

OGGI NEL QUOTIDIANO

Civile

- Doppio timbro ed attestazione sull'originale della sentenza: da quando decorre il termine per l'impugnazione?
- Il trasferimento di partecipazioni societarie

Penale

- Droghe leggere: neppure il richiamo al giudicato progressivo salva la pena divenuta illegale

Amministrativo


- La "stampà" in internet tra libera manifestazione del pensiero e ragioni del controllo amministrativo

IN EVIDENZA

## Doppio timbro ed attestazione sull'originale della sentenza: da quando decorre il termine per l'impugnazione?

di Cristina Mantelli - Avvocato in Bologna


La formazione di una sentenza proveniente da un Giudice monocratico, può dirsi completa con la sottoscrizione e la relativa consegna per presa in carico del cancelliere; è la data dell'avvenuto deposito e non quella di pubblicazione, nel caso di doppia attestazione da parte del cancelliere, a cui occorre far riferimento ai fini del computo del c.d. termine lungo per l'impugnazione. Rientra in una doverosa iniziativa ex officio, quella di verifica dei termini processuali perentori, la cui violazione preclude l'esercizio della facoltà di gravame, senza che possa valere come sanatoria l'acquiescenza dell'avversario.

**Il caso e la decisione della Corte d'Appello** del Tribunale di Modena, in data 24/2/2011. A tal fine richiamava quale *dies a quo*, per la decorrenza del termine annuale, il 3/3/2011 corrispondente all'annotazione "depositata in cancelleria dal Giudice monocratico Cancelleria e pubblicata " con 

## Droghe leggere: neppure il richiamo al giudicato progressivo salva la pena divenuta illegale

di Giuseppe Amato - Procuratore della Repubblica di Trento

A seguito della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, il giudice di merito, chiamato a giudicare in sede di rinvio, deve fare applicazione della normativa sanzionatoria più favorevole sopravvenuta per le droghe leggere.

**La vicenda** sostanze stupefacenti "leggere", dalla sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale. Si tratta di una decisione ineccepibile: chiamata a giudicare in sede di rinvio dopo un annullamento della Corte di cassazione limitato all'apprezzamento circa la sussistenza dell'aggravante dell'ingente quantità ex articolo 80, comma 2, del dpr n. 309 del 1990, la corte di merito, pur in una vicenda in cui l'illecito riguardava droghe "leggere", ha ritenuto di non poter fare applicazione del più favorevole trattamento sanzionatorio indotto, per le **c.d. giudicato progressivo** espresso dall'articolo 624 c.p.p.["se l'annullamento non è pronunciato per tutte le disposizioni della sentenza, questa ha autorità di cosa giudicata nelle parti che non hanno connessione essenziale con la parte annullata"]. 

Civile

Procedura civile

## Doppio timbro ed attestazione sull'originale della sentenza: da quando decorre il termine per l'impugnazione?

di Cristina Mantelli - Avvocato in Bologna

La formazione di una sentenza proveniente da un Giudice monocratico, può dirsi completa con la sottoscrizione e la relativa consegna per presa in carico del cancelliere; è la data dell'avvenuto deposito e non quella di pubblicazione, nel caso di doppia attestazione da parte del cancelliere, a cui occorre far riferimento ai fini del computo del c.d. termine lungo per l'impugnazione. Rientra in una doverosa iniziativa ex officio, quella di verifica dei termini processuali perentori, la cui violazione preclude l'esercizio della facoltà di gravame, senza che possa valere come sanatoria l'acquiescenza dell'avversario.

### Il caso e la decisione della Corte d'Appello

Con atto di citazione notificato in data 12/4/2012, l'appellante impugnava la sentenza emessa e depositata in cancelleria dal Giudice monocratico del Tribunale di Modena, in data 24/2/2011. A tal fine richiamava quale *dies a quo*, per la decorrenza del termine annuale, il 3/3/2011 corrispondente all'annotazione "depositata in Cancelleria e pubblicata" con timbro e firma dello stesso cancelliere.

Orbene, da un raffronto per *tabulas*, risultava che l'ultima pagina della sentenza recava come giorno della decisione "Modena 24/2/2011", oltre al timbro "Tribunale di Modena - Depositato in cancelleria 24/2/2011" e poi la sottostante annotazione "depositato in Cancelleria e pubblicato il 3/3/2011", cui seguiva l'ulteriore indicazione "invio telematico il 3/3/2011".

Poiché, secondo quanto previsto dall'art. 327 c.p.c., il termine per impugnare decorre dal giorno della pubblicazione, al fine di non incorrere in decadenze, è di vitale importanza stabilire con certezza a quale data fare riferimento, nel caso in cui ci si trovi di fronte ad una doppia attestazione sull'originale della sentenza.

Ebbene, la Corte d'Appello felsinea ha osservato che, essendo l'autore della sentenza un Giudice monocratico, la formazione della stessa si può dire completata con l'apposizione della firma e la relativa consegna "per presa in carico" al cancelliere. Conseguentemente, a parere del giudicante l'appello proposto è tardivo e quindi l'ha dichiarato *ex officio* inammissibile.

Decisione questa conforme all'orientamento maggioritario espresso dalla Suprema Corte e fissato dalle Sezioni unite con la sentenza n. 13794/2012.

Il tema affrontato è quindi quello della **rilevanza della data di pubblicazione per la decorrenza del termine lungo d'impugnazione in mancanza di notificazione.**

La sentenza è resa pubblica mediante il deposito, ossia il deposito rende pubblica la sentenza. Tuttavia, quando sull'originale figurano una doppia attestazione, occorre fare riferimento alla data di deposito e non a quella di pubblicazione. Il postulato è che, l'esistenza della sentenza civile è determinata dalla sua pubblicazione mediante deposito nella cancelleria del giudice che l'ha pronunciata e che quindi, la

consegna ufficiale al cancelliere dell'originale di una sentenza sottoscritta dal giudice, costituisce un elemento essenziale per l'esistenza dell'atto. Mentre, l'atto del cancelliere che certifica l'avvenuto deposito è tutt'altra cosa. Infatti, tale certificazione, se carente, non comporta la nullità della sentenza; è un'attività che è obbligato a compiere per la mera tenuta dei registri di cancelleria o per gli avvisi alle parti dell'avvenuto deposito.

### I precedenti e i possibili impatti pratico-operativi

Sulla questione in esame è, per l'appunto, intervenuta recentemente, ai fini della risoluzione del contrasto insorto in precedenza in seno alle sezioni semplici, la sentenza delle Sezioni unite n. 13794/2012, con la quale è stato affermato il principio di diritto, fatto proprio dalla decisione della Corte d'Appello in commento, ossia che **tutti gli effetti giuridici derivanti dalla pubblicazione della sentenza** (e quindi anche la decorrenza del termine previsto dall'art. 327, primo co. c.p.c.) **si producono già dalla prima data del deposito, anziché dalla seconda data attestante la pubblicazione della sentenza.**

Come noto, con l'interpretazione del massimo consesso nomofilattico si costituisce il c.d. diritto vivente applicabile (*all'uopo* si rammenta il nuovo art. 374, co. 3 c.p.c. che assegna una pregnante valenza e tendenziale vincolatività alle pronunce delle Sezioni unite).

A questo proposito, anche la sentenza n.13620/2012 della Cassazione ha consolidato tale funzione delle s.u. affermando che «benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga il principio dello *stare decisis* (proprio degli ordinamenti anglosassoni), essa costituisce, tuttavia, un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente nell'ordinamento, stando alla quale non è consentito discostarsi da un'interpretazione del giudice di legittimità, senza forti ed apprezzabili ragioni giustificative; in particolare, in tema di norme processuali, per le quali l'esigenza di un adeguato grado di certezza si manifesta con maggiore evidenza, ... ove siano compatibili con la lettera della legge due diverse interpretazioni, deve preferirsi quella sulla cui base si sia formata una sufficiente stabilità di applicazione nella giurisprudenza della Corte di cassazione».

Ciò nonostante, in data 22/11/2013 la Corte Suprema con

l'ordinanza interlocutoria n. 26251 ha disposto l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale per la possibile violazione degli artt. 3, co. 2, e 24, co. 1 e 2, Cost..

Sussiste, secondo la suddetta ordinanza, una disparità di trattamento tra la situazione processuale in cui le attività di mero deposito della sentenza e quella di effettiva pubblicazione della stessa risultano (come dovrebbe accadere di regola) contestuali con quella in cui le due attività si scindono ed hanno luogo in due momenti temporali diversi, spesso anche distanti apprezzabilmente.

A tutt'oggi, la questione incidentale di costituzionalità sollevata è ancora pendente. Non ci resta, quindi che attendere l'esito!

Infine, si rileva come il Presidente e la Dirigenza del Tribunale di Bologna, con la circolare n. 83/2013, oltre ad invitare gli Uffici incaricati ad una scrupolosa osservanza di quanto disposto dalla Cassazione in merito alla decorrenza del termine per impugnare, hanno altresì specificato che, con l'adozione del PCT, ora è l'invio telematico della sentenza firmata digitalmente dal giudice, che dà inizio alla fase di competenza del cancelliere: la "procedura di pubblicazione" (certificata con la firma digitale del cancelliere stesso).

Di fatto, quindi, per le parti costituite in giudizio, si dovrebbero dissipare i dubbi interpretativi circa il momento di decorrenza degli effetti giuridici espressamente previsti, appunto, dalla pubblicazione della sentenza.

Mentre attendiamo la decisione della Corte Costituzionale, ci auspichiamo che l'uso del PCT possa, in concreto, aiutarci a superare le problematiche della doppia attestazione del cancelliere.

#### **Esito dell'appello:**

Inammissibile

#### **Precedenti giurisprudenziali:**

Conformi:

Cassazione Civile, sentenza N. 20858 del 2009 Rv. 610402,

Cassazione Civile, sentenza N. 7240 del 2011 Rv. 616933,

Cassazione Civile, sentenza N. 24178 del 2011 Rv. 620547

Cassazione Civile, sentenza n. 8216 del 2013 Rv. 625830

Cassazione Civile, Sez. lavoro, sentenza n. 24028 del 2013

Difformi

Cassazione civile sentenza N. 12681 del 2008 Rv. 603265

#### **Riferimenti normativi:**

Cod. Proc. Civ. artt. 133, 327

#### **Riferimenti normativi**

Corte d'appello Bologna, Sentenza 16/10/2014, n. 2139

Civile

Società di capitali

## Il trasferimento di partecipazioni societarie

di Paolo Cevasco - Avvocato in Genova

La diffusione, sempre maggiore, di contratti di trasferimento di partecipazioni in società di capitali caratterizzati dalla presenza di clausole di garanzia che ricollegano specifiche conseguenze per il caso in cui il patrimonio sociale sia difforme (quantitativamente e/o qualitativamente) da quanto “promesso” dal venditore, impone agli operatori del diritto di approfondire le tematiche sottese a tali negozi che, figli di esperienze giuridiche diverse dalla nostra, possono celare inaspettate problematiche e criticità. Il presente articolonasce dalla volontà di fornire al giurista pratico un vademecum che si spera possa risultare utile per affrontare con attenta serenità le questioni in oggetto.

La situazione di partenza, nota a tutti, è la seguente: un soggetto decide di acquistare una partecipazione (di controllo) nel capitale di una certa società in quanto, tramite la stipulazione del suddetto negozio, egli intende, di fatto, acquistare i beni che costituiscono il patrimonio aziendale della società compravenduta. È pertanto evidente come vi sia uno “scollamento” tra il bene effettivamente oggetto di trasferimento (le partecipazioni) e quello che in concreto consente all’acquirente di soddisfare quel bisogno che lo ha spinto a concludere il contratto (l’azienda sociale).

Si tratta in particolare di verificare se e come una qualche divergenza relativa al patrimonio della società le cui quote o azioni sono state compravendute possa incidere ed in che modo sugli effetti del contratto traslativo.

Per fornire una risposta a tale questione è necessario distinguere tra contratti semplici (ovvero privi di specifiche pattuizioni in merito alla garanzia circa la consistenza del patrimonio sociale) e contratti articolati (in cui le parti hanno previsto specifiche conseguenze, ove il patrimonio sociale risulti diverso -quantitativamente e/o qualitativamente- da quanto originariamente “promesso”).

### a) I contratti c.d. “semplici”

La giurisprudenza prevalente, condivisa anche dalla più nutrita dottrina, aderisce alla ricostruzione per cui, ove il compratore intenda essere garantito per il caso di vizi e/o minor valore e/o insussistenza del patrimonio sociale, dovranno essere predisposte specifiche clausole di garanzia al riguardo. Di conseguenza, in assenza di espresse pattuizioni, la divergenza qualitativa e/o quantitativa tra quanto rappresentato dal venditore al momento del raggiungimento dell’accordo e l’effettiva consistenza patrimoniale della società successivamente verificata dall’acquirente non potrà determinare conseguenze sulla validità e sull’efficacia del contratto né la modificazione, per ordine di un giudice, dell’ammontare del corrispettivo pagato.

### b) I contratti articolati: le c.d. *business warranties*

La necessità di introdurre specifiche clausole di garanzia che prevedano determinate conseguenze per il caso in cui il patrimonio sociale si dimostri quantitativamente o qualitativamente diverso rispetto alle aspettative delle parti (o, meglio, dell’acquirente), sulla base delle quali si è determinata

la concorde volontà negoziale, risulta ancor più evidente se si ricorda l’orientamento giurisprudenziale, quasi unanime, che esclude che il patrimonio sociale possa costituire, direttamente o indirettamente, l’oggetto del trasferimento. Le clausole che disciplinano le conseguenze per il caso in cui il patrimonio sociale diverga da quanto promesso vengono comunemente (e genericamente) definite *business warranties*: esse possono essere di natura analitica o sintetica, distinguendosi quindi tra loro per la specificità degli eventi contemplati.

Un primo problema, di carattere teorico (ma non scevro di risvolti pratici), è quello che attiene alla **natura giuridica delle clausole in commento**: le clausole di garanzia, aderendo alla ricostruzione prevalente, comporterebbero l’introiezione delle valutazioni in merito alla consistenza patrimoniale della società nell’ambito delle qualità che caratterizzano i beni oggetto del trasferimento, ovvero sia le partecipazioni sociali. Ove disattese, legittimerebbero l’applicazione degli artt. 1495 - 1497 c.c. (con conseguente applicazione dei brevi termini di prescrizione -inderogabile ex art. 2936 c.c.- e decadenza di cui alle norme citate);

La prassi conosce **molteplici tipologie di clausole** che, introdotte singolarmente ovvero combinate tra loro, attribuiscono al negozio natura di contratto articolato. Segue una breve disamina di tali pattuizioni, rimandandosi alla monografia sopra citata per una più approfondita analisi delle stesse:

#### 1) *Garanzie a proposito della consistenza patrimoniale della società:*

i) in primo luogo, normalmente, il venditore è tenuto a garantire che le poste contabili indicate nella situazione patrimoniale di riferimento siano effettivamente **esistenti ed ammontanti ai valori in essa indicati**;

ii) in secondo luogo, il venditore deve garantire che la valutazione indicata nella situazione patrimoniale di riferimento sia **vera e reale risultando la stessa dalla corretta applicazione di condivise regole contabili**, sulle quali le parti hanno convenuto doversi redigere il citato documento (come, ad esempio, i principi contabili internazionali IAS/IFRS).

#### 2) *Garanzie relative a singoli cespiti aziendali:*

i) i contratti concretamente analizzati contengono spesso **clausole di garanzia “introduttive” (o di chiusura) di natura ampia** in cui, ad esempio, il venditore garantisce che la società le cui partecipazioni sono oggetto di trasferimento è nella piena titolarità di tutti i beni (mobili o immobili) indicati nella situazione patrimoniale e che tali beni sono privi di gravami;

ii) quanto ai **beni mobili e soprattutto immobili** è frequente che l'acquirente pretenda dal venditore la prestazione di garanzie specifiche, ad esempio in materia di edilizia ed urbanistica (per gli immobili);

iii) altrettanto è a dirsi a proposito **delle partecipazioni in altre società** (controllate o non) in relazione alle quali non è infrequente che vengano previste pattuizioni assai specifiche;

iv) quanto ai **crediti** se ne garantisce normalmente certezza, liquidità ed esigibilità; molto spesso le relative clausole sono però più specifiche;

v) anche per quanto attiene ai **contratti** in vigore, le parti sono solite individuare specifiche clausole *ad hoc*. In questo caso, riveste normalmente grande importanza l'elencazione dei rapporti bancari in essere e la dichiarazione che la società non è inadempiente in tutto o in parte rispetto ad alcuno degli obblighi previsti a suo carico.;

vi) tipiche sono poi le clausole che garantiscono l'acquirente circa l'assenza di **contenziosi** (ovvero che forniscono l'elenco delle controversie in essere);

vi) la prassi contrattuale conosce poi pattuizioni piuttosto specifiche (e limitate) con le quali il venditore dichiara che allo stato non sono **pendenti controversie di natura ambientale, ecologica, previdenziale e tributaria** e che l'attività aziendale è sempre stata svolta nel rispetto della normativa in materia.

### 3) Garanzie reddituali

Esistono ragioni di carattere logico che hanno comportato la scarsa frequenza nella redazione di clausole di garanzia reddituale che, ove illimitate, avrebbero l'effetto di addossare l'intero rischio d'impresa (inefficienza della gestione, variazioni di mercato, ...) sul venditore il quale, evidentemente, avrebbe comunque perso ogni potere di controllo sulla società..

Più frequenti sono le cd. clausole *diearn out* con le quali le parti condizionano il pagamento di una parte del prezzo (eventualmente da considerarsi supplementare rispetto a quella oggetto di valutazione) nel caso in cui si verificano determinate condizioni reddituali relative alla società compravenduta.

Premessa la stretta correlazione tra corrispettivo e concessione di particolari garanzie, giova ribadire come la concreta

determinazione del **prezzo** sia il momento in cui gli interessi contrapposti e confliggenti di acquirente e venditore trovano una composizione.

La prassi conosce le c.d. **clausole di price adjustment**, attraverso le quali le parti convengono una (proporzionale o non) riduzione del prezzo per il caso in cui determinati dati contabili e/o commerciali in relazione ai quali il venditore aveva effettuato dichiarazioni di garanzia si siano successivamente dimostrati non veritieri.;

Una problematica di primario rilievo si ha ove le parti abbiano individuato una **determinata somma quale corrispettivo “immodificabile”**, in quanto perfettamente condiviso dalle stesse alla luce di una completa ed approfondita valutazione preventiva di opportunità contrattuale. Naturalmente tali clausole non coprono il caso in cui il venditore abbia dolosamente indotto in errore l'acquirente fornendo documentazioni che si siano successivamente dimostrate false.

Di notevole importanza è, infine, la **valutazione delle conseguenze della violazione degli impegni di garanzia** contrattualmente assunti:

i) nel testo dei contratti, è spesso contenuta una clausola con la quale le parti hanno convenuto l'esclusione dell'applicabilità di ogni altro rimedio previsto dalla legge (ivi compresa la risoluzione del contratto per inadempimento) in relazione a qualsiasi violazione delle garanzie o di altre obbligazioni scaturenti dal negozio (cd. clausola *di exclusive remedy* (o di *no other remedy*)).

ii) le **clausole di indennizzo** introducono, all'interno delle convenzioni pattizie, la specifica e completa disciplina dei rimedi a disposizione dell'acquirente, i casi in cui la garanzia è esclusa, le franchigie, i tempi e le modalità della presentazione dei reclami da parte del soggetto garantito, la gestione di eventuali controversie con i terzi, i tempi entro i quali far valere le garanzie, e soprattutto, la preventiva qualificazione del danno patito dall'acquirente. Tali clausole sono strettamente collegate con le pattuizioni in materia di garanzia di cui già si è fornita disamina.

Questo articolo nasce quale breve *pendant* di una più estesa trattazione, di carattere monografico ed edita questo mese da Wolters Kluwer Italia, che è a sua volta figlia dell'analisi dei molti contratti aventi ad oggetto il trasferimento di partecipazioni societarie in relazione ai quali lo Studio di cui faccio parte ha prestato, nel corso di almeno quattro decenni, la propria opera professionale.

Per un maggiore approfondimento, v. P. Cevasco, **Il contratto di trasferimento di partecipazioni societarie**, Milano, 2014. Per consultare l'indice o scaricare gratuitamente un estratto clicca qui.

Civile

Codice della strada

## Per sfuggire alla multa il proprietario dell'auto deve dimostrare che circolava contro la sua volontà

In una recente ordinanza, la Suprema Corte è tornata ad occuparsi del regime di responsabilità solidale prevista anche dal Codice della Strada a carico del proprietario del veicolo per le violazioni punibili con la sanzione amministrativa pecuniaria commesse con il suo mezzo da altri soggetti.

L'art. 196 del Codice della Strada, sulla scorta del principio generale affermato dall'art. 6 della legge n. 689/1981, estende al proprietario del veicolo l'obbligo al pagamento delle sanzioni pecuniarie per gli illeciti amministrativi commessi da altri soggetti tramite quel mezzo: un'obbligazione a titolo solidale con l'effettivo autore della violazione.

Lo stesso art. 196 citato consente al proprietario del veicolo di esonerarsi da questa presunzione di responsabilità allorché riesca a fornire la *prova che la circolazione del mezzo è avvenuta contro la sua volontà*. Tale costruzione della fattispecie è mutuata letteralmente dall'art. 2054, comma 3, c.c., il quale disciplina l'ipotesi del danno aquiliano cagionato dalla circolazione dei veicoli. In tale ambito, con considerazioni estensibili anche agli illeciti previsti dal Codice della Strada, è stata precisata la portata della clausola di esonero da responsabilità, specificando che il proprietario del veicolo, il quale intenda sottrarsi alla presunzione di responsabilità prevista dal citato art. 2054 c.c., non può limitarsi a provare che la circolazione sia avvenuta senza il suo consenso (*"invito domino"*), ma deve dimostrare che la stessa abbia avuto luogo *"contro la sua volontà"* (*"prohibente domino"*), il che postula che la volontà contraria si sia manifestata in un concreto e idoneo comportamento ostativo specificamente rivolto a vietare la circolazione ed estrinsecatosi in atti e fatti rilevatori della diligenza e delle cautele allo scopo adottate.

La valutazione della diligenza del proprietario e della sufficienza dei mezzi adottati per impedire la circolazione del veicolo deve essere compiuta secondo un **criterio di normalità ed in relazione al caso concreto con accertamento rimesso al giudice di merito**, il cui giudizio, se adeguatamente motivato, è incensurabile in sede di legittimità. Tali principi, già espressi in precedenti decisioni, sono stati ribaditi in una recente ordinanza.

Nel caso in esame, la Suprema Corte, in applicazione degli enunciati principi, ha confermato la sentenza impugnata con la quale il giudice del merito aveva rigettato anche

in appello il ricorso proposto dalla proprietaria del mezzo quale responsabile in solido della circolazione di un ciclomotore - poi consegnato dal figlio al soggetto trasgressore - sprovvisto del certificato di idoneità tecnica, della copertura assicurativa nonché della targa identificativa del mezzo.

**Esito del ricorso:**

Rigetta, Tribunale di L'Aquila, sentenza 2 maggio 2012, n. 290

**Riferimenti normativi:**

Decreto Legisl. 30/04/1992 num. 285 art. 196

Legge 24/11/1981 num. 689 art. 6

Cod. Civ. art. 2054

**I precedenti giurisprudenziali:**

Cass. civ. Sez. III, 14/07/2011, n. 15478 (rv. 619233)

Cass. civ. Sez. III, 07/07/2006, n. 15521 (rv. 591567)

A cura della Redazione

**Riferimenti normativi**

Cassazione civile Ordinanza, Sez. VI, 21/10/2014, n. 22318

Civile

Responsabilità civile

## Albero si abbatte su auto: l'ente proprietario della strada deve vigilare sulle situazioni di pericolo

L'ente proprietario di una strada aperta al pubblico transito è tenuto ad individuare, prevenire o attenuare i rischi derivanti dalla proprietà privata: in primo luogo, segnalando ai proprietari interessati la situazione di pericolo; in secondo luogo, invitando i medesimi ad eliminarla; in terzo luogo, inibendo la circolazione.

L'ente proprietario di una strada aperta al pubblico transito, pur non essendo custode dei fondi privati che la fiancheggiano, né avendo alcun obbligo di provvedere alla manutenzione di essi, ha tuttavia l'**obbligo di vigilare** affinché dai suddetti fondi non sorgano situazioni di pericolo per gli utenti della strada e, in caso affermativo, attivarsi per rimuoverle o farle rimuovere.

Ne consegue che è in **colpa**, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1176, comma 2, e 2043 c.c., **l'ente proprietario della strada pubblica il quale, pur potendo avvedersi con l'ordinaria diligenza di una situazione di pericolo proveniente da un fondo privato, non la segnali al proprietario di questa, né adotti altri provvedimenti cautelativi, ivi compresa la chiusura della strada alla circolazione**. Tale il principio di diritto espressamente enunciato dalla Suprema Corte in una recente decisione.

Nel caso in esame, il giudice di legittimità è stato chiamato a

pronunciarsi in merito ad una richiesta risarcitoria azionata in giudizio a seguito ad un incidente occorso ad un automobilista rimasto vittima di gravi lesioni allorché un grosso albero (ontano), posto a poca distanza dal ciglio stradale, si era violentemente abbattuto sul veicolo da lui condotto lungo una strada stradale.

**Esito del ricorso:**

Cassa con rinvio, Corte di Appello di Genova, sentenza 25 giugno 2008, n. 773

**Riferimenti normativi:**

Cod. Civ. artt. 1176, 2043, 2051

D.Lgs. 30/04/1992 n. 285, art. 14

D.Lgs. 26/02/1994 n. 143, art. 2

**I precedenti giurisprudenziali:**

Cass. civ. Sez. III, 11-11-2011, n. 23562 (rv. 620514)

A cura della Redazione

**Riferimenti normativi**

Cassazione civile Sentenza, Sez. III, 22/10/2014, n. 22330

**Civile**

S.p.a

## Socio vs amministratore: azione inammissibile se il danno è solo il riflesso del pregiudizio al patrimonio sociale

In una recente pronuncia la Suprema Corte ha riaffermato la delimitazione dell'ambito di esperibilità dell'azione ex art. 2395 cod. civ. ribadendo che se il danno lamentato costituisce solo il riflesso di quello cagionato al patrimonio sociale, si è al di fuori dell'ambito di applicazione della richiamata disposizione codicistica in quanto la medesima esige che il danno abbia investito direttamente il patrimonio del socio o del terzo.

L'azione individuale del socio nei confronti dell'amministratore di una società di capitali non è esperibile quando il danno lamentato costituisca solo il riflesso del pregiudizio al patrimonio sociale, giacché l'art. 2395 cod. civ. esige che il singolo socio sia stato danneggiato "direttamente" dagli atti colposi o dolosi dell'amministratore, mentre il diritto alla conservazione del patrimonio sociale appartiene unicamente alla società; la mancata percezione degli utili e la diminuzione di valore della quota di partecipazione non costituiscono danno diretto del singolo socio, poiché gli utili fanno parte del patrimonio sociale fino all'eventuale delibera assembleare di distribuzione e la quota di partecipazione

è un bene distinto dal patrimonio sociale, la cui diminuzione di valore è conseguenza soltanto indiretta ed eventuale della condotta dell'amministratore. Il principio, già enunciato dal giudice di legittimità, è stato riaffermato in una recente pronuncia.

Nel caso in esame, la Suprema Corte ha ritenuto incensurabile la sentenza impugnata che, in applicazione dell'enunciato principio, aveva concluso per l'inammissibilità della domanda qualificata ai sensi dell'art. 2395 cod. civ. rilevando che, nella specie, il danno lamentato dal socio si era prodotto nella sua sfera patrimoniale soltanto di riflesso, atteso che pregiudicata in via immediata dalla condotta dei convenuti era la stessa società.

**Esito del ricorso:**

Rigetta, Corte di Appello di Torino, sentenza 11 aprile 2008, n. 510

**Riferimenti normativi:**

Cod. Civ. art. 2395

**I precedenti giurisprudenziali:**

Cass. civ. Sez. III, 22/03/2012, n. 4548 (rv. 621601)

A cura della Redazione

**Riferimenti normativi**

Cassazione civile Sentenza, Sez. I, 23/10/2014, n. 22573

Penale

Sostanze stupefacenti

## Droghe leggere: neppure il richiamo al giudicato progressivo salva la pena divenuta illegale

di Giuseppe Amato - Procuratore della Repubblica di Trento

A seguito della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, il giudice di merito, chiamato a giudicare in sede di rinvio, deve fare applicazione della normativa sanzionatoria più favorevole sopravvenuta per le droghe leggere.

### La vicenda

Si tratta di una decisione ineccepibile: chiamata a giudicare in sede di rinvio dopo un annullamento della Corte di cassazione limitato all'apprezzamento circa la sussistenza dell'aggravante dell'ingente quantità ex articolo 80, comma 2, del dpr n. 309 del 1990, la corte di merito, pur in una vicenda in cui l'illecito riguardava droghe "leggere", ha ritenuto di non poter fare applicazione del più favorevole trattamento sanzionatorio indotto, per le sostanze stupefacenti "leggere", dalla sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale.

Ciò sul rilievo che sulla questione si era sostanzialmente già formato il giudicato, in ossequio ai principio sul **c.d. giudicato progressivo** espresso dall'articolo 624 c.p.p. ["se l'annullamento non è pronunciato per tutte le disposizioni della sentenza, questa ha autorità di cosa giudicata nelle parti che non hanno connessione essenziale con la parte annullata"]. La Cassazione, adita dalla difesa, ha annullato la decisione con argomenti assolutamente condivisibili.

### La normativa

E' noto il quadro normativo di riferimento per le sostanze stupefacenti, determinato dalla richiamata sentenza della Corte costituzionale.

La sentenza della Corte costituzionale 12 febbraio 2014-25 febbraio 2014 n. 32, come è noto, "ha dichiarato l'illegittimità costituzionale - per violazione dell'articolo 77, comma 2, della Costituzione, che regola la procedura di conversione dei decreti-legge - degli articoli 4-bis e 4-vicies ter del decreto legge 30 dicembre 2005 n. 272, come convertito con modificazioni dall'articolo 1 della legge 21 febbraio 2006 n. 49, così rimuovendo le modifiche apportate con le norme dichiarate illegittime agli articoli 73, 13 e 14 del dpr 9 ottobre 1990, n. 309".

A seguito della dichiarazione di incostituzionalità, come del resto precisato dalla stessa Corte costituzionale, **è tornata nuovamente vigente la disciplina dei reati sugli stupefacenti contenuta nel dpr n. 309 del 1990, nella versione precedente alla novella del 2006** (nel testo cioè introdotto dalla legge Vassalli-Iervolino).

Occorre quindi avere riguardo al sistema tabellare anteriore alla Fini-Giovanardi, distinguendosi tra "droghe "pesanti" [tabelle I e III] e droghe "leggere" [tabelle II e IV], con conseguente applicazione delle fattispecie incriminatrici contenute, rispettivamente, nei commi 1 e 4 del dpr n. 309 del 1990, nel testo anteriore alle modifiche del 2006.

Ciò con effetti sanzionatori di non trascurabile rilievo: **per le droghe "pesanti" il ritorno alla previgente disciplina del 1990 si risolve in un aggravamento sanzionatorio quanto alla pena della reclusione**: la legge Fini-Giovanardi aveva rideterminato la pena stabilita nel comma 1 dell'articolo 73 stabilendo nella misura da "sei a venti anni di reclusione", mentre, ora, si torna alla pena della reclusione da "otto a venti anni".

Al contrario, **per le droghe "leggere", il trattamento sanzionatorio è più favorevole**, essendo prevista, nel preesistente comma 4 dell'articolo 73, "riattivato" dalla sentenza costituzionale, una pena detentiva "da due a sei anni di reclusione" notevolmente inferiore a quella introdotta (con l'omologato regime penale di droghe "pesanti" e "leggere") dall'articolo 73 nel testo della Fini-Giovanardi. Più favorevole è anche la misura della pena pecuniaria.

### Le Sezioni unite

E' ovvio che si è determinato un sopravvenuto trattamento di favore per i fatti riguardanti "droghe leggere". Trattamento non solo, ovviamente, applicabile per il futuro, ma anche per il passato, ed anche in presenza di una sentenza definitiva di condanna.

In questo senso, si sono espresse le Sezioni unite della Corte di cassazione, dapprima con la **sentenza 24 ottobre 2013-7 maggio 2014 n. 18821, Ercolano**, pur se relativa ad altra tematica, e, poi, più chiaramente, con la **sentenza 29 maggio 2014-14 ottobre 2014, n. 42858, Gatto**.

Quest'ultima, in particolare, con affermazione qui calzante, ha stabilito il seguente principio di diritto: "Successivamente ad una sentenza irrevocabile di condanna, la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, comporta la rideterminazione della pena, che non sia stata interamente espiata, da parte del giudice dell'esecuzione".

E allora, se il trattamento sanzionatorio più favorevole deve essere applicato in sede di esecuzione, a maggior ragione deve provvedervi il giudice di merito, quando è ancora in corso il processo di cognizione, anche in sede di impugnazione.

In questo senso, è del resto la giurisprudenza della Corte di cassazione, ormai orientata, in tutte le vicende di ricorsi aventi ad oggetto sostanze stupefacenti "leggere", ad annullare con rinvio la sentenza di condanna, per la rideterminazione della pena; e ciò pur a fronte di ricorsi per altro verso



manifestamente infondati.

Cfr., per esempio, Cassazione, Sezione IV, 15 luglio 2014- 4 agosto 2014 n. 34258, Aloe, secondo cui, in caso di condanna per il reato di cui all'articolo 73 del dpr 9 ottobre 1990 n. 309, avente ad oggetto le c.d. droghe "leggere" (nella specie, trattavasi di *hashish*), pur a fronte di un ricorso per cassazione manifestamente infondato, la Corte di legittimità deve prendere atto della sopravvenuta sentenza n. 32 del 2014 con cui la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di talune disposizioni del decreto legge 30 dicembre 2005 n. 272, convertito dalla legge n. 49 del 2006, ha determinato come conseguenza, per le droghe "leggere", l'applicazione delle fattispecie incriminatrici e del trattamento sanzionatorio previsti dalla precedente normativa: in particolare, l'applicazione del disposto dell'articolo 73, comma 4, del dpr n. 309 del 1990, nel testo anteriore alle modifiche introdotte con la legge dichiarata costituzionalmente illegittima, che prevede una pena della reclusione inferiore (per l'effetto, nella specie, la Corte, essendone derivata l'applicazione di una pena illegale, cui non poteva sopperire la stessa Corte di legittimità ex articolo 620, comma 1, lettera l), c.p.p., non essendo possibile procedere ad un'operazione correttiva meramente matematica, ha annullato la sentenza di condanna per un rinnovato giudizio limitamento al trattamento sanzionatorio, fermo il giudizio sulla responsabilità).

#### **La decisione**

La sentenza della Corte in esame ha quindi annullato

nuovamente la decisione di merito invitando il giudice a rinnovare l'apprezzamento complessivo sul trattamento sanzionatorio, che all'evidenza dovrà tenere conto delle meno pesanti sanzioni previste ora per le droghe "leggere".

Tra l'altro, va qui evidenziato anche un ulteriore errore in cui era incorso il giudice di merito, allorquando aveva **impropriamente richiamata la nozione di giudicato progressivo**. In realtà, si era formato il giudicato sulla responsabilità; ma non sul trattamento sanzionatorio in genere, avendo la Corte di cassazione, nel primigenio annullamento, rimesso una questione - sussistenza o no di una aggravante- rilevante proprio ai fini della determinazione della pena.

Quindi, ora, impregiudicata la responsabilità, ormai definitivamente accertata, dovrà rideterminarsi la pena. Si spera senza ulteriori ricorsi.

#### **La decisione in sintesi**

##### **Precedenti giurisprudenziali:**

Corte costituzionale, 25 febbraio 2014 n. 32;  
Cassazione, Sezioni unite, 24 ottobre 2013, Ercolano;  
Cassazione, Sezioni unite, 29 maggio 2014, Gatto.

##### **Riferimenti normativi:**

D.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309, art. 73;  
c.p., art. 2.

##### **Riferimenti normativi**

Cassazione penale Sentenza, Sez. II, 15/10/2014 18/07/2014, n. 43069

Penale

Diritto di difesa

## Allo straniero l'ordinanza cautelare va tradotta solo se è certo che non conosce la lingua italiana

di *Ciro Santoriello* - Sostituto Procuratore presso il Tribunale di Torino

L'obbligo di traduzione in una lingua comprensibile allo straniero alloggiato, che sia raggiunto da un'ordinanza applicativa di una misura cautelare personale, sorge, dunque, nel momento in cui si ha la prova che non è in grado di comprenderne il contenuto, perché la traduzione non inerisce al profilo della perfezione e della validità dell'atto, ma solo a quello della sua efficacia.

La Cassazione precisa quali sono gli obblighi di tutela dell'indagato alloggiato che sia colto da misura cautelare. La relativa ordinanza va tradotta al momento dell'esecuzione solo se dagli atti risulta in maniera inequivocabile che l'imputato non conosceva la lingua italiana e comunque la mancata traduzione incide sull'efficacia della misura e non sulla validità della stessa.

### Il fatto

Nei confronti di un cittadino francese era applicata la misura cautelare della custodia in carcere; la misura era eseguita presso l'aeroporto di Milano Linate, dove il prevenuto giungeva a seguito di estradizione dalla Francia conseguente al mandato di arresto europeo ed in tale momento lo stesso **dichiarava di non parlare e comprendere la lingua italiana** ed i verbalizzanti davano atto di aver reso edotto lo stesso sommariamente del contenuto dell'atto notificato (l'ordinanza) in lingua inglese. In sede di **interrogatorio di garanzia**, svoltosi con la **presenza di interprete di lingua francese**, il giudice Gip contestava all'indagato i fatti di cui all'ordinanza cautelare, dando conto degli elementi di prova illustrati nella motivazione del provvedimento, invitando il prevenuto ad esporre quanto ritenuto utile per la sua difesa, dandogli gli avvisi previsti dalla legge.

Il difensore dell'indagato proponeva tempestiva richiesta di riesame chiedendo di dichiarare la **nullità (ovvero la perdita di efficacia) della misura in essere per omessa traduzione nella lingua dell'indagato dell'ordinanza applicativa della misura**; in subordine la difesa chiedeva che fosse disposta la restituzione degli atti al giudice che aveva emesso il provvedimento coercitivo per la sua traduzione e notificazione all'indagato. Il tribunale del riesame accoglieva l'istanza ed annullava l'ordinanza coercitiva disponendo l'immediata scarcerazione dell'Haddad se non detenuto per

altra causa.

Avverso quest'ultimo provvedimento ricorreva per cassazione il Procuratore della repubblica denunciando l'**erronea interpretazione ed applicazione degli artt. 143, 178 lett. c) e 180 c.p.p.**, giacché il Tribunale avrebbe **erroneamente ritenuto, che dagli atti a disposizione del giudice al momento dell'emissione dell'ordinanza già risultasse che l'indagato non avesse conoscenza della lingua italiana** facendo derivare dalla mancata traduzione, a quel momento, la nullità dell'ordinanza. Di contro, secondo la Procura, al momento dell'emissione dell'ordinanza cautelare non vi era alcun elemento dal quale desumere che l'indagato non conoscesse la lingua italiana, anche in ragione del fatto che lo stesso era amministratore e socio di una società italiana ed in tale veste era indagato per aver emesso fatture per operazioni inesistenti, circostanze che ben potevano far presumere che l'indagato fosse a conoscenza della lingua italiana.

In ogni caso, rileva ancora il PM ricorrente, seppure si ritenesse certa la mancata conoscenza della lingua italiana, l'ordinanza non sarebbe nulla.

In secondo luogo era contestata la conclusione secondo cui, stante il fatto che il prevenuto non conosceva la lingua italiana, la relativa ordinanza andava dichiarata nulla per violazione dell'art. 178 lett. c) c.p.p. determinata dalla omessa traduzione della stessa nella lingua dell'indagato. Questa conclusione sarebbe **contraria al modello delle nullità delineato dal codice di rito caratterizzato dalla tipicità**, giacché al nostro ordinamento sarebbe **sconosciuta la figura della nullità sopravvenuta**.

Infine, veniva **contestata la sussistenza di una nullità per violazione delle norme che garantiscono l'intervento dell'indagato**, in quanto **l'ordinanza di custodia cautelare non è certamente un atto nel quale è previsto tale intervento** e le esigenze di tutela dell'indagato alloggiato sono **garantite dalla presenza dell'interprete in sede di interrogatorio di garanzia o all'udienza di convalida** - la cui mancanza determina una violazione del diritto di difesa, con conseguente nullità dell'interrogatorio -, **dal dovere del direttore del carcere di procedere alla traduzione dell'atto**, nonché dalla possibilità di far **decorrere il termine per la proposizione del riesame solo dal momento in cui l'ordinanza viene tradotta**.

### La decisione

La Cassazione ha dichiarato fondato il ricorso, annullando senza rinvio l'ordinanza impugnata con conseguente reviviscenza dell'ordinanza di custodia cautelare.

Secondo la Corte di legittimità il tribunale del riesame è incorso in un'evidente violazione di legge allorché ha ritenuto di far discendere dalla mancata traduzione da parte dell'interprete della parte dell'ordinanza che indicava le esigenze cautelari, la nullità dell'ordinanza stessa e d'altronde questa conclusione è contraria alle indicazioni delle sezioni unite (Cass., sez. un., 24 settembre 2003, n. 5052; Cass., sez. I, 23 maggio 2000 n. 3759), secondo cui, **qualora sia applicata una misura cautelare personale nei confronti di un cittadino straniero, del quale si ignori che non è in grado di comprendere la lingua italiana, non è dovuta**

**l'immediata traduzione dell'ordinanza che la dispone** e il diritto alla conoscenza del relativo contenuto è soddisfatto - una volta eseguito il provvedimento - o dalla traduzione in lingua a lui nota ovvero dalla nomina, in sede di interrogatorio di garanzia, di un interprete che traduca le contestazioni mossegli, rendendolo edotto delle ragioni che hanno determinato l'emissione del provvedimento nei suoi confronti; inoltre, in tal caso la decorrenza del termine per impugnare il provvedimento è differita al momento in cui il destinatario ne abbia compreso il contenuto.

Questa conclusione non opera, nel senso che l'ordinanza cautelare redatta in italiano e notificata ad indagato straniero è viziata da **nullità a regime cd. intermedio**, solo quando **risulti inequivocabilmente dagli atti in possesso del giudice al momento della sua adozione, che lo straniero non era in grado di comprendere la lingua italiana**. Tuttavia, nel caso di specie il tribunale del riesame non aveva offerto alcun elemento da cui risultasse tale circostanza, ovvero che l'indagato non conosceva la lingua italiana, non potendo ritenersi che conducano a tale conclusione la circostanza che lo stesso risiedesse in Francia e che al telefono con i suoi interlocutori parlasse francese.

L'ordinanza impugnata inoltre sarebbe errata, secondo la Cassazione, anche con riferimento alle conseguenze derivanti dalla mancata traduzione dell'ordinanza cautelare. Tale omissione, infatti, **non incide sulla perfezione e sulla validità dell'atto ma sulla sua efficacia**, con la conseguenza che **la richiesta di traduzione del titolo custodiale proposta dall'indagato al giudice del riesame e la conseguente trasmissione degli atti al giudice delle indagini preliminari per la traduzione e la notifica, all'indagato, del provvedimento originario e di quello tradotto non comporta l'invalidità del titolo custodiale, ma una sorta di restituzione nel termine, con riferimento al momento produttivo degli effetti, per consentire l'eventuale impugnazione sulla base di una piena conoscenza dell'ordinanza cautelare** (Cass., sez. V, 12 marzo 2013, n. 18023; Cass., sez. VI, 4 dicembre 2007, n. 12113).

Dunque, se si abbia a ritenere che in sede di interrogatorio di garanzia la traduzione dell'ordinanza cautelare sia stata incompleta la questione va proposta, contestandosi l'efficacia della misura, al giudice che ha emesso l'ordinanza, il quale, se ritiene, può provvedere a far integrare la traduzione della stessa, con la conseguente remissione in termini per le impugnazioni. Solo avverso tale diniego, l'interessato potrà poi esperire i mezzi di impugnazione riservati alle misure cautelari, ma, in assenza di prova inequivocabile che egli non conoscesse la lingua italiana sin dal momento dell'emissione dell'ordinanza, si farà sempre questione dell'eventuale inefficacia ma non della nullità dell'ordinanza.

## La decisione in sintesi

### Esito del ricorso:

Annullamento senza rinvio dell'ordinanza, con reviviscenza della misura cautelare dichiarata nulla in precedenza

### Precedenti giurisprudenziali:

Cassazione penale, sezione V, 12 marzo 2013, n. 18023

Cassazione penale, sezione VI, 4 dicembre 2007, n. 12113

Cassazione penale, sezione IV, 12 novembre 2004, n. 6684  
Cassazione penale, Sezioni unite, 24 settembre 2003, n. 5052

Cassazione penale, sezione I, 23 maggio 2000, n. 3759

### Riferimenti normativi:

Codice di procedura penale, artt. 143, 178 lett. c), 180

Decreto legislativo n. 152 del 2006, art. 25.

### Riferimenti normativi

Cassazione penale Sentenza, Sez. III, 14/10/2014 25/09/2014, n. 42884

## Penale

Reati tributari

## Utilizzabili per provare la frode fiscale le dichiarazioni rese al funzionario delle entrate in sede amministrativa

Pronunciandosi su una vicenda che vedeva imputato, per quanto qui di interesse, il legale rappresentante di una società, condannato per il reato di dichiarazione fraudolenta mediante utilizzo di fatture per operazioni inesistenti nonché per concorso in emissione di fatture per operazioni inesistenti, il quale aveva chiesto che venissero dichiarate inutilizzabili le dichiarazioni rese dall'emittente le fatture all'Agenzia delle Entrate in assenza di difensore, la Cassazione ha affermato il principio secondo cui sono utilizzabili le dichiarazioni rese da un contribuente al Funzionario dell'Agenzia delle Entrate senza l'assistenza del difensore prima dell'inizio della verifica fiscale.

Prima di soffermarci sulla pronuncia resa dalla Suprema Corte, è opportuno ricordare, per quanto qui di interesse, che **l'art. 220 disp. Att. C.p.p.** (d. lgs. 28 luglio 1989, n. 271, sotto la rubrica "*attività ispettive e di vigilanza*", prevede che "quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti emergono indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice".

La norma è stata interpretata dalla giurisprudenza di legittimità nel senso che il significato dell'espressione "quando... *emergano indizi di reato*" - contenuta nell'art.220 disp. att.

cod. proc. pen. e tesa a fissare il momento a partire dal quale, nell'ipotesi di svolgimento di ispezioni o di attività di vigilanza, sorge l'obbligo di osservare le disposizioni del codice di procedura penale per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire ai fini dell'applicazione della legge penale - deve intendersi nel senso che **presupposto dell'operatività della norma** sia non l'insorgenza di una prova indiretta quale indicata dall'art. 192 cod. proc. pen., bensì la **sussistenza della mera possibilità di attribuire comunque rilevanza penale al fatto che emerge dall'inchiesta amministrativa e nel momento in cui emerge, a prescindere dalla circostanza che esso possa essere riferito ad una persona determinata** (Cass. Pen., Sez. U, sentenza n. 45477 del 28/11/2001 - dep. 20/12/2001, Raineri, in *CED Cass.*, n. 220291). Per questa ragione, si è sostenuto che in tema di giudizio abbreviato, la possibilità di attribuire agli elementi raccolti nel corso delle indagini preliminari il valore probatorio di cui sono normalmente sprovvisti nel giudizio che si svolge nelle forme ordinarie del "dibattimento" riguarda i casi di inutilizzabilità fisiologica della prova, relativa ad elementi assunti "*secundum legem*", ma non legittimamente acquisite al dibattimento ex art. 526 cod. proc. pen., cui corrispondono i divieti di lettura di cui all'art. 514 cod. proc. pen., e le ipotesi di nullità relativa, stabilite esclusivamente per la fase dibattimentale dalla legge, mentre non riguarda i casi di inutilizzabilità "patologica", riguardante atti probatori assunti "*contra legem*", la cui utilizzazione è vietata in modo assoluto, in tutte le fasi procedimentali, e nelle procedure incidentali cautelari e di merito. Ne consegue che **sono inutilizzabili le dichiarazioni dell'imputato o dell'indagato rese nel corso dell'attività ispettiva, nei cui confronti siano emersi anche semplici dati indicativi di un fatto apprezzabile come reato e le cui dichiarazioni siano state assunte, ciononostante, in violazione delle norme poste a garanzia del diritto di difesa**. Infatti l'espressione "quando ...emergano indizi di reato" contenuta nell'art. 220 disp. att. cod. proc. pen. è tesa a fissare il momento a partire dal quale, nell'ipotesi di svolgimento di ispezioni o di attività di vigilanza, sorge l'obbligo di osservare le disposizioni del codice di procedura penale per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire ai fini dell'applicazione della legge penale (Cass. Pen., Sez. 5, n. 43542 del 23/09/2004 - dep. 08/11/2004, M. ed altri, in *CED Cass.*, n. 230065). Più specificamente, poi, si è aggiunto che **nell'ipotesi di dichiarazioni rilasciate a funzionari dell'ispettorato del lavoro da soggetto nei cui confronti siano emersi o emergano indizi di reità**, costituisce **questione di fatto** accertare se le stesse siano state rese nell'ambito di attività amministrativa di vigilanza volta ad evitare o rimuovere violazioni di norme sul lavoro e ad ottenere il positivo adempimento di esse, ovvero di quella di polizia giudiziaria, diretta a reprimere l'inosservanza delle norme stesse e soltanto in quest'ultimo caso è possibile apprezzare l'eventuale violazione delle norme processuali a garanzia del diritto di difesa (In applicazione di tale principio la Corte ha ritenuto utilizzabile la deposizione di un ispettore del lavoro - il quale aveva riferito sulle

dichiarazioni a lui rilasciate dall'imputato, già attinto da indizi di reità, nel corso dell'ispezione - in quanto il giudice di merito aveva, con valutazione discrezionale adeguatamente motivata, ritenuto che esse fossero state acquisite nel corso di un procedimento amministrativo: Cass. Pen., Sez. 2, n. 7255 del 18/02/2000 - dep. 19/06/2000, T. ed altro, in *CED Cass.*, n. 216358). Infine, sempre sul tema, si è puntualizzato che in materia di attività di vigilanza, l'art. 220 disp. att. al codice di procedura penale prescrive che quando, nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti, emergono indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle norme del codice. Dalla disposizione si evince, per converso, che l'obbligo non ricorre quando, ancora, non sono emersi elementi di colpevolezza nei riguardi di chi è sottoposto all'atto ispettivo o di vigilanza (Fattispecie relativa a **dichiarazioni raccolte dalla Guardia di Finanza che la Corte ha ritenuto utilizzabili in quanto ricevute prima che a carico del ricorrente emergessero indizi di reità**: Cass. Pen., Sez. 6, n. 11076 del 10/05/1999 - dep. 28/09/1999, G. e altri, in *CED Cass.*, n. 214332).

Tanto premesso, nel caso in esame era stata **eccepita l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese da un contribuente** (nella specie, il coimputato che aveva emesso le fatture per operazioni inesistenti, utilizzate a carico dell'utilizzatore) **al Funzionario dell'Agenzia delle Entrate senza l'assistenza del difensore**.

Nella fattispecie in esame, hanno osservato gli Ermellini come, dalla stessa sentenza, risultava che le dichiarazioni erano state rese al Funzionario dell'Agenzia delle Entrate **prima dell'inizio della verifica fiscale** a carico della società e dell'avvio delle indagini: sulla base di tale accertamento in fatto è apparso allora chiaro alla Corte di Cassazione che **esse vennero rese in sede amministrativa** (e non certo davanti ad un ufficiale di polizia giudiziaria nell'esercizio delle sue funzioni) **e dunque non implicavano l'osservanza delle norme processuali poste a garanzia del diritto di difesa, anche se esse potevano poi eventualmente dar luogo a denuncia all'autorità giudiziaria**.

Da qui, dunque, il rigetto del ricorso.

**La decisione in sintesi**

**Precedenti giurisprudenziali:** Cass. pen., Sez. VI, n. 11076 del 28/09/1999

**Riferimenti normativi:** Cod. Proc. Pen., disp. Att., art. 220  
A cura della Redazione

**Riferimenti normativi**

Cassazione penale Sentenza, Sez. III, 20/10/2014, n. 43552

Penale

Codice Antimafia

## In Gazzetta il correttivo al Codice Antimafia

Entrerà in vigore il prossimo 26 novembre il D.Lgs. 13 ottobre 2014, n. 153 recante «Ulteriori disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, recante codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136», c.d. “Correttivo Antimafia”.

E' stato pubblicato sulla G.U. del 27 ottobre 2014, Serie Generale n. 250 il Decreto legislativo 13 ottobre 2014, n. 153 correttivo del D.Lgs. 6 settembre 2012, n. 159.

Il decreto, che mira a semplificare alcuni adempimenti degli imprenditori “snellendo” la documentazione antimafia per le imprese, interviene nella parte del Codice antimafia concernente i controlli amministrativi sugli appalti e concessioni, erogazioni e finanziamenti pubblici. Più in dettaglio, il D.Lgs. n. 153/2014, si compone di 6 articoli contenenti le seguenti modifiche:

**Art. 1. - Modificazioni concernenti la validità della documentazione antimafia e l'ambito delle relative verifiche**

Viene interamente sostituito il comma 3 dell'art. 85 del Codice antimafia: «L'informazione antimafia deve riferirsi anche ai familiari conviventi di maggiore età dei soggetti di cui ai commi 1, 2, 2 -bis , 2 -ter e 2 -quater che risiedono nel territorio dello Stato.» ed inserito il comma 2 bis all'art. 86 che così recita: «2 -bis . Fino all'attivazione della banca dati nazionale unica, la documentazione antimafia, nei termini di validità di cui ai commi 1 e 2, è utilizzabile e produce i suoi effetti anche in altri procedimenti, diversi da quello per il quale è stata acquisita, riguardanti i medesimi soggetti.».

**Art. 2. Modificazioni in materia di rilascio**

Le modifiche riguardando l'art. 87, commi 1 e 2 (Competenza al rilascio della comunicazione antimafia) e l'articolo 88 (Termini per il rilascio della comunicazione antimafia). Viene, inoltre inserito ex novo l'art. 89 bis “Accertamento di tentativi di infiltrazione mafiosa in esito alla richiesta di comunicazione antimafia” «1. Quando in esito alle verifiche di cui all'articolo 88, comma 2, venga accertata la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, il prefetto adotta comunque un'informazione antimafia interdittiva e ne dà comunicazione ai soggetti richiedenti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, senza emettere la comunicazione antimafia. 2. L'informazione antimafia adottata ai sensi del comma 1

tiene luogo della comunicazione antimafia richiesta.».

**Art. 3 - Modificazioni in materia di rilascio delle informazioni antimafia**

Le modifiche riguardano l'art. 90, commi 1 e 2 del Codice antimafia (Competenza al rilascio dell'informazione antimafia) e l'art. 92 (Termini per il rilascio delle informazioni).

**Art. 4. - Nuove norme in materia di funzionamento della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia**

Viene aggiunto il comma 2 ter all'art. 99 del Codice antimafia e inserito l'art. 99 -bis sul mancato funzionamento della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia.

**Art. 5. Norme transitorie, di coordinamento e di invarianza finanziaria**

**Art. 6. - Entrata in vigore**

Il decreto entrerà in vigore il prossimo 26 novembre.

A cura della Redazione

**Riferimenti normativi**

D.Lgs. 13/10/2014, n. 153, G.U. 27/10/2014, n. 250

Amministrativo

Rapporto tra stampa e internet

## La “stampa” in internet tra libera manifestazione del pensiero e ragioni del controllo amministrativo

di Maria Gaia Cavallari - Avvocato

Il processo di dematerializzazione delle opere protette, le violazioni del copyright nascenti sulla rete e la necessità di estendere la tutela giurisdizionale dell'art. 21 Costituzione anche al mezzo di comunicazione internet hanno reso necessaria l'introduzione di meccanismi di public enforcement che la classica azione inibitoria prevista dall'art. 156 c.p.c. non era più in grado di garantire.

Con l'ordinanza in commento, il giudice amministrativo, nel decidere sull'illegittimità del Regolamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni sul diritto d'autore nelle reti di comunicazione internet, ha sollevato dinanzi alla Corte costituzionale la questione di legittimità in merito al sistema di limiti alla pubblicazione e di verifica alla pubblicazione derivante dal combinato disposto dell'art. 5, comma 1, articoli 14 comma 3.15, comma 2, e 16, comma 3 del d.lgs. 9 aprile n. 2003 n. 70, nonché del comma 3 dell'art. 32 bis d.lgs. n. 117 del 2005. Ciò, nell'intento di definire l'adeguato bilanciamento tra l'esigenza di regolare con certezza e serietà ciò che può dirsi “stampa” per internet (presidiato da un “doppio binario” di controllo amministrativo e giurisdizionale) e la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti (*in primis*, quello alla libera manifestazione del pensiero).

### Premessa

Con l'ordinanza n. 10020 del 2014, la prima sezione del TAR Lazio, sede di Roma, ha dunque rimesso alla Corte costituzionale la questione incidentale di legittimità costituzionale rilevante ai fini della definizione del giudizio volto all'annullamento, previa declaratoria di illegittimità, della delibera n. 680/13/Cons del 12 dicembre 2012 dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni recante “Regolamento in materia di tutela del diritto di autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003 n. 70”. Più precisamente, la questione incidentale di legittimità costituzionale è volta ad ottenere una pronuncia pregiudiziale circa la possibile illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, e degli artt. 14, comma 3, 15, comma 2, e 16, comma 3, del decreto legislativo 9 aprile 2003 n. 70, nonché del comma 3 dell'art. 32 bis del testo unico dei servizi media audiovisivi e radiofonici approvato con decreto legislativo n. 117 del 2005 (come introdotto dall'art. 6 del decreto legislativo n. 44 del 2010). Il ricorso, avanzato da Altroconsumo, Altroprovider e Confcommercio, è stato proposto contro l'Autorità per le Garanzie nelle Telecomunicazioni nonché nei confronti della Rai Radiotelevisione Italiana s.p.a., ed ha visto come intervenienti ad opponendum la Società Italiana degli Autori ed Editori (SIAE), nonché la Federazione Italiana Industria Culturale e Confindustria Cultura Italia, Federazione Italiana dell'Industria.

### La nuova disciplina in materia di tutela del diritto di autore sulle reti di comunicazione elettronica

Nell'intento di dare vita ad uno strumento volto a contrastare in internet principalmente le violazioni significative del diritto d'autore e dei diritti connessi, il Regolamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni è finalizzato a promuovere lo sviluppo dell'offerta di opere digitali e di sensibilizzare l'educazione alla legalità nella fruizione delle stesse, attraverso procedure volte all'accertamento e alla cessazione delle violazioni del diritto d'autore e dei diritti ad esso connessi.

La nuova disciplina introduce, per la prima volta, alcune importanti definizioni relative agli operatori del web, quali “gestore del sito internet”, “gestore della pagina internet”, “opera digitale”, “link”, “torrent”, “uploader”, “server”, “procedure di notice and take down”, “rimozione selettiva”, “disabilitazione all'accesso”, ecc. e, tra le altre novità, prevede l'istituzione di un Comitato per lo Sviluppo la Tutela dell'Offerta Legale di Opere Digitali, composto dai rappresentanti delle categorie degli operatori interessati, quali consumatori, autori, artisti ed interpreti, editori, produttori, insieme ai rappresentanti SIAE e altri organismi attivi nella tutela del diritto d'autore, e ad un rappresentante dell'Autorità.

La portata più innovativa del Regolamento (che qui primariamente interessa) consiste nel prevedere, accanto alla previgente tutela del diritto d'autore, un doppio binario consistente nell'attivazione di un nuovo procedimento amministrativo avanti all'AGCOM avviabile mediante apposita istanza depositata da parte dei cd. “soggetti legittimati”, quali licenziatari di diritto d'autore o dei diritti connessi con riferimento ad opere digitali, nonché associazioni di gestione collettiva o di categoria e che può concludersi o con l'archiviazione del procedimento qualora i soggetti coinvolti si adeguino spontaneamente alla richiesta di rimozione dell'opera digitale, oppure con la rimozione selettiva del contenuto illegale o, per i casi più gravi o per l'ipotesi di contenuto posto su server ubicato fuori dal territorio nazionale, con l'oscuramento, consistente nella disabilitazione dell'accesso alle opere digitali controverse. Avverso i provvedimenti adottati dall'Autorità il Regolamento ammette il ricorso avanti il giudice amministrativo.

### Sulla presunta illegittimità del Regolamento

Nell'atto introduttivo i ricorrenti hanno lamentato l'illegittimità del regolamento impugnato sostenendo che lo stesso, nel prevedere l'introduzione di una nuova procedura intesa ad offrire un efficace protezione in materia di tutela del diritto di autore sulle reti di comunicazione elettronica rimessa all'*Authority*, pregiudicherebbe il diritto di libero accesso dei cittadini alle reti e il diritto di libera manifestazione del pensiero sancito dalla nostra carta costituzionale.

Sotto altro profilo di doglianza, mancherebbe il presupposto normativo volto a legittimare l'intervento dell'AGCom nella materia in esame, avendole la legge attribuito *ex art. 1, comma 6, lett. b)* legge n. 249 del 1997 una funzione di mero monitoraggio ed un potere di generale vigilanza *ex art. 182 bis* della legge n. 481 del 1995.

Sussisterebbe poi un vizio di incompetenza assoluta dell'AGCom stante, sostengono i ricorrenti, la sovrapposizione della fattispecie disciplinata dal Regolamento e l'art. 156 della legge sul diritto di autore che regola le misure cautelari e le azioni civili poste a salvaguardia del diritto di autore. La prevista competenza in via amministrativa violerebbe dunque la riserva giurisdizionale posta dalla legge in attuazione delle disposizioni dell'art. 21 della Costituzione in materia di diritto d'autore, mentre l'impugnabilità dei provvedimenti interdittivi davanti al giudice amministrativo violerebbe il principio del giudice naturale.

In buona sostanza, il cuore della controversia rimessa al giudice amministrativo attiene al difficile bilanciamento fra interessi costituzionalmente protetti e alla possibile illegittimità costituzionale delle previsioni legislative che fondano il potere esercitato dall'AGCom.

### **Il quadro giuridico di riferimento**

Il quadro giuridico di riferimento è rappresentato dal Regolamento adottato dall'Autorità con la delibera n. 680 del 12 dicembre 2013 e dalle fonti primarie su cui l'atto regolamentare si fonda.

Le fonti normative richiamate dal Regolamento sono la legge n. 633 del 1941, recante "protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio", al decreto legislativo n. 70 del 2003, recante "Attuazione della direttiva 2000/311 CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico nel mercato interno" nonché il decreto legislativo n. 177 del 2005 recante il Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici.

In particolare, per la decisione relativa a quello che il giudice stesso definisce il "cuore" della controversia, rileva il decreto n. 70 del 2003 nella parte in cui disciplina la responsabilità del prestatore di servizi nell'esercizio delle attività di semplice trasporto delle informazioni ed i poteri all'autorità amministrativa e a quella giudiziaria. Ciò che viene in considerazione (e che costituisce il dato critico) è l'obbligo,

in capo al prestatore stesso, qualora venga a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un destinatario dei suoi servizi, di informarne l'autorità amministrativa con funzioni di vigilanza o quella giudiziaria.

Due sono i dati che, ad avviso del TAR, immediatamente emergono. Il primo è che le norme di legge richiamate, nell'individuare l'AGCom come autorità chiamata ad esigere il rispetto degli obblighi che gravano sui prestatori di servizi di comunicazione, legittimano l'intervento della medesima Autorità in veste di "autorità amministrativa avente funzioni di vigilanza" piuttosto che come autorità indipendente, tanto da ritenerla abilitata ad adottare provvedimenti recanti l'ordine di rimozione dei contenuti del Web e di oscuramento dei siti immediatamente precettivi nei confronti degli operatori della rete piuttosto che ad accertare e sanzionare le violazioni del diritto d'autore. Il secondo riguarda invece la mancanza, nel decreto, di una necessaria ponderazione tra le ragioni particolari di vigilanza sulle informazioni via internet e i diritti costituzionalmente garantiti in tema di manifestazione del pensiero.

### **La decisione**

Il TAR, dopo aver compiutamente descritto il quadro normativo, ritiene non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale in merito alle norme dei decreti del 2003 e del 2005 che costruiscono un sistema a doppio binario, amministrativo e giurisdizionale, a presidio della certezza e della serietà delle pubblicazioni in internet affinché possano definirsi pubblicazioni "a stampa" in senso proprio. In particolare, il giudice ha ritenuto che non sia illogica la prospettazione di un'eccessiva procedimentalizzazione (difetto di proporzionalità, nella prospettazione del giudice) del sistema creato rispetto alla tutela di diritti costituzionalmente garantiti, quali la libera manifestazione del pensiero. Poiché la giurisprudenza costituzionale non ha ancora chiarito in modo definitivo se la libertà garantita dall'art. 21 Cost. e i diritti in cui si manifesta possano applicarsi alla stampa in internet nella stessa misura e con lo stesso rigore che li caratterizza nella stampa "tradizionale" e poiché la tenuta del sistema del "doppio binario" non può prescindere dalla soluzione di detta questione preliminare, il TAR del Lazio ha ritenuto che solo il giudice delle leggi possa definire il legittimo quadro di riferimento.

In conclusione, la Corte costituzionale è chiamata a pronunciarsi in modo espresso (e con valenza che va ben oltre il caso di specie) sul bilanciamento tra i tradizionali diritti di comunicazione per mezzo delle nuove tecnologie e le ragioni di specificità (non ultima, quella della sicurezza e dell'affidabilità dell'informazione) che certo accompagnano le pubblicazioni in internet.

### **Riferimenti normativi**

TAR Lazio, Ordinanza, Sez. I, 26/09/2014, n. 10020

## Amministrativo

Presentazione dell'offerta

### Offerta "in lettere", ma non "in cifre": esclusione legittima?

di Alessio Ubaldi - Consulente di imprese ed enti locali

La circostanza che l'impresa, in sede di presentazione dell'offerta, abbia indicato solo in lettere la percentuale di ribasso non può costituire motivo di esclusione dalla gara, non solo quando il bando di gara o la lettera di invito non prevedano espressamente tale comminatoria, ma anche quando la mancanza dell'indicazione a rigore riguardi solo il totale complessivo dell'offerta, e non anche i singoli prezzi unitari.

Lo ha stabilito il Tribunale amministrativo regionale per la regione Campania, sezione terza, con la sentenza n. 5403, depositata il 22 ottobre 2014.

La vicenda controversa trae origine da una gara informale indetta da un comune campano per la fornitura di borse e altri kit scolastici.

La gara è stata aggiudicata in favore di una società, individuata quale migliore offerente; tuttavia non si è potuti addivenire alla rituale stipula del contratto di fornitura per via del ricorso presentato da altra impresa partecipante alla selezione che ne ha contestato l'esito.

In particolare, nella lettera d'invito la stazione appaltante ha previsto espressamente l'indicazione del prezzo offerto sia in cifre che in lettere. La ditta ricorrente ha ripotato il prezzo complessivo della sua offerta solo in lettere; tale dimenticanza è stata assunta dalla commissione giudicatrice circostanza idonea all'esclusione dalla gara per via dell'incertezza che - nell'intendimento dell'amministrazione - si sarebbe inevitabilmente venuto a creare.

Al Tar è stato chiesto l'annullamento di tutti gli atti di gara, sul presupposto della natura illegittima dell'esclusione, in quanto fondata su una semplice irregolarità dell'offerta, del tutto trascurabile.

Secondo la prospettazione della ricorrente, l'offerta - per come redatta - non dava affatto luogo ad incertezza interpretativa, ed in ogni caso doveva assumersi prevalente (e sufficiente) l'indicazione in lettere, anche al fine di privilegiare la massima partecipazione alla gara. Tanto più considerando che l'offerta era comunque stata redatta utilizzando il modulo all'uopo fornito dalla stazione appaltante, con apprezzabile affidamento della ditta.

Ebbene i giudici amministrativi, nell'accogliere il ricorso, sono tornati ad occuparsi dei limiti imposti alle stazioni appaltanti nell'adozione di provvedimenti di esclusione in danno degli operatori economici che partecipino alla

selezioni. Si tratta di un tema che pone contrapposti da un lato, l'interesse dell'amministrazione a che la selezione rispetti pedissequamente le indicazioni fornite con gli atti introduttivi della gara (in particolare, il bando o la lettera di invito), dall'altro, l'interesse delle imprese che competono a non vedersi escludere a cagione di mere irregolarità formali incapaci di incidere sui principi che governano le procedure evidenziali, fra tutti quelli di imparzialità, trasparenza, non disparità di trattamento e speditezza delle operazioni.

Nel caso in esame, il Tar ha ritenuto fondata la censura con cui è stato evidenziato come l'offerta economica fosse stata redatta sul modello predisposto dalla stazione appaltante, e riportasse - sebbene non per il totale complessivo - i prezzi unitari in cifre e in lettere e i totali parziali, senza che vi fosse incertezza alcuna per la stazione appaltante.

Ad ulteriore conferma dell'illegittimità del provvedimento di esclusione, il Tar ha rimarcato finanche lo stesso dato letterale della lettera di invito, nella quale si comminava l'esclusione solo per "la mancanza del ribasso espresso in lettere", e non già per il caso in cui a mancare fosse l'indicazione del ribasso in cifre.

In definitiva, il principio di diritto affermato nella sentenza in questione è quello per cui l'esclusione dell'offerta non può essere disposta ogni qualvolta il prezzo complessivo sia chiaramente evincibile dalla somma dei prezzi unitari, anche in ipotesi in cui sia stato indicato il prezzo solo in cifre: ed invero, la circostanza che l'impresa, in sede di presentazione della offerta, abbia indicato soltanto in cifre e non anche in lettere la percentuale di ribasso non può costituire motivo di esclusione dalla gara, non solo e non tanto per la assenza nella lettera di invito di una specifica comminatoria in tal senso, ma ben più per la decisiva considerazione che l'offerta contenga comunque la doppia indicazione, in cifre e in lettere, di tutti i singoli prezzi unitari, sì che non poteva ingenerarsi alcuna incertezza sulla consistenza della offerta stessa.

In altri termini la mancata indicazione del totale complessivo in cifre e in lettere - anche quando la stazione appaltante preveda espressamente l'esclusione - non può valere il provvedimento sfavorevole quando le singole voci unitarie riportino il prezzo nelle forme richieste. Il dettaglio nella costruzione delle singole voci, dunque, compensa la dimenticanza nell'indicazione della voce finale e complessiva, sicché l'eventuale provvedimento di esclusione mancherebbe di causa giustificativa.

Per i motivi sopra esposti, il Tar ha annullato gli atti impugnati, per l'effetto condannando la stazione appaltante a ripetere la selezione tenendo conto del principio di diritto affermato.

### Riferimenti normativi

TAR Campania, Sentenza, Sez. III, 22/10/2014, n. 5403

## Amministrativo

Appalti



## Obbligo per le Aziende Sanitarie Locali di rivolgersi alla CONSIP

Le Aziende Sanitarie Locali hanno l'obbligo di rivolgersi alla CONSIP per gli affidamenti di lavori, forniture, in forza dell'applicabilità alle stesse dell'art. 15, comma 13, lett. d) del D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 135, né tale obbligo si può considerare escluso dall'art. 1, comma 23, del medesimo D.L. n. 95/2012, che esime le Aziende Sanitarie Locali solo dall'applicazione dello stesso articolo 23.

Il Consiglio di Stato si esprime nel senso che anche le Aziende Sanitarie Locali hanno l'obbligo di rivolgersi alla CONSIP per gli affidamenti di lavori, forniture, in forza dell'applicabilità alle stesse dell'art. 15, comma 13, lett. d), D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 135, ai sensi del quale "... gli enti del servizio sanitario nazionale, ovvero, per essi, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, utilizzano, per l'acquisto di beni e servizi relativi alle categorie merceologiche presenti nella piattaforma CONSIP, gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione dalla stessa CONSIP, ovvero, se disponibili, dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della Legge 27 dicembre 2006, n. 296. I contratti stipulati in violazione di quanto disposto dalla presente lettera sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa".

Né tale obbligo si può considerare escluso dall'art. 1, comma 23, del medesimo D.L. n. 95/2012, che esime le Aziende solo dall'applicazione dello stesso articolo 23 (Cons. Stato, Sez. III, 27 marzo 2014, n. 1486).

Il ricorso alla CONSIP, d'altra parte, assicura il confronto comparativo con lo svolgimento di una procedura di gara e l'individuazione di soggetto affidatario e la CONSIP assume il ruolo di parte contrattuale necessaria di un accordo i cui termini sono direttamente previsti dalla legge, e tale sistema è accompagnato da qualsivoglia garanzia di imparzialità, chiarezza e pubblicità, ed è in sintonia con le norme comunitarie, trattandosi di servizio con prestazioni specifiche e precise.

Risulta pertanto corretto l'operato dell'Amministrazione che, recedendo sostanzialmente da una procedura ex art. 125, D.Lgs. n. 163/2006 iniziata con la pubblicazione dell'avviso, si rivolga, ancora nella fase della valutazione delle offerte, alla piattaforma CONSIP e agli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione dalla stessa CONSIP per il tramite, nella fattispecie, del MEPA (mercato elettronico della pubblica amministrazione), re-cependo un servizio ivi presente e giudicato non identico ma sostanzialmente affine ed equivalente a quello oggetto

dell'avviso e comunque conforme alle proprie esigenze. Tale determinazione, conseguendo a un obbligo, non necessita di alcuna motivazione ed è frutto di scelta insindacabile dell'Amministrazione, anche nella considerazione che la violazione di quell'obbligo comporta, ai sensi dell'indicato art. 15, D.L. 6 luglio 2012, n. 95, la nullità dei contratti eventualmente stipulati, la commissione di illecito disciplinare e responsabilità amministrativa.

**Esito:** conferma T.A.R. Marche, Sez. I, n. 325/2014.

**Precedenti giurisprudenziali:** Cons. Stato, Sez. III, 27 marzo 2014, n. 1486.

**Riferimenti normativi** Artt. 15, comma 13, lett. d), e 23, D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 135; Art. 125, D.Lgs. n. 163/2006.

A cura della Redazione

### Riferimenti normativi

Consiglio di Stato Sentenza, Sez. III, 22/10/2014, n. 5202

Consumatori

## Bollette gas e luce: bisogna sempre informare il cliente prima della modifica unilaterale del prezzo

di Claudio Bovino - Avvocato in Milano

Nell'ambito dell'obbligo generale di approvvigionamento, i fornitori di un servizio di energia elettrica e gas che vogliono aumentare unilateralmente il prezzo devono informare i consumatori, in tempo utile circa i motivi, le condizioni e la portata della modifica tariffaria, prima della sua entrata in vigore. È perciò da bocciare la normativa tedesca che non prevede questo tipo di informazione, violando così le direttive energia elettrica e gas e non assicura la dovuta trasparenza.

### Il caso

Più trasparenza nel momento in cui vengono aumentati i prezzi dell'energia in bolletta agli utenti/consumatori, è questo il principio che viene affermato con la sentenza Schulz/Egbringhoff con cui la Corte richiama la Germania su tale profilo. La questione trae origine da due controversie instaurate davanti alla Corte federale tedesca tra clienti e fornitori di energia elettrica e di gas in merito a diversi aumenti di prezzo apportati alla tariffa dai fornitori tra il 2005 e il 2008.

Abbiamo, quindi, da un lato, la controversia tra la signora Alexandra Schulz e la TWS, cioè la Technische Werke Schussental GmbH und Co. KG (causa C?359/11) e, dall'altro, quella tra il signor Josef Egbringhoff e la SA, cioè la Stadtwerke Ahaus GmbH (causa C?400/11) in merito all'utilizzo, da parte della TWS e della SA, di clausole asseritamente illecite in contratti conclusi con i consumatori nell'ambito dell'obbligo generale di approvvigionamento. La cornice generale è quella del "nuovo" mercato liberalizzato e concorrenziale dell'energia, laddove i fornitori soggiacciono a doveri di informazione, operando in regime di Obbligo di servizio universale (OSU) e avendo perciò il dovere di stipulare contratti con i clienti civili. A tali contratti si applica una tariffa generale per la fornitura di energia. Si tratta, pertanto, nel caso in esame, di clienti che rientrano nell'obbligo generale di approvvigionamento, sono cioè "clienti soggetti a tariffa standard" i quali hanno ritenuto gli aumenti imposti eccessivi e basati su clausole illegali.

La normativa tedesca vigente all'epoca dei fatti fissava le condizioni generali dei contratti conclusi con i consumatori e le integrava direttamente nei contratti conclusi con i clienti soggetti a tariffa standard. In base a tali disposizioni, i fornitori potevano modificare unilateralmente i prezzi

dell'elettricità e del gas senza indicare il motivo, le condizioni e la portata della modifica, garantendo comunque che i clienti fossero informati dell'aumento (dopo averlo effettuato) e potessero eventualmente recedere dal contratto.

### Domande pregiudiziali

Quale corollario del dovere che grava sui fornitori di stipulare contratti con i clienti civili, la Corte federale tedesca ha chiesto alla Corte di Giustizia - con distinte domande di pronuncia pregiudiziale nell'ambito dei due procedimenti principali - se i fornitori del servizio godano anche di un diritto derivante dalla legge che consenta loro di modificare unilateralmente i prezzi.

In particolare, il giudice nazionale ha domandato ai giudici europei delle indicazioni sul livello adeguato di tutela da riconoscere ai clienti finali, conformemente al diritto dell'Unione. Come osservato dall'AG nelle sue conclusioni dell'8 maggio 2014, la questione è alquanto rilevante, poiché la legittimità delle revisioni del prezzo si fonda sull'interpretazione da dare al requisito contenuto nelle direttive 2003/54/CE (energia elettrica) e 2003/55/CE (gas) che impone che le condizioni generali di contratto debbano essere trasparenti. Alla stregua di ciò, scendendo di più nel dettaglio, la Corte federale tedesca ha chiesto se l'art. 3, paragrafo 3 della direttiva 2003/55 in combinato disposto con l'allegato A, lettera b), e/o c), della medesima [con riferimento alla causa C?359/11] oppure se l'art. 3, paragrafo 5, sempre in combinato disposto con l'allegato A, lettera b), e/o c) [con riferimento alla causa C?400/11], soddisfino i requisiti attinenti al necessario grado di trasparenza, qualora, pur non figurando nella medesima il motivo, i requisiti e la portata di una revisione dei prezzi, sia tuttavia assicurato che l'impresa di distribuzione dell'energia elettrica comunichi anticipatamente ai suoi clienti, con un ragionevole preavviso, ogni aumento di prezzo, e questi ultimi siano liberi di recedere dal contratto in caso di rifiuto delle nuove condizioni loro notificate".

### La decisione della Corte

La risposta della Corte Ue è chiara, la direttiva "energia elettrica" 2003/54 e la direttiva "gas" 2003/55 non ammettono una normativa nazionale (come quella tedesca) che determina il contenuto dei contratti di fornitura dell'energia elettrica e del gas conclusi con i consumatori nell'ambito dell'obbligo generale di approvvigionamento e consente ai fornitori di modificare la tariffa della fornitura, senza garantire che i consumatori siano informati, in tempo utile prima dell'entrata in vigore di tale modifica, circa i motivi, le condizioni e la portata di questa modifica.

Infatti, sottolineano i giudici europei, queste due direttive obbligano gli Stati membri a garantire un elevato livello di tutela dei consumatori riguardo alla trasparenza delle condizioni generali di contratto.

Peraltro, oltre al diritto di recedere dal contratto (previsto dalle direttive in caso di revisione di prezzo), i clienti devono anche avere il diritto di contestare la stessa revisione. E ciò non è possibile se l'informazione non è tempestiva: dice, infatti, la Corte che per poter beneficiare pienamente ed effettivamente di tali diritti e di decidere con piena cognizione

di causa di recedere dal contratto o di contestare la revisione del prezzo della fornitura, i clienti che ricadono nell'ambito dell'obbligo generale di approvvigionamento devono essere informati, in tempo utile prima dell'entrata in vigore della revisione, circa i motivi, le condizioni e la portata della medesima.

### **Possibili impatti operativi**

La Corte di Giustizia ha anche precisato che non vi sono motivi per limitare nel tempo gli effetti della sentenza Schulz. Nella fattispecie, infatti era stata avanzata la richiesta di limitare quanto più possibile le conseguenze finanziarie della sentenza. La Corte Ue ha respinto tale istanza non limitando gli effetti della sentenza nel tempo, poichè non è stato dimostrato - come asserito dai fornitori - che rimettere in discussione rapporti giuridici che hanno esaurito i loro effetti nel passato perturberebbe retroattivamente l'intero settore della fornitura dell'energia elettrica e del gas in Germania. Pertanto, l'interpretazione fornita dalla Corte Ue delle direttive 2003/54 e 2003/55 si applica a tutte le modifiche tariffarie intervenute durante il periodo di vigenza delle direttive, cioè a partire dal 4 agosto 2003 (la data limite per la loro trasposizione nel diritto nazionale era il 1° luglio 2004) sino al 3 marzo 2011 (data della loro abrogazione).

### **Riferimenti normativi**

Corte di giustizia dell'Unione europea Sentenza 23/10/2014, n. C-359/11 e C-400/11