

## **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.*

### **FLASHNEWS GIUGNO 2017**

#### **PER L'ESENZIONE ICI (E IMU?) L'ATTIVITÀ DEV'ESSERE GRATUITA**

La Sesta Sezione Civile della Cassazione, nell'ordinanza n. 10754 del 3 maggio 2017, ha argomentato che un ente senza fine di lucro ben può svolgere attività economica, cioè offrire beni o servizi sul mercato. Con specifico riferimento all'attività didattica svolta da scuola paritaria, non basta ad escludere il carattere economico dell'attività, ad avviso degli Ermellini, l'obbligo di reinvestimento degli eventuali avanzi di gestione nell'attività stessa, essendo necessario, al fine di escluderne il carattere economico, che sia svolta a titolo gratuito ovvero dietro versamento di un importo simbolico, tale da coprire solamente una frazione del costo effettivo del servizio. Quando l'attività oggettivamente esente viene esercitata dietro pagamento di una retta che non si discosta, nell'ammontare, da quelle di mercato, ne va riconosciuta la natura commerciale, con conseguente assoggettamento all'Ici.

#### **È NULLA LA PREVISIONE DI UN CANONE DI LOCAZIONE CRESCENTE**

La Terza Sezione Civile della Cassazione, con la sentenza n. 8669 del 4 aprile 2017, ha ribadito che nelle locazioni ad uso diverso da quello abitativo ogni pattuizione avente ad oggetto aumenti progressivi del canone deve ritenersi nulla ai sensi dell'art. 79, comma 1, L. n. 392/1978. Una siffatta pattuizione è, infatti, evidentemente diretta ad attribuire al locatore un canone più elevato rispetto a quello legislativamente previsto, aggiornabile annualmente soltanto in relazione alla svalutazione monetaria. Il conduttore, prosegue la sentenza, non può rinunciare al diritto di non corrispondere aumenti non dovuti così come nel corso di esecuzione del contratto anche in sede di conclusione dello stesso.

#### **COSA FARE SE UN DISABILE DIVENTA INIDONEO AL SERVIZIO**

Il datore di lavoro può risolvere il rapporto di lavoro dei disabili obbligatoriamente assunti nel caso di aggravamento delle condizioni di salute, o di significative variazioni dell'organizzazione del lavoro, solo nel caso in cui la speciale Commissione di cui all'art. 10, comma 3, L. n. 68/1999 accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, non essendo sufficiente il giudizio di non idoneità alla mansione specifica espresso dal medico competente nell'esercizio della sorveglianza sanitaria (Cassazione, Sezione Lavoro, 28 aprile 2017, n. 10576).

## **SENZA RECIPROCIÀ LA SCUOLA NON PUÒ TRATTENERE L'ISCRIZIONE**

Non è lecito che un istituto scolastico preveda nelle condizioni di iscrizione che, in caso di recesso dell'alunno, la quota di iscrizione non vada restituita, o addirittura che sia dovuto il pagamento dell'intera retta annuale, senza che identico obbligo venga previsto a carico dell'istituto (ad esempio, in caso di mancato raggiungimento di un numero minimo di iscrizioni o per altro motivo). È quanto si ricava dalla sentenza n. 10910, depositata il 5 maggio 2017 dalla Terza Sezione Civile della Cassazione, in cui si legge che, ai sensi dell'art. 33, comma 3, lett. g), del codice del consumo (D.Lgs. n. 206/2005), è vessatoria la clausola contrattuale che sanziona il recesso dell'allievo dalla scuola quando la somma dovuta in tale ipotesi, che viene sostanzialmente ad integrare una penale, non trova riscontro in analoga sanzione a carico della scuola, dal momento che una simile clausola riserva implicitamente al produttore del servizio un trattamento differenziato e migliore.

## **L'IRREGOLARITÀ EDILIZIA NON RENDE NULLO IL PRELIMINARE**

La Seconda Sezione Civile della Cassazione, con la sentenza n. 10297 del 26 aprile 2017, ha stabilito che la sanzione della nullità comminata dall'art. 40, L. n. 47/1985, con riferimento ai negozi aventi ad oggetto immobili privi della concessione edificatoria, trova applicazione nei soli contratti con effetti traslativi e non anche con riguardo ai contratti con efficacia obbligatoria, qual è il preliminare di vendita.

## **IMMIGRATI: IL PERMESSO DI SOGGIORNO PER PROTEZIONE SOCIALE**

Questo permesso viene rilasciato sulla base di differenti presupposti rispetto a quelli richiesti in via ordinaria, trattandosi di una misura premiale; tale titolo, inoltre, può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi di studio, di lavoro, può essere più volte rinnovato, dà diritto alle prestazioni assistenziali, all'iscrizione alle liste di collocamento, e così via. Lo ha ribadito la Terza Sezione del Consiglio di Stato nella sentenza n. 2021 del 3 maggio 2017

## **LA RECIDIVA NON GIUSTIFICA MAI DI PER SÉ IL LICENZIAMENTO**

La previsione da parte della contrattazione collettiva della recidiva in relazione a precedenti mancanze come ipotesi di licenziamento non esclude, ad avviso della Sezione Lavoro della Cassazione (sentenza n. 10838 del 4 maggio 2017) il potere-dovere del giudice di valutare la gravità dell'addebito ai fini della proporzionalità del licenziamento, dal momento che la contrattazione collettiva che preveda un'ipotesi automatica di sanzione, prescindendo dalla valutazione della sua proporzionalità rispetto all'infrazione commessa dal lavoratore, sia sotto il profilo soggettivo e sia sotto quello oggettivo, è nulla e, perciò, inapplicabile per contrasto con norme imperative dello Stato.

## **LA RESPONSABILITÀ NELLE ASSOCIAZIONI NON RICONOSCIUTE**

La responsabilità personale e solidale di colui che agisce in nome e per conto dell'associazione non riconosciuta, la quale si aggiunge, per i terzi creditori, alla possibilità di agire sul fondo comune, non è collegata alla mera titolarità della rappresentanza dell'associazione, bensì all'attività negoziale concretamente svolta per conto di essa e risoltasi nella creazione di rapporti obbligatori tra questa ed i terzi. Conseguentemente innanzi - afferma la Sesta Sezione Civile della Cassazione nell'ordinanza n. 8752 del 4 aprile 2017 - che chi invoca in giudizio tale responsabilità è gravato dall'onere di provare la concreta attività svolta in nome e nell'interesse dell'associazione, non essendo sufficiente la prova in ordine alla carica rivestita all'interno dell'ente.

## **L'INAIL DEVE COPRIRE ANCHE L'INFORTUNIO DA CASO FORTUITO**

La Sezione Lavoro della Cassazione, nella sentenza n. 8597 del 3 aprile 2017, ha argomentato che l'infortunio subito dal lavoratore, seppure determinato da caso fortuito con assenza di ogni responsabilità del datore di lavoro, non esclude l'occasione di lavoro, rilevante ai fini dell'applicabilità della normativa dell'assicurazione contro gli infortuni, ogni qual volta è connesso alle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa. L'occasione di lavoro sussiste, quindi, qualora l'evento che ha dato corso alla sequenza causale determinante (nel caso, il decesso del lavoratore a seguito di una puntura di insetto) si sia verificato in condizioni spazio-temporali caratterizzate dall'essere in quel momento il soggetto intento all'attività di lavoro (nella specie, alla guida dell'automezzo che ha impedito, o comunque reso più difficile, difendersi dalla puntura mortale).

## **È REATO PRESCRIVERE DIETE SE NON SI È MEDICI DIETISTI O BIOLOGI**

In occasione di un controllo presso alcune palestre, la Guardia di Finanza aveva reperito schede di alimentazione personalizzata, predisposte per i frequentatori dei centri, redatte da persone prive del titolo abilitativo di medico dietista o di biologo. Il fatto, secondo la sentenza n. 20281 della Sesta Sezione Penale della Cassazione, depositata il 28 aprile 2017, costituisce il reato di abusivo esercizio di una professione, punito dall'art. 348 cod. pen. L'individuazione dei bisogni alimentari dell'uomo attraverso schemi fissati per il singolo con rigide previsioni e prescrizioni, se non è esclusiva del medico biologo, può competere in via concorrente, ad avviso degli Ermellini, ad altre categorie professionali, per le quali è comunque prescritta l'acquisizione di una specifica abilitazione, quali medici, farmacisti, dietisti, fatte salve le competenze stabilite nelle normative di settore, ma mai, proprio per le ricadute in termini di salute pubblica che le prescrizioni assumono, può essere devoluta a persone prive di competenza in materia sanitaria.

## **GLI OBBLIGHI DELL'ASSICURATORE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE**

Nell'ordinanza n. 10221 del 26 aprile 2017 la Sesta Sezione Civile della Cassazione afferma che l'assicuratore della responsabilità civile (di ogni tipo) ha l'obbligo di tenere indenne l'assicurato dalle conseguenze pregiudizievoli di un fatto da lui commesso durante il tempo per il quale è stata stipulata l'assicurazione. Tale obbligo sorge nel momento in cui l'assicurato, ovvero il terzo danneggiato quando la legge glielo consente, richiede all'assicuratore il pagamento dell'indennizzo. A partire da tale momento, l'assicuratore ha l'obbligo nei confronti dell'assicurato di attivarsi con diligenza per accertare le responsabilità, stimare il danno, formulare l'offerta, pagare l'indennizzo. La violazione di tali obbligazioni costituisce un inadempimento del contratto di assicurazione, da cui discende l'obbligo di risarcire il danno.

## **I RIMEDI ALL'ANNULLAMENTO DEL PERMESSO DI COSTRUIRE**

Nel caso di annullamento del permesso di costruire l'art. 38 D.P.R. n. 380/2001 prevede tre possibili rimedi: 1) la sanatoria della procedura, nei casi in cui sia possibile la rimozione dei vizi della procedura amministrativa, con conseguente inapplicabilità di qualsiasi sanzione edilizia; 2) nel caso in cui non sia possibile la sanatoria, l'amministrazione è obbligata ad applicare la sanzione in forma specifica della demolizione; 3) soltanto nel caso in cui non sia possibile applicare la sanzione in forma specifica, in ragione della natura delle opere realizzate, l'amministrazione è obbligata ad applicare la sanzione pecuniaria nel rispetto delle modalità sopra indicate. Si tratta, secondo la sentenza n. 1909 depositata dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato il 24 aprile 2017, di una gradazione di sanzioni modulata alla luce della gravità della violazione della normativa urbanistica.

## **ESAMI DI MATURITÀ: NON ESISTE IL DIRITTO ALLA LODE**

Nell'esame di maturità non esiste un diritto alla lode, sicché la Commissione, nell'esercizio dei suoi poteri, caratterizzati in merito da un elevato tasso di discrezionalità, ha un obbligo di motivazione solo se si determina ad attribuirle e non anche nel caso contrario. L'art. 26 dell'Ordinanza Ministeriale n. 12 del 19 aprile 2016, che impartisce istruzioni e modalità organizzative ed operative per lo svolgimento degli esami di Stato conclusivi dei corsi di studio di istruzione secondaria di secondo grado nelle scuole statali e paritarie, prescrive infatti che «la Commissione all'unanimità "può" motivatamente attribuire la lode». È quanto si legge nella sentenza n. 641 depositata dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Lecce, Seconda Sezione) il 27 aprile 2017.

## **OCCORRE IL PERMESSO DI COSTRUIRE PER REALIZZARE UNA VERANDA**

La chiusura di una veranda, a prescindere dalla natura dei materiali utilizzati, costituisce comunque un aumento volumetrico, anche se realizzata con semplici pannelli, dal momento che il presupposto per l'esistenza di un volume edilizio è costituito dalla costruzione di almeno un piano di base e due superfici verticali contigue, così da ottenere una superficie chiusa su un minimo di tre lati. Sulla scorta di siffatti principi, la Quarta Sezione del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, con la sentenza n. 1921 del 10 aprile 2017, ha deciso che la realizzazione di una veranda rappresenta un intervento di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, con incremento delle superfici e dei volumi, come tale subordinato a permesso di costruire ai sensi dell'art. 10 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

## **IL PUNTO SULLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE**

La responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione della regola di condotta, posta dall'art. 1337 cod. civ. a tutela del corretto dipanarsi dell'iter formativo del negozio giuridico, costituisce

una forma di responsabilità extracontrattuale, cui vanno applicate le relative regole in tema di distribuzione dell'onere della prova. Ne consegue che, qualora gli estremi del comportamento illecito siano integrati dal recesso ingiustificato di una parte, grava non su chi recede la prova che il proprio comportamento corrisponde ai canoni di buona fede e correttezza, ma incombe, viceversa, sull'altra parte l'onere di dimostrare che il recesso esula dai limiti della buona fede e correttezza. I presupposti della responsabilità precontrattuale, quali lo stadio avanzato delle trattative, il ragionevole affidamento suscitato nella conclusione del contratto, l'assenza di una giusta causa di recesso e quindi la violazione degli obblighi di buona fede, concretano altrettanti accertamenti di fatto, demandati all'esclusiva competenza del giudice di merito (Cassazione, Seconda Sezione Civile, 14 marzo 2017, n. 6587).

## **IL CATTIVO «ODORE DI CUCINA» PUÒ COSTITUIRE REATO**

L'art. 674 cod. pen. prevede come reato il fatto di chi «getta o versa, in un luogo di pubblico transito o in un luogo privato ma di comune o di altrui uso, cose atte ad offendere o imbrattare o molestare persone, ovvero, nei casi non consentiti dalla legge, provoca emissioni di gas, di vapori o di fumo, atti a cagionare tali effetti». Il reato, ad avviso della Terza Sezione Penale della Cassazione (sentenza n. 14467 del 24 marzo 2017) è configurabile anche nel caso di «molestie olfattive» (costituite, nella specie, da «puzza di fritto»). Quando non esiste una predeterminazione normativa dei limiti delle emissioni, si deve avere riguardo al criterio della «normale tollerabilità» di cui all'art. 844 cod. civ.

## **L'INSEGNAMENTO DI SOSTEGNO È UN DIRITTO LIMITATO**

La Sesta Sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 2023 del 3 maggio 2017, dopo avere affermato che l'insegnante di sostegno non è assegnato ad un particolare alunno ma è invece presente in classe unitamente all'insegnante titolare della materia, seppure per seguire in via diretta l'alunno disabile, ha rilevato che in materia di determinazione delle ore di sostegno spettanti la normativa scolastica è non soltanto disorganica e complessa di per sé, ma si caratterizza anche per una singolare commistione di procedimenti aventi natura eterogenea. Infatti, rilevano, da un lato, i procedimenti disciplinati dalla L. n. 104/1992 e dalle altre leggi con essa coerenti, che tengono conto delle esigenze dei singoli alunni disabili; dall'altro lato, vi sono i distinti procedimenti volti alla determinazione dei contingenti del personale di sostegno da assegnare ai singoli istituti scolastici, che sono invece disciplinati dalle leggi sul contenimento della spesa pubblica.

## **È REATO PARCHEGGIARE NEL POSTO RISERVATO AI DISABILI**

La Quinta Sezione Penale della Cassazione, con la sentenza n. 17794 del 7 aprile 2017, ha stabilito che costituisce il reato di violenza privata (art. 610 cod. pen.) parcheggiare un'autovettura in un posto riservato ai disabili. Quando lo spazio per il parcheggio è espressamente riservato ad una determinata persona, per ragioni attinenti al suo stato di salute, alla generica violazione della norma sulla circolazione stradale si aggiunge, ad avviso degli Ermellini, l'impedimento al singolo cittadino cui è riservato lo spazio di parcheggio lì dove solo a lui è consentito lasciare il mezzo.

## **RIENTRO ANTICIPATO DALLA MALATTIA: OBBLIGO DI CERTIFICATO**

La Circolare Inps n. 29 del 2 maggio 2017 chiarisce che il lavoratore che intende rientrare in servizio dopo un'assenza per malattia in data antecedente a quella di fine prognosi deve presentare un nuovo certificato medico che ne attesti la guarigione.

## **LA RESPONSABILITÀ PER INFORTUNIO È DELL'APPALTATORE**

Il giudice Raffaele Lapenta, della Sezione Lavoro del Tribunale di Bergamo, nella sentenza n. 144 del 16 febbraio 2017, ha affermato che, in caso di infortunio sul lavoro del dipendente di un appaltatore, grava sul suo datore di lavoro che ne ha utilizzato le prestazioni nell'esecuzione di un appalto, l'onere di provare di avere fatto il possibile per evitare l'evento dannoso (nella specie, lo schiacciamento del piede sotto il muletto adibito alla movimentazione di carichi) avendo messo in atto tutte le misure di prevenzione e di sicurezza; nei confronti del committente sussiste invece solo una responsabilità extracontrattuale. L'appaltatore può essere esonerato soltanto nell'ipotesi in cui il lavoratore abbia posto in essere un comportamento abnorme ed esorbitante che, tuttavia, va valutato in relazione sia alle direttive ricevute che sulla base della sua esperienza.

## **ACCERTAMENTO TRIBUTARIO: SPESA PER INCREMENTI PATRIMONIALI**

In tema di accertamento delle imposte sui redditi, qualora l'Ufficio determini sinteticamente il reddito complessivo netto in relazione alla spesa per incrementi patrimoniali, la prova documentale contraria ammessa per il contribuente dall'art. 38, 6° comma, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, nella versione vigente *ratione temporis*, non riguarda la sola disponibilità di redditi esenti o di redditi soggetti a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta, ma anche l'entità di tali redditi e la durata del loro possesso, che costituiscono circostanze sintomatiche del fatto che la spesa contestata sia stata sostenuta proprio con redditi esenti o soggetti a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta (Cassazione, Sesta Sezione Civile, ordinanza n. 11082 del 5 maggio 2017).