

PREMESSA

Sul piano generale, in ordine alla selezione degli argomenti come tecnica di preparazione del concorso, occorre richiamare quanto osservato già dal concorso **2008**.

Con specifico riguardo a questo concorso, può rilevarsi come gli argomenti scelti (contratti di lavori pubblici, nullità negoziali, cooperazione nel delitto colposo) abbiano carattere istituzionale, ma le tracce estratte sono impostate in una prospettiva abbastanza complessa e, a tratti, ambigua.

Segue il consueto raffronto tra i risultati dell'elaborazione algoritmica, le tracce predisposte dalla Commissione di concorso, gli argomenti trattati al corso.

TRACCE NON ESTRATTE

Diritto civile:

- *Algoritmo* > il primo argomento era il doppio danno nel fatto illecito e nell'inadempimento del contratto, con particolare riferimento al danno non patrimoniale (18%). Il quinto argomento era l'abuso del diritto nell'esecuzione dell'obbligazione, con particolare riferimento agli strumenti di tutela del debitore (11%).

- *Commissione* > una delle tracce predisposte riguardava il danno non patrimoniale nella responsabilità da inadempimento. Un'altra riguardava gli obblighi di protezione del creditore e del debitore nella esecuzione dell'obbligazione.

- *Corso* > il danno non patrimoniale nella responsabilità da inadempimento è stato trattato nel corso intensivo (sessione mirata) e nella lezione pre-concorso. Gli obblighi di protezione sono stati trattati nel corso ordinario e, per quanto attiene alla posizione del debitore, anche nella lezione pre-concorso.

Diritto penale:

- *Algoritmo* > l'ottavo argomento era l'attività sotto copertura dell'agente istituzionale (12%). Il tredicesimo argomento era la responsabilità da reato degli enti (8%).

- *Commissione* > una delle tracce predisposte riguardava l'agente provocatore ed infiltrato. Un'altra la responsabilità da reato degli enti.

- *Corso* > l'agente provocatore ed infiltrato è stato trattato nel corso intensivo (sessione mirata). La responsabilità da reato degli enti è stata trattata nel corso ordinario.

Diritto amministrativo:

- *Algoritmo* > Accordi tra p.a. e conferenza di servizi non erano tra i primi quindici argomenti, ma i moduli di buon andamento e semplificazione erano il sesto argomento (13%). I collegamenti tra atti amministrativi non erano tra i primi quindici argomenti, ma lo era l'invalidità che può conseguire.

- *Commissione* > una delle tracce predisposte riguardava gli accordi tra p.a. e la conferenza di servizi. Un'altra riguardava gli atti collegati (preparatori, presupposti, consequenziali) e l'incidenza dei vizi sul provvedimento finale.

- *Corso* > entrambi gli argomenti sono stati trattati nel corso ordinario. Alla lezione pre-concorso, sulla base dell'analisi della commissione, erano stati segnalati (ma non esaminati) accordi tra p.a. e moduli di semplificazione, nonché la teoria dell'atto amministrativo, anche con riguardo ai riflessi sull'invalidità.

TRACCE ESTRATTE

Diritto civile:

- *Algoritmo* > la nullità non era tra i primi quindici argomenti.

- *Commissione* > la traccia era: "Profili e limiti di derogabilità alle prescrizioni legali in tema nullità negoziali".

- *Corso* > La nullità è stata trattata al corso ordinario, nonché al corso intensivo 2010. La nullità nel codice del consumo è stata trattata al corso intensivo 2011, nel più generale quadro delle categorie civilistiche di origine comunitaria. I poteri derogatori dei privati sono stati trattati nel corso ordinario, nell'ambito delle lezioni sulla norma e sul negozio giuridico, nonché, per i profili inerenti la scelta di leggi straniere, nella lezione di diritto internazionale privato.

Diritto penale:

- *Algoritmo* > il delitto colposo era il settimo argomento (13%), la cooperazione nel delitto colposo il quattordicesimo (8%).

- *Commissione* > la traccia era: "Profili della cooperazione nel delitto colposo e criteri di imputazione della responsabilità, anche nelle ipotesi di condotta frazionata".

- *Corso* > Il delitto colposo è stato esaminato nel corso intensivo (sessione mirata). La cooperazione nel delitto colposo è stata trattata nel corso ordinario ed è stata indicata a maggio 2011 tra le questioni oggetto della giurisprudenza da studiare (Cass. sez. IV n. 2814/11).

Diritto Amministrativo:

- *Algoritmo* > il secondo argomento erano i contratti pubblici, con particolare riferimento all'illegittimità degli atti della procedura di evidenza pubblica (18%).

- *Commissione* > la traccia era: "Principio della rilevanza dell'elemento personale nei contratti di lavori pubblici. Vicende soggettive del candidato al contratto o dell'esecutore del contratto e loro riflesso sulla validità ed efficacia rispettivamente degli atti della procedura selettiva e del contratto".

- *Corso*> i contratti pubblici, con particolare riferimento all'illegittimità degli atti della procedura di evidenza pubblica, sono stati trattati nel corso intensivo (sessione mirata) e nella lezione pre-concorso.

CONCLUSIONI

Si confermano sia la buona prevedibilità, tramite l'impiego di metodi matematici, degli argomenti che sono oggetto delle tracce, sia la distanza che corre tra l'argomento e la traccia, per cui restano decisive le capacità di elaborazione del candidato, ivi comprese quelle di interpretazione della traccia.

A tal riguardo, peraltro, occorre pur sempre distinguere il caso ordinario, in cui la traccia cela il problema conoscitivo, ma questo è individuabile sulla base delle comuni regole ermeneutiche di testi linguistici in materie giuridiche, da quello straordinario, in cui la traccia presenta margini di obiettiva incertezza, ed il candidato è costretto a ricorrere a criteri probabilistici (il che sarebbe da evitare: le soluzioni possono essere più d'una, ma il problema non può che essere lo stesso per tutti i candidati).

Pertanto, difformemente dalla tradizione (che vuole l'analisi contenutistica delle tracce effettuata solo allo scadere delle otto ore assegnate per la prova e nel luogo in cui si è tenuta), si prende in considerazione, limitatamente al problema dell'interpretazione, la traccia di diritto civile.

ESEGESI DELLA TRACCIA DI DIRITTO CIVILE

“Profili e limiti di derogabilità alle prescrizioni legali in tema di nullità negoziali”.

Letteralmente la traccia si riferisce alle possibilità di deroga da parte dell'autonomia privata alla disciplina legale sulla nullità. Il concetto di derogabilità della disciplina legale, in diritto civile, non può che attenersi alla sola attività dei privati, non a quella del legislatore e, tanto meno, del giudice (che può solo applicare la legge). Né può intendersi la derogabilità con riferimento al rapporto tra disciplina generale (nullità del contratto nel codice civile) e disciplina speciale (nullità singolari nel codice civile – es. deliberazione assembleari – e nullità nel codice del consumo), poiché la traccia parla di *“derogabilità alle prescrizioni legali”*, riferendosi a qualsiasi precetto legale, dunque al rapporto tra volontà privata e ordinamento giuridico, non al rapporto tra rami o norme diverse dell'ordinamento.

Così letta, peraltro, la traccia evocerebbe un fenomeno contraddittorio (deroga alla disciplina inderogabile) e ammesso in via del tutto marginale (l'efficacia dell'atto nullo dipendente – non già da espresse previsioni di legge o dal modo in cui è costruita la stessa nullità – da operazioni manipolative dei privati), oppure estraneo all'ordinamento nazionale (è il caso in cui le parti scelgano una legge straniera per la disciplina dell'atto negoziale, così sottraendosi alle prescrizioni nazionali sulle nullità).

Ne consegue l'esigenza di ricorrere a criteri non strettamente testuali. Qui, peraltro, si aprono due strade.

La prima, intendendo il concetto di derogabilità in senso non tecnico, permette di estendere l'analisi a tutte le previsioni legali eccentriche rispetto al sistema delle nullità contrattuali, in particolare alle nullità di protezione, concependone il carattere "relativo" come derogatorio.

La seconda, intendendo il concetto di derogabilità in senso tecnico e riferendolo non alle nullità ma alle prescrizioni legali, sposta l'attenzione sulla nullità come sanzione dell'abuso del diritto dispositivo. Si tratta di un'interpretazione fedele al lessico, ma non alla sintassi (*profili e limiti* riguardano la derogabilità alle prescrizioni legali in tema di nullità, non già le nullità per abuso del diritto derogabile). Quale era la soluzione preferibile per il candidato? Esisteva una via in grado di dar conto di tutti i profili teoricamente riconducibili alla traccia, senza cadere in contraddizione?

In effetti poteva ritenersi che la traccia proponesse una dialettica analoga a quella tra *hard law* e *soft law*, tipica dei tempi moderni. Il candidato era invitato ad illustrare l'evoluzione della categoria della nullità come strumento di controllo dell'autonomia privata, secondo una linea che storicamente va dal particolare (individuo) al globale (mercato). La prospettiva del rapporto tra autonomia privata ed ordinamento giuridico abbraccia sia le eccezionali ipotesi di deroga privata al regime legale delle nullità, sia le più frequenti ipotesi di deroga normativa, sia l'impiego della nullità nell'area del diritto dispositivo. A favore di tale lettura omnicomprensiva milita l'esordio della traccia – "*profili e limiti*" – che pare suggerire un'indagine a 360° sul fenomeno della regolazione del contratto tramite le nullità.

Volendo portare a livelli di eccellenza tale indagine, si sarebbe potuta impostarla sul piano del rapporto tra norma (diritto) e realtà (economia), analizzando i vari regimi della nullità alla luce dello statuto gnoseologico della disposizione normativa impiegata (descrittiva, valutativa, elastica). In tale prospettiva sarebbe emerso che la derogabilità è inversamente proporzionale alla forza della legge di copertura (scienze esatte, scienze sociali, sistemi di valore).

Resta fermo che, trattandosi di una traccia non redatta secondo i modelli dell'inferenza deduttiva, lo svolgimento solo di alcune parti rispetto alla soluzione proposta di per sé non costituisce elemento che può condurre all'inidoneità.