

## **TRACCE DEL CONCORSO A 370 POSTI**

### **PREMESSA**

Gli argomenti oggetto delle tracce sorteggiate hanno carattere istituzionale. Diventa, allora, decisivo stabilire quando (a quale distanza dal concorso) e come (con quale grado di prossimità alla traccia e di approfondimento) siano stati esaminati al corso, tenendo conto che il corso intensivo si è svolto nelle tre sedi da febbraio a maggio 2012 e la lezione pre-concorso il 22 maggio 2012. Successivamente si procederà a trattare i problemi interpretativi sottesi alle tracce e fornire uno schema di elaborazione.

### **FUNZIONAMENTO DELL'ALGORITMO**

#### **Diritto civile:**

- *Commissione* > la traccia era: “Il sindacato del giudice sulla proporzionalità ed equità del contratto, con particolare riferimento ai contratti dei consumatori ed ai contratti tra imprese”.
- *Algoritmo* > il quinto argomento segnalato era il controllo sugli atti di autonomia privata (11%), con particolare riferimento al rapporto tra codice civile e codice del consumo.
- *Corso* > Lezione di gennaio 2012 del corso ordinario: “Equilibrio contrattuale e strumenti di controllo”. Nella seconda sessione mirata del corso intensivo, è stata esaminata la traccia “Categorie civilistiche di origine comunitaria e loro collocazione nel sistema del diritto privato”. È possibile affermare che gli argomenti oggetto della traccia siano stati esauriti in tali lezioni, salvo gli aspetti specifici dei contratti tra imprese, fermo restando che la legge antitrust è stata esaminata nella terza sessione mirata del corso intensivo.

#### **Diritto penale:**

- *Commissione* > la traccia era: “Anticipazione della tutela nei delitti di terrorismo e di eversione”.
- *Algoritmo* > i principi di materialità, offensività e necessità erano il quarto argomento segnalato (13%), tentativo e delitti di attentato il nono, l’associazione terroristica internazionale era il tredicesimo
- *Corso* > Nella lezione di maggio 2012 del corso intensivo sono stati trattati la soglia di punibilità e la struttura del tentativo e dei delitti di attentato, la riforma dei delitti contro la personalità dello Stato, la dissociazione dai reati terroristici, la struttura del reato di associazione terroristica internazionale. Nella quarta sessione mirata del corso intensivo e nella lezione pre-concorso sono stati trattati i principi di materialità, offensività e necessità.

#### **Diritto amministrativo:**

- *Commissione* > la traccia era: “Individuati i casi in cui ricorre l’obbligo della PA di provvedere, tratti il candidato delle conseguenze del mancato rispetto di tale obbligo, dei possibili rimedi nonché dei profili risarcitori”.
- *Algoritmo* > la responsabilità civile della P.A. da omissione e ritardo, con particolare riferimento al danno non patrimoniale, era il primo argomento segnalato (17%). Le forme di tutela giurisdizionale il secondo (16%).
- *Corso* > La responsabilità civile della P.A. da omissione e ritardo, con particolare riferimento al danno non patrimoniale, e le forme di tutela finansi al giudice amministrativo sono stati trattati rispettivamente nella lezione di febbraio 2012 del corso intensivo e nella quarta sessione mirata del corso intensivo. Entrambi sono stati trattati nella lezione pre-concorso.

## ANALISI DELLE TRACCE

Le tracce presentano un livello di difficoltà medio. Notorietà dell'argomento e grado di difficoltà della traccia non vanno confuse. L'elevata percentuale di consegne non è un indice del secondo, ma la conseguenza del primo. Il carattere istituzionale dell'argomento genera nel candidato l'illusione di aver svolto un tema sufficiente. L'illusione rappresenta un'ancestrale tecnica di sopravvivenza dell'essere umano, nonché garanzia della pace sociale. In un mondo in cui la distribuzione delle risorse è assai diseguale, l'inganno in ordine a ciò che si ha e a ciò che si fa permette all'individuo di accettare la propria posizione nel consorzio sociale, sopravvalutando la dimensione della propria esistenza, materiale e spirituale. Ciò nondimeno l'illusione è svantaggiosa nelle attività competitive e frena lo sviluppo e l'affermazione della personalità. Tanto premesso si possono esaminare le tracce, riservando maggiore attenzione sul piano dell'interpretazione a quella di civile e sul piano dei contenuti – ma solo in orizzontale, ossia per punti da trattare – a quelle di penale e amministrativo.

## DIRITTO CIVILE

*“Il sindacato del giudice sulla proporzionalità ed equità del contratto, con particolare riferimento ai contratti dei consumatori ed ai contratti tra imprese”.*

### 1. Problema conoscitivo

Il tema verte sul rapporto tra giurisdizione e legge nella regolazione dell'autonomia privata e, nell'ambito della legge, sul rapporto tra diritto ed economia. Testualmente la traccia ha per oggetto i controlli sostanziali sul contratto, da misurare nei tre formanti legislativi fondamentali (codice civile, codice del consumo, legge n. 287 del 1990 sulla tutela della concorrenza e del mercato), cui corrispondono i contratti civili comuni, i contratti del consumatore, i contratti tra imprese.

### 2. Interpretazione

La maggiore difficoltà della traccia è nella distinzione tra controllo di proporzionalità e di equità, cui il candidato non può sottrarsi, dimostrando altrimenti di non essere in grado di cogliere o di risolvere il problema che gli viene posto. La distinzione, peraltro, è caratterizzata da taluni margini di ambiguità. Per comprenderla occorre muovere dal postulato che nei contratti a prestazioni corrispettive il contenuto del rapporto rispecchia una legge economica, ispirata al principio di utilità marginale, secondo cui le parti tendono ad incontrarsi nel punto più alto consentito dalle rispettive curve di indifferenza. Se tale legge funziona si realizza la giustizia commutativa, protetta dall'ordinamento attraverso prescrizioni di carattere formale. Quando la contrattazione avviene in condizioni anormali la legge non opera e l'ordinamento giuridico tende ad attuare la giustizia distributiva, che trova riconoscimento negli articoli 2 e 41 della Costituzione, correggendo la pattuizione per allinearla ai valori del mercato e della solidarietà, considerati complementari, quali referenti dello sviluppo economico-sociale della comunità.

La giustizia distributiva ha molti profili, che vanno dall'integrità del consenso contrattuale, al comportamento secondo buona fede, alla funzione concreta dello scambio, nonché svariati istituti giuridici di attuazione, quali l'invalidità del contratto, l'integrazione o la modificazione del contenuto, la responsabilità di uno dei contraenti. Non è chiaro, però, quali siano riferibili al controllo di proporzionalità e quali a quello di equità.

La contrapposizione trova fondamento letterale e sistematico nella successione degli artt. 1447 e 1448 c.c., che prevedono, rispettivamente, la rescissione del contratto concluso a condizioni “inique” e del contratto in cui le prestazioni siano gravemente “sproporzionate”. Sembrerebbe, dunque, che il controllo di proporzionalità abbia ad oggetto l’equilibrio economico, quello di equità l’equilibrio normativo. Tuttavia, nell’ordinamento giuridico il concetto di equità non è univoco, potendo riferirsi anche al contenuto prettamente economico del rapporto, come nell’ipotesi di riduzione della clausola penale da parte del giudice o dell’equo corrispettivo nei contratti sottoposti a regole protettive (es. lavoro subordinato, locazione). Lo stesso concetto di proporzionalità potrebbe comprendere il nesso di congruità giuridica, oltre che economica, ed in dottrina non manca chi lo intende anche in tal senso.

Se non si adotta il dualismo economico/normativo, allora la differenza andrebbe ricercata su un altro piano, precisamente nella maggiore penetrazione del sindacato di equità, affidato a parametri di convenienza, laddove il sindacato di proporzionalità sarebbe ancorato a parametri di ragionevolezza. L’equità, oltre a porre un’esigenza di equilibrio, adatta la norma al caso concreto e consente al giudice un sindacato di merito, sostitutivo della volontà negoziale. Tale controllo, che il diritto civile classico consente solo nei rari casi di equità interpretativa, integrativa o correttiva, ovvero nell’ambito della cognizione del giudice di pace, acquisterebbe maggiore spazio nel diritto europeo dei contratti, dove, fuoriuscendo dai limiti del giudizio di accertamento della conformità del caso alla fattispecie, acquisterebbe natura valutativa.

Si tratta di un percorso seguito in letteratura da correnti di minoranza, che appare indebolire non poco lo statuto scientifico del diritto civile, sottraendolo alle categorie della logica formale. Peraltro, un sindacato così concepito troverebbe comunque applicazione con riguardo allo squilibrio normativo, che è quello principalmente considerato dal diritto europeo.

Appare preferibile, allora, impostare il rapporto tra norma (diritto) e realtà (economia), analizzando il controllo sostanziale del giudice sul contratto alla luce dello statuto gnoseologico della disposizione normativa impiegata (descrittiva, integrativa, elastica). In tale prospettiva sarebbe emerso che l’intensità del sindacato è inversamente proporzionale alla forza della legge di copertura (scienze esatte, scienze sociali, sistemi di valore) sottesa alla disposizione normativa.

### **3. Svolgimento**

Nei contratti civili comuni, l’ammissibilità di un sindacato sostanziale non ristretto alle poche ipotesi nominate, può essere condotto o attraverso la causa, qualora si interpreti la nozione dei contratti di scambio come norma di secondo tipo, integrativa, che fa riferimento a un nesso di corrispettività economica (es. vendita a prezzo vile), o attraverso concetti giuridici indeterminati, quali buona fede ed abuso del diritto, genericamente impiegati in norme del terzo tipo, rispetto ai quali il giudice svolge un ruolo para-normativo.

Nei contratti del consumatore il sindacato sullo squilibrio normativo è previsto in diverse ipotesi, tra cui spiccano le clausole vessatorie. In tale ambito è esplicitamente escluso il sindacato sullo squilibrio economico, salvo che le clausole negoziali si presentino oscure. Tale sindacato, tuttavia, è sempre possibile qualora la concorrenza sia alterata da comportamenti o da intese (come nel celebre caso del cartello tra compagnie di assicurazione per concordare le condizioni dell’assicurazione auto) che si riflettano sulla congruità del prezzo di un bene o di un servizio, deviandolo rispetto al prezzo di equilibrio in un mercato competitivo.

Nei contratti tra imprese il sindacato sullo squilibrio normativo è previsto sia nella legge n. 287 del 1990, specie in ipotesi di abuso di posizione dominante, sia in normative settoriali, come quella sulla subfornitura o sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, in cui c'è un espresso riferimento all'iniquità dell'accordo. Il sindacato sullo squilibrio economico è possibile nelle ipotesi previste dal codice civile, come il contratto usurario (art. 1815, comma 2 c.c. e, soprattutto, art. 644, comma 3 c.p., dove si fa espresso riferimento ai vantaggi e compensi sproporzionati promessi da chi versi in condizione di difficoltà economica o finanziaria), o qualora l'illecito antitrust costringa le imprese che lo subiscono a stipulare contratti a prezzi superiori a quelli di mercato.

La *ratio* del sindacato di proporzionalità ed equità nei contratti del consumatore e tra imprese è l'esistenza di fallimenti del mercato. Nei contratti del consumatore la disparità di forza contrattuale è originaria, essendo legata alla asimmetria di posizioni, sicché il controllo sostanziale del giudice è quasi fisiologico. Nei contratti tra impresa il controllo sostanziale può aver luogo solo se lo stesso costituisce effetto di un illecito anticoncorrenziale.

Nonostante il sindacato del giudice sui contratti del consumatore e tra imprese presenti le suddette peculiarità, le teoriche che ne esaltano l'eccentricità rispetto al sistema sono fallaci. Il giudice è soggetto alla legge e la legge, a sua volta, è soggetta ad alcuni principi di ordine logico<sup>1</sup>, che sovrastano le stesse norme costituzionali, bloccandone la deriva verso luoghi razionalmente inconsistenti. D'altra parte, esistono due disposizioni nel codice del consumo che dichiarano l'applicabilità, per quanto non espressamente previsto, del codice civile e del diritto generale dei contratti, confermandone la centralità, mentre analoghe previsioni non occorrono per i contratti tra imprese – talvolta indicati in dottrina come “terzo contratto”, formula dotata di valenza puramente descrittiva – che di per sé restano interamente regolati dal codice civile.

## DIRITTO PENALE

*“Anticipazione della tutela nei delitti di terrorismo e di eversione”.*

### 1. Problema conoscitivo

Il tema verte sull'applicazione dei principi di materialità, offensività e necessità nell'individuazione della soglia minima di punibilità, con particolare riferimento ai reati di matrice terroristico-eversiva, considerati insieme dal codice penale e dalla legislazione complementare. Ad altissimi livelli, che qui resteranno sullo sfondo, in quanto estranei allo *standard* del concorso in magistratura ordinaria, tutta l'elaborazione doveva essere svolta alla luce del principio *b.a.r.d.*

### 2. Parte generale

Nella prima parte occorre muovere dalla teoria generale del reato, onde fissare il momento tipico dell'incriminazione nel prodursi dell'evento di danno al bene giuridico protetto, e la sua anticipazione nell'evento di pericolo, giustificata dalla necessità di tutelare beni giuridici di elevato valore. All'anticipazione della tutela corrisponde una regressione dell'offensività del fatto, fenomeno che dipende dal rapporto tra evento ed oggetto giuridico: maggiore è la distanza, minore è l'offesa.

---

<sup>1</sup> F. BELLOMO, *Il magistrato come agente superiore*, in <http://www.dirittoscienza.it/2012-aprile.pdf>, p. 20 ss.

La trattazione della categoria del reato di pericolo deve essere svolta con un minimo di approfondimento. In particolare, è opportuno accennare ai diversi livelli del pericolo contemplati dalla parte speciale del codice penale, distinguendo tra pericolo concreto<sup>2</sup>, astratto<sup>3</sup>, presunto<sup>4</sup>.

L'analisi dei reati di pericolo, tuttavia, da sola è insufficiente a rispondere al quesito. Nell'impostazione scientifica del diritto penale la soluzione non può prescindere dal ricercare il momento della serie causale astrattamente sufficiente ai fini dell'incriminazione, svolgendo tale indagine sia a livello delle disposizioni di parte generale – 56 e 115 c.p. – che fissano la struttura materiale minima del reato, sia a livello delle norme di parte speciale che rispettivamente vi derogano, ossia reati a consumazione anticipata e reati accordo, i quali rappresentano le tipiche forme giuridiche

---

<sup>2</sup> Nei reati di pericolo concreto il pericolo è descritto dalla norma incriminatrice, sì da costituire elemento esplicito della fattispecie: ad esempio gli artt. 422 c.p. (“*Chiunque, [...] al fine di uccidere, compie atti tali da porre in pericolo la pubblica incolumità*”) e 432 c.p. (“*Chiunque, [...] pone in pericolo la sicurezza dei pubblici trasporti per terra*”). In queste ipotesi il pericolo è tipizzato, il che impone al giudice di accertarlo, attraverso un giudizio *ex ante* ed in concreto, su base totale. Il giudizio sulla verificabilità dell'evento di danno procede in avanti – dalla causa all'effetto – ed ha natura ipotetica. Ciò comporta che non vi è coincidenza nel razionale logico (accertare se un accadimento è conseguenza di un fatto, diverge dall'accertare se un fatto genera il rischio di un accadimento) e che non è sufficiente la verifica in ordine alla efficacia condizionante della condotta in base alla legge di copertura, in quanto la stessa non dice che l'azione, nel suo sviluppo, può determinare l'evento, ma solo che – se l'evento accade – essa è *condicio sin qua non*. La prognosi non si fonda solo sul ruolo che la condotta ha nel processo di produzione dell'evento, ma anche sull'esistenza nel caso concreto degli altri fattori che normalmente concorrono alla produzione dell'evento. Dottrina e giurisprudenza concordano che la probabilità di verificazione della lesione, quando non risulti indicata dalla norma, debba essere “rilevante”, ma non chiariscono in cosa consista tale rilevanza, salvo precisare che essa è qualcosa di più di una semplice possibilità di verificazione del danno. Nella prassi si ha la tendenza a non operare in termini logico-matematici, ma appare contrario ai principi di determinatezza e personalità ammettere la sussistenza del reato allorché le probabilità favorevoli al prodursi dell'evento non superino quelle contrarie.

<sup>3</sup> Nei reati di pericolo astratto il pericolo non è descritto dalla norma incriminatrice, ma è implicito nella fattispecie, che riposa su una legge causale. Per l'integrazione del reato, dunque, è sufficiente che il fatto concreto sia riconducibile al tipo legale, dal momento che, ove tale corrispondenza sussista, dovrà ritenersi implicita l'attitudine del fatto a provocare la lesione al bene giuridico. In queste ipotesi si esclude il pericolo dai requisiti costitutivi del fatto, ma la tesi è imprecisa: il pericolo, come il danno, non è elemento del fatto, ma una sua qualifica. Ciò che distingue i reati di pericolo astratto da quelli di pericolo concreto non è la rilevanza del pericolo nel fatto tipico, ma la sua funzione, che condiziona la tecnica di costruzione della fattispecie: gli elementi che la compongono nelle ipotesi di pericolo astratto presentano una evidente pregnanza semantica, in grado di soddisfare da sé i principi di determinatezza ed offensività. Per scorporare la differenza: nei reati di pericolo concreto è il pericolo a identificare l'evento del reato, mentre nei reati di pericolo astratto è l'evento ad identificare il pericolo. Si può concludere che nei reati di pericolo astratto l'evento di pericolo non manca, solo che non occorre effettuare alcun giudizio concreto in ordine alla pericolosità del reato, essendo questa definita già a livello legale. In verità l'operazione del giudice non è diversa nei reati di pericolo concreto ed astratto: in entrambi accerta la conformità del fatto concreto al fatto tipico, solo che nel primo ciò implica l'accertamento della pericolosità dell'evento (sul presupposto che l'evento consiste in una situazione preliminare che di per sé non esprime con certezza un pericolo per il bene tutelato), nel secondo il solo accertamento dell'evento.

<sup>4</sup> Nei reati di pericolo presunto il pericolo, oltre a non essere descritto nella fattispecie, non sarebbe neppure una qualifica implicita del fatto, ma una presunzione assoluta della legge. Si pensi all'associazione per delinquere (art. 416 c.p.), dove il legislatore ha delineato il fatto tipico sul presupposto che esso costituisca di per sé un pericolo avverso l'ordine pubblico, senza che tale fatto rappresenti uno specifico contatto con il bene protetto. La struttura formale è identica a quella dei reati di pericolo astratto, mentre è il contenuto della fattispecie che cambia, perché la qualifica di pericolosità dell'evento non è immanente alla dimensione fisica del reato, ma è imposta dalla legge. Tuttavia ciò non è sempre vero, poiché l'interpretazione della norma può evidenziare i tratti di pericolosità del fatto descritto: nell'associazione per delinquere, assegnando valenza oggettiva al programma criminoso e ravvisando la necessità di un'organizzazione non minimale per il perfezionamento del reato, si connota intrinsecamente il fatto come pericoloso. Se non è possibile un'interpretazione costituzionalmente orientata, i reati di pericolo presunto sollevano dubbi di costituzionalità sotto il profilo dell'offensività, tuttavia la giurisprudenza di legittimità li supera tramite l'applicazione dell'art. 49 c.p.

di anticipazione della tutela, non a caso frequentemente impiegate dal legislatore nella materia terroristica ed eversiva.

In particolare rileva l'analisi comparata, da un lato, del tentativo e dei delitti di attentato e, dall'altro, del reato associativo e dell'accordo di cospirazione (art. 304 c.p.).

La concezione oggettiva dei delitti di attentato, nella versione che ne implica l'idoneità, accostandoli al tentativo, pur oggi prevalente, non resiste alla verifica matematica del significato della formula «fatto diretto a»<sup>5</sup> ed è smentita dalla riforma degli artt. 241, 270, 283 e 289 c.p. operata con la legge n. 85 del 2006. La conclusione è che nei delitti di attentato, qualora la disposizione non richieda l'idoneità degli atti, la tutela penale è arretrata alla fase della *condicio sine qua non* dell'evento di danno, purché essa esprima obiettivamente la destinazione della condotta al danno. Il pericolo deve essere bensì accertato, ma in termini di possibilità e non di probabilità. La necessità di accertare il pericolo, pena l'adesione a concezioni soggettivistiche incompatibili con il principio di offensività, si evince *a contrario* dall'art. 49 c.p., che postula un giudizio di non idoneità. Ciò implica che l'azione di attentato deve essere valutata in negativo, accertando non già se essa sia idonea a determinare l'evento, bensì se vi siano fattori tali da escludere la possibilità che si realizzi l'evento. In altri termini, accanto alla astratta valutazione di tipicità della condotta posta in essere, si effettua una valutazione concreta, circa l'assenza di elementi tali da escludere nello specifico caso l'efficacia di tale condotta.

Il reato associativo, pur ascritto ai reati di pericolo presunto, viene pacificamente ritenuto conforme al principio di offensività, poiché richiede un *quid pluris* rispetto all'accordo criminoso, tanto più se si aderisce alla teoria – elaborata per la criminalità mafiosa e terroristica – del principio di esecuzione, in forza della quale il reato si perfeziona non quando è costituita l'organizzazione, ma quando questa inizia ad operare, acquisendo i connotati del tipo legale, ossia il metodo mafioso o terroristico. Per converso l'art. 304 c.p. è l'esempio di anticipazione massima dell'incriminazione, la cui legittimità costituzionale riposa sull'interpretazione orientata del concetto di «accordo», che avanza la soglia di punibilità alla predisposizione di un progetto delittuoso già definito nei suoi elementi essenziali ed astrattamente suscettibile di esecuzione a breve termine, in guisa che tale accordo identifichi non la mera intenzione di commettere il crimine, ma un'attività preparatoria che, pur priva di organizzazione strutturale, esprima un'intensità almeno minima di aggressione al bene protetto.

### **3. Parte speciale**

L'applicazione dei postulati di parte generale ai reati di terrorismo ed eversione deve passare attraverso la definizione dei relativi concetti, che hanno assunto una valenza diffusa nell'ordinamento a seguito dell'art. 1 d.l. 15 dicembre 1979, n. 625, convertito dalla legge 6 febbraio 1980, n. 15, il quale ha introdotto la finalità terroristica o eversiva come circostanza aggravante dei delitti comuni. Quanto alla nozione di terrorismo, è necessario e sufficiente il richiamo all'art. 270-sexies c.p., mentre quella di eversione è di elaborazione giurisprudenziale, intendendosi il rovesciamento dei principi ed istituti nei quali si esprime la forma democratica dello Stato.

Ciò posto, l'anticipazione della tutela in materia terroristica ed eversiva può realizzarsi attraverso due congegni. Uno tipico, attuato mercè la previsione di singole ipotesi di attentato e del delitto di associazione terroristica ed eversiva. L'altro atipico, derivante dalla combinazione dell'art. 56 c.p. con i

---

<sup>5</sup> F. BELLOMO, *Nuovo Sistema del diritto penale*, III, 2012, cap. XVI, § 5.1.

delitti terroristici ed eversivi in cui è ammesso il tentativo, quindi con esclusione delle fattispecie prima indicate, che già presentano una soglia di punibilità arretrata.

L'analisi del congegno atipico non richiede nulla di più che l'analisi dell'art. 56 c.p. e delle norme con cui è chiamato a combinarsi.

Occorre, invece, soffermarsi sul congegno tipico, prendendo a modello dei delitti di attentato il delitto di cui all'art. 280 c.p. e considerare il reato di cui all'art. 270-bis c.p.

Essenziale è operare una comparazione sul piano dell'anticipazione della tutela. Entrambe le figure possono essere considerate come fattispecie prodromiche, rispettivamente in relazione all'evento di danno e al delitto scopo. Tuttavia l'art. 280 c.p. prevede un delitto a consumazione anticipata, in cui il pericolo deve essere accertato in concreto, l'art. 270-bis c.p. è una fattispecie associativa, di pericolo presunto.

Come anticipato, l'accertamento del pericolo nei delitti di attentato è imposta dai principi costituzionali, ed è tecnicamente possibile interpretando locuzioni come «commette un fatto diretto a», «attenta» e simili alla luce dell'art. 49 c.p. e, cioè, nel senso che l'attività posta in essere, sia pure preparatoria, crei una situazione di rischio per il bene protetto. Attentato terroristico e tentativo, dunque, sono entrambi reati di pericolo concreto, ma cambia lo stadio del pericolo rilevante, che nel primo è la possibilità, nel secondo la probabilità dell'evento di danno. Ciò dipende dalla diversa costruzione delle fattispecie, poiché i delitti di attentato sono tipici e, quindi, il legislatore può selezionare le ipotesi in cui, data la consistenza empirica dell'evento lesivo e la sua ideale collocazione nella linea causale, la regressione del pericolo alla possibilità dell'evento di danno esprime un sufficiente grado di offesa. Prova ne sia che, laddove l'evento sia meno definito sul piano fenomenico, come negli artt. 241 e 283 c.p., il legislatore ha spostato in avanti la soglia di punibilità, introducendo il requisito dell'idoneità e, al contempo, quello della violenza, che conferisce materialità al fatto, escludendo che siano punite mere manifestazioni di dissenso, per quanto radicali, e progetti criminali ancora privi di un significativo impatto sulla realtà.

Proprio il requisito della violenza connota l'associazione terroristica internazionale, rilevando anzitutto a livello oggettivo, quale connotato della struttura associativa, che aderisce al tipo legale se caratterizzata da elementi indicativi della propensione all'uso della forza<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> La giurisprudenza di legittimità è orientata nel senso che la struttura organizzativa deve presentare un grado di effettività tale da rendere almeno possibile l'attuazione del progetto criminoso e da giustificare, perciò, la valutazione legale di pericolosità, correlata alla idoneità della struttura al compimento della serie di reati per la cui realizzazione l'associazione è stata istituita. In caso contrario, ossia se la struttura associativa fosse concepita in termini generici, labili ed evanescenti, l'anticipazione della repressione penale finirebbe per colpire, attraverso lo schermo del delitto associativo, il solo fatto dell'adesione ad un'astratta ideologia, che, pur risultando aberrante per l'esaltazione della indiscriminata violenza e per la diffusione del terrore, non è accompagnata, tuttavia, dalla possibilità di attuazione del programma: si finirebbe, insomma, per reprimere idee, non fatti, potendo configurarsi tutt'al più nell'ipotesi di accordo non concretizzatosi in un'organizzazione adeguata al piano terroristico la fattispecie della cospirazione politica mediante accordo prefigurata dall'articolo 304 Cp, che richiama, attraverso l'articolo 302, anche l'articolo 270-bis.

Tuttavia talune pronunce in ordine al terrorismo di matrice islamica, sia della giurisprudenza di merito, sia di quella di legittimità in sede cautelare, hanno desunto la prova del reato dalla collocazione ambientale, dei percorsi di vita e della professione, del credo religioso dell'imputato: il programma di violenza lo si evince più da dialoghi infarciti di radicalismo religioso islamico che non dal rapporto tra mezzi e obiettivi; i vincoli associativi si concretizzano non tanto nell'assunzione di specifici ruoli nell'organizzazione o nei materiali apporti di rafforzamento dell'ente ma in manifestazioni di adesione ideologica alla *jihād*, ricavabili da un linguaggio antagonistico rispetto alla cultura occidentale e finanche dalla disponibilità di strumenti di propaganda quali riviste terroristiche. Siffatte interpretazioni sembrano riesumere il cd. diritto penale del

Utili dati sull'anticipazione della tutela rinviengono dall'art. 4, per le misure di prevenzione personali, e dall'art. 16, per le misure di prevenzione patrimoniali, del codice antimafia, che annoverano quale categoria qualificata di pericolosità sociale “*coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I, titolo VI, del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale*”.

La formulazione “*atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti [...] alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale*” sta a significare che, laddove non sia raggiunta la soglia di punibilità minima prevista dai reati terroristici, ma gli atti abbiano sufficiente consistenza materiale, è possibile disporre una misura di prevenzione. Tale disposizione non limita l'applicazione dell'istituto del tentativo ai reati terroristici con evento di danno, nel senso di escludere sempre e comunque l'attività preparatoria dall'area di rilevanza penale, ma consente un intervento preventivo laddove tali atti siano sprovvisti di idoneità. Né impone, *a contrario*, di ricostruire i delitti di attentato secondo la struttura del tentativo, poiché tali ipotesi non puniscono “atti diretti a commettere reati”, ma sono esse stesse reato, incriminando attività che non raggiungono la soglia del tentativo, sicché l'intervento preventivo è già assicurato.

Completa la trattazione dell'argomento l'analisi delle diverse ipotesi di dissociazione, in particolare l'art. 5 della legge 29 maggio 1982, n. 304, che prevede la non punibilità per il tentativo nei delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione qualora il colpevole “*volontariamente impedisce l'evento e fornisce comunque elementi di prova rilevanti per l'esatta ricostruzione del fatto e per la individuazione degli eventuali concorrenti*” e per taluni delitti di attentato qualora il colpevole “*coopera efficacemente ad impedire l'evento cui gli atti da lui commessi sono diretti*”. La prima figura è un'ipotesi speciale di recesso attivo, caratterizzata dalla collaborazione con l'Autorità inquirente, che giustifica il più favorevole effetto per l'autore. La seconda figura è un'ipotesi speciale di ravvedimento *post-delictum*, in cui la non punibilità si spiega proprio con l'anticipazione della tutela che caratterizza il delitto commesso, ragion per cui il volontario impedimento dell'evento di danno nella linea causale acquista un valore superiore.

A conclusione della trattazione, un punto qualificante era l'esame del concorso eventuale nei delitti di attentato e di associazione terroristici. Ciò perché la corrente interpretazione dell'art. 110 c.p. ritiene sufficiente ai fini della partecipazione un contributo agevolatore e ciò appare ulteriormente indebolire la materialità e l'offensività della condotta penalmente rilevante nelle fattispecie in cui la soglia di punibilità è arretrata. Questa è una delle ragioni per cui la più recente giurisprudenza di legittimità<sup>7</sup> ha traslato all'associazione terroristica il principio stabilito per l'associazione mafiosa dalla nota pronuncia Mannino<sup>8</sup>, secondo cui il contributo atipico del concorrente esterno deve essere stato condizione necessaria – secondo un modello unitario e indifferenziato, ispirato allo schema della *condicio sine qua non* – per la concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo e per la produzione dell'evento lesivo del bene giuridico protetto. Il concorso esterno rappresenta anche uno dei possibili

---

nemico, ossia l'uso dello strumento giudiziario e legislativo in campo penale per punire l'avversario di chi detiene il potere, che modernamente viene individuato nel portatore di una civiltà diversa e perciò stesso pericolosa.

<sup>7</sup> Cass. sez. I, n. 24994 del 2006.

<sup>8</sup> Cass. sez. un., n. 33748 del 2005.



inquadramenti delle attività svolte da cellule locali di un'organizzazione terroristica internazionale, qualora non siano provati collegamenti strutturali con l'associazione operante all'estero.

## **DIRITTO AMMINISTRATIVO**

*“Individuati i casi in cui ricorre l'obbligo della PA di provvedere, tratti il candidato delle conseguenze del mancato rispetto di tale obbligo, dei possibili rimedi nonché dei profili risarcitori”.*

È la traccia più lineare e di agevole svolgimento, a patto che il candidato ne osservi scrupolosamente la struttura, forse eccessivamente ampia, articolata in quattro aree:

- 1) casi di obbligo di provvedere;
- 2) conseguenze dell'inadempimento;
- 3) rimedi;
- 4) danni risarcibili.

### **1. Casi di obbligo di provvedere**

È preferibile adottare una classificazione sistematica di tutte le ipotesi da cui scaturisce l'obbligo per la P.A. di adottare un provvedimento:

- a) legge;
- b) sentenza;
- c) atto amministrativo;
- a) accordo integrativo.

Naturalmente la maggior parte dei casi ricadono nella prima ipotesi, comprensiva anche dei regolamenti, e sono riconducibili ai principi costituzionali di legalità e necessità. Tolti i casi di procedimenti obbligatori d'ufficio rispetto ai quali non vi sia un diretto interessato, che non riguardano la traccia, si annoverano:

- istanze a protezione di interessi legittimi pretensivi;
- istanze a protezione di interessi legittimi oppositivi a provvedimenti o attività (s.c.i.a.) ampliative della sfera giuridica di terzi;
- istanze su cui la PA è tenuta a pronunciarsi in forza di specifiche disposizioni normative.

La prevalente giurisprudenza ravvisa l'obbligo di provvedere non solo nei casi previsti dalla legge, ma anche nelle ipotesi che discendono da principi generali, ovvero dalla peculiarità della fattispecie, per la quale ragioni di giustizia ovvero rapporti esistenti tra amministrazioni e amministrati impongono l'adozione di un provvedimento, soprattutto al fine di consentire all'interessato di adire la giurisdizione per la tutela delle proprie ragioni. Si tratta di un orientamento non condivisibile, essendo insufficiente – in un ordinamento retto dal principio di legalità – il richiamo a generiche ragioni di giustizia ed equità, né il dovere di trasparenza e di buona amministrazione può fondare obblighi di agire atipici.

L'obbligo nascente dal giudicato non ha ad oggetto solo l'*an* del provvedimento, ma il *quid*. Al riguardo è opportuno distinguere tra effetto conformativo e, per chi lo ammette, ordinatorio, nella quale ultima ipotesi non residua alcun margine per la P.A. in ordine al contenuto del provvedimento da adottare.

L'obbligo nascente dall'atto amministrativo può avere ad oggetto tanto l'*an*, nel qual caso è assimilabile all'obbligo di fonte legale, quanto il *quid*.

L'obbligo nascente dall'accordo sostitutivo ha per oggetto il *quid*, poiché l'*an* deriva già dalla legge.

## 2. Conseguenze dell'inadempimento

La trattazione della seconda area non può che essere simmetrica alla prima e, dunque, gli effetti della violazione dell'obbligo di provvedere vanno individuati per ciascun caso in cui esso sussiste. Preliminarmente occorre fissare il momento in cui l'inosservanza dell'obbligo si perfeziona, facendo un riferimento al concetto di omissione in diritto amministrativo, e specificandolo nell'ipotesi di obblighi legali, in cui viene in rilievo la disciplina dei termini.

Le conseguenze principali, nell'ipotesi di obblighi legali, sono:

- silenzio assenso o silenzio rigetto nelle ipotesi in cui la legge qualifichi espressamente l'inerzia della P.A. ;
- silenzio inadempimento nelle ipotesi in cui la legge non qualifichi espressamente l'inerzia della P.A.;
- eventuale responsabilità civile della P.A.;
- eventuali responsabilità di tipo penale o amministrativo del funzionario.

Nell'ipotesi in cui sia sollecitato l'esercizio di un potere restrittivo della sfera del terzo, si pone il problema se il mancato rispetto del termine determini la perdita del potere. La soluzione è senz'altro negativa, poiché il legislatore non ha accolto la teoria della carenza di potere in concreto, sicché il provvedimento tardivo è annullabile per violazione di legge, peraltro sanabile ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2 della legge n. 241 del 1990.

Conseguenza dell'inadempimento del giudicato è, invece, l'inottemperanza alla statuizione giurisdizionale, accompagnata, qualora la P.A. abbia adottato un provvedimento in violazione o elusione del giudicato, dalla sua nullità.

L'inadempimento dell'autovincolo, unilaterale o consensuale, conduce, qualora l'interessato attivi la procedura di messa in mora, al formarsi del silenzio-inadempimento. Si discute, nell'ipotesi di accordo integrativo, se la mancata adozione del provvedimento concordato configuri un inadempimento civilistico.

## 3. Rimedi

La trattazione della terza area non può che essere simmetrica alla prima ed alla seconda, dunque, i rimedi all'inadempimento dell'obbligo di provvedere vanno individuati per ciascun caso e in relazione agli effetti che esso ha prodotto.

L'ipotesi decisamente più importante è il silenzio-inadempimento, nel qual caso vi è da citare il rimedio amministrativo previsto dai commi 9-bis e ss. dell'art. 2 legge n. 241 del 1990.

Centrale è, ovviamente, la tutela giurisdizionale, rispetto a cui è preliminare esaminare i profili di giurisdizione. L'art. 7, comma 1 CPA stabilisce che *“sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”*. L'ipotesi del silenzio-inadempimento ricade nelle controversie inerenti *“il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti [...] comportamenti”*.

Fino a poco tempo fa era pacifico che tali controversie avessero ad oggetto interessi legittimi, poiché il silenzio-inadempimento si qualificava secondo lo schema norma-potere-effetto, caratterizzato dall'esercizio negativo del potere, ossia da un'omissione. Cristallizzava tale impostazione l'art. 7, comma 4 CPA, secondo cui *“Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice*

*amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma*". Compatibile con tale quadro era l'art. 133, comma 1, lett. a1) CPA, che attribuiva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia "*di risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo*". Sennonché, per effetto del d.lgs. n. 195 del 2011, l'art. 133, comma 1, lett. a3) CPA, che prima menzionava solo la dichiarazione di inizio di attività, è stato sostituito ed oggi devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di "*silenzio di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3*", oltre ai provvedimenti espressi in materia di s.c.i.a. e d.i.a. Tale disposizione prevale sull'art. 7, comma 4 CPA per il principio di specialità, sicché deve ritenersi che il silenzio-inadempimento spetti alla giurisdizione amministrativa esclusiva, potendosi ravvisare anche diritti soggettivi mediatamente collegati al mancato esercizio del potere, mentre spettano alla giurisdizione di legittimità tutte le altre omissioni amministrative, sempre che non siano assegnate da altra norma alla giurisdizione esclusiva.

Venendo alle azioni proponibili, a prescindere dal risarcimento danni, l'interessato può domandare:

- a) l'accertamento della violazione dell'obbligo di provvedere, di cui all'art. 31, commi 1 e 2 CPA, e contestuale condanna generica, di cui all'art. 34, comma 1, lett. b) CPA;
- b) l'accertamento della violazione dell'obbligo di provvedere e della fondatezza della pretesa sostanziale avanzata, di cui all'art. 31, comma 3 CPA, e contestuale condanna specifica, compresa nella formula innominata di cui all'art. 34, comma 1, lett. c), secondo periodo.

Sia l'azione di accertamento e condanna a provvedere, sia l'azione di adempimento vanno approfondite, non tanto sul piano del rito, quanto della struttura e dei poteri di cognizione del giudice.

Un'ipotesi particolare di tutela si ha nell'ipotesi di s.c.i.a. e d.i.a., per le quali il legislatore, smentendo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 15 del 2011, ha stabilito, mercè il nuovo art. 19, comma 6-ter della legge n. 241 del 1990, che avverso le stesse gli interessati possono "*sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104*".

Altra ipotesi da esaminare ad ogni costo è l'inadempimento del giudicato, dinanzi al quale l'interessato può proporre azione di ottemperanza – o di esecuzione, se sentenza esecutiva – e azione di nullità dell'eventuale provvedimento adottato in violazione o elusione.

#### **4. Danni risarcibili**

La trattazione del risarcimento del danno si può limitare ai casi di silenzio-inadempimento e di inottemperanza al giudicato.

Con riferimento al silenzio, occorre distinguere tra:

- a) danno da ritardo;
- b) danno da mero ritardo;
- c) danno da inerzia.

La disposizione secondo cui "*le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*" va calata in ciascuna delle indicate ipotesi.

Il problema centrale è l'accertamento dell'ingiustizia nelle ipotesi b), c).

La giurisprudenza ritiene la responsabilità configurabile anche per mero ritardo o l'inerzia, ma non già – come un precedente e bizzarro orientamento – assegnando al tempo il valore di bene della vita, bensì rilevando che l'evento di danno non consiste nel fatto in sé della violazione del termine, bensì nelle conseguenze che esso produce sulla sfera giuridica dell'istante. Va da sé, allora, che in queste ipotesi ad essere risarcito non è l'interesse legittimo, ma l'interesse inciso dal protrarsi illegittimo del procedimento, che non potrà che avere natura di diritto soggettivo.

Di notevole rilevanza è la questione del danno risarcibile, segnatamente la configurabilità di danni non patrimoniali. Escluso, come ha di recente affermato il Consiglio di Stato<sup>9</sup>, che essi discendano dalla lesione di interessi legittimi, la soluzione positiva è legata alla presenza di diritti soggettivi aventi natura fondamentale tra le posizioni colpite dal ritardo o dall'inerzia amministrativa. In proposito il Consiglio di Stato<sup>10</sup> ha ammesso il danno biologico in un caso di ritardo nel rilascio del permesso di costruire, certificato da consulenza medico-legale. È una decisione che suscita perplessità, essendo difficile comprendere come il mancato esercizio di un potere possa danneggiare direttamente la salute. Salvo i casi in cui il potere amministrativo sia attribuito per la cura della persona (sanità) o di situazioni che incidono sulla persona (es. ambiente), non è empiricamente configurabile un'inerzia che leda direttamente la salute, sicché il danno biologico può ipotizzarsi solo assumendo che l'evento di danno proprio dell'inerzia (il mancato tempestivo conseguimento del provvedimento) generi una serie causale che si ripercuota sullo stato psico-fisico della persona. Si tratta, però, di un'evidente forzatura. Ai sensi degli artt. 40 e 41 c.p., anche ammesso che l'inerzia amministrativa sia *condicio sine qua non* del danno alla salute in base alla pertinente legge scientifica, l'instaurarsi della patologia rappresenta un evento anomalo, eccezionale, legato a un fattore sopravvenuto, quale la reazione del soggetto al ritardo amministrativo, idoneo ad interrompere il nesso di condizionamento.

Quanto al regime processuale dell'azione risarcitoria, occorre tener conto degli artt. 30, comma 4 e 117, comma 6 CPA.

Il risarcimento del danno da inadempimento del giudicato è regolato dall'art. 112, comma 4 CPA, secondo cui *“può essere proposta, anche in unico grado dinanzi al giudice dell'ottemperanza [...] azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione”*.

## **5. Class action pubblica**

Alla fine della trattazione si colloca l'analisi della cd. *class action* pubblica, che merita una collocazione separata attenendo non all'attività, ma all'organizzazione amministrativa, ed è ispirata dal principio del buon andamento nella sua accezione moderna.

Stabilisce l'art. 1, comma del d.lgs. 198 del 2009 che *“Al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori possono agire in giudizio, con le modalità stabilite nel presente decreto, nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici, se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi, dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un*

---

<sup>9</sup> Sez. IV, n. 1957 del 2012.

<sup>10</sup> Sez. V, n. 1271 del 2011.

*regolamento, dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di performance contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, coerentemente con le linee guida definite dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 13 del medesimo decreto e secondo le scadenze temporali definite dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 1502.*

La disposizione fa riferimento a casi di obblighi di provvedere previsti dalla legge, da atti amministrativi o dalle carte dei servizi pubblici, che sono una fonte di *soft law*, ma il dato peculiare della fattispecie è l'incidenza della violazione sugli interessi degli amministrati visti quali utenti e consumatori, dunque nella prospettiva dell'amministrazione di risultato. L'azione è prevista "al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio", intervenendo non sull'atto e neppure sul rapporto tra cittadino ed amministrazione, ma sullo stesso processo di produzione dell'azione amministrativa.

Coerentemente, l'art. 4 comma 1 stabilisce che "il giudice accoglie domanda se accerta la violazione, l'omissione o l'inadempimento di cui all'articolo 1, comma 1, ordinando alla pubblica amministrazione o al concessionario di porvi rimedio entro un congruo termine, nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica". Si tratta, per la parte relativa all'omissione o l'inadempimento, di un'azione di accertamento e condanna in forma specifica assai più penetrante dell'ipotesi relativa al silenzio-inadempimento.

## **CONCLUSIONI**

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.