

SOLUZIONI ESAME 2006 – ATTI GIUDIZIARI

(La traccia contempla un caso già assegnato al corso Ius&Law 2006 come atto giudiziario di diritto civile n. 9)

Atto giudiziario di diritto civile

Tizio è proprietario di un immobile nel centro di Roma dove è domiciliato e nel marzo 2005 decide di concederlo in locazione a Caio, che intende aprirsi una gioielleria.

Il contratto regolarmente registrato, prevede il pagamento in contanti del canone di euro 1500 presso il domicilio di Tizio entro il giorno 2 di ogni mese.

Dopo i primi sei mesi di regolare detenzione, per i mesi di ottobre novembre e dicembre corrisponde a Tizio il canone pattuito mediante assegni circolari.

Tizio, insoddisfatto, si rivolge al suo legale recitando di non aver mai incassato gli assegni su menzionati, di averli restituiti al conduttore e di averlo più volte contattato con diverse raccomandate per invitarlo a rispettare l'obbligo assunto con il contratto.

Il candidato assume le vesti del legale di Tizio rediga l'atto ritenuto più opportuno

Commento

La traccia impone di verificare se, nell'ambito della materia locatizia, il pagamento con mezzi differenti dal denaro contante (nel caso assegni circolari) possa valere quale adempimento dell'obbligazione di pagamento di una somma di denaro.

La soluzione presuppone, pertanto, l'analisi della normativa che disciplina la materia ed, in particolare, degli articoli 1277 (secondo il quale i debiti pecuniari si estinguono "con moneta avente corso legale") e 1197 (per il quale il debitore non si libera effettuando una prestazione diversa da quella dovuta, salvo che il creditore consenta e, in questo caso, che la prestazione sia eseguita). A ciò si aggiunga, inoltre, che proprio in materia di locazione, l'articolo 1587 n. 2 include tra le obbligazioni del conduttore quella di "dare il corrispettivo nei termini convenuti".

L'interpretazione delle suddette norme porta, quindi, a considerare non equivalenti al denaro i "tipi" di pagamento quali assegno circolare o anche vaglia postale, posto che questi ultimi, pur costituendo mezzi di trasmissione del denaro, non sarebbero idonei ad estinguere l'obbligazione, configurando una *datio pro solvendo*, la cui efficacia solutoria dipenderebbe dall'accettazione del creditore.

Per di più, nel caso di assegno circolare il pagamento non potrebbe nemmeno considerarsi effettuato "presso il domicilio del creditore" come richiesto dall'articolo 1182, ma piuttosto nel "domicilio" dello sportello bancario del conto corrente del locatore.

In questa prospettiva, del resto, si pone anche la giurisprudenza che, non giudicando immediatamente solutori i pagamenti avvenuti con strumenti diversi dal denaro, considera inadempiente il locatore che provveda sistematicamente a corrispondere il canone locatizio a mezzo assegno circolare, nonostante l'invito del locatore al rispetto dell'obbligo contrattuale di pagamento in denaro contante al domicilio di quest'ultimo.

Si vedano, ad esempio, Cass. 3/2/1995 n. 490290 specificamente in materia di assegno, nonché, da ultimo, Cass. 31/5/05 n. 11603 (in linea con quanto già affermato da Cass. 25/9/03 n. 9595) in materia di vaglia postale. Molto recentemente è intervenuta poi Cass. 10/6/05 n. 12324 che ha

specificato come il principio secondo il quale il creditore di una somma di denaro non è tenuto ad accettare in pagamento titoli di credito possa essere derogato solo in forza di una manifestazione di volontà, espressa o presunta, del creditore in tal senso

In specie, Tizio non risulta aver mai accettato il pagamento di Caio, a dimostrazione della volontà di mantenere, quale unica forma per la corresponsione del canone, quella pattuita dal contratto e, cioè, il versamento in contanti ed al domicilio di Tizio medesimo.

Caio, pertanto, è a tutti gli effetti moroso e Tizio può agire di conseguenza.

Conseguentemente, ipotizzando che l'interesse di Tizio sia anche quello di ottenere la liberazione dell'immobile oltre al pagamento di quanto spettantegli, l'atto più opportuno da redigere sarà un intimazione di sfratto per morosità con citazione per convalida e contestuale ingiunzione di pagamento per i canoni scaduti, disciplinato dagli artt. 658 e segg c.p.c.

Se l'interesse sarà, invece, solo quello di ottenere un mero adempimento allora si potrà procedere con un semplice ricorso per la condanna al pagamento somme, nelle forme dell'art. 447 c.p.c. .

Atto giudiziario di diritto penale

Tizia è proprietaria di un immobile acquistato in regime di separazione dei beni dell'anno 1992 a mezzo di compravendita con atto del notaio.

Nello stesso anno con decreto di omologazione della separazione i coniugi venivano autorizzati a vivere separatamente e la casa coniugale viene assegnata alla moglie ed ai figli.

Con decreto del 1996 il Tribunale di Roma - sezione misure di prevenzione, ordinava la confisca in danno del marito di Tizia, il signor Caio, per il cespite patrimoniale su indicato.

I giudici infatti avevano provveduto a sequestrare e successivamente a confiscare il bene, essendo il marito di Tizia indagato per appartenenza ad associazione di tipo mafioso.

L'immobile veniva successivamente acquisito al patrimonio comunale e Tizia veniva intimata al rilascio dello stesso.

Il candidato, assunte le vesti del legale di Tizia, premessi brevi cenni sulla tutela dei terzi titolari di diritti sulla cosa confiscata rimasti estranei al provvedimento penale, conclusosi con sentenza irrevocabile di condanna, proponga incidente di esecuzione innanzi al giudice competente.

Commento

Occorre premettere che le difficoltà della traccia risiedono sia nella non fortunata formulazione letterale che nella particolarità dell'atto che viene richiesto di redigere ai candidati, trattandosi di incidente di esecuzione avverso un provvedimento in materia di misure di prevenzione.

In ordine a quest'ultimo si osserva che, dal punto di vista strutturale, l'atto non richiede alcuna particolare formalità se non quella di indicare il Giudice competente e formulare la richiesta adeguata, ciò che comporta una precisa individuazione della natura dell'atto contro cui ricorrere.

A tali fini la disciplina di riferimento è dettata dalla legge n.575 del 31 maggio 1965 (Disposizioni contro la mafia) correlata alla legge n.1423 del 1956 in materia di misure di prevenzione nei confronti di persone pericolose per la sicurezza e la pubblica moralità.

In particolare il candidato dovrà rivolgere richiesta di incidente di esecuzione (al giudice competente per materia a norma dell'art. 676 c.p.p.) nelle forme previste dagli artt. 666 e seguenti c.p.c. al fine di ottenere la revoca del decreto di confisca, richiesta da rivolgere al giudice dell'esecuzione, da individuarsi nel medesimo Giudice che ha pronunciato il provvedimento impugnato.

Il richiamo della traccia alla sentenza definitiva nel processo in cui Caio era imputato appare, al fine della determinazione del Giudice competente, del tutto in conferente. Infatti il procedimento di applicazione di una misura di prevenzione è autonomo ed indipendente rispetto a quello del merito cui si riferisce ed è disciplinato dalla normativa sopra richiamata. Ciò comporta che la definitività (e quindi l'esecuzione) del provvedimento con cui viene disposta una misura di prevenzione si consegue non con il passaggio in giudicato della sentenza di condanna ma con l'esperimento o il decorso dei termini per la proposizione di tutti i rimedi previsti dall'art. 4 L.1423/1956.

Nel merito la questione da trattare, direttamente indicata dalla traccia quali brevi cenni, è relativa alla posizione dei terzi cui appartengono i beni oggetto della confisca. Occorre pertanto inquadrare tale fattispecie all'interno delle misure di prevenzione reali ed alla natura privativa/ablattiva della confisca analizzando le norme di cui agli artt. 2 bis e 2 ter della Legge 575/1965. In particolare l'art. 2ter com. 5 prevede che nel corso del procedimento per l'applicazione della misura di prevenzione il terzo che sia proprietario del bene sequestrato sia chiamato dal Tribunale per intervenire nel procedimento relativo alla decisione sulla confisca. La funzione di tale norma è quella di consentire al titolare del diritto dominicale sul bene di interloquire affinché il proprio diritto sia tenuto presente e valutato rispetto all'esigenza dello Stato di acquisire beni che si presumono legati o correlati ad attività di stampo mafioso.

Infatti la spoliazione patrimoniale che avvenga a seguito dell'adozione di una misura privativa, non può prescindere dalla considerazione e correlativa tutela delle ragioni vantate da chi sia risultato estraneo al reato accertato con pronuncia definitiva ed a maggior ragione di chi nemmeno sia stato indagato. Garantire la tutela del terzo estraneo dal reato in buona fede a fronte di un provvedimento ablattivo è in linea con i principi costituzionali. Infatti qualora accadesse il contrario e si consentisse, quindi, di privilegiare gli effetti espropriativi della misura preventiva omettendo qualsiasi concreto esercizio di attività difensiva ad opera del terzo, si violerebbe sia il criterio della responsabilità colpevole (art. 27 Cost) determinando il sacrificio – per di più a titolo di responsabilità oggettiva – dei suoi diritti sebbene estraneo al reato, sia il principio stabilito dall'art. 42 Cost. in quanto si risolverebbe in una ingiustificata compressione/espropriazione del diritto di proprietà di una persona che ne è titolare in buona fede (cfr Cass. Pen. Sez. I n.12317/2005).

Le ragioni sono da ricercarsi nella tutela costituzionale dei diritti dei terzi in buona fede strettamente collegata a quello che pare l'unico vizio, contestabile in termini di nullità/irregolarità del decreto per omessa applicazione della legge penale nella parte in cui richiede (art. 2 ter comma 5 legge 575/65) la chiamata dei terzi in Tribunale, ai fini della partecipazione al procedimento per l'applicazione della misura di prevenzione, nel rispetto del contraddittorio delle parti.

Così ragionando non vi è dubbio che l'immobile, sebbene potesse essere oggetto di indagine da parte degli inquirenti ai sensi dell'art.2bis com.3 L.575/1965, è stato sequestrato e confiscato senza consentire a Tizia, che non è indagata ne è stata, perciò, condannata, di dimostrare la propria buona fede. Questa si desume ed è provata dalla mancanza di qualsiasi legame affettivo al momento dell'acquisto se è vero che nel medesimo anno è intervenuta separazione personale fra Tizia e Caio. Tale mancanza che costituisce violazione di specifica norma di legge posta a tutela di diritti costituzionalmente garantiti, consente a Tizia assieme alla dimostrazione che i proventi per

l'acquisto dell'immobile fossero di provenienza extra-mafiosa, di chiedere la revoca del provvedimento di confisca.

In caso di mancato assolvimento di tali oneri Tizia potrebbe sempre opporre il provvedimento di assegnazione, come consentito da recente giurisprudenza, e chiedere in subordine l'accertamento di un titolo a restare nell'abitazione da opporre in sede civile.

Atto giudiziario di diritto amministrativo

(La traccia contempla un caso già assegnato al corso Ius&Law 2005 come atto giudiziario di diritto amministrativo n. 15)

La signora Alfa, proprietaria di terreni interessati alla realizzazione di un'opera pubblica, dopo aver ottenuto l'annullamento da parte del Consiglio di Stato della dichiarazione di pubblica utilità e di tutti i provvedimenti inerenti alla procedura di espropriazione delle aree di sua proprietà, richiede all'amministrazione la restituzione delle stesse, previa riduzione in pristino, nonostante l'opera pubblica in questione sia stata ormai realizzata.

A fronte del silenzio serbato dal comune Gamma, la signora diffida l'amministrazione a dare esecuzione al predetto giudicato e, preso atto della perdurante inerzia, si rivolge ad un legale facendogli presente la situazione. Il candidato assume le vesti del legale della signora Alfa, rediga l'atto ritenuto più idoneo a salvaguardare le ragioni della propria assistita, e tratti le questioni sottese all'ambito di operatività del giudizio di ottemperanza.

Commento

L'atto giudiziario da redigere sarà un ricorso volto ad ottenere l'esecuzione del giudicato della sentenza del Consiglio di Stato, ossia un ricorso per ottemperanza.

Il caso, ispirato alla decisione assunta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (29 aprile 2005 n.2), risolve il problema relativo alla possibilità di ottenere la restituzione delle aree interessate dalla cosiddetta occupazione usurpativa, figura creata dalla giurisprudenza e destinata a scomparire in seguito a due pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (sent. 30 maggio 2000, rich. n. 24638/94 *Carbonara e Ventura* e 30 maggio 2000, rich. n. 31524/96, *Società Belvedere Alberghiera*).

Ciò che interessa la signora Alfa è infatti proprio ottenere, in seguito all'annullamento degli atti dell'esproprio, la restituzione delle proprie aree.

Il Consiglio di Stato, dopo le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, aveva già affermato che la realizzazione dell'opera non fa comunque venir meno l'obbligo per la pubblica amministrazione di restituire il bene (Cons. Stato, sez. IV n. 450 del 2002 e n. 5820 del 2003).

Ciò anche perché il risarcimento in forma specifica prevale sulla tutela risarcitoria (Cons. Stato, sez. IV n. 2280 del 2002 e n. 950 del 2004).

L'applicazione di tali principi ai casi della occupazione acquisitiva ed usurpativa non è stata così semplice.

E' noto infatti che la giurisprudenza (anche della Cassazione Civile) precedente le decisioni della Corte Europea, facendo in qualche modo prevalere l'interesse dell'Amministrazione alla realizzazione ed all'utilizzo dell'opera pubblica, ha circoscritto i diritti del privato proprietario ad una riparazione solo sul piano economico.

Tale ristoro e tale meccanismo tuttavia, come ha evidenziato la Corte Europea, aveva numerosi punti di incertezza che in definitiva rendevano molto debole e non facilmente tutelabile la posizione del privato.

In particolare, secondo la Corte contrasta con il principio di legalità il fatto che un soggetto, anche una pubblica amministrazione, possa acquisire un diritto di proprietà in base ad un comportamento illecito od illegittimo. Ed ancora, per far sì che i diritti del privato siano tutelabili in modo certo e chiaro, è necessario che l'ordinamento ponga delle norme precise in tal senso (l'occupazione acquisitiva ed usurpativa, figura creata dalla giurisprudenza, non era in effetti regolata da alcuna norma).

Nel redigere il ricorso volto ad ottenere la restituzione delle aree, oltre ad approfondire le decisioni della Corte Europea, sarà necessario richiamare anche il nuovo Testo Unico sugli Espropri, che all'art. 43 ha finalmente dato attuazione ai principi resi dalla Corte.

L'art. 43 citato prevede infatti che: *“L'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni”*.

Questa norma rispetta le esigenze di chiarezza dell'ordinamento e di preminenza del diritto poichè nel riconoscere all'autorità amministrativa il potere di acquisire un bene occupato senza idoneo titolo, condiziona tale possibilità all'assunzione di un formale provvedimento amministrativo, avente efficacia *ex nunc*, fondato sulla valutazione degli interessi in conflitto e con il riconoscimento al privato del risarcimento del danno.

Pertanto va da sé che, laddove il provvedimento di acquisizione non venga assunto, la restituzione dell'area non può essere impedita se non nel caso il cui sia lo stesso privato a rinunciarvi.

Il provvedimento di acquisizione previsto dall'art. 43 citato, trattandosi di atto con effetto per così dire sanante e comunque di natura eccezionale, deve essere assunto con particolare rigore, anche motivazionale.

Certo è come solo tale provvedimento, e non invece la sola realizzazione dell'opera pubblica, sia idoneo ad evitare la restituzione dell'area.

Laddove, infatti, l'atto di acquisizione non sia stato assunto, il privato avrà diritto a richiedere le proprie aree.

In un passaggio importante l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella decisione 29 aprile 2005 n.2 (in *Urbanistica e Appalti n.7/2005, pag. 809*) sostiene: *“La realizzazione dell'opera è un mero fatto, e tale resta; la perdita della proprietà da parte del privato e l'acquisto in capo all'amministrazione possono conseguire unicamente all'emanazione di un provvedimento formale, nel rispetto del principio di legalità e preminenza del diritto”*.

Pertanto, applicando questi principi al nostro caso, non essendo stato adottato alcun provvedimento di acquisizione, la signora Alfa ben potrà chiedere la restituzione delle proprie aree.

Rimane tuttavia un ultimo problema legato all'applicabilità del Testo Unico sugli Espropri (e quindi dell'art. 43) alle procedure espropriative iniziate prima dell'entrata in vigore dello stesso.

A tal proposito va chiarito che l'art. 57 del Testo Unico, dedicato alla disciplina transitoria, sia da applicare ai soli casi di procedura espropriativa *in itinere* e non anche alle ipotesi in cui la procedura, conclusasi prima della sua entrata in vigore, sia stata annullata e si debba decidere la sorte della *res modificata*.

La traccia nulla chiarisce al riguardo, ma di fronte all'inerzia dell'Amministrazione tale problema pare ridursi ad una mera scelta di completa prospettazione della problematica senza che ciò infici per nulla la sostanza delle ragioni della signora Alfa.