



# Studio legale e commerciale Montemarano

associazione tra professionisti

segreteria@studiomontemarano.it - www.studiomontemarano.it

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

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

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

## FLASHNEWS

LUGLIO 2016

*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.*

### LE ATTIVITÀ COMMERCIALI DELLE SOCIETÀ CONSORTILI

Le Sezioni Unite Civili della Cassazione, con la sentenza n. 12190 del 14 giugno 2016, hanno confermato che la causa consortile non è ostativa allo svolgimento, da parte della società consortile, di una distinta attività commerciale con scopo di lucro.

### LICENZIAMENTO G.M.O.: COSA DEVE PROVARE IL DATORE DI LAVORO

In caso di adozione di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il datore di lavoro ha l'onere di allegare e provare: a) la soppressione del reparto o della posizione lavorativa cui era adibito il dipendente licenziato, a tal fine non bastando un generico ridimensionamento dell'attività imprenditoriale; b) l'impossibilità di un'utile riallocazione del lavoratore in mansioni equivalenti a quelle da ultimo espletate, vale a dire l'impossibilità di repêchage; c) l'assenza di nuove assunzioni, per un congruo periodo di tempo successivo al licenziamento, di personale addetto a mansioni equivalenti, per il tipo di professionalità richiesta, a quelle espletate dal dipendente licenziato. Peraltro, poiché onere di allegazione o onere probatorio non possono che incombere sulla medesima parte, nel senso che chi ha l'onere di provare un fatto primario (costitutivo del diritto azionato o impeditivo, modificativo o estintivo dello stesso) ha, altresì, l'onere della relativa compiuta allegazione, non incombe sul lavoratore l'onere di segnalare postazioni di lavoro, analoghe a quella soppressa ed alla quale era adibito, cui essere utilmente riallocato (Cassazione, Sezione Lavoro, 13 giugno 2016, n. 12101).

### È PECULATO L'OMESSO VERSAMENTO DELL'IMPOSTA DI SOGGIORNO

Ad avviso del Tribunale di Firenze (sentenza penale n. 241 del 2 febbraio 2016), il gestore di una struttura ricettiva, tenuto ad incassare dall'utente l'imposta di soggiorno, è da considerare, quando svolge tale incombenza, incaricato di pubblico servizio. Sicché, se poi non versa il tributo all'ente impositore, commette il reato di peculato.

### PREVEDIBILI LE BUCHE SULLE STRADE: NO AL RISARCIMENTO

Secondo la Sesta Sezione Civile della Cassazione la concreta possibilità per l'utente danneggiato di percepire o prevedere, con l'ordinaria diligenza, l'anomalia, esclude la configurabilità dell'insidia e della conseguente responsabilità della pubblica amministrazione per il difetto di manutenzione della strada pubblica (sentenza n. 12174 del 14 giugno 2016).

### ANCORA SUL SOSTEGNO NELLE SCUOLE PARITARIE

La Quarta Sezione del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, nella sentenza n. 3089 del 20 giugno 2016, pur riconoscendo la permanenza al riguardo di un contrasto di giurisprudenza, ha affermato che non è applicabile agli istituti scolastici paritari il principio, dettato dalla sentenza n. 80/2010 della Corte Costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 2, comma 413, L. n. 244/2007 nella parte in cui fissa un limite massimo al numero dei posti degli insegnanti di sostegno, poiché la pronuncia si riferisce ai soli istituti scolastici pubblici. Né vale in contrario osservare, aggiunge il Tribunale, che le scuole paritarie non possono rifiutare l'iscrizione di alunni disabili, poiché esse possono contare su un sistema di finanziamento di natura privata, cioè le rette pagate dalle famiglie degli alunni, che esclude la possibilità di una piena e completa assimilazione degli istituti paritari a quelli pubblici e che rende ragionevole il limite posto dal DM n. 25/2011, concernente i criteri ed i parametri per l'assegnazione dei contributi alle scuole paritarie.

### **L'ASSEGNO POSTDATATO EQUIVALE A PROMESSA DI PAGAMENTO**

La trattenza di un assegno privo di data oppure postdatato, dato al creditore a garanzia di un debito, è contrario alle norme imperative contenute negli artt. 1 e 2 R.D. n. 1736/1933. La Prima Sezione Civile della Cassazione, con la sentenza n. 10710 del 24 maggio 2016, ha perciò dichiarato nullo il patto di garanzia sottostante, che avrebbe consentito al portatore di far valere l'assegno quale titolo esecutivo.

### **PRESUPPOSTI DI ESEGUIBILITÀ DEL MANDATO D'ARRESTO EUROPEO**

La Sesta Sezione Penale della Cassazione ha affermato nella sentenza n. 21991 del 25 maggio 2016 che l'autorità giudiziaria italiana, ai fini della riconoscibilità del presupposto dei gravi indizi di colpevolezza, deve limitarsi a verificare che il mandato di arresto europeo sia, per il suo contenuto intrinseco o per gli elementi raccolti in sede investigativa, fondato su un compendio indiziario che l'autorità giudiziaria emittente abbia ritenuto seriamente vocativo di un fatto-reato commesso dalla persona di cui si chiede la consegna.

### **CONDONO EDILIZIO: DATA CERTA PER L'ULTIMAZIONE DEGLI ABUSI**

Secondo la Sesta Sezione del Consiglio di Stato (sentenza n. 2179 del 24 maggio 2016), l'onere probatorio dell'ultimazione delle opere edilizie abusive entro il termine utile per il condono grava sul richiedente, in quanto soltanto l'interessato può fornire inconfutabili atti, documenti ed elementi probatori in grado di radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione dell'abuso. Ne consegue che quando, in base agli atti allegati dal richiedente, emergano rilevanti dubbi in ordine all'effettivo momento di realizzazione - nonché, più in generale, dubbi in ordine all'attendibilità del quadro temporale rappresentato - legittimamente la pubblica amministrazione può respingere l'istanza di condono, senza che sulla stessa gravi l'onere di fornire, a propria volta, un'autonoma prospettazione in ordine al momento in cui verosimilmente gli interventi abusivi rappresentati sono stati realizzati.

### **IL RISARCIMENTO DEI DANNI ALL'IMMOBILE VENDUTO**

La Prima Sezione Civile della Cassazione, nella sentenza n. 11649 del 7 giugno 2016, ha argomentato che il diritto al risarcimento del danno subito dall'immobile, in caso di sua alienazione, non si trasferisce insieme al diritto reale, come accadrebbe nel caso in cui si trattasse di un elemento accessorio. A tali fini sarebbe necessario uno specifico atto di cessione, ai sensi dell'art. 1260 cod. civ., per cui, quando accanto all'atto di trasferimento del bene non vi sia anche l'atto di cessione del credito, il diritto risarcitorio spetta esclusivamente al proprietario dell'immobile nel momento in cui si è verificato l'evento dannoso.

### **SCUOLA: DOCENZA DI SOSTEGNO E ASSISTENZA SPECIALISTICA**

L'art. 13, comma 3, L. n. 104/1992, nel disporre che nelle scuole di ogni ordine e grado, fermo restando l'obbligo per gli enti locali di fornire l'assistenza per l'autonomia e la comunicazione personale degli alunni con handicap fisici o sensoriali, sono garantite attività di sostegno mediante l'assegnazione di docenti specializzati, chiarisce la distinzione tra il sostegno educativo didattico, assicurato da docenti specializzati, e l'assistenza materiale, assicurata da personale non docente messo a disposizione dai Comuni. La sentenza n. 2788 del 1° giugno 2016, depositata dalla Quarta Sezione del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, ribadisce che all'alunno disabile con connotazione di gravità dev'essere assicurato, oltre ad un insegnante di sostegno per un numero di ore settimanali parametrato alla patologia dalla quale risulta affetto, anche l'ulteriore figura dell'assistente specialistico.

### **LA CONTABILITÀ IN NERO LEGITTIMA L'ACCERTAMENTO INDUTTIVO**

La Quinta Sezione Civile della Cassazione nella sentenza n. 11957 del 10 giugno 2016 ha ribadito che la «contabilità in nero», costituita da appunti personali ed informazioni dell'imprenditore, rappresenta un valido elemento indiziario, dotato dei requisiti di gravità, precisione e concordanza; ne consegue che essa, per il suo valore probatorio, legittima di per sé, a prescindere dalla sussistenza di qualsiasi altro elemento, il ricorso all'accertamento induttivo, incombendo al contribuente l'onere di fornire la prova contraria se vuole contestare l'atto impositivo notificatogli.

### **CONTRIBUTI INPS: QUANDO C'È EVASIONE E QUANDO OMISSIONE**

In tema di obbligazioni contributive nei confronti delle gestioni previdenziali ed assistenziali, l'omessa o infedele denuncia mensile all'Inps di rapporti di lavoro o di retribuzioni erogate, ancorché registrati nei libri di cui è obbligatoria la tenuta, concretizza l'ipotesi di «evasione» contributiva (art. 116, comma 8, lett. b, L. n. 388/2000) e non la meno grave fattispecie della «omissione» contributiva, che riguarda le sole ipotesi in cui il datore di lavoro, pur avendo provveduto a tutte le denunce e registrazioni obbligatorie, ometta il pagamento dei contributi. Formulando questo principio la Sezione Lavoro della Cassazione, nella sentenza n. 11626 del 7 giugno 2016, ha chiarito che l'omessa o infedele denuncia configura occultamento dei rapporti o delle retribuzioni, o di entrambi, e fa presumere l'esistenza della volontà datoriale di realizzare tale occultamento allo specifico fine di non versare i contributi o i premi dovuti. In tali casi, grava sul datore di lavoro l'onere di provare la mancanza dell'intento fraudolento.

### **I DIFFICILI RAPPORTI TRA BANCA E CLIENTE**

In tema di rapporti con le banche, la sottoscrizione, da parte del cliente, della clausola in calce al modulo d'ordine, contenente la segnalazione di inadeguatezza dell'operazione, sulla quale egli è stato avvisato, è idonea a far presumere assolto l'obbligo previsto in capo all'intermediario dall'art. 29, comma 3, del Regolamento Consob 1° luglio 1998, n. 11522. Tuttavia, a fronte della contestazione del cliente, il quale alleggi quali specifiche informazioni furono omesse, grava sulla banca l'onere di provare, con qualsiasi mezzo, che essa aveva specificamente reso quelle determinate informazioni.

### **I DIFFICILI RAPPORTI TRA COMMERCIALISTA E CLIENTE**

L'ordinanza n. 11832, depositata il 9 giugno 2016 dalla Sesta Sezione Civile della Cassazione, fa il punto sulla giurisprudenza in tema di sanzioni amministrative per violazione di norme tributarie. L'art. 5 D.Lgs. n. 472/1997 richiede la consapevolezza del contribuente in ordine al comportamento sanzionato, condotta che non deve essere necessariamente dolosa, sanzionando la legge anche la semplice negligenza. Gli obblighi tributari relativi alla presentazione della dichiarazione dei redditi ed alla tenuta delle scritture non possono considerarsi assolti con l'affidamento delle relative incombenze ad un professionista, richiedendosi anche un'attività di controllo e di vigilanza sulla loro effettiva esecuzione, nel concreto superabile soltanto a fronte di un comportamento fraudolento dello stesso professionista, finalizzato a mascherare l'inadempimento dell'incarico ricevuto. Ne consegue che l'affidamento ad un commercialista del mandato a trasmettere per via telematica la dichiarazione alla competente Agenzia delle entrate non esonera il soggetto obbligato alla dichiarazione fiscale dal vigilare affinché tale mandato sia adempiuto. Pertanto, rilevando ai fini dell'irrogazione delle sanzioni amministrative per violazione di norme tributarie la coscienza e volontà, il contribuente ha l'obbligo di presentare correttamente e fedelmente la dichiarazione, di redigerla in modo fedele e di fare i versamenti dovuti in base ad essa e quando si rivolga ad un intermediario abilitato per la compilazione e la trasmissione - ovvero per la sola trasmissione - del modello, è suo preciso obbligo quello di far sì che la dichiarazione sia correttamente e fedelmente compilata e tempestivamente presentata.

### **QUANDO IL GENITORE RICORRE ALL'USO DELLA FORZA**

La condotta del padre nell'afferrare la figlia minore per il collo, nel tentativo di farla smettere di disturbare, comporta la configurabilità del reato di lesioni personali, ricorrendo quanto meno il dolo eventuale. Non può escludersi, infatti, che costui si sia rappresentato come seriamente possibile, sebbene non certo, il verificarsi dell'evento - nella specie, contusioni alle regioni laterali del collo - come conseguenza dell'azione e, pur di non rinunciare ad essa, abbia accettato che il fatto potesse verificarsi, decidendo di agire comunque. Lo ha stabilito la sentenza n. 21696, depositata il 24 maggio 2016 dalla Quinta Sezione Penale della Cassazione.

### **LA LESIONE DEL DIRITTO DI VEDERE LA TELEVISIONE**

La Terza Sezione Civile della Cassazione, con la sentenza n. 11912 del 10 giugno 2016, ha deciso che quando impianti vicini ai luoghi determinino frequenti interferenze del segnale satellitare, con interruzioni periodiche e costanti, il danno subito va risarcito ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., giacché il diritto del cittadino a vedere senza interruzione programmi televisivi è un diritto soggettivo meritevole di tutela.

**NO AL LICENZIAMENTO DEI «FURBETTI DEL CARTELLINO»**

L'irregolare timbratura dei cartellini di presenza, col risultato di realizzare una discrasia tra l'orario di lavoro risultante dalla timbratura e quello di effettivo ingresso nel luogo di lavoro, non è sanzionabile con il licenziamento qualora non rientri tra gli illeciti disciplinari inclusi dalla contrattazione collettiva tra quelli punibili con la sanzione espulsiva, mentre comportamenti diversi e più gravi di quello addebitato sono puniti con sanzione conservativa, dal momento che il datore di lavoro non può irrogare il licenziamento quando questo costituisca una sanzione più grave di quella prevista dal contratto collettivo in relazione ad una determinata infrazione. Lo ha deciso la Sezione Lavoro della Cassazione con la sentenza n. 11630 del 7 giugno 2016.

**PROFESSIONISTA: PAGHI LE TASSE ANCHE SE RINUNCIA ALLA PARCELLA**

La Terza Sezione della Commissione Tributaria Provinciale di Ancona, con la sentenza n. 1279 depositata il 16 maggio 2016, ha stabilito che chi decide di non voler essere pagato per una prestazione professionale deve emettere comunque fattura, rinunciando ad incassare la parcella ma versando in ogni caso all'Erario le imposte sull'importo fatturato. Secondo il giudice tributario è senz'altro lecito che un professionista decida di rinunciare agli onorari, o di incassare per una prestazione somme irrisorie, per rapporti di consuetudine, amicizia, cortesia, convenienza sociale, volontariato, ma in tal caso deve accollarsi anche l'onere fiscale e non accollarlo allo Stato e, quindi, a tutti i cittadini contribuenti.

**IL GIUDICE PUÒ RETTIFICARE LA DATA ERRATA DEL TESTAMENTO**

L'art. 602 cod. civ. stabilisce che il testamento olografo dev'essere scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore; la sottoscrizione va posta alla fine delle disposizioni (se anche non è fatta indicando nome e cognome, è tuttavia valida quando designa con certezza la persona dell'estensore); la data deve contenere l'indicazione del giorno, mese e anno. La Seconda Sezione Civile della Cassazione, con la sentenza n. 10613 del 23 maggio 2016, ha stabilito che l'errata indicazione della data, dovuta ad errore materiale riconoscibile, può essere rettificata dal giudice, avvalendosi di altri elementi intrinseci della scheda testamentaria.

**NON SERVE LA «DIA» PER RECINTARE UN TERRENO**

La Terza Sezione del Tribunale Amministrativo delle Marche ha affermato nella sentenza n. 325 del 21 maggio 2016 che non occorre la «Dia», né alcuna altra autorizzazione amministrativa, per recintare con una rete metallica o una struttura in legno un terreno, poiché la recinzione non costituisce trasformazione urbanistica, non comportando una trasformazione morfologica del territorio, bensì libera e legittima manifestazione del diritto di proprietà.

**LE DIFFICOLTÀ DEL RECUPERO DEI CREDITI**

Nel processo esecutivo rientrano pure, tra le spese che il creditore procedente deve anticipare, ai sensi dell'art. 8 D.P.R. n. 115/2002, quelle immanenti alla realizzazione dello scopo proprio dell'esecuzione, in quanto destinate ad evitarne la chiusura anticipata, come le spese necessarie per il mantenimento in esistenza del bene pignorato, quelle destinate ad evitarne il crollo ovvero, in generale, il perimento. Lo si legge nella sentenza n. 12877 del 22 giugno 2016 della Terza Sezione Civile della Cassazione.

**INCIDENTI STRADALI: IL «CID» NON VINCOLA IL GIUDICE**

Le risultanze del verbale di constatazione amichevole («Cid») redatto dai conducenti dei veicoli coinvolti in un incidente stradale non vincolano il giudice, in quanto nel nostro ordinamento vige il principio del libero convincimento di costui e non esiste una gerarchia di efficacia delle prove (Cassazione, Terza Sezione Civile, 21 giugno 2016, n. 12845).

**GLI INTERESSI BANCARI CON FLUTTUAZIONE APERTA**

La Prima Sezione Civile della Cassazione con la sentenza n. 12965 del 22 giugno 2016 ha deciso che la clausola contenuta nei contratti di apertura di credito in conto corrente, che preveda l'applicazione di un determinato tasso sugli interessi dovuti dal cliente e con fluttuazione tendenzialmente aperta, da correggere con sua automatica riduzione in caso di superamento del «tasso soglia usurario», ma solo mediante l'astratta affermazione del diritto alla restituzione del supero in capo al correntista, è nulla perché tesa ad eludere il divieto di pattuire interessi usurari, previsto per il contratto di mutuo dall'art. 1815, comma 2°, cod. civ.