STUDIO MONTEMARANO

Studio legale e commerciale Montemarano
associazione tra professionisti

segreteria@studiomontemarano.it - www.studiomontemarano.it

Via di Santa Costanza, 27 - 00198 Roma
tel.: (39) 0686215861 r.a. - fax: (39) 0686219778

Piazza Quattro Novembre, 6 - 20124 Milano
tel.: (39) 0267490135 r.a. - fax: (39) 0267493516

FLASHNEWS

MAGGIO 2019

Lo Studio pubblica le «newsletter», che illustrano le principali novità giuridiche ed amministrative nei campi che interessano la propria clientela, cui esse sono riservate ed a cui vengono rimesse gratuitamente. I contributi scientifici, tecnici e divulgativi, redatti a cura dei singoli dipartimenti dello Studio, sono di proprietà dei rispettivi Autori, soci o associati dello Studio.

A cadenza più ravvicinata sono, invece, inviate le «flashnews», che informano in modo essenziale sulle più recenti interpretazioni giurisprudenziali e amministrative attinenti alle materie trattate nelle newsletter e sono consultabili sul sito Internet dello Studio.

Le informazioni che si evincono dalle newsletter e dalle flashnews non costituiscono ovviamente espressione di attività professionale, sicché lo Studio non può ritenersi responsabile per qualsiasi uso fattone in carenza della richiesta di uno specifico parere.

L'ABUSO DEI PERMESSI PER L'ASSISTENZA PREVISTI DALLA «LEGGE 104»

È legittimo il licenziamento del lavoratore che, in base alle risultanze delle indagini svolte da un'agenzia investigativa privata, si sia avvalso del permesso di cui all'art. 33 della L. n. 104/1992 non per prestare l'assistenza al familiare, bensì per attendere ad altra attività, in quanto siffatto comportamento, come argomentato dalla Sezione Lavoro della Cassazione nella sentenza n. 4670 depositata il 18 febbraio 2019, integra l'ipotesi dell'abuso di diritto. Tale condotta si manifesta infatti, nei confronti del datore di lavoro, come lesiva della buona fede, privandolo ingiustamente della prestazione lavorativa in violazione dell'affidamento riposto nel dipendente ed integra, nei confronti dell'Inps erogatore della relativa indennità, un'indebita percezione di questa ed uno sviamento dell'intervento assistenziale.

PRIVACY: LE COPIE PER CONOSCENZA DELLE MAIL VANNO «NASCOSTE»

Nella comunicazione prot. 10281/133900 del 16 marzo 2019, resa ad un titolare di trattamento dei dati ai sensi dell'art. 77, par. 2, Gdpr, il Garante per la Protezione dei Dati Personali, premesso che l'indirizzo mail di una persona fisica, anche quando non riporti per esteso il nome dell'interessato, costituisce «dato personale», rileva che la trasmissione della medesima comunicazione a più destinatari, i cui indirizzi mail siano visibili in chiaro, determina un'illecita comunicazione di dati personali a terzi. In caso di invii a molteplici destinatari della medesima comunicazione, occorre pertanto utilizzare la funzione «copia conoscenza nascosta».

L'INSORGERE DELLA GRAVIDANZA SOSPENDE IL PREAVVISO

Lo stato di gravidanza, insorto durante il periodo di preavviso, se pure non è causa di nullità del licenziamento, costituisce evento idoneo, ai sensi dell'art. 2110 cod. civ., a determinare la sospensione del periodo di preavviso. Lo ha stabilito la Sezione Lavoro della Cassazione nella sentenza n. 9268 del 3 aprile 2019.

OMICIDIO STRADALE: LA REVOCA DELLA PATENTE NON È AUTOMATICA

In tema di reati commessi in relazione alla circolazione stradale, la revoca della patente di guida, come motivato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 88 del 17 aprile 2019, non può essere automatica, indistintamente in ognuna delle plurime ipotesi previste sia dall'art. 589-bis cod. pen. (omicidio stradale) sia dal successivo art. 590-bis (lesioni personali stradali), ma si giustifica solo nelle ben circoscritte ipotesi più gravi sanzionate con la pena rispettivamente più elevata, come fattispecie aggravate, dall'art. 589-bis, commi 2 e 3, e dall'art. 590-bis, commi 2 e 3 (guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di stupefacenti). Nelle ipotesi diverse da queste ultime, che il legislatore ha ritenuto di non pari gravità, il giudice deve poter valutare le circostanze del caso ed eventualmente applicare, come sanzione amministrativa accessoria, in luogo della revoca della patente, la sospensione della stessa come previsto, e nei limiti fissati, dall'art. 222, comma 2, secondo e terzo periodo, D.Lgs. n. 285/1992. È quanto consegue alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 222, comma 2, quarto periodo.

TRASPORTO AEREO: IL DANNO DA PERDITA DEL BAGAGLIO

Ai sensi della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999 in materia di trasporto aereo internazionale, ratificata e resa esecutiva in Italia con L. n. 12/2004, qualora la compagnia aerea si renda responsabile della perdita del bagaglio del passeggero, la limitazione della responsabilità risarcitoria, fissata dall'art. 22, n. 2, della Convenzione nella misura di 1.000 diritti speciali di prelievo per passeggero (circa 630 euro), opera in riferimento al danno di qualsiasi natura e, dunque, non solo nella sua componente meramente patrimoniale, ma anche in quella non patrimoniale, da risarcire, sempreché trovi applicazione il diritto italiano, ai sensi dell'art. 2059 cod. civ., quale conseguenza seria della lesione grave di diritti inviolabili della persona costituzionalmente tutelati (Cassazione, Sesta Sezione Civile, ordinanza n. 4996 del 21 febbraio 2019).

APPALTI DI OPERE: I COMPITI DEL DIRETTORE DEI LAVORI

Si legge nell'ordinanza n. 7336, depositata il 14 marzo 2019 dalla Seconda Sezione Civile della Cassazione, che l'attività negli appalti del direttore dei lavori, per conto del committente, si traduce nell'alta sorveglianza delle opere la quale, pur non richiedendo la presenza continua e giornaliera sul cantiere né il compimento di operazioni di natura elementare, comporta comunque il controllo della realizzazione dell'opera nelle sua varie fasi e, pertanto, l'obbligo del professionista di verificare, attraverso periodiche visite e contatti diretti con gli organi tecnici dell'impresa appaltatrice, da attuarsi in relazione a ciascuna di tali fasi, se sono state osservate le regole dell'arte e la corrispondenza dei materiali impiegati.

«WHITE LIST» E INFORMAZIONE ANTIMAFIA

Presso ogni Prefettura esiste una «white list», vale e dire un elenco, formato a richiesta degli interessati, di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa operanti in alcuni settori «sensibili», quali ad esempio il trasporto e lo smaltimento di rifiuti, l'autotrasporto per conto terzi o la guardiania dei cantieri. L'iscrizione nell'elenco tiene luogo della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria, anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali essa è stata disposta (art. 1, comma 52-bis, L. n. 190/2012). Nella sentenza n. 1182, depositata il 20 febbraio 2019 dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato, si legge che l'unicità e l'organicità del sistema normativo antimafia vietano all'interprete una lettura atomistica, frammentaria e non coordinata dei due sottosistemi - quello della «white list» e quello delle comunicazioni antimafia - che, limitandosi ad un criterio formalisticamente letterale e di stretta interpretazione, renda incoerente o addirittura vanifichi il sistema dei controlli antimafia. Il diniego di iscrizione nella «white list» è disciplinato dagli stessi princìpi che regolano l'interdittiva antimafia sicché, per legittimarlo, è sufficiente il pericolo di infiltrazione mafiosa fondato su un numero di indizi tale da rendere logicamente attendibile la presunzione dell'esistenza di un condizionamento da parte della criminalità organizzata.

PER LA MEDIAZIONE SI PUÒ DELEGARE UN AVVOCATO

La Terza Sezione Civile della Cassazione con la sentenza n. 8473 del 27 marzo 2019 ha stabilito che nel procedimento di mediazione obbligatoria, disciplinato dal D.Lgs. n. 28/2010, è necessaria la comparizione personale delle parti davanti al mediatore, assistite dal difensore. La parte, tuttavia, può anche farsi sostituire da un proprio rappresentante sostanziale, eventualmente nella persona dello stesso difensore che l'assiste nel procedimento di mediazione, purché dotato di apposita procura negoziale. La condizione di procedibilità può comunque ritenersi realizzata al termine del primo incontro, qualora una o entrambe le parti, richieste dal mediatore dopo essere state adeguatamente informate sulla mediazione, comunichino la propria indisponibilità di procedere oltre.

VINCOLO SU BENI CULTURALI: LA SOPRINTENDENZA CI PUÒ «RIPENSARE»

Il mancato assoggettamento a vincolo non comporta la decadenza dal potere di valutare nuovamente l'interesse culturale di un bene in un momento successivo. L'esercizio del potere di vincolo della Soprintendenza non incontra, infatti, alcun termine di perenzione, non essendo necessaria, al fine di rinnovare le relative valutazioni, una nuova sopravvenienza, essendo sufficiente una riconsiderazione del valore culturale degli elementi già noti. Lo ha deciso la Seconda Sezione-Quater del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio con la sentenza n. 3402 del 14 marzo 2019.

IL RISARCIMENTO DEL DANNO BIOLOGICO TERMINALE

In tema di danno da perdita della vita, nel caso in cui intercorra un apprezzabile lasso di tempo tra le lesioni colpose e la morte causata dalle stesse, è configurabile un danno biologico risarcibile, da liquidarsi in relazione alla menomazione dell'integrità fisica patita dal danneggiato sino al decesso. Secondo la sentenza n. 7850, depositata dalla Sezione Lavoro della Cassazione il 20 marzo 2019, tale danno, qualificabile come danno «biologico terminale», dà luogo ad una pretesa risarcitoria, trasmissibile agli eredi, da commisurare soltanto all'inabilità temporanea.

GIUDICE ITALIANO PER I CONTRATTI BANCARI STIPULATI IN SVIZZERA

L'art. 16 del Regolamento CE n. 44 del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale, stabilisce che l'azione del consumatore contro l'altra parte del contratto può essere proposta indifferentemente o avanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliata la controparte oppure avanti ai giudici del luogo in cui è domiciliato lo stesso consumatore. L'azione contro il consumatore, invece, può essere proposta soltanto avanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliato il consumatore. La disposizione è di uguale tenore rispetto a quello dell'art. 16 della Nuova Convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007, ratificata dall'Unione Europea con decisione del Consiglio del 27 novembre 2008 ed entrata in vigore, nei rapporti con la Confederazione elvetica, il 1° gennaio 2011. In base a tali norme, le Sezioni Unite Civili della Cassazione, con la sentenza n. 6280 del 4 marzo 2019, hanno stabilito che sussiste la giurisdizione del giudice italiano sulle domande risarcitorie per responsabilità contrattuale proposte da un consumatore domiciliato in Italia nei confronti di un istituto bancario svizzero, che abbia svolto o svolga, o abbia diretto o diriga, in Italia, anche per il tramite di mandatari o sostenendole con l'attività di società strettamente collegate, attività professionali cui si riconducano contratti bancari.

IL LAVORATORE PUÒ RIFIUTARE LA PRESTAZIONE PERICOLOSA

La responsabilità incombente sul datore di lavoro in relazione all'art. 2087 cod. civ. ha natura contrattuale e non è relegata sul piano del «non facere»; è fonte, cioè, di obblighi positivi e non solo di mera astensione del datore, che è tenuto a predisporre un ambiente ed un'organizzazione di lavoro idonei alla protezione del bene fondamentale della salute, funzionale alla stessa esigibilità della prestazione lavorativa. La conseguenza, ha affermato la Sezione Lavoro della Cassazione nella sentenza n. 8911 del 29 marzo 2019, è la possibilità per il dipendente di eccepire l'inadempimento e rifiutare di eseguire la prestazione pericolosa, ai sensi dell'art. 1460 cod. civ., secondo cui nei contratti con prestazioni corrispettive ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria.

LE SERVITÙ PER DESTINAZIONE DEL PADRE DI FAMIGLIA

La Seconda Sezione Civile della Cassazione nell'ordinanza n. 9157 del 2 aprile 2019 ha ribadito che la costituzione di una servitù prediale, per destinazione del padre di famiglia, pretende che le opere permanenti destinate al suo esercizio siano predisposte dall'unico proprietario e preesistano al momento in cui il fondo viene diviso fra più proprietari.

NO ALLA CITTADINANZA SE IL CONIUGE È PLURICONDANNATO

È legittimo il diniego della cittadinanza italiana motivato dalla circostanza che il coniuge del richiedente ha riportato numerose condanne penali e fornito in più occasioni false generalità, denotando ciò lo scarso inserimento del nucleo familiare nel contesto sociale del Paese ospitante. Lo ha stabilito la Sezione Prima-ter del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio con la sentenza n. 4161 del 28 marzo 2019, affermando che l'interesse pubblico sotteso al provvedimento di concessione della particolare capacità giuridica connessa allo stato di cittadino impone che si valutino, anche sotto il profilo indiziario, le prospettive di un ottimale inserimento in quel contesto.

SE L'ENTE ESERCITA ANCHE ATTIVITÀ DI CULTO NON PUÒ ESSERE ETS

Le attività di culto, intese come «pratica religiosa esteriore riservata ai credenti di una determinata fede», non possono rientrare tra le attività diverse, vale a dire strumentali a quelle di interesse generale che devono caratterizzare gli Enti del Terzo settore. Lo si legge nella Nota n. 3734 del 15 aprile 2019 emanata dal Ministero del Lavoro.

È IRRINUNCIABILE PREVENTIVAMENTE L'INDENNITÀ DI AVVIAMENTO

L'art. 34 L. n. 392/1978 dispone che in caso di cessazione del rapporto di locazione relativo agli immobili urbani ad uso non abitativo di carattere commerciale, che non sia dovuta a risoluzione per inadempimento o disdetta o recesso del conduttore oppure ad una procedura fallimentare, il conduttore ha diritto ad un'indennità pari a 18 mensilità dell'ultimo canone corrisposto (per le attività alberghiere l'indennità è pari a 21 mensilità). Sorge, poi, il diritto ad un'ulteriore indennità di pari importo qualora l'immobile venga, da chiunque, adibito all'esercizio della stessa attività o di attività incluse nella medesima tabella merceologica che siano affini a quella già esercitata dal conduttore uscente se il nuovo esercizio è iniziato entro un anno dalla cessazione del precedente. La sentenza n. 6588, depositata dalla Terza Sezione Civile della Cassazione il 7 marzo 2019, afferma che il conduttore non può rinunciare a questa indennità se non in un momento successivo alla conclusione del contratto, perché soltanto dopo l'instaurazione del vincolo contrattuale può escludersi che egli si trovi in quella posizione di debolezza alla cui tutela è preordinata la disciplina istituita dall'art. 79 della stessa legge, che commina la nullità ad ogni pattuizione diretta ad attribuire al locatore un vantaggio in contrasto con le disposizioni della norma.

CIRCOSTANZE AGGRAVANTI DELLA VIOLENZA SESSUALE SU MINORI

Ai sensi dell'art. 61, n. 5, cod. pen. l'aggravante della «minorata difesa» consiste nell'avere profittato «di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa». La Terza Sezione Penale della Cassazione, con la sentenza n. 11059 depositata il 15 marzo 2019, ha stabilito che sussiste questa aggravante, in relazione al reato di violenza sessuale ai danni di un minore punito dall'art. 609-bis cod. pen., quando l'imputato abbia approfittato della circostanza che il minore, al momento del compimento dell'atto illecito, non si trovava sotto la vigilanza del genitore oppure si trovava in particolari contesti ambientali, come nel caso in cui il fatto avvenga in un luogo privo di persone adulte a cui il minore possa chiedere aiuto, venendosi così a verificare una particolare debolezza psichica o fisica della vittima.

QUANDO L'ASSICURAZIONE SULLA VITA «UNIT LINKED» È NULLA

Per «polizza unit linked» si intende un contratto di assicurazione sulla vita il cui rendimento è legato alle prestazioni di un fondo di investimento, interno o esterno alla compagnia assicuratrice. Ad avviso della Terza Sezione Civile della Cassazione (sentenza n. 6319 del 5 marzo 2019), in un contratto misto così concepito va soppesata l'incidenza, nell'economia contrattuale, sia della parte legata al rischio demografico, che secondo l'art. 1882 cod. civ. deve caratterizzare l'assicurazione sulla vita, sia di quella legata al rischio finanziario. La netta prevalenza di quest'ultimo, con conseguente irrilevanza della prestazione garantita per il rischio demografico, essenziale invece per la ricorrenza della causa del contratto di assicurazione sulla vita, determinerebbe la nullità della polizza per difetto del requisito richiesto dal citato art. 1882.

LA SOPRAVVENUTA GRAVIDANZA SOSPENDE IL PREAVVISO

Lo stato di gravidanza insorto durante il periodo di preavviso, se pure non è causa di nullità del licenziamento ai sensi dell'art. 54 D.Lgs. n. 151/2001, costituisce evento idoneo, ai sensi dell'art. 2110 cod. civ., a determinare la sospensione del periodo di preavviso «lavorato».

IL RISARCIMENTO DEI DANNI DA MANCATA DIAGNOSI INFAUSTA

In presenza di colpevoli ritardi nella diagnosi di patologie ad esito infausto, l'area dei danni risarcibili non si esaurisce nel pregiudizio recato all'integrità fisica del paziente (privato, in ipotesi, della possibilità di guarigione o, in alternativa, di una più prolungata e qualitativamente migliore esistenza fino all'esito fatale), ma include la perdita di un «ventaglio» di opzioni con le quali affrontare la prospettiva della fine ormai prossima, ovvero non solo l'eventuale scelta di procedere all'attivazione di una strategia terapeutica o alla ricerca di alternative di indole meramente palliativa, ma anche la stessa decisione di vivere le ultime fasi della propria vita nella cosciente e consapevole accettazione della sofferenza e del dolore fisico, senza ricorrere all'ausilio di alcun intervento medico, in attesa della fine, giacché tutte queste scelte appartengono, ciascuna con il proprio valore e la propria dignità, al novero delle alternative esistenziali. Lo si legge nella sentenza n. 10424 depositata dalla Terza Sezione Civile della Cassazione il 15 aprile 2019.