



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

OTTOBRE 2018

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.

IL DPO DEVE AVERE COMPETENZE GIURIDICHE

Secondo la Prima Sezione del Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli-Venezia Giulia (sentenza n. 287 del 13 settembre 2018) in tema di privacy i presupposti per la corretta individuazione della figura del DPO (il Responsabile della Protezione dei Dati), sia da parte di soggetti pubblici che privati, sono individuati dalla norma posta dal quinto comma dell'art. 37 del Regolamento europeo 679/2016, in base al quale «è designato in funzione delle qualità professionali, in particolare della conoscenza specialistica della normativa e delle prassi in materia di protezione dei dati e della capacità di assolvere i compiti di cui all'art. 39»; il che sta a significare, ha concluso il giudice amministrativo, che il profilo del DPO non può che qualificarsi come «eminentemente giuridico», nel senso che non può non avere competenze nell'ambito giuridico.

UN OSPEDALE CATTOLICO PUÒ LICENZIARE UN MEDICO DIVORZIATO?

L'Unione europea è tornata ad occuparsi della delicata questione dell'obbligazione di coerenza del dipendente con la tendenza religiosa professata dall'organizzazione datoriale. L'art. 4, par. 2, secondo comma, della direttiva europea 2000/78, stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. La Corte di Giustizia dell'Unione europea, nella sentenza C-68/17 dell'11 settembre 2018, ha stabilito che la norma va interpretata nel senso che un'organizzazione la cui etica sia fondata sulla religione, e che gestisce una struttura ospedaliera costituita in forma di società di capitali di diritto privato (nella specie, vigilata dall'Arcivescovado di Colonia), può adottare una differenza di trattamento, in termini di obblighi di atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti di detta etica, tra dipendenti in posizioni direttive, solo se, tenuto conto della natura delle attività professionali interessate o del contesto in cui sono esercitate, la religione costituisce un requisito professionale essenziale, legittimo e giustificato rispetto all'etica dell'organizzazione e conforme al principio di proporzionalità. La Corte ha ritenuto discriminatorio il licenziamento comminato al primario del reparto di medicina interna perché, divorziato dalla moglie sposata con rito cattolico, aveva successivamente contratto un matrimonio civile senza che il primo matrimonio fosse stato annullato: secondo il giudice di Lussemburgo, l'adesione alla concezione cattolica del matrimonio non appariva necessaria per l'affermazione dell'etica datoriale, tenuto conto delle attività professionali svolte dal dipendente, rispetto alle quali la coerenza con questa etica non costituiva una condizione essenziale dell'attività professionale.

IL CONTROLLO DELL'AUTORITÀ AMMINISTRATIVA SULLE FONDAZIONI

Le forme di controllo pubblico cui l'art. 25 cod. civ. assoggetta le fondazioni sono preordinate alla tutela dell'ente, trovando ragione nell'assenza di un controllo interno analogo a quello esercitato nelle associazioni dei membri o da appositi organi a ciò deputati. I poteri dell'autorità amministrativa esprimono non una funzione di tutela nel merito, o di controllo sulla mera opportunità delle determinazioni gestionali, che sarebbero - specie alla luce delle riforme liberalizzatrici del 1997/2000 - incompatibili con l'autonomia privata degli enti destinatari; ma piuttosto una funzione di vigilanza, cioè di controllo di legittimità rispetto alla legge e all'atto di fondazione in rapporto alla preservazione del vincolo di destinazione del patrimonio allo scopo voluto dal fondatore e a suo tempo stimato meritevole di separazione di responsabilità con l'atto di riconoscimento giuridico della fondazione (Cons. Stato, Quinta Sezione, 13 luglio 2018, n. 4288).

I DIVERSI TIPI DI PLAGIO

La Prima Sezione Civile della Cassazione nell'ordinanza n. 14635 del 6 giugno 2018 fa il punto sulla nozione di «plagio» in base alla normativa sul diritto d'autore (L. n. 633/1941). È «plagio semplice» l'appropriazione totale o parziale, mediante pedissequa imitazione o riproduzione, di un'opera dell'ingegno altrui, avente i requisiti della creatività, che si voglia far passare per propria. È «contraffazione» la sostanziale riproduzione dell'opera originale, con differenze di mero dettaglio frutto, non di un apporto creativo, bensì del mascheramento dell'intervento, al fine di farla apparire inesistente. È «plagio evolutivo» quello contraddistinto da una distinzione solo formale con l'opera originaria, sicché la nuova, per quanto non pedissequamente imitativa o riproduttiva dell'altra, per il tratto sostanzialmente rielaborativo dell'intervento, si traduce non già in un'opera originale e individuale, per quanto ispirata da quella preesistente, bensì nell'abusiva rielaborazione dell'opera originaria.

LA DENUNCIA DI SUCCESSIONE NON È ACCETTAZIONE DI EREDITÀ

Spetta a chi agisce in giudizio nei confronti del preteso erede l'onere di provare l'assunzione da parte del convenuto della qualità di erede, qualità che non può desumersi dalla sola chiamata all'eredità, ma consegue all'accettazione dell'eredità, espressa o tacita, la cui ricorrenza rappresenta un elemento costitutivo del diritto azionato nei confronti del soggetto evocato in giudizio. Ne deriva che, in ipotesi di debiti del defunto, non può ritenersi obbligato chi abbia rinunciato all'eredità con l'apposita dichiarazione prevista dall'art. 519 cod. civ., sempre che egli non abbia posto in essere comportamenti dai quali desumere un'accettazione implicita dell'eredità, del cui peso probatorio è onerato l'attore e che non può fondarsi sulla sola presentazione della denuncia di successione, che non ha alcun rilievo ai fini dell'accettazione dell'eredità (Cassazione, Sesta Sezione Civile, Sottosezione 5, 17 luglio 2018, n. 19030, ord.).

L'AGGRAVANTE PENALE DELL'ODIO RAZZIALE

L'art. 604-ter cod. pen. stabilisce che per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità, la pena è aumentata fino alla metà. Nella sentenza n. 27462, depositata dalla Quinta Sezione Penale il 14 giugno 2018, è stato stabilito che quando una persona, nel commettere il reato di lesioni volontarie e minaccia aggravata, sceglie consapevolmente modalità fondate sul disprezzo razziale deve ritenersi che lo stesso persegua la finalità che caratterizza l'aggravante e ciò a prescindere dal movente che ha innescato la condotta e che potrebbe essere anche di tutt'altra natura.

MORTE DEL DANNEGGIATO: AGLI EREDI SOLO INDENNITÀ TEMPORANEA

Nella sentenza n. 18328 del 12 luglio 2018 la Terza Sezione Civile della Cassazione argomenta, in tema di danno da perdita della vita, che nel caso in cui intercorra un certo lasso di tempo tra le lesioni colpose e la morte da esse causata, è configurabile un danno biologico risarcibile, trasmissibile a titolo ereditario, da liquidarsi in relazione alla menomazione dell'integrità fisica subita dal *de cuius* dall'evento dannoso sino al decesso, da commisurare dunque all'inabilità temporanea.

L'INSOLVENZA FRAUDOLENTA MEDIANTE REVOCA DEL BONIFICO

Convincere il debitore di avere pagato il debito esibendogli un ordine di bonifico bancario, successivamente revocato ad insaputa dello stesso, integra il reato di insolvenza fraudolenta e non quello di truffa (Cassazione, Seconda Sezione Penale, 19 giugno 2018, n. 28168).

L'AVVIAMENTO AZIENDALE SI CALCOLA SULLA BASE DEI REDDITI LORDI

Per le cessioni d'azienda o di rami d'azienda il valore dell'atto dichiarato dalle parti è controllato dall'amministrazione finanziaria - ai sensi dell'art. 51, comma 4, D.P.R. n. 131/1986 ed ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro - con riferimento al valore complessivo dei beni che compongono l'azienda, compreso l'avviamento. La Quinta Sezione Civile della Cassazione, nella sentenza n. 18940 del 17 luglio 2018, ha stabilito che il contribuente, nel dichiarare il valore dell'avviamento, deve effettuare i calcoli sulla base dei redditi ritraibili dall'azienda ceduta al lordo delle imposte.

ESTINZIONE DELLA SOCIETÀ: I SOCI SUCCEDONO NEL PROCESSO

È ammissibile, perché sorretto da interesse ad agire, il ricorso rivolto nei confronti dei soci di una società di capitali cancellata dal Registro delle imprese, anche se non abbiano riscosso alcuna quota all'esito della liquidazione della società, così come è ammissibile la prosecuzione del giudizio nei loro confronti nel caso in cui la cancellazione intervenga nel corso del giudizio originariamente instaurato nei confronti della società, essendo i soci successori nel processo «ope legis» ai sensi dell'art. 110 cod. proc. civ. È quanto si legge nella sentenza n. 15035 depositata il 16 giugno 2017 dalla Quinta Sezione Civile della Cassazione, secondo cui pure l'impugnazione della sentenza resa nei riguardi della società estinta deve provenire o essere indirizzata, a pena di inammissibilità, dai soci o nei confronti dei soci in quanto il limite di responsabilità degli stessi di cui all'art. 2495 cod. civ. non incide sulla loro legittimazione processuale ma, al più, sull'interesse ad agire dei creditori sociali, interesse che, tuttavia, non è di per sé escluso dalla circostanza che i soci non abbiano partecipato utilmente alla ripartizione finale, potendo, ad esempio, sussistere beni e diritti che, sebbene non ricompresi nel bilancio di liquidazione della società estinta, si sono trasferiti ai soci.

CONSEGUENZE SULLA PENSIONE DEL CAMBIAMENTO DI SESSO

La Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea con sentenza del 26 giugno 2018 (C-451/16) ha stabilito che la direttiva 79/7 - e, in particolare, l'art. 4, par. 1 - dev'essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale che impone alla persona che abbia cambiato sesso, qualora intenda beneficiare di una pensione statale di fine lavoro a partire dall'età pensionabile legale prevista per le persone del sesso acquisito, di soddisfare non soltanto criteri di ordine fisico, sociale e psicologico, ma anche la condizione di non essere sposata con una persona del sesso acquisito.

QUANDO IL TRASFERIMENTO IN SEDI LONTANE È ABUSO DEL DIRITTO

La Sezione Lavoro della Cassazione, con la sentenza n. 15885 del 15 giugno 2018, ha stabilito che è configurabile abuso del diritto quando il datore di lavoro, pur in assenza di divieti formali, eserciti il potere di variare la sede di lavoro trasferendo il dipendente in sedi lontane o disagiate, con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio del lavoratore al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quel potere è attribuito.

LOCAZIONI: NULLA LA CLAUSOLA DI DURATA INFERIORE ALLA MINIMA

In tema di locazioni ad uso non abitativo, qualora le parti abbiano concordato una durata del contratto inferiore a quella minima imposta per legge (in genere, sei anni), la clausola è destinata ad essere sostituita di diritto dalla norma imperativa; ma ciò non comporta, come ribadito dalla Terza Sezione Civile della Cassazione con l'ordinanza n. 20974 del 23 agosto 2018, la nullità dell'intero contratto, che resta salvo in ogni sua altra parte.

È REATO ESPORRE AL SOLE BOTTIGLIE D'ACQUA POSTE IN VENDITA

La Terza Sezione Penale della Cassazione con la sentenza n. 39037 del 28 agosto 2018 ha stabilito che si configura il reato di detenzione per la vendita di sostanze alimentari in cattivo stato di conservazione quando venga violato il divieto di esporre le bottiglie di acqua alla luce o al calore del sole.

LA LOCAZIONE CONTINUA CON L'ACQUIRENTE DELL'IMMOBILE

In mancanza di una contraria volontà dei contraenti, la vendita e la donazione dell'immobile locato determinano, ai sensi degli artt. 1599 e 1602 cod. civ., la surrogazione, nel rapporto di locazione, dell'acquirente, il quale subentra nei diritti e nelle obbligazioni del locatore senza necessità del consenso del conduttore. Lo ha ribadito la Terza Sezione Civile della Cassazione nell'ordinanza n. 18536 del 13 luglio 2018, affermando che la cessione della locazione dal lato attivo realizza una semplice cessione del credito nella quale il conduttore conserva integra la sua posizione nel rapporto contrattuale, così versando in una posizione di indifferenza giuridica rispetto al soggetto al quale deve pagare il canone di locazione.

IL RICLASSAMENTO CATASTALE VA MOTIVATO

La Sottosezione 5 della Sesta Sezione Civile della Cassazione nell'ordinanza n. 16872 del 26 giugno 2018 ha argomentato, in tema di motivazione dell'atto di classamento, che laddove il nuovo classamento sia stato adottato nell'ambito di una revisione dei parametri catastali della microzona in cui l'immobile è situato, giustificata dal significativo scostamento del rapporto tra valore di mercato e valore catastale rispetto all'analogo rapporto nell'insieme delle microzone comunali, non può ritenersi congruamente motivato il provvedimento che faccia riferimento ai provvedimenti amministrativi a fondamento del riclassamento se da questi ultimi non sono evincibili gli elementi che, in concreto, hanno inciso sul diverso classamento.

È NULLA LA PENALE DI IMPORTO IRRISORIO

L'art. 1229 cod. civ. commina la nullità a qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave, nonché per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico. La sentenza n. 18338, depositata dalla Terza Sezione Civile della Cassazione il 12 luglio 2018, ha dichiarato la nullità della clausola penale per l'irrisorietà del risarcimento del danno pattuito preventivamente, dal momento che la stessa irrisorietà costituisce elemento sintomatico dell'aggiramento del divieto di limitazione di responsabilità stabilito, appunto, dalla norma codicistica.

L'ASSISTENZA AI BAGNANTI DI UNA PISCINA DEV'ESSERE CONTINUA

La Quarta Sezione Penale della Cassazione nella sentenza n. 39139 depositata il 29 agosto 2018, rilevato che il punto 4 dell'Intesa Stato-Regioni del 16 gennaio 2003 prevede che l'assistenza ai bagnanti va assicurata durante tutto l'orario di funzionamento della piscina dall'assistente, ha affermato che commette il reato di lesioni personali colpose, in danno di un frequentatore del centro sportivo colto da congestione, il gestore di una piscina che adibisca una sola persona all'assistenza dei bagnanti, senza consentirle di dedicarsi soltanto ai compiti di assistenza e di salvataggio.

SUCCESSIONE DI APPALTI: QUAND'È TRASFERIMENTO D'AZIENDA?

L'identità di un'entità economica fondata essenzialmente sulla manodopera può essere mantenuta qualora la parte essenziale del suo organico venga riassunta dal cessionario. L'art. 1, par. 1, della direttiva 2001/23, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti d'azienda, dev'essere perciò interpretato, secondo quanto stabilito dalla Decima Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea con sentenza dell'11 luglio 2018 (C-60/17), nel senso che tale direttiva si applica ad una situazione in cui un committente ha risolto il contratto di prestazione di servizi concluso con un'impresa e ha stipulato, ai fini dell'esecuzione di tale prestazione, un nuovo contratto con un'altra impresa che riassume, in forza di un contratto collettivo, una parte essenziale, in termini di numero e di competenze, dell'organico che la prima impresa aveva assegnato all'esecuzione dell'appalto.

SUCCESSIONE DI APPALTI: TUTELE APPLICABILI AI RAPPORTI IN CORSO

La Quinta Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea, con sentenza del 7 agosto 2018 (C-472/16), ha stabilito che l'art. 4, par. 1, della direttiva 2001/23, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti d'azienda, dev'essere interpretato nel senso che nel caso in cui l'aggiudicatario di un appalto di servizi in una scuola cessa tale attività alla fine delle lezioni, quindi due mesi prima della conclusione dell'anno scolastico, licenziando il personale, e il nuovo aggiudicatario riprenda l'attività all'inizio dell'anno scolastico successivo, il licenziamento dei dipendenti risulta essere dipendente da giustificato motivo, a condizione che le circostanze che hanno dato luogo al licenziamento dei dipendenti e la designazione tardiva di un nuovo appaltatore non costituiscano una misura deliberata volta a privare i lavoratori interessati dei diritti loro conferiti dalla stessa direttiva 23.