

**Esame avvocato 2011: terza traccia e svolgimento atto giudiziario in materia di diritto amministrativo**

*L'università degli studi di Alfa acquistava la totalità delle quote della società privata Zeta, proprietaria dell'immobile Zeta, per destinarlo a sede universitaria.*

*Modificato l'oggetto sociale di Zeta, includendovi anche attività di progettazione (architettonica ed urbanistica) e costruzione, l'università deliberava di procedere alla scissione della società Zeta in due distinti enti: la società Gamma, destinata alla gestione del patrimonio immobiliare posseduto, e la società Delta cui si attribuivano compiti di progettazione e costruzione, previa cessione del ramo di azienda. I locali ordini degli architetti e degli ingegneri impugnavano gli atti con i quali era stata deliberata ed approvata la scissione della società Zeta, nonché quello con cui si attribuivano alla neo-costituita società Delta i compiti di progettazione e costruzione, richiedendo, tra l'altro, la decisione del ricorso ai sensi dell'art 119 c.p.a., lamentando lo svolgimento di attività concorrenziale nei confronti dei professionisti da loro tutelati.*

*Il candidato, assunte le vesti di legale dell'università, rediga l'atto ritenuto più idoneo alla tutela degli interessi della propria assistita illustrando le problematiche e gli istituti sottesi alla fattispecie in esame, con particolare riguardo alle questioni relative alla giurisdizione e all'interesse ad agire.*

**Svolgimento Esame d'avvocato 2010: atto giudiziario in materia di diritto amministrativo a cura di Anna Di Stefano**

(Docente presso Altalex Formazione)

**Possibile soluzione schematica a cura di [Altalex](#)**

**La soluzione indicata in modo sintetico e schematico è solo una delle possibili; ha mero valore orientativo.**

La traccia assegnata si ispira a tematiche rimesse alla cognizione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con [sentenza n.10 del 2011](#), ha enunciato principi utili in tema di giurisdizione ed interesse ad agire.

Il caso assegnato ai candidati, benchè affronti numerose e complesse problematiche, tanto dal punto di vista normativo che processuale, può riassumersi nei seguenti punti principali:

1. La traccia esamina una particolare procedura seguita dall'Università degli Studi di Alfa che acquista tutte le quote di una società privata (Zeta) e ne modifica l'oggetto sociale includendovi attività di progettazione e costruzione, deliberando poi di procedere alla scissione della Zeta in due distinte società: la Gamma, destinata a gestione di patrimonio immobiliare e la Delta con compiti di progettazione e costruzione previa cessione di ramo d'azienda.

2. Il testo assegnato ai candidati riferisce il comportamento processuale adottato dai locali Ordini degli architetti e degli ingegneri che impugnano gli atti con cui veniva deliberata la scissione della

Zeta nonché quelli con cui si attribuivano a detta società i compiti di progettazione e costruzione, lamentando lo svolgimento di attività concorrenziale nei riguardi dei professionisti iscritti.

3. Viene altresì specificato che il ricorso introdotto dagli ordini professionali mira ad ottenere la decisione ai sensi dell'art. 119 c.p.a.

La traccia, nella parte finale, fornisce al candidato utili spunti di riflessione in ordine alla scelta dell'atto processuale idoneo a tutelare la posizione dell'Università degli Studi di Alfa nonché in merito alle argomentazioni difensive da utilizzare. Infatti, il testo assegnato indirizza il candidato verso osservazioni giuridiche in tema di "giurisdizione" ed "interesse ad agire".

Ai fini della soluzione, il candidato doveva pertanto procedere alla redazione di una memoria di costituzione nell'interesse dell'Università Alfa, quale atto di costituzione in giudizio nell'ambito del procedimento introdotto con ricorso (ai sensi dell'art. 119 c.p.a.) dagli Ordini professionali suddetti.

*In primis* le osservazioni difensive dovevano concentrarsi sulla giurisdizione del G.A. in relazione alle richieste formulate con il ricorso introduttivo ed in rapporto agli specifici atti impugnati.

Il candidato, prendendo spunto dalla dottrina maggioritaria in materia e da alcune osservazioni contenute nella decisione adottata dall'Adunanza Plenaria ([n. 10/2011](#)), poteva rilevare il difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo relativamente agli atti impugnati dai ricorrenti. Si tratta infatti di atti con i quali è stata deliberata ed approvata la scissione della società Zeta e quelli con cui sono stati attribuiti alla neo-costituita Delta compiti di progettazione e costruzione. Tali atti, che seguono il modello privatistico degli atti societari, afferiscono alla gestione di un soggetto giuridico di natura privatistica e non sono espressione di potestà pubblica. Come tali non possono essere invalidati dal Giudice Amministrativo, spettando la giurisdizione al Giudice Ordinario.

Il rilievo del difetto di giurisdizione contenuto nel corpo della memoria di costituzione consente una pronuncia *ex officio* da parte dell'organo giurisdizionale amministrativo (art. 9 c.p.a.).

Successivamente, e nonostante il difetto di giurisdizione sollevato, il candidato doveva comunque affrontare ulteriori motivi di doglianza in merito all'azione proposta dagli Ordini professionali. Occorreva rilevare l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva e conseguente difetto di interesse a ricorrere.

Sotto questo profilo, innanzitutto occorre evidenziare che gli Ordini Professionali sono legittimati ad agire in giudizio a tutela degli interessi dell'intera categoria professionale rappresentata, tuttavia tale legittimazione non esiste quando vi è un potenziale conflitto d'interesse tra i professionisti rappresentati in quanto occorre la necessaria omogeneità della rappresentanza di interessi di cui l'associazione è ente esponenziale. Conseguentemente viene meno anche l'interesse, seppure strumentale, a proporre il ricorso in questione. Da tali premesse, con riferimento specifico all'oggetto del ricorso (svolgimento dell'attività concorrenziale nei confronti dei professionisti tutelati) gli Ordini Professionali non possono tutelare la concorrenza ed il mercato in generale ma soltanto le attività di competenza delle categorie professionali rappresentate.

Vi è poi da rilevare, sempre sotto il profilo del difetto d'interesse e della inammissibilità del ricorso, che i ricorrenti si sono limitati ad impugnare gli atti di approvazione della scissione della società Zeta e quelli di attribuzione dei compiti di progettazione e costruzione alla neo costituita società Delta, senza impugnare gli atti ad essi prodromici, vale a dire le delibere con cui l'università decideva di acquistare le quote societarie di Zeta e di modificare l'oggetto sociale.

Infine, in relazione al difetto di interesse da parte degli Ordini Professionali, occorre osservare che l'ipotetico accoglimento del ricorso non avrebbe potuto comunque far conseguire ai ricorrenti alcun vantaggio, poiché l'originaria società esistente prima della scissione avrebbe continuato l'attività di progettazione e costruzione contestata.

Per completezza, sotto il profilo squisitamente processuale, occorre ancora esaminare se la questione rientrasse o meno nell'ambito di applicazione dell'art. 119 c.p.a. La norma regola le materie per le quali è possibile ricorrere ad un giudizio abbreviato, disponendo, tra l'altro, il dimezzamento dei termini processuali. Il caso esaminato non rientra in alcuna delle previsioni di cui all'art. 119 c.p.a. In particolare, la società di progettazione e costruzione è stata costituita al fine di partecipare a procedure di affidamento di incarichi di progettazione in qualità di operatore economico, ma siamo al di fuori di un provvedimento concreto di affidamento di lavori.

Infine, per mero scrupolo difensivo, il candidato doveva sostenere che le pretese di merito (relative allo svolgimento di attività concorrenziale nei confronti dei professionisti tutelati dagli Ordini ricorrenti) risultavano comunque infondate. L'Università, per vero, aveva proceduto legittimamente all'acquisto della totalità delle quote della società provata Zeta, realizzando una forma societaria con totale partecipazione pubblica ed in tale forma aveva successivamente operato per realizzare esclusivamente fini istituzionali propri dell'Ente. In quest'ottica risultava garantito il principio di concorrenzialità vista l'assenza del fine di lucro nell'attività d'impresa svolta dall'Università diretta semplicemente la realizzazione delle proprie finalità istituzionali.

**Conclusivamente** e per le ragioni pregiudiziali e preliminari rilevate nel corpo della memoria di costituzione, il candidato doveva rassegnare conclusioni dirette ad una pronuncia di inammissibilità ed infondatezza del ricorso principale.