

Atto di diritto civile

Tizio e Caio con scrittura privata, in data 20.06.1991, avevano stipulato un contratto preliminare di compravendita in virtù del quale Tizio si era obbligato a trasferire a Caio la proprietà di un appartamento sito in Roma per il prezzo di 750 milioni di lire.

Il contratto prevedeva che il pagamento del prezzo sarebbe avvenuto per una parte, pari alla somma di 150 milioni di lire al momento della stipula del preliminare, per una parte in tre rate di 100 milioni ciascuna, senza determinazione del tempo del pagamento delle stesse, per il residuo al momento della stipula del contratto definitivo; la conclusione del contratto definitivo darebbe avvenuta nel termine di 30 giorni dalla formalizzazione della richiesta di stipula da parte di Tizio.

Nel contratto preliminare si prevedeva, inoltre, che al momento della sottoscrizione dello stesso Tizio avrebbe consegnato a Caio le chiavi dell'appartamento così garantendogli la piena disponibilità del bene.

In esecuzione dell'accordo concluso e contestualmente alla stipulazione del preliminare, Caio versava un assegno circolare ed i 150 milioni di lire e riceveva da Tizio le chiavi dell'appartamento.

Successivamente Caio effettuava il pagamento di due sole rate da 100 milioni di lire e Tizio non richiedeva il pagamento di quanto ulteriormente pattuito né formulava la richiesta di stipula del contratto definitivo.

Caio nel novembre del 2012 ha convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Roma Tizio chiedendo accertarsi che egli era divenuto proprietario del bene per usucapione.

A sostegno delle proprie ragioni Caio ha dedotto di essere stato l'unico possessore dell'appartamento di cui al preliminare di vendita, fin dal giugno del 1991 e di aver agito sostenendo tanto le spese di condominio che quelle necessarie all'ordinaria manutenzione.

Assunte le vesti del legale di Tizio, il candidato rediga l'atto giudiziario ritenuto più utile alla difesa del suo cliente.

La traccia pone la questione della qualificazione, in termini di detenzione o possesso, della situazione del promissario acquirente in caso di preliminare a c.d. effetti anticipati (con la consegna del bene anticipata rispetto al definitivo). Della questione si sono occupate le Sezioni Unite con la sentenza 27 marzo 2008, n. 7930, accogliendo la tesi della detenzione. In particolare, secondo, le Sezioni Unite, il promissario acquirente di un bene immobile il quale, in virtù di un preliminare di compravendita, da un lato, anticipi in tutto o in parte il pagamento del prezzo e, dall'altro, ottenga l'immediata immissione nel godimento del bene per effetto dell'esecuzione anticipata della consegna della "res" da parte del promittente venditore, non può essere qualificato come possessore in grado di acquisirne la proprietà a titolo di usucapione, non avendo egli l'"animus possidendi" che, essendo uno stato di fatto, non può essere trasferito. Costui, infatti, consegue la disponibilità materiale del bene in virtù di un contratto di comodato collegato al preliminare e ha, pertanto, la semplice detenzione qualificata della "res", esercitata "alieno nomine". Per converso, l'anticipazione del prezzo si spiega con la stipulazione di un contratto di mutuo gratuito, anch'esso collegato al preliminare. Tale detenzione, per trasformarsi in possesso utile ai fini dell'usucapione ventennale, necessita di uno specifico atto

di "interversio possessionis". Quest'ultimo, peraltro, non è un semplice atto di volizione interna, ma deve chiaramente manifestarsi all'esterno attraverso il compimento di atti che consentano di desumere, anche al possessore, che il detentore ha iniziato a esercitare il potere di fatto sulla cosa "nomine proprio".

Partendo da tale giurisprudenza, la redazione della comparsa di risposta a favore di Tizio non creava particolari difficoltà.

Atto di diritto penale

All'esito di perquisizione domiciliare effettuata presso l'abitazione ove vivono i fratelli Tizio e Caio la polizia giudiziaria, presente in casa solo Tizio, procede al sequestro di un quantitativo di sostanze stupefacenti del tipo cocaina del peso di gr. 800 circa, oltre a sostanza da taglio e confezioni di bustine di plastica trasparente, il tutto rinvenuto a vista in un pensile della cucina, vicina ad un bilancino elettronico funzionante.

Nella stanza di Tizio viene altresì rinvenuta e sequestrata la somma in contanti di euro 1.200 suddivisa in banconote da 10, 20 e 50 euro custodite in un cassetto dell'armadio ed un'agenda con annotazioni di nomi di persone, numeri di telefono e cifre in danaro, posta all'interno del cassetto del comodino.

Poco dopo, quando la PG è ancora presente in casa, giunge anche Caio, incensurato, a cui viene sequestrata, all'esito di perquisizione personale, la somma in contanti di 120 euro che lo stesso aveva nel portafoglio.

Tizio e Caio vengono tratti in arresto, e nell'interrogatorio all'udienza di convalida innanzi al GIP, Tizio si assume la responsabilità esclusiva della disponibilità della sostanza stupefacente, Caio conferma che la sostanza era di proprietà esclusiva del fratello.

Con ordinanza emessa all'esito della convalida viene applicata nei confronti di entrambi la misura della custodia cautelare in carcere per il reato di concorso nella detenzione della sostanza stupefacente su indicata.

Il candidato, assunte le vesti del legale di Caio, rediga l'atto più opportuno evidenziando le problematiche sottese alla fattispecie in esame.

La descrizione dei fatti proposta dalla traccia evidenzia in maniera piuttosto chiara che nei confronti di Caio non emergono elementi da cui possano desumersi i gravi indizi di colpevolezza che possa giustificare l'applicazione della misura cautelare.

Giocano a suo favore la dichiarazione resa dal fratello Tizio in ordine alla sua estraneità dal reato e l'importo della somma di denaro (privo di alcuna significatività) trovata nel suo portafoglio (solo 120 euro).

Del resto la giurisprudenza penale distingue chiaramente la mera connivenza (penalmente irrilevante) dal concorso di persone nel reato, richiedendo nel secondo caso la prova di un concorso effettivo (morale o materiale) che si sia tradotto in un contributo partecipativo alla realizzazione del fatto. La prova di tale contributo nel caso di specie manca.

Sono difficilmente configurabili inoltre le esigenze cautelari. Il pericolo di inquinamento delle prove è escluso dal sequestro già disposto del materiale trovato in caso; il pericolo di reiterazione del reato è difficilmente configurabile data la debolezza degli elementi indizianti (di cui si è già detto) e considerato che Tizio è anche incensurato. Non ci sono, infine, elementi da cui desumere il pericolo di fuga (che secondo la giurisprudenza deve essere dedotto non da generiche considerazioni, ma da precisi elementi indicativi della volontà di sottrarsi alla giustizia).

Atto di amministrativo

Con bando di gara pubblicato in data 10 dicembre 2011 l'Ente Pubblico Alfa indiceva una procedura selettiva con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento dei servizi di pulizia dell'aeroporto Beta.

Con istanza tempestivamente presentata le imprese Delta e Kappa chiedevano di partecipare alla gara dichiarando che si sarebbero costituite in ATI (Associazione Temporanea Imprese) nella quale la società Kappa avrebbe assunto la qualità di capogruppo, senza tuttavia specificare la quota di partecipazione alle parti del contratto da svolgersi di ciascuna di esse.

Ai fini della prestazione della garanzia provvisoria ai sensi dell'articolo 75 del d.l. 12 aprile 2006 n 163, la costituenda ATI, presentava cauzione a nome della capogruppo Kappa.

La commissione di gara iniziava i lavori di valutazione delle offerte presentate in data 20 gennaio 2012. La società Omega, che aveva presentato un'offerta che le avrebbe permesso di collocarsi al secondo posto in graduatoria, rimaneva esclusa con provvedimento della commissione di gare datato 15 febbraio 2012, non avendo prodotto documentazione che comprovasse il possesso dei dichiarati requisiti di capacità tecnica risultante da precedenti rapporti intrattenuti con altra PA.

Con atto del 22 febbraio 2012 la stazione appaltante aggiudicava l'appalto all'ATI costituita tra Delta e Kappa.

Il candidato assume le vesti del legale della società omega rediga l'atto ritenuto più idoneo alla tutela degli interessi della propria assistita.

La società Omega dovrebbe chiedere l'annullamento dell'esclusione disposta nei suoi confronti e l'annullamento dell'aggiudicazione disposta a favore dell'ATI Delta-Kappa, con conseguente richiesta di condannare l'Amministrazione a disporre l'aggiudicazione a suo favore.

A sostegno **dell'annullamento dell'esclusione** si dovrebbe invocare: **1)** la mancata applicazione della regola del soccorso istruttorio (l'Amministrazione prima di escluderla avrebbe dovuto chiederle la produzione della documentazione comprovante i requisiti. In tal senso cfr. **Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 17 maggio 2013, n. 2681**); **2)** la violazione del principio di tassatività della cause di esclusione sancito dal comma 1-bis dell'art. 46 del codice dei contratti pubblici (così come introdotto dal d.l. 11 maggio 2011, n. 70, applicabile ratione temporis alla presente procedura in quanto bandita il 10 dicembre 2011). In base a tale disposizione le cause che prevedono causa di esclusione non tipizzate dalla legge sono nulle (e, quindi, la relativa illegittimità può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, pur in mancanza di impugnazione),

A sostegno **dell'annullamento dell'aggiudicazione** disposta a favore dell'ATI Delta-Kappa si dovrebbe invocare: **1)** la violazione dell'art. 37 d.lgs. n. 163/2006 per la mancata specificazione delle quote di esecuzione della prestazione oggetto del contratto (cfr. **Cons. Stato, Ad. Plen. n. 22 e n. 26 del 2012**); **2)** la violazione dell'art. 75 d.lgs. n. 163 del 2006 (perché la cauzione avrebbe dovuto essere prestata a favore non solo della capogruppo ma anche delle altre imprese mandanti (cfr. **Ad. Plen. n. 1 del 2010**).

In via subordinata, nella denegata ipotesi in cui il giudice dovesse respingere la domanda di annullamento del provvedimento di esclusione, si potrebbe valutare l'opportunità di proporre una domanda subordinata volta ad ottenere il rifacimento della gara, al fine di soddisfare il c.d.

interesse strumentale alla ripetizione della procedura. Nel caso di specie, sembra che alla gara abbiano partecipato solo due imprese (anche se sul punto la traccia non è esplicita). In questo caso troverebbero applicazione i principi affermati dalla **Corte di giustizia** con la sentenza **4 luglio 2013, C. 100/12**, nonché dalla già citata **Cons. Stato, sez. VI, n. 2681/2013** in ordine alla possibilità per il soggetto escluso dalla gara di proporre comunque ricorso per ottenere l'esclusione dell'aggiudicatario in vista della ripetizione della gara medesima.