

scuola forense foroeuropeo metodo (esempi soluzioni)

SCUOLA FORENSE FOROEUROPEO in collaborazione con Avvocati per l'Europa - Metodo insegnamento (esempi soluzioni)

SCUOLA FORENSE FOROEUROPEO

Metodo - Copyright © 2001 tutti i diritti riservati

IL METODO FOROEUROPEO

Il primo passo fondamentale verso la redazione di pareri e atti.

(Attenzione! L'utilizzo del metodo foroeuropeo e del materiale fornito dal corso è strettamente riservato agli iscritti alla Scuola Forense foro europeo; ne è vietata, pertanto, qualsiasi divulgazione o riproduzione, totale o parziale)

Sommario:

I. Introduzione

II. Metodo per la redazione del parere di diritto civile e di diritto penale –

III. Metodo per la redazione degli atti giudiziari –

IV. Schema riepilogativo del metodo foroeuropeo per la redazione del parere –

V. Schema riepilogativo del metodo foroeuropeo per la redazione dell'atto giudiziario –

VI. ESEMPIO DI SOLUZIONE SCHEMATICA PARERE di DIRITTO PENALE -

VII.ESEMPIO DI SOLUZIONE SCHEMATICA ATTO GIUDIZIARIO di DIRITTO CIVILE -

VIII.ESEMPIO DI SOLUZIONE SCHEMATICA PARERE di DIRITTO CIVILE -

IX.ESEMPIO DI SOLUZIONE SCHEMATICA ATTO GIUDIZIARIO di DIRITTO AMMINISTRATIVO

vi ESEMPIO DI SOLUZIONE SCHEMATICA PARERE di DIRITTO CIVILE

Traccia estratta Esame Avvocato 2012

Caio, cliente da anni della banca X, riferisce di aver versato alla stessa dopo la chiusura di

scuola forense foro europeo metodo (esempi soluzioni)

alcuni rapporti di conto corrente con essa intrattenuti dal 1994 e il 2008, un importo comprensivo di interessi computati ad un tasso extra-legale, e capitalizzati trimestralmente per parte della durata dei suddetti rapporti e successivamente capitalizzati annualmente.

Il candidato, assunto le vesti di difensore di Caio, rediga motivato parere sugli istituti e su problematiche sottese alla fattispecie in particolare sulle prescrizioni dell'eventuale ripetizione di indebito, sull'anatocismo e sulla pattuizione inerente il tasso di interesse passivo.

1. INCIPIT: nella premessa poteva essere utile sintetizzare il fatto in poche righe: Es: Il parere in esame ha ad oggetto la situazione giuridica di Caio, il quale, nell'ambito di un rapporto di conto corrente bancario intercorso dal 1994 al 2008, versava alla Banca x interessi computati ad un tasso extra-legale e capitalizzati trimestralmente.

Due i profili problematici che vengono in rilievo con riferimento alla vicenda che ci occupa:

I questione: le pattuizioni inerenti il tasso di interesse passivo, con capitalizzazione trimestrale sono valide?

Il questione: A questo punto è necessario introdurre la seconda fattispecie e la questione di diritto ad essa connessa. E' possibile agire per la restituzione delle somme indebitamente versate? L'azione di cui all'art. 2033 c.c. è prescritta? Da quando decorre il dies a quo?

1° QUESTIONE

2. CORNICE NORMATIVA

La stessa traccia indicava le fattispecie da trattare. In particolare, andavano esaminati gli interessi anatocistici(art. 1283 c.c.) con particolare riferimento agli interessi bancari(art 120 d.l.g.s 1993 n. 385). Es: Ai fini della soluzione del caso in esame occorre, in primo luogo, esaminare la disciplina degli interessi anatocisticodicistici e bancari. Nell' ambito di tale disamina è necessario successivamente interrogarsi sulla validità delle pattuizioni di interessi passivi extra-legali, capitalizzati trimestralmente.

In relazione al c.d. interesse usuale poteva essere introdotta brevemente la distinzione tra uso normativo (art. 8 delle preleggi) e uso negoziale (art. 1340 c.c.) . Soltanto i primi, infatti, possono derogare le disposizioni di cui all'art. 1283 c.c..

L'anatocismo ha trovato ampia diffusione in particolare nei contratti di conto corrente bancario. Le norme bancarie uniformi del 1952 prevedevano un trattamento disomogeneo degli interessi attivi e passivi: sulle somme dovute dal cliente alla banca gli interessi erano calcolati trimestralmente, con la conseguenza che, al termine di ogni periodo, sugli interessi così maturati iniziavano ad essere dovuti altri interessi per il periodo successivo. Mentre, sulle somme dovute dalla banca al cliente gli interessi erano conteggiati annualmente, con la conseguenza che solo al termine di un anno tali interessi avrebbero iniziato a produrre altri interessi.

3. QUESITO DI DIRITTO

Occorre chiedersi quale sia la sorte delle pattuizioni sugli interessi passivi stipulate nell'ambito dei rapporti bancari. Per risolvere tale problematica, è necessario, in via preliminare, stabilire se le norme bancarie uniformi che prevedono la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi abbiano natura di uso normativo o se, piuttosto, non integrino un uso negoziale, idoneo a derogare la disciplina di cui all'art. 1283 c.c..

4. TESI

Sul punto si registrano due diverse impostazioni:

scuola forense foroeuropeo metodo (esempi soluzioni)

A. tesi della natura normativa delle clausole anatocistiche: secondo tale orientamento, ormai risalente nel tempo, gli usi bancari, in quanto aventi natura normativa, consentono la produzione di interessi su interessi indipendentemente dai presupposti previsti dall' art. 1283 c.c..

B. tesi maggioritaria della natura negoziale: secondo tale impostazione, mancano i presupposti (come sopra descritti) per la sussistenza di un uso normativo. Le norme bancarie non possono, pertanto, derogare la disciplina civilistica. Ne consegue la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale contenuta nei contratti di conto corrente ai sensi dell'art. 1418 c.c. (v. Cass., 8 maggio 2008, n. 11466).

Nonostante tale approdo giurisprudenziale, è intervenuto il legislatore, il quale con il d.lgs. n. 342/99 ha modificato l'art. 120 del d.lgs. n. 385/93 (T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia). Vengono ammessi anatocismi in deroga all'art. 1283 c.c., quindi anche trimestrali, con l'unica limitazione che le capitalizzazioni devono essere identiche nei rapporti passivi e attivi. Rimane, pertanto, inalterato il problema della validità delle clausole anatocistiche anteriori allo jussuperveniens del 1999 e degli interessi percepiti dalle banche sulla base di esse (ipotesi che si verifica, appunto, nel caso in esame).

5. SOLUZIONE

La pattuizione sugli interessi passivi stipulata tra Caio e la banca è nulla ex art. 1418 c.c.. Ne consegue che Caio potrà agire per chiedere la restituzione degli interessi indebitamente versati.

II° QUESTIONE

2. CORNICE NORMATIVA

Risulta necessario analizzare la disciplina della ripetizione dell'indebito e i termini di prescrizione (art. 2033 c.c.). Il pagamento dell'indebito si ha quando un soggetto (solvens) paga un debito senza che tale pagamento sia dovuto. Il pagamento non dovuto è fonte di obbligazione ex art. 1173 c.c.. In tal caso, quindi, è possibile chiedere la restituzione di quanto versato (conditio indebiti). L'indebito è oggettivo quando non è valido o non esiste il rapporto che con il pagamento si intendeva soddisfare. E' soggettivo quanto, pur sussistendo il rapporto obbligatorio, il solvens non è il vero debitore (indebito soggettivo ex latere solventis) oppure lo stesso paga il debito al creditore sbagliato (indebito soggettivo ex latere accipientis). La conditio, anche se è diretta alla restituzione della cosa, è un'azione personale e non reale. Si prescrive nell'ordinario termine decennale (art. 2946 c.c.).

3. QUESITO DI DIRITTO

Occorre chiedersi quali sono i termini di prescrizione delle azioni restitutorie nei rapporti di credito in conto corrente e da quale momento decorre la stessa.

4. TESI

Con riferimento ai termini di prescrizione è possibile individuare tre orientamenti.

A. Tesi che applica la regola dell'imprescrittibilità dell'azione di nullità.

B. Tesi che applica la regola di cui all'art. 2948, n. 4 c.c. che prevede una decorrenza quinquennale per le azioni finalizzate a riscuotere interessi che maturano annualmente o in termini più brevi.

C. Tesi maggioritaria che applica la regola generale della prescrizione decennale in base al combinato disposto degli articoli 2948 e 2033 del Codice civile.

Per quanto riguarda il dies a quo, si deve escludere che il decennio decorra dalla sentenza di

scuola forense foro europeo metodo (esempi soluzioni)

nullità che può anche non esserci, e la cui assenza non ostacola ab origine l'azione. Non si può neanche affermare che decorre da quando la banca ha posto in essere i singoli accrediti delle somme dovute a titolo di capitalizzazione trimestrale, perché il conto corrente bancario è un contratto unitario che dà luogo ad un rapporto unico, anche se poi si concretizza in singole operazioni ed in singoli atti esecutivi, con la conseguenza che le partite attive e passive diventano definitive solo al momento della chiusura del conto, in cui diventa attuale l'interesse ad agire e, quindi, decorre in termine (Cass. SS.UU. 2 dicembre 2010, n. 24418; vedi anche Cass. 9 aprile 1984, n. 2262; Cass. 14 maggio 2005, n. 10127).

N.B. Il medesimo orientamento è confermato e richiamato dalla Corte Costituzionale che, con la sentenza del 5 aprile 2012, n. 78, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 comma 61 del d.l. 29 dicembre 2010, n. 225 (c.d. decreto salva banche), inserita in sede di conversione dalla legge 26 febbraio 2011 n.2 (c.d. decreto salva banche), secondo cui: in ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'art. 2935 c.c. si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dall'annotazione stessa. Nella specie la Corte chiarisce che "..... la norma censurata, lungi dall'esprimere una soluzione ermeneutica rientrante tra i significati ascrivibili al citato art. 2935 c.c., ad esso nettamente deroga, innovando rispetto al testo previgente senza alcuna ragionevole giustificazione.... Sussiste, pertanto, la violazione dell'art. 3 Cost. perché la norma censurata facendo retroagire la disciplina in essa prevista non rispetta i principi generali di uguaglianza e ragionevolezza"

5. SOLUZIONE

Caio potrà agire ex art. 1418 c.c. dal momento che sono stati applicati interessi non ammessi dalla legge. Caio potrà, altresì, adire l'Autorità Giudiziaria chiedendo la ripetizione dell'indebito ex art. 2033 c.c. perché sussistono i presupposti della stessa e l'azione non è prescritta.

VII ESEMPIO DI SOLUZIONE SCHEMATICA ATTO GIUDIZIARIO di DIRITTO CIVILE

Traccia estratta Esame Avvocato 2012

Tizio propone opposizione a decreto ingiuntivo, presso il Tribunale Alfa in relazione alla pretesa creditizia di Caio, azionata per euro 30.000,00 portata da titoli non onorati alla scadenza e relativi ad una fornitura di merce. A sostegno della opposizione deduce di aver onorato la propria obbligazione con altri assegni consegnati all'opposto ancor prima della presentazione in Banca dei titoli successivamente posti a base del ricorso per Decreto ingiuntivo. Chiede di provare per testi tale pagamento.

Il candidato, assunto le vesti di difensore di Caio, rediga l'atto giudiziario più opportuno alla sua difesa, illustrando gli istituti e le problematiche sottese alla fattispecie in esame, con particolare riferimento ai limiti della prova orale in materia contrattuale ed in materia di adempimento delle obbligazioni pecuniarie.

Breve spiegazione della questione e del contenuto dell'atto

L'atto da redigere è un comparsa di costituzione e di risposta nell'ambito di un giudizio ordinario instaurato con l'atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo.

Tizio agisce la revoca del decreto ingiuntivo ritenendo estinta l'obbligazione pecuniaria in

scuola forense foro europeo metodo (esempi soluzioni)

favore di Caio, in quanto il debito per cui è stato emesso il decreto ingiuntivo era stato da Lui pagato tramite assegni consegnati al creditore opposto prima della presentazione all'incasso di quelli posti a fondamento del decreto ingiuntivo.

Occorre in particolare soffermarsi sull'ammissibilità e sui limiti della prova orale e testimoniale in materia contrattuale ed in materia di adempimento delle obbligazioni pecuniarie.

Le questioni da affrontare, quindi, sono due e, in particolare, occorre evidenziare che:

- Con specifico riferimento ai casi in cui il debitore eccepisca l'estinzione del debito fatto valere in giudizio per effetto dell'emissione di assegni bancari, vi è un'inversione della prova: resta a carico del debitore convenuto l'onere di dimostrare il collegamento tra il precedente debito azionato ed il successivo debito cartolare, con la conseguente estinzione del primo per effetto del pagamento degli assegni;
- Nel caso di specie è inammissibile la prova testimoniale invocata dall'opponente.

Svolgimento

(1. INTESTAZIONE)

Tribunale di Alfa

Comparsa di costituzione e risposta

Rg n.

Sez....., Dott.....,

(2. EPIGRAFE)

Per Caio, nato a, il, CFrappresentato e difeso dall'Avv.....
.....) del Foro giusta procura in calce al ricorso per decreto ingiuntivo, elettivamente domiciliato nel suo studio sito in, via, il quale dichiara di voler ricevere comunicazioni e notificazioni a mezzo fax al n. e tramite PEC.....

18

- opposto

Nel giudizio per opposizione a Decreto Ingiuntivo proposto da Tizio, rappresentato e difeso dall'Avv.....

? opponente

(3. FATTO)

Fatto

1. Con ricorso per Decreto ingiuntivo, depositato in data, Caio richiedeva il pagamento di €. 30.000,00 oltre accessori a carico di Tizio (doc. n. 1).

La pretesa creditoria di Caio era supportata da titoli cartolari non onorati alla scadenza e relativi ad una fornitura di merci.

2. In data, il Tribunale di Alfa ingiungeva il richiesto pagamento con provvedimento notificato unitamente al ricorso in data (doc. n. 2).

3. Con atto notificato in data, Tizio proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo (doc. n. e), deducendo, a fondamento della propria difesa, di aver onorato la propria obbligazione con altri assegni consegnati all'opposto ancor prima della presentazione in Banca da parte di Caio dei titoli successivamente posti a base del ricorso per Decreto ingiuntivo.

L'opponente chiedeva dunque la revoca del decreto ingiuntivo ed in via istruttoria, chiedeva di

scuola forense foroeuropeo metodo (esempi soluzioni)

provare per testi i fatti da lui addotti circa l'avvenuto pagamento con altri titoli cartolari e quindi l'estinzione dell'obbligazione a suo carico.

4. Con il presente atto si costituisce in giudizio Caio, rappresentato e difeso come in epigrafe, il quale contesta quanto ex adverso dedotto e richiesto dall'opponente, in quanto l'opposizione è del tutto infondata e va quindi rigettata per i seguenti motivi di

(4. DIRITTO)

Diritto

? I° QUESTIONE:

- CORNICE NORMATIVA

Al fine di palesare l'infondatezza delle pretese avanzate dall'opponente, occorre in via preliminare ricostruire il quadro normativo in punto di ripartizione dell'onere della prova, con particolare riferimento alla materia dell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie.

- art.1277 c.c.: breve inquadramento delle obbligazioni pecuniarie (cosa sono, orientamento ormai consolidato secondo il quale possono estinguersi anche tramite assegni bancari o circolari, visto che si tratta di quanto avvenuto nel caso di specie);

- art. 1193 c.c.: imputazione del pagamento al debito che si intende estinguere.

- art. 2697 c.c. (comma 1 e comma 2). La prima questione sottesa alla traccia si riferisce al comma 2 dell'art. 2697 c.c., che in via generale pone il principio per il quale grava su chi la eccepisce la prova dei fatti estintivi del diritto. Questa, per lo meno, la regola generale.

Dalla disciplina normativa si evince, dunque, che quando il convenuto per il pagamento di un debito dimostri di aver corrisposto una somma di denaro idonea all'estinzione del medesimo, spetta al creditore, il quale sostenga che il pagamento sia da imputare all'estinzione di un debito diverso, allegare e provare l'esistenza di quest'ultimo, nonché la sussistenza delle condizioni necessarie per la dedotta diversa imputazione. Questa la regola se il debitore che eccepisce l'estinzione del debito deduce di aver pagato con somma di denaro: può dirsi lo stesso se paga tramite emissione di assegni bancari?

- QUESITO DI DIRITTO

Nel caso in cui il debitore eccepisca l'estinzione del debito fatto valere in giudizio per effetto dell'emissione di assegni bancari, grava comunque sul creditore l'onere di provare a quale debito debba essere imputato il pagamento effettuato?

- GIURISPRUDENZA A SUPPORTO TESI DIFENSIVA

Il principio generale su richiamato non opera nel caso in cui il debitore eccepisca, come nel caso di specie, l'estinzione del debito fatto valere in giudizio per effetto dell'emissione dell'assegno. Ciò, come evidenziato dalla giurisprudenza consolidata, in ragione della peculiarità del pagamento dell'obbligazione pecuniaria tramite assegni bancari. A ben vedere, infatti, l'emissione di assegni implica la presunzione di un rapporto fondamentale idoneo a giustificare la nascita di un'obbligazione cartolare. Ne deriva, pertanto, che "resta a carico del debitore convenuto l'onere di superare tale presunzione, dimostrando il collegamento tra il precedente debito azionato ed il successivo debito cartolare, con la conseguente estinzione del primo per effetto del pagamento degli assegni" (in tal senso, da ultimo Cass. Civ., 28 febbraio 2012, n. 3008).

- CONCLUSIONE

Tutto ciò premesso, non può che concludersi che nel caso di specie l'onere di provare

scuola forense foro europeo metodo (esempi soluzioni)

l'imputazione del pagamento tramite assegno bancario grava su Tizio, creditore opponente.

? II° QUESTIONE:

- CORNICE NORMATIVA

Disciplina della prova testimoniale in materia contrattuale che ai sensi dell'art. 2726 c.c. si applica anche al pagamento del debito.

- art. 2726 c.c.,

- art. 2721 c.c.: principio generale del divieto della prova testimoniale dei contratti

- art. 2724 c.c.: eccezioni al divieto della prova testimoniale.

- QUESITO DI DIRITTO

Posto il divieto generale di cui all'art. 2721 c.c., il caso che ci occupa rientra in uno dei casi eccezionali previsti dall'art. 2724 c.c., per cui sarebbe ammissibile l'istanza probatoria avanzata dal debitore per l'escussione di testimoni volta a provare l'avvenuto pagamento del debito tramite assegni bancari?

- GIURISPRUDENZA A SUPPORTO TESI DIFENSIVA (ratio e motivazione della tesi giurisprudenziale riportata a supporto + massima)

(La questione in considerazione non prevede alcuna giurisprudenza a supporto della tesi difensiva, bensì richiede un'argomentazione del candidato circa l'inammissibilità dell'istanza probatoria desumibile dal quadro normativo delineato, anche eventualmente ipotizzando le deduzioni che la controparte potrebbe fare su quanto rilevato.

Esempio:

- vige il divieto generale di prova testimoniale sia per i contratti che per i pagamenti di debiti,
- non ricorre nel caso di specie alcuna eccezione di quelle previste dall'art. 2724 c.c.: Tizio non può invocare alcuna delle eccezioni in quanto di fatto ben avrebbe potuto procurarsi copia degli assegni bancari che assume di aver consegnato a Caio. Senza considerare che, comunque, il debitore ha l'onere di custodire i documenti che attestano i pagamenti;

- né può il debitore dedurre che nel caso di specie non si tratti di provare un pagamento, cui l'art. 2726 c.c. estende l'applicazione del divieto di prova testimoniale dei contratti.

...

Sulla scorta delle considerazioni fin qui svolte, pertanto, non può che concludersi per l'inammissibilità dell'istanza probatoria avanzata da Tizio per la prova dell'avvenuto pagamento del debito tramite assegni bancari e della sua imputazione al credito da forniture di merci vantato da Caio.

Istanza di concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto.

Si noti a questo punto che, dopo aver posto in evidenza - seguendo il metodo – tutti gli aspetti critici di quanto dedotto da controparte nella citazione in opposizione a decreto ingiuntivo, occorre richiedere la provvisoria esecuzione dell'opposto decreto ingiuntivo a norma dell'art. 648 c.p.c.

In particolare, va inserito a questo punto dell'atto uno specifico paragrafo ove si rende necessario porre in evidenza la sussistenza nel caso di specie di tutti i requisiti previsti dal codice per la concessione della provvisoria esecuzione. Occorre, quindi, verificare se l'opposizione contro il decreto ingiuntivo sia fondata su prova scritta o sia di pronta soluzione, fornendo gli argomenti tali da motivare la richiesta.

Tutto ciò premesso in fatto ed in diritto, con il presente atto si costituisce l'opposto Sig. Caio,

scuola forense foro europeo metodo (esempi soluzioni)

così come rappresentato e difeso in epigrafe, al fine di sentir accogliere le seguenti

(5. CONCLUSIONI)

CONCLUSIONI

Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, rigettata l'ogni contraria istanza ed eccezione, in via preliminare, concedere l'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo n. ex art. 648 c.p.c., nel merito rigettare l'opposizione proposta da controparte in quanto infondata in fatto ed in diritto per i motivi esposti e per l'effetto confermare il decreto ingiuntivo opposto.

Con vittoria di spese, competenze ed onorari.

In via istruttoria, con riserva di formulazione delle istanze probatorie ex rt. 183 comma 6 c.p.c., si deposita:

1. ricorso per decreto ingiuntivo;
2. decreto ingiuntivo opposto;
3. atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo

Alfa, lì _____

Avv. _____

VII ESEMPIO DI SOLUZIONE SCHEMATICA ATTO GIUDIZIARIO di DIRITTO AMMINISTRATIVO

Traccia estratta Esame Avvocato 2012

Con avviso indicativo, pubblicato il 18 dicembre 2005 ai sensi dell'art. 37 bis legge 109/94 il comune di Alfa ricercava soggetti privati promotori di proposte per la finanza di progetto (project financing) per la realizzazione di un parcheggio interrato al di sotto di un'area di mercato. Con delibera n. 103 del 10 novembre 2007 la giunta comunale di Alfa dichiarava tecnicamente ammissibili e fattibili 5 proposte, collocando al primo posto quello della società W e al secondo posto quella della società Y. Il progetto della prima classificata società W era pertanto posto a base di gara. Tale delibera era impugnata dalla seconda classificata, società Y (che pure non partecipava alla gara indetta sulla base del progetto del promotore prescelto), con ricorso al Tar del luogo, affidato a due motivi di censura. Con il primo motivo si sosteneva che, siccome al paragrafo "Caratteristiche generali degli interventi" dell'avviso indicativo il Comune prescriveva che la costruzione della struttura dovesse prevedere un numero di posti auto a rotazione minimo pari a 457, in conformità al Programma urbano parcheggi, l'offerta della società W non fosse accoglibile in quanto offriva un numero di posti auto pari a 427. Con il secondo motivo si lamentava come, nell'esaminare l'elemento "Valore economico del finanziamento per la riqualificazione della Piazza (5 punti massimi)" nonostante la società Y avesse tempestivamente chiarito che l'ammontare complessivo degli oneri per la riqualificazione risultava pari ad euro 2.150.636,66, la Commissione considerava soltanto l'importo di euro 1.810.000 (scomputando gli oneri fiscali e tecnici pari ad euro 340.636,66), e per l'effetto, la proposta migliore risultava quella presentata dal promotore, pari a euro 2.100.000; alla società W, che offriva euro 1.623.000 venivano attribuiti 3,86 punti, mentre alla società Y, considerando solo il parziale importo di euro 1.810.000, venivano attribuiti soltanto 4,31 punti sufficienti a

scuola forense foro europeo metodo (esempi soluzioni)

permettere di collocarsi al primo posto in graduatoria, tenuto conto degli altri attribuibili in relazione alle altre voci di progetto. Si costituiva la controinteressata società W che contestava nel merito la censure sollevate dal ricorrente, e, preliminarmente, eccepiva la carenza di interesse dalla controparte per non aver partecipato alla gara indetta sulla base del progetto selezionato dal Comune.

Il candidato, assunto le vesti del legale della società Y, rediga memoria difensiva nell'interesse dalla propria assistita illustrando gli istituti e le problematiche sottese alla fattispecie in esame.

1. (INTESTAZIONE)

Ecc. mo Tribunale Amministrativo Regionale

del/della _____ – Sede di _____

Ric. n. _____/2007 R.G. – U.P. del _____

Memoria difensiva

2. (EPIGRAFE)

nell'interesse della Società Y (C.F. e P.Iva _____), con sede in _____, Via/Piazza _____, in persona del legale rappresentante pro tempore, _____, rappresentata e difesa dall'Avv. _____ del Foro di _____ (C.F. _____) ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in _____, Via/Piazza _____, con indicazione di voler ricevere ogni comunicazione, ai sensi dell'art. 136 c.p.a., all'indirizzo p.e.c. _____ ed al numero di fax _____, giusta delega già rilasciata a margine/in calce al ricorso introduttivo;

- ricorrente contro il COMUNE DI ALFA (C.F. _____), in persona del Sindaco pro tempore, e la COMMISSIONE GIUDICATRICE nominata dal Comune di Alfa con provvedimento n. _____ del _____, in persona del legale rappresentante pro tempore;
- resistente

nonché nei confronti della SOCIETÀ W (C.F. e P.Iva _____), in persona del legale rappresentante pro tempore (con l'Avv. _____)

- controinteressata

3. (FATTO)

Premesse in fatto

In vista della epigrafata udienza di discussione, nel rimandare integralmente a quanto già argomentato nel ricorso introduttivo, con il presente atto si intende svolgere alcune sintetiche considerazioni in merito a quanto affermato dalla società controinteressata nella sua memoria difensiva.

A tal fine giova ripercorrere brevemente i fatti di causa.

Con avviso pubblicato in data 18.12.2005 (cfr. doc. 1 allegato al ricorso), ai sensi dell'art. 37 bis della L. n. 109/1994, il Comune di Alfa avviava una procedura ad evidenza pubblica avente ad oggetto la ricerca di soggetti privati promotori di proposte per la finanzia di progetto in relazione alla realizzazione di un parcheggio interrato posto al di sotto di un'area di mercato nel territorio comunale.

A tale procedura partecipavano diverse imprese, tra cui la odierna ricorrente e la società W che, rispettivamente in data _____ (cfr. doc. 2 allegato al ricorso) e in data _____ (cfr. doc. 3 allegato al ricorso), presentavano all'Amministrazione civica le loro soluzioni progettuali.

scuola forense foro europeo metodo (esempi soluzioni)

Con delibera n. 103 del 10.11.2007 (cfr. doc. 4 allegato al ricorso) la Giunta Comunale di Alfa dichiarava tecnicamente ammissibili e fattibili cinque proposte, tra cui le due appena menzionate, collocando al primo posto la controinteressata società W, cui veniva riconosciuta la qualifica di promotore, ed al secondo posto la società Y.

Con avviso pubblicato il _____ (cfr. doc. 5 allegato al ricorso) il Comune di Alfa indiceva la successiva gara per l'affidamento della relativa concessione di costruzione e gestione del parcheggio interrato, ai sensi degli artt. 37-bis e ss. della L. n. 109/1994, ponendo a base di gara il progetto prescelto nella precedente fase.

A tale procedura concorrenziale non partecipava la Società Y, la quale invece in data _____ proponeva dinanzi a codesto ecc.mo TAR ricorso avverso la predetta delibera di Giunta comunale.

Nello specifico, la ricorrente formulava due distinti motivi di censura.

Sotto un primo profilo, si evidenziava come l'offerta della società W non fosse meritevole di accoglimento, giacché prevedeva un numero di posti auto a rotazione pari a 427 a fronte di quello minimo pari a 457 espressamente stabilito nel paragrafo "Caratteristiche generali degli interventi" dell'avviso indicativo del Comune di Alfa (cfr. doc. 1 allegato al ricorso introduttivo). Per altro verso, si lamentava un palese travisamento dei fatti da parte dell'Amministrazione comunale la quale, nell'esaminare l'elemento "Valore economico del finanziamento per la riqualificazione della Piazza (5 punti massimi)", nonostante la società Y avesse tempestivamente chiarito che l'ammontare complessivo degli oneri per la riqualificazione risultava pari ad euro 2.150.636,66, considerava soltanto l'importo di euro 1.810.000 (scomputando del tutto immotivatamente gli oneri fiscali e tecnici pari ad euro 340.636,66). Di conseguenza, alla controinteressata, che offriva euro 1.623.000, venivano attribuiti 3,86 punti, mentre alla società Y, considerando il parziale importo di euro 1.810.000 preso in esame, venivano attribuiti soltanto 4,31 punti (anziché il punteggio massimo), insufficienti a permetterle di collocarsi al primo posto nella graduatoria finale, tenuto conto anche dei punteggi attribuiti alle due imprese in relazione alle altre voci di progetto.

In data _____ si costituiva in giudizio la società controinteressata eccependo, da un lato, l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse della Società Y per non aver partecipato alla successiva gara indetta dal Comune di Alfa sulla base del progetto del promotore prescelto e, dall'altro, l'infondatezza nel merito dei motivi di gravame.

Alla luce di tali circostanze, con il presente atto si intende rilevare la palese inconsistenza delle eccezioni sollevate dalla difesa avversaria ed insistere per l'accoglimento del ricorso per effetto delle seguenti considerazioni in

4. (DIRITTO)

DIRITTO

I. Sulla piena sussistenza dell'interesse al ricorso.

- CORNICE NORMATIVA (interesse a ricorrere e project financing)

In via preliminare, appare opportuno evidenziare la piena sussistenza dell'interesse a ricorrere della società Y.

In tal senso, vale la pena premettere che in base all'art. 100 c.p.c., nonché più specificatamente alle norme del Codice del processo amministrativo, di cui al D.lgs. n. 104/2010, nel frattempo entrato in vigore, al fine dell'ammissibilità di un ricorso è necessario

scuola forense foro europeo metodo (esempi soluzioni)

che il proponente abbia un interesse ad agire.

Quest'ultimo, unitamente alla legittimazione a ricorrere, costituisce una condizione fondamentale per poter proporre ricorso dinanzi al Giudice Amministrativo, laddove il primo presuppone una lesione dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio e l'utilità della pronuncia giurisdizionale invocata e la seconda postula la titolarità di una posizione differenziata rispetto al *quisque de populo* che abiliti il ricorrente all'esercizio dell'azione.

In altre parole, l'interesse a ricorrere si caratterizza sia per la prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente sia per la effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'annullamento dell'atto amministrativo impugnato.

Per altro verso, occorre dar conto anche dei principi costituzionali di effettività della tutela giurisdizionale, di cui all'art. 24 Cost. (oggi ripreso anche nell'art. 1 del c.p.a.), in base al quale tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, e della sindacabilità degli atti della Pubblica Amministrazione, di cui all'art. 113 Cost., in base al quale contro quest'ultimi è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

Tutto ciò necessariamente premesso, al fine di dimostrare l'interesse al ricorso della società Y, si ritiene utile passare ora ad inquadrare sinteticamente la peculiare procedura della finanza di progetto di cui agli artt. 37-bis e ss. della L. n. 109/1994.

- QUESITO DI DIRITTO

Occorre, infatti, domandarsi se nell'ambito del procedimento di project financing l'atto di scelta del promotore, quale conclusione della prima delle fasi in cui tale procedimento si articola, determina o meno una immediata lesione per i concorrenti non prescelti; con la conseguenza che, qualora sia immediatamente lesivo, deve essere immediatamente impugnato dai concorrenti non prescelti, senza attendere l'esito degli ulteriori subprocedimenti di aggiudicazione della concessione.

- TESI

Orbene, come è noto, il project financing è un istituto finalizzato alla realizzazione di interventi di una certa entità mediante il concorso di risorse pubbliche e private e con l'impiego dello strumento della concessione di costruzione e gestione.

Sul piano procedurale, in base alla predetta normativa, la finanza di progetto si articola(va) in due ampie fasi concorrenziali più una terza negoziata: la prima si sostanzia nella individuazione di una proposta progettuale di pubblico interesse e del c.d. promotore; la seconda consiste in una gara per l'affidamento della concessione, nella quale viene posto alla base il progetto prescelto; la terza prevede la mera comparazione della proposta del promotore e delle due migliori proposte selezionate nella precedente fase, fermo restando la possibilità per il primo di risultare in ogni caso aggiudicatario semplicemente adeguando la sua proposta a quella ritenuta più conveniente dall'Amministrazione.

Al promotore è, quindi, riconosciuta una evidente posizione di vantaggio sia per la conoscenza anticipata del progetto preliminare che viene posto a base della gara per l'affidamento della concessione, sia per la anzidetta possibilità di conseguire l'aggiudicazione. Ed infatti, tale soggetto diviene senz'altro aggiudicatario qualora non siano presentate altre offerte ovvero, ad ogni modo, esercitando quello che viene definito dalla legge come un vero e proprio diritto di prelazione.

scuola forense foro europeo metodo (esempi soluzioni)

A ciò si aggiunga che il promotore, laddove non intenda adeguare la sua proposta all'offerta rivelatasi migliore nella seconda fase, può altresì vantare l'alternativo diritto al rimborso forfetario delle spese sostenute per la presentazione della proposta, individuato dalla legge nella significativa misura del 2,5% del valore dell'investimento.

Ne consegue la notevole e decisiva rilevanza della fase di scelta del promotore, inteso quale autonomo sub-procedimento, all'interno dell'intera procedura di finanza di progetto.

Tale circostanza sembra avvalorata, peraltro, dal fatto che l'attuale disciplina del project financing, di cui all'art. 153 del D.lgs. n. 163/06 (che ha recepito, pur con diverse e rilevanti modificazioni, le disposizioni di cui agli artt. 37-bis e ss. della L. n. 109/1994), stabilisce che la scelta del promotore avvenga all'esito di una vera e propria procedura comparativa concorrenziale, con la preventiva individuazione dei requisiti partecipativi e dei criteri di valutazione; nelle procedure di cui ai commi 15, 16, 17, 18 e 19, è poi attribuito al promotore il diritto di prelazione ovvero l'alternativo diritto al rimborso delle spese.

Sulla scorta di tali considerazioni, non sembrano quindi esservi dubbi sul fatto che (ora come allora) il provvedimento che definisce l'autonoma fase di scelta del promotore possa definirsi immediatamente lesivo della posizione dell'operatore economico non prescelto.

Sul punto, basti considerare che al promotore è attribuita inequivocabilmente una posizione preminente rispetto agli altri concorrenti, giacché, come sopra osservato, non solo il suo progetto viene posto a base della successiva gara per l'affidamento della concessione, ma a questi è altresì riconosciuto il diritto di scegliere alternativamente se divenire in ogni caso aggiudicatario, semplicemente adeguando la sua proposta, ovvero di ottenere il menzionato rimborso delle spese sostenute.

Di converso, appare altresì evidente la posizione deteriore degli altri operatori economici non prescelti, i quali, oltre a non vedersi riconosciuti i medesimi benefici spettanti al soggetto prescelto, pur potendo partecipare alla successiva fase di gara e presentare un'offerta migliore rispetto a quest'ultimo, vedrebbero in ogni caso il loro bene della vita, consistente nell'aggiudicazione della concessione sulla base della soluzione progettuale proposta, subordinato all'esercizio o meno del citato diritto di prelazione.

Di qui l'immediata ed autonoma lesività del provvedimento di scelta del promotore e, contestualmente, l'onere di immediata impugnazione, a pena di decadenza, del medesimo atto da parte dell'interessato; tanto è vero che la scelta del promotore non tempestivamente impugnata non potrebbe più essere contestata dopo la conclusione dell'intera procedura.

Di tale avviso, del resto, risulta essere anche il Consiglio di Stato che, intervenendo definitivamente sulla questione in Adunanza Plenaria, ha affermato il principio di diritto secondo cui "nel procedimento di project financing, articolato in più fasi, la prima delle quali si conclude con la scelta, da parte della stazione appaltante, del promotore, l'atto di scelta del promotore determina una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto e un definitivo arresto procedimentale per i concorrenti non prescelti; tale atto è pertanto lesivo e deve essere immediatamente impugnato dai concorrenti non prescelti, senza attendere l'esito degli ulteriori subprocedimenti di aggiudicazione della concessione" (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 28.1.2012, n. 1).

- SOLUZIONE

Alla luce di tale chiaro principio giurisprudenziale risulta evidente l'interesse ad agire della

scuola forense foro europeo metodo (esempi soluzioni)

odierna ricorrente, a prescindere dalla sua partecipazione o meno alla successiva gara di affidamento della concessione.

La società Y ha, infatti, partecipato alla fase di scelta del promotore e presentato una proposta ritenuta ammissibile e fattibile dal Comune di Alfa, collocandosi poi del tutto illegittimamente (per le ragioni già spiegate nel ricorso e di seguito ribadite) soltanto al secondo posto nella relativa graduatoria alle spalle della società W.

Per quanto sopra osservato, in disparte l'autonomia delle distinte fasi che compongono la procedura di finanza di progetto, nonché i menzionati benefici derivanti dalla qualifica come promotore, è agevole comprendere come l'impossibilità di conseguire la concessione sulla base del progetto presentato nella prima fase, per effetto dell'impugnato provvedimento di scelta del promotore, abbia comportato un'immediata lesione dell'interesse della società Y avverso la quale la medesima ha tempestivamente reagito.

Ne consegue la piena ammissibilità del ricorso ed, in particolare, la sussistenza dell'interesse ad agire della odierna ricorrente, stante la concretezza e l'attualità della lesione derivante proprio dalla mancata individuazione come promotore nel senso sopra spiegato.

II. Sulla fondatezza del primo motivo di ricorso.

Passando ora ad analizzare nel merito le censure già formulate, vale la pena ribadire la fondatezza del primo motivo di ricorso.

A tal riguardo, si rammenta che, ai sensi degli artt. 37-bis e ss. della L. n. 109/1994, la procedura di finanza di progetto e le relative proposte dei privati possono essere formulate soltanto in relazione a quei lavori pubblici o di pubblica utilità inseriti nella programmazione triennale ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'Amministrazione sulla base della normativa vigente.

La scelta del promotore non è intesa come la scelta della migliore proposta progettuale sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, bensì come la valutazione dell'esistenza stessa di un pubblico interesse che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta presentata dall'operatore economico aspirante promotore.

In tale fase procedimentale, pertanto, si distinguono due sotto fasi: la prima, consistente nella verifica dell'ammissibilità della proposta, rientra in una sfera tecnico – discrezionale demandabile ad una Commissione giudicatrice; la seconda, consistente nella effettiva valutazione di rispondenza della proposta ritenuta ammissibile al pubblico interesse sotteso al project financing, rientra nella sfera puramente discrezionale propria dell'organo di governo dell'Amministrazione procedente.

In particolare, spetta a quest'ultimo il compito di valutare se la proposta esaminata possieda o meno i contenuti progettuali minimi idonei a soddisfare l'interesse pubblico cui l'intervento è preordinato.

Si comprende agevolmente, quindi, come la procedura di scelta del promotore, pur articolandosi come un confronto concorrenziale tra più proposte, sia invero connotata da un'ampia discrezionalità da parte dell'Amministrazione, le cui valutazioni sono suscettibili di essere sindacate in sede giurisdizionale esclusivamente sotto il profilo della manifesta illogicità, irrazionalità, contraddittorietà e degli errori di fatto.

In tal senso, al fine di evidenziare l'eccesso di potere che ha caratterizzato l'azione del

scuola forense foroeuropeo metodo (esempi soluzioni)

Comune di Alfa e della Commissione giudicatrice, sotto le diverse figure sintomatiche appena indicate, occorre analizzare quali siano gli imprescindibili elementi di valutazione delle proposte di project financing.

Ebbene, la caratteristica fondamentale della finanza di progetto risiede nella circostanza che il programma dell'opera pubblica cui si intende dare attuazione non è ancora definito nei suoi contenuti progettuali. Tali contenuti costituiscono, infatti, proprio l'oggetto della proposta, fermo restando il fatto che quest'ultima deve pur sempre essere concepita e sviluppata, pena la sua inammissibilità, in funzione dell'interesse pubblico che la programmazione mira a realizzare. Di qui appare evidente che, pur nell'ampia discrezionalità riconosciuta, l'Amministrazione non può ritenere ammissibile né tanto meno dichiarare di pubblico interesse la soluzione progettuale che non presenti quei requisiti minimi di idoneità alla soddisfazione dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'intervento.

Tale circostanza risulta essere pacifica anche in giurisprudenza, laddove si afferma che nella fase di scelta del promotore "il compito dell'Amministrazione sarà appunto quello di valutare se il progetto proposto abbia o meno i contenuti necessari a soddisfare l'interesse pubblico in funzione del quale il programma è stato concepito" (Consiglio di Stato, Sez. V, 10.11.2005, n. 6287).

In base a tale criterio interpretativo risulta palese come la soluzione progettuale offerta dalla società W non sia accoglibile dal momento che contempla un numero di posti auto pari a 427, di molto inferiore al numero minimo pari a 457 previsto nell'avviso indicativo del 18.12.2005 (cfr. doc. 1 allegato al ricorso).

Si consideri, quindi, che la proposta della controinteressata non presenta quei contenuti progettuali necessari ad assicurare la compiuta realizzazione dell'interesse pubblico sotteso alla costruzione del parcheggio interrato, individuabile nella esigenza di pedonalizzare e decongestionare il traffico nel centro cittadino di Alfa, garantendo al contempo alla cittadinanza residente spazi idonei e numericamente sufficienti per la sosta dei loro autoveicoli.

Di qui la illegittimità per manifesta illogicità ed irrazionalità della scelta della società W come promotore, dal momento che la sua proposta non avrebbe certamente potuto essere dichiarata di pubblico interesse né tanto meno ammissibile ai fini della procedura di finanza di progetto in esame.

III. Sulla fondatezza del secondo motivo di ricorso.

Sebbene quanto fin qui osservato assuma carattere dirimente, giova insistere nella illegittimità del provvedimento impugnato anche sotto il diverso profilo dell'errore di fatto in cui è incorsa l'Amministrazione.

Ed infatti, nel richiamare quanto sopra argomentato in tema di valutazione delle proposte e di sindacabilità giurisdizionale della scelta del promotore, non può fare a meno di notarsi che l'Ente civico ha effettuato una errata considerazione dell'elemento "valore economico del finanziamento per la riqualificazione della piazza", così attribuendo alla ricorrente un punteggio inferiore a quello che le sarebbe spettato.

In particolare, la Commissione giudicatrice ha del tutto ingiustificatamente ritenuto di sottrarre dall'ammontare complessivo degli oneri per la riqualificazione indicato dalla società Y nella somma di euro 2.150.636,66 gli oneri fiscali e tecnici per un importo pari ad euro 340.636,66; tutto ciò, peraltro, sebbene la ricorrente avesse tempestivamente chiarito con comunicazione

scuola forense foroeuropeo metodo (esempi soluzioni)

del _____ (cfr. doc. 6 allegato al ricorso introduttivo) che alcuno scomputo avrebbe dovuto essere effettuato dalla cifra totale individuata nella proposta.

Di qui l'attribuzione di un punteggio inferiore (4,31 punti), rispetto a quello che le sarebbe invece spettato (5 punti), che ha comportato l'impossibilità per la ricorrente di collocarsi al primo posto in graduatoria in luogo della società W.

In tal senso, si deve ritenere assolta anche la c.d. prova di resistenza, giacché risulta provato in atti che se la società Y avesse ottenuto i 5 punti, derivanti dall'aver presentato la proposta migliore nella specifica voce di progetto in parola, la medesima avrebbe conseguito un punteggio complessivamente superiore a quello della controinteressata e sarebbe stata così individuata come promotore.

Ne consegue come il censurato errore di fatto sia tale da determinare la illegittimità del provvedimento di scelta del promotore da parte del Comune di Alfa anche sotto tale spiegato profilo.

P.Q.M.

insistendo nelle conclusioni già rese, si chiede che codesto ecc.mo Tribunale, disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso, voglia accogliere il ricorso proposto e per l'effetto annullare i provvedimenti impugnati; con ogni conseguente statuizione anche in ordine alle spese di lite.

Luogo e data

F.to Avv. _____