

## **NEWSLETTER**

*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. 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. In questa sezione viene pubblicata periodicamente l'ultima flashnews inviata.*

## **GENNAIO 2018**

### **PRIVACY: DAL 25 MAGGIO 2018 SARÀ OBBLIGATORIA LA NOMINA DEL DPO**

Il Regolamento UE n. 2016/679 dal 25 maggio 2018 interverrà a modificare il codice della privacy. Tra le novità vi è l'obbligatoria introduzione della figura del «Responsabile della protezione dei dati personali» (o DPO: *Data Protection Officer*). Il DPO potrà essere un soggetto interno o esterno all'azienda; a condizione, tuttavia, che sia in possesso di abilità e competenze giuridiche e che sia professionalmente idoneo a gestire le situazioni di rischio. Dovrà, pertanto, nominarsi una figura apicale, se si deciderà di affidare la funzione ad un soggetto interno; altrimenti dovrà essere nominato un professionista, esperto in materia di privacy, che conosca la realtà e le dinamiche aziendali e che sia in possesso di un'adeguata preparazione specifica, attestata da titoli di studio e di specializzazioni idonei. Il DPO non è un semplice consulente aziendale; le Linee guida sul DPO adottate il 13 dicembre 2016 dal Working Party istituito dall'art. 29 della direttiva n. 95/46 (WP 243), al punto 4.2 stabiliscono: «Qualora il titolare non concordi con le indicazioni fornite dal DPO, è necessario che la documentazione relativa alla DPIA (Valutazione di impatto) riporti specificamente e per iscritto le motivazioni per cui lo stesso titolare ha ritenuto di non conformarsi alle indicazioni ricevute».

### **È REATO OGNI INTERVENTO SUGLI IMMOBILI DI INTERESSE CULTURALE**

L'esecuzione di lavori su un immobile assoggettato al vincolo di interesse culturale in mancanza di autorizzazione alla loro esecuzione integra reato indipendentemente dalla realizzazione di un effettivo pregiudizio al valore culturale del bene, dal momento che si è al cospetto di un reato di pericolo astratto, in cui ciò che rileva non è il danno eventualmente arrecato al bene oggetto di intervento, che potrebbe non esistere in assoluto, bensì la mancata osservanza di obblighi formali nei confronti delle autorità preposte al controllo sui beni culturali, sul rilievo che soltanto in forza di tale osservanza si possa prevenire l'esecuzione di opere intrinsecamente pericolose per l'integrità e la conservazione dei beni culturali. Inoltre quando gli interventi portano ad un organismo edilizio diverso dal precedente, tanto da stravolgere l'impianto originario del bene vincolato, si configurano tanto il reato di abusivo intervento su beni culturali quanto il reato urbanistico (Cassazione, Terza Sezione Penale, 10 ottobre 2017, n. 46479).

### **FECONDAZIONE ETEROLOGA: NO AL DISCONOSCIMENTO DI PATERNITÀ**

L'art. 9 L. n. 40/2004 chiarisce che, in caso di inseminazione eterologa, il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento di paternità

(anche quando sia affetto da «impotentia generandi», avendo oltretutto la Corte Costituzionale, con sentenza n. 162 del 2014, dichiarato l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, in caso di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili). L'art. 6 della stessa legge tratta del consenso del coniuge o del partner, precisando che la volontà può essere da lui revocata sino al momento della fecondazione dell'ovulo. La revoca del consenso in un momento successivo non appare compatibile, secondo l'ordinanza n. 30294 depositata il 18 dicembre 2017 dalla Sesta Sezione Civile della Cassazione, con la tutela degli embrioni e priverebbe il nato di una delle due figure genitoriali e del connesso rapporto affettivo ed assistenziale, stante l'impossibilità di accertare la reale paternità a fronte dell'impiego di seme di provenienza ignota. Secondo la Corte, peraltro, non costituirebbe più un valore di rilevanza costituzionale assoluta la preminenza della verità biologica rispetto a quella legale, tant'è l'art. 244 cod. civ., a seguito della riforma del 2013, impedisce al genitore di proporre l'azione di disconoscimento oltre i cinque anni dal giorno della nascita del figlio.

### **LA RACCOMANDATA SPEDITA SI PRESUME RICEVUTA**

La raccomandata, anche in mancanza dell'avviso di ricevimento, costituisce prova certa della spedizione attestata dall'ufficio postale attraverso la ricevuta, da cui consegue - come dispone l'ordinanza n. 335 depositata dalla Sezione Lavoro della Cassazione il 10 gennaio 2018 - la presunzione, fondata sulle univoche e concludenti circostanze della spedizione e dell'ordinaria regolarità del servizio postale, di arrivo dell'atto al destinatario e di conoscenza dello stesso, per cui spetta al destinatario l'onere di dimostrare di essersi trovato senza sua colpa nell'impossibilità di acquisire la conoscenza dell'atto. L'art. 1335 cod. civ. stabilisce, infatti, che ogni dichiarazione diretta ad una determinata persona si reputa conosciuta nel momento in cui giunge all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia.

### **NIENTE ALIMENTI SE SI SEPARANO CONIUGI SPOSATI DA POCO**

La Sesta Sezione Civile della Cassazione ha stabilito, con l'ordinanza n. 402 del 10 gennaio 2018, che nell'ipotesi di durata particolarmente breve del matrimonio, in cui non si è ancora realizzata, al momento della separazione, alcuna comunione materiale e spirituale tra i coniugi, per l'insussistenza di condivisione di vita e dunque per la mancata instaurazione di un vero rapporto affettivo qualificabile come «affectio coniugalis», non può essere riconosciuto il diritto al mantenimento.

### **PROFUGHI: IL DIRITTO ALLA PROTEZIONE INTERNAZIONALE**

Ai fini della protezione internazionale, ai sensi dell'art. 7 D.Lgs. n. 251/2007, gli atti di persecuzione, che devono essere «sufficientemente gravi, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali», possono assumere, secondo la sentenza n. 28152 depositata il 24 novembre 2017 dalla Prima Sezione Civile della Cassazione, la forma, tra l'altro, di atti di violenza fisica o psichica o di atti specificatamente diretti contro un genere sessuale o contro l'infanzia. Il fatto che il profugo abbia già subito persecuzioni o danni gravi o minacce dirette di persecuzioni o danni costituisce - ad avviso degli Ermellini - un serio indizio della fondatezza del timore del richiedente di subire persecuzioni o del rischio effettivo di subire danni gravi.

### **SE IL SOLO TESTIMONE DELLA VIOLENZA SESSUALE È LA VITTIMA**

In tema di violenza sessuale si è da tempo affermato il principio in base al quale la sola deposizione della parte offesa dal reato è idonea a provare il fatto materiale contestato all'imputato, senza necessità che si aggiungano ad essa elementi di riscontro. La Terza Sezione Penale della Cassazione, nella sentenza n. 50916 dell'8 novembre 2017, ha però stabilito che nel valutare la testimonianza della parte offesa, soprattutto quando si tratta di una vittima che abbia mostrato un particolare interesse economico nella vicenda, occorre adottare un maggior rigore nell'indagine della credibilità rispetto a quello cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone

## **IL TEMPO TRASCORSO NON EVITA LA DEMOLIZIONE DELL'ABUSO**

Il decorso del tempo non può incidere sulla doverosità degli atti volti a perseguire l'illecito edilizio attraverso l'adozione della relativa sanzione, con la conseguenza che l'ordinanza di demolizione di immobile abusivo, pur se tardivamente adottata, non deve essere motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata. Il provvedimento di demolizione di una costruzione abusiva, al pari di tutti i provvedimenti sanzionatori in materia edilizia, è atto vincolato che non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né, ancora, alcuna motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla demolizione, non potendo neppure ammettersi l'esistenza di alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può giammai legittimare (Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, Quarta Sezione, n. 5473 del 20 novembre 2017).

## **NON SI FALLISCE PER DEBITI INFERIORI A 30.000 EURO**

L'art. 15, ultimo comma, della legge fallimentare prevede espressamente che il superamento dell'ammontare minimo dei debiti scaduti e non pagati al quale è subordinata la dichiarazione di fallimento deve risultare dagli atti dell'istruttoria prefallimentare, in tal modo escludendo la possibilità di avvalersi di accertamenti successivi effettuati in sede di verifica dello stato passivo. Tale interpretazione, che secondo l'ordinanza n. 30680 depositata il 21 dicembre 2017 dalla Sesta Sezione Civile della Cassazione è imposta dal tenore letterale della norma, trova conferma nella relazione ministeriale al D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, la quale evidenzia la funzione deflattiva della norma in esame, volta ad evitare l'apertura di procedure fallimentari nei casi in cui si possa ragionevolmente presumere che i costi delle stesse superino i ricavi distribuibili ai creditori. La relazione sottolinea, inoltre, come la norma in questione eviti di interferire con il profilo dell'accertamento dello stato d'insolvenza, quale presupposto oggettivo del fallimento, con ciò intendendo affermare che la sussistenza di una situazione debitoria inferiore ai 30.000 euro sfugge ad ogni ulteriore verifica in sede fallimentare, anche in rapporto allo stato di insolvenza riscontrabile in sede di accertamento dello stato passivo, dovendo essere valutata esclusivamente in sede prefallimentare, ai fini della dichiarazione o meno del fallimento.

## **NON SI PUÒ IMPORRE DI LAVORARE NELLE FESTIVITÀ**

Ad avviso della Sezione Lavoro della Cassazione (sentenza n. 27948 del 23 novembre 2017), il provvedimento con cui il datore di lavoro imponga al dipendente di prestare l'attività lavorativa nelle festività infrasettimanali, in violazione della L. n. 260/1949, sarebbe nullo ed integrerebbe un inadempimento parziale del contratto di lavoro. Ne deriva che l'inottemperanza del lavoratore sarebbe

giustificata in base al principio «inadimplenti non est adimplendum» formulato nell'art. 1460 cod. civ. e sul rilievo che gli atti nulli non producono effetti.

## **QUANDO IL MALATO SVOLGE UN ALTRO LAVORO**

La Sezione Lavoro della Cassazione, nella sentenza n. 26481 dell'8 novembre 2017, ribadisce che, nell'ipotesi in cui il dipendente assente per malattia venga sorpreso a svolgere attività lavorativa presso terzi, grava su di lui l'onere di provare la compatibilità dell'attività svolta con la malattia impeditiva della prestazione lavorativa e, perciò, l'inidoneità di tale attività a pregiudicare il recupero delle normali energie lavorative.

## **IL REATO DI CHI CONTINUA AD INCASSARE LA PENSIONE DEL DEFUNTO**

La Seconda Sezione Penale della Cassazione, con la sentenza n. 55525 del 13 dicembre 2017, ha deciso che commette il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato e non di truffa aggravata, per assenza di un comportamento fraudolento in aggiunta al mero silenzio, la condotta di colui che ometta di comunicare all'Inps il decesso del congiunto titolare della pensione, così continuando a percepirla indebitamente.

## **RISARCIBILI I DANNI DA VACCINAZIONE ANTINFLUENZALE**

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 268 del 14 dicembre 2017, ha dichiarato illegittimo l'art. 1, comma 1, L. n. 210/1992 nella parte in cui non prevede il diritto all'indennizzo per i danni patiti da coloro che si sono sottoposti a vaccinazione antinfluenzale. La circostanza che la raccomandazione di sottoporsi a tale vaccinazione sia accompagnata, per alcune categorie di soggetti, dalla gratuità della somministrazione, non può fondare, ad avviso della Consulta, alcuna limitazione del novero dei destinatari dell'indennizzo. Se i vincoli di ordine finanziario possono giustificare limitazioni del novero dei soggetti cui la vaccinazione, in quanto inserita nei livelli essenziali di assistenza, sia somministrabile gratuitamente, di certo essi non giustificano alcuno esonero dall'obbligo di indennizzo, in presenza delle condizioni previste dalla legge.

## **LE DISTANZE TRA LE PARETI FINESTRATE DEGLI EDIFICI**

La distanza di dieci metri tra pareti finestrate di edifici antistanti, prevista dall'art. 9 D.M. n. 1444/1968, dev'essere calcolata, in base alla sentenza n. 5895 depositata il 14 dicembre 2017 dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato, con riferimento ad ogni punto dei fabbricati e non alle sole parti che si fronteggiano e a tutte le pareti finestrate e non solo a quella principale, prescindendo anche dal fatto che esse siano o meno in posizione parallela.

## **GLI ASSEGNI CIRCOLARI NON SI POSSONO RIFIUTARE**

Nelle obbligazioni pecuniarie di importo inferiore a quello per il quale non è imposta per legge una modalità pagamento diversa dal contante, il pagamento in assegno circolare, in deroga al principio nominalistico di cui all'art. 1277 cod. civ., può essere rifiutato dal creditore solo per giustificato motivo, da valutare secondo la regola della correttezza e della buona fede oggettiva. Lo ha stabilito la Prima Sezione Civile della Cassazione nella sentenza n. 29792 del 12 dicembre 2017.

## **APPALTI: RESPONSABILITÀ DEL COMMITTENTE PER GLI INFORTUNI**

Nell'esecuzione dei contratti di appalto il dovere di sicurezza è riferibile, oltre che al datore di lavoro (di regola l'appaltatore, destinatario delle disposizioni antinfortunistiche), anche al committente, con conseguente possibilità, in caso di infortunio, di intrecci di responsabilità, coinvolgenti pure il committente. Va tuttavia esclusa un'applicazione automatica di tale principio, non potendo esigersi dal committente un controllo pressante, continuo e capillare sull'organizzazione e sull'andamento dei lavori. In questa prospettiva, per fondare la responsabilità del committente non si deve prescindere da un attento esame della situazione fattuale, al fine di verificare quale sia stata, in concreto, l'effettiva incidenza della sua condotta nell'eziologia dell'evento, a fronte delle capacità organizzative della ditta scelta per lo svolgimento del servizio. A tal fine, vanno considerati: la specificità dei lavori da eseguire e le caratteristiche del servizio da svolgersi; i criteri seguiti dal committente per la scelta dell'appaltatore; l'ingerenza del committente nell'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto; la percepibilità agevole ed immediata, da parte del committente, di eventuali situazioni di pericolo (Cassazione, Sezione Lavoro, 11 dicembre 2017, n. 29582)

## **IL PROVVEDIMENTO DI ATTRIBUZIONE DELLA RENDITA CATASTALE**

In tema di classamento degli immobili, la Sesta Sezione Civile della Cassazione ha argomentato, nell'ordinanza n. 28933 del 4 dicembre 2017, che qualora l'attribuzione della rendita catastale avvenga a seguito della procedura disciplinata dall'art. 2, D.L. n. 167 1993, e dal D.M. n. 701/1994 (la «Docfa»), l'obbligo di motivazione dell'avviso di classamento è soddisfatto con la sola indicazione dei dati oggettivi e della classe attribuita soltanto se gli elementi di fatto indicati dal contribuente non siano stati disattesi dall'Ufficio e l'eventuale discrasia tra rendita proposta e rendita attribuita derivi da una valutazione tecnica sul valore economico dei beni classati. In caso contrario, la motivazione dovrà essere più approfondita e specificare le differenze riscontrate, sia per consentire il pieno esercizio del diritto di difesa del contribuente sia per delimitare l'oggetto dell'eventuale contenzioso.

## **LA CASSAZIONE DEFINISCE IL FRANCHISING**

La Terza Sezione Civile della Cassazione (ordinanza n. 30671 del 21 dicembre 2017) dà la seguente definizione del contratto di affiliazione commerciale: «Con il contratto di *franchising* un produttore o rivenditore di beni od offerente di servizi (*franchisor*), al fine di allargare il proprio giro commerciale e di aumentare le proprie capacità di penetrazione nel mercato, creando una rete di distribuzione senza dover intervenire direttamente nelle realtà locali, concede, verso corrispettivo, di entrare a far parte della propria catena di produzione o rivendita di beni o di offerta di servizi ad un autonomo ed indipendente distributore (*franchisee*) che, con l'utilizzarne il marchio e nel giovare del suo prestigio, ha modo di intraprendere un'attività commerciale e di inserirsi nel mercato con riduzione del rischio».

## **ANCHE UN RUDERE PUÒ ASSOGGETTARSI A TUTELA STORICO-ARTISTICA**

La Sesta Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza n. 5950 del 18 dicembre 2017 ha deciso che lo stato di abbandono di un bene, di per sé, non osta alla dichiarazione di interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico, ben potendo un manufatto in condizione di degrado costituire oggetto di tutela storico-artistica, sia per i valori che ancora presenta, sia per evitarne l'ulteriore decadimento. È, tuttavia, onere dell'amministrazione dei beni culturali prendere in considerazione le

puntuali obiezioni sollevate dall'interessato circa la realistica possibilità di conservazione e valorizzazione dell'immobile.

## **APPALTI PUBBLICI E ASSOCIAZIONI DI VOLONTARIATO**

Le associazioni di volontariato possono partecipare alle gare per l'affidamento di pubblici servizi nei casi in cui l'attività oggetto di gara sia funzionale allo scopo associativo dell'ente e compatibile con la disciplina statutaria di esso. Lo ha affermato la Quinta Sezione del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania nella sentenza n. 5815 dell'11 dicembre 2017.

## **LEGITTIMO IL PATTO PARASOCIALE DENOMINATO «ROULETTE RUSSA»**

È valido l'accordo denominato «roulette russa», un *buy-sell agreement* che conferisce al socio paritetico la facoltà di rivolgere un'offerta di acquisto all'altro socio, comunicando il prezzo a cui si rende disponibile ad acquistare tutte le azioni di quest'ultimo e al socio destinatario dell'offerta quella di accettarla e vendere al prezzo così determinato oppure di acquistare allo stesso prezzo la partecipazione dell'altro. Lo ha stabilito la Terza Sezione Civile del Tribunale di Roma, specializzata in materia di impresa, presieduta dal dott. Cardinali, nella sentenza depositata il 19 ottobre 2017 nella causa n. 42409/14.

## **NASCITA INDESIDERATA: PRESUMIBILE LA VOLONTÀ ABORTIVA?**

La Terza Sezione Civile della Cassazione, nella sentenza n. 25849 del 31 ottobre 2017, richiamando la sentenza delle Sezioni Unite Civili n. 25767 del 22 dicembre 2015, ha affermato, in tema di responsabilità medica da nascita indesiderata, che il genitore che agisce per il risarcimento del danno ha l'onere di provare che la madre avrebbe esercitato la facoltà di interrompere la gravidanza, ricorrendone le condizioni di legge, qualora fosse stata tempestivamente informata dell'anomalia fetale. Quest'onere può essere assolto tramite «*praesumptio hominis*», in base ad inferenze desumibili dagli elementi di prova in atti, quali il ricorso al consulto medico funzionale alla conoscenza dello stato di salute del nascituro, le precarie condizioni psicofisiche della gestante o le sue pregresse manifestazioni di pensiero propense all'opzione abortiva, gravando sul medico la prova contraria, vale a dire che la donna non si sarebbe determinata all'aborto per qualsivoglia ragione personale.