

TRACCE DEL CONCORSO A 365 POSTI

PREMESSA

In tempi non lontani su queste colonne si scriveva «*Il perfezionamento dell’algoritmo e la sua capacità di ridurre l’alea connessa alla vastità degli argomenti suscettibili di essere considerati dalla commissione pongono un problema di uguaglianza sostanziale, essendo il suo impiego foriero di disparità nelle chances di superamento del concorso. Posto che tale disparità non eccede le naturali disuguaglianze connesse alle scelte individuali, la vera questione è se esso non possa alterare in modo significativo i criteri di selezione, che presiedono alla scelta del migliore, portando al successo candidati che, altrimenti, non sarebbero idonei alle funzioni di magistrato. Tale impostazione sconta il classico vizio di inversione logica, del rapporto tra causa ed effetto. La scelta di affidarsi ad un metodo scientifico è testimonianza dell’idoneità del soggetto, non già l’inidoneità del medesimo è causa del tentativo di colmarla attraverso una tecnica scientifica*».

L’individuazione degli argomenti probabili non è una tecnica di preparazione del concorso, ma una scelta tattica per il successo in una competizione, che – proprio in quanto aleatoria – richiede il massimo rigore scientifico e la cui divulgazione da parte della Scuola deve essere trasparente, pena l’assimilazione a pratiche di stregoneria o a farlocche operazioni di marketing.

Di seguito lo studio della **commissione** e la comparazione tra le tracce assegnate al concorso e quelle trattate al corso, indicando quando (a quale distanza dal concorso) e come (con quale grado di prossimità alla traccia concorsuale e di approfondimento) siano state esaminate¹.

TRACCE ASSEGNATE

Diritto civile:

- Concorso, 25 giugno 2014 > “*La proprietà temporanea e i vincoli fiduciari*”.
- Lezione pre-concorso, 24 giugno 2014 > *Proprietà e vincoli di destinazione*².
- Corso intensivo, sessione mirata, 16 maggio 2014 > “*Il negozio giuridico come strumento di separazione dei patrimoni: dica in particolare il candidato del trust e degli acquisti del mandatario senza rappresentanza*”³.
- Corso intensivo, sessione speciale, 19 aprile 2014 > “*Nuove forme di proprietà e ammissibilità del negozio di pura destinazione*”.

Diritto penale:

- Concorso, 26 giugno 2014 > “*Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita. Rapporti tra l’art 648-ter c.p. e gli artt. 648 e 648 bis c.p.*”.
- Full immersion, 6 giugno 2014 > “*Ricettazione, riciclaggio, reimpiego*”⁴.

¹ All’analisi delle tracce probabili sono specificamente rivolte le sessioni mirate del corso intensivo (otto argomenti per materia) e la lezione pre-concorso (tre argomenti per materia, in parte coincidenti con quelli oggetto del corso).

² Trattati:

- funzione sociale e nuove forme di proprietà privata;
- proprietà fiduciaria (Cass. III civ. 10633/14);
- negozi di destinazione e proprietà vincolate atipiche (trust e art. 2645-ter c.c.);
- ammissibilità della proprietà temporanea nell’ipotesi di causa traslativa solidaristica.

³ Trattati:

- negozi di destinazione tipici e rapporto tra vincolo di destinazione e causa del contratto;
- acquisti del mandatario senza rappresentanza e ammissibilità della proprietà temporanea in capo al mandatario;
- proprietà vincolate atipiche (trust e art. 2645-ter c.c.);

⁴ Classificazione della traccia e schema di svolgimento.

- Corso intensivo, sessione mirata, 18 aprile 2014 > “*Premessi cenni sul fenomeno del concorso di norme incriminatrici, tratti il candidato della disciplina delle circostanze nel reato continuato e del rapporto tra i delitti di ricettazione, riciclaggio e reimpiego*”⁵.

Diritto amministrativo:

- Concorso, 27 giugno 2014 > “*Selezione del contraente nell’appalto pubblico e tutela della concorrenza, con particolare riferimento all’avvalimento plurimo o frazionato*”.
- Corso ordinario 2013/2014 > *Appalti pubblici e procedimento di scelta del contraente*.

ANALISI DELLE TRACCE

Anche in questa tornata le tracce presentano un livello di difficoltà medio. Quelle di penale e amministrativo avevano diretti referenti codicistici, che consentivano di pervenire alla soluzione anche senza una specifica preparazione sull’argomento; quella di civile era più complessa, ma più nota. Come tutte le tracce che richiedono un certo studio dell’argomento, tuttavia, la sua soluzione risente del livello di approfondimento e di memorizzazione dello studio da parte del candidato.

L’analisi di seguito riportata è su base schematica e tiene conto del fatto che si tratta di temi, in cui è decisiva la comprensione del problema e l’argomentazione della sua soluzione, non la monografica illustrazione delle informazioni in argomento. Ovviamente, si accenna anche alla soluzione che tutte le tracce hanno in base al metodo scientifico, ricordando che, se si tratta di metodo inconsueto per le commissioni, è nondimeno sommamente apprezzato, garantendo la certezza del diritto ed evidenziando l’abilità del candidato nel dimostrare – piuttosto che, semplicemente, motivare – le proprie affermazioni.

DIRITTO CIVILE

“La proprietà temporanea e i vincoli fiduciari”

1. Problema conoscitivo

Il tema verte sulla derogabilità dello schema tipico della proprietà privata da parte dell’autonomia negoziale in nome di interessi meritevoli di tutela, affidati alla costituzione di vincoli di destinazione a carattere reale.

2. Svolgimento

- Nozione codicistica di proprietà, da cui si evince l’inammissibilità della proprietà temporanea, siccome incompatibile con i caratteri di pienezza ed esclusività del diritto, con riguardo sia alle facoltà di godimento, che di disposizione⁶.

- Ipotesi legali di proprietà temporanea⁷, tra cui spicca la multiproprietà, forgiata dall’autonomia privata e poi riconosciuta dal legislatore nel codice del consumo.

- Ipotesi convenzionali di proprietà temporanea, ritenute dalla dottrina tradizionale inammissibili, perché in violazione del principio di tipicità dei diritti reali.

⁵ Trattati:

- i criteri di soluzione del conflitto di norme incriminatrici e la natura del reato continuato;
 - il rapporto di progressione tra gli artt. 648, 648 bis c.p. 648-ter c.p. ;
 - le ipotesi di concorso con il reimpiego (Cass. II pen. 14634/13).

⁶ Nel senso che il proprietario a termine perderebbe il potere di disporre del bene, in ragione della scadenza del diritto reale. L’opinione non è pacifica, poiché la facoltà di disporre non è logicamente incompatibile con la natura temporanea del diritto, potendo essere esercitata entro il termine di durata dello stesso, salva la responsabilità del disponente e la tutela del terzo interessato. Il fenomeno della temporaneità, piuttosto, consisterebbe nella cessazione automatica del diritto di proprietà alla scadenza del termine.

⁷ Il legato a termine finale di cui all’art. 637 c.c., la sostituzione fedecommissaria di cui all’art. 692 c.c., la proprietà superficaria di cui all’art. 953 c.c.

- Il negozio fiduciario, con particolare riferimento alla fiducia cd. dinamica⁸.

Il riconoscimento della cd. causa fiduciaria del trasferimento implicherebbe l'ammissibilità di una proprietà temporanea in capo al fiduciario. Prevale, tuttavia, la tesi che la fiducia sia solo un motivo e il fiduciario un proprietario a tutti gli effetti⁹, essendo il vincolo di destinazione inopponibile ai terzi. Critica di questa soluzione alla luce della disciplina del mandato ad acquistare senza rappresentanza, che attribuisce al mandante l'azione di rivendicazione dei beni mobili e quella ex art. 2932 c.c. per il trasferimento dei beni immobili, acquistati dal mandatario a proprio nome ma nell'interesse del mandante. Replica a tale obiezione, fondata sulla possibilità del legislatore di prevedere ulteriori ipotesi – oltre a quella nascente dalla titolarità del diritto di proprietà – di legittimazione all'azione di rivendicazione, peraltro prevista per i soli beni immobili, mentre la tutela ex art. 2932 c.c., pur se di carattere costitutivo, non ha natura reale.

- L'innovativa ricostruzione del negozio fiduciario operata da recentissima giurisprudenza¹⁰, che ammette la causa fiduciaria e, dunque, la proprietà fiduciaria, che finisce per assumere natura temporanea, essendo *ab origine* conformata dal vincolo fiduciario al ritrasferimento, efficace anche quando non è contenuto – per difetto della forma scritta – in un contratto, ma in un negozio unilaterale che espliciti l'impegno sotteso all'accordo fiduciario.

- L'*overruling* sistematico: i negozi di destinazione.

Tramite il negozio di destinazione, che è una *species* del negozio fiduciario, uno o più beni sono vincolati alla realizzazione di un determinato scopo, in funzione del quale essi sono trasferiti al fiduciario o da lui amministrati. Per effetto del negozio, i beni vincolati sono separati dal patrimonio del proprietario, in deroga all'art. 2740 c.c. . Il codice civile sembra prediligere il negozio di pura destinazione, come il fondo patrimoniale costituito dai coniugi e i patrimoni destinati a uno specifico affare dalla società, che hanno solo l'effetto di modificare il regime giuridico della proprietà, che resta dell'autore del negozio. Nel ragionare di proprietà temporanea, invece, deve farsi riferimento ai negozi traslativi, allorquando il beneficiario finale sia un terzo o lo stesso disponente, oppure il trasferimento sia a termine. In tali casi, se il vincolo di destinazione ha efficacia reale, la proprietà destinata può essere considerata transitoria.

⁸ Collegamento tra un negozio traslativo (vendita o donazione) ed uno obbligatorio (*pactum fiduciae*) in forza del quale l'acquirente, in veste di fiduciario (fiducia *cum amico* o *cum creditore*) è tenuto a ritrasferire il bene al fiduciante o a un terzo. Inizialmente si era ritenuto che il beneficiario fosse l'unico vero proprietario, spettando al fiduciario solo una legittimazione provvisoria all'esercizio dei diritti trasferiti. Successivamente l'impostazione è stata ribaltata, riconoscendo nel fiduciario un pieno proprietario, attesa la natura interna del vincolo fiduciario.

⁹ Cass. sez. un. n. 24772/08: «Le norme in tema di mandato senza rappresentanza debbono essere interpretate nel senso che esse dettano una regola generale, secondo la quale il mandatario acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi, i quali non hanno alcun rapporto con il mandante. Devono considerarsi eccezionali quelle disposizioni che, in deroga a tale regola, stabiliscano una sorte diversa, imperniata sulla reclamabilità del diritto (di credito o reale) da parte del mandante. L'espressione diritti di credito di cui all'articolo 1705, comma 2, del Cc va, pertanto, rigorosamente circoscritta all'esercizio dei diritti sostanziali acquistati dal mandatario, con conseguente esclusione delle azioni poste a loro tutela (annullamento, risoluzione, rescissione e risarcimento)».

¹⁰ Cass. civ. sez. III, n. 10633/14: «La dichiarazione unilaterale scritta con la quale un soggetto si impegna a trasferire ad altri la proprietà di uno o più beni immobili in esecuzione di un precedente accordo fiduciario non costituisce semplice promessa di pagamento, ma autonoma fonte di obbligazioni se contiene un impegno attuale e preciso al ritrasferimento. La fiducia è la causa dell'intera operazione economica posta in essere, che si articola in diversi negozi giuridici e che colora di liceità e di meritevolezza l'impegno di ritrasferimento assunto dalla (B) con la sottoscrizione del suo impegno unilaterale. Qualora il firmatario non dia esecuzione a quanto contenuto nell'impegno unilaterale, esso è suscettibile di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'articolo 2932 del codice civile, purché l'atto unilaterale contenga l'esatta individuazione dell'immobile, con l'indicazione dei confini e dei dati catastali».

Il caso concerneva la dazione da parte di un commerciante alla moglie, nel corso degli anni, del denaro occorrente per l'acquisto di quattro beni immobili, a lei intestati fiduciariamente per occultare ai creditori la reale consistenza del patrimonio personale, con il patto che la consorte li restituisse a sua semplice richiesta.

- Il *trust*.

La nozione internazionale di *trust*¹¹ è meramente descrittiva (cd. *trust* amorfo): atto, *inter vivos* o *mortis causa*, di disposizione di tutti o parte dei beni in favore del *trustee*, che ne acquista il controllo e l'obbligo di amministrazione nell'interesse dei beneficiari o per il perseguimento di un fine specifico. Il *trust* produce, dunque, sia effetti reali¹² che obbligatori¹³. Il *trust* funzionale è uno strumento per la realizzazione di una pluralità di obiettivi, mercè la dissociazione tra proprietà e controllo, la cui compatibilità con l'ordinamento positivo andrebbe volta a volta verificata, non solo dal punto di vista delle parti (principio del numero chiuso dei diritti reali, cause di attribuzione patrimoniale che giustificano lo spostamento di ricchezza), ma anche tenendo conto, alla luce della funzione perseguita, degli effetti sui terzi (limitazione della responsabilità patrimoniale del *trustee*, imputazione degli atti illeciti). Il *trust* è figlio di una diversa concezione della proprietà privata, che ammette la scissione tra titolarità giuridica ed appartenenza economica, in ragione della meritevolezza degli interessi delle parti del rapporto. Tuttavia, l'estraneità del *trust* al nostro ordinamento, e la necessità di verificare volta a volta la compatibilità della legge straniera applicabile con i principi fondamentali del diritto nazionale, non consentono di ritenere *ipso iure* codificata la proprietà fiduciaria.

- L'art. 2645-ter.

Con tale disposizione si ammette, quale schema generale ed astratto, il negozio di destinazione, con l'effetto di trasferire la proprietà a tempo determinato, ossia “*per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria*”, subordinandolo esclusivamente alla sussistenza di una *iusta causa*, che può essere la più varia, come la tutela di persone disabili, la crescita del minore, la sovvenzione dello studio o della formazione professionale, la sovvenzione e lo sviluppo di attività culturali, il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, l'adempimento degli obblighi patrimoniali nascenti dalla separazione, l'interesse di pubbliche amministrazioni.

Nel ragionare di proprietà temporanea, i dati da evidenziare sono i seguenti:

1. la struttura unitaria del negozio, produttivo insieme di effetti obbligatori e reali, i quali trovano giustificazione nella causa di destinazione;
2. l'opponibilità del vincolo di destinazione trascritto ai terzi;
3. la facoltà di qualunque interessato di agire per la realizzazione della causa di destinazione.

Anche aderendo alla tesi della norma sugli effetti, che non ravvisa nell'art. 2645-ter un'autonoma figura negoziale, è innegabile che il conferimento di beni dia luogo a un diritto reale in capo al titolare. In tal modo appare codificata la proprietà vincolata, a carattere temporaneo, essendo la destinazione dei beni efficace *erga omnes* e per un periodo di tempo prefissato. Occorre tuttavia precisare che la causa di destinazione non può essere inquadrata come causa fiduciaria, identificandosi piuttosto con gli interessi concreti che il negozio è diretto a soddisfare.

¹¹ Art. 2 della convenzione sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento, adottata a l'Aja il 1° luglio 1985, ratificata con la legge 16 ottobre 1989, n. 364.

¹² Come si evince dall'art. 4, il negozio di trasferimento è logicamente distinto dall'atto costitutivo del *trust*, cui è avvinto da un collegamento funzionale (trovando in esso il proprio elemento causale). I beni trasferiti sono oggetto presso il *trustee* di una segregazione, restando così da un lato inattuabili dai creditori del medesimo, dall'altro insensibili alle vicende del suo patrimonio (successione, matrimonio, fallimento). I beni vengono intestati al *trustee*, che è legittimato ad iscrivere sui beni registrati il *trust*. Il negozio di trasferimento è logicamente distinto dall'atto costitutivo del *trust* cui è avvinto da un collegamento funzionale (trovando in esso il proprio elemento causale).

¹³ Il *trustee* ha il potere-dovere di amministrare, utilizzare, disporre dei beni secondo le disposizioni del costituente, il quale può riservarsi certi diritti e poteri riducendo così la portata del trasferimento. Beneficiario finale può essere lo stesso costituente, il *trustee*, i terzi.

- Conclusioni.

L'inammissibilità della proprietà temporanea riposa sul principio di ordine pubblico economico secondo cui godimento, gestione e disposizione dei beni debbano concentrarsi nelle mani di un unico soggetto ed il connesso dogma secondo cui la proprietà è una "libertà di", rispetto a cui ogni determinazione – legale o convenzionale – si pone come una limitazione. Il fenomeno delle separazioni patrimoniali induce, però, a riflettere sull'effettiva coerenza di tale dogma con il sistema, sul piano del rapporto tra l'autonomia privata e le moderne forme di produzione e di circolazione della ricchezza. Complementare a questa analisi è quella sul ruolo oggi svolto dall'art. 42 Cost. e dalla funzione sociale della proprietà. Ai sensi di tale prescrizione, la struttura tipica della proprietà può adattarsi alla tipologia dei beni e degli interessi che vi insistono. Alle tradizionali proprietà conformate – proprietà edilizia, proprietà rurale, proprietà dei beni culturali ed ambientali, proprietà dei beni di consumo, proprietà intellettuale e industriale – si sono aggiunte la proprietà tecnologica e la proprietà biologica (cellule staminali, embrioni umani). Ma la conformazione può spingersi sino a incidere sulla stessa forma del diritto, come nelle ipotesi di proprietà vincolata. Poiché il diritto si costruisce sulle possibilità giuridiche del suo oggetto, la qualificazione della proprietà come temporanea sembra ammissibile laddove la limitazione temporale sia strumentale alla realizzazione degli scopi di rilevanza sociale riferibili al bene. In definitiva, si tratta di prendere atto che nel campo dei diritti reali le cose rilevano sotto una duplice dimensione fisica: spazio e tempo. Non si vede perché la proprietà non possa essere limitata anche sotto il profilo temporale, se ciò è confacente alla sua organizzazione produttiva o alla sua destinazione. La funzione sociale dei modi di acquisto della proprietà è la formula per risolvere la compatibilità della proprietà temporanea con l'art. 832 c.c., prescindendo dal superamento del principio di tipicità dei diritti reali e considerando direttamente il bene trasferito, che, nella destinazione impressa dal negozio, si connota in modo nuovo, definendosi anche sul piano temporale. Ciò non significa ritornare alla vecchia concezione della causa, come funzione economico-sociale, poichè non si deve confondere la nozione di causa come elemento del contratto (la sintesi degli interessi delle parti, sia essa quella concreta o quella tipizzata dal legislatore in uno schema combinatorio), dall'individuazione dei parametri del giudizio di meritevolezza che su di essa è richiesto. In tal ultimo senso, è ben possibile che il legislatore, per ammettere un negozio di destinazione, con l'effetto di vincolare la proprietà trasferita, esiga un *quid pluris* rispetto alla compatibilità con l'utile sociale sottesa all'art. 41, comma 2 Cost., quindi, una vera e propria finalizzazione a interessi socialmente apprezzabili. Il cerchio si chiude ove si consideri che i negozi di destinazione quasi sempre oltrepassano una visione egoistica del diritto, perseguendo scopi solidaristici o assistenziali.

DIRITTO PENALE

“Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita. Rapporti tra l'art 648-ter c.p. e gli artt. 648 e 648 bis c.p.”

1. Problema conoscitivo

Il tema verte sulla qualificazione della condotta di impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, astrattamente suscettibile di costituire un post-factum della ricettazione, ovvero di integrare i reati di riciclaggio o reimpiego in attività economiche. Quindi sul rapporto di progressione tra le tre fattispecie e sulle ipotesi di concorso – apparente o reale – tra loro.

2. Svolgimento

Preliminari sono la definizione e l'inquadramento sistematico delle tre figure, sul duplice versante della realtà economica e della norma giuridica. La successione numerica delle disposizioni

segnala l'offensività crescente delle condotte di impiego dei proventi delittuosi nel mercato, che sconfina dalla dimensione microeconomica tipica della ricettazione e delle forme rudimentali di riciclaggio¹⁴. A questa progressione normativa corrisponde una progressione sociale, poiché l'investimento in attività economiche e finanziarie è frequentemente realizzato dalla criminalità organizzata e da quella transnazionale. In questa prospettiva, al fine di illuminare la *ratio* dell'incriminazione del riciclaggio e del reimpiego e la distinzione dalla ricettazione si può accennare alla confisca di cui all'art. 648-quater, avente chiara natura sanzionatoria.

Al centro della trattazione va posto il reato di reimpiego, la cui analisi strutturale è da condurre, alla luce dei principi di frammentarietà, determinatezza ed offensività, mercè la scomposizione degli elementi testuali: *impiega / in attività economiche o finanziarie / denaro, beni o altre utilità / provenienti da delitto*. Essendo il tratto distintivo del reimpiego, l'attenzione va concentrata sul concetto di "attività economiche e finanziarie", che la dottrina individua in un'attività finalizzata alla produzione o allo scambio di beni o servizi, rientrando in una di quelle elencate negli artt. 2082, 2135 e 2195 c.c. La recente giurisprudenza¹⁵ ha fornito importanti precisazioni, affermando che l'impiego di denaro di provenienza illecita in attività economiche o finanziarie integri il reato anche quando: sia svolta non professionalmente, ma sporadicamente o occasionalmente; l'attività economica o finanziaria sia illecita; non sussista l'effetto dissimulatório tipico del riciclaggio. In particolare quest'ultima affermazione si pone in contrasto con un orientamento abbastanza consolidato, che ravvisava un rapporto di specialità tra art. 648-ter e art. 648-bis, nel senso che il primo condivideva la finalità di ostacolare l'individuazione o l'accertamento della provenienza illecita dei beni espressamente menzionata nel secondo, differenziandosene solo per il fatto che detta finalità è perseguita tramite il reinvestimento dei proventi nel mercato. A sostegno del mutamento d'indirizzo, oltre al dato letterale, la diversa oggettività giuridica del riciclaggio, che comprende la tutela del patrimonio, dell'amministrazione della giustizia, dell'ordine pubblico economico, mentre il reimpiego protegge il mercato.

Ricostruite le ipotesi in cui la condotta di impiego integra il reato di cui all'art.648-ter, occorre risolvere il secondo problema della traccia, esaminando le ipotesi in cui detta condotta sia: - coincidente con quella di riciclaggio¹⁶;

¹⁴ Oltre all'occultamento degli illeciti a monte, esse producono inaccettabili distorsioni nel ciclo economico, alterando i normali meccanismi di accumulo della ricchezza e di approvvigionamento delle fonti di finanziamento. In particolare, il riciclaggio genera fenomeni imprenditoriali che, a causa della facilità di reperimento dei capitali, sono più competitivi della concorrenza. Operando, spesso, nel commercio al dettaglio (settore più idoneo allo scopo criminoso, perché fa largo uso di moneta contante), il riciclatore di denaro riesce a rilevare o comunque mantenere sul mercato attività poco o per nulla remunerative, il cui unico scopo è restare aperte nonostante il passivo finanziario accumulato. In questo modo egli riesce a praticare condizioni più vantaggiose, oppure a rimanere sul mercato nonostante situazioni di sovraffollamento del settore di riferimento, o ancora a garantire trattamenti lavorativi più appetibili e vantaggiosi. In tal modo, da un lato la criminalità falsa i naturali meccanismi di concorrenza del mercato tenendo bassi i prezzi e provocando disoccupazione, e dall'altro si garantisce un certo consenso sociale che può sfruttare per perseverare nelle finalità illecite più disparate.

¹⁵ Cass. sez. pen. II, 25 febbraio 2014, n. 9026.

¹⁶ L'art. 648-bis c.p. incrimina la sostituzione o il trasferimento di denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto. "Sostituire" i capitali illeciti significa rimpiazzare il denaro o i valori "sporchi" con quelli "puliti" e vi rientrano tutte le attività dirette ad incidere sul compendio criminoso recidendo ogni possibile collegamento, oggettivo e soggettivo, con il reato: può trattarsi di operazioni bancarie, finanziarie o valutarie, ma anche di operazioni commerciali, ovvero di attività meramente materiali, attraverso le quali si mutano le originarie utilità economiche di illecita provenienza con altre apparentemente lecite, perché non più riconducibili, in via immediata e diretta, al reato di cui le prime hanno costituito il profitto o il provento, come in caso di versamento di denaro di fonte illecita sul conto corrente e successivamente consegnata all'effettivo destinatario o mediante prelevamento e successiva consegna di contanti o mediante il rilascio di assegni bancari e/o circolari.

- temporalmente e teleologicamente posteriore a quelle di ricettazione o di riciclaggio.

Secondo Cass. pen. sez. II, n. 14634/13 (adesiva a sez. II, n. 4800/10) «In ragione della clausola di sussidiarietà prevista nell'articolo 648-ter del Cp, la fattispecie incriminatrice del reimpiego illecito non è applicabile a coloro che abbiano già commesso il delitto di ricettazione o quello di riciclaggio e che, successivamente, con determinazione autonoma (al di fuori, cioè, della iniziale ricezione o sostituzione del denaro), abbiano poi impiegato ciò che era frutto già di delitti a loro addebitati: in tale evenienza, il reimpiego del denaro si atteggia, infatti, come post factum non rilevante. Per converso, la norma incriminatrice del reimpiego è applicabile a coloro che, con unicità di determinazione teleologica originaria, abbiano ricevuto o sostituito denaro di provenienza illecita per impiegarlo in attività economiche o finanziarie: in tale evenienza nel reimpiego è assorbita la precedente attività di ricezione o di sostituzione».

La tesi della suprema Corte è contestata in dottrina, la quale ravvisa concorso di reati in ipotesi di condotte diverse, commesse dallo stesso soggetto: ciò che si verifica nel caso in cui questi, dapprima provveda alla ricezione o alla ripulitura del provento illecito, poi, con autonoma determinazione, provveda al suo impiego. Tale soluzione appare preferibile: per quanto il rapporto di progressione e la clausola di sussidiarietà indichino la volontà del legislatore di fissare un rapporto di alternatività, attribuendo al reato di reimpiego uno spazio puramente residuale, le categorie scientifiche sottese alla teoria del concorso di norme fanno ritenere che un'azione criminosa totalmente separata sul piano fisico non possa essere assorbita dalla precedente, sol perché in concreto ne costituisce una regolare (ma non necessaria) conseguenza secondo le leggi economiche¹⁷. Anzi, il concorso apparente andrebbe escluso anche nell'ipotesi in cui il reimpiego sia previsto già al momento di realizzare la ripulitura dei proventi, trovando in tal caso applicazione la disciplina della continuazione. Per contro, la clausola di sussidiarietà trova applicazione quando il riciclaggio viene posto in essere direttamente immettendo i proventi illeciti sul mercato, ovvero quando il reimpiego avvenga senza soluzione di continuità materiale e teleologica con la ricezione.

DIRITTO AMMINISTRATIVO

“Selezione del contraente nell'appalto pubblico e tutela della concorrenza, con particolare riferimento all'avvalimento plurimo o frazionato”.

1. Problema conoscitivo

“Trasferire” i capitali illeciti evoca, invece, una qualsivoglia condotta che, senza mutare l'oggettività del bene, si limita a movimentarlo, spostandolo da un soggetto ad un altro soggetto (ma non necessariamente in un altro luogo), in modo da farne perdere le tracce della provenienza. Vi rientrano, in sostanza, quelle condotte in forza delle quali un soggetto, ricevuta la disponibilità, materiale o giuridica, del compendio criminoso lo trasferisce a terzi, nell'identica composizione quantitativa e qualitativa, ponendo in essere un artificioso passaggio volto ad occultarne l'origine illecita: si pensi all'acquisto di un immobile con proventi criminali da parte di un soggetto diverso da quello cui appartiene il denaro illecito utilizzato per l'acquisto, ed al successivo trasferimento del bene al medesimo; ovvero all'attività del soggetto che, senza essere concorso nel reato da cui derivano i profitti illeciti, si incarica di portare in un luogo sicuro (all'estero, ecc.) il compendio criminoso (oro, pietre preziose, ecc.).

Pur aderendo alla tesi che l'elemento caratteristico del riciclaggio – l'idoneità ad ostacolare l'identificazione della provenienza del bene – non sia requisito del reimpiego, resta che tale effetto sia insito nella condotta di chi immette i proventi illeciti nel mercato. Ne discende che, qualora il riciclaggio si attui attraverso operazioni economiche o finanziarie, esso possa contestualmente integrare un reimpiego.

¹⁷ Affinchè condotte materialmente distinte ma connesse dal punto di vista socio-criminale possano essere assorbite occorre l'espressa unificazione normativa (reati di durata, reato progressivo, reati a doppio schema di perfezionamento o consumazione prolungata, come la corruzione o l'usura, reati presupposto). Nell'ipotesi di reati presupposto ricadono i delitti da cui provengono i beni impiegati in attività economiche, non anche quelli di ricettazione e riciclaggio, che non sono un elemento costitutivo del reato di reimpiego, ma un mero antecedente.

Il tema verte sul rapporto, all'interno del Codice dei contratti, tra l'interesse pubblico nella selezione dell'aggiudicatario di un appalto e l'interesse generale alla concorrenza nel mercato, da verificare con riguardo all'istituto dell'avvalimento, che – specie nella sua variante plurima o frazionata – entra in tensione con il primo in nome di una più ampia tutela del secondo.

2. Svolgimento

La prima parte, piuttosto generica, va letta alla luce del bilanciamento tra il principio di buon andamento e quello di competitività¹⁸.

Introdotta la natura del procedimento di evidenza pubblica¹⁹ e la sua ispirazione comunitaria²⁰, il candidato deve esaminarne la struttura²¹, soffermandosi sulla fase della selezione²².

¹⁸ L'art. 2, comma 1 stabilisce che *“1. L'affidamento e l'esecuzione di opere e di lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice”*.

¹⁹ L'art. 2, comma 3 stabilisce che *“Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni”*.

²⁰ La finalità perseguita con la direttiva n. 2004/18/Ce è stata, in primo luogo, quella di garantire che nei singoli ordinamenti nazionali l'aggiudicazione degli appalti per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico avvenisse nel rispetto dei principi del Trattato ed, in particolare, dei principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei «principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza» (Considerando numero 2 della citata direttiva 18 del 2004).

In secondo luogo è stata data attuazione a un'esigenza più volte sottolineata dalla Corte di giustizia, cioè che il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ha come fine essenziale «di proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro e, a tal fine, di escludere sia il rischio che gli offerenti nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti sia la possibilità che un'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni non economiche».

²¹ La sequenza procedimentale è contemplata dall'art. 11 (*“fasi delle procedure dell'affidamento”*):

- 1) decreto o determinazione di contrarre in conformità;
- 2) procedura di selezione dei partecipanti;
- 3) aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente;
- 4) aggiudicazione definitiva, all'esito della verifica sull'aggiudicazione provvisoria.

²² Le procedure di selezione si distinguono in aperte, ristrette, negoziate (art. 54).

Le procedure aperte consentono ad ogni operatore economico interessato di presentare la propria offerta. Tra queste è compreso il pubblico incanto (asta pubblica), che, garantendo la massima partecipazione e competitività, consente agli operatori di presentare le proprie offerte secondo i termini e le modalità del bando.

Le procedure ristrette sono quelle in cui partecipano solo gli operatori economici invitati dalla stazione appaltante. Si tratta della licitazione privata (in cui la prestazione richiesta è ben determinata) e dell'appalto concorso (in cui la P.A. elabora un progetto generale e l'offerente deve definirlo tecnicamente nei singoli particolari, determinando anche il prezzo). L'invito della stazione appaltante segue la richiesta di invito, fatta secondo i termini e le modalità, indicate dal bando. Attraverso la pubblicazione del bando si garantisce la tutela della concorrenza e la massima partecipazione alla procedura.

Le procedure negoziate rispecchiano le trattative tra privati, essendo caratterizzate dalla diretta consultazione tra stazione appaltante e operatori scelti, con negoziazione delle condizioni del contratto, prescindendo dall'osservanza di forme procedimentali e, addirittura, in alcuni casi, senza pubblicazione di un bando. Tali procedure si delineano, dunque, come una trattativa privata multilaterale.

Il dialogo competitivo è una procedura alla quale qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare e nella quale l'amministrazione aggiudicatrice avvia un dialogo con i candidati ammessi al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità, sulla cui base i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte.

Le procedure aperte e ristrette hanno un ambito di applicazione generale, la scelta tra le due ha natura essenzialmente discrezionale, posto che l'art. 55, comma 2 stabilisce che le stazioni appaltanti utilizzano *“di preferenza”* le procedure ristrette quando il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione, o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La discrezionalità è teoricamente sindacabile sotto il profilo dell'eccesso di potere per violazione del principio di buon andamento.

La libera concorrenza è specificamente garantita dall'eccezionalità delle procedure negoziate, dall'obbligo di pubblicazione del bando di gara anche nelle procedure ristrette, dalla facoltà di partecipazione alla procedura in forma associata, dalla predeterminazione dei requisiti di partecipazione e di aggiudicazione, dalla verifica sull'anomalia dell'offerta. Altra manifestazione della tutela della concorrenza è la qualificazione della posizione soggettiva delle imprese di settore, che ha natura di interesse legittimo. La tutela può essere attivata sin dal momento di scelta della procedura e di fissazione dei requisiti, se precludono all'impresa di partecipare alla gara per cui avrebbe interesse e qualificazione. La giurisprudenza, proprio valorizzando la *ratio* della normativa di origine comunitaria, ha ritenuto che la legittimazione ad impugnare spetti anche all'impresa che non ha presentato la domanda di partecipazione. Naturalmente, accanto alla legittimazione, occorre una verifica sull'interesse a ricorrere, desumibile dall'aver instaurato una relazione con la stazione appaltante (es. istanza di accesso, presentazione di osservazioni).

Il collegamento tra la prima e la seconda parte è dato dagli istituti volti a favorire la partecipazione delle imprese di settore, consentendo di associarsi o di avvalersi di altre imprese, onde sopperire alla carenza dei requisiti soggettivi, di ordine economico-finanziario o tecnico-organizzativo. Meritano un cenno, dunque, i consorzi e i raggruppamenti temporanei di imprese, tanto più che la distanza tra questi ultimi e l'avvalimento si riduce alquanto nelle ipotesi di avvalimento plurimo o frazionato, finendo per consistere essenzialmente nella diversa forma giuridica del raggruppamento, che permette la partecipazione congiunta delle imprese, con correlativa assunzione di ruoli e responsabilità.

La seconda parte è istituzionale, e si risolve in un'analisi dell'avvalimento, nelle sue diverse forme, per cui può rinviarsi alle trattazioni correnti in argomento²³. Il punto critico è nell'estensione operata dalla Corte di giustizia dell'istituto. Sul piano dell'analisi socio-economica, i dubbi riguardano la mancata considerazione del principio di proporzionalità, che legittima limitazioni alle libertà comunitarie: l'avvalimento plurimo o frazionato compromette l'esigenza di certezza in un settore delicato come gli appalti pubblici e aumenta il rischio di infiltrazioni della criminalità organizzata e di pratiche corruttive. Sul piano dell'analisi scientifica, essendo la procedura di selezione pubblica un tipico modulo competitivo, è senz'altro applicabile la teoria dei giochi²⁴. Se è vero che l'avvalimento tutela la concorrenza, intesa come libera accessibilità alla gara, non è meno vero che indebolisce la perfezione razionale del sistema, introducendo una variante cooperativa in un gioco competitivo. Fino a quando tale variante è limitata, appare compatibile con le regole del gioco. Al di là, è discutibile che l'equilibrio di Nash sia raggiungibile.

Ovviamente, la conoscenza della sentenza della Corte di giustizia – assolutamente non esigibile nel concorso per magistrato ordinario – non è *condicio sin qua non* dell'analisi, essendo ben possibile svolgere un discorso teorico sulla congruità dei limiti posti dal Codice degli appalti all'avvalimento plurimo o frazionato.

Le procedure negoziate e il dialogo competitivo possono aver luogo solo nei casi previsti dal Codice, che sono contemplati agli artt. 56 (procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara), 57 (procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara), 58 (dialogo competitivo), ammesso nei casi di appalti “*particolarmente complessi*”.

²³ Es. http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Volpe_La_Corte_di_justizia_da_il_via_libera_all_avvalimento_plurimo_e_frazionato.htm

²⁴ A. IACOPINI, *L'equilibrio di genere*, *Gnoseologia*, in <http://www.dirittoscienza.it/2014-maggio.pdf>, p. 11 ss.

CONCLUSIONI

Gli argomenti di civile e di penale erano prevedibili anche a prescindere dalla commissione, per questo trattati nel corso intensivo addirittura più volte, anche in termini sostanzialmente identici a quelli oggetto delle tracce. Implementati nell'algoritmo i dati ricavati dallo studio dei commissari, la traccia di civile è risultata tra le prime tre (15%), quindi esaminata nella lezione pre-concorso. Non così quella di penale, pur quotata nelle prime dieci (11%), e genericamente rientrante nell'argomento trattato in via principale, sui principi di determinatezza e offensività nei delitti contro il patrimonio (17%).

La traccia di amministrativo era scarsamente prevedibile, essendo gli appalti pubblici oggetto di traccia estratta nel concorso del 2011 e, comunque, materia specialistica, poco indicata per il concorso in magistratura ordinaria. Vero è però che l'analisi della commissione aveva fornito indicazioni in tal senso e che la parte generale della traccia verteva su tematiche afferenti al tradizionale percorso di studio e ordinariamente trattate in un corso.