

SOLUZIONI ESAME 2011 – ATTI GIUDIZIARI

Atto giudiziario in materia di diritto civile

(La traccia contempla un caso già trattato su altra fattispecie al corso Ius&Law 2008 come atto giudiziario di diritto civile n. 9)

Tizia e Sempronio citano in giudizio l'impresa Gamma esponendo di aver acquistato con preliminare e successivo contratto definitivo un appartamento destinato a civile abitazione e di aver versato alla parte venditrice la somma di euro 140.000 mentre il prezzo indicato nei suddetti atti era di 95.000.

Chiedono, pertanto la restituzione della somma pagata in eccedenza oltre agli accessori di legge.

L'impresa edile Gamma sostiene, per contro, l'esistenza di un precedente preliminare di compravendita che recava il prezzo effettivo di euro 140.000 e che i contratti successivi erano stati simulati indicandosi il minor prezzo di euro 95.000 e ritiene inoltre di poter fornire prova testimoniale di tale simulazione.

Il candidato, assume le vesti di avvocato dell'impresa edile Gamma rediga l'atto giudiziario più opportuno illustrando gli istituti e le problematiche sottese alla fattispecie

Commento

La traccia chiede al candidato di assumere la difesa dell'impresa Gamma per cui andrà redatta una comparsa di costituzione e risposta.

Nella descrizione della vicenda viene, poi, data evidenza alla circostanza relativa alla simulazione del prezzo di vendita indicato nel contratto definitivo e al fatto che l'impresa Gamma sarebbe in grado di dimostrare tale simulazione attraverso prova testimoniale.

La questione principale sottesa alla traccia, pertanto, sembra proprio relativa all'ammissibilità della prova testimoniale di materia di simulazione.

Come noto, la simulazione è disciplinata dall'articolo 1414 c.c. secondo il quale tra le parti ha effetto il contratto dissimulato purché ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma. Va rammentato, inoltre, che l'accordo simulatorio può anche non investire l'intero contratto, ma riguardare solo uno degli elementi dello stesso quale, ad esempio, il prezzo.

Quanto poi alla dimostrazione della simulazione, l'articolo 1417 c.c. pone un limite alla prova testimoniale precisando, tuttavia, che il limite in questione può essere superato quando la simulazione sia fatta valere da terzi o dai creditori, ovvero quando una delle parti intenda fare valere l'illiceità del contratto dissimulato

Va rammentato, inoltre, che secondo l'articolo 2722 c.c. non è ammessa la prova testimoniale che abbia per oggetto patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento, stipulati in data anteriore o contemporaneamente al documento stesso.

Con riferimento, però, all'ipotesi in cui la simulazione investa solo una parte del contratto e, in particolare, il prezzo indicato nell'atto, l'interpretazione delle suddette norme non è stata univoca da parte della giurisprudenza.

Secondo un orientamento maggioritario, avallato nel 2007 dalle SU (Cass. S.U. 7246/07) e recentemente riconfermato (Cass. 24100/11, Cass., 7769/11 e Cass. 21442/10), il limite posto dall'articolo 2722 rappresenta la diffidenza del legislatore verso la prova testimoniale che abbia ad oggetto qualsiasi ipotesi di divergenza tra il contenuto di un contratto scritto e una diversa pattuizione che si assume anteriore o contemporanea. Secondo tale interpretazione, non sarebbe rilevante interrogarsi se si tratti di simulazione totale o parziale, ovvero se il prezzo costituisca, o meno, elemento secondario del contratto; a parte il fatto che il prezzo, secondo questa tesi, dovrebbe ritenersi elemento

essenziale della vendita, in ogni caso una diversa entità del prezzo costituirebbe comunque una divergenza rispetto a quanto risultante in contratto, divergenza che deve sottostare ai limiti di prova dettati dalle predette norme.

Con la finalità di difendere gli interessi dell'impresa Gamma si deve, tuttavia, riprendere e sviluppare l'orientamento contrario che, viceversa, ritiene ammissibile la prova per testi della simulazione del prezzo di vendita.

In questa prospettiva, va osservato che l'ipotesi di una diversa pattuizione sul prezzo di vendita di un bene non integra una vera e propria simulazione, posto che la volontà delle parti è comunque rivolta a quel determinato contratto in tutti i suoi contenuti ed effetti, ad eccezione unicamente dell'ammontare del prezzo; l'accordo sull'entità del prezzo va peraltro considerato quale accordo relativo ad una clausola, priva di autonomia strutturale e funzionale, ma con funzione meramente integrativa del contratto. La prova testimoniale avente ad oggetto il reale prezzo di vendita convenuto tra le parti, quindi, non è soggetta ad alcun limite, proprio in quanto estranea all'ipotesi di simulazione e finalizzata solo ad integrare un elemento del contratto esistente.

In questo senso si è espressa la Cassazione, osservando che *“nell'ipotesi di simulazione relativa parziale, il contratto conserva inalterati i suoi elementi, ad eccezione di quello interessato dalla simulazione, con la conseguenza che, non essendo il contratto nullo né annullabile, ma soltanto inefficace tra le parti, gli elementi negoziali interessati dalla simulazione possono essere sostituiti o integrati con quelli effettivamente voluti dai contraenti. Pertanto, la prova per testimoni della pattuizione di celare una parte del canone di un contratto di locazione non incontra fra le parti i limiti dettati dall'art. 1417 c.c., né contrasta col divieto posto dall'art. 2722 c.c., in quanto una tale pattuizione non può essere equiparata, per mancanza di una propria autonomia strutturale o funzionale, all'ipotesi di dissimulazione del contratto, sicché la prova relativa ha scopo e natura semplicemente integrativa e può a tale stregua risultare anche da deposizioni testimoniali o presunzioni”* (Cass. 4901/07; conformi Cass. 19146/06, Cass. 10009/03, Cass. 11055/99 nonché Cass. 3856/96 e Cass. 526/88).

In specie, la comparsa di costituzione e risposta dovrà quindi replicare alle richieste di Tizio e Sempronio chiedendone l'integrale rigetto, evidenziando l'esistenza dell'accordo simulatorio relativamente al prezzo della vendita, di cui viene offerta prova per testimoni su circostanze specificamente capitolate, prova da considerarsi ammissibile sulla scorta del ragionamento giuridico sopra esposto.

Atto giudiziario di materia di diritto penale

Caio dipendente del comune di Beta viene sorpreso dal sindaco, mentre, per mezzo del computer dell'ufficio naviga in internet visitando siti non istituzionali dai quali scarica su archivi personali immagini e dati non attinenti alla pubblica funzione. Viene denunciato e sottoposto a procedimento penale. Il computer viene sottoposto a sequestro. Nel corso delle indagini si accerta grazie alla consulenza tecnica disposta dal pubblico ministero nel computer sequestrato che la citata attività si è protratta per circa un anno e che il numero di file scaricati è di circa 10.000. Rinviato a giudizio Caio viene condannato alla pena di 3 anni per il reato di peculato. Il candidato assume le vesti del difensore di Caio, analizza il caso e la fattispecie giuridica redige motivato atto di appello evidenziando, tra l'altro che le indagini difensive hanno dimostrato che l'ente gestore del servizio telefonico aveva stipulato con il comune Beta, un contratto con tariffa forfetaria denominato "tutto incluso"

Commento

Attraverso l'atto di appello la difesa deve impugnare la sentenza che ha riconosciuto Caio colpevole del reato di cui all'art. 314 c.p.

Il delitto punisce il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che si appropria di denaro o cose mobili di cui abbia la detenzione o la disponibilità in ragione dell'ufficio. Nell'oggetto materiale possono rientrare anche "beni" che non presentano una connotazione materiale, come ad esempio le c.d. *energie* e nella fattispecie la connessione telefonica. Ciò non di meno, ai fini della sussistenza del reato in questione è indispensabile che vi sia comunque l'appropriazione di cose che siano suscettibili di una seppur minima valutazione economica.

A tale conclusione si perviene considerando anzitutto il bene tutelato dalla norma, che anche a voler considerare quest'ultima quale fattispecie plurioffensiva (tutelando in generale l'interesse al corretto funzionamento della pubblica amministrazione) resta comunque incardinato, *in primis*, nel patrimonio dell'ente.

Di più, occorre rimarcare come il peculato rappresenti una fattispecie autonoma di appropriazione indebita, più severamente punita perché commessa dal funzionario pubblico ai danni dell'ente di appartenenza e violando uno specifico dovere di fedeltà: va da sé che sarà dunque indispensabile, ai fini della tipicità stessa del fatto, che la *cosa mobile* su cui si estrinseca la condotta abbia una sostanza economica almeno astrattamente individuabile e valutabile (e dunque suscettibile di essere oggetto di appropriazione), venendo meno altrimenti l'oggetto materiale della fattispecie e finanche la condotta appropriativa.

Riportando tale principio al caso di utilizzo di servizi internet, rileva dunque se la connessione sia o meno costante da parte dell'ente e se tale connessione richieda ogni volta l'effettuazione di una chiamata telefonica (difficilmente potendosi escludere in quest'ultimo caso che nell'arco di un anno l'ente non abbia ricevuto alcun danno e comunque essendo la c.d. "energia telefonica" possibile oggetto di appropriazione). Più precisamente si è distinto tra una connessione ad internet c.d. *flat*, ovvero sia con accesso costante al web con tariffa a *forfait* ed una connessione consentita di volta in volta solo previo contatto telefonico ed al costo di quest'ultimo.

Solo nel secondo caso l'utilizzatore abusivo si appropria, oltre che dell'energia elettrica consumata con l'accensione dell'apparecchio – di per sé non apprezzabile – delle energie appartenenti all'ente sotto forma di telefonate di volta in volta eseguite per la navigazione in internet per finalità estranee alla pubblica funzione così configurandosi l'appropriazione di cosa mobile e con essa il danno alla P.A. Tale tesi è supportata in ultimo da Cass. Pen. 15 aprile 2008 n. 20236 e Cass. Pen. 19 ottobre 2010 n. 41709. Non pare invece interferire quell'orientamento risalente secondo il quale la duplicità del bene giuridico

tutelato (patrimonio dell'ente ma anche corretto funzionamento della p.a) consentirebbe di ritenere meritevoli di sanzione anche condotte che non abbiano arrecato alcun danno rimarcandosi comunque *la necessità che si verifichi la condotta appropriativa o distrattiva* (da ultimo, Cass. pen. 4 ottobre 2004 n. 2963, in materia di utilizzo di telefono dell'ufficio per chiamate personali).

Nel caso di specie Caio non si è appropriato di alcun bene mobile poiché la connessione ad internet era c.d. *flat* e non richiedeva quindi le singole telefonate per ogni collegamento al web che egli poneva in essere al di fuori dell'interesse della P.A. e pertanto non è rilevabile alcuna appropriazione di *cose* di proprietà dell'ente.

In tal caso, peraltro, potrà escludersi anche il delitto di abuso di ufficio ex art. 323 c.p, tenuto conto della insussistenza di un effettivo e concreto incremento economico del beneficiario idoneo a configurare il requisito dell'ingiusto vantaggio patrimoniale con riferimento a tale ultima fattispecie (in tali termini si è puntualmente espressa Cass pen. 19 ottobre 2010 n. 41709, superando sul punto alcune precedenti decisioni che avevano ricondotto il caso de quo nell'alveo proprio dell'abuso d'ufficio, come ad esempio Cass. pen. 7 aprile 2009 n. 14978).

L'impugnazione dovrà dunque concludersi con la richiesta di assoluzione poiché il fatto non sussiste. In subordine, essendo menzionata la pena di anni tre, occorrerà articolare anche un motivo subordinato e teso alla riduzione della pena. In questo caso, la mancanza di un danno per l'ente potrà essere utilmente utilizzato come punto di partenza sia per una rivalutazione della gravità del fatto ai sensi dell'art. 133 c.p sia per l'applicazione dell'attenuante di cui al n. 4 dell'art. 62 c.p e delle stesse attenuanti generiche e soprattutto ai fini dell'applicazione dell'art. 323bis c.p In relazione all'attenuante di cui all'art. 62 n. 4, un interessante passaggio potrà *eventualmente* riguardare l'applicazione della stessa al caso di specie: quest'ultima fattispecie si applica infatti ai reati contro il patrimonio o che *comunque offendono il patrimonio* non escluso dunque il delitto di peculato come ricordato dalla stessa giurisprudenza di legittimità (Cass. Pen. 12 giugno 2007 n. 30154). Così pure potrà essere richiamata la particolare tenuità del fatto di reato nel suo complesso, se commisurato all'offesa asseritamente arrecata al bene giuridico, invocando nel caso l'applicazione dell'attenuante speciale prevista dall'art. 323bis c.p

Atto giudiziario in materia di diritto amministrativo

L'Università degli Studi di Alfa acquistava la totalità delle quote della società privata Zeta, proprietaria dell'immobile Zeta, per destinarlo a sede universitaria.

Modificato l'oggetto sociale di Zeta, includendovi anche attività di progettazione (architettonica ed urbanistica) e costruzione, l'università deliberava di procedere alla scissione della società Zeta in due distinti enti: la società Gamma, destinata alla gestione del patrimonio immobiliare posseduto, e la società Delta cui si attribuivano compiti di progettazione e costruzione, previa cessione del ramo di azienda.

I locali ordini degli architetti e degli ingegneri impugnavano gli atti con i quali era stata deliberata ed approvata la scissione della società Zeta, nonché quello con cui si attribuivano alla neo-costituita società Delta i compiti di progettazione e costruzione, richiedendo, tra l'altro, la decisione del ricorso ai sensi dell'art 119 c.p.a. lamentando lo svolgimento di attività concorrenziale nei confronti dei professionisti da loro tutelati.

Il candidato, assunte le vesti di legale dell'università, rediga l'atto ritenuto più idoneo alla tutela degli interessi della propria assistita illustrando le problematiche e gli istituti sottesi alla fattispecie in esame, con particolare riguardo alle questioni relative alla giurisdizione e all'interesse ad agire.

Commento

Il quesito richiede la redazione della memoria di costituzione e difesa della resistente Università di Alfa.

Le difese della P.A. dovranno incentrarsi su eccezioni pregiudiziali di rito concernenti il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, il difetto di legittimazione e la carenza di interesse al ricorso degli ordini professionali ricorrenti.

Per quanto riguarda il difetto di giurisdizione, occorre ricordare che alla giurisdizione amministrativa, ai sensi dell'art. 7 c.p.a., sono devolute le controversie vertenti su interessi legittimi e, per i casi di giurisdizione esclusiva, su diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni.

E' opportuno soffermarsi su una particolare categoria di atti amministrativi: quelli non rivolti direttamente all'esercizio di poteri autoritativi, bensì caratterizzati da un contenuto decisionale, strumentale e prodromico all'adozione di un atto di diritto privato.

In tale categoria possono rientrare le delibere degli organi universitari che approvano la scissione di una società di capitale interamente controllata dall'ente universitario; il conseguente e successivo atto societario che attua la scissione rappresenta invece un atto di autonomia di un soggetto già costituito ed ormai operante in modo indipendente, sul quale non può incidere una volizione eteroindotta promanante dall'amministrazione pubblica controllante.

Tali delibere prodromiche ad atti privatistici non hanno natura provvedimento né tantomeno carattere pubblicistico, configurandosi piuttosto quali negozi societari di carattere unilaterale.

Si tratta quindi di atti negoziali con cui l'ente, spendendo la sua capacità di diritto privato, pone in essere un atto societario (costituzione di una società, acquisto o vendita di quote societarie, modifica o scioglimento di una società).

In tal caso, infatti, l'ente pubblico esercita i poteri ordinari dell'azionista che si traducono in atti societari sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo; su tali atti negoziali, privi di carattere autoritativo, resta ferma la giurisdizione del giudice ordinario.

In tal senso conforta orientamento della Giurisprudenza Amministrativa secondo cui *“sussiste il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in caso di revoca dell'amministratore di società mista, poiché l'atto impugnato è stato emanato dal comune nell'esercizio dei suoi poteri di natura societaria e pertanto ha natura privatistica”* (TAR Liguria, Sez. II°, 13/05/2004, n. 756)

Nel caso in esame, gli ordini professionali ricorrenti non hanno gravato atti di macro-organizzazione dell'ente, ma hanno impugnato atti di indirizzo non autoritativi adottati dall'Università di Alfa e diretti alla propria controllata, ossia le delibere di scissione della società Zeta di attribuzione alla società Delta i compiti di progettazione e costruzione, decisioni che si traducono e si sostanziano in atti societari di Zeta, Gamma e Delta.

Con riferimento alla seconda eccezione proponibile, la legittimazione a ricorrere, come noto, coincide con la titolarità da parte del soggetto che agisce di una posizione giuridica qualificata e differenziata rispetto all'atto impugnato.

Per quanto riguarda gli enti collettivi, la loro legittimazione a ricorrere corrisponde all'area degli interessi collettivi di cui sono istituzionalmente e stabilmente portatori.

Con specifico riferimento agli ordini professionali, essi possono agire in giudizio solo a tutela dell'interesse dell'intera categoria complessivamente considerata, e non sono quindi legittimati ad agire in tutti quei casi in cui vi è un conflitto di interesse tra i vari professionisti rappresentati, come avviene nelle ipotesi in cui un determinato provvedimento reca benefici ad alcuni professionisti e invece ne danneggia altri. In questi casi, mancando l'omogeneità dell'interesse perseguito, l'ordine non può impugnare il provvedimento in questione.

In tal senso conforta anche l'orientamento della Giurisprudenza Amministrativa, secondo cui *“l'impugnazione di un bando di gara è preclusa agli enti di categoria per la dirimente circostanza che spezza la necessaria omogeneità della rappresentanza di interessi di cui l'associazione è ente esponenziale”* (Cons. Stato, Sez. V, 01/4/2011, n. 2033).

Nel caso di specie, l'operazione posta in essere dall'Università di Alfa giova sicuramente ad architetti e ingegneri dipendenti dell'Amministrazione stessa, con ciò ingenerando un insanabile conflitto di interessi tra professionisti iscritti all'ordine e spezzando il necessario requisito dell'omogeneità.

La terza eccezione concerne l'interesse al ricorso.

L'interesse a ricorrere va inteso come l'utilità pratica che il ricorrente può conseguire dall'accoglimento del gravame e deve possedere i requisiti dell'attualità e della concretezza (cfr. art. 100 c.p.c.).

Per quanto riguarda l'annullamento giurisdizionale degli atti amministrativi volti all'adozione di negozi di diritto privato della P.A., al di là dello specifico caso dei contratti stipulati all'esito di gare pubbliche (art. 119 e 120 c.p.a.), non si può parlare di automatico effetto caducante sugli atti privatistici “a valle” adottati a seguito dell'atto amministrativo annullato.

L'annullamento dell'atto presupposto genera piuttosto una invalidità derivata (c.d. effetto viziante), che deve essere dedotta davanti al giudice avente giurisdizione sull'atto negoziale, ossia avanti al giudice ordinario.

L'eventuale annullamento delle delibere dell'ente pubblico propedeutiche alla costituzione o modifica della società non può così comportare alcun effetto caducante rispetto agli atti societari nel frattempo stipulati.

Poiché le decisioni del giudice amministrativo non possono in alcun modo incidere direttamente sugli atti costitutivi o modificativi della società, non può essere riconosciuto alcun interesse a coltivare il contenzioso davanti a tale giudice.

In tal senso la Giurisprudenza Amministrativa ribadisce il principio secondo cui *“la dichiarazione di sopravvenuta carenza di interesse in ordine al ricorso giurisdizionale - che certifica che nessun effetto utile può essere conseguito con l'accoglimento dell'impugnativa - è, in via di principio, ricollegabile al verificarsi di una situazione*

oggettivamente incompatibile con la realizzazione dell'utilità o della situazione di vantaggio alla quale mira il ricorso giurisdizionale medesimo" (TAR Lazio, Roma, 30/5/2008, n. 5325).

Nel caso di specie, l'annullamento degli atti impugnati non comporterebbe automaticamente la cessazione delle attività di progettazione ed ingegneria affidate a Delta, vero "oggetto sostanziale" contestato dai ricorrenti.

Né, per inciso, si può ritenere applicabile, al giudizio avente ad oggetto l'impugnazione di atti di una Università riguardanti la costituzione e la modificazione di una società controllata, il rito speciale ex art. 119 c.p.a., dal momento che tale norma procedurale ha carattere speciale e va interpretata restrittivamente. La previsione si riferisce infatti da un lato (comma 1, lettera "a") alle procedure di evidenza pubblica poste in essere da una stazione appaltante pubblica per affidare contratti pubblici.

Dall'altro lato (lettera "b"), alla costituzione di società da parte di enti locali, dal momento che tra questi ultimi non rientra l'istituzione universitaria.

Nel caso di specie, Delta è stata costituita dall'Università di Alfa (che non è ente locale) per svolgere attività di progettazione e ingegneria come autonomo operatore economico; la controversia non ha pertanto ad oggetto l'affidamento di un contratto pubblico.