

TRACCE DEL CONCORSO A 500 POSTI

Studio della commissione

In **allegato** lo studio integrale.

Tracce assegnate al concorso e trattate al corso

Diritto civile

- 13 luglio 2022: «*La garanzia per i vizi nella vendita e nell'appalto. Riparto dell'onere probatorio*».
- La garanzia per i vizi è trattata in:
 - Nuovo Sistema di diritto civile, vol. II, p. 417 ss.;
 - corso ordinario (in **allegato** la dispensa di accompagnamento della lezione);
 - corso intensivo (in **allegato** la selezione di giurisprudenza: S.U. n. 11749/19 si trova alla voce “*Garanzia per i vizi – natura – conseguenze sul riparto dell’onere della prova*”).

Diritto penale

- 14 luglio 2022: «*Concorso formale e concorso materiale di reati, con particolare riferimento ai delitti di estorsione e maltrattamenti commessi in ambito familiare*».
- Concorso formale e concorso materiale di reati sono trattati in:
 - Nuovo Sistema di diritto penale, cap. XVIII, par. 3 (“*Il concorso di reati*”), spec. par. 3.2 (“*Concorso materiale*”) e par. 3.3 (“*Concorso formale*”);
 - corso ordinario (in **allegato** la dispensa di accompagnamento della lezione);
 - corso intensivo (in **allegato** la dispensa di accompagnamento della sessione mirata, relativa alla traccia “*Ne bis in idem sostanziale e concorso di norme*”).
- Il *ne bis in idem* è uno dei temi individuati nello studio della commissione.

Diritto amministrativo

- 15 luglio 2022: «*Annullamento giurisdizionale del provvedimento, riesercizio del potere ed elusione del giudicato amministrativo*».
- L'argomento è trattato in:
 - Nuovo Sistema di diritto amministrativo, cap. X, par. 3.4.3 (“*L'effetto del giudicato sul potere amministrativo*”); cap. XXXIII, sez. II, par. 3.1.1 (“*L'azione di annullamento*”); cap. XXV, sez. II, par. 2.4 (“*Condizioni dell'azione di ottemperanza*”)
 - più lezioni del corso ordinario e intensivo (in **allegato** la dispensa di accompagnamento della sessione mirata, relativa alla traccia “*Le forme di tutela dell'interesse legittimo*”).
- La giustizia amministrativa è il principale tema individuato nello studio della commissione.

Diritto civile

- **Traccia**

La garanzia per i vizi nella vendita e nell'appalto. Riparto dell'onere probatorio

- **Interpretazione**

Dal punto di vista strutturale la traccia segue lo schema generale/particolare, articolata su due elementi, sicché idealmente è divisibile in quattro parti: garanzia per i vizi nella vendita e nell'appalto / riparto dell'onere probatorio nella vendita e nell'appalto.

Il problema conoscitivo è chiaro: il raffronto dell'operatività della garanzia nei due contratti. In tal senso essa ricalca quella già assegnata nel 2018 (*"Il principio consensualistico nella compravendita e nell'appalto"*).

I quesiti fondamentali a cui il candidato deve rispondere (e sui quali perimetrare il tema, onde rispettare il criterio di sinteticità) sono:

1. Qual è la differenza tra vendita e appalto?
2. Qual è il fondamento della garanzia nei due contratti?
3. Esistono differenze di disciplina della garanzia nei due contratti?
4. Esistono differenze di riparto dell'onere probatorio nei due contratti?

Ciò suggerisce uno schema di analisi orizzontale (rapporto tra vendita e appalto – garanzia per i vizi in entrambi – onere probatorio in entrambi), piuttosto che verticale (che segue in modo lineare le quattro parti in cui è divisibile la traccia).

Riferimenti normativi essenziali:

- artt. 1470, 1476, 1490 e ss. c.c. (vendita);
- artt. 1655, 1667 e ss. c.c. (appalto);
- artt. 1218 e 2697 c.c. (onere probatorio).

- **Schema**

1. Vendita

Ai sensi dell'art. 1470 c.c. *"La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo"*

La definizione riconduce il contratto di vendita all'interno dell'art. 1376 c.c. (contratto ad effetti reali), ribaltando la regola coniata nel diritto romano, dove la vendita aveva efficacia obbligatoria, in nome della scissione tra *titulus* e *modus acquirendi*, per la quale il trasferimento del bene richiedeva un atto esecutivo.

Già nel codice civile del 1865, ancorché l'art. 1447 definisse la vendita come il *"contratto per cui uno si obbliga a dare una cosa e l'altro a pagarne il prezzo"*, il superamento della regola romanistica poteva evincersi dall'art. 1448, secondo cui *"la vendita è perfetta tra le parti, e la proprietà si acquista di diritto dal compratore al venditore, al momento che si è convenuto sulla cosa e sul prezzo"*.

La vigente formulazione elimina ogni dubbio.

Conseguenza logica dell'assoggettamento al principio del consenso traslativo è quanto previsto dall'art. 1476 n. 1) e n. 3) c.c., ossia l'obbligo di consegnare la cosa al compratore e quello di garantirlo dall'evizione e dai vizi della cosa. Il primo è l'effetto tipico, il secondo è un effetto naturale: poiché l'accordo produce direttamente il trasferimento del diritto di proprietà dal venditore al compratore, il primo è tenuto sia ad effettuare il trasferimento materiale del bene, sia ad assicurare il buon esito dell'acquisto.

2. Appalto

L'art. 1655 c.c. definisce l'appalto come *“il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di una opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro”*.

Dunque, l'appalto è un contratto ad effetti obbligatori, avente ad oggetto una prestazione di fare, anche qualora si tratti di un *facere cum effectu* (appalto d'opera). Poiché lo schema tipico è *do ut facias*, l'appalto non rientra nell'art. 1376 c.c.

Ciò pone, per quanto interessa, il problema del modo di acquisto della proprietà nell'appalto d'opera.

Allorquando la materia (suolo o materiali) sia di proprietà del committente, la proprietà dell'opera si acquista da parte sua a titolo originario per accessione o specificazione, essendo la costruzione dell'opera da parte dell'appaltatore esecuzione dell'obbligazione contrattuale. Nella pratica può accadere che il proprietario del suolo lo ceda al costruttore in cambio della proprietà di uno degli appartamenti che su di esso andranno a realizzarsi. In tal caso ha luogo un collegamento tra permuta del suolo (con effetti reali immediati), appalto avente ad oggetto la costruzione, divisione di cosa futura.

Allorquando la materia (suolo o materiali) sia di proprietà dell'appaltatore (art. 1658 c.c.), dottrina e giurisprudenza maggioritarie sono inclini a ravvisare in quest'ipotesi l'esistenza di un'obbligazione di dare, che si affianca a quella di fare, il cui adempimento, mercé la consegna, determina il trasferimento del diritto di proprietà sull'opera realizzata, che inizialmente sorge in capo all'appaltatore a titolo originario. Altra tesi sostiene, invece, che il trasferimento sarebbe conseguenza dell'accettazione dell'opera da parte del committente, atto di natura negoziale, che, combinandosi con la promessa, darebbe luogo ad una fattispecie di consenso traslativo a formazione progressiva. A sostegno di questa tesi si pone l'art. 1673, secondo cui se, per causa non imputabile ad alcuna delle parti, l'opera perisce o è deteriorata prima che sia accettata dal committente o prima che il committente sia in mora a verificarla, il perimento o il deterioramento è a carico dell'appaltatore, qualora questi abbia fornito la materia (comma 1), ovvero del committente per quanto riguarda la materia da lui fornita (comma 2). In senso contrario si osserva che l'effetto legale dell'accettazione non è il trasferimento della proprietà, ma il sorgere dell'obbligazione di pagamento del prezzo in capo al committente (art. 1665, ultimo comma).

Come che sia, la garanzia per i vizi non sembra appartenere alla struttura tipica del contratto di appalto negli stessi termini in cui è prevista per la vendita.

3. Garanzia per i vizi

Nel codice civile la garanzia per vizi è prevista per il contratto di vendita dagli articoli 1490 e ss., per il contratto di appalto dagli articoli 1667 e 1668. Sono norme dispositive, che dettano la disciplina legale del contratto, integrandone il contenuto ai sensi dell'art. 1374.

La caratteristica di tali norme, rispetto ad altre di analoga natura, è che gli effetti ivi previsti connotano maggiormente il tipo negoziale, assurgendo ad elementi (o, più precisamente, effetti) ‘naturali’ del medesimo¹.

Se la cosa venduta presenti vizi che la rendano inidonea all’uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, il compratore può domandare a sua scelta la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo, salvo che, per determinati vizi, gli usi escludano la risoluzione. In ogni caso il venditore è tenuto verso il compratore al risarcimento del danno se non prova di avere ignorato senza colpa i vizi della cosa. Il venditore deve altresì risarcire al compratore i danni derivati dai vizi della cosa. Il patto con cui si esclude o si limita la garanzia non ha effetto, se il venditore ha in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa.

I vizi devono essere di tale natura da rendere la cosa venduta inidonea all’uso cui è destinata, o da diminuire in modo apprezzabile il valore: la prima ipotesi si riferisce a difetti strutturali, mentre la seconda comprende quelle deficienze che rendono la cosa soltanto meno idonea all’uso cui è destinata. Deve trattarsi di vizi materiali della cosa, perché i vizi relativi alla condizione giuridica rientrano nella disciplina dell’evizione. I vizi della cosa vanno distinti dall’ipotesi della vendita di *aliud pro alio*, cui si applica la disciplina ordinaria.

In dottrina il fondamento dell’istituto è controverso, anche se prevale la tesi secondo cui, nonostante l’espressione letterale, l’art. 1476 n. 3) c.c. non configura un’autonoma obbligazione avente ad oggetto la prestazione di garanzia: le obbligazioni del venditore sono quelle di trasferire la proprietà della cosa (nei contratti a effetti reali differiti) e di consegnarla nello stato di fatto in cui si trovava al momento della conclusione del contratto. La garanzia per vizi attiene alla prestazione traslativa e si giustifica alla luce della funzione di scambio del contratto.

Sulla sua natura – connessa ai tradizionali istituti di tutela del compratore e sulla posizione che essi assumono rispetto alle comuni regole di tutela creditoria – mancano soluzioni chiare, anche se è generalmente inserita nel sistema della responsabilità contrattuale. Così, sinteticamente, la garanzia, di volta in volta è stata ricondotta all’invalidità del negozio (per anomalia funzionale della causa), all’assunzione del rischio (come precetto primario di tipo assicurativo), ad una speciale forma di responsabilità (collegata all’obbligo del venditore di consegnare la cosa qualitativamente esatta), fino ad essere intesa come violazione dell’impegno del venditore in ordine all’esatto risultato traslativo, in quanto il principio del consenso traslativo non annulla l’impegno negoziale dell’alienante circa la conformità del bene al contenuto esplicito o implicito della sua offerta (un bene sano e senza difetti occulti).

Quest’ultima qualificazione appare preferibile e chiarisce la natura di elemento naturale del contratto, complementare al trasferimento di proprietà, sicché, pur potendo essere escluso dalle parti, connota normalmente il tipo legale. Resta da chiarire se esso si traduce o meno in un’obbligazione.

Nell’appalto, invece, non vi è un’espressa previsione che lega la garanzia alla struttura del contratto, dal quale scaturisce solo l’obbligazione di realizzare l’opera commissionata. Tuttavia, essa appare la fisiologica conseguenza della natura professionale della prestazione dell’appaltatore, avente ad oggetto la realizzazione di un’opera secondo la migliore scienza costruttiva, che costituisce un’obbligazione di risultato. In tal senso la garanzia, pur non essendo corollario di un effetto traslativo, presenta una *ratio* non lontana dalla vendita.

¹ Elemento naturale è la retribuzione nel contratto d’opera intellettuale. La differenza tra i due concetti si coglie sul piano strutturale: gli elementi illuminano la nozione del contratto, gli effetti la regolazione del rapporto contrattuale.

La distinzione di disciplina è ritenuta marginale (aumento dei termini di decadenza e prescrizione, possibilità di agire per l'eliminazione del vizio², ecc.) e trova giustificazione nell'esigenza di rafforzare la tutela del committente rispetto al compratore, attesa la complessità del bene ricevuto.

4. Onere probatorio

Nella vendita la giurisprudenza tradizionale addossava al compratore l'onere della prova dei vizi. Tale orientamento è stato modificato facendo applicazione di SU n. 13533/01, secondo cui il creditore deve provare la fonte del suo diritto e la scadenza del termine per adempiere, potendosi limitare ad allegare l'inadempimento della controparte.

A risolvere il contrasto sono intervenute le Sezioni Unite³, osservando che la legge non pone a carico del venditore nessun obbligo di prestazione relativa all'immunità della cosa da vizi: all'obbligo di garantire il compratore dai vizi della cosa, previsto dall'art. 1476, n. 3) c.c., non corrisponde alcun dovere di comportamento (dare, fare, non fare) del venditore in funzione del soddisfacimento dell'interesse del compratore. Il venditore ha l'obbligo di consegnare la cosa oggetto del contratto, ancorché viziata. Non è dunque possibile concepire la garanzia per vizi come oggetto di un dovere di prestazione e l'art. 1476, là dove qualifica la garanzia per vizi come oggetto di un'obbligazione, va inteso non nel senso che il venditore assuma una obbligazione circa i modi di essere attuali della cosa, bensì nel senso che egli è legalmente assoggettato all'applicazione dei rimedi in cui si sostanzia la garanzia stessa. La posizione soggettiva passiva del venditore non è di obbligazione, ma di soggezione, restando egli esposto all'iniziativa del compratore, intesa alla modificazione del contratto di vendita, o alla sua caducazione, mediante l'esperimento rispettivamente dell'*actio quanti minoris* o dell'*actio redibitoria*.

Pur in assenza di obbligazione in senso tecnico, la suprema Corte qualifica la responsabilità del venditore come contrattuale, in quanto violazione del regolamento contrattuale. Le peculiarità delle patologie dell'effetto traslativo e del funzionamento dei rimedi che la legge ad esse ricollega richiedono un superamento del concetto classico di inadempimento e il riconoscimento della possibilità di configurare vere e proprie anomalie dell'attribuzione traslativa. La consegna della cosa viziata costituisce non inadempimento di un'obbligazione, ma imperfetta attuazione del risultato traslativo promesso. La responsabilità del venditore ha natura speciale, interamente disciplinata dalle norme dettate sulla vendita. Non applicandosi l'art. 1218 c.c., il riparto dell'onere probatorio in base all'art. 2967 c.c. fa sì che spetta al compratore provare l'esistenza dei vizi: il vizio del bene è il fatto costitutivo del diritto azionato, nonché il fatto la cui prova è più vicina al compratore (il quale, avendo la disponibilità del bene, può esperire gli esami funzionali al suo accertamento).

Le Sezioni Unite affermano incidentalmente che *«L'opzione ermeneutica che pone a carico del compratore che esperisce le azioni edilizie l'onere di provare i vizi della cosa appare preferibile anche perché risulta armonica rispetto alle analoghe soluzioni elaborate dalla giurisprudenza di legittimità in materia di prova dei vizi della cosa nel contratto di appalto e nel*

² Peraltro le Sezioni Unite nel 2055 hanno ricompreso anche nella vendita tra gli effetti della garanzia l'azione per l'eliminazione del vizio, affermando che l'impegno assunto dal venditore di eliminare i vizi costituisce una nuova obbligazione (e non dà luogo ad una novazione), sostitutiva dell'originaria obbligazione di garanzia prevista dall'art.1490, bensì una specificazione, che serve ad ampliarne la portata, consentendo al compratore di essere svincolato dai termini di decadenza e dalle condizioni di cui all'art. 1495, costituendo tale impegno un riconoscimento del debito, interruttivo della prescrizione

³ Cass. sez. un., n. 11749 del 2019.

contratto di locazione. Quanto all'appalto, la sentenza della Seconda Sezione n. 19146/13 ha stabilito, in lineare applicazione del principio di vicinanza della prova, che, in tema di garanzia per difformità e vizi, l'accettazione dell'opera segna il discrimine ai fini della distribuzione dell'onere della prova, nel senso che, fino a quando l'opera non sia stata espressamente o tacitamente accettata, al committente è sufficiente la mera allegazione dell'esistenza dei vizi, gravando sull'appaltatore l'onere di provare di aver eseguito l'opera conformemente al contratto e alle regole dell'arte, mentre, una volta che l'opera sia stata positivamente verificata, anche per fatta concludentia, spetta al committente, che l'ha accettata e che ne ha la disponibilità fisica e giuridica, dimostrare l'esistenza dei vizi e delle conseguenze dannose lamentate»⁴.

Con ciò non si dice affatto che il regime probatorio della garanzia nell'appalto sia lo stesso che nella vendita: armonia non significa identità. In entrambe le ipotesi la prova dei vizi grava sul creditore, ma nell'appalto solo dopo l'accettazione dell'opera, per effetto della quale il committente si trova in posizione assimilabile a quella del compratore.

Sostenere la piena equiparazione tra le due ipotesi di garanzia tradirebbe la diversa natura che l'istituto presenta, poiché nell'appalto esso è legato a un'obbligazione di fare e non di dare.

Ulteriori argomenti – in un senso o nell'altro – potrebbero trarsi dal raffronto con la disciplina della vendita dei beni di consumo, dove opera l'affine garanzia di conformità.

5. Considerazioni

La costruzione delle Sezioni Unite 11748/2019 è davvero corretta?

Il concetto di fondo che lì si afferma è: poiché l'obbligazione di garanzia che grava sul venditore non è vera obbligazione, ad essa non si applicano i principi di SU n. 13533/01, quindi ai sensi dell'art. 2697 c.c. l'onere della prova del fatto costitutivo incombe sull'attore: è chi lamenta la presenza dei vizi della cosa dovuta (il creditore) a doverli provare. Ma ciò non dovrebbe valere per qualsiasi responsabilità contrattuale? Furono le Sezioni unite nel 2001 a sovvertire, attraverso una chiara forzatura ermeneutica, la regola secondo cui è l'attore (creditore) a dover provare l'inadempimento, affermando che gli è sufficiente allegarlo, e addossando al debitore l'onere di provare l'esatto adempimento (piuttosto che la – sola – non imputabilità, come pure recita l'art. 1218 c.c.).

Si potrebbe allora concludere che la tesi attualmente prevalente in ordine all'onere della prova dei vizi della cosa venduta sarebbe non già in deroga all'art. 1218 c.c. (nell'interpretazione di SU n. 13533/01), ma in applicazione del medesimo, come correttamente interpretato. Il che eviterebbe l'ennesima storpiatura ermeneutica dei nostri giudici: leggere l'art. 1476 c.c. (*“Le obbligazioni principali del venditore sono: ... 3) quella di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa”*) come se il termine “obbligazione” dicesse altro. Per chi usa la logica, vale l'antico detto *«nomina sunt consequentia rerum»*.

Tale soluzione non contrasterebbe con la teoria generale dell'obbligazione, il cui contenuto ben può consistere in un dovere di protezione: in tal senso la garanzia per i vizi della cosa venduta sarebbe accessoria all'obbligo di trasferire un bene idoneo all'uso tipico: quest'ultimo è implicito nel vincolo negoziale assunto con la vendita e non viene enunciato sol perché assorbito dall'efficacia traslativa del consenso.

A giustificare la presenza di una regolamentazione apposita della garanzia starebbe la natura oggettiva della responsabilità del venditore e la specialità della disciplina.

⁴ E' opportuno precisare che dopo l'accettazione la garanzia opera solo per i vizi occulti o taciuti in malafede.

Diritto penale

- **Traccia**

Concorso formale e concorso materiale di reati, con particolare riferimento ai delitti di estorsione e maltrattamenti commessi in ambito familiare.

- **Interpretazione**

Dal punto di vista strutturale la traccia segue lo schema generale/particolare, in cui la seconda parte consta di un'endiadi (il concorso tra due reati), sicché è idealmente divisibile in tre parti: concorso di reati formale e materiale / concorso materiale ovvero formale tra i reati di estorsione e maltrattamenti in famiglia. è

Il problema conoscitivo è chiaro: la distinzione teorica tra le ipotesi di concorso di reati, da applicare a un caso concreto.

I quesiti fondamentali a cui il candidato deve rispondere (e sui quali perimetrare il tema, onde rispettare il criterio di sinteticità) sono:

1. Il concorso di reati come si inquadra nel fenomeno del concorso di norme?
2. Qual è la linea di confine tra concorso formale eterogeneo e concorso materiale di reati ?
3. In che modo estorsione e maltrattamenti possono coesistere in un quadro di vita unitario?
4. Questa coesistenza dà luogo a un concorso formale o materiale?

Riferimenti normativi essenziali:

- art. 15 e 81 c.p. (concorso apparente o reale di norme);
- art. 71 c.p. (concorso materiale di reati);
- art. 649 c.p.p. e art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU (*ne bis in idem*);
- art. 629 c.p. (estorsione) e 572 c.p. (maltrattamenti).

- **Schema**

1. Il concorso di reati

Concorso formale e concorso materiale di reati sono manifestazioni dell'unico fenomeno del concorso di norme, che è definito dalla teoria generale del reato.

Nell'ordinamento penale è piuttosto frequente che un unico episodio storico sia qualificato da più norme. Precisamente, allorquando più disposizioni che fissano una pena sono astrattamente applicabili, ha luogo un concorso di norme incriminatrici.

Diversamente dai casi di conflitto (scriminanti) o di combinazione (tentativo), le ipotesi di concorso danno luogo ad un cumulo di norme: vi è la contestuale applicazione di tutte le norme singolarmente considerate, a meno che l'ordinamento non assegni la prevalenza a una di queste, statuendo la non applicabilità delle altre.

Il concorso di norme incriminatrici, dunque, può essere apparente, o reale: in tale ultimo caso dà luogo a un concorso di reati.

Per comprendere il fenomeno del concorso di norme occorre muovere dalla constatazione che un accadimento apprezzabile come unitario, per la contiguità spazio-temporale in cui si realizza e

perché suscettibile di una valutazione sociale complessiva, si compone in realtà di numerosi elementi materiali, di cui solo alcuni interessano l'ordinamento giuridico. Gli elementi rilevanti non necessariamente sono presi tutti in considerazione dalla stessa norma, essendo ben possibile che essi esprimano un significato diverso per l'ordinamento. In ragione del principio di frammentarietà il legislatore penale, piuttosto che individuare fattispecie di reato ad ampio raggio, costruite sull'offesa a beni giuridici di categoria (come avviene, ad esempio, nell'abuso d'ufficio), prende in considerazione specifici aspetti lesivi, assegnando rilievo alle modalità della condotta, alle qualifiche soggettive, agli attributi dell'evento, al fine perseguito dall'agente. Questo fa sì che possano esserci più fattispecie per un episodio di vita, anche imparentate tra loro, perché, accanto ad un nucleo centrale di elementi comuni, presentano differenze su aspetti accessori. Parentele, peraltro, possono aversi anche tra reati distanti tra loro, ma che ne condividono elementi comuni (è il caso di estorsione e maltrattamenti, i quali possono realizzarsi attraverso atti di minaccia o violenza alla persona).

Tre sono le relazioni astrattamente ipotizzabili tra le fattispecie normative:

1. concorso apparente;
2. concorso formale eterogeneo;
3. concorso materiale.

Presupposto indefettibile perché si realizzi una delle prime due è l'unicità del fatto storico, apparentemente (ipotesi n. 1) o effettivamente (ipotesi n. 2) sussumibile sotto diverse fattispecie legali.

Viceversa, qualora si accerti che due fattispecie normative si trovino in una relazione del terzo tipo, dovrà sempre escludersi che un medesimo fatto possa essere riconducibile ad entrambe, potendo esso integrare l'una o l'altra.

Per quel che qui interessa è opportuno sottolineare come la differenza tra l'ipotesi n. 1 e la n. 3 sia nella circostanza che, sebbene in entrambe per un unico fatto concreto si applichi una sola norma, nell'una (n. 1) ciò sia l'effetto della prevalenza della norma applicata su quelle astrattamente concorrenti, nell'altra (n. 3) ciò dipenda dalla impossibilità ab origine di ipotizzare nella disciplina del fatto un concorso della norma applicata con altre norme.

L'interferenza tra le fattispecie giuridiche troverà soluzione secondo il seguente schema:

1. concorso apparente ove il rapporto tra gli elementi residuali risulti essere di specialità unilaterale;
2. concorso apparente o concorso formale eterogeneo ove il rapporto tra gli elementi residuali risulti essere di specialità bilaterale;
3. concorso materiale ove sussista tra gli elementi residuali un rapporto di incompatibilità, per essere codesti rispettivamente l'affermazione e la negazione l'uno dell'altro.

Da quanto precede risulta che il concorso formale è a cavallo tra concorso apparente e concorso materiale; quest'ultimo, invece, sussiste quando le norme concorrenti non possono mai essere riconducibili ad un unico fatto storico, perché si presentano incompatibili. Ciò, come vedremo, permette di escludere che tra estorsione e maltrattamenti, ancorché posti in un contesto unitario, sia ravvisabile un concorso formale.

2. Concorso formale e materiale di reati

Il concorso di reati è previsto nel capo III del titolo III (il reato) del libro I del codice penale. Ivi si trovano tanto il concorso formale (art. 81, comma 1 c.p.), quanto il concorso materiale (articoli 71 e ss. c.p.).

La caratteristica del concorso di reati è la pluralità di fatti giuridici, cioè di fatti qualificati dalla legge penale. Una pluralità di fatti può verificarsi in corrispondenza di una sola azione criminosa (concorso formale di reati) o per l'esistenza di più azioni criminose (concorso materiale di reati).

Il concorso di reati può essere omogeneo (più violazioni della stessa norma penale) o eterogeneo (più violazioni di diverse norme penali), tanto se di tipo formale, quanto se di tipo materiale.

Ai fini della traccia occorre trattare il concorso formale e materiale eterogeneo.

La linea di confine tra concorso formale e materiale risiede nell'unicità dell'azione, la quale – in assenza di definizioni legali – riflette l'elaborazione teorica, per la quale si rinvia alla manualistica⁵.

In presenza di più violazioni della legge penale, non sempre è agevole la distinzione tra concorso materiale e concorso formale di reati.

A testimonianza di tale difficoltà si consideri che la giurisprudenza ritiene il delitto di falsa attestazione del privato (483 c.p.) concorrere materialmente – quando la falsa dichiarazione del mentitore sia prevista di per sé come reato – con quello della falsità per induzione in errore del pubblico ufficiale nella redazione dell'atto al quale l'attestazione inerisca (artt. 48 e 479 c.p.), qualora la dichiarazione non veridica del privato concerna fatti dei quali l'atto del pubblico ufficiale è destinato a provare la verità.

Ad acuire la difficoltà contribuisce la circostanza che il concorso formale eterogeneo ben può sussistere anche nei casi in cui le norme concorrenti siano lontane tra loro, in quanto prendono in considerazione aspetti completamente diversi del fatto storico. Ciò si spiega perché, pur essendo i fatti giuridici privi di punti di contatto, nella realtà essi possono realizzarsi come effetto di un processo causale unitario.

Esemplificando: se l'omicidio avviene tramite mezzi che distruggono cose poste a protezione della vittima o dove la vittima si trova e l'agente è consapevole che l'azione avrà questo effetto collaterale, vi è anche il reato di danneggiamento. Entrambi i fatti di reato sono governati, nel loro concreto accadere, dalla legge scientifica che descrive i processi causali instaurati dall'impiego del mezzo micidiale (es. bomba), che offende contemporaneamente persona e patrimonio.

Il tema del concorso di norme è stato di recente rivisitato alla luce della sentenza della CEDU - Grande Camera, 10 febbraio 2009, Zolotoukhine contro Russia, che ha definito il concetto di *idem factum*, ancorandolo al profilo naturalistico e inglobando l'evento materiale.

Nella sentenza della Corte cost. n. 200/16 (processo Eternit bis) si analizzano le ricadute di questa pronuncia nel nostro ordinamento, affermando sul punto «*Resta, in definitiva, assodato che, contrariamente all'ipotesi del giudice a quo, allo stato la Convenzione impone agli Stati membri di applicare il divieto di bis in idem in base ad una concezione naturalistica del fatto, ma non di restringere quest'ultimo nella sfera della sola azione od omissione dell'agente. [...] Il nesso di necessità predicato nel diritto vivente tra concorso formale di reati e superamento del ne bis in*

⁵ In giurisprudenza, l'ultima sentenza a sezioni unite in argomento afferma che: «Nel concetto di azione unica vanno ricompresi tanto i casi in cui l'azione si risolve in un 'atto unico' (conforme alla condotta normativamente prevista), quanto i casi in cui l'azione si realizzi attraverso il compimento di una 'pluralità di atti' che siano contestuali nello spazio e nel tempo ed abbiano fine unico. Con la precisazione che, a scanso di ambiguità, l'apprezzamento di tali caratteri (contestualità degli atti e unicità del fine) deve essere effettuato attraverso un raffronto rigoroso e costante della fattispecie astratta descritta dalla norma. In linea generale si deve ancora affermare che la consumazione del reato si realizza ogniqualvolta, attraverso la condotta astrattamente descritta nel precetto, sia realizzata l'offesa tipizzata e sia lesa l'interesse protetto dalla norma (c.d. evento giuridico)» (S.U. 40981/18).

idem inevitabilmente reintroduce nel corpo dell'art. 649 cod. proc. pen. profili di apprezzamento sulla dimensione giuridica del fatto, che erano stati espulsi attraverso l'adesione ad una concezione rigorosamente naturalistica di condotta, nesso causale ed evento».

Le Sezioni Unite negano al principio del *ne bis in idem* il valore di criterio regolatore del concorso di norme, escludendo che l'unitarietà del quadro di vita determini assorbimento tra i reati, se le norme che li prevedono non si trovino in rapporto di specialità. Così nell'ipotesi di malversazione conseguente a truffa: *«Il reato di malversazione in danno dello Stato (articolo 316-bis del Cp) concorre con quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (articolo 640-bis del Cp)»*⁶.

Se la pronuncia della Corte europea non ha avuto influenza sull'istituto del concorso apparente di norme, lo ha però su quello del concorso di reati, in cui rileva il concreto atteggiarsi del fatto. In tal senso un legame tra figure in astratto lontane può ravvisarsi non solo in ipotesi di unicità dell'azione criminosa, ma anche se i reati sono commessi con azioni diverse.

Ad esempio, sono circostanze aggravanti il nesso:

- a) teleologico, nei casi in cui un reato è commesso allo scopo di eseguirne od occultarne un altro (si pensi al delitto di omicidio a scopo di furto);
- b) di consequenzialità, nei casi in cui un reato è commesso per assicurarsi il prodotto, il profitto o l'impunità di un altro reato (es. occultamento di cadavere per assicurare l'impunità dell'omicidio);
- c) di occasionalità, nei casi in cui la commissione di un reato fornisce l'occasione di commettere un altro reato (es. furto in abitazione da cui origina la violenza sessuale sulla persona ivi presente).

Quantomeno in alcuni di questi casi di concorso materiale potrebbe ravvisarsi la continuazione (art. 81, comma 2 c.p.).

⁶ Cass. SU, n. 20664/17: «7.4. Sulla base delle richiamate differenze tra le due fattispecie in comparazione si possono verificare almeno tre tipi di situazioni diverse: a) il privato ottiene un finanziamento illecitamente e, successivamente, utilizza la somma per scopi privati (l'ipotesi più frequente); b) il privato ottiene con mezzi fraudolenti l'erogazione, ma la destina effettivamente ad opere o attività giustificanti il sostegno economico richiesto (ipotesi più rara ma non certo impossibile); c) il privato ottiene legittimamente il finanziamento, ma omette di destinarlo all'attività o all'opera di pubblico interesse per cui era stato erogato. Nell'ultimo caso si verte in ipotesi di malversazione "pura"; nel secondo viene in evidenza l'autonomia fra le due fattispecie, in quanto il privato pone in essere una truffa ma poi non compie una malversazione; nel primo caso dopo aver compiuto la truffa, con una condotta anche cronologicamente autonoma ed eventuale, il privato pone in essere la malversazione. Sussiste inoltre l'ulteriore possibilità che l'importo riscosso sia destinato a fini pubblici diversi da quelli avuti di mira dall'ente erogante, con condotta astrattamente paragonabile alla figura giuridica del peculato per distrazione, ed anche in questo caso il testo normativo non permette di escludere la consumazione del reato. L'analisi dell'atteggiarsi delle fattispecie astratte ha il pregio di mettere in luce come le situazioni concrete in cui i due reati possono realizzarsi siano molteplici e possano combinarsi tra loro, con modalità autonome. Il che sottolinea la differenza strutturale tra le due fattispecie e le interferenze tra le condotte che, anche se in via eventuale, possono verificarsi. La possibilità astratta di tali diverse conseguenze porta a concludere che la soluzione giuridica non può che essere quella del concorso materiale dei due reati eventualmente, e solitamente, unificabili nel vincolo della continuazione.

7.5. Né possono considerarsi rilevanti, ai fini dell'assorbimento nella fattispecie minore in quella più grave, i casi in cui nel concreto il reato si atteggi come naturale prosecuzione della condotta truffaldina, ritenendo possibile l'effetto di assorbimento. Una tale chiave interpretativa trascura l'elemento essenziale dell'istituto del concorso di norme che si fonda sulla comparazione della struttura astratta delle fattispecie, per apprezzare la valutazione implicita di correlazione tra norme ritenuta dal legislatore, non dal loro atteggiarsi concreto, condizione che riguarda il diverso istituto del concorso tra i reati e la valutazione dell'elemento soggettivo al fine di accertare nel concreto la natura autonoma o unica dell'attività ideativa.

7.6. Va da ultimo rimarcato che i due reati si consumano fisiologicamente in tempi diversi - momento percettivo ed attività esecutiva, di natura omissiva istantanea - della condotta finanziata, e che nel caso di specie la condotta qualificata ai sensi dell'art. 316-bis cod. pen. si è distanziata di parecchi anni rispetto alla percezione delle provvidenze. Tale condizione di fatto, come già valutato da precedenti delle Sezioni Unite (sent. n. 23427 del 09/05/2001, Ndiaye, Rv. 218770) è un rilevante indicatore dell'autonomia delle fattispecie, preclusivo di un rapporto di identità tra norme suscettibile di qualificare un concorso apparente».

3. Estorsione e maltrattamenti

La traccia fa chiaramente riferimento ai casi in cui estorsione e maltrattamenti sono commessi in un contesto unitario, sicché – alla luce di quanto detto appena sopra – non si può escludere *a priori* l'esistenza di un legame oggettivo o soggettivo suscettibile di essere inquadrato nel concorso formale o nella continuazione.

Il caso ricorrente è il figlio che, nel quadro di ripetute condotte di vessazione verso i genitori, estorce denaro per acquistare droga: come anticipato gli atti di violenza e/o minaccia possono integrare la condotta di maltrattamenti.

In giurisprudenza questa situazione è quasi sempre valutata sotto il profilo della possibilità di assorbimento dell'estorsione nei maltrattamenti, atteso che l'estorsione costituisce un frammento della condotta di maltrattamenti. La suprema Corte esclude l'assorbimento in virtù di una massima consolidata: *«Il delitto di maltrattamenti in famiglia assorbe i delitti di percosse e minacce, anche gravi, sempre che tali comportamenti siano contestati come finalizzati ai maltrattamenti, in quanto costituiscono elementi essenziali della violenza fisica o morale propria della fattispecie prevista dall'art. 572 c.p., ma non quello di lesioni (che non costituisce sempre elemento essenziale del delitto di maltrattamenti), di danneggiamento e di estorsione attesa la diversa obiettività giuridica dei reati»*⁷.

Il riferimento all'oggettività giuridica si pone il contrasto con la tesi secondo cui il raffronto tra le norme dev'essere operato sul piano strutturale⁸, non essendo decisivo il bene giuridico protetto. Piuttosto, deve dirsi che l'assorbimento non è configurabile poiché le norme sono in rapporto di specialità bilaterale, sia per aggiunta (l'estorsione prevede l'evento di profitto, i maltrattamenti prevedono la reiterazione delle condotte), sia per specificazione (l'estorsione punisce solo la condotta di violenza o minaccia, i maltrattamenti puniscono altre condotte di aggressione della personalità fisica o morale; l'estorsione è reato comune, i maltrattamenti reato proprio).

Posto che la coesistenza dei due fatti dà luogo a un concorso di reati, può escludersi l'applicazione dell'art. 81, comma 1 c.p. (concorso formale), poiché le due fattispecie si trovano in rapporto di continenza e non di coincidenza tra azioni: la violenza e la minaccia tipiche dell'estorsione (reato istantaneo) non esauriscono la condotta materiale dei maltrattamenti (reato abituale), che è più ampia.

Detto altrimenti, la condotta estorsiva si esaurisce in quella di maltrattamenti, ma quella di maltrattamenti non si esaurisce in quella estorsiva, sicché non può dirsi integrato il paradigma di cui all'art. 81, comma 1 c.p. (più violazioni con una sola azione).

Il concorso formale non è configurabile neppure nel caso in cui siano posti in essere plurimi atti di violenza e minaccia nel tempo e questi rappresentino l'unica condotta maltrattante, poiché si

⁷ Da ultimo, Cass. sez. II, n. 28327 del 2020: «3.1. In sostanza, se il delitto di maltrattamenti si inserisce nel novero degli illeciti che ledono l'assistenza e i rapporti familiari e non è caratterizzato dal alcun profilo di dolo specifico, il delitto di estorsione ha carattere necessariamente patrimoniale. 3.2. In conseguenza di ciò non vi è alcuna perfetta sovrapposibilità dell'una fattispecie rispetto all'altra allorché – come nel caso di specie – vi siano elementi per affermare che – pur sussistendo alcune condotte caratterizzate dalla unica finalità di ottenere utilità patrimoniali – il soggetto si sia rappresentato che tali plurimi illeciti (anche se non congiunti a eventuali ulteriori comportamenti oggetto di contestazione) abbia parimenti determinato una prolungata situazione familiare perturbata tanto da risultare insostenibile. 4. Deve infine rilevarsi come la diversa oggettività giuridica dei due reati ne conferma la possibilità di concorso posto che le condotte sovrapposibili giungono a essere penalmente rilevanti sia quale modalità violenta di aggressione patrimoniale, sia quale segmento di una condotta consapevole ed abituale tale da determinare una strutturale vessazione all'interno di una comunità familiare».

⁸ Tesi oggi prevalente anche in giurisprudenza: Cass. sez. un., n. 16568/2007; id. n. 1235/2011; id. n. 20664/2017, id., n. 41588/17

tratterà di una pluralità di delitti di estorsione in continuazione: non esiste concorso formale tra reato continuato (le plurime estorsioni) e reato abituale.

Vi è una sola ipotesi in cui può ipotizzarsi il concorso formale: allorché il delitto di estorsione assuma natura plurisussistente (più atti di violenza e/o minaccia, una sola dazione estorsiva) e i maltrattamenti si esauriscano in tale azione. Tuttavia è assai improbabile sia che una condotta estorsiva prolungata nel tempo integri un'unica azione (piuttosto si tratterà di tentate estorsioni e di un'estorsione consumata finale), sia che ciò basti a integrare il delitto di maltrattamenti.

Acclarato che i reati si trovino in concorso materiale, la giurisprudenza tende a riconoscere tra di essi il vincolo della continuazione in ragione dell'unitarietà del contesto e del movente dell'azione delittuosa.

Occorre, dunque, accennare all'istituto della continuazione, soffermandosi sul concetto di "medesimo disegno criminoso", onde metterlo in relazione con l'unicità d'azione tipica del concorso formale e la pluralità delle azioni che connota il concorso materiale. Esso si differenzia dal concorso formale, perché attiene all'elemento soggettivo; dal concorso materiale, perché postula un legame tra i reati ulteriore rispetto all'identità dell'autore.

Naturalmente, è ben possibile che, all'interno di un quadro di vita familiare, i maltrattamenti siano del tutto indipendenti dall'estorsione, qualora questa sia un fatto a sé stante, rispetto a cui il rapporto familiare costituisca un mero fattore agevolatore.

Oltre all'ipotesi di concorso tra maltrattamenti ed estorsione, potevano essere considerate quelle di concorso tra più estorsioni in ambito familiare (come nell'esempio sopra fatto) e tra più maltrattamenti (ad esempio quando le vittime sono entrambi i genitori).

Terminata l'analisi sostanziale, un cenno può farsi alla disciplina delle due tipologie di concorso, in particolare alla dicotomia tra cumulo giuridico (applicabile anche al concorso materiale, se i reati sono in continuazione) e cumulo materiale.

A tal ultimo riguardo l'art. 71 c.p. stabilisce che "*Quando, con una sola sentenza o con un solo decreto, si deve pronunciare condanna per più reati contro la stessa persona, si applicano le disposizioni degli articoli seguenti*", le quali prevedono un temperamento del cumulo materiale nelle varie ipotesi prospettabili.

Diritto amministrativo

• Traccia

Annullamento giurisdizionale del provvedimento, riesercizio del potere ed elusione del giudicato amministrativo

• Interpretazione

Dal punto di vista strutturale la traccia segue lo schema generale/particolare/particolare, ma la stretta inerenza tra i tre concetti (conclamata dall'uso successivo della virgola e della congiunzione) fa sì che la tripartizione sia un *continuum*.

Il problema conoscitivo è chiaro: l'effettività della tutela dell'interesse legittimo pretensivo, in un processo che, per la struttura del rapporto giuridico tra privato e pubblica amministrazione, vede il primo costretto a una *via crucis* per ottenere il bene della vita (*id est*: il provvedimento) richiesto alla pubblica amministrazione.

I quesiti fondamentali a cui il candidato deve rispondere (e sui quali perimetrare il tema, onde rispettare il criterio di sinteticità) sono:

1. Qual è l'efficacia della sentenza di annullamento?
2. Qual è il fondamento del riesercizio del potere e quali sono i suoi limiti?
3. Quando la rinnovazione del potere costituisce elusione del giudicato?
4. Il potere amministrativo può derogare al giudicato in caso di sopravvenienze?

Riferimenti normativi essenziali:

- art 97 Cost. (principio di continuità dell'attività amministrativa);
- art. 1 c.p.a. (principio di effettività della tutela processuale);
- artt. 29 e 34 c.p.a. (sentenza di annullamento);
- artt. 112 e 114 c.p.a. (ottemperanza, nullità degli atti in elusione del giudicato).

• Schema

1. L'efficacia della sentenza di annullamento

L'art. 29 CPA stabilisce che "*L'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni*". L'art. 34, comma 1, lett. a) CPA stabilisce che "*In caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda: annulla in tutto o in parte il provvedimento impugnato*".

Nei giudizi su interessi legittimi la sentenza di accoglimento determina l'annullamento del provvedimento amministrativo (*petitum*) per i vizi di legittimità dedotti ed accertati nel processo (*causa petendi*). A tale statuizione si collega il fondamentale effetto del giudicato amministrativo, cioè l'eliminazione *ex tunc* dell'atto amministrativo.

Tale effetto può essere derogato allorquando sussistano le condizioni per limitare al futuro l'efficacia della sentenza.

Con la pronuncia n. 13/2017 il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, pronunciandosi in materia ambientale, ha statuito che: «*L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato può modulare la*

portata temporale delle proprie pronunce, in particolare limitandone gli effetti al futuro, al verificarsi delle seguenti condizioni:

- a) un'obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare;
- b) l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata;
- c) la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche».

Il principio è stato confermato dalle pronunce n. 17-18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria, in materia di concessioni balneari.

La retroattività è, tuttavia, la regola e con riferimento a questa occorre analizzare l'effetto dell'annullamento.

In simmetria allo schema norma-potere-effetto da cui nasce l'atto amministrativo, il giudizio amministrativo di legittimità accerta l'esistenza del rapporto tra norma e potere e se il potere in concreto esercitato abbia rispettato la norma. L'esito negativo del giudizio produce l'annullamento del provvedimento. L'annullamento, dunque, elimina il provvedimento adottato, che è solo uno dei possibili manifestazioni del potere astrattamente attribuito.

Se la funzione amministrativa viene definita come potere nel suo farsi atto, allora l'atto è il prodotto dell'esercizio della funzione, ma non è l'unico possibile, perché l'atto potrebbe avere contenuto diverso, ovvero lo stesso contenuto ma diversa motivazione. Il giudice amministrativo non conosce il potere amministrativo nella sua interezza, ma solo per la parte in cui è stato esercitato nel caso concreto, mettendo a confronto il provvedimento con il paradigma della legge. Ne consegue che il giudizio di legittimità potrà esitare nell'annullamento del provvedimento solo in presenza dei vizi di legittimità denunciati dal ricorrente.

Ci sono, dunque, due principi: quello secondo cui il giudizio amministrativo ha per oggetto l'atto impugnato; l'altro in base al quale il giudizio amministrativo è limitato – e al tempo stesso supportato – dai motivi addotti dal ricorrente. Il primo principio riflette la natura del rapporto giuridico autoritativo, in cui l'effetto è il risultato di una forza giuridica che si manifesta ma non si esaurisce con l'atto. Il secondo riflette il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa, la quale è chiamata a esercitare sull'atto amministrativo un sindacato di legittimità limitato (e al tempo stesso finalizzato) alla tutela del ricorrente.

Facendo leva sulla dimensione sostanziale dell'interesse legittimo e sulla concezione del processo come luogo di soddisfazione di tale interesse, alla luce del sistema di giustizia amministrativa disegnato dal T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato e dalla legge Tar, la giurisprudenza aveva individuato una serie di effetti della sentenze di annullamento che accompagnano quello demolitorio.

L'effetto preclusivo – che trova fondamento nel principio del *ne bis in idem* sostanziale – vieta all'Amministrazione di assumere il provvedimento annullato a presupposto di ulteriori atti o di reiterarlo *sic et simpliciter*.

L'effetto ripristinatorio – corollario dell'efficacia retroattiva dell'annullamento – comporta l'obbligo della P.A. di rimuoverne gli effetti *medio tempore* generatisi, ivi compresi quelli di ordine materiale, adeguando lo stato di fatto alla situazione di diritto anteriore all'adozione del provvedimento.

L'effetto conformativo – postulato del contenuto di accertamento preliminare al *dictum* di annullamento – comporta l'obbligo della P.A. di osservare le indicazioni sull'esercizio della funzione amministrativa desumibili dalla motivazione, nella parte in cui dichiara la fondatezza delle censure di legittimità proposte con il ricorso.

Tali effetti valgono a orientare il potere della P.A. che residua all'esito della sentenza di annullamento.

2. Fondamento e limiti del riesercizio del potere

Nel codice del processo non è stata riproposta la previsione contenuta negli omologhi articoli 45, comma 1 del regio decreto n. 1054/1924 e 26, comma 2 della legge n. 1034/1971, secondo cui il giudice amministrativo “*se accoglie il ricorso per motivi di incompetenza annulla l'atto, e rimette l'affare all'autorità competente. Se accoglie per altri motivi annulla in tutto o in parte l'atto impugnato [...] salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa*”. Il formale mantenimento di tale norma, oltre a stridere con la nuova concezione del processo come giudizio sul rapporto, sarebbe entrato in conflitto con la possibilità che all'esito dell'annullamento il giudice condanni direttamente l'amministrazione a provvedere in un determinato modo, così privandola nella sostanza del potere di provvedere.

Ciò nondimeno, è pacifico che la sostanza della regola sia immutata, come si evince dal citato art. 34, comma 1, lett. a) CPA, laddove prevede che l'annullamento opera “*nei limiti della domanda*”, ciò essendo un corollario tanto dei principi di legalità, necessità, continuità dell'amministrazione, quanto della riferita struttura logica del provvedimento (norma-potere-effetto). Se la sentenza demolisce il provvedimento, ma non il potere, lascia uno spazio alla sua rinnovazione.

L'ampiezza di tale spazio dipende da:

- tipologia di provvedimento annullato (restrittivo o diniego di atto ampliativo);
- natura del provvedimento annullato (vincolato o discrezionale);
- natura dei vizi di legittimità rilevati (formale⁹ o sostanziale¹⁰).

Ancorché un nuovo esercizio del potere possa darsi anche nei casi di annullamento di provvedimenti restrittivi (ad esempio emendando il vizio di motivazione o di procedura), è chiaro che il problema si pone soprattutto nei casi di annullamento di provvedimenti di diniego, poiché in tali casi la distanza tra atto e potere è più ampia e ciò si riflette sulla portata dell'annullamento. Infatti, allorquando il giudice annulla un diniego, di regola non si pronuncia sulla fondatezza dell'istanza proposta dal privato, ma si limita a rilevare il vizio che affligge il provvedimento dell'Amministrazione.

Ciò, però, espone il privato al rischio di continui provvedimenti sfavorevoli, adottati eliminando ogni volta lo specifico vizio censurato. Rischio tanto maggiore quanto più nei provvedimenti annullati l'Amministrazione ha esercitato una porzione ridotta del potere di cui è astrattamente titolare, non potendo il giudice conoscere di poteri non esercitati.

Qui entrano in gioco il principio di effettività della tutela e gli effetti ulteriori a quello di eliminazione del potere.

L'efficacia preclusiva e quella ripristinatoria rilevano maggiormente nei giudizi su interessi legittimi oppositivi, in cui al ricorrente preme conservare la situazione giuridica incisa dal provvedimento.

L'efficacia conformativa acquista un peso significativo nei giudizi su interessi legittimi pretensivi: quanto più il giudice riesce a trarre dall'avvenuto esercizio del potere il suo modo di

⁹ Incompetenza, violazione di legge formale o procedimentale.

¹⁰ Violazione di legge sostanziale, eccesso di potere.

essere, tanto più può fissare la regola per la sua rinnovazione nel caso concreto, conformando l'attività amministrativa posteriore alla sentenza. In tale prospettiva il giudice deve esaminare il provvedimento impugnato non soltanto per verificare l'esistenza di illegittimità, ma anche per definire il contenuto del potere, soffermandosi sul procedimento che lo ha prodotto e sulla situazione reale che ne forma oggetto.

Senonché, anche quando il contenuto di accertamento della sentenza (variabile in relazione al tipo di vizio riscontrato ed alla quota di potere dedotta in giudizio) consente un'ampia definizione del rapporto, esso non entra nel dispositivo, sicché la regola di azione statuita in sede di cognizione aveva natura "implicita, elastica, incompleta", potendo completarsi e compiersi solo nella sede del giudizio di ottemperanza e sempre che l'amministrazione non reiteri la propria decisione agendo negli spazi lasciati liberi dalla sentenza, nel qual caso il privato è costretto a introdurre un nuovo giudizio di annullamento, e così via fino all'esaurimento del potere.

Vari rimedi, sia pretori che legislativi, erano stati previsti¹¹, ma la svolta è arrivata con l'introduzione nel Codice del processo amministrativo dell'azione di adempimento, contestuale a quella di annullamento, che permette al giudice di ordinare all'amministrazione il rilascio del provvedimento. Questa, tuttavia, non è possibile nei casi di provvedimento discrezionale o che richiede accertamenti istruttori riservati all'amministrazione.

L'ultimo passo è stato, allora, della giurisprudenza.

Quantomeno a seguito della fondamentale sentenza n. 1321/19 della VI sezione del Consiglio di Stato, il riesercizio del potere deve dirsi limitato dal principio del c.d. *one shot* temperato: il dovere della pubblica amministrazione di riesaminare l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni rilevanti, con definitiva preclusione di tornare a decidere sfavorevolmente per il privato. Tale principio costituisce il punto di equilibrio tra due opposte esigenze, quali la garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi.

Un indiretto riconoscimento del principio è stato operato introducendo nell'art. 10-bis della legge 241/1990 la previsione secondo cui "*in caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato*". La norma, lì dove positivizza la preclusione rispetto a profili rilevabili in sede di rinnovazione del potere, presuppone l'obbligo dell'Amministrazione di sollevare nella motivazione del provvedimento ogni questione emersa in istruttoria, senza possibilità di fondare un secondo diniego sulla base di rilievi già deducibili, benché mai adottati in precedenza.

Ulteriore e più stringente limite si ha nell'ipotesi in cui la sentenza di annullamento sia arricchita dalle statuizioni contemplate dall'art. 34, comma 1 lett. e) del codice del processo amministrativo ("*In caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda: dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza*").

¹¹ La giurisprudenza, sfruttando i nuovi istituti processuali, come le ordinanze cautelari propulsive e i motivi aggiunti o la consulenza tecnica, ha ampliato la cognizione sul potere, incentrando il giudizio non sull'atto ma sull'attività e spingendosi oltre la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento. Il legislatore ha modificato la legge 241/90, nel senso di costringere l'amministrazione – nel procedimento (art. 10-bis) o nel processo (art. 21-octies, comma 2) – a estendere il contraddittorio a tutti i profili rilevanti del rapporto, onde consumare preventivamente il proprio potere.

La norma si riferisce all'azione di annullamento e ha la funzione di esplicitare nel dispositivo della sentenza gli effetti ripristinatori e, soprattutto, conformativi, concentrando nella fase di cognizione l'attività giurisdizionale che prima doveva essere completata in sede di ottemperanza.

Le misure attuative, dunque, a seconda della penetrazione del rapporto operata nello scrutinio di legittimità, possono limitarsi a puntualizzare i modi di riesercizio del potere o spingersi a statuire in via soddisfattiva sulla spettanza del provvedimento richiesto.

Nel primo gruppo rientrano gli annullamenti per vizi formali o procedurali; ad esempio la sentenza può disporre il rinnovo del procedimento curando il profilo di forma omesso o il rispetto del contraddittorio con l'interessato. In questi casi un'apposita prescrizione nel dispositivo sembrerebbe superflua, ma il ricorrente può avere interesse a domandarla per evitare l'assorbimento del motivo di ricorso cui la richiesta si collega, trattandosi di un *petitum* distinto da quello di annullamento, su cui esiste il dovere di pronuncia. Inoltre, è innegabile che la specificazione del comando nel dispositivo della sentenza possa agevolarne la comprensione e l'attuazione da parte dell'amministrazione.

In ipotesi di accoglimento per vizi sostanziali, le misure attuative, pur sempre confinate nell'ambito della precisazione della futura attività amministrativa, assumono maggiore consistenza. Si spazia da prescrizioni sulle modalità operative dell'attività, come nel caso in cui la sentenza, una volta annullata la valutazione di una prova di concorso, disponga che la rinnovazione del giudizio sia effettuata da diversa commissione insieme ad altri elaborati, tutti anonimi a garanzia di imparzialità, a prescrizioni sul contenuto dell'attività, ad esempio se la censura accolta è l'insufficienza o l'illogicità della motivazione, la sentenza può disporre su quali punti o in che termini l'amministrazione è chiamata a motivare *ex novo*.

Nelle ipotesi ricadenti nel secondo gruppo la misura attuativa non ha carattere meramente strumentale, ma arriva a soddisfare direttamente l'interesse finale che sta alla base del ricorso.

3. L'elusione del giudicato

Il riesercizio del potere da parte della P.A. può dar luogo a tre ipotesi.

Nella prima, in cui l'amministrazione rispetti i vincoli posti dalla sentenza ed emetta un provvedimento immune da altri vizi di legittimità, *nulla quaestio*.

Nella seconda, in cui l'amministrazione rieserciti il potere senza violare le statuizioni della sentenza, ma emani un provvedimento illegittimo per vizi ulteriori, l'interessato può impugnarlo in sede di legittimità.

Nella terza, in cui l'autorità procedente resti inadempiente al giudicato, l'interessato può tutelarsi rivolgendosi al giudice dell'ottemperanza, al fine di ottenere la nomina di un commissario *ad acta* che adotti le misure necessarie per dare esecuzione alla decisione giudiziaria.

Il giudizio di ottemperanza è attivabile tanto nei casi di inerzia o rifiuto di dare esecuzione al giudicato, quanto in quelli di violazione o elusione del giudicato. Si ha violazione di giudicato quando il nuovo atto emanato dall'amministrazione riproduce i medesimi vizi rilevati nella sentenza ovvero si pone in diretto contrasto con il suo contenuto, mentre si configura elusione del giudicato laddove l'amministrazione, pur formalmente provvedendo a dare esecuzione al giudicato, ne aggira il contenuto, in modo da pervenire allo stesso esito oggetto di annullamento.

La distinzione origina dal tradizionale orientamento giurisprudenziale secondo cui:

- il provvedimento in elusione del giudicato è nullo, essendo emesso in carenza di potere, poiché la sentenza contiene prescrizioni puntuali, che svuotano il potere, e la competenza appartiene al giudice di ottemperanza;

- il provvedimento in violazione del giudicato è annullabile, poiché la sentenza lascia margini di scelta all'Amministrazione, e l'interessato deve impugnarlo in sede di legittimità.

Tale distinzione, tuttavia, è superata: ai sensi dell'art. 21-septies L. 241/90 in entrambi i casi il provvedimento è nullo. Nullità che, sotto il profilo dogmatico, si configura come un'ipotesi di carenza di potere in astratto nel caso concreto. Tanto se elusivo, quanto se trasgressivo, il nuovo provvedimento fuoriesce dai limiti del potere fissati nella sentenza e, costituendo inadempimento del giudicato, la sua cognizione compete alla sede dell'ottemperanza¹², che costituisce un'ipotesi di giurisdizione di merito.

Viceversa, qualora la P.A. agisca negli spazi lasciati liberi dalla sentenza, incorrendo in ulteriori vizi di legittimità, l'interessato potrà impugnare il nuovo provvedimento con l'ordinaria azione di annullamento per vizi di legittimità.

Qualora, erroneamente, il giudice di pronuncia in sede di ottemperanza al di fuori dei casi di previsti, la sua sentenza sarà ricorribile in cassazione per motivi di giurisdizione¹³.

All'intersezione tra la seconda e la terza ipotesi si pone la regola *one shot*: il potere può essere rinnovato in senso sfavorevole al privato vittorioso solo in occasione del primo provvedimento successivo alla sentenza; qualora anche tale provvedimento, essendo illegittimo, sia annullato dal giudice amministrativo, il potere dovrà considerarsi esaurito e all'Amministrazione non resterà che pronunciarsi (la terza volta) a favore del privato. In caso contrario, l'interessato potrà agire in sede di ottemperanza, deducendo la nullità del provvedimento e domandando il rilascio del bene della vita negato dalla pubblica amministrazione.

In conclusione: il terzo provvedimento sfavorevole al privato, emesso dopo due annullamenti costituisce inottemperanza al giudicato (violazione o elusione a seconda del concreto contenuto che assume); il giudice dell'ottemperanza potrà disporre, tramite il commissario se la PA resti inadempiente¹⁴, il rilascio del provvedimento richiesto. Senza che ciò integri eccesso di potere giurisdizionale.

4. Le sopravvenienze

Un'ipotesi particolare di rinnovazione del potere è quella dello *ius superveniens*.

La regola secondo cui l'Amministrazione non possa tener conto di sopravvenienze posteriori alla notifica della sentenza non è applicata rigidamente.

Il rapporto tra potere amministrativo e mutamenti normativi successivi alla sentenza non può essere ricostruito secondo un modello unico, dovendosi valutare da un lato la tipologia di azione

¹² Tanto si evince sia dall'art. 112, comma 3, che dall'art. 114, comma 4, lett. b) CPA.

¹³ Ex multis: Cass. sez. un., n. 5058/17: «Le decisioni del Consiglio di Stato in sede di giudizio di ottemperanza [...] sono soggette al sindacato delle Sezioni Unite sul rispetto dei limiti esterni della giurisdizione, tenuto conto che al giudice amministrativo è attribuita una giurisdizione anche di merito; sicché, per distinguere le fattispecie in cui il sindacato sui limiti di tale giurisdizione è consentito da quello in cui risulta invece inammissibile, è decisivo stabilire se quel che viene in questione è il modo in cui il potere giurisdizionale di ottemperanza è stato esercitato dal giudice amministrativo, attenendo ciò ai limiti interni della giurisdizione, oppure il fatto stesso che un tal potere a detto giudice non spettava; in particolare, quando l'ottemperanza sia stata invocata denunciando comportamenti elusivi del giudicato o manifestamente in contrasto con esso, afferiscono ai limiti interni della giurisdizione gli eventuali errori imputati al giudice amministrativo nell'individuazione degli effetti conformativi del giudicato medesimo, nella ricostruzione della successiva attività dell'amministrazione e nella valutazione di non conformità di questa agli obblighi derivanti dal giudicato; trattandosi, invece, dei limiti esterni di detta giurisdizione quando è posta in discussione la possibilità stessa, nella situazione data, di far ricorso alla giurisdizione di ottemperanza».

¹⁴ L'amministrazione può procedere pur in presenza della nomina e dell'insediamento del commissario ad acta, trovandosi nella pienezza dei propri poteri, a nulla rilevando a tal fine la nomina o l'insediamento del commissario medesimo (Cons. Stato, ad. pl., n. 8 del 2021)

proposta e, dall'altro, il contenuto dello *ius superveniens*. In presenza di azioni che sono idonee a condurre alla formazione di un giudicato che accerta pienamente il rapporto, il principio generale è quello della prevalenza del giudicato sulla normativa sopravvenuta. Altrimenti, la normativa successiva, potendo occupare gli spazi lasciati liberi dal giudicato, realizza normalmente una successione cronologica di regole di disciplina del potere pubblico. In tale ultima ipotesi, la prevalenza del giudicato si ha soltanto nel caso in cui la predetta normativa sovrappone, in relazione a quello specifico tratto della vicenda amministrativa vincolato dalla sentenza, la propria regola giuridica a quella giudiziale al fine esclusivo di correggere l'esercizio delle funzioni del giudice.

Sulla questione delle sopravvenienze (giuridiche e fattuali) è intervenuta l'Adunanza Plenaria, la quale, muovendo dalla premessa che l'annullamento di un provvedimento discrezionale, allorquando la discrezionalità non si sia stata interamente spesa, determina formazione di un giudicato che contiene una regola incompleta, senza che il sindacato possa estendersi all'intero rapporto controverso, posto che ciò costituirebbe uno sconfinamento nel merito amministrativo da parte del giudice, ha dettato i seguenti principi:

«a) l'esecuzione del giudicato amministrativo non può essere il luogo per tornare a mettere ripetutamente in discussione la situazione oggetto del ricorso introduttivo di primo grado, su cui il giudicato ha, per definizione, conclusivamente deciso; b) l'Amministrazione soccombente a seguito di sentenza irrevocabile di annullamento di propri provvedimenti ha l'obbligo di ripristinare la situazione controversa, a favore del privato e con effetto retroattivo, per evitare che la durata del processo vada a scapito della parte vittoriosa; c) questa retroattività dell'esecuzione del giudicato non può essere intesa in senso assoluto, ma va parametrata alle circostanze del caso concreto ed alla natura dell'interesse legittimo coinvolto (pretensivo, oppositivo, procedimentale); d) tale obbligo, pertanto, non incide sui tratti liberi dell'azione amministrativa lasciati impregiudicati dallo stesso giudicato e, in primo luogo, sui poteri non esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi rispetto a quest'ultimo; e) nella contrapposizione fra naturale dinamicità dell'azione amministrativa nel tempo ed effettività della tutela, un punto di equilibrio è stato tradizionalmente rinvenuto nel principio generale per cui l'esecuzione del giudicato può trovare limiti solo nelle sopravvenienze di fatto e diritto antecedenti alla notificazione della sentenza divenuta irrevocabile; sicché la sopravvenienza è strutturalmente irrilevante sulle situazioni giuridiche istantanee, mentre incide su quelle durevoli nel solo tratto dell'interesse che si svolge successivamente al giudicato, determinando non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica medesima; f) anche per le situazioni istantanee, però, la retroattività dell'esecuzione del giudicato trova, peraltro, un limite intrinseco e ineliminabile nel sopravvenuto mutamento della realtà - fattuale o giuridica - tale da non consentire l'integrale ripristino dello statu quo ante che semmai, ove ne ricorrano le condizioni, può integrare il presupposto esplicito della previsione del risarcimento del danno, per impossibile esecuzione del giudicato, sancita dall'art. 112 comma 3 Cod. proc. amm.»¹⁵.

Su tali basi è stata recepita la teoria del giudicato a formazione progressiva, suscettibile cioè di completamento in sede di ottemperanza.

Il giudicato è, in senso formale, la sentenza definitiva. La sentenza di ottemperanza sarebbe un giudicato di secondo grado. Ulteriori sentenze di ottemperanza darebbero luogo ad ulteriori giudicati. Per superare questa evidente assurdità è stata elaborata la teoria del giudicato progressivo. Ma questa teoria lascia aperto un problema: nessun giudicato amministrativo sarebbe tale, poiché

¹⁵ Cons. Stato., ad. pl., n. 11 del 2016.

sempre suscettibile di essere integrato in sede di ottemperanza, con (indefinito) spostamento in avanti della formazione del precetto intangibile.

Nell'ambito di questa teoria un ruolo peculiare assumono le sentenze della Corte di Giustizia UE rese su rinvio pregiudiziale, le quali hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate e sono equiparabili ad una sopravvenienza normativa, la quale, incidendo su un procedimento ancora in corso di svolgimento e su un tratto di interesse non coperto dal giudicato determina non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica.

La prevalenza della regola sopravvenuta costituita dalla sentenza della Corte di giustizia si impone già in base ai comuni principi che regolano secondo il diritto nazionale il rapporto tra giudicato e sopravvenienze. A ciò si aggiunge il principio di prevalenza del diritto UE, che obbliga il giudice nazionale ad evitare la formazione (anche progressiva) di un giudicato anticomunitario, ancorché, diversamente da quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, ciò non darebbe luogo alla violazione di un limite esterno della giurisdizione¹⁶.

In sintesi: le sopravvenienze costituiscono un 'controlimite' (ai limiti al riesercizio del potere).

Conclusioni

Le tracce sono istituzionali, ma il ridotto tempo a disposizione e il fatto che in queste condizioni le capacità logiche e di ricostruzione normativa (spesso non abbastanza allenate negli studi per magistratura) sono ancor più rilevanti, non le rende agevoli in assoluto.

Di seguito l'analisi comparata delle *performance* della Scuola IQ e del Resto d'Italia negli ultimi sette concorsi, calcolata in base al rapporto tra vincitori e partecipanti.

Anni	IQ	Resto d'Italia	Rapporto
2014	20%	4,326%	4,62
2015	20,87%	5,64%	3,7
2016	18,10%	5,5%	3,29
2017	22,32%	5,29%	4,21
2018	20,46%	5,52%	3,7
2019	19,04%	4,03%	4,73
2021	26,61%	3,28%	8,11
Media	21%	4,8%	4,38

Come sempre si formula una previsione sul risultato degli allievi.

¹⁶ Corte cost. n. 6 del 2018; Corte giust. UE, grande sezione, 21.12.2021, C-497/20.

In occasione dell'ultimo concorso, nonostante la riduzione del numero di allievi partecipanti (legato alla sospensione del corso nel 2019-2020 e al ridotto numero di iscrizioni nel 2020-2021), la Scuola ha conservato un elevato numero di vincitori (33 su 220), così riportando una percentuale di successo altissima. Poiché nel 2021-2022 il numero di iscritti (di cui molti privi del titolo per partecipare) è rimasto lontano livello degli anni precedenti alla sospensione e oramai gran parte degli allievi di quegli anni hanno vinto il concorso in magistratura o altri concorsi, il numero dei partecipanti a questo concorso è limitato, sicché è possibile che il numero assoluto di vincitori, nonostante l'aumento dei posti, non aumenti a sua volta, ma la percentuale di successo resterà ben più alta della media nazionale, per la ragione sopraindicata: l'attuale formato avvantaggia ancor più chi ha sviluppato, oltre alla preparazione, capacità logiche e di ricostruzione normativa.