GIUSTIZIA E SENTENZE

www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com

Cassazione. La misura amministrativa più favorevole non vale per il passato

Per le sanzioni Consob non scatta il «favor rei»

Stop anche all'applicazione del «ne bis in idem»

Patrizia Maciocchi
ROMA

Solo la **sanzione Consob** particolarmente onerosa può essere paragonata a una "misura" penale e far scattare il principio del divieto del **ne bis in idem** affermato dalla Cedu con la sentenza Grande Stevens. Una pronuncia che non torna utile alla Banca e al funzionario che aveva sottoscritto un prospetto di quotazione senza evidenziare le criticità del sistema di controllo di una società da collocare in Borsa. Inutile per l'istituto di credito anche difendersi affermando di aver avuto rassicurazioni dalla società di revisione o invocare il principio del favor rei in virtù della sopravvenuta norma più favorevole (Dlgs 72/2015). La Cassazione (sentenza 4114) respinge il ricorso dell'istituto che agiva in qualità di sponsor e del funzionario. I ricorrenti lamentavano un'errata lettura del regolamento Consob n.11971/99 (regolamento emittenti) e dell'articolo 95 del Testo unico finanziario. Ad avviso della difesa la banca, come imposto dalla norma, si era rivolta ad una società di revisione che aveva in prima battuta rilevato l'inadeguatezza del sistema e poco dopo dichiarato che i miglioramenti adottati permettevano di raggiungere gli obiettivi.

La Cassazione ricorda che il prospetto gioca un ruolo essenziale nella tutela degli investitori nella fase di iniziale di offerta al pubblico. E la responsabilità per omesse o carenti informazioni ricade sull'intermediario responsabile del collocamento. Nella sua doppia veste di sponsor e di responsabile del collocamento la banca aveva il compito di attestare, sulla base della verifica da parte di due diligence, la validità del sistema mentre non poteva limitarsi a fare affidamento sulla società di revisione, del cui operato comunque risponde se il sistema di controllo è carente. Per la Suprema corte proprio l'avvio della pratiche di miglioramento messe in atto dalla società dovevano suonare come campanello di allarme rispetto all'esistenza di fattori di rischio.

Non passa neppure la tesi della difesa del funzionario secondo la quale gli obblighi dovevano gravare sull'intermediario responsabile del collocamento: nomina da lui mai avuta. Il criterio di imputazione della responsabilità (articolo 191 del Tf) è improntato al principio di solidarietà e riguarda sia l'ente sia l'autore della violazione (articolo 195 ultimo comma del Tuf). Una regola coerente anche con la disciplina generale delle sanzioni amministrative.

E il dipendente non poteva dichiararsi estraneo «all'ambito applicativo soggettivo della sanzione irrogata» il cui pagamento era comunque stato richiesto alla sola banca.

Al funzionario non serve invocare neppure il principio del favor rei in virtù dello ius superveniens rappresentato dal Dlgs 72/2015. L'applicazione della norma più favorevole non è possibile per più di una ragione. In primo luogo perché non ha effetto retroattivo: per le violazioni commesse prima dell'entrata in vigore si continua ad applicare il Dlgs 58/1998.

Inoltre il principio dell'applicazione immediata della legge più favorevole, non si estende alla materia delle sanzioni amministrative che rispondono al tempus regit actum. Una conclusione che non può essere messa in discussione, come pretendeva la difesa, dalla sentenza della Cedu Grande Stevens del 2014 che, in tema di abusi di mercato, ha affermato la violazione del principio del ne bis in idem in caso di avvio di un processo penale dopo una sanzione inflitta dalla Consob. Per i giudici è evidente che il riferimento alle regole del giusto processo va applicato al procedimento sanzionatorio che preveda conseguenze patrimoniali rilevanti: solo in tal caso la sanzione può rientrare nel concetto di materia penale. I principi affermati dalla Grande Stevens non possono far considerare sempre sostanzialmente penale una disposizione qualificata come amministrativa dall'ordinamento. La Cassazione esclude poi che il Dlgs 72/2015 (che attua la direttiva 2013/36-Ue) abbia abolito l'illecito amministrativo contestato. La norma ha inserito nel corpo del Tuf l'articolo 190-bis che, in determinati presupposti, mantiene ferma la possibilità di sanzionare persone fisiche ed ente quando la condotta provoca un grave pregiudizio per gli investitori o altera il corretto funzionamento del mercato.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

IL QUADRO
Non è possibile fare riferimento alla sentenza «Grande Stevens» che presuppone la presenza di una penalità di carattere particolarmente afflittivo

Il Sole 24 ORE.com

QUOTIDIANO DEL DIRITTO
Le massime sui poteri amministrativi impliciti

Tutto il meglio del gruppo 24 Ore per avvocati, giuristi d'impresa, notai e magistrati in un unico abbonamento digitale. Nel numero odierno, tra l'altro, la rassegna di massime a cura di **PlusPlus24 Diritto** sui poteri amministrativi impliciti.

www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com

Professioni. «Eccessiva» la confisca disposta del Gip

L'incarico illecito non affossa l'intera parcella

Alessandro Galimberti
MILANO

Nel caso in cui un ente pubblico affidi all'esterno i **servizi legali** in violazione delle procedure di legge, il giudice penale non può disporre la **confisca per equivalente** dell'intera parcella, ma deve scorporare il valore della quota di prestazione già correttamente eseguita dall'avvocato. Ciò in quanto non si è in presenza di un **reato-contratto** ma si versa piuttosto in un ambito di **reato-in-contratto,** in cui l'illiceità colpisce solo una parte del rapporto.

Con una lunga e complessa motivazione la Sesta penale della Suprema Corte - sentenza 8616/16, depositata ieri - ha annullato il provvedimento adottato dal Gip di Milano nell'ambito dell'inchiesta su Infrastrutture Lombarde Spa, atto con il quale aveva direttamente confiscato per equivalente in sentenza (di patteggiamento) oltre 250 mila euro a carico del solo direttore amministrativo della società. Secondo il difensore dell'imputato il Gip - oltre a colpire il patrimonio del contraente «che non trasse alcun profitto dall'agire illecito» - aveva sbagliato nella determinazione dell'entità del profitto del reato, non avendolo anzi calcolato per nulla, facendolo coincidere con l'intero importo della parcella incamerata dal legale.

La Sesta, nell'accogliere le doglianze della difesa, ripercorre il [illegible]gliato [illegible] giurisp[illegible] e dottrinale dei co[illegible]tti di «prezzo», «profitto « e «prodotto» del reato - le cui definizioni mancano, come noto, nel diritto positivo - ma soprattutto va a inquadrare l'affidamento dei servizi esterni in violazione delle procedure di evidenza pubblica nella categoria (a sua volta giurisprudenziale) del reato-in-contratto. Per determinare la parte confiscabile, scrive la Sesta, il giudice del rinvio dovrà calcolare il valore della prestazione svolta a vantaggio della controparte - nella prospettiva dei soli «costi vivi» - e detrarla preventivamente. In so[illegible]za, dall'alveo della con[illegible]a dovranno restar fuo[illegible] vantaggi economici deri[illegible]ti dall'esecuzione di un[illegible]ività di per sè lecita (nel[illegible]specifico: quella stragiudi[illegible]le svolta dal legale che in[illegible]ssò la parcella).

L[illegible]orte però non ha accolto il[illegible]llecito a procedere con la confisca (che deve comunque essere in prima battuta «diretta» e solo successivamente per equivalente) solo nei confronti dell'avvocato percettore, in quanto «la confisca di valore può interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti, anche per l'intera entità del profitto accertato».

© RIPRODUZIONE RISERVATA

CONTRATTO ANNULLABILE
Il giudice deve tener conto delle prestazioni svolte nonostante l'origine viziata dell'appalto

Immobili. Legittimo non attribuire le spese a tutti

Condominio parziale quando il cancello è usato solo da alcuni

Enrico Morello

Le spese di manutenzione di un cancello devono essere ripartite solo tra i condomini (condominio parziale) comproprietari dell'area alla quale dà accesso il **cancello** stesso.

Questo il principio espresso da Cassazione civile (sentenza 4127/2016) in una decisione relativa ad una causa di impugnazione assemblear[illegible]bera che aveva ri[illegible] condomini [illegible] dell'area del co[illegible] manutenzione [illegible] L'amministrato[illegible]minio, in sost[illegible]a, aveva ripartito le spes[illegible]lla base dell'esistenza di[illegible] "condominio parziale" [illegible]è di alcuni beni che per[illegible]o natura possono, nella [illegible]ica, a causa della loro strut[illegible]ra funzionale, essere utilizzati solo da alcuni condomini.

La Cassazione ha dichiarato la **legittimità di tale delibera assembleare** in quanto rispettosa dei principi, più volte espressi dalla stessa Corte suprema. In particolare, osserva la Corte, si deve ricordare che la natura condominiale (quindi non esclusiva) di un bene è accertata qualora il bene stesso sia destinato a servire non la proprietà di un solo condomino ma una parte del fabbricato (appunto il condominio parziale), riferibile ad un **numero limitato di condòmini**.

Una volta appurato, come nel caso di specie, che il bene in questione serve diversi (ma non tutti) i condòmini, si dovrà applicare, per quanto riguarda la divisione delle spese, il principio espresso dall'articolo 1123 del Codice civile: norma che prevede che le spese, «se si tratta di cose destinate a servire i condomini in misura diversa sono ripartite in base all'uso che ciascuno può farne».

La Corte, nel prendere tale decisione, richiama un principio in base al quale «deve ritenersi legittimamente configurabile la fattispecie del condominio parziale ex lege tutte le volte in cui un bene risulti, per obbiettive caratteristiche strutturali e funzionali, destinato al servizio o al godimento in modo esclusivo di una parte soltanto dell'edificio in condominio, venendo meno in tal caso il presupposto per il riconoscimento di una contitolarità necessaria di tutti i condomini su quel bene».

Ora, facendo applicazione di questi principi di diritto, la Corte rileva come, nel caso specifico, si tratti chiaramente di un cortile (al quale il cancello oggetto del contendere permette l'accesso) di proprietà solo di alcuni condòmini: un caso tipico e riconoscibile di condominio parzialee quindi solo i condòmini comproprietari del cortile devono accollarsi le spese di un bene di cui, appunto, solo loro traggono vantaggio.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

IL PRINCIPIO
La Corte ribadisce il principio espresso in passato individuando i caratteri fondamentali della fattispecie

GIURISPRUDENZA | IL MERITO

www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com

Corte d'appello di Venezia. Quando l'attività svolta è di tipo commerciale

Anche per le fondazioni è possibile il fallimento

L'ente non profit viene in questo caso assimilato all' impresa

Angelo Busani
Elisabetta Smaniotto

Anche la **fondazione** è soggetta a **fallimento**, se svolge un'attività imprenditoriale di natura commerciale: lo ha ribadito la Corte d'appello di Venezia nella sentenza n. 1801 del 20 luglio 2015. Di regola, lo svolgimento di un'attività d'impresa commerciale ha il fine di trarne un lucro, cioè permettere all'imprenditore (individuale o societario) di far propria la differenza tra ricavi e costi. Se, dunque, esercizio dell'attività di impresa e finalità di lucro sono fattori di solito coesistenti, ciò non toglie che un'attività commerciale si possa esercitare anche per finalità non lucrative.

Si pensi, da un lato, alle società cooperative, che operano affinchè l'utilità prodotta dalla loro attività economica sia ripartita tra i soci non sotto forma di distribuzione degli utili ma di attribuzione al socio cooperatore di vantaggi maggiori (ad esempio: uno stipendio più alto nelle coop di lavoro, una abitazione a minor prezzo nelle coop di abitazione, una spesa a costo inferiore nelle coop di consumo) di quelli che avrebbe se avesse a che fare con le condizioni correnti sul mercato (è il cosiddetto scopo mutualistico delle coop).

D'altro lato, si pensi all'attività economica svolta da un ente pubblico (ad esempio, la produzione di spettacoli teatrali) o privato (ad esempio, assistenza socio-sanitaria, formazione, istruzione) che non operino con scopo lucrativo, in quanto l'ente pubblico debba funzionare col criterio del pareggio di bilancio (e cioè possa spendere non meno e non più di quel che ricava dalla sua attività) e l'ente privato sia organizzato col criterio del reinvestimento (e non della distribuzione) degli eventuali avanzi netti di gestione.

Associazioni e fondazioni rientrano in quest'ultimo ambito: di solito, sono entità che non svolgono alcuna attività economica (si pensi alla fondazione che si limita a erogare borse di studio o all'associazione che fa assistenza ai bisognosi), quindi non si pongono il tema degli utili da ripartire. Ma non è escluso possano svolgere un'attività economica (cioè organizzata in modo da sopportare i costi coi propri ricavi, oltre che con eventuali contributi a fondo perduto): si pensi alla fondazione che eroghi un servizio di istruzione a pagamento o all'associazione che organizzi spettacoli a pagamento.

Se in esito allo svolgimento di questa attività risulti un margine positivo tra ricavi e costi, il carattere non profit di questi enti (e quindi la loro finalità non lucrativa) comporta che gli utili non vengano distribuiti, ma reimpiegati nel rafforzamento del patrimonio dell'ente e nel supporto finanziario del suo funzionamento.

Sono, in questi casi, vere e proprie imprese, identiche a quelle esercitate a scopo lucrativo; con la differenza che, nel caso dell'ente non profit, l'utile dell'impresa resta nell'impresa, mentre nei casi dell'impresa esercitata for profit, l'utile è attribuito al soggetto imprenditore o ai soci della società. E con la conseguenza che, se l'attività d'impresa dell'ente no profit rende insolvente l'impresa, allora anche per l'ente non lucrativo si apre lo scenario del fallimento. Identicamente a quanto accade per l'imprenditore commerciale che svolga l'attività a fini lucrativi.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Tribunale di Ascoli Piceno. Il consulente deve essere iscritto nell'elenco locale

Anche il mediatore può nominare un Ctu

Marco Marinaro

Il **giudice** che dispone la **mediazione** può invitare il **mediatore** a nominare un consulente tecnico iscritto nell'albo dei Ctu del tribunale per garantire l'utilizzo dei criteri di analisi e di calcolo adottati presso lo stesso ufficio giudiziario, con onere per il mediatore di formulare i quesiti utilizzando il "prospetto" in uso così che poi possa trovare conforto e utilità nella formulazione della proposta conciliativa. Sono le conclusioni di un'ordinanza del Tribunale di Ascoli Piceno (estensore Mariani) del 22 dicembre 2015, in una controversia in materia bancaria originata da un decreto ingiuntivo per il recupero di un saldo debitore su un conto corrente cui ha fatto seguito l'opposizione del cliente che, nel contestare la determinazione delle somme ingiunte, ha chiesto l'espletamento di un consulenza tecnico-contabile.

Il giudice, proprio in considerazione dell'oggetto della lite e della necessità di svolgere un'attività peritale, al fine di offrire una soluzione più rapida ed economica alle parti, le ha avviate alla mediazione. E ciò anche qualora fosse stato avviato e concluso con esito negativo un procedimento di mediazione preventivo (obbligatorio ex lege per i contratti bancari) in quanto trattasi di «modelli diversi e non alternativi che si sviluppano con presupposto, forza ed efficacia non sovrapponibili» (sulla scia del Tribunale di Roma, ordinanza 29 ottobre 2015). In questa prospettiva, per consentire un effettivo esperimento della mediazione, il tribunale ha invitato il mediatore dapprima a nominare un perito tecnico-contabile scegliendolo tra quelli dell'elenco Ctu, poi a utilizzare il "prospetto quesiti" in uso in quel foro, per consentirgli di formulare una proposta conciliativa del medesimo mediatore (anche senza una concorde richiesta delle parti) ricordando che l'assenza della parte chiamata non impedisce né l'attività peritale né quella propositiva. Precisa infine il giudice – sulla scia della nota giurisprudenza capitolina – che la perizia redatta in mediazione può essere prodotta validamente in giudizio se c'è preventiva autorizzazione delle parti, restando ferma la sua utilizzabilità nel rispetto della riservatezza (che non si estende agli accertamenti). Il tribunale potrà quindi trarre dalla consulenza elementi utili alla proposta conciliativa giudiziale o utilizzarla quale prova atipica.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

In breve

CONDOMINIO
Niente rimborso di spese non urgenti

In un condominio minimo, cioè con pochi soggetti che non abbiano nominato un amministratore, il condomino che, senza autorizzazione, fa eseguire i lavori di rifacimento del tetto ha diritto a farsi rimborsare dagli altri le spese sostenute solo se i lavori rivestano il carattere dell'urgenza.
Il giudice ha rigettato la domanda perché i lavori, pur opportuni dal punto di vista della manutenzione, non erano urgenti: non vi era pericolo di crollo o infiltrazioni di acqua tali da pregiudicare la stabilità.
Tribunale di Firenze - Sezione II civile - Sentenza 25 agosto 2015 n. 2839

AGENZIE VIAGGI
Non pagare biglietti prenotati è truffa

L'agente di viaggi che, facendosi dare il denaro dal cliente, gli prenota un volo e gli consegna copia della prenotazione comprensiva del codice, ma poi omette di versare il prezzo del biglietto, rendendo così vana la prenotazione effettuata, commette il reato di truffa contrattuale.
Il Tribunale di Genova ha così condannato il titolare di un'agenzia di viaggi dopo la denuncia di diversi viaggiatori che solo una volta arrivati ai banchi di accettazione dell'aeroporto avevano scoperto di essere stati ingannati.
Tribunale di Genova - Sezione II penale - Sentenza 14 settembre 2015 n. 4196

A CURA DI
Andrea A. Moramarco

Tribunale di Palermo. Mantenimento

Stop al precetto del figlio se il padre non paga l'assegno

Antonino Porracciolo

Stop all'**azione esecutiva** del figlio maggiorenne se il genitore obbligato non versa all'ex partner l'**assegno di mantenimento**. È quanto emerge da una sentenza del Tribunale di Palermo (giudice Giulio Corsini) dello scorso 22 gennaio. Nel 1994 il Tribunale siciliano aveva pronunciato la cessazione degli effetti civili di un matrimonio; la sentenza aveva posto a carico dell'ex marito l'onere di versare al coniuge divorziato la somma di 400mila lire mensili a titolo di contribuito per il mantenimento della figlia minorenne.

Almeno dal 2009 l'uomo non aveva versato l'assegno; così la ragazza, ormai maggiorenne, aveva notificato al padre un precetto con cui gli intimava il pagamento di 20mila euro per somme non corrisposte dal 2009 al 2014. Contro il precetto è stata proposta l'opposizione prevista dall'articolo 615 del Codice di procedura civile. Il ricorrente ha affermato di aver cessato i versamenti dopo aver saputo che la figlia si era sposata; ha quindi chiesto al Tribunale di dichiarare l'inesistenza del diritto vantato dalla ragazza.

Nel decidere la causa, il giudice osserva che la sentenza di divorzio aveva posto il contributo in favore della madre, a cui la figlia era stata affidata in via esclusiva; e poiché la richiesta di pagamento è stata avanzata direttamente dalla figlia, il Tribunale afferma di dover affrontare, innanzitutto, la questione dell'efficacia soggettiva di quella pronuncia. La sentenza ricorda che l'articolo 337-septies del Codice civile dispone che il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico; e tale assegno, «salvo diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto». Anche nella vigenza di questa normativa, il genitore che convive con il figlio può «agire iure proprio nei confronti dell'altro genitore» per chiedere il versamento di un assegno periodico a titolo di contributo per il mantenimento della prole; assegno che, in base alla normativa del Codice civile, andrà eventualmente pagato «direttamente nelle mani del figlio».

Tale legittimazione, però, viene meno - prosegue il Tribunale, citando la sentenza 4188/2006 della Cassazione - «se il figlio maggiorenne inizi un procedimento ordinario inteso al riconoscimento di quel diritto, in maniera tale da eclissare la legittimazione in capo al genitore convivente». Peraltro, il figlio maggiorenne può intervenire nel procedimento con cui il genitore convivente chiede all'altro un contributo per il suo mantenimento; infatti, tale intervento - afferma la Corte suprema nella sentenza 4296/2012, richiamata dal Tribunale di Palermo - permette al giudice di stabilire anche un versamento «in forma ripartita (...), sulla base di un'approfondita ed effettiva disamina delle istanze dei soggetti interessati».

Nel caso in esame, solo la madre «è legittimata a fare valere in via esecutiva il proprio diritto» sancito nella sentenza di divorzio. La figlia, infatti, era minorenne all'epoca di tale pronuncia e non ha poi ottenuto un titolo esecutivo nei confronti del padre. Per queste ragioni il giudice siciliano dichiara che la ragazza «non ha diritto di agire esecutivamente per il recupero dell'importo» richiesto con il precetto.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Tar Venezia

Bocciato l'esproprio che favorisce un privato

Francesco Clemente

Poiché la cosiddetta "**acquisizione sanante**" deve essere usata dalla Pa solo per «attuali ed eccezionali ragioni di **interesse pubblico**» e per rimediare a un atto d'esproprio già emesso, ma in modo non «valido ed efficace», la stessa non può essere usata per creare una servitù di pubblico passaggio su un'area privata se su quest'ultima la Pa non ha mai adottato procedure ablatorie e per di più se soddisfa solo l'interesse privato.

Il Tar di Venezia - sentenza 170/2016, seconda sezione, del 16 febbraio scorso - ha annullato così l'«utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico» (articolo 42-bis, Dpr 327/2001, Testo unico espropri) disposta da un Comune per creare un passaggio pubblico su una strada chiusa di proprietà privata e su cui un albergo adiacente aveva aperto un accesso secondario.

A contestarla alcuni proprietari residenti secondo cui l'atto era ad esclusivo interesse privato, posto che l'«inidoneità» della strada all'uso pubblico era stata provata da una sentenza esecutiva del giudice civile. Accogliendo il ricorso, il Tar ha spiegato che questo tipo di acquisizione «per giustificarsi anche dal punto di vista costituzionale, richiede l'esercizio di un potere di carattere necessariamente "rimediale", che presuppone la necessità di ovviare ad una situazione di fatto che contrasta con quella di diritto a causa del pregresso difettoso esercizio del potere ablatorio». Ciò, una volta rispettati gli altri «stringenti» requisiti di legge: che vi siano «attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico», e che queste siano «valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati» in assenza di ragionevoli alternative.

© RIPRODUZIONE RISERVATA