



la Bussola

MARIA ROSARIA SODANO

TUTOR MAGISTRALIS

COME E PERCHÉ DIVENTARE MAGISTRATI



la Bussola



la Bussola

©

ISBN

979-12-80317-20-9

PRIMA EDIZIONE
ROMA 25 FEBBRAIO 2021

*A mio marito Gianni,
fedele compagno di vita*

INDICE

15 *Abbreviazioni*

17 *Prefazione*

19 Capitolo I
Il concorso in Magistratura di ieri

25 Capitolo II
Il concorso in Magistratura di oggi. Normativa e prassi

31 Capitolo III
Prospettive di riforma

35 Capitolo IV
Lo studio ragionato e lo scrivere vincente

43 Capitolo V
Quindici esercitazioni svolte di diritto penale, diritto amministrativo e civile

DIRITTO PENALE

N 1. I diritti e le facoltà della persona offesa nel processo penale, 43.

N 2. Aspetti teorico-applicativi del principio di offensività nell'ordinamento penale italiano, 50.

N 3. La nuova disciplina della legittima difesa domiciliare, 58.

N 4. Il concorso apparente di norme penali, 65.

N 5. *Abolitio criminis* e depenalizzazione, 70.

DIRITTO AMMINISTRATIVO

N 1. La valutazione del danno ambientale secondo il principio di "chi inquina paga", 76.

N 2. La concessione demaniale marittima, 80.

N 3. Il potere regolatorio e sanzionatorio delle Autorità indipendenti in tema di illeciti anticoncorrenziali, 84.

N 4. La legittimità e il merito dell'azione amministrativa, 89.

N 5. La circolare amministrativa. Regime impugnatorio, 93.

DIRITTO CIVILE

N 1. Il trust, 96.

N 2. La tutela del diritto alla riservatezza nell'ambito della protezione dei dati personali, 102.

N 3. La *compensatio lucri cum damno*, 106.

N 4. Il dolo testamentario e la *captatio benevolentiae*, 109.

N 5. La divisione ereditaria, 112.

117 Capitolo VI

Trenta tracce guidate di diritto penale, diritto amministrativo e civile

DIRITTO PENALE

N 1. Il candidato, premessi cenni generali sulla rilevanza degli stati emotivi o passionali sull'imputabilità, esamini la loro incidenza sulla sussistenza degli elementi costitutivi del reato con particolare riguardo alle cause di giustificazione oltre che sulla determinazione della pena, 118.

N 2. Il candidato, premessa una compiuta disamina dei principi nazionali e sovranazionali in tema di tutela della libertà di stampa, esamini l'esimente putativa del diritto di cronaca nel caso di errore sulla verità della notizia, 120.

N 3. Il candidato, premessa una breve disamina della giurisprudenza europea con riguardo al principio del *ne bis in idem*, ne esamini le concrete applicazioni nel diritto interno con riguardo agli illeciti penali ed amministrativi di omesso versamento IVA e di manipolazione del mercato, 121.

N 4. Il candidato, dopo aver illustrato i principi posti a fondamento della successione della legge penale nel tempo e del concorso apparente di norme, esamini il reato di indebita percezione di erogazioni pubbliche in rapporto alle fattispecie penali di cui agli artt. 640 e 640 bis c.p., 122.

N 5. Il concorso doloso nel fatto colposo del terzo con particolare riguardo alla responsabilità del sanitario nel fatto doloso commesso dal paziente, 123.

N 6. Profili organizzativi e gestori del soggetto autore del reato di gestione illecita di rifiuti con particolare riguardo al carattere abusivo della condotta illecita e alla corrispondente responsabilità amministrativa dell'ente nell'ambito del quale è ipotizzabile il reato, 124.

N 7. La tutela anticipata nel reato di traffico di influenze illecite. Illustri il candidato le problematiche connesse al concorso o assorbimento con i reati di cui agli artt. 318 e 319 c.p. con particolare riguardo all'abrogazione del reato di millantato credito, 125.

N 8. Il candidato, premessi cenni sul reato associativo, si soffermi sulla differenza con il concorso di persone nel reato illustrando la natura giuridica della finalità criminosa nel reato plurisoggettivo, 126.

N 9. La tutela penale della libera concorrenza con particolare riguardo al reato di estorsione e a quelli di turbata libertà dell'industria e del commercio, 127.

N 10. La responsabilità degli enti nel caso di reati colposi, con particolare riguardo al reato di epidemia colposa, 122.

DIRITTO AMMINISTRATIVO

N 1. Il candidato, premessi brevi cenni sul principio di sussidiarietà, illustri le modalità di esercizio delle funzioni amministrative degli enti locali attraverso forme associative e non associative, individuandone le caratteristiche, differenze ed interferenze, 129.

N 2. Il candidato, premessi cenni generali sull'organizzazione del personale degli enti pubblici, esamini la disciplina applicabile ai dipendenti delle società pubbliche con particolare riguardo alle modalità di reclutamento e alla flessibilità delle sedi, 130.

N 3. Il candidato, dopo aver illustrato i limiti al sindacato del G.A. nei confronti

dell'Antitrust in materia di tutela della concorrenza, esamini le modalità di esecuzione del giudicato amministrativo in caso di inerzia o di elusione da parte della P.A., 131.

N 4. La tutela degli interessi diffusi dinanzi alla P.A. e al G.A. con particolare riguardo a quelli esercitabili nella materia ambientale ai fini del rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale (A.I.A.), 132.

N 5. Il candidato, premessi brevi cenni sugli accordi di micropianificazione privata, illustri la disciplina dei diritti edificatori, con particolare riguardo alla pubblicità delle loro vicende circolatorie, 133.

N 6. L'avvalimento delle A.T.I. ai fini della stipula dei contratti pubblici, 135.

N 7. La tutela cautelare nel procedimento amministrativo, 137.

N 8. Il candidato, premessi cenni generali sui criteri posti a fondamento del riparto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa, illustri, dandone adeguata esemplificazione, quali sono i limiti interni alla giurisdizione ordinaria, 138.

N 9. Il sindacato del G.A. in tema di compatibilità ambientale alla luce dei principi comunitari posti a presidio dell'azione amministrativa, 139.

N 10. L'atto amministrativo implicito, 140.

DIRITTO CIVILE

N 1. Il candidato, premessi brevi cenni sull'accessione ed usucapione di beni immobili, esamini le varie fattispecie di accessione verticale con particolare riguardo alle conseguenze relative all'accessione di un bene insistente su terreno comune, all'accessione invertita e a quella inerente rapporti con la P.A., 141.

N 2. Il candidato, premessi cenni generali sulle modalità relative all'adempimento di obbligazioni pecuniarie, esamini la responsabilità conseguente al pagamento effettuato a persona diversa del creditore da parte del soggetto incaricato dal *solvens*, 143.

N 3. La tutela dell'apparenza del diritto con particolare riguardo ai casi di rappresentanza, 144.

N 4. La responsabilità per fatto illecito altrui con particolare riguardo a quella del proprietario di un autoveicolo, 145.

N 5. La nullità dei negozi giuridici concernenti immobili gravati da irregolarità urbanistiche non sanate e/o insanabili, 146.

N 6. Il candidato, dopo aver esaminato le modalità relative all'acquisto della qualità di erede, esamini la posizione del chiamato all'eredità in possesso dei beni ereditari e ne individui la tutela con riguardo alla disposizione testamentaria che ne rimetta gli effetti alla volontà di un terzo, 147.

N 7. Il candidato, premessi brevi cenni sui mezzi di garanzia patrimoniale personale e reale del debitore e sui principi che li governano, esamini la natura giuridica e la disciplina del patto marciano e del pegno non possessorio, 148.

N 8. Il candidato, premessi brevi cenni sullo spirito di liberalità e sul motivo o interesse a donare, esamini la disciplina della donazione pura e di quelle motivate (remuneratoria, obnuziale, condizionata, modale), 149.

N 9. Il candidato, premessa una compiuta disamina sulla natura giuridica e sui contenuti tipici del testamento, esamini la questione relativa all'inammissibilità ed inefficacia delle disposizioni testamentarie atipiche con particolare riguardo alla diseredazione meramente negativa, 151.

N 10. Il principio dell'autonomia privata nel trust liquidatorio, familiare e testamentario. La tutela dei creditori, 152.

155 **Capitolo VII**

Quindici temi svolti di diritto penale, diritto amministrativo e civile con scaletta particolareggiata

DIRITTO PENALE

N 1. Il candidato, premessi cenni generali sul concorso apparente di norme penali e sui criteri utilizzabili per escluderlo o per ritenerlo sussistente, svolga una compiuta disamina, previa adeguata esemplificazione, del reato a progressione criminosa e di quello complesso, 155.

N 2. Il candidato, premessi cenni generali sul reato omissivo improprio, tratti della responsabilità del datore di lavoro nel caso di delega di funzioni, 161.

N 3. Il campo di applicazione del principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, con riferimento anche all'esecuzione delle pene detentive e delle misure alternative alla detenzione, 166.

N 4. Il candidato, premessi cenni generali sul principio di legalità in rapporto alle norme penali in bianco, esamini le fattispecie penali di cui agli art. 650 e 388 c.p. illustrando i limiti in "materia" del sindacato del Giudice penale, 173.

N 5. La cooperazione colposa nei reati di pericolo per la vita e l'incolumità delle persone con particolare riguardo al reato di epidemia, 183.

DIRITTO AMMINISTRATIVO

N 1. La responsabilità civile della P.A. per fatto illecito del dipendente, 190.

N 2. La tutela giurisdizionale in tema di danno da ritardo della P.A., 195.

N 3. La tutela dell'affidamento incolpevole del privato nella fase precontrattuale del procedimento di evidenza pubblica, 201.

N 4. Il candidato, premessa una compiuta disamina dei principi e disciplina posti a fondamento dell'espropriazione per pubblica utilità, esamini i casi di espropriazione indiretta attuata attraverso la rinuncia abdicativa o l'usucapione da parte della P.A. di un bene immobile oggetto di occupazione, 208.

N 5. L'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo con particolare riguardo alla motivazione postuma, 214.

DIRITTO CIVILE

N 1. L'azione di arricchimento senza causa con particolare riferimento all'arricchimento imposto e indiretto. Definito il carattere sussidiario dell'azione, chiarisca il candidato i limiti della domanda di indennizzo successivamente all'instaurazione di un giudizio di adempimento contrattuale, 219.

N 2. Il candidato, premessa una completa disamina del divieto di patti successori, illustri, nello specifico, il patto di famiglia individuandone natura giuridica e disciplina con particolare riguardo al fenomeno successorio, 227.

N 3. Il candidato, premessa una compiuta disamina del legato in generale e di quello da contratto, illustri la disciplina del legato di contratto di rendita vitalizia distinguendolo dal mero legato di rendita vitalizia, 231.

N 4. Il candidato premessi cenni generali sull'usura pecuniaria e reale, esamini i rimedi posti a tutela del mutuatario in entrambe le ipotesi oltre che nel caso di usura sopravvenuta, 235.

N 5. Il candidato, premessi brevi cenni sugli elementi accidentali della donazione, esamini la disciplina del patto di reversibilità nei confronti del donante evidenziandone gli effetti sia nel caso di reversibilità reale che obbligatoria, 240.

RINGRAZIAMENTI

Questo libro non avrebbe visto la luce senza il contributo dei ragazzi di Tutor Magistralis, un gruppo di giovani e brillanti laureati che ha accettato di studiare con me per circa un anno e che ha creduto, con coraggio e passione, nella valorizzazione intelligente del proprio sapere giuridico.

Molti degli elaborati che sono qui riportati sono frutto del loro comune impegno e sono serviti a tantissimi altri che hanno potuto seguirne l'esempio condividendoli sul sito Tutor Magistralis.

Liberarsi degli orpelli di una preparazione mnemonica e poco ragionata non è cosa facile. Accettare però questa sfida può essere un punto di svolta vincente per la preparazione giuridica oltre che per il proprio futuro percorso professionale. Il metodo ragionato deve diventare, per tutti, una costante di vita, un modo per affrontare le prove più ardue e più difficili, un imperativo categorico che consentirà di svolgere una qualsivoglia professione legale al meglio delle proprie capacità personali.

Mi corre perciò l'obbligo di ringraziare sentitamente e singolarmente, secondo un rigoroso ordine alfabetico, Simona Altese, Maria Vincenza Biscaglia, Alice Cometto, Angelo Filippazzo, Ernesto Fiorentino, Giovanni Fornabaio, Ilaria Marrone, Martina Mazzei, Alberto Parmentola, Barbara Pibiri, Francesca Zoboli.

A tutti mi rivolgo in prima persona chiamandovi sempre così "miei cari ragazzi... Sono certa che non dimenticherete questa esperienza e ne farete tesoro per tutta la vita, come, del resto è avvenuto per me. Ricordatevi sempre che i sogni, anche quelli più grandi ed ambiziosi, diventano realtà soltanto attraverso lo studio e l'impegno quotidiano".

Grazie, Grazie, Grazie!

Maria Rosaria Sodano

ABBREVIAZIONI

| | |
|---|----------------|
| Cassazione | Cass. |
| civile | civ. |
| codice civile | c.c. |
| Costituzione | Cost. |
| Corte costituzionale | Corte cost. |
| codice penale | c.p. |
| codice procedura civile | c.p.c. |
| codice procedura penale | c.p.p. |
| Decreto legislativo | D.lgs. |
| espropri | espr. |
| Giudice Amministrativo | G.A. |
| Giudice Ordinario | G.O. |
| Legge | L. |
| Legge del procedimento amministrativo seguenti | L.p.a. s.s. |
| Pubblica Amministrazione | P.A. |
| penale | pen. |
| Regio decreto | R.D. |
| Sezioni Unite | S.U. |
| Testo Unico | T.U. |
| Trattato Unione Europea | T.U.E. |
| Testo Unico Enti Locali | T.U.E.L. |

PREFAZIONE

Tutor Magistralis potrebbe sembrare, a prima vista, un prontuario di tecnica per il superamento del concorso in Magistratura, un testo simile ai tanti disponibili sul mercato, predisposti dalle scuole di formazione per facilitare ed indirizzare lo studio dei candidati, con la non recondita idea di proporre, per quanto attiene alla prova scritta, delle tracce — o meglio degli argomenti — che possano in qualche modo essere presi in considerazione dai componenti della Commissione esaminatrice. Si tratta, naturalmente, di opere validissime che constano della collazione di molteplici elaborati, predisposti sulla base di argomenti e tematiche scelte dai responsabili dei corsi e corredati da pregevoli istruzioni operative finalizzate all'acquisizione di adeguate tecniche di svolgimento. L'obiettivo di questo lavoro, pur non rinunciando all'esposizione di suggerimenti e istruzioni circa la tecnica da adottare per studiare e scrivere un buon tema, è tuttavia un altro, e ben più ambizioso. Quello di parlare di cosa è stato, cosa è oggi e che cosa dovrebbe essere il concorso in Magistratura onde permetterne l'accesso vincente a giovani laureati in giurisprudenza che siano in grado di dimostrare di essere pronti ed adeguati per svolgere la funzione giurisdizionale.

Si tratta del perseguimento di una finalità di giustizia che muove da un dato di fatto purtroppo ineludibile, quello secondo cui dobbiamo, da tempo, prendere atto che la valorizzazione del merito è sempre meno assicurata nei concorsi pubblici, sì da costituire una delle più importanti cause dell'inefficienza ed inefficacia dell'azione amministrativa. Anche il concorso in Magistratura non se ne sottrae e rischia di compromettere il sano e corretto esercizio della giurisdizione.

È per questo che chi scrive ritiene doveroso partire dalla storia del concorso, dai requisiti di accesso previsti dalla legge e dalla normativa e prassi oggi vigente, premessa indispensabile per affrontare poi in concreto la disamina dei requisiti di merito necessari per accedere alla professione di Magistrato. Solo partendo da queste premesse è infatti possibile avanzare serie

proposte di cambiamento e preparare i candidati ad una scelta professionale quanto più consapevole.

La normativa e la prassi regolative dell'accesso in Magistratura si sono stratificate negli anni, senza che il Legislatore abbia proceduto a una disciplina regolamentare unitaria ed organica. Inoltre la specificità del concorso in Magistratura, regolato dal decreto legislativo n. 2006/160 e succ. mod. e in parte anche da norme obsolete risalenti al 1925, prevede che a disciplinarne lo svolgimento sia compito del Consiglio Superiore della Magistratura, in qualità di organo di autogoverno della Magistratura e del Ministero di Giustizia cui sono demandati l'adempimento di doveri di alta sorveglianza amministrativa, tradizionalmente riservati al Ministro della Funzione pubblica. Ne è derivato un *unicum* che mal si raccorda con gli altri concorsi e che consegna, nella prassi, una discrezionalità tecnica eccessiva sia all'organo di autogoverno dei Magistrati, chiamato a dare un parere sulla nomina dei componenti della Commissione poi materialmente nominati con decreto dal Ministro, sia alla Commissione stessa, incaricata, volta per volta, di dettare i criteri di valutazione delle prove cui i candidati devono sottoporsi. Se si considera che, di norma, la correzione dei temi prodotti in sede di prova scritta — dato l'elevato numero di consegnanti — viene ripartita fra due diverse sottocommissioni la cui formazione è rimessa alla piena discrezionalità del Presidente e che l'assegnazione dei candidati all'uno o all'altro collegio deve essere effettuata in base a criteri oggettivi di volta in volta individuati dalla stessa Commissione, si può tranquillamente affermare che non vi è una prassi unitaria regolativa del concorso in Magistratura e che ogni concorso finisce con l'avere una storia a sé stante. Di qui la seria difficoltà per un giovane aspirante Magistrato di comprendere preventivamente quali siano le metodiche di studio richieste e quali i criteri di valutazione degli elaborati redatti in occasione delle prove scritte.

Affrontare queste tematiche è perciò un'operazione intellettuale doverosa perché è utile sia in previsione di una riforma (credo assolutamente necessaria) delle norme che disciplinano il concorso in Magistratura sia in vista della soddisfazione dell'interesse generale dei cittadini italiani ad essere giudicati da Magistrati selezionati esclusivamente in base al merito e all'onorabilità.