



Lettera Informativa Gennaio 2011

avv. Silvia Stefanelli
avv. Andrea Stefanelli
cassazionisti

avv. Adriano Colombari
avv. Alessandra Delli Ponti
avv. Edoardo Di Gioia
avv. Valeria Fabbri
avv. Eleonora Lenzi
dott. Annamaria Cicerone
dott. Andrea Marinelli
dott.ssa Claudia Patti

40139 Bologna - via Calanco 11
tel 0039 051 6241209
fax 0039 051 6241212
www.studiolegalestefanelli.it

INDICE

Convegni 3

Diritto degli Appalti 4

La tracciabilità dei flussi finanziari

I pagamenti negli appalti devono essere "tracciati"

Partecipazione alle gare d'appalto.....

Tassa sulle gare

E' illegittimo che una stazione appaltante costituisca una società con un operatore privato a cui affida un servizio pubblico senza l'indizione di una pubblica gara

Proroga per la verifica a campione

Esecuzione Avverso PA.....

Esecuzione avverso amministrazioni dello stato ed enti pubblici non economici.....

Diritto delle Imprese 7

Contratti

Contratto preliminare. Inserire la dicitura "entro e non oltre" non basta a qualificare il termine come essenziale.....

Contratti internazionali: tempi e modi di denuncia dei vizi della merce

Aumentano gli interessi legali

Responsabilità Amministrativa delle persone giuridiche (D.lgs. 231/2001).....

Anche i crediti vantati dalla persona giuridica possono costituire profitto del reato ai sensi dell'art. 19 D. Lgs. n. 231 del 2001.....

Sicurezza sui luoghi di lavoro

Manutenzione macchine e dispositivi medici.....

Al via i nuovi incentivi inail.....

Controversie civili.....

Nuovi modi per risolvere le controversie: la mediazione	
Diritto del lavoro	
Le liti in materia di lavoro finiscono dall' arbitro	
Diritto della Sanità	15
Procedimento disciplinare	
Il soggetto che presenta un esposto all'Ordine può chiedere successivamente copia degli atti del procedimento disciplinare?.....	
Ordini professionali	
Elezioni ordinistiche: vince la volontà elettorale	
Comunicazioni	16

Convegni

DAI MEDICINALI BORDERLINE ALLE ALTRE TIPOLOGIE DI PRODOTTI DELL'AREA SALUTE

avv. Silvia Stefanelli

Temas S.r.l. - Forum Institute of Management GmbH, 17 febbraio 2011

IL NUOVO CONTENZIOSO SUGLI APPALTI PUBBLICI

avv. Andrea Stefanelli

FORMEL - Milano 23 febbraio 2011

LE CLAUSOLE AMBIENTALI CHE MANCANO COLPEVOLMENTE NEI BANDI DI GARA

avv. Andrea Stefanelli

VENEZIASTUDI - Mestre 1 marzo 2011

Diritto degli Appalti

In data 10/12/2010 è stato finalmente pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il D.P.R. 5/10/2010 n. 207 recante il “REGOLAMENTO DI ESECUZIONE ED ATTUAZIONE “ del Codice dei Contratti Pubblici, che entrerà in vigore decorsi 180 gg. dalla sua pubblicazione (quindi il 9/6/2011). Nel corso della prossima Newsletter ne verrà dato ampio commento.

LA TRACCIABILITA' DEI FLUSSI FINANZIARI

I pagamenti negli appalti devono essere “tracciati”

Legge 17/12/2010, n. 217 di conversione (con modificazioni) del DL 12/11/2010, n. 187

Nella precedente newsletter si è dato conto della pubblicazione del decreto-legge 12/11/2010, n. 187 di modifica della legge 13/8/2010, n. 137 relativa alla tracciabilità dei flussi finanziari, con la precisazione che il decreto-legge (immediatamente esecutivo) se non fosse stato convertito entro 60 giorni sarebbe decaduto; in data 18/12/2010 è stata pubblicata la legge n. 217 di conversione di detto d.l.n. 187/2010, cui sono state apportate tuttavia le seguenti modificazioni:

a) in termini d'applicabilità della l.n. 136/10 ai contratti sottoscritti precedentemente, mentre il decreto-legge prevedeva un obbligo d'adeguamento alla l.n. 136/10 “entro centottanta giorni” dall'entrata in vigore (quindi fino al 7/3/2011), la legge di conversione fa invece correttamente decorrere i 180 gg. dalla “sua” entrata in vigore (19/12/2010) cosicché il termine decade il 16/6/2011, data ultima quindi entro cui occorre adeguare i contratti precedentemente siglati; in ogni modo, al fine di “agevolare” l'attività

d'adeguamento, lo stesso Legislatore ha previsto che, ai sensi dell'art. 1374 cod.civ., tutti i contratti (dopo il 16/6 p.v.) saranno comunque automaticamente integrati con le clausole di cui all'art. 3, commi 8 e 9 l.n. 136/10; ciò significa che i contraenti che intendono adeguare i loro contratti lo possono fare entro il 16/6 mentre, per tutti gli altri, decorsa detta data, i contratti di subappalto e/o subfornitura risulteranno già automaticamente adeguati;

b) è poi previsto un innalzamento dell'importo per le spese giornaliere da 500 € a 1.500 €, a cui si può provvedere anche con strumenti diversi dal bonifico (è tuttavia sempre vietato l'uso dei contanti), cui s'aggiunge la possibilità di costituire un “fondo-cassa” (sempre con bonifico) da cui attingere per le spese giornaliere, costituito a favore di uno (o più) dipendenti e fermo restando l'obbligo di rendicontazione.

Tutte le altre modifiche apportate agli artt. 3 e 6 della legge 1/8/2010 n. 136 da parte degli artt. 6 e 7 del decreto-legge 12/11/2010, n. 187 sono confermate e quindi, a partire dal 18/12/2010, hanno forza di legge.

Avv. Andrea Stefanelli

PARTECIPAZIONE ALLE GARE D'APPALTO

Tassa sulle gare

Deliberazione Autorità Vigilanza Contratti Pubblici 3/11/2010 (approvata in data 20/12/2010)

A seguito della sostituzione del “CUP” con il “CIG” e, quindi, stante l'esigenza d'imporre l'obbligo del CIG per tutte le gare (anche sotto i 150.000 €), l'Autorità di Vigilanza ha colto l'occasione (!) per modificare anche l'importo dei contributi da versare per la partecipazione alle pubbliche gare. Così con la presente deliberazione, in vigore dal 1 gennaio 2011, si è previsto che le Stazioni

appaltanti richiedano il CIG per tutte le gare indipendentemente dal tipo di procedura adottata (quindi anche per le negoziate ed i cottimi) nonché dal loro valore; relativamente poi all'obbligo di pagamento del contributo, gli Enti appaltanti sono esentati per le gare d'importo inferiore ai 40.000 €, mentre per i concorrenti rimane il limite dei 150.000 € procedendo tuttavia, per gli altri scaglioni di valore, ai seguenti aumenti:

gare fino a 150.000 €	esente
gare da 150.000 e fino a 300.000 €	20 €
gare da 300.000 e fino a 500.000 €	35 €
gare da 500.000 e fino a 800.000 €	70 €
gare da 800.000 e fino a 1.000.000 €	80 €
gare da 1.000.000 e fino a 5.000.000 €	140 €
gare da 5.000.000 e fino a 20.000.000 € ...	200 €
gare oltre i 20.000.000 €	500 €

Risulta poi confermato che il pagamento del contributo è condizione d'ammissibilità alla gara e che la mancata dimostrazione dell'avvenuto versamento è causa d'esclusione ex lege, mentre, per le gare multilotti, occorre procedere al versamento in corrispondenza del valore di ogni lotto a cui si intende partecipare.

Avv. Andrea Stefanelli

E' illegittimo che una stazione appaltante costituisca una società con un operatore privato a cui affida un servizio pubblico senza l'indizione di una pubblica gara

Corte Giustizia Europea 22/12/2010, C-215/09

La Corte di Giustizia CE è tornata ancora sulla questione della costituzione, da parte di una Pubblica Amministrazione, di una società mista pubblico-privata (con scelta del partner privato senza indizione di alcuna gara), cui successivamente viene affidata (alla medesima società mista) un servizio pubblico per affidamento diretto ovvero, anche in tal caso, senza l'indizione di pubblica gara, per confermare che tale modalità d'assegnazione viola la libera concorrenza ed principio di parità di trattamento in quanto favorisce indebitamente quel partner privato che, scelto "a piacimento" della

P.A. per costituire la società mista, si vede poi affidato un appalto pubblico - ancorché non direttamente, ma attraverso la suddetta società mista - che, al contrario, avrebbe dovuto legittimamente essere aggiudicato tramite gara pubblica.

Avv. Andrea Stefanelli

Proroga per la verifica a campione

Consiglio Stato, IV°, 13/12/2010, n. 8739

Il termine previsto dall'art. 48 del Codice appalti inizia a decorrere il giorno del sorteggio a campione ed ha natura perentoria (10 gg. solari), il cui mancato rispetto provoca l'esclusione dalla gara; è tuttavia possibile chiedere una proroga di tale termine (che talvolta può risultare troppo "stringente", quando la mole degli originali dei documenti da produrre è molto consistente) se si dimostra l'oggettiva impossibilità ad osservarlo (ad es. diniego o ritardo nel rilascio di detti documenti da parte di altre PP.AA.) ma sempreché tale richiesta venga presentata "prima" della scadenza dei 10 giorni, con ciò significando che formulare istanza di proroga al decimo giorno è stato considerato, dal Consiglio di Stato, come un ingiustificato ritardo (a dimostrazione dell'inerzia dell'operatore sorteggiato) e quindi sanzionato con il suo mancato rispetto (e con la relativa esclusione).

Avv. Andrea Stefanelli

ESECUZIONE AVVERSO PA

Esecuzione avverso amministrazioni dello stato ed enti pubblici non economici

cassazione 24078/2010

In linea generale il codice di procedura civile prevede la possibilità per qualunque creditore munito di un titolo esecutivo (sentenza, provvedimenti e atti a cui la legge attribuisca efficacia esecutiva, nonché cambiali, assegni etc.) di procedere ad espropriazione nei confronti del proprio debitore. I principali tipi di espropriazione

volti al recupero degli importi a credito sono l'espropriazione mobiliare, quella immobiliare nonché il pignoramento presso terzi soggetti.

La procedura espropriativa prevede preliminarmente la notifica del precetto quale atto di parte volto ad intimare al debitore il pagamento dell'importo dovuto, a cui s'aggiunga l'articolo 479 c.p.c., comma 1° in cui si precisa che, se la legge non dispone altrimenti, l'esecuzione forzata dev'essere proceduta dalla notifica del titolo in forma esecutiva (oltre che dal summenzionato atto di precetto). Nel caso tuttavia in cui il debitore coincida con un'Amministrazione Pubblica, allora la legge prevede una procedura "allungata" in ragione, forse, della qualità soggettiva del creditore nonché della "presunta" lentezza e farraginosità degli Enti Statali; l'art. 14, comma 1° D.L. 669/1996 dispone infatti che "le amministrazioni dello Stato e gli enti pubblici economici completano le procedure per l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e dei lodi arbitrali aventi efficacia esecutiva e comportanti l'obbligo di pagamento di somme di denaro entro il termine di 120 giorni dalla notificazione del titolo esecutivo...prima di tale termine il creditore non può procedere ad esecuzione forzata né alla notifica del precetto".

Ciò significa che chiunque vanti un credito nei confronti di una P.A., non potrà agire esecutivamente contro detta Amministrazione se non trascorsi "minimo" 120 giorni dalla comunicazione del proprio credito alla stessa P.A. debitrice.

Con la sentenza in esame viene così analizzato il caso di un soggetto privato che, instaurata una causa avverso l'INPDAP, otteneva dal Giudice un'ordinanza concessoria di provvisoria esecutività di un decreto ingiuntivo, che provvedeva a notificare richiedendo il pagamento della somma indicata. L'Amministrazione proponeva impugnazione e la causa è giunta fino in Cassazione, dove i Supremi Giudici hanno interpretato l'art. 14 comma 1, D.L. 669/1996 nel senso che l'esecuzione avverso un'Amministrazione non può avere luogo senza previa notifica del titolo esecutivo e solo dalla data di detta notifica iniziano a decorrere i 120 giorni di legge, al termine dei quali il creditore potrà (finalmente) notificare l'atto di precetto per il pagamento del dovuto e solo dopo, ove la debitrice non abbia adempiere spontaneamente, il creditore risulterà allora legittimato ad iniziare l'espropriazione forzata senza ulteriori dilazioni.

Avv. Adriano Colombari

Diritto delle Imprese

CONTRATTI

Contratto preliminare. Inserire la dicitura “entro e non oltre” non basta a qualificare il termine come essenziale.

Cassazione civile, sez. II, n. 21838 del 25/10/2010

La decisione della Suprema Corte prende le mosse da un caso in cui le parti, acquirente e venditore, avevano stipulato un contratto preliminare di compravendita di un immobile, stabilendo che il contratto definitivo avrebbe dovuto essere concluso “entro e non oltre” una certa data; il contratto definitivo non era però stato stipulato in quanto il venditore aveva omesso di notificare della sua intenzione di vendere i proprietari dei fondi confinanti, titolari del diritto di prelazione, per cui il termine stabilito - e ritenuto (nel secondo grado di giudizio) come “essenziale” - non poteva essere rispettato. La Corte di Cassazione ha tuttavia stabilito che il semplice uso dell'espressione “entro e non oltre” non è di per sé sufficiente a far ritenere il termine “essenziale” ed il compito del giudice è quello di indagare, alla stregua delle espressioni adoperate dai contraenti ma, soprattutto, della natura e dell'oggetto del contratto, la reale volontà delle parti di ritenere perduta l'utilità economica del contratto (decorso inutilmente il termine indicato nel preliminare). L'impiego dell'espressione “entro e non oltre” non è pertanto sufficiente di per sé a far considerare il termine come essenziale, ma costituisce uno dei dati da prendere in considerazione assieme ad altri elementi per accertare la volontà delle parti.

Avv. Eleonora Lenzi

Contratti internazionali: tempi e modi di denuncia dei vizi della merce

Tema molto sentito nei rapporti commerciali tra gli imprenditori è quello relativo ai tempi ed ai modi nei

quali occorre fare alla controparte la denuncia dei vizi della merce.

Con il presente approfondimento si intende dare indicazioni su questo tema nell'ambito dei contratti internazionali.

Come noto la vendita internazionale - ove le parti non abbiano stabilito diversamente - è disciplinata dalla **Convenzione di Vienna del 1980**. Relativamente alla denuncia di difettosità del bene l'art. 39 stabilisce che “l'acquirente decade dal diritto di far valere un difetto di conformità se non lo denuncia al venditore, precisando la natura di tale difetto, entro un termine ragionevole, a partire dal momento in cui l'ha constatato o avrebbe dovuto constatarlo. In tutti i casi l'acquirente decade dal diritto di far valere un difetto di conformità se non lo denuncia al più tardi entro un termine di due anni a partire dalla data in cui le merci gli sono state effettivamente consegnate, a meno che tale scadenza non sia incompatibile con la durata di una garanzia contrattuale”.

Il concetto di difetto di conformità è definito dall'art 35 della stessa Convenzione ai sensi del quale “il venditore deve consegnare merci la cui quantità, qualità e genere corrispondono a quelli previsti dal contratto, e il cui imballaggio e confezione corrispondono a quelli previsti”; dunque un **difetto di conformità sussiste quando i beni non presentano le caratteristiche qualitative e quantitative concordate dalle parti**. Qualora invece le caratteristiche dei beni non siano state convenute dalle parti si ricorre a quanto disposto dall'art. 35, 2 comma, che enuncia gli standard oggettivi minimi che i beni compravenduti debbono avere. In tal modo, le merci saranno conformi al contratto solo se:

1. sono atte agli usi ai quali servirebbero abitualmente merci dello stesso genere;
2. sono atte ad ogni uso speciale, espressamente o tacitamente portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto, a meno che risulti dalle circostanze che l'acquirente non si è affidato alla competenza o alla valutazione del venditore o che non era ragionevole da parte sua farlo;

3. presentano le qualità di una merce che il venditore ha presentato all'acquirente come campione o modello.

Si evidenziano a questo punto i seguenti aspetti:

a) Consegnate le merci all'acquirente, quest'ultimo ai sensi dell'art. 38 dovrà esaminarle o farle esaminare nel termine più breve possibile, considerate le circostanze. Pur essendo l'ispezione dei beni compravenduti un'attività che il compratore di regola compierà – rispondendo principalmente alla tutela di un suo interesse – la mancata ispezione non comporta necessariamente la perdita del diritto di fare valere i difetti di conformità, purché questi vengano segnalati in tempo, ossia prima del decorso di un periodo ragionevole dal momento in cui il compratore li avrebbe dovuti scoprire (LG Berlin, 21 marzo 2003; LG Koln, 30 novembre 1999).

b) In merito al “termine più breve possibile” per l'ispezione della merce - che di regola inizia a decorrere dal momento della consegna dei beni - la Convenzione di Vienna non ha fissato un limite temporale preciso, ma al contrario ha fatto riferimento a un periodo di tempo volutamente flessibile. Il compratore, dunque, se vuole evitare di perdere il diritto di fare valere i vizi dei beni acquistati, deve denunciarli al venditore specificandone la natura entro un tempo ragionevole dal momento in cui li ha scoperti o avrebbe dovuto scoprirli. La giurisprudenza nel precisare il concetto di tempo ragionevole e, di conseguenza, nel determinare la tempestività della denuncia ritiene che occorra tener conto delle circostanze del caso concreto, ragione per cui il tempo ragionevole varierà di caso in caso. Alla luce di questa flessibilità voluta dai redattori della Convenzione di Vienna non sembra dunque possibile condividere i tentativi di individuare un termine fisso, generalmente di un mese, quale “tempo ragionevole” per la denuncia, ai sensi dell'art. 39 (per un'analisi approfondita del concetto di tempo ragionevole alla luce della giurisprudenza v. BAASCH ANDERSEN, Reasonable time in Article 39 of the CISG).

c) Per quanto riguarda invece le circostanze concrete che possono influire sulla durata del termine per la denuncia, sono state identificate quelle relative:

- l'entità dei beni compravenduti;
- la facilità di scoprire il difetto di conformità;

• la natura dei beni compravenduti (ad es. se i beni oggetto di compravendita sono deperibili, il tempo ragionevole entro il quale la denuncia deve essere effettuata è in genere più breve di quello relativo a beni non deperibili).

d) Al fine inoltre di determinare se una denuncia è tempestiva occorre stabilire il momento dal quale il tempo ragionevole inizia a decorrere. A tal proposito l'art. 39 stabilisce che esso decorre dal momento in cui il compratore ha scoperto il vizio o avrebbe dovuto scoprirlo. Si fa così riferimento a due momenti diversi: da un lato, all'effettiva conoscenza del difetto, dall'altro alla conoscibilità dello stesso. Mentre il primo momento è facilmente individuabile – il termine decorre dalla scoperta del difetto in seguito ad ispezione o dal momento in cui il compratore ne è venuto comunque a conoscenza - il secondo momento può far sorgere alcune perplessità, essendo ben più relativo del primo. Infatti, tale concetto “va interpretato in base al criterio della ragionevolezza, tenendo conto delle circostanze caso concreto” (cfr. Frattini, art. 39, in Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili). Ne consegue, ad esempio, che se il vizio fosse individuabile a seguito di un'ispezione del tipo prevista dall'art. 38, il termine decorrerà con lo scadere del periodo di tempo disponibile per l'ispezione. Non può, però, considerarsi individuabile e, quindi, conoscibile, quel difetto che si manifesta soltanto in seguito ad ispezioni particolarmente complesse che richiedono conoscenze che trascendono quelle di un soggetto appartenente ad un ceto sociale e professionale analogo a quello del compratore.

e) Affinché la denuncia dei vizi di conformità possa precludere la perdita del diritto di far valere il difetto di conformità, occorre, però, non solo che questa sia fatta tempestivamente ma anche che la dichiarazione specifichi la natura del difetto, in modo da permettere al venditore di venire a conoscenza di eventuali vizi della merce consegnata e di decidere come comportarsi (Trib. Vigevano, 12 luglio 2000). Occorre, in altre parole, oltre alla sussistenza di un requisito temporale, anche la sussistenza di un requisito sostanziale. Conseguentemente si considereranno adeguate non solo le denunce rese per iscritto ma anche quelle effettuate via fax, via e-mail,

ed anche quelle fatte oralmente o via telefono (Oberster Gerichtshof, 30 giugno 1998).

f) Inoltre affinché una denuncia possa considerarsi adeguata ai sensi dell'art. 39, è necessario che il compratore specifichi la natura della mancanza di conformità. L'art 39 infatti impone al compratore denunciante l'indicazione specifica dei difetti di conformità della merce. La denuncia dovrà essere tanto specifica da consentire al venditore di decidere come reagire (ossia se esaminare la merce egli stesso, se sostituirla con merce diversa, ecc.), e proprio per questa ragione una generica indicazione dei vizi non sarà sufficiente perché non adeguata a far pervenire il venditore ad una decisione sul da farsi (LG Saarbrücken, 2 luglio 2002; OLG Graz, 11 marzo 1998; LG Saarbrücken, 26 marzo 1996; LG Munchen, 3 luglio 1989).

Avv. Silvia Stefanelli

Dott.ssa Claudia Patti

Aumentano gli interessi legali

D.M. n.292 del 7/12/2010

Con D.M. n.292 del 7/12/2010, è stato aumentato il saggio degli interessi legali di cui all'art.1284 c.c., fissato dal primo gennaio 2011 in 1,5% in ragione d'anno.

Tale aumento risulta motivato dalla lenta, ma inesorabile, ripresa economica. Infatti, seppur con un incremento di mezzo punto percentuale, l'aumento del tasso di interesse è pur sempre un segnale positivo per le decisioni di investimento di breve e medio periodo. Ciò infatti garantirà la possibilità di incrementare la sottoscrizione di nuovi mutui e prestiti bancari, dovendo ancora sopportare un tasso d'interesse legale relativamente basso, ed allo stesso consentirà d'innalzare (gradualmente) le rendite sui depositi finanziari e bancari, con vantaggio per i risparmiatori. Non resta dunque che salutare positivamente questa decisione, presa di concerto con gli altri Stati dell'Unione e specchio di un graduale ritorno alla normalità dopo la fortissima crisi economica mondiale.

Dott. Andrea Marinelli

RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DELLE PERSONE GIURIDICHE (D.LGS. 231/2001)

Anche i crediti vantati dalla persona giuridica possono costituire profitto del reato ai sensi dell'art. 19 D. Lgs. n. 231 del 2001

Torna all'esame della Suprema Corte la vicenda relativa al sequestro preventivo disposto nei confronti del gruppo di società, all'epoca dei fatti costitutesi in A.T.I. (Associazione temporanea di imprese), aggiudicatarie dell'appalto del servizio di smaltimento dei rifiuti solidi urbani della Campania.

Le imprese ricorrenti (Impregilo, Fisa Italimpianti, Fibe Campania e Fibe), subivano il sequestro della somma complessiva di 750 milioni di euro, cifra ritenuta equivalente al profitto che le stesse avrebbero ottenuto dalla commissione di una colossale truffa ai danni dello Stato, reato idoneo a far scattare la responsabilità autonoma della persona giuridica, ai sensi del decreto legislativo n. 231/2001, unitamente a quella (personale) delle persone fisiche che hanno agito in nome delle suddette società. Nell'ambito di una complessa controversia giudiziaria che aveva visto intervenire, con un'importante pronuncia, anche le Sezioni Unite della Suprema Corte (27/3/2008 n. 26654), proprio al fine di dirimere i contrasti interpretativi insorti, la vicenda è tornata al vaglio dei giudici della VI^o sezione, a seguito del ricorso presentato dal P.M. nonché dalle società indagate avverso la sentenza del Tribunale partenopeo (in qualità di giudice di rinvio), che confermava il provvedimento cautelare nei confronti delle imprese in questione riducendone però la portata. La Corte, ribadendo quanto già affermato dalle Sezioni unite 27/3/2008 n. 26654, ha innanzitutto sottolineato che il profitto del reato, suscettibile di sequestro preventivo funzionale alla confisca ex artt. 19 e 53 del D. Lgs. n. 231/2001, si identifica con il "vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato, con esclusione di quei vantaggi, anche di natura patrimoniale, privo di un nesso causale con l'illecito ed è concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente". Fatte queste debite

premesse in ordine all'esatta delimitazione dei confini della nozione di profitto penalmente rilevante, la Corte si sofferma sulla questione della confiscabilità, a titolo di profitto, anche dei crediti vantati dalla società, ma non ancora riscossi, pur se essi si presentano in forma certa, liquida ed esigibile. Le doglianze dei ricorrenti si appuntano sul rilievo che la sentenza impugnata sembrerebbe aver disatteso il dictum delle Sezioni Unite 27 marzo 2008 n. 26654, che, con riguardo a questo specifico punto, avevano precisato che l'imputazione a profitto di semplici crediti, anche se certi, liquidi ed esigibili, "non può essere condivisa, trattandosi di utilità non ancora effettivamente conseguite".

La questione, sostengono i Supremi giudici, è mal posta.

Vero è che le Sezioni Unite avevano ritenuto illegittima la confiscabilità di pretese creditorie, come tali non entrate (ancora) a far parte del patrimonio della persona giuridica nei cui confronti si procede, ma altrettanto vero è il fatto che l'ipotesi sottoposta al vaglio della Corte si riferiva ad un provvedimento di confisca per equivalente ai sensi dell'art. 322 ter c.p.. La confisca per equivalente, definita altrimenti come una "forma di prelievo lecito a compensazione di prelievi illeciti", ha come presupposto che non sia possibile individuare i beni che hanno costituito il profitto o il prezzo del reato, statuendo pertanto la possibilità di apprendere dal patrimonio dell'autore del reato beni per un valore corrispondente a tale profitto o prezzo. Sotto questo profilo l'esclusione della confiscabilità dei crediti, predicata dalle Sezioni Unite, sarebbe giustificata atteso che, in tale ipotesi, il destinatario della misura cautelare si vedrebbe "privato di un bene già a sua disposizione in ragione di una utilità non ancora concretamente realizzata". Nella situazione in esame, in cui è stato possibile effettuare un sequestro diretto delle somme asseritamente rivenienti dalla commissione del reato, a titolo di profitto della truffa commessa da parte delle imprese ricorrenti in danno dello Stato, non si realizza un effetto pregiudizievole in danno della persona giuridica, a condizione che il credito oggetto del provvedimento ablatorio sia certo, liquido ed esigibile.

Avv. Giancarlo Caruso

SICUREZZA SUI LUOGHI DI LAVORO

Manutenzione macchine e dispositivi medici

Cass. Pen. Sez. IV, 26 maggio 2010 n. 20044,

Si segnala la sopracitata sentenza perché interviene su un tema molto sentito e di estrema rilevanza: la manutenzione delle macchine e la qualificazione degli operatori che effettuano modifiche sulle macchine stesse; peraltro la sentenza disciplina il caso di una macchina, ma **i principi giuridici trovano applicazione anche per i dispositivi medici.**

Il caso è quello di un infortunio causato da una macchina obsoleta, modificata e priva di conseguenti interventi di sicurezza.

Nello specifico, l'infortunio era occorso ad una lavoratrice con mansioni di operaia elettromeccanica che effettuava la trafilatura di filo di alluminio per la realizzazione di cavi elettrici. L'operaia aveva il compito di posizionare i rocchetti sui quali il filo di rame doveva essere avvolto e di toglierli allorché gli stessi erano pieni; a tal fine la donna era stata istruita, per circa venti giorni, sull'utilizzo della macchina e sulle attività da svolgere. Tuttavia in conseguenza della frantumazione di un organo rotante, specificamente di una puleggia in ghisa lamellare che ruotava a circa 5000 giri al minuto, la lavoratrice era stata colpita, al capo e ad una gamba, dai frammenti della puleggia che avevano perforato il carter metallico di protezione degli organi rotanti e, per detto infortunio, erano stati ritenuti responsabili il Delegato alla sicurezza dei luoghi di lavoro ed il Preposto responsabile del coordinamento impianti e manutenzione.

La Corte evidenzia infatti che la macchina era degli anni 70 e che "Qualche tempo dopo, poiché non rendeva un prodotto di qualità, erano state eseguite delle modifiche tecniche che avevano reso necessarie la tornitura e la foratura della puleggia. Tali modifiche, che avevano comportato l'indebolimento della stessa puleggia, hanno avuto, un ruolo decisivo nella determinazione dell'evento, unitamente agli originari difetti dovuti anche alla vetustà della macchina."; inoltre "tali modifiche erano state apportate da persone che non avevano specifica competenza circa le caratteristiche dei materiali degli organi rotanti e che non si erano neanche resi conto che, a seguito delle modifiche, la puleggia non aveva più alcuna funzione, per cui poteva essere rimossa."

Infine secondo la Corte “ *tali modifiche imponevano una nuova valutazione del rischio, oltre che una verifica complessiva del macchinario e l'apposizione di una nuova marcatura CE*”

In sostanza:

- la macchina era di tecnologia ormai superata;
- erano state apportate modifiche che avrebbero richiesto una nuova marcatura CE (non apposta);
- le modifiche non erano state effettuate da personale idoneamente qualificato.

Per tutti questi motivi il Delegato alla sicurezza dei luoghi di lavoro ed il Preposto responsabile del coordinamento impianti e manutenzione sono stati condannati.

Avv. Silvia Stefanelli

Al via i nuovi incentivi inail

www.inail.it – G.U. n. 288 del 10/12/2010

A partire dal 12/1/2011 aprirà il nuovo bando INAIL, emanato in attuazione dell'art. 11, comma 5, D.Lgs. 81/2008, volto ad incentivare la realizzazione di progetti di investimento, formazione e di adozione di modelli organizzativi e di solidarietà sociale finalizzati a migliorare la sicurezza sui luoghi di lavoro. Potranno beneficiare degli incentivi tutte le imprese attive che al momento della presentazione della domanda siano in possesso dei requisiti indicati nel bando. Scopo del bando è quello di sostenere, con contributi in conto capitale, interventi diretti ad aumentare i livelli di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

In particolare saranno ammesse le spese per la realizzazione di

- progetti di investimento
- progetti di formazione
- progetti per l'adozione di modelli organizzativi e di responsabilità sociale.

Le imprese potranno presentare un progetto per una sola unità produttiva su tutto il territorio nazionale riguardante una sola delle tipologie elencate. La richiesta di contributo potrà essere inviata per via telematica dalle ore 14,00 del 12/1/2011, tramite il sito www.inail.it – PUNTO CLIENTE. Lo sportello telematico riceverà le domande in ordine di arrivo e fino al 14/2/2011 ore 18,00, salvo chiusura anticipata

per esaurimento dei fondi disponibili su base regionale. Saranno ammesse le imprese che raggiungeranno un punteggio minimo (90 punti) determinato da diversi parametri quali la dimensione aziendale, la rischiosità dell'attività svolta, il numero dei destinatari, le finalità ed efficacia dell'intervento.

Avv. Eleonora Lenzi

CONTROVERSIE CIVILI

Nuovi modi per risolvere le controversie: la mediazione

D.lgs. 28/2010 e DM 180/2010

Lo scorso anno una importante modifica è intervenuta nel nostro ordinamento: la regolamentazione della mediazione in ambito civile e commerciale.

Lo Studio Legale Stefanelli sta seguendo con grande interesse la nuova normativa che è destinata – a prescindere dalle polemiche in corso - a lasciare il segno nella vita e nelle attività dei professionisti del diritto (ma anche delle aziende).

Lo Studio pertanto, pur consapevole che la mediazione non possa rappresentare un rimedio assoluto per risolvere tutte le controversie, ritiene tuttavia che, soprattutto per le aziende, la mediazione possa rappresentare una valida (e soprattutto rapida) alternativa al Tribunale per la risoluzione efficace di alcune controversie. Si intende quindi segnalare ai nostri clienti le principali caratteristiche e novità della nuova disciplina, nella consapevolezza che lo stesso Studio selezionerà i casi per i quali la mediazione può essere la risposta giusta per il cliente.

Vediamo di che si tratta.

Definizioni: Per mediazione s'intende l'attività svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la sua risoluzione. Il tentativo di mediazione può svolgersi presso un organismo pubblico o privato e al procedimento di mediazione si applica il regolamento dell'organismo scelto dalle parti. Il regolamento garantisce la riservatezza del procedimento nonché modalità di nomina del mediatore che ne assicurano l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito

espletamento dell'incarico. Il mediatore è, invece, la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti.

Quando mediare: L'accesso alla mediazione riguarda unicamente le controversie sui diritti disponibili. La normativa prevede diverse ipotesi per accedere a tale procedura:

- su base volontaria: quando una delle parti decide di ricorrere alla mediazione.
- su base contrattuale: quando in una clausola del contratto si è prevista per la risoluzione di eventuale controversie legati allo stesso contratto l'attivazione di un tentativo di mediazione prima di adire alla causa.
- su base delegata: quando il giudice ordina alle parti di procedere ad un tentativo di conciliazione prima di agire davanti alla giustizia ordinaria.
- su base obbligatoria: a partire dal 20 marzo 2011 entrerà in vigore l'obbligatorietà di un preventivo tentativo di conciliazione per le seguenti materie: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

Ne discende che da tale data prima di attivare una causa relativa ad una di quelle materie diventa obbligatorio tentare di risolvere la controversia in mediazione. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Proposta del mediatore: Una importante modifica introdotta dal nuovo decreto è la possibilità fornita al mediatore di presentare una proposta di mediazione. Più precisamente, quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno richiesta in qualunque momento del procedimento. Se tutte le parti aderiscono alla proposta del mediatore si forma processo verbale. Se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta.

Qualora poi la sentenza del giudice coincida con la proposta del mediatore la mancata accettazione della proposta del mediatore avrà delle importanti conseguenze sulla ripartizione delle spese.

I vantaggi della mediazione:

- Prescrizione e decadenza: dalla comunicazione alle altre parti della domanda di mediazione si producono sulla prescrizione i medesimi effetti della domanda giudiziale. La domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta.
- Brevità del procedimento: il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a 4 mesi.
- Riservatezza: il mediatore e chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento salvo consenso della parte dichiarante. Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni.
- Efficacia del verbale di conciliazione: il verbale di accordo, il cui contenuto non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo. Il verbale costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.
- Agevolazioni fiscali: tutti gli atti, documenti e provvedimenti della mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura. Il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di € 51.646 euro. Quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda all'organismo non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato. L'indennità pagata all'organismo di mediazione per il procedimento di mediazione può essere convertito in un credito di imposta. Se la conciliazione

riesce il credito d'imposta è commisurato all'indennità stessa pagata sino ad un limite massimo di € 500. In caso di insuccesso della mediazione, il credito d'imposta è ridotto della metà.

Perché partecipare ad una procedura di mediazione quando si viene chiamati da controparte: oltre ai vantaggi della mediazione sopra illustrati, esistono anche delle conseguenze negative alla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione. Il giudice, infatti, dall'assenza di una parte può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio.

Avv. Alessandra Delli Ponti

DIRITTO DEL LAVORO

Le liti in materia di lavoro finiscono dall'arbitro

Con la Legge n.183/2010 (meglio conosciuta come "Collegato lavoro"), in vigore dal 24/11/2010, il Legislatore ha introdotto importantissime novità nel mercato del lavoro nazionale tanto da potersi dire che, dopo la "Riforma Biagi" del 2003, questo il successivo intervento più importante nella materia giuslavoristica italiana.

Tra le tante novità del Collegato lavoro senz'altro una delle più rilevanti è rappresentata dall'arbitrato, applicato per la prima volta alle controversie di lavoro sia pubbliche che private. Nell'intento del legislatore infatti c'è la volontà di derogare alla giustizia ordinaria, i cui tempi si attestano in media sui 3-4 anni (solo per il primo grado di giudizio), devolvendo le controversie ad Arbitri che, fatta esclusione per le cause relative ai licenziamenti (appannaggio esclusivo della magistratura del lavoro), saranno chiamati a dirimere i contrasti insorti tra datori di lavoro e lavoratori. E tuttavia l'arrivo dell'arbitrato si ritiene non modificherà radicalmente la quantità di contenzioso oggi a carico del Giudice del lavoro.

Allo stato infatti, in assenza di accordi intervenuti tra i sindacati maggiormente rappresentativi ed il datore di lavoro, trasfusi poi nei contratti collettivi, l'arbitrato può applicarsi alle controversie di lavoro solo in due forme: durante il tentativo di conciliazione promosso

presso la Direzione Provinciale del Lavoro oppure innanzi a un Collegio istituito su iniziativa delle parti.

La prima forma di arbitrato, prevista dall'art. 412 c.p.c. (così come modificato dalla Legge in commento) dispone invece che le parti, a seguito di un infruttuoso tentativo - facoltativo e non più obbligatorio - di conciliazione davanti alla D.P.L. possano decidere di conferire, sempre alla medesima commissione a cui si sono rivolti in sede conciliativa, il potere di dirimere la controversia in qualità di arbitri. Ciò quindi significa che rimane immutata per le parti la facoltà di rivolgersi al Giudice ordinario per tutte le controversie di lavoro, non imponendo la Riforma alcun obbligo di far dirimere la controversia dagli arbitri della DPL locale e quindi, laddove le commissioni conciliative abbiano la "fama" di essere più a favore di una parte (ad es. datore di lavoro) certamente l'altra (lavoratore) sceglierà di non affidargli la controversia bensì opterà per la giustizia ordinaria, magari più lunga ma senz'altro più vantaggiosa per i propri interessi; di conseguenza le DPL locali cercheranno di formare al meglio i propri dipendenti/arbitri, affinché possano assolvere al nuovo compito con professionalità, competenza ed imparzialità.

La seconda forma di arbitrato prevista dalla riforma in commento è quella a completa gestione delle parti, lasciando che siano queste a decidere la composizione del collegio; in tal caso le parti potranno far decidere la controversia da un Collegio composto da un rappresentante di ciascuna di esse e da un Presidente scelto di comune accordo, tra i professori universitari di materie giuridiche ed avvocati cassazionisti. Il compenso del presidente, a mente del nuovo art.412-quater c.p.c., viene fissato nel massimo al 2% del valore della controversia., limite economico (ad es. per una controversia di valore inferiore a € 10.000,00, il compenso non potrà superare i € 200,00) che francamente pare possa rendere particolarmente difficile il reperimento dei soggetti individuati dalla norma, anche in ragione della responsabilità professionale cui si espongono nel momento in cui accettano il conferimento d'incarico. A ciò si aggiunga poi che, a corredo della legge in commento, tanto nella prima ipotesi di arbitrato (avanti la DPL), che nella seconda (su iniziativa delle parti), il lodo emesso

dagli arbitri sarà praticamente inimpugnabile. Non può infatti negarsi che, trattandosi di arbitrato irrituale (come disposto dall'art.412 c.p.c.), il lodo avrà la forma, la sostanza e gli effetti di un patto contrattuale (art.1372 c.c.) e che pertanto, pur intervenendo nella soluzione di una controversia, la decisione arbitrale costituirà un obbligo di natura contrattuale, non impugnabile quindi anche qualora deroghi a disposizioni di legge o contratti collettivi, differenziandosi infatti l'arbitrato irrituale da quello rituale perché agli arbitri viene concessa la facoltà di disattendere le norme dell'ordinamento e procedere a giudicare secondo equità.

In conclusione dunque, se l'intento della riforma pare poter essere condivisibile, poiché incentrato nella riduzione dei termini per dirimere eventuali contrasti insorti tra datori di lavoro e lavoratori si teme che, per come è stata strutturata,, la nuova legge non modificherà la "competenza" del Giudice del lavoro; anzi, escludendo l'operatività obbligatoria della conciliazione, causerà un probabile congestionamento

del contenzioso, atteso che quel 25% di conciliazioni esperite davanti alle DPL che si chiudevano fino ad oggi positivamente, ora, in assenza dell'obbligo a conciliare, arriveranno anche queste davanti al giudice con aggravio di costi e tempo, ovviamente a carico delle parti.

Dott. Marinelli Andrea

Diritto della Sanità

PROCEDIMENTO DISCIPLINARE

Il soggetto che presenta un esposto all'Ordine può chiedere successivamente copia degli atti del procedimento disciplinare?

Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto -
Sentenza del 18-11-2010 n. 6080

A tale domanda ha dato risposta il TAR Veneto con la sentenza sopra indicata. Il caso, relativo all'Ordine degli Avvocati (ma i principi giuridici affermati si applicano anche agli altri Ordini Professionali) è quello relativo ad un cittadino che presenta un esposto contro un avvocato, chiedendo poi di essere informato circa le memorie difensive presentate dal legale (incolpato) per poter eventualmente mandare sue controdeduzioni. L'Ordine non risponde a tale richiesta ed il cittadino presenta un ricorso al TAR, che stabilisce come detto rifiuto è illegittimo sancendo che colui che ha presentato un esposto disciplinare ad un Ordine nei riguardi di un professionista ad esso iscritto va riconosciuto, ai sensi dell'art. 22 e ss. della L. 241 del 1990, il diritto di accesso agli atti conseguentemente posti in essere dal Consiglio dell'Ordine medesimo, in quanto si tratta di documentazione che - salvo prova contraria, cui peraltro fa ora seguito la valutazione di cui agli artt. 59 e 60 del D.L.vo 30/6/2003 n. 196 - non involge interessi per i quali possa invocarsi la sussistenza di dati sensibili; né possono essere invocate in contrario eventuali "prassi" difformi, ovvero l'assunto che le deduzioni difensive del professionista inquisito sono proprie di quest'ultimo e, perciò, indisponibili per l'esponente, oppure - e da ultimo - che il Consiglio dell'Ordine non potrebbe comunicare o diffondere dati personali degli iscritti oltre quelli pubblici contenuti nell'apposito Albo: infatti, *"l'Ordine degli Avvocati non è "legibus solutus" bensì, come Ente pubblico è soggetto alla disciplina sull'accesso, giusta l'art. 23 della L. 241 del 1990"*

avv. Silvia Stefanelli

ORDINI PROFESSIONALI

Elezioni ordinistiche: vince la volontà elettorale

Cassazione Civile – Sez. Un.; Sent. n. 18047/2010

Cambio di rotta della giurisprudenza in materia di elezioni ordinistiche.

Da sempre infatti la giurisprudenza aveva sancito che per la legittimità della scheda elettorale occorreva che fossero indicati tanti nomi quanti erano i consiglieri da nominare (15 preferenze).

Oggi la Cassazione cambia orientamento

La controversia trae origine dalla formale censura mossa da alcuni farmacisti alla decisione della Commissione Centrale per gli Esercenti le Professioni Sanitarie, che, relativamente alle elezioni per il rinnovo delle cariche in seno al consiglio direttivo di un Ordine, aveva considerato nulle le schede recanti un numero di preferenze inferiore a quindici. Pur essendo la giurisprudenza precedente diversamente orientata, la Cassazione ha ritenuto che il diritto vivente comporti una rimeditazione della posizione giurisprudenziale.

Infatti secondo la Cassazione *"La competizione elettorale per il rinnovo degli organi dell'Ordine professionale, quale momento di partecipazione democratica, deve esplicarsi attraverso la più libera espressione elettorale, salvaguardando il principio del «favor voti» quale parametro da cui far discendere la massima corrispondenza tra volontà espressa e contenuto della scheda elettorale"* e le Sezioni Unite, trovando ancoraggio sicuro nel principio sintetizzato, hanno osservato che la manifestazione della volontà, per come emerge dal corpo della scheda elettorale, deve essere il più possibile conservata, salvo anomalie di gravità tale da far dubitare che l'elettore abbia voluto liberamente e segretamente manifestare la preferenza. In linea di massima, il parametro astratto è che, in caso di dubbio, deve privilegiarsi la volontà elettorale, quale risultante dalla scheda vergata, poichè la nullità e l'inefficacia del voto costituiscono solo estreme conseguenze.

avv. Silvia Stefanelli



CALENDARIO:

13 febbraio 2011:

Milano, intervento avv. Silvia Stefanelli al Convegno "DAI MEDICINALI BORDERLINEALLE ALTRE TIPOLOGIE DI PRODOTTI DELL'AREA SALUTE"

23 febbraio 2011

Milano, avv. Andrea Stefanelli
"Il nuovo contenzioso sugli appalti pubblici"

1 marzo 2011

Mestre, avv. Andrea Stefanelli
"Le clausole ambientali che mancano colpevolmente nei bandi di gara"

Comunicazioni

È on line il nuovo sito dello Studio Legale Stefanelli.

Chiunque fosse interessato a ricevere copia dei documenti relativi alle notizie segnalate può richiederle direttamente all'indirizzo s.stefanelli@studiolegastefanelli.it