



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

marzo 2020

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'AMMORTAMENTO PRESUPPONE L'EFFETTIVO USO AZIENDALE DEI BENI

La Sottosezione 5 della Sesta Sezione Civile della Cassazione, con l'ordinanza n. 2742 del 5 febbraio 2020, ha deciso, con riguardo alla determinazione del reddito d'impresa, che ai fini della deducibilità delle quote d'ammortamento dei costi occorre non soltanto l'effettiva strumentalità dei beni in relazione alla specifica attività aziendale, ma altresì l'effettiva utilizzazione di essi in funzione direttamente strumentale nell'esercizio dell'impresa.

VIDEOSORVEGLIANZA VIETATA ANCHE COL CONSENSO DEI DIPENDENTI

La Terza Sezione Penale della Cassazione ha ritenuto che integra il reato previsto dall'art. 4 Stat. Lav. l'installazione di un sistema di videosorveglianza in mancanza di accordo con le rappresentanze sindacali, anche se essa sia stata preventivamente autorizzata da tutti i dipendenti (sentenza n. 1733 depositata il 17 gennaio 2020).

LA RICHIESTA DI CARITÀ PUÒ CONFIGURARE ESTORSIONE

La Seconda Sezione Penale della Cassazione con la sentenza n. 3856 del 20 dicembre 2019 ha stabilito che commette il reato di estorsione chi rivolge minacce ad una persona (nella specie, il minacciato era un parroco) allo scopo di ottenere somme di denaro a titolo di liberalità, anche se le somme ricevute siano di tenue entità (si trattava di 50 euro).

LA DIVORZIATA NON PUÒ CONSERVARE IL COGNOME DELL'EX MARITO

La Prima Sezione Civile della Cassazione nell'ordinanza n. 3454 del 12 febbraio 2020 ha confermato che non è ammissibile conservare il cognome del marito dopo la pronuncia di divorzio, salvo che il giudice di merito, con provvedimento motivato e nell'esercizio di poteri discrezionali, non disponga diversamente.

L'INDENNITÀ SOSTITUTIVA DELLE FERIE SI PRESCRIVE IN DIECI ANNI

In tema di indennità sostitutiva delle ferie non godute, stante la sua natura mista, sia risarcitoria che retributiva, ai fini della prescrizione deve ritenersi prevalente il carattere risarcitorio volto a compensare il danno derivante dalla perdita del diritto al riposo, per cui trova applicazione il termine prescrizione decennale e non quello quinquennale dell'art. 2948 cod. civ. La natura retributiva di tale indennità viene invece in rilievo quando ne debba essere valutata l'incidenza sul trattamento di fine rapporto o quando si debba assoggettarla a contribuzione. Lo si legge nella sentenza n. 3021 depositata dalla Sezione Lavoro della Cassazione il 10 febbraio 2020.

QUANDO L'ASSICURAZIONE NON RIMBORSO LE SPESE LEGALI

Il terzo comma dell'art. 1917 cod. civ. stabilisce che le spese sostenute per resistere all'azione del danneggiato contro l'assicurato sono a carico dell'assicuratore nei limiti del quarto della somma assicurata. La Sottosezione 3 della Sesta Sezione Civile della Cassazione, con l'ordinanza n. 4202 del 19 febbraio 2020, ha deciso che la compagnia assicuratrice può rifiutare il rimborso delle spese legali sostenute dall'assicurato per resistere nel giudizio promosso dal danneggiato nel caso in cui lo stesso assicurato abbia scelto di non avvalersi del patto di gestione della lite.

MEDIAZIONE: NO A PROVVISORIO CON IL SOLO «PRE-PRELIMINARE»

Per la maturazione della provvisoria l'affare deve ritenersi concluso quando tra le parti si sia costituito un vincolo giuridico che abiliti ciascuna di esse ad agire per l'esecuzione specifica del contratto, nelle forme di cui all'art. 2932 cod. civ., ovvero per il risarcimento del danno derivante dal mancato conseguimento del risultato utile del contratto programmato. Ad avviso della Seconda Sezione Civile della Cassazione (sentenza n. 30083 del 19 novembre 2019) va pertanto escluso il diritto alla provvisoria qualora tra le parti non sia stato concluso un affare in senso economico-giuridico, ma si sia soltanto costituito un vincolo idoneo a regolare le successive articolazioni del procedimento formativo dell'affare, come nel caso in cui sia stato stipulato un «preliminare di preliminare», costituente un contratto ad effetti esclusivamente obbligatori non assistito dall'esecuzione in forma specifica.

MEDIAZIONE: PROVVISORIO PER IL SOLO REPERIMENTO DELLA PARTE

Secondo la Dott.ssa Stefania Salmoria, Giudice della Terza Sezione Civile del Tribunale di Firenze (sentenza n. 3856 del 17 dicembre 2019), il diritto del mediatore alla provvisoria sorge sì quando tra le parti da lui poste in relazione si sia costituito un vincolo giuridico che abiliti ciascuna di essa ad agire per l'esecuzione specifica del contratto o per il risarcimento del danno, ma la prestazione del mediatore ben può esaurirsi nel reperimento di uno dei contraenti, indipendentemente dall'intervento nelle successive fasi della trattativa. Ciò sempreché l'attività delle parti possa ritenersi conseguenza, prossima o remota, dell'opera del mediatore, tale cioè che senza di essa il negozio giuridico non sarebbe stato concluso.

MEDIAZIONE: RISARCIMENTO DEI DANNI CAUSATI DA SUPERFICIALITÀ

Nell'ordinanza n. 784, depositata dalla Seconda Sezione Civile della Cassazione il 16 gennaio 2020, si legge che il mediatore, pur non essendo tenuto, in difetto di un incarico specifico, a svolgere nell'adempimento della sua prestazione particolari indagini di natura tecnico-giuridica (come l'accertamento, mediante le visure catastali ed ipotecarie, della libertà da pesi dell'immobile oggetto del trasferimento), è tuttavia gravato, in positivo, dall'obbligo di comunicare le circostanze a lui note o comunque conoscibili con la comune diligenza che è richiesta in relazione al tipo di prestazione, nonché, in negativo, dal divieto di fornire non solo informazioni non veritiere, ma anche informazioni su fatti dei quali non abbia consapevolezza e che non abbia controllato. Qualora il mediatore infranga tali regole di condotta, è legittimamente configurabile una sua responsabilità per i danni sofferti dal cliente.

MEDIAZIONE: SE L'AGENTE IMMOBILIARE È UN «MEDIATORE ATIPICO»

È mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza (art. 1754 cod. civ.). Accanto a questa «mediazione ordinaria», ha argomentato la Seconda Sezione Civile della Cassazione nell'ordinanza n. 27921 del 30 ottobre 2019, si manifesta una «mediazione atipica» o «unilaterale», che ricorre nel caso in cui una parte, volendo concludere un affare, ad esempio una vendita immobiliare, incarichi una persona di ricercare un soggetto interessato alla sua conclusione. Anche la mediazione atipica rientra nell'ambito di applicabilità della disposizione dettata dalla L. n. 39/1989, sicché il suo svolgimento è vietato a chi non è iscritto nell'apposito ruolo dei mediatori. In difetto di iscrizione, il mandatario non potrà far valere il suo diritto alle provvisorie pattuite.

LA PRESUNZIONE DI LEGITTIMA DIFESA DOMICILIARE È RELATIVA

Il secondo comma dell'art. 52 cod. pen, a seguito delle modificazioni introdotte dall'art. 1 L. n. 36/2019, dispone che nei casi di violazione di domicilio sussiste sempre il rapporto di proporzione all'offesa se taluno, ivi legittimamente presente, usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere la propria o l'altrui incolumità ovvero i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione. L'ultimo comma dello stesso art. 52 cod. pen. statuisce che «agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica da parte di una o più persone». Secondo la Quinta Sezione Penale della Cassazione (sentenza n. 40414 del 2 ottobre 2019) la norma introduce una presunzione a favore di chi reagisce all'intrusione, ma si tratterebbe di una presunzione relativa e non assoluta, sicché ammette la prova contraria.

MODELLI ORGANIZZATIVI: RESPONSABILITÀ PER I REATI COLPOSI

Nei reati colposi, quali quelli in materia antinfortunistica o ambientale, il vantaggio per l'ente, condizione perché intervenga la sua responsabilità amministrativa da reato - per omessa adozione, insufficiente attuazione o inidoneità del modello organizzativo di cui al D.Lgs. n. 231/2001 - sussiste qualora l'autore dell'illecito penale abbia violato sistematicamente le norme antinfortunistiche o ambientali, ricavandone oggettivamente un qualche vantaggio per l'ente, sotto forma di risparmio di spesa o di massimizzazione della produzione, indipendentemente dalla volontà di ottenere tale vantaggio. Lo ha stabilito la Terza Sezione Penale della Cassazione con la sentenza n. 3157 del 27 gennaio 2020.

IL DOCENTE CHE SI ALLONTANA È SEMPRE RESPONSABILE

L'insegnante, per liberarsi della presunzione di colpa posta a suo carico dall'art. 2048 cod. civ., ha l'onere di provare che né lui né alcun altro docente diligente avrebbe potuto, nelle medesime circostanze, evitare il danno. Ha affermato la Sesta Sezione Civile della Cassazione, nell'ordinanza n. 14216 del 4 giugno 2018, che tale prova non può prescindere dalla dimostrazione della presenza fisica del docente al momento della commissione dell'illecito da parte dell'alunno, integrando la stessa un dovere primario del precettore diligente ai sensi dell'art. 1176, secondo comma, cod. civ., secondo cui nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.

SE IL PAZIENTE ANESTETIZZATO NON PUÒ DARE IL CONSENSO

Qualora nel corso di un intervento chirurgico emerga la necessità di compiere atti operatori ulteriori e più invasivi di quelli previsti nell'intervento programmato, effettuato in virtù di un valido consenso informato, ricorre quello stato di imminente necessità previsto dall'art. 54 cod. pen., che autorizza il medico a compiere tali atti sul paziente sotto anestesia (Cassazione, Terza Sezione Civile, 8 novembre 2019, n. 28814).

TASSABILI COME RICAVI I CANONI DA LOCAZIONE NON PERCEPITI

La Quinta Sezione Civile della Cassazione nell'ordinanza n. 30372 del 21 novembre 2019 ha ribadito, in tema di redditi d'impresa, che i ricavi derivanti dai canoni di locazione devono considerarsi percepiti e costituiscono reddito tassabile, ai sensi dell'art. 109, comma 2, lett. b), D.P.R. n. 917/1986, alla data di maturazione dei medesimi e fino alla risoluzione del contratto o fino alla convalida di sfratto per morosità.

APPALTO: IL COMMITTENTE NON RISPONDE DEI RISARCIMENTI

La responsabilità solidale del committente con l'appaltatore è prevista per i soli crediti di natura retributiva e contributiva - espressione questa da interpretarsi in maniera rigorosa, nel senso della natura strettamente retributiva degli emolumenti che il datore di lavoro è tenuto a corrispondere ai propri dipendenti - ma giammai per quelli di natura risarcitoria. Lo ha deciso la Sezione Lavoro della Cassazione nella sentenza n. 28517 del 6 novembre 2019.

NO AL PROCESSO D'URGENZA SE NON VIENE CORRISPOSTO IL SALARIO

La Seconda Sezione Lavoro del Tribunale di Roma in composizione collegiale (presidente Cambria, relatore Picozzi) nell'ordinanza pronunciata l'11 novembre 2019 nella causa iscritta al n. 30609/19 R.G., premettendo che nell'attuale congiuntura l'esistenza di seri problemi economici è purtroppo comune alla gran parte dei lavoratori, ha argomentato che non può essere riconosciuto un accesso generalizzato e indiscriminato alla tutela processuale. Ritenerne che l'esistenza di difficoltà economiche e della mancata percezione della retribuzione sia sufficiente ad integrare il pregiudizio imminente ed irreparabile cui fa riferimento l'art. 700 cod. proc. civ. ad avviso del Tribunale significherebbe individuare il ricorso al procedimento d'urgenza quale strumento ordinario per la risoluzione della maggior parte delle controversie tra datore di lavoro e lavoratore.

«VECCHIO» CONTRATTO A TERMINE CONVERTITO: NO AL JOBS ACT

Un contratto a tempo determinato sottoscritto prima del 7 marzo 2015, e convertito dal giudice dopo tale data per nullità del termine, non ricade nell'applicazione del Jobs Act (D.Lgs. n. 23/2015), in quanto l'interessato non può considerarsi «nuovo assunto», dal momento che la sentenza che accerta la nullità della clausola appositiva del termine ha natura dichiarativa e non costitutiva (Cassazione Sezione Lavoro 16 gennaio 2020, n. 823).

SE IL WHISTLEBLOWING DIVENTA UN DOVERE

La Sezione Lavoro della Cassazione, con la sentenza n. 30558 del 2019, ha deciso che dai principi di diligenza e di fedeltà formulati dagli artt. 2104 e 2105 cod. civ. consegue l'obbligo di qualsiasi lavoratore – indipendentemente dal tipo di attività svolta, dalle mansioni e dalla qualifica professionale – di informare il datore di lavoro sull'eventuale sussistenza di irregolarità o illeciti posti in essere sia dai superiori gerarchici che dai colleghi. La violazione di quest'obbligo può costituire di per sé, secondo la gravità del caso concreto, giusta causa di licenziamento.

NON È ILLECITO OFFENDERE IL DATORE IN UNA CHAT «CHIUSA»

Si legge nella sentenza depositata il 16 ottobre 2019 dal dott. Vincenzo Nuvoli, Presidente della Sezione Lavoro del Tribunale di Firenze, che non costituisce illecito disciplinare la comunicazione di messaggi offensivi e denigratori rivolti al datore di lavoro se effettuata mediante invio di una chat di whatsapp riservata ad un gruppo circoscritto di colleghi di lavoro, poiché quel tipo di chat, al contrario di quando il tipo di messaggistica telematica la renda accessibile ad un numero potenzialmente illimitato di soggetti, si traduce in uno scambio epistolare privato avvinto dalla segretezza istituita dall'art. 15 Cost., che esclude per sua natura la diffamazione.

IRREGOLARITÀ EDILIZIA E ACCREDITAMENTO SANITARIO REGIONALE

La sentenza n. 5, depositata il 2 gennaio 2020 dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato, chiarisce che la Regione non può negare l'accreditamento ad una struttura sanitaria privata (nella specie, si trattava di un presidio polispecialistico ambulatoriale) sulla base dell'irregolarità edilizia dell'immobile nel quale è gestita. Ad avviso del massimo organo di giustizia amministrativa, l'amministrazione regionale può - e deve - verificare soltanto la regolarità sanitaria e non quella edilizia.

CESSIONE D'AZIENDA: PER I DEBITI PREVALE LA SOLIDARIETÀ

In tema di cessione d'azienda, il principio di solidarietà fra cedente e cessionario, istituito dall'art. 2560, secondo comma, cod. civ. con riferimento ai debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento, principio condizionato al fatto che essi risultino dai libri contabili obbligatori, secondo l'ordinanza n. 32134 depositata il 10 dicembre 2019 dalla Terza Sezione Civile della Cassazione dev'essere applicato tenendo conto della «finalità di protezione della disposizione, la quale consente all'interprete di far prevalere il principio generale della responsabilità solidale del cessionario qualora venga riscontrato un utilizzo della norma volto a perseguire fini diversi da quelli per i quali essa è stata introdotta, nonché un quadro probatorio che, ricondotto alle regole generali fondate anche sul valore delle presunzioni, consenta di fornire una tutela effettiva al creditore che deve essere salvaguardato».

QUANDO LA SUCCESSIONE NELL'APPALTO È TRASFERIMENTO D'AZIENDA

La Sezione Lavoro della Cassazione, nella sentenza n. 2315 del 31 gennaio 2020, ha ribadito che se in un appalto di servizi un appaltatore subentra ad un altro, e nel contempo ne acquisisce il personale ed i beni strumentali organizzati, ciò integra un trasferimento d'azienda, regolato dall'art. 2112 cod. civ. Peraltro nei settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla manodopera anche un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente un'attività comune può corrispondere ad un'entità economica, suscettibile di configurare un'ipotesi di trasferimento di ramo d'azienda. In ogni caso, il fatto che i lavoratori già impiegati nell'esecuzione dell'appalto siano acquisiti dal subentrante in ragione di un obbligo della contrattazione collettiva, oppure di accordo tra l'appaltatore cessato e il subentrante, non è circostanza idonea ad escludere l'applicabilità dell'art. 2112.

LICENZIAMENTO DISCIPLINARE: IL CCNL NON VINCOLA IL GIUDICE

Il giudice, nel sindacare la legittimità di un licenziamento disciplinare, non è vincolato alle previsioni della contrattazione collettiva che graduano le sanzioni disciplinari, dal momento che «giusta causa» e «giustificato motivo» sono nozioni legali. La scala valoriale recepita nel contratto collettivo deve costituire, tuttavia, uno dei parametri cui occorre fare riferimento per riempire di contenuto la clausola generale istituita, in materia, dall'art. 2119 cod. civ. Lo ha affermato la Sezione Lavoro della Cassazione nella sentenza n. 708 del 15 gennaio 2020.