il periodo di sospensione cautelare disposto ai sensi dell'art. 91 del DPR 3/1957.

Oltre alla illegittimità dell'atto, era possibile, trattandosi di materia soggetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (sempre ragionando come se stessimo agendo prima del Dlgs. 80/1998) chiedere anche l'accertamento del diritto patrimoniale del pubblico dipendente (tra le altre, cfr. Tar Puglia Lecce sez. I, 9 maggio 2000, n.2325; Consiglio di Stato, sez. VI 4 aprile 2003 n.1760).

L'altra soluzione, dettata dalla modifica legislativa della giurisdizione come indicata all'inizio e, quindi, preferibile, era la proposizione dinnanzi al Giudice del Lavoro di un ricorso volto ad ottenere l'accertamento del diritto alla ricostruzione del trattamento giuridico ed economico ed al riconoscimento dell'indennità di buonuscita comprensiva del periodo relativo alla sospensione dal servizio.

In questo caso, sarebbe stato possibile chiedere al giudice ordinario la disapplicazione dell'atto amministrativo presupposto, argomentandone l'illegittimità con gli stessi motivi che si potevano far valere davanti al giudice amministrativo.

Il Giudice del Lavoro, infatti, può valutare incidentalmente anche la legittimità dell'atto amministrativo.