



Studio legale e commerciale Montemarano

associazione tra professionisti

segreteria@studiomontemarano.it - www.studiomontemarano.it

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

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

Via Guglielmo Marconi, 45 - 40122 Bologna
tel.: (39) 0516486187 r.a. - fax: (39) 0512914887

FLASHNEWS

FEBBRAIO 2017

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.

ASSOCIAZIONE TEMPORANEA DI IMPRESE E FALLIMENTO

In tema di appalto di opere stipulato da due imprese riunite in associazione temporanea, il fallimento dell'impresa capogruppo, costituita mandataria dell'altra, determina lo scioglimento del rapporto di mandato, ai sensi dell'art. 78 della legge fallimentare (R.D. n. 267/1942), con la conseguenza che l'impresa mandante è legittimata ad agire direttamente nei confronti del committente per la riscossione della quota dei crediti nascenti dall'appalto ad essa imputabile e, del pari, la curatela fallimentare è legittimata a riscuotere il corrispettivo per l'esecuzione dell'appalto solo per la quota corrispondente a quella parte dei lavori appaltati la cui realizzazione, in base all'accordo di «ati», era di sua spettanza (Cassazione, Prima Sezione Civile, 17 gennaio 2017, n. 973).

IL PRELIMINARE TRASCritto PREVALE SUL PIGNORAMENTO

La Terza Sezione Civile della Cassazione, nella sentenza n. 26102 del 19 dicembre 2016, ha affermato che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare, ai sensi dell'art. 2645-bis, comma 1°, cod. civ., si estendono anche alle trascrizioni di pignoramenti o sequestri ed alle iscrizioni di ipoteche giudiziali; con la conseguenza che queste, qualora siano successive alla trascrizione del preliminare, sono inopponibili al promissario acquirente, alle condizioni, per gli effetti e nei limiti di cui allo stesso art. 2645-bis. Ciò significa che il pignoramento trascritto contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare non pregiudica il promissario acquirente che faccia seguire, nei termini di legge, la trascrizione del contratto definitivo o della domanda di esecuzione in forma specifica seguita dalla trascrizione della sentenza di accoglimento.

RESPONSABILE IL MEDICO CHE NON PRESCRIVE L'AMNIOCENTESI

Non ha adempiuto correttamente la prestazione il medico specialista in ginecologia, cui una gestante si sia rivolta per accertamenti sulle condizioni della gravidanza e del feto, per non avere prescritto l'amniocentesi; qualora all'esito della gravidanza il feto nasca con una sindrome (nella specie, di Down) che quell'accertamento avrebbe potuto svelare il sanitario deve risarcire il danno che la gestante lamenta di avere subito alla propria salute psico-fisica per avere avuto la «sorpresa» della condizione patologica del figlio solo al termine della gravidanza. È quanto si ricava dalla sentenza n. 243 depositata il 10 gennaio 2017 dalla Terza Sezione Civile della Cassazione.

LA TASSAZIONE DEGLI UTILI EXTRA BILANCIO

È legittima, secondo la Sesta Sezione Civile della Cassazione (ordinanza n. 27067 del 27 dicembre 2016), la presunzione di attribuzione pro quota ai soci, nel corso dello stesso esercizio annuale, degli utili extra bilancio prodotti da società di capitali a ristretta base azionaria, in quanto il fatto noto non è dato dalla sussistenza di maggiori redditi accertati induttivamente nei confronti della società, bensì dalla ristrettezza dell'assetto societario e dal vincolo di solidarietà e di reciproco controllo dei soci che, in tal caso, caratterizza normalmente la gestione sociale. La presunzione - fondata sul disposto dell'art. 39, comma 1, lett. d), D.P.R. n. 600/1973 - induce l'inversione dell'onere della prova a carico del contribuente, rimanendo salva la sua facoltà di offrire la dimostrazione che i maggiori ricavi non siano stati fatti oggetto di distribuzione, bensì accantonati dalla società ovvero da essa reinvestiti.

CONTRATTO DI LOCAZIONE NON REGISTRATO: LE CONSEGUENZE

La Terza Sezione Civile della Cassazione, con la sentenza n. 25503 del 13 dicembre 2016, ha ribadito che il contratto di locazione non registrato è nullo, ai sensi dell'art. 1, comma 346, L. n. 311/2004; il pagamento del canone compiuto in esecuzione del contratto nullo costituisce - argomentano gli Ermellini - un indebito oggettivo, regolato dall'art. 2033 cod. civ., secondo cui chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha corrisposto.

DAL REDDITOMETRO SOLO PRESUNZIONI RELATIVE

A fronte della presunzione di maggior reddito desunto da indici di capacità contributiva ritenuti non compatibili con il reddito dichiarato ed evidenzianti uno scostamento di quest'ultimo rispetto a quello induttivamente determinato, il contribuente - ha stabilito la Quinta Sezione Civile della Cassazione con la sentenza n. 23794 del 23 novembre 2016 - è ammesso a fornire prova contraria, potendo dimostrare di possedere un reddito inferiore; le presunzioni poste dal redditometro sono, infatti, solo relative e non assolute.

PROCEDIMENTO DISCIPLINARE E ACCESSO AI DOCUMENTI AZIENDALI

La Sezione Lavoro della Cassazione, nella sentenza n. 855 del 16 gennaio 2017, ha argomentato che l'art. 7 dello statuto dei lavoratori non prevede l'obbligo, per il datore di lavoro, di mettere a disposizione del lavoratore la documentazione aziendale relativa ai fatti contestati nel corso del procedimento disciplinare, al di fuori di quella necessaria per una puntuale contestazione dell'addebito e per permettere un'adeguata difesa. Tra l'altro, il lavoratore che lamenti la violazione di tale obbligo è tenuto a specificare i documenti la cui messa a disposizione sarebbe stata necessaria al predetto fine.

COLPA MEDICA: IL TERMINE PER PROPORRE LA QUERELA

La Quarta Sezione Penale della Cassazione, con la sentenza n. 44335 del 19 ottobre 2016, ha stabilito che il termine per proporre la querela per il reato di lesioni colpose, determinate da colpa medica, inizia a decorrere non già dal momento in cui la persona offesa ha avuto consapevolezza della patologia contratta bensì da quello, eventualmente successivo, in cui la stessa è venuta a conoscenza della possibilità che sulla patologia abbiano influito errori diagnostici o terapeutici dei sanitari che l'hanno curata.

LA «RESISTENZA» AL GIUDICATO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha deciso, con la sentenza n. 51 del 12 gennaio 2017, che si ha elusione del giudicato quando l'amministrazione, pur provvedendo formalmente a dare esecuzione alle statuizioni del giudice, persegue l'obiettivo sviato di aggirarle dal punto di vista sostanziale, giungendo surrettiziamente allo stesso esito già ritenuto illegittimo.

MALATTIA: NON OCCORRE DOMANDA PER SOSPENDERE LE FEIRE

La Sezione Lavoro della Cassazione, con la sentenza n. 284 del 12 gennaio 2017, ha deciso che la trasmissione al datore di lavoro, da parte del lavoratore, di certificazione di malattia durante il periodo feriale, e in relazione a giorni compresi in tale periodo, vale quale richiesta di modificazione del titolo dell'assenza, da ferie a malattia, pur in mancanza di un'espressa comunicazione (scritta od orale) al riguardo, trattandosi di atto cui è consegnata, in modo inequivoco, la volontà del soggetto di determinare l'effetto giuridico della conversione.

LA TRASMISSIONE TELEMATICA DELLE DIMISSIONI È RISERVATA AI CDL

Il Ministero del lavoro, con interpello n. 24 del 30 dicembre 2016, ha affermato che la corretta interpretazione del disposto di cui all'art. 26, comma 4, D.Lgs. n. 151/2015, così come modificato dall'art. 5, comma 3, lett. b), D.Lgs. n. 185/2016, riserva la trasmissione telematica delle dimissioni ai soli consulenti del lavoro, senza che sia consentita un'interpretazione estensiva, tale da ricomprendere i professionisti abilitati ad effettuare gli adempimenti di cui all'art. 1 L. n. 12/1979 (avvocati, dottori commercialisti, ecc.). Gli altri soggetti autorizzati sono i patronati, le organizzazioni sindacali, le sedi territoriali dell'Ispettorato nazionale del lavoro, gli enti bilaterali e le commissioni di certificazione.

L'OCCUPAZIONE ABUSIVA DI BENI DEMANIALI

La sentenza n. 18 del 9 gennaio 2017, emessa dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato, ha ribadito che quando la pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 823, secondo comma, cod. civ., ritenga di esercitare il potere di autotutela possessoria, adottando un'ordinanza di rilascio di un bene demaniale occupato, occorre che l'occupazione sia abusiva.

GLI INTERESSI SUI CANONI DI LOCAZIONE EXTRALEGALI DA RESTITUIRE

La Terza Sezione Civile della Cassazione ha stabilito, nella sentenza n. 411 dell'11 gennaio 2017, che, qualora il conduttore abbia corrisposto a titolo di canone una somma maggiore rispetto a quella consentita dalla legge, trova applicazione, in riferimento alla domanda di restituzione delle somme corrisposte in eccedenza, la regola generale posta dall'art. 2033 cod. civ., secondo la quale gli interessi sulle somme da restituire decorrono dal giorno della domanda giudiziale, se il locatore era in buona fede, e da quello del pagamento, se era in mala fede. Alla violazione della norma imperativa che stabilisce il canone locatizio non consegue automaticamente la mala fede del locatore, sicché il conduttore deve dimostrare di essere stato indotto dall'altro alla corresponsione del canone in misura superiore a quella legale, nonostante la sua volontà contraria, a meno che la mala fede non emerga dalle circostanze di fatto.

OMESSI VERSAMENTI IPPEF

L'omesso versamento dell'imposta risultante dalla dichiarazione dei redditi è sanzionato in misura pari al 30% di ogni importo non versato, senza margini di discrezionalità amministrativa, né obblighi di autonoma motivazione, con separata determinazione riguardo a ogni somma evasa (Cassazione, Quinta Sezione Civile, 21 dicembre 2016, n. 26546).

I CRITERI DI SCELTA DEI LICENZIANDI NELLE RIDUZIONI DI PERSONALE

Nei licenziamenti collettivi è necessaria la «puntuale indicazione» dei criteri di scelta e delle modalità applicative, nel senso che il datore di lavoro non può limitarsi alla mera indicazione di formule generiche, sia pure specificamente riferite ai singoli lavoratori che hanno impugnato il licenziamento, ma deve, nella comunicazione dallo stesso effettuata, operare una valutazione comparativa delle posizioni dei dipendenti potenzialmente destinatari del provvedimento, quanto meno con riguardo alle situazioni raffrontabili per livello di specializzazione. In definitiva, dalla formulazione dei criteri di scelta, il lavoratore deve essere posto in grado di sapere se sarà o meno mantenuto in servizio o sarà posto in mobilità, perché con i criteri di scelta debbono essere individuabili le posizioni di coloro che saranno eliminati; e l'indicazione dei criteri di scelta e delle loro modalità applicative dev'essere effettuata in modo chiaro e trasparente. Lo ha affermato la Sezione Lavoro della Cassazione nella sentenza n. 25554 del 13 dicembre 2016.

ABUSIVISMO EDILIZIO: LA DEMOLIZIONE È ONERE DEL PROPRIETARIO

Secondo il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Prima Sezione di Salerno (sentenza n. 29 del 5 gennaio 2017), l'ordinanza di demolizione di opere abusive è legittimamente adottata nei confronti del proprietario dell'immobile, anche se estraneo alla loro realizzazione, venendo in rilievo la sua posizione di estraneità all'esecuzione dell'abuso soltanto nella fase successiva dell'acquisizione gratuita delle stesse al patrimonio comunale, conseguente all'inottemperanza dell'ordine demolitorio

AFFIDAMENTO CONDIVISO ANCHE QUANDO I GENITORI LITIGANO

L'affidamento dei figli ad entrambi i genitori costituisce il regime ordinario e ad esso non è di ostacolo l'esistenza di una conflittualità tra i coniugi, tranne quando questo regime sia pregiudizievole per l'interesse degli stessi figli. Lo ha ribadito la Prima Sezione Civile della Cassazione nella sentenza n. 27 del 3 gennaio 2017-

GLI ACCERTAMENTI BANCARI DEL FISCO

Affinché l'erario possa utilizzare il risultato di accertamenti bancari effettuati nei confronti del contribuente è necessario che essi siano stati debitamente autorizzati, ma non anche che il provvedimento di autorizzazione venga esibito al contribuente, potendo l'illegittimità essere dichiarata se manchi materialmente l'autorizzazione e sempreché tale mancanza abbia determinato un concreto pregiudizio per il contribuente (Cassazione, Sesta Sezione Civile, 13 dicembre 2016, n. 25582, ord.).

OBBLIGATORIO DEQUALIFICARE PER SALVARE L'OCCUPAZIONE

Nei casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo l'onere del datore di lavoro di provare l'adempimento all'obbligo di repêchage va assolto anche in riferimento a posizioni inferiori, se rientranti nel bagaglio professionale del lavoratore e compatibili con l'assetto organizzativo aziendale; il datore di lavoro, in conformità al principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, deve prospettare al lavoratore la possibilità di un impiego in mansioni inferiori quale alternativa al licenziamento e fornire la relativa prova in giudizio. Lo ha ribadito la Sezione Lavoro della Cassazione nella sentenza n. 26467 del 21 dicembre 2016.

REDDITO D'IMPRESA E PERCENTUALI DI RICARICO

La sentenza n. 27329 depositata dalla Quinta Sezione Civile della Cassazione ha stabilito che, in presenza di scritture contabili formalmente regolari, l'amministrazione finanziaria può comunque procedere - ai sensi dell'art. 39, comma 1, lett. d), D.P.R. n. 600/1973 - alla determinazione induttiva dei ricavi sulla scorta delle percentuali di ricarico; ma poiché queste costituiscono presunzioni semplici, che debbono essere assistite dai requisiti di gravità, precisione e concordanza di cui all'art. 2729 cod. civ. e desunte da dati di comune esperienza, oltreché da concreti e significativi elementi tratti dalla singola fattispecie, non è sufficiente, ai fini dell'accertamento di maggiori ricavi, il solo rilievo dell'applicazione da parte del contribuente di una percentuale di ricarico diversa da quella mediamente riscontrata nel settore di appartenenza: Le medie matematiche, ponderate o no, non costituiscono un «fatto noto», cioè storicamente provato, dal quale argomentare, con giudizio critico, il fatto ignoto da provare, ma soltanto il risultato di un'extrapolazione ragionata di dati. Ne consegue che tali percentuali non sono, di per sé sole, idonee ad integrare gli estremi di una prova per presunzioni occorrendo, quanto meno, che emerga l'abnormità o l'irragionevolezza della percentuale quale elemento ulteriore. In particolare, abnormità e irragionevolezza della difformità devono escludersi nel caso di scostamenti di pochi punti percentuali.

LE AGEVOLAZIONI TRIBUTARIE PER LO SPORT DILETTANTISTICO

Con provvedimento del 13 dicembre 2016 la Commissione Tributaria Provinciale della Lombardia (Milano) ha deciso che non può ritenersi «commerciale» l'attività sportiva dilettantistica svolta da un'associazione per il solo fatto che essa offra un'ampia gamma di servizi, si avvalga di pubblicità ed applichi una politica di sconti e quote differenziate sicché, in tal caso, non possono essere revocate le agevolazioni fiscali previste per il settore.

LICENZIAMENTO PER PIÙ PROFITTO: CAMBIO DI GIURISPRUDENZA?

Si può licenziare per la sola ragione di incrementare il profitto aziendale? La giurisprudenza non trova, da lungo tempo, una risposta univoca al quesito. L'esigenza che il licenziamento per motivo oggettivo sia giustificato dalla necessità di fare fronte «a sfavorevoli situazioni» e non sia «meramente strumentale ad un incremento del profitto» è affermazione che si ritrova in molte sentenze della Cassazione (ad esempio: n. 12514/2004; n. 21282/2006; n. 7006/2011; n. 19616/2011; n. 2874/2012; n. 24037/2013; n. 5173/2015; n. 13116/2015). Altre sentenze affermano, invece, che «il motivo oggettivo di licenziamento determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, nel cui ambito rientra anche l'ipotesi di riassetto organizzativo attuato per la più economica gestione dell'impresa, è rimesso alla valutazione del datore di lavoro, senza che il giudice possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa» (ad esempio: n. 24235/2010; n. 15157/2011; n. 7474/2012; n. 18409/2016; n. 16544/2016; n. 6501/2016; n. 12242/2015). La sentenza n. 25201, depositata dalla Sezione Lavoro il 7 dicembre 2016, in adesione al secondo orientamento, ha deciso che «l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale che il datore di lavoro debba necessariamente provare ed il giudice accertare, essendo sufficiente che le ragioni inerenti all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro, tra le quali non è possibile escludere quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività dell'impresa, determinino un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di un'a posizione lavorativa». Insomma, continua il confronto tra diversi indirizzi all'interno della stessa Corte, senza che gli Ermellini riescano a tracciare una via sicura per chi nelle aziende deve assumere le decisioni operative.