

## SOLUZIONI ESAME 2015 – ATTI GIUDIZIARI

### Atto giudiziario in materia di diritto 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 (spettando 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.

### Commento

La traccia evidenzia diverse eccezioni mosse dal garante Tizio nell'atto di opposizione all'ingiunzione, eccezioni sulle quali dovrebbe essere presa specifica posizione nella comparsa di risposta da redigere nell'interesse della banca Alfa.

Primariamente va evidenziato che potrebbe essere dirimente la qualificazione del contratto stipulato tra Tizio e la banca Alfa quale "contratto autonomo di garanzia", sulla scorta della giurisprudenza che ritiene sufficiente a tal fine l'inserimento di clausole di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni", in quanto incompatibili con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione (tra le altre in tal senso si vedano Cass. 10998/11 e Cass. 3947/10).

In questo caso, infatti, sarebbe preclusa al garante la possibilità di sollevare eccezioni in ordine al rapporto principale, normativamente prevista dall'articolo 1945 c.c.

Né parrebbe fondata l'eccezione di incompetenza territoriale sollevata da Tizio, in ragione del fatto che il pagamento richiestogli avrebbe dovuto essere eseguito presso il "domicilio" della banca creditrice a norma dell'articolo 1182 terzo comma c.c. e quindi in Milano, con conseguente competenza del tribunale della medesima città ad emettere l'ingiunzione ai sensi dell'articolo 20 c.p.c.

Nulla cambierebbe poi, in relazione a tale aspetto, se la garanzia venisse qualificata come fideiussione, come auspica Tizio.

In ragione del nesso inscindibile tra obbligazione principale e fideiussione, stante l'accessorietà di quest'ultima, il foro non muta per le controversie relative all'obbligazione fideiussoria (si vedano ad esempio Cass. 180/13 e Cass. 8576/14).

Se tale soluzione potrebbe sembrare definitiva, va però considerato che, secondo altro orientamento, per qualificare la garanzia come "autonoma" non è decisivo l'uso delle espressioni sopra indicate ("a prima richiesta e senza eccezioni"), dovendosi verificare piuttosto l'effettiva relazione che le parti hanno inteso porre tra l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia; solo se sussiste l'assenza dell'accessorietà, infatti, la garanzia può essere qualificata come autonoma (tra le altre si veda Cass. 15108/13).

Ed è forse invocando tale orientamento che Tizio attribuisce al contratto di garanzia la natura di fideiussione.

In una corretta ottica difensiva, pare quindi opportuno considerare, seppure in via subordinata, anche l'ipotesi che, al di là del dato letterale, il contratto di garanzia sia qualificabile come fideiussione nonostante la totale assenza di elementi in tal senso all'interno dei fatti di causa..

Anche in tale ipotesi, tuttavia, le eccezioni di Tizio non paiono fondate.

Quanto all'eccezione di mancata pattuizione degli interessi ultralegali, va rilevato come tale affermazione sembri in contraddizione con la successiva eccezione di "nullità della pattuizione degli interessi" che fa presumere, invece, che una pattuizione riguardo agli interessi vi sia stata.

Volendo comunque prendere in considerazione tale eccezione, posto che, stando a quanto detto in traccia, il debito è relativo ad un "rapporto di apertura di credito", va ricordato che l'apertura di credito costituisce un rapporto collegato al conto corrente che, in quanto tale, non richiede la prova scritta *ad substantiam* ogni qual volta tale requisito sia soddisfatto dal conto corrente al quale accede (in tal senso si vedano Cass. 19941/06 e Cass. 14470/05); la contestazione sarebbe quindi priva di pregio.

Parimenti infondata appare, infine, l'eccezione sulla nullità della pattuizione degli interessi perché la sommatoria tra quelli corrispettivi e quelli moratori supererebbe le soglie d'usura.

Al riguardo la difesa potrebbe essere concentrata sul differente inquadramento giuridico degli interessi compensativi e degli interessi moratori, che hanno autonoma e distinta funzione: i primi rappresentano infatti il corrispettivo dell'apertura di credito concessa al correntista, mentre i secondi assolvono ad una funzione risarcitoria, preventiva e forfettizzata, del danno da ritardo nell'adempimento.

In questa prospettiva, come peraltro più volte riconosciuto da ultimo dalla giurisprudenza di merito, ai fini della verifica dell'eventuale superamento della soglia di usura gli interessi corrispettivi e quelli moratori devono essere valutati singolarmente e non in sommatoria. I predetti interessi, infatti, sono tra loro alternativi in ragione delle diversità sia funzionali (gli interessi di mora non sono riconducibili alla erogazione del credito nè hanno natura corrispettiva, ma sono collegati, quale onere eventuale, ad un inadempimento e hanno funzione risarcitoria), sia strutturali con riferimento alla base di calcolo e ai periodi di applicazione (gli interessi corrispettivi si applicano sull'ammontare totale del credito e per il periodo di durata del finanziamento, mentre quelli moratori si applicano sull'ammontare delle rate non pagate e per il periodo dell'inadempimento).

Sulla base di tali argomentazioni potrebbe quindi essere fondata la richiesta di rigetto dell'opposizione proposta da Tizio con integrale conferma del decreto ingiuntivo opposto, previa concessione della provvisoria esecutorietà dello stesso, parendo sussistere in specie i presupposti di cui all'articolo 648 c.p.c.

## Atto giudiziario di materia di diritto penale

### (Traccia assegnata al corso Ius&Law 2015 come parere n. 17 A)

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

### Commento

La traccia richiede di affrontare alcune questioni giuridiche sulle quali è di recente intervenuta la Suprema Corte.

In primo luogo, si tratta di porre in discussione la sussistenza delle aggravanti contestate (Tizio è stato condannato per furto aggravato dall'uso del mezzo fraudolento e dall'esposizione della cosa alla pubblica fede, ex artt. 624 e 625.1, n. 2 e 7 c.p.).

Dato che la sussistenza delle aggravanti in parola sorregge la procedibilità d'ufficio del reato, e dato che – come chiarito dalla traccia – la querela non è stata presentata, occorre partire da queste.

Per quanto riguarda l'uso del mezzo fraudolento (art. 625, comma primo n. 2 c.p.), la ragione dell'aggravamento di pena consiste nel fatto che il reo, operando con astuzia volta ad eludere gli accorgimenti approntati dal soggetto passivo a tutela delle proprie cose, dimostra una maggiore capacità criminale. L'aggravante delinea perciò una condotta, posta in essere nel corso dell'azione delittuosa dotata di marcata efficienza offensiva e caratterizzata da insidiosità, astuzia, scaltrezza, idonea, quindi, a sorprendere la contraria volontà del detentore e a vanificare le misure che questi ha apprestato a difesa dei beni di cui ha la disponibilità.

E tuttavia, malgrado un orientamento di segno contrario, evidentemente seguito dal giudice di primo grado (si tratta di Cass.pen. 15 marzo 2007 n. 10997), la fattispecie di furto non può ritenersi aggravata dal mero nascondimento sulla persona della merce sottratta in un esercizio commerciale, trattandosi di banale e ordinario accorgimento che non vulnera in modo apprezzabile le difese approntate a tutela del bene (Cass. S.U, 18 luglio 2014 n. 40354).

In relazione all'esposizione delle cose alla pubblica fede, pare invero meno netto lo scenario giurisprudenziale. Tale ipotesi, prevista dal comma primo, n. 7 c.p. trova fondamento nella

maggior tutela che deve essere offerta a determinate cose in ragione delle condizioni in cui si trovano o della destinazione delle stesse. Per pubblica fede si intende il generale rispetto verso la proprietà o il possesso altrui, sul quale fa affidamento chi deve lasciare la cosa incustodita.

Pur nella consapevolezza che il tema è ancora in divenire, si può comunque fondatamente sostenere nell'atto di impugnazione che, per quanto attiene alla merce esposta in un esercizio commerciale con vendita "a self service", l'esistenza di una sorveglianza continua, specificamente efficace e finalizzata - come nel caso di specie - ad impedire la sottrazione dell'oggetto escluda il ricorrere dell'aggravante in parola (sul punto, si veda Cass. pen. 16 gennaio 2004 n. 7297: *«In tema di furto nei supermercati, la predisposizione, da parte dell'avente diritto di un servizio permanente di vigilanza esclude la configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 625 n.7 c.p. (esposizione alla pubblica fede)»*).

Ovviamente, la preliminare messa in discussione delle aggravanti avrà lo scopo di ottenere una sentenza che dichiari di non doversi procedere in assenza della condizione di procedibilità della querela.

Non si può tuttavia per nulla trascurare la possibilità che la Corte d'Appello non convenga affatto con tale impostazione e aderisca invece alla tesi contraria, ad esempio - in relazione all'esposizione alla pubblica fede - all'orientamento secondo cui per l'esclusione dell'aggravante in questione si richiede che sulla cosa sia esercitata una custodia continua e diretta, non essendo sufficiente, a tal fine, una vigilanza generica, saltuaria e eventuale come ad esempio quella praticata dagli addetti alla sorveglianza, la quale è - si sostiene - priva di carattere continuativo e si connota come occasionale e/o a campione (in termini Cass. pen. Sez. V, 13 febbraio 2015, n. 6416);

La possibilità che il Giudice di appello aderisca ai menzionati orientamenti contrari relativamente alle aggravanti induce a trattare una ulteriore questione - invero la più rilevante - relativa alla qualificazione giuridica da dare ad episodi quali quello descritto, laddove - all'interno di un supermercato - siano stati sottratti beni senza che l'autore del reato venga mai perso di vista dagli addetti ai controlli di sicurezza e venga successivamente fermato una volta oltrepassata la cassa, in tal modo non riuscendo a conseguire il pieno ed autonomo possesso della cosa. In relazione a tale circostanza concreta ci si domanda infatti se a ricorrere sia un furto consumato - aggravato a seconda dei casi - o invece un furto nella fattispecie tentata, ex art. 624 e 56 c.p.

Se si considerano questi due momenti come altrettanti elementi del fatto tipico, equivalendo la sottrazione all'interruzione del vincolo di signoria sulla cosa da parte del legittimo detentore e l'impossessamento al definitivo instaurarsi di una signoria autonoma sulla stessa da parte del reo, vi è da domandarsi se il controllo costante da parte degli addetti alla sorveglianza non sia tale da impedire l'instaurarsi di un'autonoma signoria sulla cosa, cosicché il fatto - pur caratterizzato dal superamento delle casse, chiaro indice di volontà criminosa - sia piuttosto da ricondurre alla fattispecie tentata.

Il contrasto - risolto di recente dalle Sezioni Unite - ruota attorno alla distinzione che sussiste sotto il profilo oggettivo tra il momento della sottrazione e quello dell'impossessamento nella fattispecie di furto.

Più precisamente, richiamando la questione sottoposta alle Sezioni unite nel caso di specie, ci si è domandati «*se la condotta di sottrazione di merce all'interno di un supermercato, avvenuta sotto il costante controllo del personale di vigilanza sia qualificabile come furto consumato o tentato allorché l'autore sia fermato dopo il superamento della barriera delle casse con la merce sottratta*».

Orbene, secondo un più rigido approccio, invero poco incline a riconoscere una netta distinzione tra le nozioni di sottrazione ed impossessamento, si ritiene che non possa aversi dubbio sulla consumazione del reato nei casi in questione, a nulla rilevando il fatto che il tutto sia avvenuto sotto il costante controllo del personale di vigilanza del supermercato, per il fatto che «*il soggetto attivo del reato nel preciso momento nel quale supera la cassa, senza mostrare (e pagare) la refurtiva celata, perfeziona la sottrazione del bene del quale consegue istantaneamente il possesso illegittimo*». Secondo questa prospettiva si giunge addirittura ad affermare, in taluni casi, che il momento della consumazione del furto dovrebbe essere anticipato prima della presentazione alla cassa correlandolo all'occultamento della refurtiva (tra le altre Cass. pen. sez. V, del 19 gennaio 2011 n. 7086). Altre sentenze hanno distinto: per un verso hanno ammesso la possibilità del tentativo (praticamente esclusa dalle decisioni testè citate in considerazione della immediatezza della consumazione), circoscrivendo la relativa ipotesi al caso dell'intervento della persona offesa o dei suoi incaricati, là dove costoro, avendo sorvegliato tutte le fasi della azione furtiva, la interrompano prima che l'agente abbia oltrepassato la barriera delle casse; per altro verso hanno ribadito che, in ogni caso, "il momento consumativo" del reato si realizza indefettibilmente quando il soggetto attivo sia passato davanti all'addetto alla cassa senza pagare, a prescindere dal concomitante monitoraggio della condotta delittuosa (Cas. pen. sez. IV, del 16 gennaio 2004 n. 7235).

Diverso e più recente orientamento, invece – fatto proprio dalle Sezioni Unite – valorizza in maniera specifica la costruzione della fattispecie di furto, che in relazione alla condotta distingue in maniera netta due momenti tra loro autonomi, quello della sottrazione e quello dell'impossessamento, individuando nel primo l'interruzione della relazione di dominio tra il detentore e la cosa e il secondo quale l'instaurarsi di un alternativo dominio da parte dell'agente, dominio che si caratterizza per essere *autonomo, pieno ed esclusivo*.

Se così è però, è chiaro che il costante controllo da parte del soggetto passivo rappresenta un limite invalicabile al realizzarsi dell'impossessamento, giacché attraverso la sorveglianza questi è in grado di interrompere l'azione furtiva in ogni momento, e ciò anche nel caso in cui il soggetto abbia già attraversato la barriera delle case così manifestando la propria inequivocabile volontà di impossessamento. In tal caso, pur essendosi realizzata la sottrazione, non altrettanto potrà dirsi per l'impossessamento, dal momento che – innegabilmente – è da escludere che da parte dell'agente si sia manifestato sulla cosa un dominio *pieno, autonomo ed esclusivo*. (Cass. Pen. Sez. Un. 17 luglio 2014 n. 52117 e più di recente Cass. pen. sez. IV, 3 febbraio 2105 n. 10452).

Tale orientamento si connette - come le Sezioni unite hanno evidenziato - al *dictum* in tema di tentativo di rapina impropria secondo cui «*finché la cosa non sia uscita dalla sfera di sorveglianza del possessore questi è ancora in grado di recuperarla, così facendo degradare la condotta di apprensione del bene a mero tentativo*» (Cass. Pen. Sez. Un. n. 34952/2012).

Anche nel caso in cui la Corte d'Appello adita abbia ritenuto sussistente anche una sola delle aggravanti contestate, con relativa procedibilità d'ufficio del reato – ciò consentirà di richiedere la diversa qualificazione giuridica del fatto con derubricazione dello stesso nella meno grave fattispecie di tentato furto (sebbene aggravato).

Per un estremo scrupolo difensivo, i candidati potrebbero eventualmente – oltre le difese precedenti - articolare una ulteriore, nell'eventualità in cui dovesse «sopravvivere» a giudizio della Corte d'Appello una sola aggravante: la sussunzione del fatto nell'alveo dell'ipotesi tentata consentirebbe infatti di invocare l'applicazione della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, recentemente “creata” dal legislatore con introduzione nel codice penale dell'art. 131-bis c.p., argomentando da un lato sulla base delle modalità della condotta e sull'obiettivo esiguità del danno, dall'altro sulla non abitudine del comportamento (la traccia infatti esplicitamente segnala che Tizio è incensurato).

### **Atto giudiziario di materia di diritto amministrativo**

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, assunto 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.

### Commento

L'atto giudiziario da redigere è un ricorso al TAR contro la delibera che dispone l'affidamento diretto a Gamma spa, con istanza di misura cautelare.

Il quesito riguarda la questione dell'affidamento diretto di lavori e/o servizi (c.d. affidamenti *in house*, o per delegazione interorganica).

Preliminarmente, sarà possibile svolgere una breve introduzione sulla legittimazione e sull'interesse di Alfa al ricorso de quo.

Nel caso in cui si contesti la legittimità della scelta di affidare un servizio con il metodo del c.d. “in house providing”, la legittimazione attiva di parte ricorrente va rinvenuta proprio nella sua connotazione di «imprenditore di settore», che mira a tutelare il proprio interesse strumentale ad



avere una chance per la partecipazione ad una gara ad evidenza pubblica; l'interesse a ricorrere avverso detto provvedimento è, invero, configurabile ex se e non richiede la dimostrazione che l'esito della gara da effettuare sarebbe stato sicuramente o probabilmente favorevole al ricorrente, dato che questo ha interesse a veder valutata la propria offerta in sede di gara e, dunque, è portatore di un interesse strumentale all'annullamento degli atti impugnati ed alla rinnovazione della procedura, da cui deriva una nuova chance di partecipazione e di vittoria. In sintesi, va riconosciuto l'interesse strumentale a ricorrere, connotato dai consueti requisiti ex art. 100 cpc (di cui occorre fare esplicitazione), che in quanto principi generali di ordine processuale sono propri anche del rito dinanzi al GA, in virtù di espressa disposizione di rinvio esterno contenuta nel CPA, poiché qualsiasi imprenditore del settore può essere potenziale concorrente, e nel caso di specie si è in presenza anche di soggetto fino al momento affidatario del servizio Pubblico. Contestandosi il modulo organizzativo di affidamento diretto di un servizio pubblico, in assenza di gara vi sarà piena legittimazione a proporre ricorso. Sul punto, si veda, sent. TAR Roma n. 72/2007.

Con riferimento al merito dell'azione impugnatoria, come noto la figura dell'*in house providing* si riferisce all'ipotesi in cui una pubblica amministrazione reperisca un bene o un servizio o affidi un lavoro ad un soggetto facente parte della propria compagine organizzativa, senza gara pubblica per la selezione dell'affidatario. Tale modello organizzativo, contrapposto al percorso della esternalizzazione (*outsourcing*), è ammesso dall'ordinamento comunitario, quale espressione dei poteri di auto-organizzazione delle P.A., tuttavia stante la sua peculiarità risulta modalità percorribile purché: a) l'Amministrazione eserciti sul soggetto affidatario un **controllo analogo** a quello esercitato sui propri servizi; b) l'aggiudicatario svolga la **parte prevalente** della propria attività in favore dell'ente di appartenenza (requisito dell'asservimento funzionale). L'*in house providing* rappresenta dunque uno strumento eccezionale e derogatorio rispetto al sistema generale dell'evidenza pubblica nella scelta dei contraenti della P.A., maggiormente coerente con i principi di effettiva e libera concorrenza tra imprese e parità di trattamento degli interessati.

Con riferimento al primo requisito, la giurisprudenza comunitaria e quella nazionale ritengono che solo la partecipazione totalitaria delle amministrazioni pubbliche, e cioè la totale assenza di soggetti privati nella compagine sociale, consentono di ravvisare nel soggetto affidatario la sottoposizione al suddetto "controllo analogo".

Infatti, l'affidamento diretto di un servizio pubblico viene consentito solo quando la società affidataria presenti caratteristiche tali da poterla qualificare come una "derivazione" o una "longa manus" dello stesso ente pubblico. Di contro, la partecipazione, pur 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 sulla medesima un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi. Infatti, i poteri di controllo dell'ente sulla società aggiudicataria devono più incisivi rispetto a quelli previsti dal diritto civile in tema di controllo societario. In altre parole, l'impresa affidataria non deve mai acquisire una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell'ente pubblico, con la conseguente apertura obbligatoria della società ad altri capitali.

Per inciso, va rilevato che la nuova direttiva comunitaria sulle concessioni 2014/23/UE, che sul punto ammette in talune ipotesi la partecipazione indiretta dei privati alle società in house, non risulta ancora recepita dagli Stati membri, né essa si può considerare self executing, sia per la sua natura, che richiede un recepimento e adattamento a livello nazionale, sia perché non è ancora scaduto il termine per il recepimento stesso (18 aprile 2016).

Tale orientamento, già seguito da Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 1/2008, è recentemente stato ribadito anche da C.d.S., Sez. V, 11 settembre 2015 n. 4253.

Nel caso di specie, la partecipazione della società privata Omega spa nel capitale sociale di Gamma



comporta che essa non può essere considerata una società di “*in house providing*”, per cui risulta illegittima la delibera impugnata di adesione a detta società e di affidamento alla stessa del servizio di raccolta rifiuti.

Nel ricorso andrà formulata anche l'istanza di misura cautelare, visto che la ricorrente è la precedente affidataria ed in attuale regime di proroga del servizio in questione. Vi è dunque l'interesse alla persistenza dell'affidamento in proroga fino all'espletamento di una procedura o all'adozione di una eventuale diversa soluzione, che si mostri però in linea con la disciplina di settore. Dunque nel circostanziare l'istanza, oltre che dalla palese sussistenza del *fumus boni iuris*, dovrà aversi riguardo al pregiudizio all'attività imprenditoriale di Alfa, che avrebbe innanzitutto interesse a mantenere l'affidamento in regime di proroga (garantendo la continuità del servizio all'utenza) fino all'esperimento di una gara pubblica cui potrebbe sicuramente concorrere, con buone *chances* di ottenere ulteriore periodo di affidamento del servizio. Peraltro la difficoltà nel procedere a cessazione del servizio in ipotesi di successiva riattivazione, rende rispondente anche all'interesse pubblico stesso dare continuità all'attuale servizio fino a quando non vi sarà chiarezza sulla procedura da seguire. Infine potrà essere fatto cenno alla circostanza che soltanto in data 25/10/2015 il Comune delibera di costituire la nuova società, che dunque non possiede allo stato il necessario grado di esperienza e struttura idonea per il corretto svolgimento di un servizio tanto delicato sotto il profilo tecnico quanto di primaria importanza per la comunità locale. La misura cautelare dovrebbe per questo trovare accoglimento.