SOLUZIONI ESAME 2023

ATTO GIUDIZIARIO IN MATERIA DI DIRITTO CIVILE

Tizio riferisce di essere conduttore di un immobile destinato a uso diverso dall'abitazione in particolare destinato a sede della sua azienda di autorimessa. A causa del rigurgito di liquami da uno dei tombini presente sul pavimento del locale, questo si è interamente allagato due mesi prima.

A seguito di sopralluogo dei Vigili del fuoco, l'immobile è stato dichiarato inagibile fino a totale ripristino delle condutture, ancora non consegnato.

Tizio ha appena ricevuto dal locatore la notifica dell'intimazione di sfratto per morosità, in ragione del mancato pagamento delle ultime due mensilità del canone.

La controparte intimante ha anche invocato la clausola "solve et repete" (art. 1462 c.c.).

Tizio è interessato a tenere in vita il contratto di locazione e a non dover sopportare il pagamento del canone a fronte dell'inattività della sua azienda; vuole altresì essere sollevato da tutte le ulteriori conseguenze pregiudizievoli derivate dall'evento.

Il candidato rediga la comparsa di costituzione e risposta per la parte intimata, valutando altresì l'esperibilità di azione riconvenzionale nei confronti dell'intimante e dei terzi.

COMMENTO

La traccia propone un caso in cui al legale di Tizio viene chiesto non solo di contestare le domande del locatore, ma anche di valutare la proposizione di domande riconvenzionali, eventualmente anche nei confronti di "terzi".

La contestazione dell'intimazione di sfratto impone di legittimare il mancato pagamento da parte di Tizio delle ultime due mensilità del canone.

Al riguardo, va valorizzata la circostanza della totale inutilizzabilità dell'immobile condotto in locazione sancita dalle autorità (Vigili del Fuoco) che dimostra l'inadempimento da parte del locatore dell'obbligazione a suo carico di mettere e mantenere a disposizione del conduttore il bene agibile e fruibile.

Tale circostanza legittima l'interruzione da parte del conduttore della prestazione prevista dal contratto a suo carico e costituita dal pagamento del canone.

Questo comportamento attiene alla fase esecutiva del contratto e trova fondamento e legittimità non già nell'art. 1578 c.c., bensì nell'art. 1460 c.c. che prevede la proponibilità dell'eccezione di inadempimento.

L'art. 1578 c.c., infatti, offre al conduttore una tutela contro i vizi della cosa locata esistenti al momento della consegna che presuppone l'accertamento giudiziale dell'inadempimento.

mento del locatore ai propri obblighi ed incide direttamente sulla fonte dell'obbligazione; al contrario, l'art. 1460 c.c. prevede una forma di autotutela che attiene alla fase esecutiva e non genetica del rapporto e consente al conduttore, in presenza di un inadempimento del locatore, di sospendere liberamente la sua prestazione, nel rispetto del canone della buona fede oggettiva, senza la necessità di adire il giudice ai sensi dell'art. 1578 c.c.

(in termini Cass. n. 16917/19).

Il legale di Tizio è quindi legittimato ad opporre nella propria difesa l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., così giustificando il mancato pagamento delle ultime due mensilità di canone e, perciò, facendo venire meno l'inadempimento dello stesso Tizio posto alla base della richiesta di risoluzione del contratto di locazione avanzata con l'intimazione di sfratto.

Dal tenore della traccia, infatti, non è dubitabile la completa impossibilità di utilizzo dei locali oggetto del contratto e, quindi, il corrispondente venir meno della ragione del pagamento del canone da parte del conduttore.

Ciò giustifica quindi la richiesta di rigetto delle domanda di sfratto del locatore .

Per le medesima ragione, relativa all'insussistenza di un inadempimento di Tizio stante la sua legittima sospensione del pagamento dei canoni sul presupposto della totale inutilizzabilità del bene, anche l'ulteriore domanda del locatore, complementare a quella risolutiva e consistente nella richiesta di pagamento dei canoni insoluti, deve essere respinta.

È evidente, infatti, che l'invocazione della clausola "solve et repete" da parte del locatore non è legittima né in buona fede, proprio sul presupposto dell'inadempimento in cui versava il locatore stesso nel momento in cui invocava l'operatività di detta clausola .

Relativamente alla proposizione eventuale di una domanda riconvenzionale, sono piuttosto evidenti i pregiudizi subiti da parte di Tizio. È innegabile che la totale chiusura dell'attività per l'inagibilità dei locali (quindi nesso di causalità e responsabilità contrattuale conclamata) comporti un danno emergente certo (si pensi ai danni alle attrezzature, senza considerare gli importi del canone di locazione eventualmente pagati prima della sospensione di versamenti), oltre ad un lucro cessante, dimostrabile sulla base della redditività storica dell'azienda.

La domanda riconvenzionale vedrà quale naturale destinataria la parte intimante, ma la traccia suggerisce di considerare anche il coinvolgimento di soggetto terzo, pur non offrendo alcun elemento per identificare l'ipotetico "terzo" da coinvolgere. Il terzo individuato sarebbe comunque da ritenere ugualmente responsabile ed in misura concorrente per l'evento dannoso promanante dalle condutture della fogna e, quindi, tenuto anch'esso in via solidale al risarcimento dei danni.

Qualora si optasse per questa scelta, la memoria difensiva dovrebbe includere la richiesta di fissazione di nuova udienza con termine per la chiamata in causa del terzo.

In conclusione, quindi, Tizio potrebbe chiedere il rigetto delle domande del locatore, non sussistendo alcun inadempimento imputabile allo stesso Tizio, con conseguente conferma della validità ed efficacia del contratto di locazione. In via riconvenzionale, accertata la re-

sponsabilità del locatore (e dell'eventuale terzo) per i danni subiti da Tizio, condannare i medesimi in via solidale tra loro al risarcimento dei danni in favore di Tizio

ATTO GIUDIZIARIO IN MATERIA DI DIRITTO PENALE

Caso assegnato al corso IUS&LAW anno 2016 – Traccia 15 bis

Tizio viene raggiunto da ordinanza di custodia cautelare in carcere, emessa dal GIP presso il Tribunale di Napoli, in quanto indagato in ordine al delitto di favoreggiamento personale aggravato, (Art. 378 co.2 c.p.), perché nella qualità di primario ortopedico presso un ospedale pubblico di Napoli, aveva gratuitamente e riservatamente assistito in tale struttura un pericoloso e celebre capo di una cosca camorristica latitante, la cui identità e situazione giuridica universalmente nota, era a sua conoscenza. Dalle indagini svolte era risultato, altresì, che Tizio non aveva effettuato alcuna annotazione della visita nei documenti ospedalieri. Il candidato, assunto le vesti del difensore del sanitario indagato, rediga l'atto stimato opportuno soffermandosi sugli istituti e sulle problematiche sottese al caso in esame.

COMMENTO

La traccia mette l'avvocato di fronte alla redazione di un atto di riesame da proporre dinanzi al Tribunale del Riesame di Napoli, il cui primo motivo va individuato nella infondatezza dei gravi indizi del reato.

Occorre premettere che il bene giuridico tutelato dalla norma esplicitamente indicata dalla traccia è il buon andamento dell'attività giudiziaria e di polizia giudiziaria, nonché l'interesse dell'amministrazione della giustizia al regolare svolgimento del procedimento penale dal momento delle indagini e delle ricerche, anche quando tali indagini non siano ancora iniziate.

Si tratta di un reato comune, il quale presenta un duplice presupposto: il primo, positivo, che vi sia stata la commissione di un delitto o di una contravvenzione, cioè di fatti che nella loro struttura ontologica integrino la fattispecie prevista dalla norma penale, tanto da importare l'attività di investigazione dell'autorità; il secondo, negativo, che il soggetto non abbia concorso nel reato precedentemente commesso.

Sotto il profilo oggettivo, la norma punisce chiunque «aiuta» taluno a sottrarsi alle investigazioni: aiuto che è integrato da qualsiasi comportamento idoneo, seppure in astratto, a intralciare il corso della giustizia. Si tratta quindi di un reato a forma libera, per la cui con-

figurabilità non è richiesto che le investigazioni dell'autorità siano effettivamente fuorviate, bastando che la condotta dell'agente abbia *l'attitudine e possa conseguire lo scopo di aiutare il colpevole ad eludere le indagini in corso*, per effetto anche di un mero sviamento in ordine all'esatta e puntuale ricostruzione dei fatti.

Per quanto riguarda invece l'elemento soggettivo, è sufficiente il dolo generico, consistente nella coscienza e volontà di prestare aiuto ad una persona in relazione ad un reato commesso, per eludere le investigazioni o per sottrarsi alle ricerche.

Tre sono i passaggi logici in cui si articola il motivo.

1) In primo luogo va evidenziato come, in tema di favoreggiamento ascritto ad un soggetto esercente la professione sanitaria, la situazione di illegalità in cui versa il soggetto che necessita di cure non può costituire in nessun caso ostacolo alla tutela della salute. Per contro, la condotta del sanitario chiamato ad esercitare il dovere professionale di tutela della salute del cittadino non può esorbitare il limite della diagnosi e della terapia, onde lo stesso non deve porre in essere condotte "aggiuntive" di altra natura che travalichino tale limite e siano finalizzate soggettivamente e oggettivamente a far eludere la persona assistita alle investigazioni dell'Autorità o a sottrarla alle ricerche di quest'ultima, giacché in siffatta ipotesi risultano integrati gli estremi del favoreggiamento.

2) È questo il secondo profilo che occorre affrontare. Va infatti ricordato che l'art. 378 c.p., nel punire chiunque aiuta taluno a sottrarsi alle ricerche dell'Autorità, non impone un obbligo di favorire ricerche e indagini; sanziona, piuttosto, i comportamenti di chi, fuori dal concorso nel reato presupposto, aiuta un terzo a sottrarsi alle ricerche dell'autorità o ad eluderne le indagini (condotta di interesse nel caso di specie). **Ed è per questa ragione che, escluso ogni rilievo in sé alle cure sanitarie prestate per le ragioni sopra rassegnate, per il favoreggiamento del sanitario è richiesta un'ulteriore condotta positiva di aiuto, che dunque possa essere apprezzata in quanto espressione di un contegno commissivo.**

3) Occorre però domandarsi – ed è questo il terzo passaggio logico – se il favoreggiamento possa configurarsi anche attraverso una condotta omissiva, e nella fattispecie attraverso la mancata redazione del referto medico, obbligatorio ai sensi dell'art. 334 c.p.p.: così fosse infatti, l'omissione da parte del sanitario di un comportamento giuridicamente dovuto finirebbe per costituire quell'elemento "aggiuntivo" rispetto alla mera assistenza medica cui si faceva poc'anzi riferimento.

Ed in effetti, riscontrato l'obbligo di procedere al referto da parte del sanitario per la controversa presenza di un fatto di reato perseguibile d'ufficio, non vi è dubbio che si riveli configurabile il favoreggiamento in caso di omissione di tale condotta dovuta: tipica l'ipotesi del latitante che aggredito da terzi, riporti lesioni integranti la perseguibilità d'ufficio del fatto riscontrate dal sanitario chiamato a curarlo.

E tuttavia, però, qualora vi siano immediate evidenze che il referto esporrebbe la persona assistita a procedimento penale, stante il disposto di cui al secondo comma dell'art. 365 c.p, l'obbligo sancito dall'art. 334 c.p.p viene meno e l'omissione del referto non può costituire la base per responsabilità di sorta: sia per un'eventuale contestazione del medesimo

art. 365 c.p. sia al fine di valorizzare tale omissione quale elemento tipico della fattispecie di favoreggiamento.

Cass. pen.sez. VI, 11 giugno 2015 n. 38281: *«Il medico ha il dovere giuridico di assistere chiunque abbia necessità delle sue prestazioni professionali, a prescindere dal modo e dall'ambiente in cui le cure vengono prestate. Non integra, pertanto, il reato di favoreggiamento personale di cui all'art. 378 c.p. la condotta del medico che presti un intervento chirurgico urgente ad un latitante senza porre in essere condotte ulteriori di altra natura, le quali, travalicando il dovere professionale del sanitario di assicurare la tutela della salute del cittadino, contribuiscano a sottrarre la persona assistita alle indagini o alle ricerche dell'Autorità».*

Nello stesso senso Cass. 35875/2020: *“Integra il reato di favoreggiamento personale la condotta del sanitario che non si limiti a omettere la redazione del referto, ma si adoperi per contrastare l'attività di indagine, facendo insorgere il pericolo che le investigazioni siano eluse. (Fattispecie relativa alla condotta di un medico che, dopo aver omesso la refertazione dell'evento lesivo occorso nel reparto in cui prestava servizio, aveva redatto un certificato di morte e consegnato la salma ai parenti, senza fornire informazioni circa la reale dinamica dell'evento, così impedendo di richiedere il riscontro necroscopico)”*

Gli elementi del fatto depongono allora a favore di un accoglimento del riesame per annullamento del provvedimento emanato, poichè in buona sostanza il fatto non sussiste e, quindi, a maggior ragione tantomeno sono riscontrabili i gravi indizi di reato. Il medico Tizio si è limitato a prestare la propria attività in un caso in cui si richiedeva un intervento urgente a tutela dell'integrità fisica e della salute del noto pregiudicato. Egli non ha svolto nessuna attività ulteriore che avesse l'attitudine di favorire la latitanza dello stesso o il suo sottrarsi alle ricerche dell'Autorità. Vero è che ha omesso di presentare referto, ma è altresì evidente che la situazione che gli si è palesata nell'immediatezza mostrava chiaramente che in caso contrario anch'egli sarebbe stato suscettibile di essere sottoposto ad indagini

In definitiva si aerisce a quella tesi – ormai pacificamente condivisa dalla giurisprudenza (vedi quella citata) – secondo la quale, lungi dall'essere scriminata, l'attività medico chirurgica in quanto tale non costituisce quell'«aiuto» al latitante o al reo cui l'art. 378 c.p. fa richiamo. Non si tratta dunque di una condotta tipica ma scriminata, bensì già di per sé atipica perché non riconducibile allo schema legale della fattispecie..

In esito a quanto sopra va aggiunto un secondo motivo di annullamento del provvedimento impugnato con il riesame.

Si deve eccepire la inapplicabilità tout court della misura cautelare in caso di ricorrenza della fattispecie come contestata.

Infatti i parametri previsti dal secondo comma dell'art. 280 c.p.p. ne escludono oggettivamente (e numericamente) l'applicabilità per il reato di cui all'art. 378 co.2 c.p. vista l'entità delle pene previste da quest'ultimo.

L'atto da redigere sarà dunque un riesame, teso ad ottenere l'annullamento della misura cautelare per la totale mancanza dei gravi indizi di reato, nonché per la oggettiva inapplicabilità della stessa misura cautelare al reato di cui all'art. 378 co. 2 c.p.

ATTO GIUDIZIARIO IN MATERIA DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Nei confronti della Alpha S.r.l., operativa nel campo dell'edilizia pubblica e privata, le cui quote sono possedute interamente, in pari misura, dai fratelli Tizio e Caio, viene rilasciata un'informazione interdittiva antimafia per rischio di infiltrazione mafiosa, in data 10/06/2023, dalla prefettura di Palermo ai sensi degli artt. 91 ss D.Lgs. n. 159/2011 e dell'art. 10 D.P.R. n. 252/1998.

Premesso che la misura interdittiva si fonda sui seguenti elementi indiziari: adozione di precedente informazione del 20/05/2016, a sua volta basata sulla misura inibitoria del divieto ed esercitare attività imprenditoriale applicata ai fratelli Tizio e Caio nell'ambito dell'operazione antimafia denominata Omega; sentenza di proscioglimento del Tribunale di Termini Imerese dei fratelli Tizio e Caio per il reato di cui all'art. 416 bis c.p., passata in giudicato e sentenza di proscioglimento del G.u.p. presso il Tribunale di Palermo in favore degli stessi per intervenuta per iscrizione per i reati di cui agli artt. 110 e 353 c.p, le quali tuttavia evidenziavano la probabile esposizione a influenze illecite della malavita organizzata; sequestro preventivo della società e dei beni aziendali nell'ambito dell'operazione Omega, poi revocato, il candidato, assumendo le vesti di legale della compagine sociale, predisponga l'atto stimato opportuno per tutelare la propria assistita.

COMMENTO

La traccia chiede al candidato, assunte le vesti dell'avvocato della Alpha S.r.l., di redigere l'impugnazione, con connessa domanda cautelare, dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sede di Palermo, avverso l'informazione interdittiva antimafia emessa dalla Prefettura di Palermo ai sensi degli artt. 91 ss. D. Lgs. n. 159/2011 e dell'art. 10 D.P.R. n. 252/1998.

I motivi di impugnazione sono molteplici e qui di seguito indicati, dopo una breve disamina dei principi di diritto applicabili alla materia dei predetti provvedimenti interdittivi.

Come noto, l'istituto in questione è regolato dal D. Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. Codice Antimafia) ed ha quale *ratio* il contrasto all'infiltrazione criminale nel tessuto economico sociale del mercato nazionale. Tale obiettivo, però, deve essere raggiunto previo

l'equo bilanciamento dei diversi interessi coinvolti che sono la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica da una parte ed il rispetto dei preminenti diritti quali la libertà di iniziativa economica *ex art. 41 Cost* dall'altra parte (così *Ad. Plen. 3/2018*).

Premessi tali principi cardini, si rileva, poi, che con l'informativa antimafia l'autorità prefettizia è chiamata a compiere una valutazione prettamente discrezionale dei fatti e degli elementi indiziari inerenti al caso di specie e, qualora, all'esito di tale istruttoria, ritenga che vi sia un pericolo di infiltrazione mafiosa capace di condizionare le scelte e gli indirizzi dell'operatore economico, si determina ad emettere la predetta misura amministrativa, che ha quale principale corollario la generale incapacità dell'impresa in questione di contrarre con la Pubblica Amministrazione.

Ciò detto, emerge dalla traccia che gli elementi indiziari presi in considerazione nel caso specifico sono: (i) risalenti nel tempo e privi del necessario requisito dell'attualità del pericolo (*i.e.* informativa del 20.05.2006) e (ii) provvedimenti penali di proscioglimento (quali sentenze di proscioglimento per cc.dd. reati "spia" -artt. 416 *bis* e 353 cod. pen.) e provvedimenti cautelari revocati (il sequestro preventivo della società e dei beni aziendali). Pertanto, in assenza di argomentazione contraria che non emerge dalla traccia, difetterebbe in specie il paventato pericolo; perciò, il fatto che l'autorità prefettizia conferisca apoditticamente a tali elementi una connotazione positiva a favore della misura amministrativa emessa è chiaro indizio di una valutazione discrezione viziato dall'eccesso di potere.

È pur vero che l'informativa antimafia è connaturata da una rilevante componente discrezionale, laddove -come sopra detto- rimette all'Autorità prefettizia la valutazione in merito alla sussistenza (o meno) di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa, però, è altrettanto vero che tale accertamento deve collimare con il canone civilistico del "*più probabile che non*". In altre parole, la valutazione dei predetti elementi indiziari deve rispondere all'esigenza di affermare in termini di alta probabilità che vi sussista nel caso specifico il rischio di permeabilità mafiosa (così *CdS 758/2019*).

Nella traccia, invece, non c'è evidenza di un percorso argomentativo, sufficientemente preciso e concordante, dell'Autorità prefettizia dal quale possa emergere il convincimento che gli elementi indiziari, posti alla base della intervenuta misura amministrativa, siano sufficienti a giustificare l'emissione della misura.

Questo fatto comporta un evidente difetto di motivazione che si traduce in violazione di legge, nonché un evidente errore istruttorio che si traduce in eccesso di potere.

È necessario, pertanto, che nell'atto da redigere sia sottolineato chiaramente che nel caso di specie l'affermata permeabilità dell'impresa a condizionamenti illeciti si basa su elementi rivelatisi del tutto infondati (ossia, sentenze di revoca del sequestro e di proscioglimento dai reati); di conseguenza, l'intero apparato argomentativo adottato dall'Autorità prefettizia è mancante del necessario giudizio inferenziale perché sostanzialmente basato su criteri che, al contrario, depongono per l'infondatezza della misura emessa.

Gli elementi per la valutazione del tentativo di infiltrazione mafiosa della società Alfa, infatti, sono tratti (non solo) da fatti risalenti nel tempo e non più attuali (2016), ma anche da fatti del tutto ridimensionati rispetto alla loro portata originaria dai successivi provvedimenti giudiziari emessi che, però, l'Autorità amministrativa ha trascurato di valutare nella loro dimensione unitaria.

Quanto sopra è rilevabile in sede di giudizio perché il GA è chiamato a valutare anche la gravità del quadro indiziario alla base del provvedimento impugnato (c.d. *full jurisdiction*) e può sindacare i fatti indicatori posti alla base del provvedimento interdittivo anche sotto l'aspetto del ragionamento probabilistico compiuto dall'amministrazione (*Corte. Cost. 57/2020 e CdS 758/2019*)

Di conseguenza, il primo motivo di impugnazione dovrebbe riguardare la violazione di legge, l'insussistenza dei presupposti di cui all'art. 84, co. 4, D. Lgs. 159/2011, l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, il travisamento dei fatti ed ingiustizia manifesta.

Ulteriore motivo di impugnazione è l'illegittimità dell'informativa prefettizia sotto autonomo e diverso profilo: la violazione dell'art. 92 *bis* Codice Antimafia, illogicità manifesta.

È fatto notorio che il diritto di difesa ed il relativo contraddittorio all'interno del procedimento amministrativo volto alla valutazione della misura interdittiva possa soggiacere a restrizioni giustificate, ma a condizione che questo risponda ad obiettivi di interesse generale (es. la non frustrazione di particolari esigenze di celerità e/o l'esigenza di tener celato il procedimento al fine di garantire una effettiva tutela preventiva nella lotta contro la mafia).

Il Legislatore, però, è intervenuto recentemente su questo aspetto (D. Lgs. 152/2021) ed ha modificato l'art. 92 Codice antimafia, avendo quale *ratio* la necessità di delimitare entro confini certi la limitazione del contraddittorio procedimentale. Infatti, a tal fine è stato introdotto l'art. 92 *bis* rubricato "*Contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia*", secondo il quale, qualora non sussistano particolari esigenze di celerità e il disvelamento degli elementi indiziari non pregiudichi l'attività in corso, "*il Prefetto ne dà tempestiva comunicazione al soggetto interessato*".

La volontà del Legislatore è chiaramente garantista laddove restringe il perimetro della mancata comunicazione solamente nel caso in cui siano presenti i sopra indicati elementi, diversamente il coinvolgimento del soggetto interessato non può essere omesso.

Nel caso di specie è evidente che non vi sia alcuna esigenza di celerità, posto che i fatti oggetto del provvedimento interdittivo sono risalenti nel tempo e parimenti non vi è alcuna motivazione adotta dall'autorità preposta al fine di giustificare l'esigenza di non coinvolgere la società interessata, pertanto, stando così i fatti, il provvedimento interdittivo è stato emesso in violazione di legge, *sub specie* art. 92 *bis* Codice Antimafia.

Infatti, il coinvolgimento della società Alfa avrebbe potuto sicuramente fornire elementi utili a chiarimento delle dinamiche indiziarie rilevate, evitando in concreto che si potesse pervenire ad una informativa antimafia fondata su meri sospetti e congetture.

L'atto da redigere perciò sarà un ricorso *ex art. 29 c.p.a.* in cui si chiederà l'annullamento del provvedimento impugnato per i motivi sopraindicati con connessa istanza cautelare di sospensione del predetto provvedimento.