

CONTE & GIACOMINI

AVVOCATI

Newsletter

Numero 3 Dicembre 2014

MILANO

Via Sant' Andrea 3
20121 Milano
Tel. + 39.02.65560229
milano@contegiacomini.net

GENOVA

V.le Padre Santo 5/11B
16122 Genova
Tel. + 39.010.8315280
Fax + 39.010.8315285
genova@contegiacomini.net

MIAMI

Brickell World Plaza
600 Brickell Avenue
Suite 1750
Miami FL 33131
Tel. +1.305.371.2618
Fax +1.305.667.3215
miami@contegiacomini.net

altri uffici in

BRUXELLES - ROMA - BEIJING - BUDAPEST - LIMA



MEMBRO DI:



CONTE & GIACOMINI

**Augura Buon Natale
e un Felice 2015**

Box di approfondimento
**“MONTENEGRO: INTERESSANTI
OPPORTUNITÀ PER GLI IMPREN-
DITORI”**

a pagina 3

**“THE NEW FOUND “FRIENDSHIP”
BETWEEN ITALY AND CHINA”**

a pagina 7

**“LE AUTORITÀ PORTUALI HANNO
SEMPRE BISOGNO DEI PRIVATI ?”**

a pagina 9

IN QUESTO NUMERO

- Il sequestro conservativo di nave straniera in Italia a tutela di un credito non privilegiato nei confronti del noleggiatore. Applicazione dell'art 3.4 della Convenzione di Bruxelles del 1952.
- Il disegno di legge sui nuovi reati ambientali e i suoi riflessi sul D.lgs. n. 231 / 2001 (disegno di legge n. 1345 del 2014).
- Per la Corte Costituzionale, nei contratti preliminari, la previsione di una caparra confirmatoria eccessivamente onerosa potrebbe determinare addirittura la nullità del contratto.
- La c.d. Riforma del Processo Civile: il c.d. passaggio in arbitrato delle cause pendenti e la negoziazione assistita.
- L'ammissibilità della consulenza tecnica preventiva ai fini conciliativi in caso di responsabilità contrattuale omissiva.
- Assolti i funzionari inail nel processo per le presunte dichiarazioni di esposizione all'amianto false.
- La tutela della diversity: una questione etica, economica e normativa!

L'UDIENZA PUBBLICA DI DISCUSSIONE DAVANTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA: UN'ESPERIENZA SEMPRE STIMOLANTE.

The public hearing on December 2nd takes place in front of the Court of Justice in case C-593/13.

The limitations that are imposed by the Italian legislation to the entities who are uncharged in attesting the existence of the requirements that are requested for the companies who participate to the public tenders are under scrutiny.

Il 2 dicembre scorso ho avuto ulteriore occasione professionale di discutere un caso pregiudiziale davanti alla Corte del Lussemburgo e, ancora una volta, dopo tanti anni, ho potuto constatare come e quanto modernità e tradizione, rito e sostanza, rispetto degli Stati e valori sovranazionali, possano convivere positivamente ove non solo sia condivisibile il “sistema normativo di riferimento” ma, soprattutto, sia adeguata la qualità delle persone chiamate a darvi attuazione. Sempre più mi convinco del fatto che non possa esistere un qualunque sistema buono in sé e che la cultura individuale di chi è chiamato a gestirlo faccia la differenza.

Specie in una dimensione transnazionale, ove culture, tradizioni e lingue diverse sono chiamate ad un processo di armonizzazione, ciò è vero.

Lo è per l'Europa del diritto, lo è per l'Europa dell'economia e della politica. Ed è quindi alla formazione dei cittadini d'Europa che bisogna innanzitutto pensare concretamente come target a priori, tutto il resto segue. Anche ove si parli delle cose più fondamentali (lavoro, diritti, fiscalità ecc.).

Anche a questo ripensavo il 2 dicembre scorso mentre col mio amico e collega Roberto Damonte mi accingevo a discutere un caso molto tecnico che non era stato facile chiarire neppure di fronte alle più alte giurisdizioni nazionali, Corte Costituzionale compresa.

Il tema è quello delle SOA, particolare tipo di società, previste solo dall'ordinamento italiano, cui il legislatore nazionale ha conferito in via esclusiva il compito, di natura certamente pubblicistica, di attestare la sussistenza dei requisiti documentali richiesti in capo ad una società che intenda partecipare a

pubblici appalti.

Ebbene, a tale tipologia di società, che deve strutturarsi nella forma di spa, la normativa nazionale impone (i) che la sede legale sia istituita in Italia (ii) che una società di certificazione non ne possa essere azionista neppure in minima parte.

Ciò detto, era stata da noi sollevata davanti al Consiglio di Stato una questione pregiudiziale interpretativa, ex art.267 TFUE, della normativa UE rilevante al fine di accertare la compatibilità con essa delle norme nazionali oggetto del giudizio.

Alla nostra cliente, infatti, la legge italiana impedisce di svolgere l'attività di attestazione a causa di tali, a nostro avviso arbitrarie, limitazioni. Le norme UE oggetto di interpretazione sono, nel caso di specie, gli artt.49 e 56 TFUE in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi nonché la direttiva 2006/123/CE (servizi) anche in riferimento all'art.51 TFUE che prevede possibili deroghe alle libertà fondamentali garantite dai trattati allorché il soggetto che beneficia di tali deroghe sia partecipe dell'esercizio di "pubblici poteri".

All'udienza, peraltro, le tematiche in diritto aperte dall'ordinanza del Consiglio di Stato risultavano ridimensionate per il fatto che, nel frattempo, era intervenuta una importante sentenza della Corte UE (12/12/13 in C-327/12) che, sempre con riferimento alle SOA, pur riconoscendo loro l'assolvimento di compiti pubblicistici, aveva tuttavia chiarito che ciò non implica affatto che esse "partecipano all'esercizio di pubblici poteri". L'art. 51 TFUE non è dunque applicabile a tali società che sono imprese operanti su un mercato concorrenziale svolgendo una attività che non comporta affatto il conferimento di diritti speciali ed esclusivi (art.106, par.1 TFUE).

Interessante sottolineare che la Corte UE si è riunita in seduta plenaria (15 Giudici) e che in causa sono intervenute

anche la Polonia e la Svezia.

Ma ancor più deve rimarcarsi che, prima dell'udienza, la Corte aveva formulato alle parti richieste di chiarimento su punti specifici in diritto e che, dopo la discussione orale, il Giudice relatore e l'Avvocato Generale hanno sottoposto noi, lo Stato italiano e la Commissione a numerose domande, anche su questioni di fatto.

Al 24 febbraio 2015 conosceremo le conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalon e, nei mesi successivi, la sentenza della Corte che, auspichiamo, dichiarerà contrarie al diritto UE le limitazioni imposte dall'ordinamento nazionale.

Al momento, tuttavia, voglio concludere tornando sulle considerazioni "socio-politiche" dell'esordio. Colpisce sempre, anche in chi frequenti da anni questa Altissima giurisdizione sovranazionale, l'accuratezza estetica del rito: toghe inappuntabili, garbo formale ineccepibile nei saluti in camera di consiglio che la Corte rivolge agli avvocati prima di aprire il dibattimento in aula, sintesi degli argomenti imposta a tutte le parti, competenza tecnica di assoluta eccellenza, esigenza "spietata" di attenersi al tema senza deviare.

Rispetto, dunque, delle migliori, antiche tradizioni, accompagnate da metodologie di modernissima efficienza tecnologica e da un sistema di traduzione simultanea accuratissimo che evita errori o malintesi.

Solo nel dialogo informale tra la Corte e le parti è naturale l'uso dell'inglese o del francese. Non nell'interlocuzione tecnica, ove ciascuno deve esprimersi nella propria lingua nazionale lasciando agli straordinari traduttori giuridici il compito di trasferire i concetti in modo assolutamente corretto.

La qualità del sistema e degli individui che vi partecipano è davvero la ragione, non casuale, che fa della

Corte UE l'Istituzione che, a mio avviso, ha più efficacemente contribuito alla costante, positiva evoluzione dell'Europa nella creazione di un diritto comune nuovo ma non estraneo alle tradizioni degli Stati membri.

Un vero miracolo.

Sul resto, purtroppo, non pare possa dirsi altrettanto con pari convinzione.....specie in questa fase storica

Giuseppe M. Giacomini

g.giacomini@contegiacomini.net

IL SEQUESTRO CONSERVATIVO DI NAVE STRANIERA IN ITALIA A TUTELA DI UN CREDITO NON PRIVILEGIATO NEI CONFRONTI DEL NOLEGGIATORE. APPLICAZIONE DELL'ART 3.4 DELLA CONVENZIONE D BRUXELLES DEL 1952

Foreign ship arrest in Italy to protect an unsecured credit against the charterer. The application of article n. 3.4 of 1952 Brussels Convention.

The article 3.4 of 1952 Brussels Convention allows the arrest of a ship to secure a maritime claim against the charterers when the debtor is not the registered owner of the vessel.

Starting from application in Italy of said article of The Convention, two different opinions occurred: on the one hand, a lien was necessary to allow the arrest; on the other hand, it was not. After some restrictive pronouncements in the Nineties, the majority of Italian Tribunals agreed that the existence of a maritime claim was enough to allow the arrest. Only recently Udine Tribunal stated that a privilege is necessary as well.

According to Udine Tribunal the art 9 of 1952 Arrest Convention excludes the possibility to create a lien on the ship in favor of the creditor if said lien is not provided by the local law or by 1926 Brussels Convention

MONTENEGRO: INTERESSANTI OPPORTUNITÀ PER GLI IMPRENDITORI

Il Montenegro, con capitale Podgorica, è stato indipendente dal 3 giugno 2006 e conta circa 635.000 abitanti e presenta una ubicazione strategica, in quanto posizionato in area intermedia tra i Balcani, la Russia e l'Italia.

Il piccolo Stato balcanico può presentare per gli imprenditori italiani numerosi aspetti interessanti, fra i quali, senza pretesa di completezza:

- L'utilizzo dell'Euro quale valuta (pur non essendo il Montenegro Paese facente parte dell'Unione Europea);
 - Tassazione sul reddito di impresa molto favorevole (9%, la più bassa d'Europa);
 - Un sistema Paese stabile ed affidabile;
 - Una zona franca presso il Porto di Bar (135 miglia – 250 km – da Bari) che consente di raggiungere i mercati di Serbia e della Federazione Russia mediante un “corridoio” molto conveniente sotto il profilo dell'imposizione fiscale/doganale;
- Conte & Giacomini Avvocati assiste i propri clienti italiani e UE nell'attività di impresa in Montenegro.

Montenegro, with its capital city Podgorica, has been an independent state since June 3rd 2006 and has a population of about 635.000.

Amongst its many qualities it can boast a strategic position, as it is located in an intermediate area between the Balkans, Russia and Italy.

To Italian entrepreneurs, the small Balkan State, could represent many interesting aspects such as:

- *the use of Euro as currency (even though Montenegro is not part of the EU)*
- *very favourable taxation on corporate income (9%, the lowest in Europe)*
- *a stable and reliable national system*
- *a free zone at the Port of Bar (135 miles – 250km- from Bari) which allows to easily reach the markets of Serbia and the Federation of Russia through a very convenient “corridor” in terms of tax / customs;*

The firm Conte & Giacomini assists its Italian clients who wish to undertake a venture in Montenegro.

Stefano Cavanna

s.cavanna@contegiacomini.net

on maritime Lien and Hypoteque. Consequently the only two interpretative options are either the aim of the Convention, which is to grant to the creditor an instrument to put the owner under pressure or to exclude the possibility of the arrest when the maritime credit towards the ship is not assisted by a lien on the ship itself.

The judge underlined that the scope of the Convention is to permit to satisfy the obligation id est to obtain the sale by auction and get the money from the sale. At the same time, a deposit could not be enough to guarantee the claim of the unsecured creditor because he cannot obtain an enforceable ruling against the registered owner

In the light of the above, arrest of a ship belonging to a person other than the debtor can satisfy the claim as long as the law recognizes a lien

to the creditor.

The Tribunal of Udine states that the 1999 Geneva Convention modifies art. 3.4 as an interpretation of 1952 Convention. According to the new Convention, the arrest of a ship which is not owned by the person liable for the claim shall be permissible only if, under the law of the State where the arrest is applied for a judgment in respect of that claim can be enforced against that ship by judicial or forced sale of that ship.

L'art. 3.4 della Convenzione di Bruxelles del 1952 consente il sequestro di una nave a garanzia di un credito marittimo nei confronti di un qualsiasi soggetto diverso dal proprietario della nave e cioè un locatore a scafo nudo o di un noleggiatore a tempo. L'applicazione di tale articolo, a far tempo dall'entrata in vigore della Convenzione in Italia, ha visto crear-

si in dottrina ed in giurisprudenza di merito due contrapposte tesi applicative. Coloro che ritengono che il sequestro per un credito marittimo nei confronti di un noleggiatore/locatore possa essere esercitato solamente quando il credito sia assistito da privilegio sulla nave e dall'altra parte coloro che ritengono che l'esistenza del privilegio non sia condizione necessaria per esercitare il sequestro. Invero dopo alcune pronunce dei Tribunali in senso restrittivo degli anni novanta, negli anni successivi è prevalsa l'interpretazione che la possibilità di concedere un sequestro conservativo per un credito nei confronti del noleggiatore/locatore richieda la mera esistenza di un credito marittimo e non di un credito assistito da privilegio sulla nave. Recentemente, anche alla luce di alcune sentenze straniere che invece richiedono l'esistenza del privilegio

per tutelare con il sequestro conservativo il credito nei confronti di un soggetto diverso dal proprietario della nave, il Tribunale di Udine, con ordinanza in esito a ricorso per sequestro conservativo per un credito non del proprietario, ha ritenuto l'esistenza del privilegio quale condizione necessaria per la concessione del sequestro conservativo di nave per un credito nei confronti del locatore a scafo nudo

Secondo il Tribunale di Udine è testualmente escluso dall'art.9 della Convenzione che questa abbia inteso attribuire al creditore un privilegio sulla nave non previsto dalle norme vigenti in ogni singolo Stato e dalla Convenzione di Bruxelles del 26 ; pertanto le uniche opzioni interpretative sono quelle di escludere l'applicabilità dell'art 3.4 nel caso in cui il creditore di un soggetto diverso dal proprietario non abbia la possibilità di soddisfare esecutivamente il suo credito sulla nave ovvero quella di ritenere il sequestro uno strumento di pressione nei confronti del proprietario o del debitore per indurli ad adempiere l'altrui obbligazione o ad assicurare l'adempimento, facendo leva sul loro interesse a liberare la nave dal vincolo.

Osserva ancora detto Tribunale che la restrizione cautelare imposta sulla nave è finalizzata a vincolarla all'adempimento della obbligazione per la quale tale restrizione è disposta : l'arresto è funzionale all'esercizio di un action in rem ed il sequestro conservativo di civil law è destinato a trasformarsi in pignoramento

Il giudice ricorre all'art 31.1. della Convenzione di Vienna sui trattati del 23 maggio 1968 per valorizzare l'interpretazione dell'articolo in esame alla "luce del suo oggetto e suo scopo " evidenziando che lo scopo della Convenzione di Bruxelles del 1952 è quello di garantire il soddisfacimento dei crediti marittimi, sicchè deve esser verificata l'idoneità dello strumento del sequestro con-

servativo di una nave di proprietà di soggetto diverso da debitore ad assicurare l'adempimento . Ma neanche la prestazione di una cauzione da parte del proprietario o di altro soggetto diverso dal debitore non garantisce al creditore la soddisfazione del suo credito (e dunque non è mezzo idoneo ad assicurare lo scopo della Convenzione) atteso che mai e poi mai il creditore potrà ottenere un titolo esecutivo nei confronti del proprietario con la conseguenza che la cauzione andrà svincolata. Solo in via di fatto la prestazione di fideiussione potrebbe portare al soddisfacimento del creditore

Sulla base di tale considerazioni viene rilevato che il sequestro della nave di proprietà di un soggetto diverso dal debitore è strumento idoneo ad assicurare la soddisfazione con mezzi giuridici del credito marittimo solamente nel caso in cui la legge applicabile attribuisca al creditore un privilegio sulla nave che possa comportare un processo esecutivo sulla stessa.

Viene così confutata la tesi, fatta propria di recente dal Tribunale di Trieste, che la Convenzione abbia introdotto uno strumento finalizzato a creare una pressione sul proprietario non debitore del tutto svincolato dalla fase esecutiva ovvero attribuendo alla Convenzione finalità diversa da quelle proprie della convenzione stessa .

A conforto della propria tesi il Tribunale di Udine osserva che le modifiche apportate all'art 3.4 dalla Convenzione di Ginevra del 1999 sul sequestro di nave (non ancora in vigore in Italia) devono intendersi come interpretative della Convenzione del 1952 La nuova convenzione oltre che a limitare la possibilità di sequestro della nave a garanzia di crediti nei confronti di soggetti diversi dal proprietario o dal noleggiatore al solo caso in cui i crediti siano garantiti da privilegio o ipoteca (art 3.1.lett c/e) stabilisce con norma di

chiusura che "Notwithstanding the provisions of the paragraphs 1 and 2 of this article , the arrest of a ship which is not owned by the person liable for the claim shall be permissible only if, under the law of the state where the arrest is applied for , a judgment in respect of that claim can be enforced against that ship by judicial or forced sale of that ship."

Francesco Massa

f.massa@contegiacomini.net

IL DISEGNO DI LEGGE SUI NUOVI REATI AMBIENTALI E I SUOI RIFLESSI SUL D.LGS. n. 231 / 2001 (disegno di Legge n. 1345 del 2014)

Currently the Senate's Justice Commission and the Territory, Environment and Environmental goods Commission are analyzing the new proposal to reform the environmental crimes.

The draft law num. 1345/2014 has the aim of modifying the criminal legislation in the environmental field. The purpose is to insert new sanctions in the Italian Criminal Code for offences against the environment, as the environmental pollution or the handling and the dereliction of nuclear materials or other hazardous radioactive substances.

Furthermore, it envisions to extend the corporate liability issued by the D.lgs. 231/2001 for these new environmental crimes.

È attualmente in discussione presso la Commissione Giustizia e quella Territori, Ambiente e Beni Ambientali del Senato un disegno di legge per il rinnovamento della legislazione penale ambientale.

Detta proposta, infatti, già approvata alla Camera, prevede l'introduzione di un nuovo titolo (titolo VI bis – Delitti contro l'ambiente) al secondo libro del codice penale nonché

importanti interventi anche al T.U. Ambientale (D.lgs. n. 152/2006) e al D.lgs. n. 231/2001.

Si tratta di un intervento già auspicato dal Governo quando, nell'agosto del 2011, sotto minaccia di una procedura d'infrazione, aveva approvato in gran fretta il D.lgs. n. 121/2011. In quell'occasione, il Governo era stato chiamato a dare attuazione alle direttive n. 2008/99/CE e n. 2009/123/CE, rispettivamente sul tema della tutela penale dell'ambiente e dell'inquinamento provocato dalle navi. Le Istituzioni comunitarie con detti provvedimenti avevano inteso imporre agli Stati membri la previsione di sanzioni penali per gli illeciti ambientali ed, in particolare, nei confronti delle persone giuridiche, spesso le principali autrici di detti illeciti o, perlomeno, frequentemente coinvolte.

Si noti, infatti, che il Governo stesso nella relazione illustrativa del D.lgs. n. 121/2001 aveva precisato che, a causa della ristrettezza dei tempi conferiti dalla legge delega, "il recepimento delle stesse (n.d.r. delle direttive europee) non può essere assicurato che attraverso un completo ripensamento del sistema dei reati contro l'ambiente mediante il loro inserimento sistematico all'interno del codice penale sostanziale e la previsione come delitti delle più gravi forme di aggressione. Tale operazione potrà costituire oggetto separato e successivo intervento normativo".

Si era già avvertito in fase di emanazione di detto decreto l'esigenza di una riorganizzazione delle norme a tutela dell'ambientale specialmente con riferimento ai profili di rilievo penale, auspicandosi un intervento diretto sul codice penale.

Il disegno di legge in esame appare dunque la concretizzazione di detta intenzione.

Innanzitutto, si prevede l'inserimento delle seguenti quattro nuove fattispecie di reato nel codice penale:

1. Art. 452-bis "Inquinamento ambientale". Quest'articolo punisce colui che cagiona una compromissione o un deterioramento rilevante dello stato del suolo, del sottosuolo, delle acque o dell'aria ovvero dell'ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna selvatica.

Il fatto è aggravato allorché l'inquinamento è prodotto in un'area naturale protetta o sottoposta a vincolo paesaggistico, ambientale, storico, artistico, architettonico o archeologico, ovvero in danno di specie animali o vegetali protette.

Per questa fattispecie la pena della reclusione da due a sei anni è congiunta con la multa da 10.000 a 100.000 euro.

2. Art. 452-ter "Disastro ambientale". È punito con la "sola" reclusione da cinque a quindici anni, chiunque cagioni un disastro ambientale. Si definisce disastro ambientale, secondo il comma 2, "l'alterazione irreversibile dell'equilibrio dell'ecosistema o l'alterazione la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali, ovvero l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza oggettiva del fatto per l'estensione della compromissione ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo". Anche in questo caso è prevista un'aggravante quando il disastro colpisca un'area naturale protetta o sottoposta a vincolo paesaggistico, ambientale, storico, artistico, architettonico o archeologico, ovvero in danno di specie animali o vegetali protette.

3. Art. 452-quinquies "Traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività". Con questa fattispecie si persegue invece l'acquisto, la cessione, la ricezione, il trasporto, l'importazione e l'esportazione, la detenzione ed il trasferimento di materiale ad alta radioattività. La pena prevista è della reclusione da due a

sei anni e con la multa da 10.000 a 50.000 euro.

Alla stessa pena soggiace il detenuto che abbandona materiale ad alta radioattività o che se ne disfa illegittimamente.

Il fatto è aggravato se deriva il pericolo di compromissione o deterioramento del suolo, del sottosuolo, delle acque o dell'aria ovvero dell'ecosistema, della biodiversità, della flora o della fauna selvatica.

È prevista un'aggravante ancora più severa (aumento della pena sino alla metà) se dal fatto deriva pericolo per la vita o per l'incolumità delle persone.

4. Art. 452-sexies "Impedimento del controllo". Salvo che il fatto costituisca più grave reato, infine, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni "chiunque, negando l'accesso, predisponendo ostacoli o mutando artificiosamente lo stato dei luoghi, impedisce, intralcia o elude l'attività di vigilanza e controlli ambientali, ovvero ne compromette gli esiti".

Si evidenzia, altresì, che nella proposta di legge si è previsto anche l'inserimento nel codice penale dell'art. 452 quater ("Delitti colposi contro l'ambiente") il quale dispone la diminuzione da un terzo alla metà della pena per i casi di commissione colposa delle violazioni degli artt. 452 bis e ter. Pertanto, queste ultime fattispecie divengono punibili anche a titolo di colpa e non solo di dolo come invece previsto per le altre due. Di particolare interesse è la previsione del punto 7 del disegno di legge 1345 ove sono trattate le modifiche al D.lgs. n. 231/2001.

Il disegno di legge infatti si propone di introdurre fra il novero dei reati presupposto della responsabilità amministrativa degli enti anche le quattro fattispecie di cui sopra.

Come noto, infatti, all'art. 25 undecies del Decreto legislativo n. 231/2001 sono già previste fra i reati presupposto alcune fattispecie a tutela dell'ambiente quali, ad es-

empio, lo scarico illegale di acque reflue industriali (fattispecie prevista dall'art. 137 del D.lgs. n. 152/2006), il traffico illecito di rifiuti (fattispecie prevista dall'art. 259 comma 1 del D.lgs. n. 152/2006), la violazione dei valori limite di emissione o delle prescrizioni stabilite dall'autorizzazione nell'esercizio di un impianto o di un'attività (fattispecie prevista dall'art. 279 comma 5 del D.lgs. n. 152/2006) e l'inquinamento colposo provocato dalle navi (fattispecie prevista dall'art. 9 del D.lgs. n. 202/2007).

La nuova riforma, ove approvata, oltre ad estendere l'ambito di applicazione delle norme del D.lgs. 231/2001, impone alle aziende anche un adeguamento dei propri modelli organizzativi interni.

Alzando lo sguardo dalla realtà del nostro Paese, negli ultimi anni si osserva una crescente attenzione nei confronti delle violazioni ambientali da parte di tutti i paesi europei e delle Istituzioni comunitarie, difatti sono sempre più numerose le proposte di riforma legislativa che ogni anno vengono discusse nelle aule parlamentari.

Il principale comune denominatore sembra essere costituito dal principio "chi inquina paga".

Su questo punto, però, diverse sono le critiche mosse al disegno di Legge 1345 che viene visto, soprattutto dai movimenti ambientalisti, come un "regalo alle lobby" per la difficile configurabilità nel concreto dei reati stessi.

Ad esempio, si guardi ai presupposti del reato di disastro ambientale. Il testo in esame richiede l'alterazione "irreversibile" dell'equilibrio dell'ecosistema che raramente, per fortuna, si realizza. La stessa norma richiede altrimenti che il ripristino dall'evento dannoso debba essere "particolarmente oneroso" e conseguibile solo con "provvedimenti eccezionali". Si ritiene, infatti, che il disastro ambientale potrebbe co-

munque verificarsi anche nel caso in cui fossero sufficienti mezzi ordinari di ripristino.

Anche lo stesso reato d'inquinamento ambientale pare fortemente limitato nella sua applicazione. Si sottolinea come il presupposto della "violazione di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, specificamente poste a tutela dell'ambiente e la cui inosservanza costituisce di per sé illecito amministrativo o penale" costituisca una condizione eccessiva. Infine, merita evidenziare che i nuovi reati si attecchiscono a fattispecie d'evento e non di pericolo concreto, come invece il delitto di cui all'art. 434 c.p. (c.d. disastro innominato), che punisce le condotte "dirette a cagionare" dei disastri anche senza l'effettiva realizzazione degli stessi. Fino ad oggi, la giurisprudenza ha dovuto far ricorso a tale disposizione per punire i responsabili dei "disastri ambientali".

Diversamente, se la presente riforma dovesse essere approvata così come la conosciamo oggi, la sanzione penale sarebbe prevista unicamente per casi nei quali il disastro si sia effettivamente e concretamente verificato. Le eventuali condotte "preliminari", che tuttavia non avessero portato alla realizzazione del disastro, sarebbero eventualmente punibili soltanto a titolo di tentativo e, quindi, con una cornice sanzionatoria notevolmente ridimensionata (pena ridotta da un terzo ai due terzi - art. 56 c.p.).

Si consideri inoltre il fatto che, limitatamente a quegli episodi colposi, non sarebbe sanzionabile neppure il tentativo.

In conclusione non si può che auspicare che gli attuali confronti parlamentari sulla proposta di legge in esame possano essere fruttuosi e risolutivi delle problematiche già sollevate da diversi commentatori per fornire al nostro paese una normativa finalmente in grado di prevenire la verifica di ulteriori episodi di danno ambientale come

quelli che sono tristemente balzati agli onori della cronaca recente (come ad esempio il caso della Eternit in Piemonte, Emilia e Campania, dell'Ilva di Taranto oppure il caso della Tirreno Power di Vado Ligure).

Filippo Marcenaro
f.marcenaro@contegiacomini.net

PER LA CORTE COSTITUZIONALE, NEI CONTRATTI PRELIMINARI, LA PREVISIONE DI UNA CAPARRA CONFIRMATORIA ECCESSIVAMENTE ONEROSA POTREBBE DETERMINARE ADDIRITTURA LA NULLITÀ DEL CONTRATTO.

Despite what has always been regarded as the free will of the parties to stipulate the content of a contract, a recent ruling from the Italian "Corte Costituzionale" has stated that a clause concerning a down payment that is excessively onerous and not proportioned to the value of the contract could run the risk of invalidating the contract itself. We therefore urge our Clients to exert caution when stipulating a contract containing this particular clause.

Da tempo risalente, si ritiene che, nell'ambito di un contratto preliminare di compravendita, la quantificazione dell'ammontare della caparra confirmatoria a carico del promissario acquirente rientrasse nella pacifica e libera autonomia contrattuale delle parti e, come tale, non fosse sindacabile dai terzi, ivi compreso il Giudice.

A sostegno di tale impostazione, si è sempre affermato che la autonomia contrattuale in tale precipua pattuizione trovasse la propria ragione d'essere nel fatto che, diversamente da quanto accade per fattispecie simili (ad esempio, la clausola penale, di cui all'art. 1382 c.c.), il nostro ordinamento non prevede alcuna

THE NEW FOUND “FRIENDSHIP” BETWEEN ITALY AND CHINA

A quick look into the development of business opportunities among Italy and China

In the last few months, there has been increasing contact between China and Italy which have detected in each other reciprocal business opportunities.

New financial agreements have, in fact, been signed and more will come.

As a matter of fact, just recently in June, Italian Prime Minister Matteo Renzi, visited China in order to substantiate and consolidate the relationship between our countries.

Throughout his visit, he attended the Business Forum between Italy and China during which numerous commercial agreements were signed and partnerships formed.

Chinese Prime Minister Li Keqiang’s visit to Rome in October was also very significant. During that occasion Italy opened up to Chinese businesses encouraging them to invest in its leading fields: green technologies, sustainable development, agriculture, healthcare, and urbanization.

This phenomenon has not only regarded Italy as a nation, but agreements were also reached at a Regional level. A fitting example, would be that recently FILSE (the entity responsible for the economical development of the region Liguria) with the collaboration of the Chinese Association of Science and Technologies, finalized an agreement with the Jiangsu region aimed at creating new, high-tech, job opportunities.

Looking at the future, it is likely that this “friendship” will continue to prosper and develop, as there will be many more business opportunities for Chinese entrepreneurs, especially in view of the 2015 Expo.

Giovanni Battista Annicetti
g.annicetti@contegiacomini.net

norma in forza del quale il Giudice sia autorizzato a ridurre l’ammontare della caparra confirmatoria.

Ad incrinare tale “certezza”, si è recentemente inserita una decisione con cui la Corte Costituzionale, chiamata a valutare la legittimità costituzionale dell’art. 1385, c.c. (questione, peraltro, ritenuta inammissibile e, quindi, rigettata) ha incidentalmente affrontato l’argomento in esame e, nell’obiter dictum contenuto nella pronuncia in commento, ha ipotizzato che, nell’ipotesi in cui un contratto preliminare sia caratterizzato dal versamento di una caparra confirmatoria ritenuta (eccessivamente) onerosa, detto contratto possa porsi in contrasto con i principi di buona fede contrattuale e di solidarietà sociale di cui all’articolo 2 della Costituzione e, pertanto, possa addirittura essere ritenuto nullo, parzialmente, ovvero integralmente, ai sensi dell’art. 1418 c.c.. (Cfr. Corte Costituzionale, ordinanza n.ro 2.4.2014, n. 77, in Sito uff. Corte cost., 2014 ed in Foro It., 2014, 7-8, 1, 2035).

La portata dell’opinione del Giudice

delle Leggi è evidente da un punto di vista sia teorico, considerato che la disciplina della caparra confirmatoria è stata oggetto di studi approfonditi ed ormai consolidati, sia pratico, tenuto conto del fatto che non è affatto raro imbattersi in contratti preliminari i quali prevedano il versamento di caparre confirmatorie particolarmente elevate (per non parlare dei contratti c.d. “ad effetti anticipati”, nei quali il corrispettivo è versato integralmente fin dalla sottoscrizione del contratto preliminare). In proposito, appare utile ricordare che, ai sensi della norma di cui all’articolo 1385 c.c., la caparra confirmatoria consiste in quella somma di denaro o di altre cose fungibili che l’acquirente versa al venditore al fine di impegnare reciprocamente le parti alla conclusione del contratto definitivo; qualora la parte che ha versato la caparra risultasse inadempiente, la controparte avrebbe diritto a trattenere la somma già ricevuta; se ad essere inadempiente fosse la parte che ha ricevuto la caparra, il proprio inadempimento comporterebbe

l’obbligo a restituire il doppio al promissario l’acquirente.

La differenza rispetto alla clausola penale di cui all’art. 1382 c.c. consiste nel fatto che, mentre quest’ultima assolve ad una funzione di tipo risarcitorio (essendo una sorta di corrispettivo, predeterminato, a carico della parte che volesse esercitare il diritto di restare inadempiente o di recedere dal contratto), la caparra confirmatoria assolve ad una funzione di garanzia, avendo, quale fine, quello di vincolare le parti alla conclusione del contratto definitivo. Considerando il fatto che non vi è alcuna norma che imponga la previsione della caparra confirmatoria, si è sempre ritenuto che tale previsione possa incontrare, quale unici limiti, il rispetto di norme inderogabili, dei principi di ordine pubblico e buon costume ed il fatto che la caparra, per essere lecita, non debba incidere sulla sfera giuridica di terzi.

Escludendo, per prima, tale ultima ipotesi (la caparra certamente non può avere rilevanza per i terzi, in quanto soggetti estranei alla contrat-

tazione) e tenuto altresì conto del fatto che la caparra neppure può avere rilevanza sotto il profilo dell'ordine pubblico e del buon costume (consistendo in un mero pagamento, che non può comportare alcun rischio per la collettività), si tratta pertanto di valutare la legittimità della caparra dal punto di vista dei principi inderogabili dell'ordinamento giuridico.

Ed è proprio su questi ultimi che la Corte Costituzionale ha impostato la pronuncia in commento.

Infatti, il Giudice costituzionale ha ipotizzato che la previsione di una caparra confirmatoria particolarmente elevata, potendo comportare una sanzione a carico della parte inadempiente al contratto preliminare particolarmente gravosa (potenzialmente anche superiore al valore dell'affare), potrebbe travalicare i limiti della meritevolezza e, quindi, porsi in contrasto con il principio di buona fede contrattuale e di solidarietà sociale di cui all'articolo 2 della Costituzione.

Tuttavia, quella che appare una decisione "di buon senso" offre più interrogativi che soluzioni pacifiche.

Infatti, alla luce di tale decisione, è lecito chiedersi, in assenza di una disposizione normativa che disciplini la fattispecie (a differenza di quanto accade, per esempio, per la già citata penale di cui agli artt. 1382 e 1383 c.c.), in forza di quale parametro od altro indice, una determinata caparra possa essere ritenuta eccessiva, ovvero congrua.

Ed ancora, si osserva che, come la prassi ci insegna, le ragioni che possono suggerire alle parti contraenti di prevedere una caparra confirmatoria particolarmente elevata possono essere le più varie e, come tali, mutino soggettivamente ed oggettivamente da caso a caso (si pensi al venditore che ha necessità di incassare il corrispettivo della vendita in tempi rapidi, ovvero all'acquirente che non voglia perdere l'affare e preferisca, pertanto, vincolare fortemente il venditore,

e così via).

In sostanza, molto spesso, la previsione di una caparra confirmatoria particolarmente elevata non è la conseguenza di una sperequazione tra la "forza" contrattuale delle diverse parti quanto, piuttosto, il risultato di una loro determinata e soggettiva esigenza.

Del resto, l'istituto della caparra confirmatoria non è certo l'unico nell'ambito del quale possano nascere situazioni di disparità tra i contraenti (si pensi ai rapporti bancari, nell'ambito dei quali il correntista è soggetto debole rispetto all'istituto di credito e, come tale, è spesso costretto ad accettare pattuizioni inique) e non si vede ragione per la quale il Giudice ritenga di potersi ingerire in questa fattispecie e non nelle ulteriori.

Come è facile comprendere fin dalla presente sintetica analisi, la pronuncia della Corte Costituzionale non ha affatto risolto la problematica sollevata e non ha chiarito tutti i delicati aspetti sottesi all'istituto della caparra confirmatoria.

Pertanto, in attesa che anche la Corte di Cassazione prenda posizione su tale "nuovo" profilo di criticità, non possiamo fare altro che sensibilizzare i Clienti a porre particolare attenzione, in sede di contrattazione, su tale delicato aspetto, pena il rischio di stipulare un contratto che, in ipotesi di contenzioso con controparte, potrebbe essere addirittura essere ritenuto nullo.

Lorenzo Ravenna
l.ravenna@contegiacomini.net

LA C.D. RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE: IL C.D. PASSAGGIO IN ARBITRATO DELLE CAUSE PENDENTI E LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA.

The reform of the civil procedure and the transfer to an arbitrator of pending cases and the assisted ne-

gotiation.

A quick look into two of the most interesting "procedural instruments" introduced by the recent judicial reform. The first one concerns the possibility of transferring pending proceedings to an arbitrator while the second one regards the so called assisted negotiation and the simplification of family law.

Giving citizens new ways to protect their interests will also be pursued by promoting the image of the lawyer by attributing him a central role and assigning him new powers of authentication / certification and warranty.

Con l. 10 novembre 2014, n. 162 è stato convertito in legge, con modifiche, il d.l. 132/2014 recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile.

Ci occuperemo oggi delle due più evidenti novità in tema di Giustizia Civile, il c.d. passaggio in arbitrato delle cause pendenti e la negoziazione assistita, che rappresentano istituti interessanti mediante i quali i cittadini potranno contare su due strumenti potenzialmente utili per la risoluzione para contenziosa di controversie relative a diritti disponibili. Decisioni delle cause pendenti mediante il trasferimento in sede arbitrale forense.

Nelle cause civili pendenti sia in primo grado che in grado d'appello al momento dell'entrata in vigore della riforma e che non siano state ancora assunte in decisione, le parti, ferme restando le preclusioni e le decadenze già intervenute, possono congiuntamente richiedere di promuovere un procedimento arbitrale, secondo le ordinarie regole dell'arbitrato contenute nel codice di procedura civile espressamente richiamate.

Il trasferimento alla sede arbitrale non è consentito per le cause che abbiano ad oggetto diritti indisponibili o che vertano in materia di lavoro

LE AUTORITÀ PORTUALI HANNO SEMPRE BISOGNO DEI PRIVATI?

Italian port authorities are increasingly seeking interventions and contributions from private stakeholders.

Ancona is asking for new proposals regarding the port structures, whereas Genova is evaluating the possibility of prolonging the present concessions.

Gli investimenti dei privati sulle banchine portuali, come noto, sono interventi nevralgici per lo sviluppo dei porti italiani, la cui economia è spesso soffocata anche a causa dell'inerzia del legislatore nazionale.

In questi ultimi mesi molte Autorità Portuali sono in fermento e tentano di studiare ed elaborare nuovi percorsi per stimolare la partecipazione attiva dei privati.

Il nuovo assetto del porto di Ancona (la nuova operatività delle banchine 21-26) ha, ad esempio, spinto la AP dorica a pubblicare lo scorso settembre un avviso di avvio di consultazione pubblica. E ciò per invitare tutti i soggetti interessati a fornire il proprio contributo presentando proposte per la zona afferente le banchine 21-26 destinate ad operazioni portuali di movimentazione delle merci.

‘Massima apertura della concorrenza’ e ‘massima possibile produttività finalizzata allo sviluppo del porto di Ancona’ sono per l’Ente le linee guida da seguire.

Le numerose proposte pervenute negli uffici di APA nei primi giorni di ottobre sono quindi oggi al vaglio dei vertici dell’Authority.

A Genova è stata invece di recente annunciata addirittura l’intenzione di adottare una delibera che consenta di valutare (nel dichiarato rispetto dei principi europei) la eventuale proroga delle numerose concessioni in scadenza al 2020 con procedure certe e trasparenti.

In difetto, il rischio paventato dall’ente genovese è infatti l’interruzione dei rilevanti investimenti dei privati a cagione del ridotto orizzonte temporale ancora esistente.

Solo una ragionevole proroga potrebbe garantire un tempo sufficiente per ammortizzare gli investimenti e spingere i terminalisti ad effettuare di nuovi. Proroga in cambio di investimenti per lo sviluppo del Porto.

Giorgia Scuras

g.scuras@contegiacomini.net

(salvo il caso in cui il contratto collettivo abbia prevista la soluzione arbitrale), previdenza e assistenza sociale.

Per le controversie di valore non superiore ad € 50.000,00 in materia di responsabilità extracontrattuale o aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, nei casi in cui sia parte del giudizio una pubblica amministrazione, il consenso di questa alla richiesta di promuovere il procedimento arbitrale avanzata dalla sola parte privata si intende in ogni caso prestato, salvo che la pubblica amministrazione esprima il dissenso scritto entro trenta giorni dalla richiesta.

Per le controversie di valore inferiore ad € 100.000,00 le parti potranno prevedere concordemente l’arbitro unico mentre per la controversie di valore superiore sarà nominato un collegio arbitrale o concordemente

dalle parti, ovvero dal presidente del Consiglio dell’Ordine degli Avvocati.

Gli arbitri saranno designati tra gli avvocati iscritti all’albo del circondario da almeno cinque anni e che si siano resi disponibili con dichiarazione fatta al Consiglio dell’Ordine circondariale sulla base di criteri di designazione automatica e di turnazione che saranno determinati da un emanando decreto regolamentare ministeriale.

È prevista la possibilità che il regolamento ministeriale preveda una riduzione dei parametri relativi ai compensi degli arbitri.

Quando il procedimento venga trasferito in sede arbitrale, esso prosegue davanti agli arbitri. Restano fermi gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda giudiziale e il lodo ha gli stessi effetti della sentenza.

Nel caso in cui il trasferimento in sede arbitrale sia disposto in grado d’appello e il procedimento arbitrale non si concluda con la pronuncia del lodo entro centoventi giorni dall’accettazione della nomina del collegio arbitrale, il processo deve essere riassunto nel termine perentorio dei successivi sessanta giorni. È in facoltà degli arbitri, previo accordo tra le parti, richiedere che il termine per il deposito del lodo sia prorogato di ulteriori trenta giorni. Quando il processo sia riassunto il lodo non può essere più pronunciato. Se nessuna delle parti procede alla riassunzione nel termine, il procedimento si estingue e si applica l’articolo 338 del codice di procedura civile. Quando, a norma dell’articolo 830 del codice di procedura civile, sia stata dichiarata la nullità del lodo pronunciato entro il termine di centoventi giorni di cui al primo periodo o, in

ogni caso, entro la scadenza di quello per la riassunzione, il processo deve essere riassunto entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di nullità.

Negoziazione assistita

La norma prevede che le parti che abbiano in essere una controversia su diritti disponibili (esclusa la materia del lavoro) possano perfezionare un accordo in forza del quale convengano di cooperare in buona fede e con lealtà per la risoluzione della controversia tramite l'assistenza di uno o più avvocati.

La convenzione deve essere stipulata per iscritto a pena di nullità e deve essere previsto un termine di durata della procedura da un mese a tre mesi.

Gli avvocati hanno il dovere deontologico di:

- informare il cliente della possibilità di ricorrere alla negoziazione;
- di non impugnare l'accordo alla cui redazione abbiano partecipato;
- di lealtà
- di tenere riservate e di non utilizzare le informazioni ricevute;
- di non deporre sui fatti di cui siano venuti a conoscenza, non avendo, peraltro, l'obbligo di farlo e non essendo essere utilizzate in un giudizio avente oggetto coincidente anche solo parzialmente con quanto oggetto della negoziazione, le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite in detta sede;

E' stata poi introdotta una forma di **NEGOZIAZIONE OBBLIGATORIA** che entrerà in vigore decorsi 90 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione (giorno successivo al 10.11.2014, data di pubblicazione, quindi il 9 febbraio), che prevede che chi intenda esercitare un'azione relativamente a determinate controversie debba, a pena di improcedibilità, invitare la controparte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita.

La negoziazione obbligatoria riguarda i casi di:

- danno da circolazione stradale;
- domande di pagamento di somme non superiori a 50mila euro;

Sono escluse le controversie relative a obbligazioni contrattuali che derivano da contratti tra "professionisti" e consumatori. In questi casi, all'avvocato non è dovuto compenso se la parte si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato. Sono altresì esclusi:

- i procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione;
- i procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite;
- i procedimenti per di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;
- i procedimenti in camera di consiglio;
- l'azione civile esercitata nel processo penale;

La negoziazione obbligatoria non preclude la concessione di provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale.

La non accettazione dell'invito a negoziare o il mancato accordo possono essere valutati dal giudice ai fini della liquidazione delle spese di giudizio.

L'accordo concluso, sottoscritto e certificato dall'avvocato/i, è titolo esecutivo e per la iscrizione di ipoteca. Esso deve essere integralmente trascritto nel precetto.

Sono state introdotte, poi, regole speciali per la negoziazione assistita nelle cause di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. In relazione a tali controversie le parti (delle quali ciascuna deve essere assistita da almeno un avvocato) possono, quindi, pervenire ad una soluzione consensuale mediante la conclusione di una convenzione di negoziazione

L'accordo concluso è trasmesso al Procuratore della Repubblica il quale, quando non ravvisi irregolarità, comunica agli avvocati il nulla osta per gli ulteriori adempimenti; in presenza di figli minori, di figli maggiorenni portatori di handicap grave ai sensi dell'art. 3, comma 3, l. 1992/104 e di figli maggiorenni non autosufficienti, il Procuratore della Repubblica valuta, oltre che la regolarità dell'accordo, anche l'interesse dei citati soggetti deboli e, qualora ritenga l'accordo non rispondente a tali interessi, trasmette il fascicolo al Presidente del Tribunale per un sub procedimento che contempla la comparizione personale dei coniugi.

L'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. Nell'accordo si dà atto che gli avvocati hanno tentato di conciliare le parti e le hanno informate della possibilità di esperire la mediazione familiare e che gli avvocati hanno informato le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori. L'avvocato della parte è obbligato a trasmettere, entro il termine di dieci giorni, all'ufficiale dello stato civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto, copia, autenticata dallo stesso, dell'accordo munito delle certificazioni.

All'avvocato che violi l'obbligo di trasmissione all'ufficiale di stato civile, è applicata la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 2.000 ad euro 10.000.

Si segnala poi che sono state introdotte ulteriori semplificazioni dei procedimenti di separazione o divorzio, mediante la previsione di accordi ricevuti dall'ufficiale dello

stato civile, con l'assistenza solo facoltativa dell'avvocato.

I coniugi, infatti, possono, autonomamente e senza la necessaria assistenza dell'avvocato, comparire innanzi all'ufficiale dello stato civile del Comune per concludere un accordo di separazione o di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili o, infine, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

Tale modalità semplificata è utilizzabile dai coniugi solo quando non vi siano figli minori o portatori di handicap grave o economicamente non autosufficienti ed a condizione che l'accordo non contenga atti con cui si disponga il trasferimento di diritti patrimoniali.

Al fine di promuovere una maggiore riflessione sulle decisioni assunte, ma solo nei casi di separazione personale e di cessazione degli effetti civili del matrimonio, è stato previsto un doppio passaggio innanzi all'ufficiale di Stato civile a distanza di meno di trenta giorni. La mancata comparizione al secondo "appuntamento", equivale a mancata conferma dell'accordo.

Stefano Cavanna
s.cavanna@contegiacomini.net

L'AMMISSIBILITÀ DELLA CONSULENZA TECNICA PRE- VENTIVA AI FINI CONCILIATIVI IN CASO DI RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE OMISSIVA.

Our law firm was recently involved with a procedure of judicial preventive technical survey to ascertain the liability of a project manager. The problem were to verify whether said technical survey was eligible or not in case of contractual liability by omission.

In this context the Judge admitted however the preventive technical survey and the only possible defense

was to obtain the correct formulation of the questions put to the survey appointed by the judge

Nel corso delle riforme processuali intervenute nell'ultimo decennio il legislatore ha introdotto nel codice di procedura civile un nuovo istituto, disciplinato dall'art. 696 bis c.p.c. dedicato alla «consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite». Tale istituto diverge dall'accertamento di istruzione preventiva -ossia l'acquisizione di un parere tecnico nel caso di rischio di dispersione o alterazione dell'oggetto della consulenza- proprio perchè non richiede tale situazione di urgenza dovuta al rischio di deterioramento o perdita dell'oggetto.

Pertanto, lo strumento processuale in esame, che non ha quindi una reale natura cautelare, parrebbe avere, sì una funzione istruttoria "anticipatoria" della consulenza tecnica -che potrà essere acquisita nel processo di merito- ma, ancor più, una funzione conciliativa e conseguentemente deflattiva del contenzioso giudiziario.

Il procedimento non ha una portata generale, ma è azionabile solo nei casi in cui la nomina del consulente sia utile all'«accertamento di un credito derivante dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito». Infatti, nelle suddette materie, la soluzione delle questioni tecniche e di fatto potrebbe risultare dirimente al fine del decidere, poiché si tratterebbe di contenzioso spesso riguardante la quantificazione di un credito, piuttosto che la soluzione di questioni meramente giuridiche e documentali.

Pertanto, il parere di un esperto, in grado di valutare tecnicamente il danno e/o l'entità del credito, fornendo alle parti una prognosi sul possibile esito della causa di merito, ben potrebbe essere utile alla possibile chiusura anticipata della vertenza.

Nella prassi, evidenziamo che,

nell'ambito di un procedimento di accertamento tecnico ai fini conciliativi, il ns studio legale è stato chiamato a difendere le ragioni di un Direttore dei lavori (DL) nominato nell'ambito di un rapporto di appalto privato, ove la committenza lamentava diverse cattive lavorazioni da parte della ditta esecutrice dei lavori. In poche parole, la committente richiedeva al Tribunale di Genova la nomina di un consulente tecnico affinché verificasse i vizi nelle lavorazioni, quantificandone il costo per la rimessione in pristino, oltre ad accertare la responsabilità del D.L. in termini di una condotta omissiva per mancata idonea vigilanza, ciò anche mediante la lettura del carteggio relativo allo stato avanzamento lavori (verbali dei sopralluoghi e comunicazioni).

In tale contesto, ci si è doverosamente chiesti se l'esperimento della procedura ex art. 696 bis c.p.c. fosse ammissibile, in quanto, per comune giurisprudenza, il presupposto per l'applicabilità dell'istituto. è che la controversia fra le parti abbia come unico punto di dissenso ciò che in sede di processo di cognizione può costituire oggetto di consulenza tecnica, acquisita la quale, secondo le intenzioni dichiarate dalle parti, appare probabile che esse si concilieranno, non residuando, con valutazione da compiersi in concreto ex ante, altre questioni controverse.

Il ricorso ex articolo 696 bis c.p.c. non sarebbe, pertanto, ammissibile laddove le parti, controvertendo sulla effettiva sussistenza dell'obbligazione o sulla individuazione del soggetto ad essa tenuto, condizionino la decisione della causa di merito alla soluzione di questioni giuridiche complesse o all'accertamento di fatti estranei all'ambito di indagini di natura tecnica.

Di conseguenza, alla luce del fatto che, nel caso ci si lamenti della responsabilità del tecnico Direttore dei lavori, attribuendogli una condotta

omissiva ancora da accertare (peraltro nell'ambito di un contratto di prestazione di opera intellettuale, che non vincola al risultato), anche se nel procedimento per atp venissero accertate eventuali difformità o cattive lavorazioni, queste non potrebbero di per sé essere ricondotte ad una omessa vigilanza del DL.

Il Tribunale, davanti a tali contestazioni, seppure cosciente che il parere del CTU non avrebbe potuto risolvere da sola la questione dell'imputabilità giuridica, ha comunque nominato un consulente per accertare, da una parte, eventuali vizi di natura tecnica (che solo un esperto può apprezzare), e, dall'altra, quali di questi, sulla base alle normative di settore e delle regole tecniche, possono essere ricondotti ad una omessa vigilanza, in quanto opere su cui deve vigilare l'ingegnere D.L..

Quindi, a parere del Giudice adito, il consulente, seppure possa essere chiamato, anche nel caso di responsabilità omissiva, ad operare in via preventiva e conciliativa —deve rimanere un mero perito del Tribunale, a cui si chiede unicamente di valutare tecnicamente i fatti e le circostanze controverse.

Tuttavia, nella veste di operatori del diritto, non possiamo negare i rischi di un utilizzo improprio del procedimento in esame, il quale potrebbe cristallizzare, prima del giudizio, una opinione, finanche giuridica, che potrebbe diventare prova nel successivo processo di merito.

Tale rischio diventa concreto laddove nei Tribunali si è diffusa la prassi di attribuire al consulente tecnico compiti di valutazione e di accertamento tipicamente giurisdizionali (mediante perizie definite percipienti).

In conclusione, per garantire la corretta applicazione dell'istituto, e ciò nel rispetto dei principi e delle garanzie che sottendono l'attività giurisdizionale di risoluzione delle controversie, spetta al Giudice il compito di formulare i quesiti in modo tale da

garantire la corretta determinazione dell'oggetto della consulenza tecnica—anche valutando gli aspetti processuali e di fatto che un accertamento potrebbe spiegare nella successiva fase di merito ed evitando di lasciare alle parti ed ai tecnici tale compito ed al consulente il dovere di attenersi minuziosamente ai quesiti formulati, ferma la possibile critica del Giudice della fase di merito.

Carla Dellacasa
c.dellacasa@contegiacomini.net

ASSOLTI I FUNZIONARI INAIL NEL PROCESSO PER LE PRE- SUNTE DICHIARAZIONI DI ESPOSIZIONE ALL'AMIANTO FALSE.

The issue of asbestos and environmental exposure to the fibers, which make up the substance, was the central theme for years in the national and EU legal debate not limited to the renowned Law no. 257/1992, which banned the use of asbestos from all occupational activity within the territory of the Italian Republic, as well as the physical removal of the same from any type of manufactured housing. Referring to this extremely articulate framework and the undeniable importance of the “theme asbestos”, over the past ten years, the Judicial Authority has, on several occasions and in several aspects relevant to this matter; activated different criminal trials, some of which received primary importance from the media. Among them, surely finds its right place the proceeding celebrated by the Criminal Court of Genoa against three INAIL (National Institute of insurance against work related injuries) officials, accused of having issued two hundred and sixty five (265) misrepresentation of asbestos exposure, in favour of the same number of employees (265) of the one of the leading companies in Genoa, in order to qualify them for early re-

tirement. The preliminary hearing, which ordered the trial of the accused for the crime of aggravated fraud against the State (art. 640 paragraph 1 no. 1 cp), was celebrated on 23/9/2011. Consequently, the judgment hearing started before the Criminal Court of Genoa on 2/2/2012 and lasted almost three years, ending on 15/12/2014, with the reading of the verdict by the Judge. To note that, in addition to the gravity of the criminal complaints (consisting of two hundred and sixty counts of aggravated fraud), our law firm also had to deal with the parallel (and not less worrying) vaunted civil claim against the client (for the astronomical figure of €. 36.000.000,00) by the Institute Social Security (INPS), which supplies companies of pension benefits based on the statements of exposure to asbestos. In the face of such heavy indictments, the strategy adopted by our law firm was always consistent with demonstrating that the conduct of the INAIL officials had been substantially correct and that they could, at most, have made formal mistakes because of the legal administrative complexity of the application of the guidelines adopted by the Ministry of Labour in 2001 (the so-called “Acts of address”). After five years of strong defensive work, the trial Judge finally accepted our arguments and acquitted our client and the other co-defendants with widely liberating formulas.

Com'è noto, la tematica dell'amianto e della esposizione ambientale alle fibre, di cui è costituita tale sostanza, è tema da anni centrale nel dibattito giuridico nazionale (e comunitario). Non ci si riferisce, infatti, solo alla oramai celeberrima Legge n. 257/1992, che ha bandito l'utilizzo dell'amianto da ogni attività lavorativa svolta sul territorio della Repubblica, oltre che la rimozione fisica dello stesso da ogni tipo di manufatto edilizio. Ed, infatti, tale normativa

ha avuto una evidente ricaduta nel settore cruciale della sicurezza sul lavoro. Basti pensare agli artt. 247-264 “bis” del D.Lgs. n. 81/2008. Ma non solo, la natura sistematica di tale normativa relativa all’amianto ha riguardato anche altri (e non meno importanti) settori del diritto, quale il diritto previdenziale. A tal proposito, l’art. 13 comma 8 della già citata Legge n. 257/1992 ha previsto la possibilità per il lavoratori, che fossero stati esposti all’amianto per almeno dieci anni, di beneficiare di un meccanismo di pensionamento anticipato (il c.d. “scivolo previdenziale”). A fronte di questo quadro normativo così articolato e della innegabile rilevanza del “tema amianto”, nel corso degli ultimi dieci anni, l’Autorità Giudiziaria si è, a più riprese e sotto diversi profili, interessata a tale materia, attivando diversi processi penali, alcuni dei quali di primario rilievo mediatico. Tra questi, sicuramente il processo che è stato celebrato dal Tribunale penale di Genova a carico di tre funzionari dell’INAIL del capoluogo ligure, accusati di avere emesso duecentosessantacinque (265) false dichiarazioni di esposizione all’amianto, a favore di altrettanti lavoratori dipendenti di una delle principali aziende genovesi, al fine di consentire a questi ultimi di beneficiare del c.d. “scivolo previdenziale” e poter andare in pensione anticipatamente. L’indagine è nata nel 2006 e dal 2009 uno dei funzionari dell’INAIL è stato assistito dal nostro studio. L’udienza preliminare, che ha disposto il rinvio a giudizio degli imputati per il delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato (art. 640 comma 1 n. 1 c.p.), è stata celebrata il 23/9/2011. Conseguentemente, il giudizio dibattimentale è iniziato davanti al Tribunale Monocratico di Genova il 2/2/2012 ed è durato quasi tre anni, terminando il 15/12/2014, con la lettura del dispositivo da parte del Giudice Monocratico. Da segnalare che, oltre alla gravità delle

contestazioni penali (consistenti in duecentosessantacinque capi di imputazione per truffa aggravata!), lo studio ha dovuto anche confrontarsi con la parallela (e non meno preoccupante) pretesa civile vantata nei confronti del cliente da parte dell’Istituto di Previdenza Sociale (INPS), quale ente erogatore dei trattamenti pensionistici sulla base delle dichiarazioni di esposizione all’amianto, di cui veniva contestata la corrispondenza al vero. Ed, invero, già all’udienza preliminare, l’INPS, tramite il proprio legale, ha chiesto ed ottenuto di potersi costituire parte civile, anche nei confronti del cliente del nostro studio, per l’astronomica cifra di €. 36.000.000,00. A fronte di tali pesantissime contestazioni, la strategia difensiva adottata dal nostro studio è stata sempre e coerentemente volta a dimostrare che la condotta tenuta dai funzionari INAIL fosse stata sostanzialmente corretta, potendo gli stessi, al più, avere commesso degli errori formali derivanti dalla rilevante complessità giuridico-amministrativa delle linee-guida applicative adottate dal Ministero del Lavoro nel 2001 (i c.d. “Atti di indirizzo”). Dopo cinque anni di intenso lavoro difensivo, finalmente il Giudice del dibattimento ha accolto la nostra tesi ed ha assolto il nostro assistito e gli altri coimputati con formule ampiamente liberatorie (quelle previste dall’art. 530 c.p.p.), quali “il fatto non costituisce reato” e “il fatto non sussiste”, applicate ai sopra ricordati duecentosessantacinque capi di imputazione all’origine contestati.

Luca Robustelli

l.robustelli@contegiacomini.net

LA TUTELA DELLA DIVERSITY: UNA QUESTIONE ETICA, ECONOMICA E NORMATIVA!

One of the primary goals of the EU is to promote and foster equality between men and women.

To this extent, the EU suggested a directive - 2012/0299 (COD) - aimed at supporting the presence of women in administrative positions inside companies listed in the stock market. Hopefully Italy will soon fall in line with the views of the EU.

La tutela della diversity (e, quindi, anche della parità uomini e donne) è un tema che oggi le aziende sono chiamate ad affrontare, innanzitutto per necessità, in quanto viste la globalizzazione, l’incremento della complessità e della competitività e la presenza in ambito lavorativo di culture molto diverse tra loro, occorre trovare soluzioni che consentano di valorizzare al meglio le risorse produttive di cui si dispone in modo tale da poter continuare a stare sul mercato e crescere.

Non bisogna poi dimenticare che gli strumenti tesi a promuovere la parità fra uomini e donne sono già entrati a far parte del nostro ordinamento e rientrano fra i progetti che il legislatore ha fra i suoi primari obiettivi.

A livello europeo, sono numerose le iniziative assunte al fine di promuovere la partecipazione attiva delle donne alla vita politica ed economica. A titolo esemplificativo, si ricordano:

- il “Patto europeo per la parità di genere (2011-2020)” adottato dal Consiglio il 7.03.2011 con il quale si è riconosciuto che le politiche europee volte a promuovere la parità di genere sono vitali per la crescita economica, la prosperità e la competitività di un Paese;

- la “Risoluzione del Parlamento europeo del 6 luglio 2011 sulle donne e la direzione delle imprese (2010/2115 (INI))” con la quale si

sono sollecitate le imprese a raggiungere entro il 2015 la soglia del 30% di donne negli organi di gestione ed entro il 2020 quella del 40%;

- la “Strategia per la parità tra donne e uomini 2010-2015” stabilita dalla Commissione che costituisce il programma di lavoro della Commissione al fine di promuovere la parità di genere nei più diversi settori (nello Spazio europeo della ricerca – SER -, nel processo decisionale, in materia di congedo per motivi di famiglia, in materia di immigrazione etc).

Nell’ambito di tali iniziative, si inserisce poi la “Proposta di DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO riguardante il miglioramento dell’equilibrio di genere fra gli amministratori senza incarichi esecutivi delle società quotate in Borsa e relative misure” 2012/0299 (COD) ad oggi in corso di approvazione.

Detto documento è di grande interesse non solo per la parte più strettamente dispositiva (della quale si dirà meglio oltre), ma anche per la parte dedicata ai “considerando”. In detta prima parte (considerando 1-40) si afferma infatti che:

- “La parità tra donne e uomini è uno dei valori fondamentali dell’Unione e uno dei suoi obiettivi fondamentali”.

- “L’utilizzo efficiente del capitale umano è il fattore più importante della competitività di un’economia ed è fondamentale per affrontare le sfide demografiche dell’UE, per competere con successo in un’economia globalizzata e per garantire un vantaggio comparativo rispetto ai paesi terzi”.

- “Il numero di donne dotate di un elevato livello di istruzione e di qualifiche cresce sempre di più”.

- “Continuare a non attingere a questo vivaio nell’ambito dei procedimenti di nomina ai posti decisionali in campo economico significherebbe rinunciare a sfruttare appieno un capitale umano di grande competenza”,

stante il fatto che, “A livello delle imprese è largamente riconosciuto che la presenza di donne nei consigli migliora il governo societario”.

- “Esistono inoltre elementi che dimostrano che l’uguaglianza sul mercato del lavoro può migliorare sostanzialmente la crescita economica”.

- Nonostante gli interventi effettuati a livello europeo, “le donne continuano ad essere di gran lunga inferiori numericamente agli uomini nei più alti organi decisionali delle imprese in tutta l’UE” e “Nel settore privato e specialmente nelle società quotate, questo squilibrio di genere è particolarmente significativo e accentuato”. Ciò, dipende, da una parte, dall’assenza di regolamentazione e/o dalla frammentazione e dalla divergenza della stessa a livello nazionale e, dall’altra, “dall’attuale mancanza di trasparenza nelle procedure di selezione e nei criteri di qualificazione per l’assegnazione dei posti nei consigli”.

- Gli Stati membri dovranno quindi garantire “che la scelta dei candidati più qualificati per i posti di amministratore senza carichi esecutivi sia basata su una analisi comparativa delle qualifiche di ciascun candidato, con riferimento a criteri prestabiliti, chiari, univoci e formulati in modo neutro” e prevedere sanzioni nel caso in cui ciò non avvenga. Si noti che la proposta di direttiva si occupa di incarichi non esecutivi. Ciò al fine di trovare un “giusto” compromesso fra l’esigenza di aumentare la diversità di genere e la necessità di ridurre al massimo l’ingerenza nella gestione quotidiana della società, oltre che perché chi ha incarichi non esecutivi svolge principalmente una funzione di sorveglianza ed è pertanto più facile scegliere fra candidati qualificati esterni all’azienda o addirittura estranei al settore in cui opera detta azienda.

Ciò premesso, la proposta di direttiva in questione stabilisce in via generale (anche se sono previste al-

trisi alcune esclusioni e attenuazioni per casi specificamente contemplati dalla direttiva stessa) che gli Stati membri dovranno provvedere affinché le società quotate in borsa “nei cui consigli i posti di amministratori senza incarichi esecutivi siano occupati per meno del 40 % dal sesso sotto-rappresentato procedano alle nomine per tali posti sulla base di un’analisi comparativa delle qualifiche di ciascun candidato, applicando criteri prestabiliti, chiari, univoci e formulati in modo neutro, allo scopo di raggiungere la percentuale sopra indicata entro il 1° gennaio 2020, o entro il 1° gennaio 2018 nel caso di società quotate in borsa che sono imprese pubbliche” (art. 4 co. 1).

Viene poi anche precisato che “Il numero di posti di amministratore senza incarichi esecutivi necessari per raggiungere l’obiettivo di cui al paragrafo 1 è il numero più vicino alla proporzione del 40%, ma non superiore al 49%” (art. 4 co. 2)

Quanto sopra fa emergere che tutelare i diritti delle donne (ma anche quelli degli uomini e quindi di tutti i lavoratori a prescindere dal tipo di diversità) significa innanzitutto accettare un modello culturale diverso da quello tradizionale che, innanzitutto gli Stati membri, devono accettare.

Il nuovo modello di lavoro è basato soprattutto sulla valutazione della qualità del lavoro eseguito e degli obiettivi raggiunti, in poche parole, sulla meritocrazia!

Lo studio legale Conte & Giacomini Avvocati di Genova, anche nell’ambito del più ampio progetto Asla Women, si occupa costantemente di dette tematiche, con particolare riferimento alla tutela della diversità di genere, favorendo anche all’interno dello stesso la crescita del talento femminile a tutti i livelli.

Basti pensare che il 41 % dei componenti effettivi dello studio sono donne!

Una particolare attenzione al tema è data ormai da tempo anche dalle aziende, le quali, hanno messo in atto politiche che fanno della diversità una risorsa produttiva. Ciò, sostanzialmente e come è facile intuire, per tre ordini di ragioni:

- etiche;
- economiche, in quanto si è compreso che diversità non significa solo conflitti, ma risorsa e potenziale aumento di creatività e produttività cosicché i benefici economici sono superiori ai costi di attuazione.
- normative, in quanto, in alcuni settori, si è obbligati ad osservare le leggi contro le discriminazioni;

Si tratta di realtà virtuose delle quali si è discusso proprio qui a Genova il 27 ottobre u.s. nell'ambito della tavola rotonda dedicata, per l'appunto, al tema dell'Unione europea e dei diritti delle donne organizzata da Asla Women e dallo studio legale Conte & Giacomini Avvocati di Genova, in collaborazione con il Consiglio

dell'Ordine degli Avvocati di Genova ed il Festival della Scienza.

All'evento hanno partecipato donne impegnate in politica, nella magistratura, nelle carceri, nell'industria, nella società civile.

In particolare: Alessia Maccaferri (giornalista caposervizio "Nòva24" – Il Sole 24 Ore), Alessia Mosca (europarlamentare); Barbara de Muro (Responsabile di ASLA Women), Bianca Del Genio (Direttrice Divisione Legal & Corporate Affairs di Microsoft Italia), Caterina Jacqueline Silvestri (Engineering Section Manager GE Oil & Gas – Turbomachinery Solutions e Vice Presidente di valore D), Diana Brusacà (Presidentessa della Commissione pari opportunità presso il Consiglio Giudiziario di Genova), Federica Migliardo (biofisica membro del "Voice of Researchers Multiplier Team" e della Commissione Nazionale per l'Etica della Ricerca e la Bioetica del CNR), Giorgia Scuras (avvocata dello studio legale Conte & Giacomini

Avvocati), Ilaria Natoli (Presidente Ascom Giovani), Ilaria Queirolo (Professoressa ordinaria di diritto internazionale presso la Facoltà di Giurisprudenza di Genova), Manuela Arata (Presidentessa del Festival della Scienza), Maria Isabella De Gennaro (Dirigente della Casa Circondariale di Genova – Pontedecimo), Nicoletta Viziano (Presidentessa del Gruppo Giovani di Confindustria), Rosella Atzeni (Magistrata e Consigliera presso la Corte d'Appello di Genova).

Donne che hanno raccontato la loro esperienza e alle quali va, ancora una volta, il nostro "Grazie".

Laura Castagnola
l.castagnola@contegiacomini.net

CONTE & GIACOMINI AVVOCATI

GIUSEPPE CONTE
GIUSEPPE M. GIACOMINI
ATTILIO M. COSTABEL*
STEFANO CAVANNA
SERGIO MARADEI
LUCA ROBUSTELLI
TOMASO ROMANENGO
GIORGIA SCURAS
FRANCESCO MASSA
LORENZO RAVENNA

LAURA CASTAGNOLA
GRETA DEMARTINI
CARLA DELLACASA
FILIPPO MARCENARO
DANIELE VENTURINI
MANUELA GIACOMINI
GIULIA TALAMAZZI
AMBRA ARVIGO
GIOVANNI ANNICETTI

OF COUNSEL:
PROF. AVV. JUAN ESPINOZA ESPINOZA**
AVV. PAOLO DI FRANCO***
AVV. NICOLÒ RAGGI

* ADMITTED IN FLORIDA
** ADMITTED IN PERU
*** ADMITTED IN HUNGARY