IN QUESTO NUMERO

NOTIZIARIO

- Mediazione: il Garante privacy autorizza il trattamento dei dati sensibili e giudiziari.
- Processo telematico: niente più false partenze, dal 18 maggio in vigore il decreto di attuazione.
- Dal CNF nuove regole deontologiche per gli avvocati-mediatori.

RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE

- Commercialista tenuto a risarcire il cliente se sbaglia a compilare la dichiarazione dei redditi.
- È reato guardare insistentemente nelle finestre del vicino di casa.
- Non basta lo screezio lavoratore-datore a configurare il rapporto subordinato.
- Tradire il datore non costa il licenziamento se la “scappatella” avviene lontano dall’azienda.
- Alticcio al volante, evita l’alcoltest: grazie alla riforma Cds niente ammenda o altre sanzioni.
- Stop al “5” in condotta per l’allievo che ha disturbi di apprendimento.
- Coppie aperte: in caso di tradimento reciproco la separazione non può essere addebitata.
- Responsabilità degli enti: 231 applicabile anche all’impresa individuale.
- Legittimo scegliere per la mobilità chi ha i requisiti per la pensione: nessuna discriminazione.
- Distrarre la ricchezza dalla società fallita non è bancarotta fraudolenta.
- Chi ha superato il periodo di comporto non può essere messo in aspettativa non retribuita.
- «Torna in Africa, scimmia!»: per l’insulto aggravato dal razzismo si procede d’ufficio.
- Società: amministratori senza delega responsabili se non formalizzano in assemblea il dissenso all’operazione commerciale.
- Se il ponteggio non è a norma, il legale rappresentante dell’azienda rischia la sanzione penale.
- Crediti retributivi del lavoratore sequestrabili non oltre il quinto.
- Niente rimborso per le cure dentistiche del figlio al genitore che ha deciso senza consultare l’ex.
- Mediazione: l’avvocato non deve avvisare il cliente in caso di istanza per Ctu preventiva.
- Trasferimento illegittimo: dipendente risarcito secondo equità.
- Appalti: per la 231 il corrispettivo della prestazione regolare esula dal profitto del reato.
- Incidenti stradali: va risarcito anche il figlio nato dopo la morte della vittima.
- Si al giudizio arbitrale aperto per raccomandata. Ma si può esigere la ratifica dell’operato del legale.
- L’arma è giocattolo, il cassiere ride: evita la condanna il rapinatore “fantozziano”.
- Part-time: il “si” del datore è discrezionale, ma se il “no” risulta illegittimo scatta il risarcimento.

STUDIO LEGALE LAURENZI

CORSO CAVOUR N. 13 – 06121 PERUGIA - TEL.: +39 075 33342 – 30927 FAX +39 075 5726899

E-MAIL: INFO@AVVOCATOLAURENZI.IT – SITO WEB: WWW.AVVOCATOLAURENZI.IT

Mediazione: il Garante privacy autorizza il trattamento dei dati sensibili e giudiziari

Via libera alle autorizzazioni del Garante privacy che consentono al ministero della Giustizia, agli organismi di mediazione ed enti di formazione a trattare i dati sensibili e giudiziari che inevitabilmente emergeranno nell'ambito delle procedure di soluzione stragiudiziale delle controversie civili: le delibere dell'authority presieduta da Francesco Pizzetti sono pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale del 3 maggio 2011. Entrambe le autorizzazioni scadranno il 30 giugno 2012, in attesa che si completi il quadro normativo in materia. Il pacchetto di interventi prevede anche un provvedimento, pure datato 21 aprile 2011, il quale contiene un allegato che costituisce un vero e proprio vademecum in materia di mediazione e privacy per i soggetti pubblici che intendono costituire un organismo di mediazione. Le due autorizzazioni riguardano una i dati sensibili riguardanti le procedure di conciliazione e l'altra i dati giudiziari per l'accertamento dei requisiti di onorabilità dei mediatori nonché dei soci, associati, amministratori e rappresentanti dei predetti enti di natura privata

Processo telematico: niente più false partenze: dal 18 maggio in vigore il decreto di attuazione.

Processo telematico aprirà definitivamente i battenti il 18.05.2011. È stato infatti pubblicato nella Gazzetta ufficiale del 18.04.2011 il decreto n. 44 del Ministero della Giustizia di attuazione delle norme. Il provvedimento riguarda sia il processo civile sia quello penale. In trentasette articoli sono state descritte tutte le fasi della procedura, dalla notificazione, al versamento del contributo unificato all'incidente probatorio. I difensori che intendono aderire al processo telematico devono essere dotati di firma digitale e Pec. Ma non basta. I loro terminali dovranno essere dotati di software antispham. La casella di posta elettronica dovrà inoltre disporre di uno spazio disco minimo. E ancora, i legali dovranno dotarsi di un servizio automatico di avviso dell'imminente saturazione della propria casella di posta elettronica certificata e verificare la effettiva disponibilità della spazio disco a disposizione. Anche il pagamento del contributo unificato potrà essere effettuato per via telematica. Al difensore verrà rilasciata una ricevuta telematica (RT). Il difensore può eseguire la notificazione a legali abilitati esterni con mezzi telematici, anche previa estrazione di copia informatica del documento cartaceo. *“A tale scopo trasmette copia informatica dell'atto sottoscritta con firma digitale all'indirizzo di posta elettronica certificata del destinatario risultante dal registro generale degli indirizzi elettronici, nella forma di allegato al messaggio di posta elettronica certificata inviato al destinatario. Nel corpo del messaggio è inserita la relazione di notificazione che contiene le informazioni di cui all'articolo 3, comma 2, della legge 21 gennaio 1994, n. 53, dell'indirizzo di posta elettronica certificata presso il quale l'atto è stato inviato, nonché del numero di registro cronologico di cui all'articolo 8 della suddetta legge”.* La notificazione si perfeziona nel momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna breve da parte del gestore di posta elettronica certificata del destinatario. Ed ancora. *“Quando il difensore procede ai sensi dell'articolo 170, comma 4, del codice di procedura civile, la comunicazione delle memorie e' effettuata mediante invio di copia della memoria alle parti costituite a mente del comma 1”.*

Dal CNF nuove regole deontologiche per gli avvocati-mediatori.

Operazione-trasparenza per la Mediazione civile e commerciale a tutto vantaggio degli utenti. Il Consiglio nazionale forense sta elaborando, sulla scorta di un lavoro preparatorio già svolto dalla commissione deontologia, un'integrazione del codice deontologico forense per disciplinare il comportamento dell'avvocato che assuma le funzioni del mediatore/conciliatore. Il plenum del CNF ha incaricato i coordinatori delle commissioni consultiva, deontologica, mediazione e conciliazione e gruppo di lavoro sull'attività giurisdizionale sono stati incaricati di formulare una proposta di testo di un nuovo canone deontologico che, da una parte, preveda un generalizzato obbligo di osservanza degli obblighi propri della nuova funzione e che poi declini, nella successiva articolazione, i profili delle possibili incompatibilità, conflitti di interessi, responsabilità in caso di proposta di conciliazione non conforme al diritto. *«In attesa e indipendentemente dagli sviluppi giurisdizionali e politici sulla mediazione»* rileva il Consiglio *«la messa a punto deontologica appare passaggio urgente e ineludibile, nella scia della linea d'azione generale del Consiglio che se, da una parte, è impegnato a contrastare ed a far superare le criticità della mediazione così come disciplinata dalla attuale normativa, dall'altra non può e non deve sottrarsi alla responsabilità di fornire il dovuto e doveroso supporto ai Consigli degli Ordini per il governo dell'istituto anche nei suoi aspetti deontologici e nelle sue ricadute disciplinari».* Il Consiglio ha ritenuto opportuno procedere per questa strada tenendo conto del fatto che la violazione da parte dell'avvocato-mediatore civile degli obblighi propri come fissati dalla normativa attualmente in vigore determina per lui conseguenze sul piano disciplinare valutabili dal Consiglio dell'Ordine *«sia se si ritenga che l'esercizio dell'attività di mediatore civile da parte di un avvocato rappresenta una manifestazione di attività professionale, sia se si ritenga il contrario».* Veniamo al quadro normativo. La legge 69/2009 prescrive per il mediatore un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore; il decreto legislativo 28/2010 parla di imparzialità del mediatore, di riservatezza, di inutilizzabilità nell'eventuale successivo giudizio di quanto appreso nel procedimento di mediazione (e impone il divieto di conflitti di interessi); il dm 180/2010, infine, stabilisce che le violazioni degli obblighi inerenti le dichiarazioni commesse da professionisti iscritti ad albi e collegi professionali, costituiscono illecito disciplinare sanzionabile ai sensi delle rispettive normative deontologiche. Il gruppo di lavoro dovrà elaborare rapidamente il testo da sottoporre ai Consigli degli Ordini per le loro osservazioni, da formulare *«in un congruo ma contenuto termine temporale».* Saranno oggetto di approfondimento anche possibili profili deontologici dell'avvocato che assiste tecnicamente la parte nel procedimento di mediazione, stante l'applicazione delle attuali regole deontologiche proprie

STUDIO LEGALE LAURENZI

CORSO CAVOUR N. 13 – 06121 PERUGIA - TEL.: +39 075 33342 – 30927 FAX +39 075 5726899

E-MAIL: INFO@AVVOCATOLAURENZI.IT – SITO WEB: WWW.AVVOCATOLAURENZI.IT

dell'attività professionale. D'altra parte, segnala il CNF, i Consigli degli Ordini stanno già inoltrando quesiti chiedendo delucidazioni sulle prime applicazioni della legge.

RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE

Commercialista tenuto a risarcire il cliente se sbaglia a compilare la dichiarazione dei redditi.

È quanto affermato dalla Suprema corte che, con la sentenza 8860 del 18.04.2011 ha respinto il ricorso degli eredi di un commercialista che aveva compilato la dichiarazione dei redditi facendo delle considerazioni sbagliate circa il reddito derivante da un'impresa familiare. La terza sezione civile ha condiviso quanto sostenuto dalla Corte d'Appello di Brescia che ha motivato la condanna del professionista richiamando il criterio generale di diligenza. In particolare i giudici hanno messo nero su bianco che *«il commercialista incaricato della compilazione delle denunce dei redditi doveva redigere le dichiarazioni secondo le regole che presiedono alla corretta denuncia dei redditi del singolo dichiarante, forte della basilare nozione sopra riportata»*. Pertanto, appariva corretto il richiamo, da parte del primo giudice, al canone della diligenza contenuto nell'art. 1176 cod. civ. e *«del tutto condivisibile la considerazione che il commercialista non avesse adempiuto all'incarico di predisporre le dichiarazioni dei redditi dei clienti con la diligenza e la perizia che si richiedono al professionista nell'espletamento dell'incarico ricevuto»*.

È reato guardare insistentemente nelle finestre del vicino di casa.

Lo ha stabilito la Corte di cassazione che, con la sentenza 15450 del 15.04.2011, ha confermato la condanna per molestie nei confronti di 43enne di Pordenone che, in seguito a una lite sulla proprietà della terrazza, aveva iniziato a guardare insistentemente nelle finestre dei vicini, tanto da costringere questi a chiudere le tende. Ma non solo. L'uomo aveva anche fatto gesti beffardi e aveva fischiato i due per le scale. Ecco perché era scattata la denuncia. Il Tribunale di Pordenone aveva condannato il 43enne per molestie (600 euro di ammenda). Ma lui si era difeso sostenendo di aver agito in preda all'ira e quindi aveva invocato la scriminante. Una motivazione, questa, che non ha convinto la Cassazione. I giudici hanno infatti confermato la condanna. *«Non è poi idonea a scriminare la condotta del ricorrente la circostanza che fra la famiglia di quest'ultimo e le parti offese fossero insorte nel passato delle liti connesse proprio alla utilizzazione della terrazza, dalla quale esso ricorrente aveva posto in essere il comportamento sanzionato»*.

Non basta lo screezio lavoratore-datore a configurare il rapporto subordinato.

Lo precisa la sentenza 8845 del 18.04.2011 dalla sezione lavoro della Cassazione. Il progettista, nella specie, non è soggetto a orario di lavoro, se non a quello di apertura dell'azienda committente. Né soggiace a direttive, se non quelle che riguardano l'esecuzione dei progetti concordati. Inutile invocare gli screezi, pure documentati, verificatisi con l'azienda committente per rivendicare l'esistenza di un rapporto di natura subor-

dinata: questo tipo di contrasti, infatti, risulta fisiologico nell'ambito della committenza di un'opera perché rientra nel potere di supervisione riconosciuto a chi ha commissionato il lavoro (né nel caso di specie risulta comminato alcun tipo di sanzione). L'esercizio di una tale facoltà non trasmoda nell'esercizio del potere disciplinare che esula dal contratto di lavoro autonomo.

Tradire il datore non costa il licenziamento se la "scappatella" avviene lontano dall'azienda.

È quanto emerge dalla sentenza 8969 del 19.04.2011 dalla sezione lavoro della Cassazione. Reintegrato e risarcito l'addetto alla sala bingo che pure è "inchiodato" dai testimoni: durante una giornata di riposo il lavoratore operava presso un'altra azienda, girando fra i tavoli, dando istruzioni agli addetti e gestendo alla consolle l'organizzazione dei giochi. Il licenziamento, tuttavia, va escluso perché è necessario dimostrare un'attività complessa come la trattazione di affari per conto proprio o di terzi affinché si configuri la violazione del divieto di concorrenza che legittima il recesso. Insomma: una giornata di lavoro "rubata" durante il riposo dal servizio è un po' poco per i giudici del merito. E la Suprema corte conferma: l'azienda che si pretende danneggiata non riesce a dimostrare il disvalore che emergerebbe dalla condotta contestata al dipendente. Soprattutto il datore "tradito" non riesce a provare il carattere concorrenziale costituito dall'attività dell'altra impresa che pure ha un oggetto analogo al suo ma si svolge in una realtà territoriale distante.

Alticcio al volante, evita l'alcoltest: grazie alla riforma Cds niente ammenda o altre sanzioni.

È quanto emerge dalla sentenza 15617 del 19.04.2011 dalla quarta sezione penale della Suprema corte. I fatti risalgono a fine 2008: l'imputato è fermato dai carabinieri, che tuttavia desumono la guida in stato d'ebbrezza dagli elementi sintomatici come l'alto o i movimenti sconnessi ma non sottopongono all'alcoltest l'automobilista (che negherà pure di essere stato al volante, sostenendo che alla guida del veicolo vi fosse il figlio). La condanna del Tribunale scatta ugualmente ed è per l'ipotesi più lieve: gli agenti, d'altronde, non hanno fatto ricorso all'etilometro (0,5 grammi per litro è il limite minimo indicato dalla legge). E "quanto" fosse davvero ubriaco o, a questo punto, semplicemente alticcio l'automobilista non lo sapremo mai. Fatto sta che la riforma del 2010 viene in soccorso dell'imputato con la depenalizzazione e la legge più favorevole all'imputato può essere applicato d'ufficio in un provvedimento giurisdizionale che, per ragioni di economia processuale, può essere emesso dalla stessa Suprema corte. Insomma: la vicenda è chiusa, ma il dibattito è aperto.

STUDIO LEGALE LAURENZI

CORSO CAVOUR N. 13 – 06121 PERUGIA - TEL. : +39 075 33342 – 30927 FAX +39 075 5726899

E-MAIL: INFO@AVVOCATOLAURENZI.IT – SITO WEB: WWW.AVVOCATOLAURENZI.IT

Stop al “5” in condotta per l’allievo che ha disturbi di apprendimento.

È quanto emerge dalla sentenza 1390 del 14.04.2011 del Tar Lazio. La dislessia è un disturbo dell’apprendimento scolastico: così stabilisce la legge 170/10. E il giudizio di insufficienza (5/10) a carico dello studente non ha tenuto conto del problema che penalizza il ragazzo, iscritto a un liceo scientifico della provincia di Roma. In base a un primo esame sommario, è lecito ritenere che la controversia si chiuderà a favore del giovane, che potrebbe risultare oggettivamente danneggiato. Intanto il Tar “congela” la pagella.

Coppie aperte: in caso di tradimento reciproco la separazione non può essere addebitata.

Lo ha stabilito la prima sezione civile della Suprema corte che, con la sentenza 9074 del 20.04.2011, ha respinto il ricorso di un ricco imprenditore milanese che aveva chiesto di addebitare la separazione alla moglie per via dell’infedeltà di lei. Ma dalle testimonianze era invece emerso che il tradimento era da tempo reciproco. Non solo. I due facevano di fatto una vita, non solo sessuale, diversa. Vivevano nella stessa casa ma non coltivavano più gli stessi hobby o interesse e neppure gli stessi amici. Ma la vicenda giudiziaria, date anche le grandi disponibilità economiche del marito, non era stata sempre così limpida. Il Tribunale del capoluogo lombardo aveva infatti addebitato la separazione a lei, proprio in relazione al tradimento che la stessa donna aveva confessato. Poi la Corte d’Appello aveva cambiato idea e, con una decisione condivisa dalla Cassazione, ha accolto il gravame di lei, eliminando l’addebito. In particolare la prima sezione civile, richiamando la motivazione di merito, ha respinto il ricorso del marito *«mediante un accertamento rigoroso ed una valutazione complessiva del comportamento di entrambi i coniugi, quale comprovato dalle richiamate, privilegiate risultanze istruttorie, la Corte di merito ha ineccepibilmente e plausibilmente concluso che la reiterata inosservanza da parte di entrambi dell’obbligo di reciproca fedeltà, pur se ricorrente non costituiva circostanza sufficiente a giustificare l’addebito della separazione in capo all’uno o all’altro o ad entrambi, essendo sopravvenuta in un contesto di disgregazione della comunione spirituale e materiale tra coniugi, quale rispondente al dettato normativo ed al comune sentire, ed in particolare in un’emersa situazione già stabilizzata di reciproca sostanziale autonomia di vita, non caratterizzata da affectio coniugalis».*

Responsabilità degli enti: 231 applicabile anche all’impresa individuale.

Lo ha sancito la Corte di cassazione che, con la sentenza 15657 del 20.04.2011 ha respinto il ricorso di una piccola azienda coinvolta nell’ambito di un’inchiesta sui rifiuti. Fino a ieri tutti i Collegi di legittimità chiamati a decidere su casi di impresa individuale avevano sostenuto, in modo omogeneo, che “soltanto sugli enti dotati di personalità giuridica che siano strutturati in forma societaria o pluripersonale possono farsi gravare gli articolati obblighi nascenti dal d.lgs. 231/2001”. Ma, questa volta, gli Ermellini non hanno condiviso la tesi bocciandola espressamente *«come un*

argomento privo di pregio per un concorrente ordine di ragioni». E ci hanno messo di mezzo pure la Costituzione. Come sempre le interpretazioni “pioniere” di Piazza Cavour, e cioè quelle che vanno a riempire un dichiarato vuoto normativo, sono, per usare le parole dei giudici, “costituzionalmente orientate”. C’è un solo requisito, dunque, per l’applicabilità della 231: la personalità giuridica. Insomma i destinatari di queste norme *«ben possono essere identificati sulla base dell’appartenenza alla generale categoria degli enti fornitori di personalità giuridica nonché di società associazioni anche prive di questa».* In sostanza, *«muovendo dalla premessa che l’attività riconducibile all’impresa è attività che fa capo a una persona fisica e non a una persona giuridica intesa quale società di persone (o di capitali), non può negarsi che l’impresa individuale (divergente dalla ditta individuale) ben può assimilarsi a una persona giuridica nella quale viene a confondersi la persona dell’imprenditore quale soggetto fisico che esercita una determinata attività: il che porta alla conclusione che, da un punto di vista prettamente tecnico, per impresa deve intendersi l’attività svolta dall’imprenditore-persona fisica per la cui definizione si rinvia al codice civile».* Ma non basta. Secondo la Cassazione il rinvio di questo testo di legge tanto discusso a soggetti metaindividuali *«creerebbe il rischio di un vero e proprio vuoto normativo, con inevitabili ricadute sul piano costituzionale connesse a una disparità di trattamento tra coloro che ricorrono a forma semplici di impresa e coloro che, per svolgere l’attività, ricorrono a strutture ben più complesse e articolate».* E ancora, con una motivazione/fiume la Cassazione precisa che *«è indubbio a questo punto che la disciplina dettata dal d.lgs. 231/01 sia senz’altro applicabile alle società a responsabilità limitata unipersonali, così come è noto che molte imprese individuali spesso ricorrono ad una organizzazione interna complessa che prescinde dal sistematico intervento del titolare dell’impresa per la soluzione di determinate problematiche e che può spesso involgere la responsabilità di soggetti diversi dall’imprenditore ma che operano nell’interesse della stessa impresa individuale».* Ed ecco finalmente il punto: una lettura delle norma orientata ai lumi della Carta Fondamentale, dicono i giudici, dovrebbe indurre a conferire all’articolo 1 della 231 *«una portata più ampia»*, tanto più che *«non cogliendosi nel testo alcun cenno riguardante le imprese individuali, la loro mancata indicazione non equivale a esclusione ma, semmai, ad una implicita inclusione dell’area dei destinatari della norma».*

Legittimo scegliere per la mobilità chi ha i requisiti per la pensione: nessuna discriminazione.

Lo precisa la sentenza 9348 del 26.04.2011 dalla sezione lavoro della Cassazione. Accolto, nella specie, il ricorso dell’azienda: bocciata la sentenza di merito che avanza “consistenti perplessità” sul criterio adottato dal gruppo imprenditoriale, e avallato dai sindacati, per individuare il personale da sottoporre alla procedura del licenziamento collettivo. Il criterio dell’anzianità contributiva posto alla base dell’accordo tra datore e organizzazioni dei lavoratori non risulta sovrapponibile al fattore dell’età: non è affatto detto che così facendo l’azienda si liberi dei più “vecchi”; alcuni dipendenti, per la loro storia lavorativa, potrebbero non essere in possesso dei requisiti per il trattamento previdenziale, a differenza di colleghi pur più giovani. È ben ragionevole, osservano i giudici con l’ermellino, licenzia-

4

STUDIO LEGALE LAURENZI

CORSO CAVOUR N. 13 – 06121 PERUGIA - TEL. : +39 075 33342 – 30927 FAX +39 075 5726899

E-MAIL: INFO@AVVOCATOLAURENZI.IT – SITO WEB: WWW.AVVOCATOLAURENZI.IT

re chi passa dal lavoro alla pensione e mantenere in servizio coloro che sarebbero passati alla disoccupazione, rimanendo senza fonte di reddito. Anche a livello europeo il criterio di prossimità alla pensione è considerato non discriminante. Insomma, la perplessità della Corte d'appello "per quanto forte" non rende illegittimo il patto azienda-sindacati. Sarà il giudice del rinvio a mettere la parola "fine" alla vicenda.

Distrarre la ricchezza dalla società fallita non è bancarotta fraudolenta.

È quanto affermato dalla Corte di cassazione che, con la sentenza 16388 del 26.04.2011, ha respinto il ricorso della Procura di Roma diretto a far condannare un noto imprenditore che, mediante un giro di leasing fittizi, aveva contribuito a determinare il fallimento di un'azienda che faceva affari con lui. In queste interessanti motivazioni la quinta sezione penale ha prima di tutto precisato che sul piano teorico può rispondere di bancarotta fraudolenta anche l'estraneo alla società che, insieme al manager, ha determinato il dissesto finanziario. Ma deve aver depauperato l'asse patrimoniale dei creditori, non essendo sufficiente aver genericamente intaccato la ricchezza dell'azienda. *«Più che soffermarsi sull'elemento soggettivo, il Collegio ritiene pregiudiziale la disamina della ricorrenza del dato obiettivo, sotteso dalla fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale, cioè l'effettiva connotazione di fraudolenza dell'azione nel contesto dell'illecito fallimentare. Infatti, l'offesa provocata dal reato non può ridursi al mero impoverimento dell'asse patrimoniale dell'impresa, ma si restringe alla diminuzione della consistenza patrimoniale idonea a danneggiare le aspettative dei creditori. Questi ultimi, quali persone offese, sono invero, l'indispensabile referente per lo scrutinio in discorso». In sostanza, «è integrativa del reato non già la sottrazione di ricchezza che costituisce l'offesa del reato, ma soltanto quella che reca danno alle pretese dei creditori: l'azione distrattiva che cade sugli utili prodotti dalla società, pur riducendo l'oggettiva consistenza del patrimonio dell'organismo, non è idonea ad integrare il reato, postoché il profitto generato dalla gestione, ove non reinvestito, appartiene ai soci e non ai creditori».*

Chi ha superato il periodo di comporto non può essere messo in aspettativa non retribuita.

È quanto emerge dalla sentenza 9346 emessa il 26.04.2011 dalla sezione lavoro della Cassazione. Accolto, nella specie, il ricorso del dipendente. A undici mesi di distanza dalla data del rientro al lavoro dopo una lunga assenza l'impiegato si vede notificare il superamento del periodo di comporto e l'invito a presentare richiesta di aspettativa. In mancanza della domanda il datore lo sospende comunque dallo stipendio per quasi quattro mesi. Non conta che vi fosse contrasto fra datore e dipendente sulla natura di determinate assenze e, dunque, sulla relativa rilevanza ai fini del periodo di comporto. Le condizioni del contratto di lavoro non possono essere modificate unilateralmente da una parte: compie dunque un atto illegittimo il datore che sospende l'obbligazione retributiva. Tanto più che, nella specie, una norma del contratto collettivo dispone che l'aspettativa non retribuita può avere luogo soltanto con il consenso dell'interessato. Se la que-

stione sarà definitivamente risolta solo dal giudice del rinvio, per ora di certo c'è che il dipendente non ha diritto al risarcimento del danno non patrimoniale. Come nel caso del demansionamento, infatti, il mero inadempimento da parte datore di per sé non basta a far scattare il ristoro: spetta a chi si proclama danneggiato provare il nesso di causalità fra l'inadempimento e la (eventuale) lesione e precisare quale tipo di pregiudizio egli ritenga di aver patito fra le molteplici forme esistenti.

«Torna in Africa, scimmia!»: per l'insulto aggravato dal razzismo si procede d'ufficio.

Lo sottolinea la Cassazione con la sentenza 16393 del 26.04.2011 dalla quinta sezione penale - che ha disposto la riapertura di un procedimento nei confronti di un imputato, prosciolti per remissione di querela, che si era rivolto al cittadino straniero dicendogli «africano, torna in Africa a mangiare banane! Scimmia!». Il giudice di pace di Pordenone aveva archiviato dal momento che l'immigrato aveva ritirato la querela. Ma il Procuratore generale della Corte d'appello di Trieste ha fatto ricorso in Cassazione contro il proscioglimento sostenendo che in quelle parole è presente l'aggravante dell'insulto razziale, pertanto, vista la gravità del reato, si deve procedere d'ufficio anche in mancanza di querela. E la competenza non è del giudice di pace, ma del tribunale in composizione collegiale. La Suprema Corte ha, così, giudicato fondato il ricorso del Procuratore generale e ha annullato il proscioglimento disponendo la trasmissione degli atti al procuratore della Repubblica di Pordenone «per l'ulteriore corso». La frase razzista era stata pronunciata il 28 settembre 2007. Ad avviso dei supremi giudici, la giurisprudenza di legittimità citata nel ricorso del Pg consente «astrattamente di configurare l'aggravante di cui all'art. 3 d.l.26.4.93 n. 122 - l. 25.5.93 n. 205».

Società: amministratori senza delega responsabili se non formalizzano in assemblea il dissenso all'operazione commerciale.

Lo ha sancito la Corte di cassazione che, con la sentenza 9384 del 27.04.2011, ha confermato le sanzioni irrogate dall'Isvap a carico del consiglio di amministrazioni, fra cui vari membri senza delega, di una compagnia che aveva coperto un ramo senza la preventiva autorizzazione. Insomma la prima sezione civile del Palazzaccio, confermando le responsabilità di un membro del consiglio senza delega, ha precisato inoltre che la durata dell'incarico, anche se breve, non scagiona l'amministratore. Dunque, per non incappare in sanzioni indesiderate il manager dovrà far annotare il suo espresso dissenso in assemblea. Senza la forma scritta la sanzione permane. La posizione presa dagli Ermellini risponde perfettamente a un principio sancito dalla stessa Cassazione prima della riforma del diritto societario e cioè che «il dovere di vigilare sul generale andamento della società che il secondo comma della dell'articolo 2392 del codice civile pone a carico degli amministratori permane anche in caso di attribuzione di funzioni al comitato esecutivo o a singoli amministratori delegati, salva la prova che i rimanenti consiglieri pur essendosi diligentemente attivati non abbiano

potuto in concreto esercitare la predetta vigilanza a causa del comportamento ostativo degli altri componenti del consiglio». In altri termini se l'amministratore viene messo al corrente della strategia aziendale e non si oppone pensando che la mancanza di delega equivale a una mancanza di poteri si sbaglia. Sarebbe infatti sufficiente, per liberarsi da qualunque responsabilità, mettere nero su bianco la propria posizione rispetto all'iniziativa.

Se il ponteggio non è a norma, il legale rappresentante dell'azienda rischia la sanzione penale.

Lo precisa la 16436 sentenza del 27.04.2011 dalla terza sezione penale della Cassazione. Il punto di partenza è l'articolo 6, comma 2, del D.Lgs 626/94 che vieta la fabbricazione, la vendita e il noleggio di attrezzature da lavoro e impianti non conformi alle disposizioni antinfortunistiche (oggi la disposizione è sostituita da quella contenuta nell'articolo 23 del D.Lgs 81/2008, che pure riproduce il divieto). Il prodotto incriminato, nella specie, è un ponteggio di quelli chiamati in gergo "trabatelli", che risulta privo di parapetto e barra fermapiede durante il controllo effettuato dagli ispettori dell'Asl nei locali di un'azienda, diversa da quella produttrice, che li aveva nella sua disponibilità. Non giova eccepire che i ponteggi rivelatisi non conformi alle prescrizioni delle disposizioni regolamentari non fossero utilizzati davvero: la norma incriminatrice punisce il produttore, non l'utilizzatore. Né rileva che il parapetto potesse essere acquistato separatamente, cosa che non vale anche per la barra fermapiede. Insomma: al legale rappresentante dell'azienda produttrice non resta che pagare l'ammenda di 10 mila euro più le spese processuali.

Crediti retributivi del lavoratore sequestrabili non oltre il quinto.

Lo ha stabilito la Corte di cassazione che, con la sentenza 16168 del 22.04.2011, cambiando idea rispetto a una decisione dell'anno scorso (sentenza n. 35331/2010) ha sancito che *«il sequestro conservativo presso il datore di lavoro di somme di danaro relative a crediti retributivi può essere disposto in misura non superiore al quinto delle stesse, valendo in proposito i medesimi limiti posti dall'art. 545 cod. proc. civ. all'esecuzione del pignoramento»*. In particolare la sesta sezione penale ha ritenuto corretta la posizione del Tribunale, che, in barba alla decisione della Cassazione dell'anno scorso, ha ridotto a 18 mila euro il sequestro su un'indennità percepita da una dipendente di Equitalia che si era intascata, insieme alla collega, oltre 18 milioni di euro di Ici. L'azienda aveva subito un ingente danno per questo aveva chiesto che la misura cautelare fosse disposta su tutta l'indennità, 90 mila euro. Ma questa tesi non ha convinto neppure gli Ermellini che nelle interessanti motivazioni hanno spiegato che *«il Collegio non condivide quanto sostenuto di recente secondo cui il sequestro conservativo può avere ad oggetto una somma di denaro proveniente da un credito di lavoro senza che valgano i limiti dell'esecuzione del pignoramento»*.

Niente rimborso per le cure dentistiche del figlio al genitore che ha deciso senza consultare l'ex.

Lo ha stabilito la Corte di cassazione che, con la sentenza 9376 del 27.04.2011, ha respinto il ricorso di una mamma che aveva fatto curare il figlio presso un dentista, senza prima accordarsi con l'ex marito. Infatti c'era un patto fra i due, preso prima della separazione, per cui tutte le spese straordinarie avrebbero dovuto essere concordate. Ma la signora aveva chiesto ed ottenuto nei confronti di lui un decreto ingiuntivo. L'uomo si era opposto e in primo grado aveva perso. Poi la Corte d'Appello di Napoli ha ribaltato il verdetto: la decisione unilaterale sul figlio non è legittima. La prima sezione civile della Suprema corte ha accolto questa tesi sottolineando che si decide sempre in due sui figli. In particolare secondo Piazza Cavour *«è dato di ritenere che, nel richiamare e fare propri gli accordi conclusi dai genitori, il tribunale abbia implicitamente valutato l'insussistenza di elementi di contrasto (per altro neppure adombrati nel ricorso) con l'interesse della prole»*. In effetti, *«il tema della preventiva concertazione, anche per quanto attiene alla materia delle spese straordinarie, appare ispirato a quella regola dell'accordo che caratterizza, come imprescindibile momento dialettico, l'individuazione da parte di entrambi i genitori, anche dopo il verificarsi della crisi coniugale, delle decisioni maggiormente corrispondenti alle esigenze del minore, nell'ambito di una funzionalizzazione, rispetto a queste ultime, dell'esercizio della potestà»*.

Mediazione: l'avvocato non deve avvisare il cliente in caso di istanza per Ctu preventiva.

È quanto emerge da un decreto del 21.04.2011 emesso di recente dalla prima sezione civile del tribunale di Varese. Consulenza tecnica preventiva e Mediazione sono due istituti che appartengono alla categoria ADR, Alternative dispute resolution: entrambi tendono alla soluzione stragiudiziale delle controversie. Sul primo, in particolare, la giurisprudenza in modo esplicito o implicito segue ormai la tesi della dottrina che valorizza la tensione della norma verso la composizione della lite, l'intervento di un terzo neutrale e le agevolazioni fiscali. Il secondo è stato introdotto proprio per diminuire la pressione sugli uffici giudiziari. Insomma: i due istituti sono inconciliabili e alternativi. Laddove la parte proponga una domanda giudiziale per Ctu preventiva, le norme di cui al d.lgs. 28/2010 non sono dunque applicabili.

Trasferimento illegittimo: dipendente risarcito secondo equità.

Lo chiarisce la sentenza 9619 del 02.05.2011 dalla sezione lavoro della Cassazione. Confermato, nella specie, il risarcimento del danno biologico e morale in favore del dipendente trasferito dal datore senza chiedere il permesso all'organizzazione sindacale di appartenenza: il lavoratore era infatti rappresentante di tutti i dipendenti dell'unità produttiva e sarebbe stato necessario il nulla osta ex articolo 22 della legge 300/70. Nullo il provvedimento adottato dall'azienda che trasferisce il dipendente, che svolge mansioni di autista, da Nola (Napoli) a Rivalta (Torino): appena sbarcato in Piemonte il lavoratore è tuttavia dirottato presso una terza azienda; così facendo il datore implicitamente esclude che la presenza del trasferito fosse davvero

necessaria nella sede subalpina dal momento che il lavoratore, appena arrivato, è subito distaccato altrove. La giurisprudenza di legittimità, invece, insegna che il lavoratore può essere trasferito solo per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. Il provvedimento illegittimo produce due conseguenze: oltre al risarcimento del danno si rende infatti necessario anche il ripristino della situazione originaria mediante la reintegrazione del dipendente nella precedente posizione di lavoro. E proprio perché il trasferimento ingiusto lede i diritti garantiti al lavoratore dall'articolo 2103, visto che in qualche modo muta le mansioni, il risarcimento può ben essere liquidato in via equitativa, analogamente a quanto accade per la dequalificazione.

Appalti: per la 231 il corrispettivo della prestazione regolare esula dal profitto del reato.

È quanto affermato dalla Corte di cassazione che, con la sentenza 17064 del 03.05.2011, ha accolto il ricorso di due giovani imputati, prestanome in un'azienda del padre. In particolare la società aveva truffato il comune di Minturno, nell'ambito di un servizio per lo smaltimento dei rifiuti. Per questo le autorità avevano sequestrato tutto il corrispettivo ottenuto dall'appalto con l'ente locale, circa 14 milioni di euro. Il riesame aveva confermato la misura. Contro la decisione i due ragazzi hanno presentato ricorso in Cassazione contestando proprio la misura del sequestro. La Suprema corte ha aderito a questa tesi chiarendo che *«il profitto del reato oggetto di confisca si identifica con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato, specificando che, nel caso in cui questo venga consumato nell'ambito di un rapporto sinallagmatico, come ad esempio un contratto e quindi un appalto, non può essere considerato tale anche l'utilità eventualmente conseguita dal danneggiato in ragione dell'esecuzione da parte dell'autore del reato delle prestazioni che il contratto gli impone. Dunque, nella ricostruzione della nozione di profitto oggetto di confisca non può farsi ricorso a parametri valutativi di tipo aziendalistico, ma che in ogni caso tale nozione non può essere dilatata fino a determinare un'irragionevole e sostanziale duplicazione della sanzione nelle ipotesi in cui vi sia stato un adempimento, anche solo parziale, del contratto, che abbia consentito la realizzazione di un'attività i cui risultati economici non possono essere posti in collegamento diretto ed immediato con il reato».*

Incidenti stradali: va risarcito anche il figlio nato dopo la morte della vittima.

Lo stabilisce la terza sezione civile della Cassazione con la sentenza 9700 del 03.05.2011: l'interpretazione offerta dal collegio, che esclude l'esigenza di ravvisare la soggettività giuridica del concepito per affermare la titolarità di un diritto in capo al nato, consentirebbe di riconoscere il risarcimento anche al bambino nato con malformazioni congenite e non solo ai suoi genitori. Boccia la sentenza di merito che esclude il diritto al risarcimento in favore della figlia naturale del padre-motociclista in quanto priva della capacità giuridica al momento dell'evento dannoso. Il problema, secondo il collegio, non si pone: per affermare il diritto al ristoro di chi è nato nel frattempo non risulta necessario configurare la soggettività giuridica del concepito (mentre

quest'ultima non si può evincere dalla circostanza che il feto è comunque oggetto di protezione da parte dell'ordinamento giuridico). Il diritto di credito della piccola, infatti, è vantato in quanto figlia nata orfana del padre e dunque destinata a vivere senza una figura familiare importante. Importanza che non può essere smentita sul rilievo che il motociclista ucciso fosse soltanto il padre naturale: si tratta di una relazione affettiva che la legge tutela perché costituisce un fattore di più equilibrata formazione della personalità. E la perdita di questo rapporto costituisce un danno ingiusto, che va risarcito, indipendentemente dal fatto che il figlio fosse già nato o fosse stato soltanto concepito al momento della morte violenta del padre. Resta da approfondire l'obiter dictum della sentenza secondo cui l'innovativa impostazione seguita dal collegio consentirebbe di riconoscere il risarcimento anche al bambino nato con malformazioni congenite e non solo ai suoi genitori. Ai giudici con l'ermellino pare del tutto «in linea col sistema e con la diffusa sensibilità sociale che sia esteso al feto lo stesso effetto protettivo (per il padre) del rapporto intercorso tra madre e medico». Ai supremi magistrati, insomma, pare ormai legittimo affermare che, come del resto accade per il padre, il diritto al risarcimento possa essere fatto valere dopo la nascita anche dal figlio il quale, per la violazione del diritto all'autodeterminazione della madre, si duole in realtà non della nascita ma del proprio stato di infermità (che sarebbe mancato se egli non fosse venuto alla luce).

Sì al giudizio arbitrale aperto per raccomandata. Ma si può esigere la ratifica dell'operato del legale.

Lo stabiliscono le Sezioni unite civili della Cassazione con la sentenza 9839 del 05.05.2001 che fa chiarezza sull'istituto dell'arbitrato dopo le riforme del 1994 e del 2006. L'arbitrato, chiariscono i supremi giudici, è espressione dell'autonomia negoziale e dunque non risulta riconducibile alla giurisdizione (irrilevante la distinzione fra l'ipotesi irrituale e quella rituale): l'atto introduttivo del giudizio arbitrale deve quindi essere considerato un atto di autonomia privata rispetto al quale le parti sono libere di scegliere le forme. Gli arbitri, in effetti, non si sostituiscono agli organi di giustizia né allo Stato ma s'inseriscono in una vicenda negoziale con il compito di dare assetto alle posizioni in conflitto con un dictum che costituisce l'adempimento di un incarico contrattuale. Deve dunque convenirsi che la scelta di rimettere alle parti, e in subordine agli arbitri, l'iniziativa e la determinazione delle regole del procedimento sia la massima espressione del principio di libertà che governa l'arbitrato (un istituto per cui la dottrina esclude l'applicabilità delle norme ex articolo 83 Cpc sulla procura alle liti; il difensore munito di procura nel procedimento arbitrale, peraltro, ha poteri più ampi di quelli che l'articolo 84 Cpc riconosce al procuratore nel processo civile). È irrilevante il richiamo generico alle norme del codice di rito laddove le parti aggiungono nella clausola compromissoria che la richiesta di arbitrato debba avvenire per raccoman-

data, indicando così una modalità che si discosta con tutta evidenza dal Cpc.

L'arma è giocattolo, il cassiere ride: evita la condanna il rapinatore "fantozziano".

È quanto emerge dalla sentenza 17146 del 03.05.2011 dalla seconda sezione penale della Cassazione. Altro che "prendi i soldi e scappa". Con il protagonista del celebre film di Woody Allen l'uomo entrato con fare minaccioso in una piccola banca del Polesine ha in comune una certa inadeguatezza al crimine: tanto da destare l'ilarità del cassiere, che con un semplice diniego fa fuggire a mani vuote il bandito diletante. Precipitosa e impacciata è anche la "ritirata strategica" del balordo. Ma per il procuratore generale il reato tentato di rapina aggravata si configura ugualmente perché presentarsi in un istituto di credito con l'arma in pugno, sia pura giocattolo, costituisce comunque un atto idoneo a produrre «*l'evento antigiuridico*» che la norma punisce e che l'agente vuole e ha programmato. Il punto è, nel caso del rapinatore pasticciatore, che il piano criminoso risulta privo del carattere di serietà e, dunque, mai sarebbe potuto andare in porto. Fra l'altro al "no" del cassiere la reazione non è violenta né tale da incutere timore. In definitiva, il rapinatore fantozziano è «*singolarmente impacciato*» al punto che le modalità della sua azione non risultano in grado di mettere in pericolo il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice: nessuna condanna, dunque. Meglio non giocare con le mitragliette, però.

Part-time: il "sì" del datore è discrezionale, ma se il "no" risulta illegittimo scatta il risarcimento.

È quanto emerge dalla sentenza 9769 emessa il 04.05.2011 dalla sezione lavoro della Cassazione. Compete al datore stabilire se sussistono le condizioni organizzative per permettere al dipendente di erogare la prestazione in regime di tempo parziale né il lavoratore può in alcun modo sindacarne le scelte. Ma può scattare l'obbligo di risarcimento nel caso in cui si accerti che l'azienda abbia fatto dei favoritismi fra i dipendenti che hanno fatto domanda di part-time per la prima volta o in sede di rinnovo. In ogni caso, una volta che il datore ha riconosciuto l'esigenza di prestazioni rese a tempo parziale, la decisione di concedere o negare la trasformazione del rapporto a part-time non è più discrezionale ma risulta vincolata ai rigidi paletti fissati in sede di contratto collettivo. Accolto, nella specie, il ricorso del datore: è cassata senza rinvio la condanna a trasformare il contratto a parziale per un dipendente protagonista di una complessa vertenza giudiziaria contro l'azienda, mentre già altre due colleghe fruiscono del trattamento.

STUDIO LEGALE LAURENZI

CORSO CAVOUR N. 13 – 06121 PERUGIA - TEL.: +39 075 33342 – 30927 FAX +39 075 5726899

E-MAIL: INFO@AVVOCATOLAURENZI.IT – SITO WEB: WWW.AVVOCATOLAURENZI.IT