

GIUSTIZIA E SENTENZE

www.quotidianodiritto.ilssole24ore.com

In breve

AVVOCATI
Proposte di modifica sul codice contratti



L'Unione nazionale avvocati amministrativisti ha sottoposto alla Presidenza del Consiglio alcune proposte di modifica ed integrazione del nuovo codice dei contratti. Le modifiche indicate vanno dall'estensione dello "stand still", alle nuove impugnazioni delle ammissioni e/o esclusioni, dalla possibilità di proporre motivi aggiunti in un ricorso già proposto nell'ambito di controversie relative alle gare all'estensione del rito speciale "ordinario" degli appalti nel caso di contestuale impugnazione degli atti di ammissione e/o esclusione.

NO PROFIT

Intesa notai/
Regione Lombardia

Il Consiglio notarile di Milano, Regione Lombardia e il Comitato regionale lombardo hanno varato il protocollo di intesa per la semplificazione dei procedimenti relativi al Registro regionale delle persone giuridiche private e la trasmissione in via telematica degli atti. L'intesa riguarda in particolare: l'acquisto della personalità giuridica di associazioni, fondazioni e altre istituzioni; la modificazione dello statuto e l'estinzione della persona giuridica. L'accordo è rivolto in particolare al mondo del no profit.

Penale. Per la Cassazione sono due istituti autonomi e la bussola nell'applicazione è il «favor rei»

Prescrizione e recidiva senza conflitti

Esclusa la stretta su chi è tornato a delinquere, è riconosciuta l'estinzione

Giovanni Negri

MILANO

Recidiva e prescrizione sono due istituti autonomi. E la Corte di cassazione ne trae le conseguenze, chiarendo che, con la bussola dell'applicazione della norma più favorevole all'imputato, può essere applicata la ex Cirielli quanto all'eccezione e la vecchia norma del Codice penale quanto alla seconda. Sulla base di questa linea interpretativa la Cassazione, sentenza n. 6366 del 2017, ha riconosciuto il maturare della prescrizione, riformando parzialmente il giudizio della Corte d'appello nell'ambito di un procedimento per reati colposi.

La sentenza mette in evidenza innanzitutto come la legge ex Cirielli, n. 251 del 2005, abbia eliminato la possibilità di contestare la recidiva per i reati colposi, rendendo possibile, quanto alla determinazione della prescrizione, l'applicazione del vecchio articolo 157 del Codice

penale in quanto norma più favorevole. Per la Cassazione, a favore di questa conclusione, che sottolinea la distinzione tra recidiva e prescrizione, milita una serie di elementi. In primo luogo, i lavori parlamentari: la versione originale della legge 251 non riguardava l'istituto della prescrizione, ma le attenuanti generiche, la recidiva il giudizio di comparazione, avvalorando in questo senso la tesi secondo cui, anche se le discipline dei due istituti sono state poi inserite nella stessa legge, tuttavia la loro disciplina è autonoma e non ci sono interferenze applicative.

La legge poi, con una riforma che ha opposto obblighi inasprimenti, con parziali ricidivi applicati a reati colposi e limitati a vari benefici penitenziari (iniziali obiettivi dei proponenti), si accompagna un'ispirazione

“garantista”, indirizzata in generale alla riduzione dei termini di prescrizione.

La Corte d'appello, nella ricostruzione fatta dalla Cassazione, aveva però seguito solo parzialmente questa linea. Se infatti da una parte aveva valutato, quanto alla prescrizione, più favorevole la norma del vecchio Codice penale, dall'altra aveva escluso di dichiarare l'avvenuto corso dei termini valutando invece la constatazione della recidiva. In questo caso però aveva ignorato che, per effetto di una normativa successiva più favorevole, l'esclusione della recidiva per i reati colposi, si sarebbe dovuta dichiarare la prescrizione sulla base dell'ordinaria disciplina sulle successioni di norme penali nel tempo applicando cioè il favor rei.

Per la Cassazione, invece, «le nuove disposizioni in materia di recidiva, previste dall'articolo 4 della legge, erano immediatamente applicabili all'entrata in



TAR BOLOGNA
La delocalizzazione non nuoce alla gara di Guglielmo Saporito

L'azienda italiana che produce beni in Turchia può aggiudicarsi una gara anche senza la verifica delle condizioni di reciprocità prevista dal Codice appalti.

quotidianodiritto.ilssole24ore.com
La versione integrale dell'analisi

vigore della legge e, si considera in favorevole ai sensi del richiamato articolo del Codice penale, trovando applicazione anche per fatti anteriori all'entrata in vigore della stessa legge, a prescindere dalle eventuali interazioni, all'interno della legge ex Cirielli, tra gli istituti della recidiva e della prescrizione».

Non si profila, oltretutto, conclude la Cassazione, una violazione del principio di legalità, elemento messo invece in evidenza dalla Corte d'appello, perché la norma immediatamente applicabile all'istituto della recidiva è rappresentata dall'articolo 4 della legge n. 251 del 2005. Solo in un secondo momento, eliminata, perché illegale, la recidiva, quanto all'impatto sulla prescrizione, va individuata la disposizione più favorevole, mettendo a confronto l'articolo 157 del Codice penale, nella precedente formulazione, e l'articolo 6 della ex Cirielli.

Notariato. Ricerca della Fondazione italiana

Rent to buy anche per trasmettere a terzi le aziende

Angelo Busani

L'applicazione del contratto di rent to buy oltre che nel campo immobiliare anche in quello delle trasmissioni aziendali: è questo il risultato perseguito in una ricerca (presentata ieri) promossa dalla Fondazione italiana del Notariato, in collaborazione con l'Ente Cassa di Risparmio di Firenze e il Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università di Firenze.

Il rent to buy è quel contratto che permette di ottenere l'immediato godimento di un bene a fronte del pagamento di un canone per un certo periodo, con l'accordo che, una volta pagati per intero i canoni dovuti in detto periodo, il conduttore diviene proprietario del bene ottenuto in godimento. L'operazione è stata pensata, in particolare, per favorire l'acquisto della prima casa, ma nulla vieta che lo schema possa essere impiegato anche in contratti che abbiano a oggetto beni diversi dagli immobili.

Il rent to buy di azienda consentirebbe al potenziale acquirente, attraverso il collegamento tra due contratti (in genere, il contratto di affitto di azienda e il contratto preliminare di cessione di azienda), di far entrare subito nel godimento dei beni dell'azienda; inizialmente detti beni vengono condotti in affitto verso il pagamento di un canone periodico (fase "rent"); successivamente, il conduttore ne diviene proprietario (fase "buy") a un termine prefissato, mediante il pagamento del prezzo convenuto, dal quale vengono scomputati, in tutto o in parte, i canoni pagati in precedenza.

Evidenti sono i vantaggi per chi intende comprare l'azienda: si ottiene il godimento dei beni dell'azienda senza corrispondere fin da subito l'intero prezzo;

si ottiene più facilmente un finanziamento al momento dell'acquisto per il minor importo del prezzo ancora dovuto, in considerazione di quanto anticipato con i canoni.

Non mancano i vantaggi per chi vende:

si facilita l'alienazione dei beni che altrimenti potrebbero restare privi di acquirenti;

si consegue un immediato introito finanziario;

si alleggeriscono i costi di gestione, che possono essere addebitati al detentore.

L'operazione, dunque, presenta una serie di profili interessanti

LA PRIMA FASE

Il contratto di solito ha un primo triennio di affitto con versamento di una caparra pari al 25-30% del valore totale

si apre per le imprese per gli identifi- cantiziatori: la creazione per l'acquirente di uno "storico creditizio"; l'accantonamento di parte di quanto versato per l'affitto d'azienda come acconto prezzo; la possibilità di accantonare ulteriore liquidità con il proprio lavoro per l'acquisto finale; la posticipazione di tutti i costi e le imposte; la possibilità di vendere la propria azienda cedendo i contratti. Il contratto ha normalmente una fase triennale di affitto. In genere è previsto il versamento di una caparra pari al 25-30% del valore totale dell'operazione; l'accantonamento ai fini della cessione del 70% del canone mensile pagato e l'operazione viene costruita in modo che il cessionario dovrà versare all'atto della cessione il rimanente 50 per cento.

Reputazione. Il reato aggravato può essere contestato anche se le notizie erano state diffuse nell'ambito degli operatori professionali

Diffamazione su siti universitari

MILANO

Diffamazione aggravata per la professoressa universitaria che accusa la collega di plagio via internet. Per la Corte di cassazione la possibilità per i social network di raggiungere una platea indeterminata di persone non viene meno neppure se, come nel caso esaminato, i siti usati dalla ricorrente erano destinati a docenti e studenti universitari e dunque secondo la tesi della difesa "chiusi".

La Cassazione, sentenza 8482 della Quinta sezione penale, de-

positata ieri, ha così respinto il ricorso presentato dalla difesa di una studentessa che accusava una ricercatrice che l'aveva assistita nell'elaborazione della tesi, di avere poi copiato i risultati del suo lavoro utilizzandoli per uno scopo personale. La studentessa, assolta in primo grado, era poi stata condannata in appello. Nell'impugnazione si metteva in evidenza come la stessa Cassazione ha più volte affermato che alla rete Internet non si applicano le disposizioni sulla diffamazione a mezzo stampa perché un social

network non può essere equiparato a un prodotto tipografico e neppure a un luogo pubblico.

Una tesi che non ha convinto la Cassazione che sottolinea invece come l'uso dei social network e, quindi, la diffusione di messaggi attraverso internet, è assolutamente in grado di concretizzare un caso di diffamazione aggravata. Si tratta infatti di una condotta potenzialmente in grado di raggiungere un numero indeterminato di persone o, almeno, assai elevato.

La difesa, contestata la Cassazio-

ne, confonde la diffamazione aggravata perché provocata attraverso la stampa con l'offesa procurata con altro mezzo di pubblicità. Entrambe le fattispecie sono disciplinate dalla medesima disposizione (articolo 595 comma 3 del Codice penale) ma l'utilizzo della stampa non è esclusivo: la formulazione letterale della norma invece rende evidente come la categoria dei mezzi di pubblicità è più ampia del concetto di stampa, comprendendo tutti questi sistemi di comunicazione e quindi di diffusione, dai fax ai

social media, che, grazie all'evoluzione tecnologica, rendono possibile la trasmissione di dati e notizie a un numero elevato di persone.

Non mitiga la gravità della condotta il fatto che la diffusione è avvenuta attraverso siti destinati a operatori universitari e, quindi, in un certo senso specialistici. Si tratta infatti di un ambito che non può assolutamente essere ritenuto circoscritto. Inoltre molti dei siti utilizzati erano in realtà consultabili da una platea molto larga di soggetti (è il caso dei blog delle testate «La Repubblica» e «L'Espresso»).

G. Ne.

GIURISPRUDENZA | IL MERITO

www.quotidianodiritto.ilssole24ore.com

In breve

LAVORO
Demansionamento illecito sul singolo

Nell'ambito di una riorganizzazione aziendale dovuta alla riconversione del processo produttivo, non è possibile procedere al demansionamento di un singolo lavoratore lasciando inalterate le posizioni dei colleghi che siano inquadrati nello stesso livello di quest'ultimo. Tale scelta aziendale è discriminatoria e non idonea a giustificare la deroga al divieto, posto dal Codice civile, di adibire i lavoratori a mansioni inferiori. Corte d'appello di Lecce - Sezione lavoro - Sentenza 14 novembre 2016 n. 2407

ATTIVITÀ RUMOROSA

Per il bar non c'è reato

Il superamento dei limiti sonori massimi mediante strumenti musicali integra un illecito amministrativo e non anche il reato di disturbo del riposo delle persone, se i rumori provengono da un bar regolarmente autorizzato dall'autorità amministrativa a rimanere aperto fino a tarda notte e a fare uso di strumenti musicali. L'utilizzo di tali strumenti è, infatti, strettamente connesso e necessario all'esercizio dell'attività autorizzata. Nel caso di specie, il giudice ha assolto così il gestore di un bar accusato dai vicini di disturbare la propria quiete. Tribunale di Vicenza - Sezione penale - Sentenza 22 novembre 2016 n. 1421.

A CURA DI
Andrea A. Moramarco

Tribunale di Isernia. L'apparecchio va posizionato sul lato autorizzato altrimenti la sanzione è invalida

Niente multa se l'autovelox è fuori posto

Per i giudici l'obbligo di contestazione immediata è assoluto

Maurizio Caprino

I rilevatori fissi di velocità devono essere ubicati esattamente nel punto in cui la loro installazione è stata autorizzata dall'ente proprietario della strada, altrimenti le multe non sono valide: non basta che le postazioni si trovino al chilometro indicato nell'autorizzazione e nemmeno al metro, ma occorre pure che siano sul lato della strada eventualmente previsto dall'atto stesso. I controlli temporanei (quelli presidiati da agenti) non si possono organizzare senza fermare subito i trasgressori, se effettuati nei tratti non inclusi nei provvedimenti prefettizi che vi prevedono l'esercizio dell'obbligo di contestazione immediata dell'infrazione.

Sono i vincoli principali che emergono dalla giurisprudenza ormai copiosa sugli autovelox

che si sta consolidando in Molise, dov'è sorto un contenzioso aspro. Visono stati affermati principi restrittivi per le polizie. E talvolta, come per la contestazione immediata, fuori da giurisprudenza prevalente e prassi ministeriali.

La conformità della postazione fissa all'autorizzazione del gestore pure riguardo al lato della strada su cui si trova è affrontata dalla sentenza 185/2014 del Giudice di pace onorario di Isernia, ora confermata dal Tribunale (sentenza 119/2017 del 10 febbraio).

In primo grado, è stata respinta la tesi secondo cui conta solo la progressiva (km 36+777, nella fattispecie) riportata nell'autorizzazione. Infatti, l'atto del gestore (Anas) specificava anche «lato sinistro/direzione di marcia Venafro». Il consulente tecnico d'ufficio aveva negato importanza alla

direzione indicata, scrivendo che nella prassi vale il senso che parte dal chilometro zero della strada, nella fattispecie quello contrario; il lato sinistro sarebbe quindi quello su cui la postazione si trova effettivamente. Ma per il giudice si deve stare alla lettera dell'autorizzazione, tranne se l'Anas attesse errori materiali. E la prassi indicata dal consulente (Dm 1° giugno 2001 del ministero dei Lavori pubblici) riguarderebbe solo gli «attributi necessari della strada» e non anche i suoi «elementi atipici quali gli autovelox, disciplinati... da norme speciali».

In secondo grado, il ragionamento è stato ritenuto immune da vizi nonostante l'Anas avesse prodotto una nota che giustificava il Comune. Per il Tribunale, «l'atto autorizzatorio, una volta concesso, si stacca dal suo autore».

Questioni giuridiche a parte, non di rado le installazioni sono difformi per problemi pratici, come la mancanza di allacci elettrici. Ma, se l'autorizzazione impone un lato, può essere per motivi di sicurezza: sull'altro, la postazione può essere pericolosa negli urti.

Quanto all'obbligo di contestazione immediata, per i tratti non individuati dal Prefetto esso è ritenuto "assoluto" in una serie di sentenze iniziata nel 2014 con la 1524 del Giudice di pace di Campobasso: il mancato alt non può essere giustificato con motivazioni legate all'organizzazione del servizio, come la disponibilità di un apparecchio che determina l'infrazione quando il veicolo ha già superato il punto in cui si trovano gli agenti. La giurisprudenza di solito afferma che l'organizzazione non è sindacabile dal giudice (Cassa-

zione, sentenza 6123/1999). La sentenza di Campobasso afferma invece che prevale il diritto alla difesa sancito dall'articolo 24 della Costituzione. La sentenza 556/16 del Giudice di pace di Isernia prende atto dell'autonomia dell'amministrazione nell'organizzarsi, ma ritiene che il magistrato possa valutare caso per caso con «prudente apprezzamento» se la contestazione immediata sarebbe stata possibile. E una «razionale organizzazione del servizio» l'avrebbe consentita, usando un altro tipo di apparecchio o schierando una doppia pattuglia. Entrambe cose già fatte in passato proprio dal Comune che ha accettato la violazione. E nonostante anche allora avesse un solo vigile: organizzava la doppia pattuglia consorziosandosi con altri enti.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Tribunale di Ascoli Piceno. L'ordinanza fissa vincoli rigidi per la mediazione

La lite con le banche passa per l'intesa

Marco Marinaro

La domanda riconvenzionale in materia di contratti bancari è sottoposta al previo esperimento della mediazione quale condizione di procedibilità dell'azione. Il giudice che ne dispone lo svolgimento ritenendo che la controversia attenga a questioni «puramente tecnico-contabili» può invitare il mediatore a nominare un professionista iscritto nell'elenco dei Ctu del tribunale predeterminando i quesiti da formulare allo stesso. In previsione dell'eventuale esito negativo della mediazione, il giudice può prescrivere al mediatore la formulazione di una proposta conciliativa sulla base delle risultanze peritali anche in assenza

di concorde richiesta delle parti, tenuto conto che la relazione tecnica potrà essere acquisita d'ufficio dal giudice nel proseguo del processo. Sono i contenuti di un'ordinanza del tribunale di Ascoli Piceno (estensore Mariani) del 20 luglio 2016 che segue il solco di alcuni precedenti del medesimo giudice nella materia dei contratti bancari. E proprio le liti fra banche e clienti costituiscono uno degli ambiti in cui la mediazione con difficoltà riesce a svilupparsi efficacemente per la ricerca di un accordo conciliativo.

Per questi motivi alcuni giudici di merito, nel solco degli orientamenti interpretativi tesi a rendere effettiva la mediazione, hanno elab-

borato percorsi via via più stringenti nel tentativo di portare le parti al tavolo negoziale e di sollecitare una valutazione oggettiva delle reciproche posizioni ed interessi per una composizione rapida e soddisfacente per entrambe.

Nel caso in esame, oggetto della controversia è il ricalcolo di un saldo di conto corrente ordinario; l'azione è stata introdotta dal cliente e la banca ha proposto una domanda riconvenzionale inedita. A seguito della mediazione avviata dal cliente e conclusasi negativamente per la mancata partecipazione della banca, il giudice ha condannato quest'ultima al versamento di una somma pari al contributo unificato e ha respinto la ri-

chiesta di emissione di una ordinanza di ingiunzione di pagamento disponendo altresì la mediazione sulla domanda riconvenzionale in quanto da ritenersi assoggettata ex lege alla condizione di procedibilità.

Con la medesima ordinanza il giudice dispone la partecipazione personale delle parti unitamente ai rispettivi difensori invitando il mediatore a verbalizzare «la volontà delle parti nel proseguire o meno la mediazione oltre il primo incontro informativo». Inoltre, data la particolare natura della lite - che investe questioni puramente tecnico-contabili - invita il mediatore a nominare uno dei Ctu del tribunale e già formula i relativi que-

sti da affidargli. Infine, per l'ipotesi in cui lo svolgimento pur effettivo della mediazione non dovesse pervenire ad un accordo amichevole, il tribunale prescrive che il mediatore debba provvedere comunque a formulare una proposta conciliativa sulla base della espletata Ctu anche in assenza di una concorde richiesta delle parti, precisando altresì che la relazione tecnica potrà essere acquisita dal giudice nel proseguo del giudizio in caso di esito negativo della mediazione stessa.

È evidente l'intento di dare precise indicazioni utili a rendere effettiva ed efficace la mediazione, ma permangono dubbi sul limitarsi nell'ambito motivato alla possibilità per il giudice di entrare in mediazione con inviti o ancor più con ordini che incidono sull'autonomia della mediazione e sulla sua natura negoziale.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Tribunale di Caltanissetta. Responsabilità

Il medico paga i danni se il paziente ignora i rischi dell'intervento

Antonino Porracciolo

Le informazioni che il medico è tenuto a dare al paziente prima di una terapia o di un intervento chirurgico devono essere chiare e adeguate alle conoscenze dello stesso paziente. Che, altrimenti, ha diritto al risarcimento del danno, anche se la prestazione sanitaria ha risolto la sua patologia. Lo afferma il Tribunale di Caltanissetta (giudice Gregorio Balsamo) in una sentenza dello scorso 21 novembre.

La controversia è stata promossa da una donna che lamentava danni in conseguenza di un'operazione chirurgica. L'attrice ha esposto che i suoi disturbi erano dovuti alla condotta negligente e imperita dei sanitari, a cui addebitava anche di non averle chiesto il consenso informato all'intervento e all'anestesia. Dal canto suo, l'azienda ospedaliera ha dedotto che il proprio personale era esente da responsabilità medica e, comunque, aveva fornito alla paziente una corretta e completa informazione sui rischi dell'operazione.

La sentenza accoglie solo in parte l'istanza risarcitoria. Il giudice ricorda che ha natura contrattuale di tipo professionale la responsabilità dell'ospedale per i danni provocati dal sanitario per errori nella terapia o nell'intervento chirurgico. Cosiccome è di tipo contrattuale anche l'obbligo del medico ospedaliero nei confronti del paziente. Di conseguenza, in un giudizio per risarcimento dei danni, spetta al medico (e alla struttura ospedaliera di cui è dipendente) dimostrare di non essere incorso in colpa o di aver dovuto fronteggiare una situazione straordinaria o di eccezionale difficoltà.

Nel caso in esame, il tribunale esclude che il danno sia dovuto a

negligenza dei medici. Si tratta, infatti, di una complicità che come chiarito dal Ctu - si manifesta «anche in assenza di un errore tecnico nell'esecuzione dell'intervento». Quanto al consenso, il giudice afferma che l'informazione che deve precedere l'intervento «deve essere adeguata al grado culturale e alle conoscenze del paziente e deve concernere lo scopo e la natura dell'intervento, nonché le sue conseguenze e i suoi rischi». Infatti deve consentire al paziente di scegliere se «restare nelle condizioni che secondo il medico imporrebbero l'intervento», ma anche di decidere se rivolgersi a un altro sanitario. Inoltre, poiché l'informazione ha la funzione di permettere al paziente di autodeterminarsi, la responsabilità non viene meno «nemenno nel caso in cui l'intervento abbia avuto esito fausto e integralmente risolutivo della patologia lamentata».

Il giudice rileva quindi che nel modulo firmato dall'attrice non erano specificate le «possibili conseguenze» dell'intervento, tra cui il danno permanente lamentato dalla donna. Peraltro, trattandosi di «una delle complicanze più frequenti» in quelle operazioni, la stessa «avrebbe dovuto essere chiaramente indicata». L'attrice ha dunque subito la violazione del diritto di decidere liberamente se sottoporsi o meno all'operazione.

Nella liquidazione del danno, il tribunale (tenuto conto della natura non patrimoniale della lesione e della mancanza di parametri oggettivi di quantificazione) effettua una valutazione equitativa in base all'articolo 1226 del Codice civile. Così condanna l'azienda ospedaliera al pagamento di 25mila euro.

© RIPRODUZIONE RISERVATA