

Atto giudiziario di diritto civile

Tizio promuove un'azione giudiziaria per risarcimento danni nei confronti di Caio. La notifica dell'atto introduttivo del giudizio viene effettuata dall'ufficiale giudiziario il 16 ottobre 2006 nelle mani di Sempronio, nato il 20 maggio 1988, figlio di Caio e unica persona che si trovava a casa al momento della presentazione dell'ufficiale giudiziario. Sempronio era stato inabilitato con provvedimento del gennaio 2006 e curatore dello stesso era stato nominato Mevio. Sempronio, risentito verso il padre dal momento in cui gli è stata imposta l'assistenza, non consegna l'atto giudiziario al genitore né ne fa parola alcuna a nessuno. All'inizio del 2007 Sempronio, aggravatesi le sue condizioni mentali in ragione dell'abituale abuso di bevande alcoliche, viene interdetto. Nel frattempo il giudizio promosso da Tizio prosegue nella contumacia di Caio e si conclude con la condanna di quest'ultimo nel novembre 2008. Caio, avuta cognizione della sentenza di condanna propone appello avverso la stessa, assumendo la nullità della notifica dell'atto introduttivo del giudizio in ragione dello stato di inabilitazione in cui versava Sempronio e dalla mancanza di conoscenza dell'atto stesso da parte sua e del curatore. Assunte le vesti del difensore di Tizio, il candidato redige l'atto giudiziario ritenuto più opportuno, illustrando gli istituti e le problematiche sottesi alla fattispecie in esame

Commento

La traccia propone una questione che impone la redazione di una comparsa di costituzione e risposta in sede di appello.

Va preliminarmente osservato che i motivi di impugnazione formulati da Caio attengono esclusivamente alla posizione di inabilitato del proprio figlio Sempronio, mentre non viene fatto alcun riferimento alla successiva interdizione di cui peraltro la traccia fa cenno.

L'impugnazione viene fondata sul solo presupposto dell'inabilitazione ed è quindi con riferimento ad essa che deve essere impostata la difesa di Tizio, salvo ipotizzare che dalla successiva interdizione si possa far discendere un palese stato di incapacità di Sempronio, rilevabile d'ufficio dal giudice di secondo grado (ipotesi tuttavia che desta più di una perplessità).

Ne consegue che le premesse in diritto della comparsa di risposta dovranno innanzitutto fondarsi sul dettato dell'art. 139 c.p.c., in base al quale, come noto, se il destinatario non viene trovato nella casa di abitazione o in altri specifici luoghi, l'ufficiale giudiziario consegna copia dell'atto ad una persona di famiglia o addetta alla casa o agli altri specifici luoghi, purché non minore di 14 anni e non palesemente incapace.

La *ratio* di questa norma viene normalmente vista nella relazione che intercorre tra la persona di famiglia reperita nella residenza o nel domicilio del destinatario della notifica e quest'ultimo, relazione che fa legittimamente presumere la consegna dell'atto da parte del ricevente all'effettivo destinatario e la conseguente presa di cognizione del contenuto dell'atto stesso da parte di quest'ultimo.

Occorrerà poi delineare il disposto normativo dell'art. 415 c.c. che disciplina l'istituto dell'inabilitazione come applicabile alle persone di maggiore età inferme di mente, ma il cui stato non è talmente grave da far luogo all'interdizione, necessitando solo dell'assistenza del curatore.

A norma del successivo articolo 416 c.c., l'inabilitazione può anche riguardare i minori nell'ultimo anno della loro minore età.

IUS&LAW

Come noto, detto istituto mira a tutelare in particolare il patrimonio dell'inabilitando al fine di evitare il pregiudizio economico cui può essere esposto il medesimo o la sua famiglia; differentemente, invece opera l'interdizione che mira a tutelare sia gli aspetti economici che gli aspetti personali privati e pubblici di un soggetto.

Conseguentemente, all'inabilitato sono inibiti solamente gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione che, in quanto tali, potrebbero ledere proprio la sfera economica che l'inabilitazione mira a tutelare.

Ciò premesso, va considerato che la ricezione di un atto giudiziario costituisce un mero fatto giuridico in cui non è previsto apporto volitivo della persona che lo riceve; conseguentemente detta ricezione sembra potersi considerare un mero atto di ordinaria amministrazione che resta, pertanto, precluso solo al minore di anni 14 o a colui che sia palesemente incapace, quale certo non è un soggetto inabilitato che (come detto) necessita dell'assistenza di un curatore solo per gli atti di straordinaria amministrazione.

In questo senso, del resto, si è espressa recentemente la giurisprudenza, osservando che: *“Poiché l'inabilitazione produce come effetto legale soltanto l'annullabilità degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, posti in essere dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore e l'osservanza delle modalità prescritte, essa non incide sulla validità del compimento di un mero fatto giuridico, privo di alcun profilo volitivo, quale la ricezione di un atto giudiziario, che resta preclusa, a norma dell'art. 139, comma 2, c.p.c., soltanto al minore di 14 anni od al soggetto palesemente incapace (Cassazione civile n. 24082 del 25/9/2008)*

Alla luce di tali principi sembra quindi infondata la tesi sostenuta da Caio nell'atto di appello.

Sempronio al momento della ricezione dell'atto era semplicemente inabilitato, quindi astrattamente in grado, ai sensi dell'art. 139 c.p.c., di adempiere alla funzione di valido ricettore dell'atto di citazione, la cui notifica è quindi da ritenersi immune dal vizio lamentato dalla parte appellante.

Nella comparsa di risposta si potrà quindi concludere per la reiezione totale delle domande impugnative avversarie, con la conferma integrale della sentenza impugnata.

Atto giudiziario di diritto penale

(La traccia contempla una questione già assegnata al corso Ius&Law 2007 come atto giudiziario di diritto penale n. 18 bis)

Nell'ottobre 2007 si disputa la prima giornata del torneo di calcio intersociale.

Pochi minuti dopo l'inizio della partita tra le squadre degli azzurri e dei bianchi, Tizio calciatore della squadra azzurra destinato al controllo dell'attaccante avversario Caio, interviene violentemente su di lui, scalciandolo mentre corre, facendolo rotolare per terra e interrompendo in tal modo una pericolosa azione d'attacco.

Caio si rialza e ed insieme con il compagno di squadra Sempronio si avventa minacciosamente su Tizio. Accorre, però, immediatamente l'arbitro, che si interpone tra Tizio e i due calciatori della squadra bianca e impedisce che la situazione degeneri.

Pochi minuti dopo, Sempronio interviene duramente su Tizio, il quale, col pallone tra i piedi, gli volge le spalle colpendolo ad una gamba con un calcio e gli procura la frattura del perone.

Mentre Tizio è a terra dolorante, Sempronio l'apostrofa più volte.

Tizio presenta denuncia di querela nei confronti di Sempronio.

Tizio si ristabilisce soltanto dopo alcuni mesi.

Si costituisce successivamente parte civile nel processo penale in cui Sempronio è imputato di lesione personale aggravata, a norma degli articoli 582, 583 comma 1, numero 1, 585, 587 comma 1 numero 4, 61, numero 4 del codice penale.

Nel novembre 2008, all'esito del giudizio di primo grado, il tribunale assolve Sempronio. Nella sentenza il giudice rileva che il fatto, poiché avvenuto nell'ambito di una competizione sportiva, implicante l'uso della forza fisica e del contrasto puro tra avversari, costituisce oggetto di rischio consentito da parte dei partecipanti, sempre immanente nelle gare di calcio. Assunte le vesti dell'avvocato di Tizio, il candidato rediga l'atto giudiziario più opportuno, illustrando gli istituti e le problematiche sottesi alla fattispecie in esame.

Commento

La traccia impone di valutare l'estensione della cosiddetta «scriminante sportiva» in relazione al reato di lesioni volontarie aggravate al fine di interporre appello avverso la sentenza di assoluzione, ovviamente ai soli effetti della responsabilità civile.

Sotto il profilo processuale, v'è da premettere come l'appellabilità delle sentenze di proscioglimento sia stata riconosciuta a favore della parte civile da una giurisprudenza ormai consolidata anche dopo l'approvazione della legge 20 febbraio 2006 n. 46 (c.d legge Pecorella) (vedasi Cass. 19 dicembre 2007 n. 2133, Cass. S.U n. 27614 del 207 e Corte Cost. 6 febbraio 2006 n. 32).

In relazione alla questione di diritto, il quesito richiede un vaglio critico della motivazione con la quale il giudice di primo grado ha assolto l'imputato ritenendo che le lesioni fossero state cagionate in un contesto sportivo, e dunque che fossero oggetto di un "rischio consentito" immanente nelle competizioni quali il calcio che sono coperte dalla relativa causa di giustificazione.

L'attività sportiva rappresenta un'attività giuridicamente autorizzata, alla quale anzi l'ordinamento attribuisce una notevole funzione sociale. Si tratta dunque di un'attività lecita.

Nel corso della pratica sportiva – soprattutto quella a squadre e che si svolge in forma agonistica – vengono poste in essere condotte astrattamente riferibili a fattispecie delittuose, in particolare lesioni colpose (art. 590 c.p.) e le lesioni volontarie (art. 582): fatti i quali vanno tuttavia esenti da pena.

IUS & LAW

Fondamento giuridico della liceità di tali condotte è da rinvenirsi vuoi, secondo alcuni, nell'art. 50 c.p. (consenso dell'avente diritto) vuoi – come si ritiene da più parti - nell'art. 51 c.p. (esercizio del diritto), vuoi sulla base del più generale principio di non contraddizione che informa l'intero ordinamento, trattandosi giustappunto di attività giuridicamente autorizzate.

Affinché tale causa di giustificazione possa operare occorre però che ricorrano alcuni presupposti. In generale, si ritiene necessario che la competizione si svolga sotto la sorveglianza delle associazioni preposte al settore; che i partecipanti siano qualificati idonei dal punto di vista sanitario; ma soprattutto che l'attività si sia svolta nel rispetto delle regole di gioco stabilite dai regolamenti ufficiali della disciplina sportiva.

Invero, si ritiene che la liceità non sia esclusa dalla circostanza che l'evento lesivo sia stato provocato dalla violazione di una regola di gioco, quando però tale violazione rientri nel normale comportamento dei contendenti e costituisca, quindi, un aspetto «fisiologico» del cosiddetto «rischio consentito», intendendosi con ciò quella quota di pericolosità che si inserisce finalisticamente nel contesto dell'attività agonistica ed è ad esso collegata, anzi in qualche modo necessaria al fine di consentire all'attività stessa di svolgersi.

Ovviamente tale valutazione dovrà essere quanto più rigorosa tanto – dallo sport professionistico – si passi alle attività sportive cosiddette amatoriali, laddove la soglia del rischio sensibilmente si riduce.

Al contrario, tutte le volte in cui la violazione sia, oltre che voluta, deliberatamente piegata al conseguimento del risultato, con cieca indifferenza per l'altrui integrità fisica o, addirittura, con la deliberata intenzione di pregiudicarla, allora, in caso di lesioni personali, si entra nell'area del penalmente rilevante, con la duplice prospettiva del dolo o della colpa.

Qualora il fatto lesivo si compia in circostanza di gioco e non sia stato volontariamente inteso ad arrecare pregiudizio all'integrità fisica dell'avversario l'autore risponderà di lesioni colpose qualora il danno arrecato – in particolare – sia evidentemente sproporzionato rispetto alla «*quota di rischio*» accettabile (lesioni gravi o gravissime, ad esempio).

Ben diverso il caso in cui l'agente - sfruttando la competizione sportiva come mera «occasione» - miri deliberatamente a cagionare un danno nei confronti dell'antagonista. In tale circostanza la condotta, oltre a travalicare il «rischio consentito», non presenta in realtà alcuna relazione con la competizione sportiva nel suo concreto svolgersi, essendo stata sì cagionata in costanza di essa ma per ragioni del tutto estranee al fatto sportivo in quanto tale. La responsabilità non potrà essere allora che essere dolosa. Qui, infatti, l'azione di gioco è solo l'occasione dell'azione volta a cagionare lesioni, sorretta dalla volontà di compiere un atto di violenza, magari per reazione a falli precedentemente subiti.

In tali termini si è precisamente espressa anche la giurisprudenza di legittimità, che recentemente ha affermato che *«in tema di lesioni personali cagionate durante una competizione sportiva che implichi l'uso della forza e il contrasto anche duro tra avversari, l'area del rischio consentito è delimitata dal rispetto delle regole tecniche del gioco, la violazione delle quali, peraltro, va valutata in concreto, con riferimento all'elemento psicologico dell'agente, il cui comportamento può essere – pur nel travalicamento di quelle regole - la colposa involontaria evoluzione dell'azione fisica legittimamente esplicata o, al contrario, la consapevole e dolosa intenzione di ledere l'avversario approfittando della circostanza di gioco»*. (Cass. Pen. 20/1/2005 n. 19473).

Alla luce dei principi appena espressi il giudice di prime cure avrebbe dovuto considerare gli elementi di fatto, giungendo così – inevitabilmente – ad una affermazione di responsabilità di Tizio per il delitto di lesioni volontarie aggravate.

Il giudice non ha infatti considerato sotto la dovuta luce alcuni aspetti della vicenda: prima del fatto, anzitutto, Sempronio non aveva avuto alcun contrasto di gioco con Tizio dedito – seppur rudemente - al controllo dell'attaccante Caio. Egli, piuttosto, aveva già colto l'occasione per scagliarsi a gioco fermo contro l'avversario, con la chiara intenzione di scatenare una rissa impedita dall'intervento provvidenziale dell'arbitro. Dopodiché, come emerge chiaramente dalle circostanze di fatto, egli ha

IUS&LAW

atteso che Tizio gli voltasse le spalle per colpirlo alla gamba in maniera violenta. Il fatto che quest'ultimo – nella circostanza – avesse il pallone tra i piedi (e che non si fosse dunque «a gioco fermo») non muta la natura della condotta: Sempronio ha approfittato della prima occasione utile per porre in essere quello che sembra essere un vero e proprio «regolamento di conti».

La deliberata volontà lesiva è peraltro provata dal fatto che Sempronio – dopo aver colpito l'avversario, e con questi a terra dolorante, lo ha apostrofato più volte.

Si consideri infine il contesto in cui si svolgeva l'incontro sportivo: una dimensione *amatoriale* in cui il «rischio consentito» da parte dei partecipanti non poteva che essere – evidentemente – assai ridotto.

Chiaro è dunque l'errore in cui è incorso il giudice di prime cure, il quale ha confuso per «contrasto puro di gioco» quella che appare essere una vera e propria aggressione: avvenuta sì in «circostanze di gioco» ma che alcuna relazione ha avuto con le medesime.

Alla Corte d'Appello andrà pertanto richiesta l'affermazione di responsabilità penale dell'imputato Tizio ai soli fini dell'accoglimento della domanda di restituzione o di risarcimento del danno.

Atto giudiziario di diritto amministrativo

(La traccia contempla una questione già assegnata al corso Ius&Law 2008 come atto giudiziario di diritto amministrativo n. 9 ter)

Nel gennaio 2006 l'amministrazione comunale di Alfa affida alla società Beta il servizio di pulizia degli uffici e dei locali comunali.

L'esecuzione del contratto è prevista per 4 anni.

Con delibera n. del 20 .10.2008 l'amministrazione comunale annulla la precedente delibera di affidamento del servizio.

La delibera di annullamento è motivata con riferimento sia ad un vizio di procedimento consistente nella illegittima esclusione dalla gara per difetti di requisiti della società Gamma, la quale era invece in possesso dei requisiti richiesti (la società Gamma non ebbe a presentare ricorsi in merito) sia l'opportunità che l'annullamento offre all'amministrazione di riorganizzare il servizio gestendolo personalmente con l'impiego del personale comunale sovrabbondante per realizzare un risparmio di spesa.

In data 15.11.2008 il consiglio comunale delibera l'organizzazione del servizio mediante personale comunale.

La società Beta si rivolge al proprio avvocato intendendo proseguire il rapporto con l'ente locale e ottenere il risarcimento dei danni.

Assunte le vesti dell'avvocato, il candidato rediga l'atto giudiziario che ritiene più opportuno illustrando gli istituti e le problematiche sottese alla fattispecie in esame

Commento

Il quesito richiede la proposizione di un ricorso al TAR competente, nell'interesse della società Beta, avverso il provvedimento con cui il Comune di Gamma ha annullato la precedente delibera di affidamento del servizio di pulizia (e della conseguente delibera di consiglio comunale con cui il Comune ha disposto di provvedere al servizio in proprio).

Sotto il profilo procedurale, un primo motivo di ricorso è ravvisabile nel mancato invio da parte del comune di Alfa della comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 L. 241/1990.

L'obbligo della comunicazione di avvio del procedimento sussiste quando la comunicazione stessa apporti una qualche utilità all'azione amministrativa, dal momento che l'obbligo è sancito in funzione dell'arricchimento che deriva all'azione amministrativa, sul piano del merito e della legittimità, dalla partecipazione del destinatario del provvedimento, sicché, in mancanza di tale utilità, viene meno la doverosità della comunicazione. In caso di un (autonomo ed indipendente) procedimento di ritiro in autotutela degli atti di una gara pubblica, connotato da un'ampia discrezionalità della P.A. nell'individuazione e nella valutazione dell'interesse pubblico, si deve certo ritenere utile (se non indispensabile) la partecipazione degli interessati e il loro contributo nella emersione degli interessi in gioco e nella loro ponderazione ai fini del corretto uso della discrezionalità amministrativa (sent. Cons. Stato, Sez. IV, 25 luglio 2001 n. 4083).

Un secondo motivo di gravame consiste nella tardiva, immotivata ed ingiustificata adozione dell'atto di ritiro, in violazione dell'art. 21-nonies della L. 241/1990 (viziato anche da eccesso di potere per violazione del principio di tutela dell'affidamento privato, travisamento dei presupposti in diritto, difetto di motivazione).

Attraverso il potere di autotutela la P.A. può spontaneamente ed unilateralmente ritirare un proprio atto, o annullandolo (art. 21-nonies L. 241/90) o revocandolo (art. 21-quinquies L. 241/90).

IUS & LAW

Ove l'esercizio dell'autotutela (sia in annullamento che in revoca) comporti il sacrificio dell'aspettativa del privato che si giova dell'atto amministrativo adottato, la P.A. deve sempre esporre adeguatamente le ragioni che abbiano portato, dopo opportuna ponderazione dei contrapposti interessi, a giustificare la compressione dell'affidamento. E quanto più è consolidato e certo l'affidamento del privato, tanto maggiore e gravoso sarà l'onere di motivazione dell'atto di autotutela. La tutela dell'affidamento del privato va infatti oggi riconosciuta come principio generale dell'azione amministrativa (art. 1 L. 241/90).

In ambito di procedure ad evidenza pubblica, un particolare onere motivazionale dell'atto di ritiro sorge dall'esigenza di tutela dell'affidamento del concorrente provvisoriamente aggiudicatario. Con la conseguenza che detto onere motivazionale, nell'esplicitare l'interesse pubblico prevalente, deve arrivare a considerare l'adeguatezza dell'alternativa posta dalla P.A. alla gara già aggiudicata, e non si può limitare alla mera esigenza del ripristino della legalità violata.

L'art. 21-nonies L. 241/90 pone il requisito specifico del termine ragionevole, proprio a tutela dell'affidamento del privato destinatario dell'atto ritirato, affidamento che cresce col trascorrere del tempo, parallelamente aumentando anche il pregiudizio del privato se l'annullamento è disposto dopo un rilevante lasso di tempo dall'adozione dell'atto.

In tal senso, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 30 novembre 2000 n. 6365.

Nel caso di specie, il comune di Alfa non in alcun modo valutato la posizione della società ricorrente, già risultata aggiudicataria (neppure provvisoria, ma definitiva) della gara, non ha adeguatamente manifestato la prevalenza della riorganizzazione del servizio (che avrebbe, tutt'al più giustificato un provvedimento di revoca ex art. 21-quinquies, alla luce di una nuova ponderazione dell'interesse pubblico originario), non ha raccolto le osservazioni dell'impresa aggiudicataria e infine non ha neppure tenuto in considerazione l'ampio lasso di tempo trascorso dall'inizio dell'espletamento del servizio da parte di Beta. Sotto questo profilo pertanto gli atti assunti dall'amministrazione sono palesemente illegittimi.

La traccia evidenzia espressamente che la società Beta sia interessata a proseguire il rapporto con l'ente locale e ad ottenere il risarcimento del danno.

Se come in effetti pare di desumere dalla traccia il contratto sia stato effettivamente stipulato contratto, nulla osta alla proposizione della domanda di risarcimento in forma specifica, volta alla prosecuzione del contratto illegittimamente sospeso ed interrotto dal comune; la domanda di ristoro per equivalente dovrà essere invece condizionata all'eventualità di esito sfavorevole della richiesta di sospensione cautelare e comunque non potrà che riguardare il danno emergente costituito dalle spese vive sostenute durante il periodo di vigenza del contratto per l'acquisto di materiale ora non più utilizzabile.

Sulla domanda di sospensiva, oltre al *fumus boni iuris*, occorrerà individuare il *periculum in mora* nel pregiudizio all'attività d'impresa di Beta: non consentire all'impresa di espletare la commessa pubblica stravolgerebbe l'assetto organizzativo e gestionale d'impresa, vanificando gli investimenti fatti, compromettendo le immobilizzazioni e soprattutto rischiando di creare squilibrio sul piano occupazionale (rischio di licenziamenti di personale).