

TERZA PROVA ESAME AVVOCATO 2015: ATTO GIUDIZIARIO

PRIMA TRACCIA – ATTO GIUDIZIARIO IN MATERIA CIVILE

La banca Alfa, avente sede legale a Milano, con ricorso depositato presso il tribunale di Milano, ha in sintesi esposto: di essere creditrice della società beta della somma di euro 60.000 a titolo di saldo debitore relativo ad un rapporto di apertura di credito regolato in conto corrente, cessato alla scadenza del termine stabilito dalle parti; che l'adempimento delle obbligazioni da parte di Beta era stato garantito da Tizio, il quale si era impegnato a pagare ad alfa "a semplice richiesta scritta e senza eccezioni" tutto quanto dovuto dalla società debitrice a titolo di capitale e interessi moratori al tasso convenzionalmente stabilito; di aver dunque interesse ad ottenere l'emissione di un decreto ingiuntivo di tale importo nei confronti del predetto garante.

Con atto di citazione validamente notificato, Tizio ha proposto opposizione eccependo: la nullità del decreto ingiuntivo, in quanto emesso da un giudice privo di competenza territoriale (pertanto, questa al tribunale di Bologna, luogo della propria residenza e nel quale era stato stipulato il contratto di garanzia), la natura di fideiussione del contratto di garanzia stipulato in favore di Alfa, con conseguente non spettanza degli interessi ultralegali in concreto applicati, in quanto non oggetto di pattuizione scritta tra Alfa e Beta; la nullità della pattuizione degli interessi, in quanto la sommatoria del tasso di quelli corrispettivi con il tasso di quelli moratori conduce al superamento della soglia dell'usura.

Assunte le vesti del legale della banca Alfa, rediga il candidato l'atto giudiziario ritenuto più utile alla difesa della propria assistita.

RIFERIMENTI NORMATIVI ATTO GIUDIZIARIO IN MATERIA CIVILE

Riferimenti giurisprudenziali: fonte <http://lybraassociazionegiuridica.weebly.com/>

- Cass. civ., Sez. VI, 7 gennaio 2013, n. 180;

- Cass. civ., Sez. III, 3 marzo 2009, n. 5044

RIFERIMENTI NORMATIVI ATTO GIUDIZIARIO IN MATERIA CIVILE

Riferimenti normativi, schemi ed esempi: fonte <http://www.giurdanella.it>

Art. 1936 cc

È fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui.

La fideiussione è efficace anche se il debitore non ne ha conoscenza.

Art. 20 cpc

Per le cause relative a diritti di obbligazione è anche competente il giudice del luogo in cui è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione dedotta in giudizio.

Art. 1182 cc

Se il luogo nel quale la prestazione deve essere eseguita non è determinato dalla convenzione, o dagli usi e non può desumersi dalla natura della prestazione o da altre circostanze, si osservano le norme che seguono.

L'obbligazione di consegnare una cosa certa e determinata deve essere adempiuta nel luogo in cui si trovava la cosa quando l'obbligazione è sorta.

L'obbligazione avente per oggetto una somma di danaro deve essere adempiuta al domicilio che il creditore ha al tempo della scadenza. Se tale domicilio è diverso da quello che il creditore aveva quando è sorta l'obbligazione e ciò rende più gravoso l'adempimento, il debitore, previa dichiarazione al creditore, ha diritto di eseguire il pagamento al proprio domicilio.

Negli altri casi l'obbligazione deve essere adempiuta al domicilio che il debitore ha al tempo della scadenza.

Cassazione civile sentenza n.180/2013

Il foro convenzionalmente stabilito dalle parti nel contratto principale si applica anche al contratto di fideiussione, "atteso che lo stretto legame esistente con l'obbligazione principale ed il rischio che, in caso di separazione dei giudizi, si formino due diversi giudicati in relazione ad un giudizio sostanzialmente unico"

Cassazione civile, sez. III 03 marzo 2009, n. 5044 -

Nel contratto autonomo di garanzia - ai fini della cui distinzione dalla fideiussione non è decisivo l'impiego o meno di espressioni quali "a prima richiesta" o "a semplice richiesta scritta", ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e quella di garanzia - il garante, improntandosi il rapporto tra lo stesso ed il creditore beneficiario a piena autonomia, non può opporre al creditore la nullità di un patto relativo al rapporto fondamentale, salvo che dipenda da contrarietà a norme imperative o dall'illiceità della causa e che, attraverso il medesimo contratto autonomo, si intenda assicurare il risultato vietato dall'ordinamento. Nondimeno, si deve escludere che la nullità della pattuizione di interessi ultralegali si comunichi sempre al contratto autonomo di garanzia, atteso che detta pattuizione - eccezion fatta per la previsione di interessi usurari - non è contraria all'ordinamento, non vietando quest'ultimo in modo assoluto neanche l'anatocismo, così come si ricava dagli artt. 1283 cod. civ. e 120 del d.lgs. n. 385 del 1993.

TRIBUNALE DI MILANO
COMPARSA DI COSTITUZIONE E RISPOSTA

Per il Sig. [.....], nato a [.....], in data [.....], residente in [.....], alla Via [.....], n. [.....], C.F. [.....], elettivamente domiciliato ai fini del presente giudizio in [.....], alla via [.....], [.....], presso lo studio dell'avv. [.....], cf [.....] pec [...] fax [...], che lo rappresenta e difende giusto mandato in calce al presente atto,

contro

il sig [.....], con l'avv. [.....]

FATTO

Esporre brevemente i fatti

Con decreto notificato in data ____ l'odierno convenuto opposto ingiungeva al resistente il pagamento della somma di euro 60.000,00...

Con atto di citazione ritualmente notificato in data ____, Tizio proponeva opposizione al suddetto decreto ingiuntivo, adducendo la nullità del decreto ingiuntivo, in quanto emesso da un giudice privo di competenza territoriale, la natura di fideiussione del contratto di garanzia stipulato in favore di Alfa, con conseguente non spettanza degli interessi ultralegali in concreto applicati, in quanto non oggetto di pattuizione scritta tra Alfa e Beta; la nullità della pattuizione degli interessi, in quanto la sommatoria del tasso di quelli corrispettivi con il tasso di quelli moratori conduce al superamento della soglia dell'usura.

Alla luce di quanto esposto in punto di fatto, è intenzione della Banca Alfa, costituirsi nel presente giudizio, al fine di contestare tutto quanto ex adverso dedotto ed eccepito con conseguente rigetto delle avverse domande ed accoglimento delle domande proposte nel presente atto per le seguenti ragioni di

DIRITTO

Esporre le questioni di diritto

Tanto esposto, il convenuto [.....], ut supra elettivamente domiciliato, rappresentato e difeso, confida nell'accoglimento delle seguenti

CONCLUSIONI

Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, disattesa ogni contraria istanza ed eccezione:

- 1) In via preliminare, accertare la competenza del Tribunale di Milano,
- 2) Confermare, ai sensi dell'art. 648 c.p.c., la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo n.... emesso dal Tribunale di Milano in data ____, non essendo l'opposizione fondata su prova scritta e/o di pronta soluzione;
- Nel merito, rigettare l'opposizione proposta nella domanda attorea, in quanto infondata in fatto e diritto, e per l'effetto confermare il decreto ingiuntivo opposto;

In via istruttoria:

a) si offrono in comunicazione i seguenti documenti: (indicare i documenti allegati a sostegno delle proprie richieste)
Con riserva di ulteriori eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio ex art. 1802 c.p.c., nuove argomentazioni, precisazioni e modificazioni ai sensi dell'art. 183 c.p.c. ed ulteriori deduzioni istruttorie ai sensi dell'art. 184 c.p.c.
Luogo e data

Firma

PRUCURA

(Per enti o società): Il sottoscritto TIZIO, nato a ____, il ____, nella qualità di legale rappresentante della Società ____, con sede in ____, via ____, (P.IVA __)

delega l'Avv. ____, del Foro di ____, a rappresentarlo e difenderlo nel presente giudizio e in ogni successiva fase e grado, compresa la fase esecutiva, conferendo allo stesso ogni più ampia delega e procura consentita dalla legge, quale, a titolo esemplificativo e non esaustivo, conciliare, transigere, quietanzare, incassare somme, chiamare in causa terzi, spiegare domande riconvenzionali, nominare sostituti in udienza ed indicare domiciliatari,

ELEGGE DOMICILIO

presso lo studio dello stesso avvocato in ____, via ____,

DICHIARA

inoltre di aver ricevute tutte le informazioni previste dagli artt. 7 e 13 del D.Lgv. 30 giugno 2003, n. 196 e presta il proprio consenso al trattamento dei dati personali per l'espletamento del mandato conferito.

Luogo e data

SECONDA TRACCIA – ATTO GIUDIZIARIO IN MATERIA PENALE

Tizio, incensurato, si reca presso un supermercato dove preleva da uno scaffale una bottiglia di vino, che immediatamente nasconde sotto il giubbotto, quindi oltrepassa la barriera della cassa senza pagare ed esce dal supermercato, ma subito dopo viene fermato da un addetto alla sorveglianza che lo aveva seguito sin dal suo ingresso nell'esercizio commerciale e lo aveva visto mentre prelevava e occultava la bottiglia.

L'addetto alla sorveglianza chiama la polizia e tizio viene identificato e denunciato. Nessuno presenta querela.

Tizio viene sottoposto a processo e all'esito del giudizio, viene condannato, previo riconoscimento delle attenuanti generiche, ritenute equivalenti alle aggravanti contestate, alla pena di mesi 6 di reclusione ed euro 200 di multa, condizionalmente sospesa, in ordine al reato di furto aggravato di cui agli artt. 624 e 625.1,2 e 7 cp per l'uso del mezzo fraudolento e l'esposizione del bene sottratto alla pubblica fede.

Il candidato, assunte le vesti del legale di Tizio, rediga l'atto ritenuto più idoneo alla difesa dello stesso.

RIFERIMENTI NORMATIVI ATTO GIUDIZIARIO IN MATERIA PENALE

Riferimenti giurisprudenziali: fonte <http://lybraassociazioneigiuridica.weebly.com/>

- Cass. pen., Sez. IV, (ud. 29 gennaio 2014), 20 gennaio 2014, n. 8094;
- Cass. pen., Sez. Unite, 18 luglio 2013, n. 40354;
- Cass. pen., Sez. V, 12 giugno 2013, n. 2151

Riferimenti normativi ed esempi atto e svolgimento: fonte <http://www.giurdanella.it>

Art. 131 cp bis. Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto

Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale.

L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.

Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonchè nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69.

La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante.

Art. 56 c.p.

Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica.

Il colpevole del delitto tentato è punito: con la reclusione non inferiore a dodici anni, se la penastabilità è l'ergastolo; e, negli altri casi, con la pena stabilita per il delitto, diminuita da un terzo a due terzi.

Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per sé un reato diverso .

Se volontariamente impedisce l'evento, soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato, diminuita da un terzo alla metà.

Art. 624 c.p.

Chiunque s'impadronisce della cosa mobile [c.p. 631] altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 154 a euro 516 [c.p. 29] (3).

Agli effetti della legge penale, si considera cosa mobile anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico [c.c. 814; c.p. 625, 626, 646, 647, 649; c.n. 510, 593, 1146] (4).

Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra una o più delle circostanze di cui agli articoli 61, numero 7), e 625 (5) (6).

Giurisprudenza

Cassazione Penale, Sentenza n. 15449/2015

La esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131 bis c.p., ha natura sostanziale ed è applicabile ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del d.lg. 16 marzo 2015 n. 28, ivi compresi quelli pendenti in sede di legittimità, nei quali la suprema Corte può rilevare di ufficio ex art. 609, comma 2, c.p.p. la sussistenza delle condizioni di applicabilità del predetto istituto, fondandosi su quanto emerge dalle risultanze processuali e dalla motivazione della decisione impugnata e, in caso di valutazione positiva, deve annullare la sentenza con rinvio al giudice di merito. (Nella specie, la Corte ha escluso l'esistenza dei presupposti per il riconoscimento della causa di non punibilità, rilevando dalla sentenza impugnata elementi indicativi della gravità dei fatti addebitati all'imputato, incompatibili con un giudizio di particolare tenuità degli stessi).

Cassazione penale, sentenza n. 2151/2014

“Integra il delitto di furto tentato e non consumato la condotta di colui che prelevi merce dai banchi di un supermercato e superi le casse sottraendosi al pagamento, se il fatto avviene sotto il costante controllo del personale incaricato della sorveglianza, non potendosi in tal caso ritenere realizzata la sottrazione della cosa dal momento che il possessore originario conserva una relazione col bene e può in ogni momento interrompere l'azione delittuosa”

Ecc. ma Corte di Appello

di

Il sottoscritto Adv. del Foro di, con studio in, difensore di fiducia (ovvero) di ufficio come da nomina in atti (o come da nomina allegata) di nato il a imputato nell'ambito del procedimento penale n. R.G.N.R./n. R.G., per il seguente fatto-reato (oppure) ai seguenti fatti-reato (riportare i capi di imputazione)

PREMESSO CHE

il proprio assistito è stato condannato dal Tribunale di con sentenza n., emessa in data e depositata in data, alla pena di per il reato innanzi indicato;

tale decisione appare censurabile in quanto viziata per i seguenti

MOTIVI

(indicare le ragioni di diritto e di fatto sulle quali si fonda il gravame, specificando i capi ed i punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione);

Tutto ciò premesso, si ritiene che la responsabilità dell'evento sia da attribuirsi alla condotta imprudente e posta in essere in violazione degli espressi divieti della vittima.

Pertanto si propone

APPELLO

avverso la sentenza di condanna n., emessa dal Tribunale di in data e per l'effetto

CHIEDE

che codesta Ecc. ma corte di Appello adita, sulla base di quanto esposto in premessa e con riserva di meglio precisare ed approfondire in sede di giudizio le argomentazioni riportate, voglia accogliere i sopraesposti motivi e quindi

1) dichiarare la non punibilità dell'imputato in quanto ... [9]

2) ritenere il reato non consumato, bensì tentato, e applicare le relative modifiche alla quantificazione della pena (art. 56 e ss. c.p.);

(luogo e data)

Adv. (firma)

Si allega:

I) copia della sentenza di condanna n., emessa dal Tribunale di in data

II)

Luogo e data.

Adv.

PROCURA

Il sottoscritto TIZIO, nato a __, il __, residente in __, Via __, imputato nel procedimento penale n. __/___ R.G. N.R., nomina quale proprio difensore in ordine allo stesso procedimento l'Adv. __, del Foro di __, con studio in __, Via __, conferendo allo stesso ogni più ampia procura e facoltà concessa dalla legge, ivi compresa quella di nominare sostituti processuali, proporre impugnazioni e rinunciare alle stesse. Dichiaro inoltre di aver ricevute tutte le informazioni previste dagli artt. 7 e 13 del D.Lgv. 30 giugno 2003, n. 196 e presta il proprio consenso al trattamento dei dati personali per l'espletamento del mandato conferito.

(luogo e data)

La firma è autentica ed è stata apposta in mia presenza

SOLUZIONE SECONDA TRACCIA – ATTO GIUDIZIARIO IN MATERIA PENALE

Ecc. ma Corte di Appello di....

Il sottoscritto Avv. del Foro di, con studio in, difensore di fiducia come da nomina allegata di Tizio nato il a imputato nell'ambito del procedimento penale n. R.G.N.R./n. R.G., per il seguente fatto-reato furto aggravato di cui agli artt. 624 e 625.1,2 e 7 cp per l'uso del mezzo fraudolento e l'esposizione del bene sottratto alla pubblica fede.

PREMESSO CHE

il proprio assistito è stato condannato dal Tribunale di con sentenza n., emessa in data e depositata in data, alla pena di 6 mesi di reclusione e 200 euro di multa per il reato innanzi indicato;

Tale decisione appare censurabile in quanto viziata per i seguenti

MOTIVI

- **Violazione dell' art. 529 c.p.p., per difetto di querela della persona offesa dal reato, non sussistendo le circostanze di cui all'art. 625 1,2 e 7 c.p.**

Questa difesa deve rilevare innanzitutto il difetto nell'esercizio dell'azione penale, dal momento che il reato contestato all'art. 624 c.p. prevede al terzo comma la punibilità della condotta a querela della persona offesa salvo che ricorrano una o più circostanze aggravanti di cui agli art. 61 n.7 e 625. Nel caso di specie deve rilevarsi la non sussistenza delle circostanze aggravanti di cui all'art. 625 1,2,e 7 contestate al Sig. Tizio, secondo quanto pacificamente ritenuto dalla giurisprudenza della Suprema Corte, sent.8094/2014, che considera non applicabile l'aggravante del mezzo fraudolento ex art. 525, non essendo sufficiente ad integrarla il solo nascondimento sulla persona dell'oggetto sottratto ad un esercizio commerciale, trattandosi di un banale accorgimento che non è in grado di eludere la sorveglianza. Deve, pertanto, ritenersi che in difetto della querela da parte della persona offesa, l'azione penale non poteva essere esercitata e il giudice, ai sensi dell'art. 529 c.p.p., avrebbe dovuto pronunciare sentenza di non doversi procedere nei confronti di Tizio.

- **Erronea qualificazione giuridica del fatto**

Voglia questa Corte considerare l'erronea qualificazione giuridica del fatto commesso dal Sig. Tizio, al quale è stato addebitato il reato di furto ex art. 624, quando invece si tratta chiaramente di una condotta che si arresta allo stadio del tentativo ai sensi dell'art. 56 c.p.. Rileva in tal senso fare riferimento alle modalità con cui si sono svolti i fatti: Tizio, per tutta la durata della sua permanenza nel supermercato, anche mentre poneva in essere la condotta addebitatagli, era sotto il costante controllo degli addetti alla sicurezza che, per ragioni di comodità, hanno bloccato il Sig. Tizio solo dopo che questi avesse oltrepassato le casse. Orbene, in siffatta ipotesi non è possibile ravvisare alcuna appropriazione del bene sottratto

dagli scaffali dal momento che per impossessamento deve intendersi una condotta che permetta un effettivo godimento del bene sottratto da parte del soggetto agente, secondo quanto espressamente statuito dalla Suprema Corte nella sent. n. 2151/2014. Pertanto, poiché l'elemento dell'impossessamento è quello che rileva ai fini della consumazione del reato di furto ai sensi dell'art. 624 c.p., è da ritenere che siamo in presenza di erronea qualificazione giuridica del fatto dal momento che la condotta di Tizio è idonea ad integrare l'ipotesi di tentativo di furto ai sensi del combinato disposto tra gli articoli 56 e 624 c.p

• **non punibilità, ai sensi dell'art. 131 bis c.p. perché il fatto commesso è di particolare tenuità**

Qualora l'Illustrissimo Collegio non ritenga di accogliere i motivi sopra citati, voglia notare come il caso in esame si configuri come un reato di furto non aggravato (Cass. 8094/2015), non punibile, ai sensi dell'art. 131 bis c.p.. la disciplina in esame prevede infatti l'esclusione della punibilità nei reati puniti con la pena detentiva non superiore a 5 anni ovvero la pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta pena, quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale. Invero la condotta del Sig. Tizio soddisfa i requisiti di non punibilità delineati dall'art. 131 bis c.p., dal momento che gli è stato addebitato il reato di furto ai sensi dell'art. 624 c.p. che prevede come massimo edittale della pena tre anni. E' doveroso precisare, ai fini dell'applicabilità dell'art. 131 bis c.p., che Tizio è incensurato e la sua posizione non rientra pertanto tra quelle del delinquente abituale e che il fatto, per le modalità con cui è stato posto in essere e per il modico valore del bene, deve sicuramente considerarsi di particolare tenuità. Inoltre secondo quanto stabilito dall'art. 131 bis c.p., ai fini della determinazione dell'esclusione della punibilità non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale.

Tutto ciò premesso, si propone

APPELLO

avverso la sentenza di condanna n., emessa dal Tribunale di
..... in data e per l'effetto

CHIEDE

che codesta Ecc. ma corte di Appello adita, sulla base di quanto esposto in premessa e con riserva di meglio precisare ed approfondire in sede di giudizio le argomentazioni riportate, voglia accogliere i sopraesposti motivi e quindi:

- voglia rilevare la nullità, ex art. 604 c.p.p. della sentenza di condanna n..... emessa dal Tribunale di..... in data....., a causa della violazione dell'art. 529 c.p.p. e dell'art. 56 c.p.
- voglia dichiarare, in subordine, la non punibilità del Sig. Tizio ai sensi dell'art. 131 bis c.p.

Si allega:

1 I) copia della sentenza di condanna n., emessa dal Tribunale di
..... in data

Luogo e data.

Avv.

PROCURA

Il sottoscritto TIZIO, nato a __, il __, residente in __, Via __, imputato nel procedimento penale n. __/__ R.G. N.R., nomina quale proprio difensore in ordine allo stesso procedimento l'Avv. __, del Foro di __, con studio in __, Via __, conferendo allo stesso ogni più ampia procura e facoltà concessa dalla legge, ivi compresa quella di nominare sostituti processuali, proporre impugnazioni e rinunciare alle stesse. Dichiaro inoltre di aver ricevute tutte le informazioni previste dagli artt. 7 e 13 del D.Lgv. 30 giugno 2003, n. 196 e presta il proprio consenso al trattamento dei dati personali per l'espletamento del mandato conferito.

(luogo e data)

La firma è autentica ed è stata apposta in mia presenza

Avv. (firma)

TERZA TRACCIA – ATTO GIUDIZIARIO IN MATERIA AMMINISTRATIVA

La società Alfa spa è affidataria del servizio di gestione rifiuti urbani del Comune di Beta, a seguito di procedura di evidenza pubblica. Il contratto con scadenza al 30.09.2015, con atto del 25.9.2015, è prorogato fino al 31.12.2015, in vista dell'espletamento di una procedura di gara, come espressamente affermato dal Comune nell'atto di proroga.

Con deliberazione del C.C., in data 25.10.2015, il Comune di Beta decide la costituzione della Società denominata Gamma spa - partecipata da altri Enti Pubblici Locali e, in forma minoritaria, dalla spa privata Omega - per la gestione del servizio in questione.

Con successiva deliberazione consiliare, in data 31.10.2015, motivata con un generico riferimento all'interesse pubblico alla gestione diretta del servizio, il Comune di Beta dispone l'affidamento diretto (in house) alla Gamma spa del servizio di gestione dei rifiuti urbani, a decorrere dal 1.1.2016.

Il legale rappresentante della Società Alfa si reca immediatamente da un avvocato e gli rappresenta i fatti.

Il candidato, assunte le vesti del legale di Alfa, rediga l'atto ritenuto più idoneo alla tutela delle ragioni della propria assistita, illustrando gli istituti e le problematiche sottese alla fattispecie in esame. CC.

RIFERIMENTI NORMATIVI ATTO GIUDIZIARIO IN MATERIA AMMINISTRATIVA

Riferimenti normativi ed esempi atto: <http://www.giurdanella.it>

Consiglio di Stato, Sentenza n. 2660/2015,

“la mancanza della partecipazione pubblica totalitaria vale, di per sé, alla luce del diritto vigente, ad escludere la configurabilità del rapporto in house”

Ecc.mo Tribunale Amministrativo Regionale del _____

Ricorso

Per il sig. x. responsabile legale della società Alfa, PI. ___ con sede legale in ___ rappresentato e difeso dall'Avv. ___, del foro di ___, C.F. ___, pec ___, giusta procura alle liti in calce al presente atto, ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in ___, via ___, n. ___;

CONTRO

Comune di Beta in persona del Sindaco p.t., con sede in ___
per l'annullamento previa sospensiva
della delibera consiliare del 31/10/2015

FATTO

esporre brevemente i fatti

DIRITTO

esporre le questioni di diritto

Tanto premesso, si espongono le seguenti

CONCLUSIONI

Voglia l'Ecc.mo Tribunale adito,
in via cautelare, sospendere l'efficacia del provvedimento impugnato,
nel merito accogliere il ricorso e annullare il provvedimento impugnato.

Si depositano i seguenti atti e documenti:

1 copia del provvedimento impugnato;

2 istanza di fissazione di udienza per la trattazione del merito;

DICHIARAZIONE DEL VALORE DEL PROCESSO AI FINI DEL CONTRIBUTO UNIFICATO

Al fine del versamento del contributo unificato per le spese di giustizia si dichiara che il valore della causa di merito è pari ad Euro _____

Data e luogo

Firma

Procura

Delego a rappresentarmi e difendermi nel presente giudizio l'Avv. xxx del Foro di xxx con studio in xxx alla via xxx n. xxx C.F. xxx, pec xxx, fax di studio n. xxx.

Il presente mandato è espressamente esteso ad ogni stato e grado del presente processo.

Oltre alle facoltà di legge, il suddetto potrà rinunciare al giudizio, conciliarlo, transigerlo, farlo cancellare dal ruolo, riassumerlo, chiamare terzi in causa, anche per integrare il contraddittorio.

Lo stesso potrà incassare somme, titoli di credito o altre utilità, a causa del presente giudizio, rilasciando regolare quietanza.

Eleggo domicilio nello studio dell'avv. xxx all'indirizzo sopra indicato.

Dichiaro altresì, di aver preso visione dell'informativa resa ai sensi dell'art. 13, D.Lgs. n. 196/03 ed autorizzo il trattamento dei relativi dati per le finalità di cui al presente mandato.

Relata di notifica

Ad istanza della ricorrente, Io sottoscritto Ufficiale Giudiziario addetto all'Ufficio Unico Notifiche presso la Corte di Appello di ...ho notificato e dato copia dell'antescritto ricorso a:

Sindaco del comune di ., domiciliato ex lege presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di...con sede in

SOLUZIONE ATTO GIUDIZIARIO IN MATERIA AMMINISTRATIVA

Ecc.mo Tribunale Amministrativo Regionale del _____

Ricorso

Per il sig. x. responsabile legale della società Alfa, P.I.____ con sede legale in ___rappresentato e difeso dall'Avv.____, del foro di ___, C.F.____,pec _____, giusta procura alle liti in calce al presente atto, ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in ___, via ___, n. ____;

CONTRO

Comune di Beta in persona del Sindaco p.t., con sede in__

per l'annullamento previa sospensiva

della delibera consiliare del 31/10/2015

FATTO

In data la società ... otteneva contratto a seguito di procedura di evidenza pubblica per con scadenza ... prorogato con atto n..... in attesa di nuova procedura.

In data ... l'amministrazione comunale con delibera C.C. del.... decideva di costituire la società... Successivamente con deliberazione C.C. n., questa decideva di affidare in house alla suddetta società il servizio di....

DIRITTO

1) Inesistenza dei presupposti per procedere all'affidamento in house – Violazione dell'art. 3 TUE e del Protocollo n.27 al TUE, nonché dei principi di concorrenza comunitaria – Violazione art. 41 Cost.

La procedura di affidamento in house disposta dall'Amministrazione del Comune di Beta, con delibera C.C. del 31 ottobre 2015 risulta illegittima in quanto posta in assoluta violazione dei requisiti previsti per tale modalità di affidamento. La Giurisprudenza comunitaria ha individuato, con sentenza del 18 novembre 1999, causa C-107/98, i requisiti per poter applicare una normativa derogatoria della disciplina generale sugli appalti pubblici, delineando la possibilità di affidamento diverso dalle procedure di evidenza pubblica solo a quei soggetti nei confronti dei quali questa possa esercitare un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Sentenze successive hanno specificato che, ai fini dell'attuazione completa del controllo, è inderogabile la partecipazione pubblica totalitaria al capitale della società affidataria (Sent. 11/01/2005, Causa C-26/03 e Sent. 21/07/2005 Causa C-231/03). Infatti, la partecipazione di un'impresa privata, anche se minoritaria, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi. Situazione che ricorre nel caso di specie in cui la società Gamma S.p.A. è composta in parte, seppur minoritaria, da capitali privati. Nello stesso senso è andata la recente Giurisprudenza amministrativa nazionale, la quale ha più volte ribadito quanto affermato dall'adunanza plenaria del Cons. di Stato con sent. n. 1/2008, ovvero che "La sussistenza del controllo analogo viene esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria". Infatti, la partecipazione (pure minoritaria) di un'impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi". Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi su una vicenda

attinente al servizio di gestione dei rifiuti urbani ed assimilati, con sent. 4253/2015 ha suffragato l'orientamento delineato in precedenza.

2) Violazione artt. 97 Cost., art. 3, 21-octies Legge n. 241/1990- Difetto di motivazione, eccesso di potere.

Il provvedimento impugnato è illegittimo sotto un secondo aspetto. In particolare, l'Amministrazione comunale ha emesso tale provvedimento in mancanza di adeguata motivazione circa la scelta di procedere ad un affidamento diretto del servizio in questione. La recente Giurisprudenza, seppur escludendo che gli affidamenti in house abbiano carattere eccezionale, ha affermato che la scelta dell'ente locale sulle modalità di organizzazione tra modello in house e ricorso al mercato deve basarsi sui consueti parametri di legittimità dell'agire amministrativo nell'esercizio delle scelte discrezionali. Quindi, l'affidamento "deve essere preceduto da una valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti, dell'individuazione del modello più efficiente ed economico nonché di una adeguata istruttoria e motivazione" (Cons. Stato, Sez. VI, sent. n.762/2013). Attività che non risulta in alcun modo espletata dall'amministrazione e che si risolve nell'assoluta carenza di motivazione del provvedimento impugnato. L'illegittimità dell'esercizio dell'attività amministrativa risulta ancor più evidente alla luce dell'atto emanato dalla stessa Amministrazione in data 25/09/2015, in cui, non più di un mese prima dalla costituzione della società Gamma S.p.A., decideva di prorogare il contratto in essere con Alfa, in vista dell'espletamento di nuova procedura di gara. Non si dà alcun conto nel provvedimento impugnato dei motivi che hanno indotto l'Amministrazione ad un così repentino e significativo cambiamento di idea. Tale modalità di azione si risolve nell'assoluta illegittimità dell'esercizio dei poteri discrezionali in capo all'amministrazione comunale. Ai fini dell'istanza cautelare, la situazione descritta integra i requisiti del comma 3 dell'art. 119 c.p.a. Infatti, premessa la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso, lo stato attuale della situazione farebbe presumere l'imminente stipula del contratto tra il Comune di Beta e la società affidataria Gamma S.p.A., arrecando un grave ed irreparabile pregiudizio alla possibilità di Alfa di ottenere nuovamente l'aggiudicazione.

Tanto premesso

CONCLUSIONI

Voglia l'Ecc.mo Tribunale adito,
in via cautelare sospendere l'efficacia del provvedimento impugnato,
nel merito accogliere il ricorso e annullare il provvedimento impugnato.

Si depositano i seguenti atti e documenti:

1 copia del provvedimento impugnato;

2 istanza di fissazione di udienza per la trattazione del merito;

DICHIARAZIONE DEL VALORE DEL PROCESSO AI FINI DEL CONTRIBUTO UNIFICATO

Al fine del versamento del contributo unificato per le spese di giustizia si dichiara che il valore della causa di merito è pari ad Euro ____

Data e Firma

Procura

Delego a rappresentarmi e difendermi nel presente giudizio l'Avv. xxx del Foro di xxx con studio in xxx alla via xxx n. xxx C.F. xxx, pec xxx, fax di studio n. xxx.

Il presente mandato è espressamente esteso ad ogni stato e grado del presente processo.

Oltre alle facoltà di legge, il suddetto potrà rinunciare al giudizio, conciliarlo, transigerlo, farlo cancellare dal ruolo, riassumerlo, chiamare terzi in causa, anche per integrare il contraddittorio.

Lo stesso potrà incassare somme, titoli di credito o altre utilità, a causa del presente giudizio, rilasciando regolare quietanza.

Eleggo domicilio nello studio dell'avv. xxx all'indirizzo sopra indicato.

Dichiaro altresì, di aver preso visione dell'informativa resa ai sensi dell'art. 13, D.Lgs. n. 196/03 ed autorizzo il trattamento dei relativi dati per le finalità di cui al presente mandato.

Relata di notifica

Ad istanza della ricorrente, Io sottoscritto Ufficiale Giudiziario addetto all'Ufficio Unico Notifiche presso la Corte di Appello diho notificato e dato copia dell'antescritto ricorso a:
1) Sindaco del comune di ., con sede in