

## **SOLUZIONI ESAME 2018 – ATTI GIUDIZIARI**

### **Atto giudiziario in materia di diritto civile**

#### **(questione giuridica già affrontata al Corso Ius & Law 2014 quale traccia n. 3)**

Nel gennaio del 2018 la società Alfa ha venduto a Tizio una macchina tipografica esposta all'interno del proprio negozio.

Quest'ultimo però, nonostante le molte sollecitazioni verbali rivoltegli, a distanza di alcuni mesi non ha ancora provveduto a ritirare il bene.

Stante la perdurante inerzia di Tizio, la società Alfa lo ha dunque citato in giudizio contestandogli l'inadempimento all'obbligo di ritirare il bene acquistato nonché lamentando di aver subito un concreto danno alla propria attività imprenditoriale, in quanto la macchina tipografica occupa una parte consistente della superficie del locale utilizzato per l'attività di vendita ed impedisce l'esposizione di altri prodotti.

Ha chiesto pertanto, a titolo di risarcimento dei danni, la corresponsione della somma di euro 6.000,00, corrispondente ad una parte dell'importo dei canoni mensili di locazione del predetto locale corrisposti dal gennaio 2018 alla data di redazione dell'atto di citazione, con riserva di richiedere, eventualmente anche in separato giudizio, i danni in seguito maturati.

Ricevuta la notificazione dell'atto di citazione, Tizio si reca dal suo legale di fiducia intenzionato a difendersi dalle avverse pretese.

Il candidato, assunto le vesti del legale di Tizio, rediga l'atto giudiziario ritenuto più idoneo alla difesa del proprio assistito.

### **Commento**

Dall'analisi della vicenda descritta nella traccia, gli elementi di fatto che paiono di maggior rilievo sono:

- 1) si è in presenza di una vendita di cose mobili da trasportare, trattandosi di un bene con uso specifico (macchina tipografica) e di rilevanti dimensioni (tant'è che la lamentela del venditore attiene proprio allo spazio occupato dalla macchina presso i propri locali);
- 2) la venditrice Alfa si è limitata a sollecitazioni verbali per il ritiro del bene da parte di Tizio;
- 3) il valore della controversia è di euro 6.000, pari ai danni di cui Alfa pretende il risarcimento;
- 4) non è stata avviata alcuna procedura di negoziazione assistita.

L'atto da redigere è, ovviamente, la comparsa di costituzione e risposta nell'interesse di Tizio. Previamente ed in via pregiudiziale si dovrà evidenziare che, secondo quanto desumibile dalla traccia, non c'è stato alcun invito all'esperimento del procedimento di negoziazione assistita.

Ciò è sufficiente per chiedere di dichiarare l'improcedibilità della domanda avversaria per il mancato esperimento del procedimento di negoziazione assistita obbligatorio per le richieste di somme comprese entro i 50.000 euro, sulla base di quanto statuisce l'art. 3 del D.L. n.

132/2014 (secondo il quale "*l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale*").

Passando poi al merito della questione, va rammentato che tra le obbligazioni del venditore (articolo 1476) è incluso anche l'obbligo di consegna e che l'ordinamento disciplina specificamente, nell'articolo 1510, il luogo di consegna nella vendita di cose mobili.

Quale regola generale, in assenza di diverse pattuizioni, il legislatore prevede che la consegna debba avvenire nel luogo in cui si trova il bene al momento della vendita ovvero presso il domicilio del venditore (articolo 1510 primo comma).

Se si tratta, però, di un bene che deve essere trasportato da un luogo all'altro, la regola dettata dal secondo comma dell'articolo 1510 prevede che, sempre salvo patto o uso contrario, la liberazione del venditore dall'obbligo di consegna coincida con la rimessione del bene al vettore o allo spedizioniere, con spese di trasporto a carico del compratore.

La norma contenuta nel secondo comma dell'articolo 1510 pone quindi una presunzione per la quale, nella vendita di una cosa da trasportare da un luogo all'altro, deve considerarsi quale ipotesi normale quella della "vendita con spedizione", mentre è necessario un apposito patto contrario per derogare a tale presunzione.

Pertanto, fatta salva l'esistenza di precisi e univoci elementi atti a provare la volontà delle parti di derogare a tale presunzione normativa (quale potrebbe essere, ad esempio, l'indicazione della clausola "franco partenza"), nella vendita di cose da trasportare la liberazione del venditore dall'obbligazione di consegna nei confronti compratore si realizza unicamente con la consegna del bene al vettore (in argomento si vedano, tra le altre, Cass. 11505/2016 e Cass. 16961/2014)

In specie, la traccia non fornisce alcuna indicazione circa l'esistenza di pattuizioni di tal genere tra Tizio e la società Alfa, la quale si è limitata a sollecitare (peraltro verbalmente) il ritiro del bene da parte del compratore.

Senonchè, l'obbligo di consegna, nelle modalità sopra precisate e, cioè, con la rimessione del bene al vettore, è a carico della venditore e, pertanto, è la stessa Alfa ad essere inadempiente e, per contro, non può essere contestato al compratore Tizio alcun inadempimento, tantomeno riferitamente ad un obbligo (il ritiro presso la sede di Alfa) che non gli compete.

In via alternativa, ove il Tribunale fosse di diverso avviso e non ritenesse di qualificare la vendita in questione come vendita di cosa mobile da trasportare, la domanda di Alfa sarebbe comunque infondata per un altro (parimenti decisivo) motivo.

È noto che il nostro ordinamento contempla l'ipotesi in cui il creditore di una prestazione non la riceva e, quindi, sia in mora (articoli 1206 e seguenti), ma richiede al debitore particolari adempimenti affinché l'offerta della prestazione sia tale da provocare gli effetti di cui all'articolo 1207 in capo al creditore stesso, effetti tra i quali è compreso anche il risarcimento dei danni derivanti dalla sua stessa mora.

In particolare, il legislatore prevede (articolo 1208) che l'offerta di ricevere la prestazione venga formalizzata e notificata al creditore con le stesse modalità dell'atto di citazione; in relazione alla consegna di beni mobili, poi, l'offerta deve consistere nell'intimazione al creditore di ricevere la consegna dei beni stessi (articolo 1209).

Le predette disposizioni sono poi integrate da precise indicazioni (articoli 73, 74 e 75 disp. att.) circa le modalità di predisposizione ed esecuzione di queste offerte (reali o per intimazione).

Tali presupposti non si possono senz'altro considerare sussistenti nel caso di specie, dal momento che, a quanto risulta dalla traccia, la società venditrice si è limitata ad alcune sollecitazioni verbali.

Anche sotto questo profilo, pertanto, la pretesa risarcitoria di Alfa appare infondata, non avendo la stessa posto in essere alcuna valida costituzione in mora di Tizio.

Pertanto nell'atto si dovrà concludere, in ogni caso, chiedendo preliminarmente e in rito la declaratoria di improcedibilità della domanda di Alfa per mancato adempimento all'obbligo di svolgere il procedimento di negoziazione assistita, mentre nel merito si dovrà chiedere il rigetto delle domande proposte da Alfa in quanto infondate

## **Atto giudiziario di materia di diritto penale**

In data 09.02.2016 Tizio si trova nei giardini pubblici del Comune di Alfa con il proprio cane di piccola taglia tenuto al guinzaglio.

All'improvviso un cane di grossa taglia senza guinzaglio con comportamento aggressivo si lancia contro il cane di Tizio e cerca di azzannarlo. Tizio, munitosi di un grosso bastone trovato nelle vicinanze, colpisce violentemente il cane di grossa taglia uccidendolo.

Di lì a breve arriva Caio proprietario del cane ucciso, che stravolto per l'accaduto denuncia Tizio. All'esito del processo penale di I grado, il giudice ritiene Tizio responsabile del delitto previsto e punito dall'art. 544 bis e lo condanna con la pena di mesi 4 di reclusione, senza riconoscere alcuna circostanza attenuante in considerazione del fatto che l'imputato ha diversi precedenti penali per reati contro il patrimonio.

Ad avviso del giudicante Tizio ha causato la morte del cane di Caio "senza necessità", avendo agito al solo fine di difendere il proprio animale di compagnia. Il candidato assume le vesti del legale di Tizio redigendo l'atto giudiziario più idoneo alla difesa del proprio assistito

### **Commento**

Dalla lettura della traccia emerge un dato dirimente, ovvero l'avvenuta uccisione di un animale, determinata non già dalla necessità di salvare sé (o altri) da un danno grave alla persona, ma dalla necessità di salvare il proprio cane.

Il riferimento normativo è ovviamente costituito dall'art. 544 bis del c.p., nella parte in cui subordina la punibilità della condotta tipica (uccisione di un animale) alla crudeltà oppure (per quanto rileva nello specifico) alla assenza di necessità. Pertanto, ai sensi della norma in esame, affinché l'uccisione dell'animale possa rilevare sotto il profilo penale, è necessario che essa sia ispirata da crudeltà o, in alternativa, non sia imposta da necessità.

Occorre, quindi, soffermarsi su quest'ultima nozione ("necessità"), stabilendo se essa coincida con il dettato di cui all'art. 54 c.p. oppure vada intesa in senso più ampio: da tale interpretazione del concetto di "necessità" di cui all'art. 544 bis c.p., dipende il giudizio sulla configurabilità (o meno) del reato nella vicenda *sub iudice*.

Il primo motivo, pertanto, sarà volto a censurare la sentenza del Tribunale, nella parte in cui ha escluso la configurabilità dello stato di necessità ex art. 544 bis c.p. nel caso specifico.

E' evidente, infatti, che il Tribunale abbia ritenuto configurabile il reato, sulla base di un'interpretazione restrittiva del concetto di "necessità", mutuato dal disposto di cui all'art. 54 c.p., limitandone la configurabilità ai soli casi di pericolo imminente ed inevitabile di danno alla persona. Di conseguenza, nelle ipotesi in cui l'agente uccida un animale non già per tutelare la vita o l'incolumità personale propria o altrui, ma per tutelare un diritto di proprietà (come quello configurabile sugli animali), sussisterebbe il reato di cui all'art. 544 bis c.p., per mancanza dello stato di necessità, giuridicamente rilevante.

Invero, tale tesi non trova accoglimento nel panorama giurisprudenziale della Corte di Cassazione, la quale aderisce ad un più ampio concetto di "necessità", nel novero del quale vi rientra certamente lo stato di necessità di cui al citato art. 54 c.p., ma altresì ogni altra

situazione che induca all'uccisione dell'animale per evitare un pericolo imminente o per impedire l'aggravamento di un danno alla persona o ai beni ritenuto altrimenti inevitabile.

Ne consegue che la nozione di necessità richiamata dalla norma, non deve essere rigorosamente circoscritta allo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. e, quindi, ritenersi applicabile solo ai casi di uccisione di animali finalizzati alla salvaguardia della vita o incolumità propria o altrui. Essa deve ritenersi piuttosto configurabile in tutti quei casi in cui l'agente debba uccidere un animale per evitare un pericolo imminente e non altrimenti evitabile, di danno a persone o cose.

Deve, pertanto, escludersi la configurabilità del reato, nei casi di uccisione di un animale giustificata dalla necessità di salvare un altro animale, rientrando quest'ultimo nel concetto di bene oggetto di tutela giuridica, sempre che, ovviamente, si tratti di pericolo imminente e non altrimenti evitabile (cfr. Corte di Cassazione III Sez. penale, sent. n. 50329 del 28.11.2016, a cui è evidentemente ispirata la traccia).

Nel caso specifico, quindi, è importante evidenziare alcuni dati fattuali che connotano l'azione di Tizio dalla necessità di intervenire a tutela del proprio cane. Rileva il fatto che il cane di Tizio fosse di piccola taglia e tenuto al guinzaglio (da cui la vicinanza con lo stesso Tizio), mentre il cane di Caio fosse di grossa taglia e libero e, perciò, senza controllo nella progressione aggressiva. E' evidente altresì la repentinità dell'aggressione, determinata dall'improvvisa corsa del cane di Caio verso quello di Tizio per azzannarlo, da cui la necessità di intervenire tempestivamente. A fronte di questa precisa situazione, Tizio si procurava un bastone casualmente trovato nelle vicinanze (quindi l'unico mezzo reperibile nell'immediatezza) e colpiva l'animale con azione difensiva determinandone, purtroppo, la morte.

Sulla base dei dati oggettivi risulta evidente che se Tizio non fosse intervenuto tempestivamente a difesa del proprio piccolo animale, questi avrebbe riportato danni irreparabili, data l'aggressione inaspettata (senza guinzaglio) e violenta (cane di grossa taglia, aggressivo).

Il primo motivo di gravame si chiude con la richiesta di assoluzione di Tizio perché il fatto non sussiste (mancanza dell'elemento negativo della condotta dato dall'assenza di necessità).

In via subordinata, potrà chiedersi la riforma della gravata sentenza in punto pena, in particolare in relazione alla mancata concessione delle attenuanti. Se da un lato è vero che il giudice può prendere in esame, ai fini del diniego delle stesse (in particolare delle attenuanti generiche), anche uno solo tra gli elementi previsti dall'articolo 133 del codice penale (nel caso di specie i precedenti penali), dall'altro è necessario che di tale elemento venga indicata la idoneità a escludere – di per sé - la valutazione favorevole alla base del giudizio di cui agli articoli 62 e 62bis cp.

In questo quadro sia la modestissima intensità del dolo che - nel complesso - le circostanze del fatto – da valorizzare anche qualora la Corte dovesse condividere le conclusioni del giudice di primo grado quanto alla sussistenza del fatto – potranno invece giustificare, ai sensi dell'art. 133 c.p., il riconoscimento delle attenuanti generiche e dunque l'applicazione di una pena al di sotto dei limiti edittali.

**Atto giudiziario di materia di diritto amministrativo**  
**(Traccia già assegnata al Corso Ius & Law 2013 quale prova 21 ter)**

In data 15 maggio 2017 l'università Alfa, con decreto del Rettore n. 29/2017, indice una procedura di valutazione comparativa per la copertura di un posto di professore ordinario presso la Facoltà di Giurisprudenza.

La commissione esaminatrice indica quali criteri di selezione i titoli, le pubblicazioni scientifiche e le altre risultanze curriculari. Alla procedura partecipano Tizio e Caio. All'esito della valutazione comparativa, la commissione dichiara idoneo Caio, ritenendo assorbente la circostanza che questi sia autore di tre monografie, mentre Tizio ne ha scritta solo una.

Tizio propone ricorso al componente tribunale amministrativo regionale che, con sentenza n.2323 del 15 gennaio 2018, annulla gli atti impugnati sul rilievo che la commissione non aveva in alcun modo valutato i titoli e le altre risultanze curriculari dei candidati, che pure erano stati indicati quali criteri di selezione assieme alle pubblicazioni scientifiche. La sentenza passa in giudicato.

In data 5 giugno 2018 la commissione esaminatrice effettua nuovamente la propria valutazione comparativa e conferma l'idoneità di Caio esprimendo il seguente giudizio integrativo: "lo spiccato valore delle pubblicazioni di Caio (tre monografie) rende ininfluyente ogni ulteriore considerazione relativa alle risultanze curriculari. Quanto ai titoli dei candidati, esse sono di identico valore".

A conclusione della nuova valutazione, il Rettore con decreto del 3 settembre 2018, dichiara idoneo Caio.

In data 17 settembre 2018 Tizio si reca dunque dal proprio legale di fiducia, lamentando che la commissione non avesse ancora una volta valutato le altre risultanze curriculari (nonostante quanto disposto dalla citata sentenza del TAR), sia che il giudizio espresso in ordine ai titoli fosse palesemente erroneo, potendo egli vantare il doppio dei titoli rispetto a Caio.

Il candidato, assunto le vesti del legale di Tizio, rediga l'atto giudiziario ritenuto più idoneo.

**Commento**

L'atto da redigere è un ricorso per l'ottemperanza del giudicato amministrativo, ai sensi degli artt. 112 e ss. c.p.a.

Il quesito investe il problema della esecuzione delle sentenze di annullamento del Giudice Amministrativo, in relazione alla rinnovazione dell'attività amministrativa da parte della P.A., e dei rimedi a disposizione del privato avverso detta rinnovazione.

Innanzitutto, si pone una questione pregiudiziale in rito.

Fino alla nota pronuncia del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria n. 2/2013, era principio consolidato in giurisprudenza che gli atti sopravvenuti al giudicato potessero essere dichiarati

nulli in sede di giudizio di ottemperanza solo se elusivi del giudicato, mentre dovessero essere oggetto di nuovo ordinario giudizio di impugnazione se affetti da autonomi vizi di legittimità. Tuttavia, va considerato che il giudizio dell'ottemperanza, di natura polisemica, raccoglie azioni diverse, talune meramente esecutive, altre di chiara natura cognitoria, il cui comune denominatore è rappresentato dall'esistenza, quale presupposto, di una sentenza passata in giudicato, e la cui comune giustificazione è rappresentata dal dare concretezza al diritto alla tutela giurisdizionale, tutelato dall'art. 24 Cost.

Di conseguenza il giudice dell'ottemperanza deve essere considerato come il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto.

Deve pertanto ammettersi che, al fine di consentire l'unitarietà di trattazione di tutte le censure svolte dall'interessato a fronte della riedizione del potere, conseguente ad un giudicato, le doglianze relative vengano dedotte davanti al giudice dell'ottemperanza, sia in quanto questi è il giudice naturale dell'esecuzione della sentenza, sia in quanto egli è il giudice competente per l'esame della forma di più grave patologia dell'atto, quale è la nullità.

In tale ipotesi il giudice dell'ottemperanza è chiamato in primo luogo a qualificare le domande prospettate, distinguendo quelle attinenti propriamente all'ottemperanza da quelle che invece hanno a che fare con il prosieguo dell'azione amministrativa che non impinge nel giudicato, traendone le necessarie conseguenze quanto al rito ed ai poteri decisori.

Nel caso in cui il giudice dell'ottemperanza ritenga che il nuovo provvedimento emanato dall'amministrazione costituisca violazione ovvero elusione del giudicato, dichiarandone così la nullità, a tale dichiarazione non potrà che seguire la improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della seconda domanda. Viceversa, in caso di rigetto della domanda di nullità il giudice disporrà la conversione dell'azione per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione.

Sarà pertanto opportuno che il candidato rediga un ricorso per ottemperanza, chiedendo la declaratoria di nullità degli atti amministrativi sopravvenuti al giudicato, con riserva di riqualificare tale impugnazione come domanda di annullamento.

Nel merito, la questione attiene alla riedizione del giudizio valutativo a cura della commissione giudicatrice.

Nel caso in cui il giudicato richieda il rinnovo di una procedura concorsuale, è di regola preferibile che la commissione sia riconvocata in diversa composizione, tutte le volte in cui il vizio ravvisato dal giudicato attenga proprio alle operazioni di giudizio della commissione stessa, quale garanzia d'imparzialità ai fini della nuova espressione del potere amministrativo in conformità dei principi cristallizzati con il giudicato.

Sebbene non ogni errore procedimentale comporti la necessità di rinnovare la commissione, tale opzione è ritenuta adottabile in ipotesi di necessità di espressione di nuova valutazione discrezionale; in seguito all'annullamento giurisdizionale di atti di una procedura concorsuale, la ripetizione della procedura dovrebbe essere affidata ad una commissione giudicatrice in diversa composizione ogniqualvolta prevalga l'esigenza di evitare qualunque condizionamento collegabile alla pregressa vicenda concorsuale.

Pertanto quand'anche il giudicato formatosi non abbia esplicitato un obbligo di riedizione dell'attività per mezzo di commissione in diversa composizione, nel procedere in tale riedizione la P.A. non può ignorare la rilevanza di una tale scelta ai fini di garanzia d'imparzialità tutte le volte in cui, ad un'attenta lettura della sentenza da ottemperare, l'attività richiesta non sia di mera integrazione della valutazione operata da parte

dell'originaria commissione (la cui azione è infatti stata per questo censurata dal Giudice amministrativo), bensì si debba procedere ad una nuova espressione dei giudizi dovuta alla censurata precedente omissione di valutazioni su aspetti e criteri di rilievo ai fini del giudizio, creando per questo una sostanziale divaricazione dei lavori della commissione rispetto ai criteri di selezione predeterminati.

Laddove pertanto sia la medesima commissione ad occuparsi della riedizione del percorso valutativo, ben può esserne fatta contestazione di legittimità in sede di ottemperanza ed impugnazione del nuovo giudizio, specie laddove la riedizione del potere amministrativo si risolva in mera reiterazione di un giudizio già censurato dal GA, senza alcuna dimostrazione di effettiva conformazione al principio espresso nel giudicato, del quale pertanto non può dirsi esserci stata conformazione.

Sul punto, si è espressa la giurisprudenza del Consiglio di Stato (ex multis, sent. C.d.S., Sez. VI, n. 3307/2017).

Nel caso di specie, la sentenza del TAR di cui si chiede l'esecuzione aveva puntualmente chiarito quali fasi della valutazione della commissione giudicatrice dovessero considerarsi viziate (mancata valutazione delle risultanze curriculari e dei titoli di Tizio); la riedizione dell'attività valutativa riproduce, invece, esattamente lo stesso iter motivazionale già contestato dal Giudice Amministrativo, risultando così in palese violazione del giudicato; per di più, tale rivalutazione è stata effettuata ad opera della stessa Commissione che ha formulato il precedente giudizio annullato, con conseguente ulteriore profilo d'illegittimità degli atti emanati in riedizione poiché espressione di un giudizio formatosi non in seno ad una Commissione libera da ogni condizionamento, bensì da chi aveva già espresso il proprio convincimento e non ha pertanto svolto disamina effettiva ed imparziale di quanto omissso nel corso dell'originaria valutazione, incidendo perciò sulla doverosa neutralità dell'autorità preposta alla formazione di un atto pur sempre discrezionale.

Può dunque ritenersi sussistente una elusione del giudicato, di cui si formula contestazione con l'azione in ottemperanza ritenendo quanto posto in essere successivamente al giudicato affetto da nullità. In ogni caso, anche qualora si accedesse alla tesi per cui la rinnovazione dell'attività di valutazione in questo non costituisca riedizione procedimentale in violazione/elusione del giudicato (poiché la rivalutazione avviene nell'alveo della potestà dell'amministrazione di formulare un nuovo autonomo giudizio, che non si sovrappone al dictum del giudicato), ma nuova espressione di valutazione, comunque le censure mosse nel ricorso per ottemperanza devono essere valutate come vizi di legittimità, dovendosi disporre la conversione del rito, da speciale ad ordinario.

Nel caso di specie, sussiste infatti illegittimità degli atti emanati poiché in violazione sia della *lex specialis* sia dei principi generali vigenti in materia di concorsuale, poiché è preciso obbligo per la Commissione procedere in puntuale disamina e valutazione di ogni componente richiesta in sede concorsuale, così da formare una graduatoria finale coerente con le regolamentazione della selezione indetta, e quindi espressione di giudizio per ogni voce cui attribuire punteggio. È altresì espressione del buon agere amministrativo compiere una valutazione preliminare volta a comprendere la necessità di far ricorso a diversa composizione della Commissione per le operazioni da eseguire a seguito del giudicato.

In definitiva, la rinnovazione della valutazione, anche se non la si consideri affetta da nullità per violazione/elusione del giudicato, è comunque annullabile per vizio di legittimità, mostrandosi viziata sotto plurimi profili: in primo luogo nel disporre la rinnovazione della commissione, il Rettore avrebbe dovuto costituire la commissione in nuova composizione, dal

momento che c'era da esprimere un nuovo giudizio che come tale non avrebbe dovuto essere affidato ai medesimi soggetti, proprio per evitare quanto verificatosi, ovvero l'insofferenza della Commissione a qualsiasi rilievo al suo operato e la conseguente conclusione, sostanzialmente identica a quella già censurata. In secondo luogo, il giudizio valutativo espresso nei confronti del ricorrente va censurato per inattendibilità, carenza e contraddittorietà della motivazione, poiché l'esame della Commissione si è limitato ad un confronto "numerico" delle pubblicazioni scientifiche (tre contro una), senza tuttavia valutare i contenuti e il pregio delle opere e, soprattutto, senza tener in debito conto anche i titoli accademici e le ulteriori risultanze curriculari.