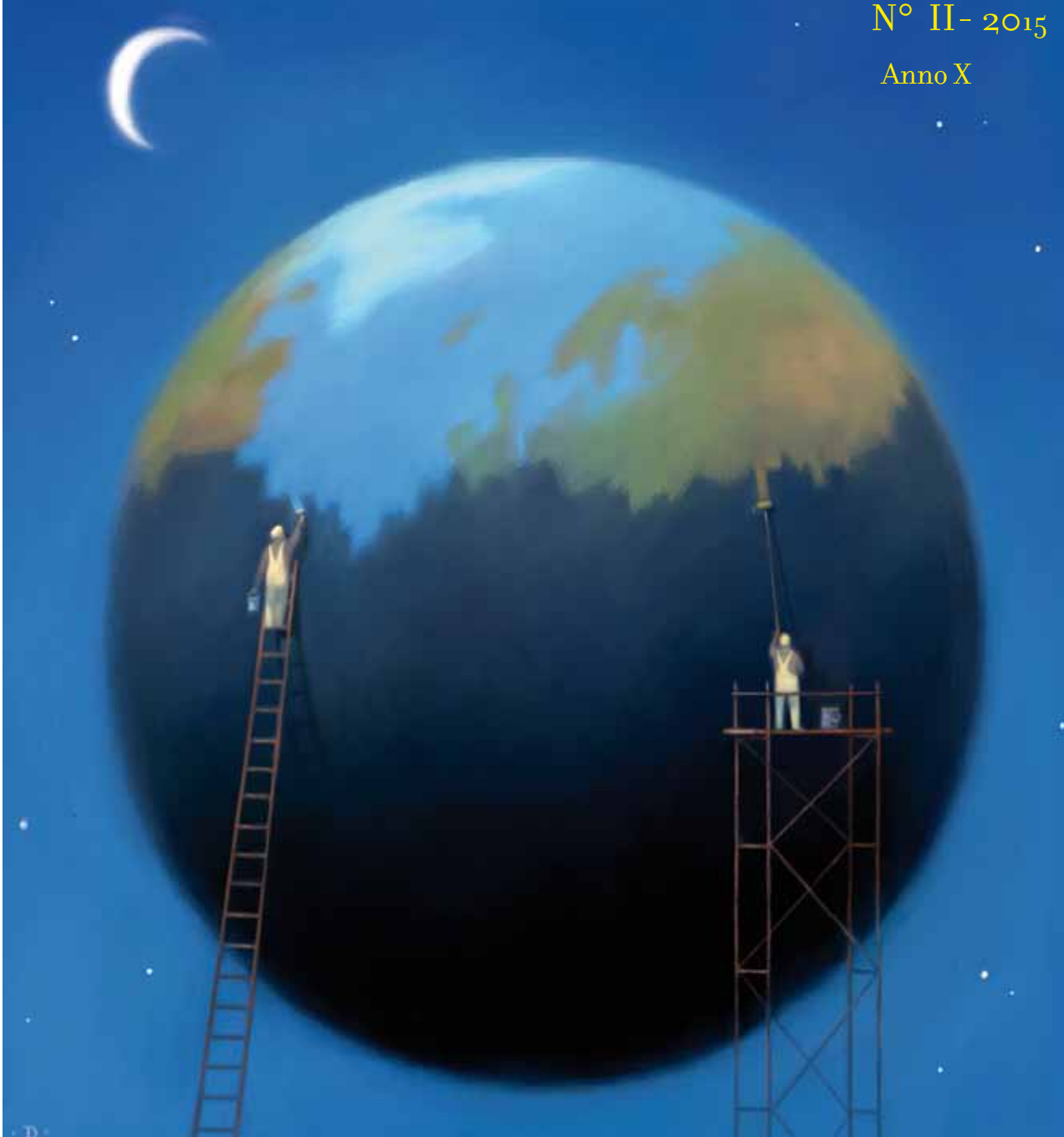


N° II- 2015

Anno X

CREDIAMO CHE SIA GIUNTO IL MOMENTO DI RAGIONARE COME UNA COMUNITA'. SERVONO REGOLE CERTE, RIFORME DEL SISTEMA FISCALE E GIUDIZIARIO. SERVE UN PENSIERO TECNICO, IMPARZIALE, NON SCHIERATO CHE AFFIANCHI LE ISTITUZIONI: PER LAVORARE, NON PIU' CONTRO QUALCUNO, MA A FAVORE DI TUTTI.



VOGLIAMO LAVORARE PER QUALCOSA,
NON CONTRO QUALCUNO

Rivista online

Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili
Circoscrizione del Tribunale di Foggia



Editoriale

L'anno che verrà' ...
di Sergio De Nicola 3

Primo Piano

Opinion leader Giuseppe Laurino 5

Opinion leader Domenico Merlicco 6

Il nuovo regime forfettario
di Ernesto Gatto 7

Relazione al convegno sulla nuova
prestazione di assicurazione sociale
per l'impiego - NASpI
di Marcello Amodio 13

Fattori che possono ostacolare
l'integrazione fra il ciclo di gestione della
performance e il ciclo del bilancio nelle
amministrazioni pubbliche
di Nunzio Angiola e Letizia Damato 24

Jobs Act: strumenti di controllo nella
prestazione lavorativa
di Angelo Carrozza 29

Responsabilità civile del dottore
commercialista e clausola di
gestione della lite
di Antonio di Biase 34

Il Caso A.I.P.A., tra questioni irrisolte
e cortocircuiti giurisprudenziali
di Francesco Ricciardi 49

La nuova concezione di causa del contratto:
subordinazione e autonomia del rapporto
di lavoro
di Michele Giampalmo 53

Rassegna Giurisprudenziale Tributaria

Necessità della comunicazione di reato,
IRAP e raddoppio dei termini di
decadenza per l'accertamento
CTR MI 2829/2015 57

Raddoppio dei termini di decadenza
per l'accertamento-art. 43 DPR 600/73-
applicazione-presupposti
Corte di Cassazione, sezione TRI civile
Sentenza 20043/2015 65



Editore
Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili di Foggia

Direttore responsabile
Sergio de Nicola

Direttore editoriale
Roberto de Meo

Comitato scientifico
Presidente: Nunzio Angiola - **Componenti:** Iolanda Battiante,
Alessandro Buccino, Roberto de Meo

Impaginazione grafica
Pasquale Russo

Redazione e amministrazione
via della Repubblica, 25 - 71121 Foggia - tel./fax. 0881 72 56 12
www.odcefoggia.it - odcefoggia@gmail.com

Registrazione Tribunale di Foggia n. 4/Po6 R.P. del 01.03.2006
Ogni articolo pubblicato è stato ceduto a titolo gratuito ed esprime esclusivamente
il pensiero dell'autore.



Direttore Responsabile
Rivista on line
ODCEC Foggia
Giornalista

L'ANNO CHE VERRA'...

di Sergio De Nicola

Un altro anno se n'è andato ma il tempo è lì che scorre, quasi a ricordarci che ci sono cose, persone, uomini che lasciano il segno. Da Giorgio Sannoner a Giuseppe Laurino, passando per Marisa Cavaliere (primo presidente alla guida del nuovo Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili) sono trascorsi otto anni. Pieni di vita professionale.

Dopo il nuovo ordine, è arrivata anche la nuova sede, inaugurata lo scorso mese di gennaio. Tra gli ospiti, anche il presidente nazionale Gerardo Longobardi. Una presenza, questa, più che significativa nell'ottica di una ricomposizione degli equilibri tra l'Ordine nazionale e quello provinciale, penalizzato quest'ultimo non poco dalla contrapposizione elettorale sorta su candidature e liste per la corsa al Consiglio Nazionale.

Nonostante l'amarezza per l'esclusione

di una autorevole rappresentante della Capitanata dal Consiglio nazionale - poteva essere l'occasione giusta dopo un'attesa di 50 anni - l'Ordine di Foggia ha comunque saputo guardare avanti, cominciando a puntellare il proprio percorso partendo proprio dall'inaugurazione della nuova sede. E' stata questa l'occasione, con la storica firma dinanzi a tutti i presidenti della Puglia e con la benedizione di Longobardi, per dare il via al coordinamento degli ordini professionali di tutta la Regione, mai costituita, promosso dal Presidente foggiano Laurino.

La fine del 2015 ha portato invece la nomina del Consiglio di amministrazione della Saf regionale, la scuola di alta formazione, che vede come presidente dell'esecutivo il consigliere dell'ordine di Foggia Domenico Merlicco. Anche questo un successo che premia il gioco di squadra, già adottato per altre iniziative come la rivista online dell'Ordine a cui tutti sono invitati a collaborare. La Saf sarà il luogo deputato alla formazione specialistica e di eccellenza, sulla scia delle nuove direttive e normative nazionali.

Il destino della professione si gioca proprio sulla formazione, come ricordato nel dibattito organizzato dall'Unagraco di Foggia lo scorso mese di marzo, un confronto serrato e franco tra i vari ordini sugli orizzonti della formazione e sulle riforme del mondo del lavoro, nella consapevolezza che l'integrazione e la sinergia tra diverse ma sempre più specializzate figure professionali - lo studio associato, per semplificare - possono fare la differenza per affrontare le sfide della concorrenza e della competizione su scala globale.

Le professioni sono sotto attacco. Come

la classe media, in via di estinzione. La polarizzazione della società è nei fatti, dopo che per anni le multinazionali, i governi transnazionali, i grandi gruppi bancari o editoriali e le lobby trasversali hanno spinto su questa direzione. La classe media, fatta soprattutto da professionisti e laureati - gente che pensa con la propria testa e che vive con cadenze ed abitudini ritenute anacronistiche - non è più gradita, non è più funzionale al sistema che la sospinge verso l'alto, almeno i più fortunati, i più abbienti, i più bravi, questi ultimi però quasi obbligati ad uscire da un piacevole isolamento - quello del proprio studio professionale - e ad associarsi, magari con chi ha meno cultura e professionalità ma più risorse per costruire i ponti che servono a collegarsi con queste specie di macro entità che regolano i flussi del mercato, della politica, dell'economia.

Chi, invece, per svariati motivi non riesce a salire su questo treno ad alta velocità, resta irrimediabilmente indietro, sospeso in una dimensione quasi surreale, costretto a vivere e lavorare con affanno, giusto il tempo necessario per capire che la sua è una irrefrenabile discesa verso quel vortice che lo risucchierà, trascinandolo sempre più giù, verso il basso.

Le professioni sono sotto attacco ma per difendersi non bisogna cadere nella trappola del "tanto peggio tanto meglio". La deontologia, specie nei piccoli centri e nelle piccole realtà, può ancora rappresentare un argine contro il defluire selvaggio e senza regole, o meglio con regole al ribasso, del "nuovo" che avanza. La spietata guerra dei prezzi, spesso a discapito della qualità delle prestazioni, della tutela del cliente e dei rapporti tra colleghi - che se non sono aspri rasentano ormai l'indifferenza - è solo

l'ultima spia di un malessere generalizzato, la breccia in un muro di certezze che inizia a sgretolarsi, la fine di un'ingenua ed innocua invincibilità che molti di noi credevano eterna.

Ma il tempo passa, appunto, e se oggi il presente appare incerto, pieno di incognite e di paure, il futuro dipende solo da noi. Resistere, resistere, resistere e magari aspettare, come inutili souvenir magnetici da applicare sul frigo di casa, di essere attirati verso l'uno o l'altro polo o tentare di ricostruire, ma senza più illusioni di eternità, una classe professionale in grado di interpretare il mondo che cambia e di contribuire attivamente al cambiamento, apportando quanto di positivo abbiamo realizzato ed in qualche modo non ancora del tutto valorizzato?

Qui non si tratta, a mio avviso, di essere fatalisti o "interventisti", conservatori o riformisti, quanto semmai di sentirsi vicini o lontani rispetto al percorso che si è costruito, presenti o assenti rispetto alle scelte ed alle decisioni - sicuramente non facili e forse neanche tanto appropriate visti il contesto ed il trend generale - che si maturano all'interno di ogni nucleo o universo professionale. E da che mondo è mondo, gli assenti hanno sempre e comunque avuto torto.



D. Caro Presidente ho appreso che l'ODCEC di Foggia nell'ambito del coordinamento degli Ordini pugliesi continua ad avere un ruolo centrale, mi puoi dire di più?

R. Caro Direttore, il coordinamento degli Ordini pugliesi costituito a Foggia nel gennaio 2015 in occasione della inaugurazione della nostra nuova sede ha iniziato a svolgere un ruolo importante per la categoria. Una delle iniziative utili alla stessa è stata la costituzione della Scuola di Alta Formazione (SAF Puglia), nata da un progetto del Consiglio Nazionale che si pone l'obiettivo di certificare con il riconoscimento di legge la specializzazione dei Commercialisti Italiani.

D. La nostra Regione come si colloca in questo progetto del Consiglio Nazionale e l'Ordine di Foggia?

R. Nel mese di Dicembre 2015, presso l'ODCEC di Trani, è stata costituita la "SAF

Puglia", una delle 14 macroaree previste sul territorio Nazionale.

Il nostro Ordine nel comitato scientifico ha individuato nel Prof. Mauro Romano dell'Università di Foggia e nella Collega Marisa Cavaliere, past-president, del nostro Ordine, membri effettivi del comitato scientifico.

Ma, oltre a questo importante traguardo, l'Ordine di Foggia, ha ottenuto la Presidenza del comitato esecutivo, (che gestirà la scuola) nella persona del collega e consigliere dell'Ordine Domenico Merlicco, unitamente alla sede a Foggia della SAF Puglia.

D. Giorni fa, ho riletto il programma elettorale del tuo consiglio, molti di questi sono stati rispettati, cosa intendi fare a breve?

R. Ritengo che in questi anni, il mio Consiglio, nonostante per un periodo il Consiglio Nazionale fosse commissariato, quindi privo di un importante riferimento, ha rispettato molti degli obiettivi indicati nel suo programma.

Prossima iniziativa sarà una campagna pubblicitaria che evidenzia la figura fondamentale del Commercialista iscritto all'Ordine, garanzia di competenza e professionalità in quanto soggetto ad obblighi formativi e deontologici.

*di Roberto de Meo
Direttore Editoriale Rivista online
ODCEC FOGGIA*



D. Chi è Domenico Merlicco?

R. Bocconiano, Dottore Commercialista dal 1991 e Consigliere dell'ODCEC di Foggia dal 2008 esercita la professione dal 1995 con particolare attenzione al diritto societario e al contenzioso tributario.

D. La fine del 2015 ha visto la costituzione della Scuola di Alta Formazione della Puglia, con la nomina a Presidente del Comitato Esecutivo del consigliere dell'ODCEC di Foggia Domenico Merlicco. Cos'è in sintesi la SAF e cosa si prefigge?

R. La costituzione delle SAF parte da quanto previsto nel d.lgs. 139/2005 in merito all'attività del CNDCEC circa il coordinamento e la promozione dell'attività dei vari Consigli dell'Ordine per favorire le iniziative intese al miglioramento e al perfezionamento professionale e da quanto espresso dall'art. 8 del nostro codice deontologico circa il dovere di mantenere la propria competenza e capacità professionale al livello richiesto per assicurare ai suoi clienti l'erogazione di prestazioni professionali qualitativamente elevate, secondo le disposizioni normative, nonché le prassi e le tecniche professionali correnti.

Quindi, su promozione del Consiglio Nazionale, della Fondazione Nazionale e dei vari Ordini sono state individuate 14 macroaree all'interno delle quali si è dato vita alle varie SAF. Queste avranno l'obiettivo di promuovere percorsi formativi altamente qualificati al fine di creare nuove opportunità di lavoro per tutti i colleghi, migliorando, al contempo, la qualità delle prestazioni professionali offerte dagli iscritti nell'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili. La creazione delle SAF potrà consentire a tutti gli iscritti di accedere ai corsi di alta formazione a costi contenuti rispetto a

quelli di mercato, assicurando comunque un livello qualitativo dell'offerta formativa tale da garantire non solo il mantenimento delle proprie competenze e capacità professionali, ma anche l'accrescimento delle stesse nelle aree in cui il professionista abbia deciso di "investire in conoscenza". E, a tal fine, si punta a sviluppare un ancor più stretto collegamento con le Università, così da avere anche apporto scientifico alle attività di alta formazione, nonché l'individuazione di nuove materie per lo svolgimento dei corsi così come la disponibilità di aule universitarie per le attività di docenza. Nella SAF Puglia membri del Comitato Scientifico sono il Prof. Antonio Felice Uricchio, Magnifico Rettore dell'Università di Bari, il prof. Mauro Romano dell'Università di Foggia e il prof. Antonello Garzoni della LUM Jean Monnet. Partecipano poi al Comitato Scientifico e al Comitato Esecutivo colleghi facenti parte degli ODCEC di Bari, Brindisi, Foggia, Lucera, Taranto e Trani.

D. Cosa dovrebbe fare un giovane iscritto all'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili in un momento così delicato per la nostra professione?

R. La nostra professione sta attraversando un periodo molto delicato, caratterizzato da una forte produzione normativa e da una serie sempre più ampia di impegni e oneri a cui adempiere e scadenze da rispettare. Risulta quindi evidente l'impossibilità, per un Dottore Commercialista, Ragioniere o Esperto Contabile, di presentarsi come "tuttologo" o esperto di tutto lo scibile contabile-fiscale-civilistico e di quant'altro possa inerire la nostra professione. Al contrario, diventa sempre più urgente e quasi indispensabile ridurre i campi di azione, focalizzando i propri interessi e dotandosi di una specializzazione per il mantenimento della quale occorrerà una opportuna e adeguata formazione. E supporto indispensabile sarà l'attività formativa offerta dalla SAF.

D. Ci sono già progetti in cantiere? Come pensate di operare?

R. I vari organi sociali si sono appena insediati, ma contestualmente all'avvio dell'assetto operativo e con la fattiva collaborazione del Consiglio Nazionale si sta già pensando alle attività formative di primario interesse per i colleghi.

*di Roberto de Meo
Direttore Editoriale Rivista online
ODCEC FOGGIA*



Il nuovo regime forfettario

di Ernesto Gatto

Obiettivo del presente contributo è quello di approfondire nel dettaglio uno dei più provvedimenti cardine della Legge di Stabilità 2016 (Legge 28/12/2015 n. 208 pubblicata sulla G.U.R.I. N. 302 del 30/12/2015), il nuovo regime forfettario previsto per i soggetti di ridotte dimensioni, nato dalle ceneri del vecchio regime di vantaggio (che comunque rimarrà in piedi sino al compimento del quinquennio dall'avvio della nuova attività ovvero sino al compimento del 35^o anno di età).

L'art. 1, commi da 54 a 89 della legge 23 dicembre 2014 n.190 (Legge di Stabilità 2015) aveva introdotto, con decorrenza dal 1^o gennaio 2015, un nuovo regime semplificato di determinazione del reddito imponibile per imprese individuali e lavoratori autonomi di ridotte dimensioni.

Il nuovo regime, pur presentando certamente qualche analogia con quello dei minimi introdotto dalla Legge Finanziaria 2008 (Legge 23 dicembre 2007 n. 244), contiene sostanziali differenze rispetto al primo, al fine di rispondere alla crescente esigenza di maggiore semplificazione, soprattutto per quanto concerne la determinazione del

reddito imponibile.

Questa è quanto meno la motivazione addotta dal governo nella relazione di accompagnamento alla legge, nella realtà si trattava di eliminare un regime (quello dei contribuenti minimi) che mostrava profili di estremo ed ingiustificato vantaggio per molti contribuenti, basti pensare, a titolo di esempio, all'ipotesi di un contribuente con ricavi pari nell'anno a € 28.000 che acquista l'immobile sede della propria attività per € 228.000 ed è quindi abilitato a chiedere l'esercizio con una perdita pari a € 200.000 che potrà riportare agli esercizi successivi in riduzione dei futuri redditi qualunque sia il regime che abbracceranno, posto che il superamento della soglia di € 15.000 di investimenti in beni strumentali determina la fuoriuscita dal regime dall'anno successivo al superamento.

Peraltro tale perdita potrà essere riportata ed utilizzata negli esercizi successivi ma non oltre il quinto solo se registrata dal quarto anno in poi dall'avvio dell'attività, perché se si fosse in presenza di perdita da "start-up" cioè di perdita conseguita in uno dei primi tre anni dall'avvio dell'attività, tale perdita sarebbe riportabile senza alcuna limitazione temporale (Risoluzione n. 123/E/2010).

Preliminarmente appare opportuno evidenziare che il nuovo regime forfettario è riservato alle sole persone fisiche esercenti attività d'impresa (incluse le imprese familiari), arti o professioni, svolte non in forma associata e si caratterizza per essere il regime "naturale" dei soggetti che si trovano in possesso di specifici requisiti prescritti dalla norma.

In particolare, possono accedere al nuovo regime forfettario quei contribuenti che, nell'anno solare precedente:

- hanno conseguito ricavi ovvero hanno percepito compensi, ragguagliati ad anno, non superiori a determinate soglie che variano in base all'attività esercitata (si va dai 15.000 euro ai 40.000 euro modulati in base alla redditività del settore economico di appartenenza);
- non hanno sostenuto spese per prestazioni di lavoro o collaborazioni di importo complessivo superiore a € 5.000;
- non possiedono, alla chiusura dell'esercizio, beni mobili strumentali superiori a € 20.000 (in tale soglia non vengono considerati i beni immobili);
- hanno conseguito redditi d'impresa e di lavoro autonomo prevalenti rispetto ad eventuali redditi da lavoro dipendente o assimilato (il requisito della prevalenza non è richiesto laddove la somma tra i redditi da lavoro dipendente e assimilati e quelli derivanti dall'attività d'impresa o lavoro autonomo non eccede l'importo di € 20.000).

ANNO 2015: SOGLIE DI ACCESSO E PERCENTUALE DI REDDITIVITA'

ATTIVITA'	SOGLIA RICA VI 2014	COEFF. REDDITIVITA'
Industrie alimentari e bevande	€ 35.000	40%
Commercio ingrosso/dettaglio	€ 40.000	40%
Commercio ambulante alimentari	€ 30.000	40%
Commercio ambulante altri prodotti	€ 20.000	54%
Costruzioni e attività immobiliari	€ 15.000	86%

Intermediari del	€	
commercio	15.000	62%
Ristoranti e alberghi	€ 40.000	40%
Attività professionali	€ 15.000	78%
Altre attività economiche	€ 20.000	67%

I singoli requisiti costituiscono, oltre che condizioni per accedere al nuovo regime, anche requisiti per il mantenimento dello stesso negli anni successivi.

Motivo per cui la fuoriuscita dal regime si registrerà quando verranno meno i suddetti requisiti o si materializza una delle cause ostative indicate al comma 57 dell'art.1 della legge di Stabilità 2015, cioè i soggetti che:

- si avvalgono di regimi speciali ai fini IVA;
- si avvalgono di regimi forfetari di determinazione del reddito;
- sono residenti all'estero, ad eccezione di quelli che risiedono in uno degli Stati membri dell'Unione Europea o in uno Stato aderente all'Accordo sullo Spazio Economico Europeo che assicuri un adeguato scambio di informazioni con l'Italia e che producono nel territorio dello Stato italiano redditi che costituiscano almeno il 75% del reddito complessivamente da loro prodotto;
- effettuano, in via esclusiva o prevalente, cessioni di fabbricati o porzioni di fabbricato, di terreni edificabili e di mezzi di trasporto nuovi;
- partecipano, contemporaneamente all'esercizio dell'attività, a società di persone o associazioni di cui all'art. 5 del TUIR o a società a responsabilità in regime di trasparenza ai sensi dell'art. 116 del TUIR.

Determinazione del reddito imponibile e tassazione agevolata

Il reddito imponibile si determina con modalità estremamente semplificate applicando ai ricavi e compensi percepiti nel corso dell'anno, un coefficiente di redditività differenziato in dipendenza della tipologia di attività svolta (tale tabella per semplicità è stata riportata poco sopra in uno alle soglie massime di ricavi o compensi per l'accesso al nuovo regime).

Le differenti percentuali di redditività, che naturalmente incorporano al loro interno i costi sostenuti, sono differenziate in considerazione che la loro incidenza varia a seconda del tipo di attività svolta (ad esempio l'incidenza dei costi è normalmente più bassa nelle attività professionali o di servizi ed è al contrario più elevata nelle attività di produzione o commercio di beni).

Da ciò conseguentemente discende che il reddito non è influenzato dalle spese effettivamente sostenute poiché sono forfetizzate nella percentuale di redditività. Posto che i coefficienti si applicano unicamente ai ricavi gestionali tipici, non concorrono a formare il reddito imponibile le componenti straordinarie costituite da plusvalenze e sopravvenienze attive.

Un'ulteriore differenza, rispetto al regime dei contribuenti minimi, è data dalla circostanza che nel nuovo regime forfetario, nel primo anno di applicazione, la norma dispone che le rimanenze finali formatesi nell'ultimo anno antecedente all'ingresso nel nuovo regime costituiscano un componente negativo deducibile dall'ammontare dei ricavi.

In sostanza, le rimanenze finali, relative

all'ultimo periodo antecedente all'ingresso, sono incorporate nella percentuale forfetaria di determinazione dei costi.

Per quanto riguarda le perdite conseguite negli esercizi precedenti l'ingresso nel nuovo regime, la norma dispone che le stesse sono computabili in diminuzione dal reddito del soggetto forfetario.

Dal reddito d'impresa o di lavoro autonomo sono altresì deducibili i contributi previdenziali versati se obbligatori per legge. Ciò probabilmente in considerazione del fatto che tale reddito non concorre a formare il reddito complessivo e quindi, i contribuenti che non avessero avuto altri redditi, sarebbero stati oltremodo danneggiati dall'impossibilità a dedurli.

Va da sé che i contributi che dovessero eccedere il reddito d'impresa o di lavoro autonomo forfetario potranno essere normalmente dedotti dal reddito complessivo, ovvero andranno definitivamente persi se e nella misura in cui dovessero eccedere tale reddito complessivo.

Il reddito d'impresa determinato con i criteri forfetari diviene base imponibile per i versamenti contributivi dovuti, con la particolarità che gli artigiani ed i commercianti possono, su opzione, beneficiare di un regime contributivo agevolato che consiste nella eliminazione del reddito minimo cui sono normalmente legati i contributi fissi (circa € 3.800 annui da versare in quattro rate trimestrali) e la conseguente possibilità di versare, in due rate a giugno e novembre, la sola contribuzione a percentuale sul reddito effettivamente prodotto, anche se inferiore al reddito minimale previsto dalla normativa previdenziale (nel 2014 pari a € 15.548).

Una interessante agevolazione reddituale riguarda inoltre i contribuenti che avviano

una nuova attività, per i quali è previsto un abbattimento del reddito imponibile (dopo averlo abbattuto per via della percentuale di forfetizzazione dei costi e degli eventuali contributi previdenziali obbligatori per legge) pari a 1/3 nei primi tre esercizi dall'avvio di una nuova attività.

Il reddito determinato con i criteri di forfetizzazione anzidetti, è infine tassato mediante l'applicazione di un'imposta sostitutiva dell'IRPEF, delle relative addizionali regionali e comunali e dell'IRAP pari al 15%.

Profili di convenienza rispetto al regime ordinario

E' chiaro che i maggiori vantaggi derivanti dall'applicazione del nuovo regime forfetario saranno destinati, ad esempio, a quei soggetti che:

- avendo altri redditi godranno della possibilità di tassare il reddito d'impresa o di lavoro autonomo con una aliquota fissa del 15% (addirittura pari al 5% nei primi cinque anni dall'avvio della nuova attività) ben più bassa di quella marginale applicabile alla fascia più elevata del reddito complessivo che può tranquillamente superare il 50% (se sommiamo IRPEF + Addizionali + IRAP);
- non presentano una rilevante significatività dei costi e quindi beneficiano di una percentuale forfetizzata che gli viene assegnata dalla legge senza alcun obbligo di giustificazione;
- Hanno conseguito incassi di rilevanti dimensioni concentrati in un anno che in regime ordinario avrebbero scontato le aliquote ordinarie dell'Irpef (dal 23% al 43%) e delle addizionali regionali e comunali e che

invece, sotto l'ombrello del nuovo regime forfetario, sconteranno sempre e comunque l'aliquota sostitutiva del 15% (o del 5%) in considerazione del fatto che l'eventuale superamento della soglia d'incassi determina la fuoriuscita dal regime forfetario soltanto dall'anno successivo.

D'altro canto, non deve ingannare l'aliquota apparentemente favorevole in tutti quei casi in cui la presenza di detrazioni per carichi di famiglia, detrazioni per spese ed oneri e la presenza di oneri deducibili (ad eccezione dei contributi previdenziali obbligatori che, come abbiamo visto, sarebbero comunque deducibili dal reddito forfetizzato) avrebbero azzerato la tassazione pur se in regime ordinario.

Inoltre, tra i fattori di convenienza che non possono essere sottaciuti, meritano di essere elencati l'esonero dalla tenuta dei registri e delle scritture contabili, l'esonero dall'applicazione dell'IVA sulle operazioni effettuate, l'esonero dalla compilazione e dalla trasmissione dell'allegato Studi di settore, l'esonero dalla compilazione e dalla trasmissione della comunicazione annuale periodica IVA, l'esonero dalla compilazione e dalla trasmissione della dichiarazione IVA e dallo speso metro ed infine l'esonero dall'obbligo di redazione e trasmissione del Mod. 770 (dichiarazione dei sostituti d'imposta).

Gli effetti del nuovo regime nel campo dell'IVA

Proprio trattando tale tema, emerge come il contribuente forfetario che non addebita

l'IVA in via di rivalsa ai propri clienti e non detrae l'IVA a credito sugli acquisti può trovare particolarmente vantaggioso il nuovo regime forfetario nell'ipotesi in cui i propri clienti siano consumatori finali.

Infatti, è molto probabile che tale contribuente tenderà a lasciare immutato il prezzo dei beni o dei servizi, recuperando quindi come maggiore ricavo l'importo corrispondente all'IVA posta normalmente a debito nel regime ordinario.

Naturalmente è chiaro che tale vantaggio va misurato al netto dell'IVA detraibile sugli acquisti e quindi sarà tanto più marcato quanto maggiore è il valore aggiunto del contribuente stesso.

Al contrario, il regime forfetario potrà risultare meno conveniente per le imprese ed i professionisti che operano con altri soggetti passivi IVA, in quanto, mentre il prezzo praticato viene concordato al netto dell'IVA, neutralizzando l'effetto, dall'altro lato il contribuente forfetario perderebbe in ogni caso la possibilità di detrarre l'IVA sugli acquisti.

In sostanza appare chiaro come i contribuenti non dovranno limitare la loro analisi di convenienza al mero confronto tra le imposte dirette derivanti dall'applicazione di diversi regimi, ma dovrà invece integrare tali analisi con tutte quelle variabili di altra natura che possano permettergli di operare una valutazione concretamente attendibile circa il carico fiscale reale da sopportare in caso di scelta del regime forfetario piuttosto che di quello ordinario.

Il nuovo regime forfetario come modificato dalla Legge di Stabilità 2016

Il regime forfetario si avvia a costituire l'unico regime che i soggetti individuali di ridotte dimensioni potranno applicare dal 2016.

Viene disposta, infatti, dalla legge la definitiva abrogazione del regime dei contribuenti minimi, anche se resta aperta la possibilità che venga consentito agli attuali "minimi" di completare il quinquennio ovvero di mantenere il vecchio regime sino al compimento del 35° anno di età (si resta comunque in attesa di conferma).

Ma il nuovo regime forfetario, seppur impiantato sullo scheletro dell'attuale regime ex legge 190/2014, è stato certamente reso più appetibile e soprattutto più accessibile per i contribuenti.

Molte criticità sono state rimosse ed oggi il nuovo regime forfetario si presenta con le seguenti caratteristiche:

- Resta immutata l'aliquota dell'imposta sostitutiva fissata al 15%, ma la stessa viene ridotta, per la fase di start-up, al 5% nei primi cinque anni di attività con facoltà di utilizzo della medesima aliquota ridotta anche a beneficio di chi si troverà nel 2016 all'interno del quinquennio stesso partendo dall'avvio della nuova attività (naturalmente questa forma di agevolazione va a sostituire l'abbattimento di 1/3 del reddito imponibile nei primi tre anni di attività);
- Vengono sostanzialmente elevate le soglie di ricavi/compensi massimi per l'accesso al regime disponendo il raddoppio (da € 15.000 a € 30.000) per i professionisti ed un aumento di € 10.000 della stessa soglia di accesso per tutte le altre categorie di attività,

mentre restano immutate le percentuali di forfettizzando e del reddito;

- Viene eliminata, ai fini previdenziali, la possibilità di optare per il pagamento dei contributi previdenziali INPS alle sole gestioni degli artigiani e dei commercianti sulla base del reddito effettivamente prodotto non tenendo conto dei minimali di reddito;

- In sostituzione della suddetta agevolazione contributiva, viene introdotta una decurtazione del 35% del carico contributivo nei primi cinque anni dall'avvio di una nuova attività per la quale risulti obbligatoria iscrizione alla gestione INPS degli artigiani o dei commercianti (peraltro sulla base del tenore letterale della norma, tale riduzione dovrebbe riguardare la contribuzione ordinaria con la conseguente possibilità di ridurre la contribuzione minima);

- Viene opportunamente rimossa la clausola della necessaria prevalenza del reddito d'impresa o di lavoro autonomo sui redditi di lavoro dipendente e assimilati qualora la sommatoria di tali redditi superasse la soglia di € 20.000 e tale requisito viene sostituito da una nuova barriera all'ingresso per i contribuenti con redditi di lavoro dipendente o assimilati superiori ad annui € 30.000.

ANNO 2016: SOGLIE DI ACCESSO E PERCENTUALE DI REDDITIVITA'

ATTIVITA'	SOGLIA RICAVALI 2015	COEFF. REDDITIVITA'
Industrie alimentari e bevande	€ 45.000	40%
Commercio ingrosso/dettaglio	€ 50.000	40%
Commercio ambulante alimentari	€ 40.000	40%

Commercio		
ambulante altri prodotti	€ 30.000	54%
Costruzioni e attività immobiliari		
immobiliari	€ 25.000	86%
Intermediari del commercio		
commercio	€ 25.000	62%
Ristoranti e alberghi	€ 50.000	40%
Attività professionali	€ 30.000	78%
Altre attività economiche		
economiche	€ 30.000	67%

Sarà particolarmente importante valutare con attenzione la fase transitoria del passaggio dal regime dei contribuenti minimi al nuovo regime forfetario.

Allo stato attuale non è prevista una esplicita norma transitoria per i soggetti che abbiano avviato una nuova attività da meno di cinque anni ovvero che non abbiano ancora raggiunto il 35° anno di età ed hanno applicato nell'anno in corso il regime dei contribuenti minimi.

Ciò che ad oggi si può segnalare è che, sulla base della lettura della norma e tranne che l'Agenzia non disponga diversamente in sede di chiarimenti di prassi, i contribuenti interessati potranno continuare a fruire del regime dei minimi fino alla naturale scadenza del quinquennio dall'avvio dell'attività ovvero fino al raggiungimento del 35° anno di età.



Relazione al convegno sulla nuova prestazione di assicurazione sociale per l'impiego – NASpI

di Marcello Amodio

Premessa e quadro normativo

Il decreto legislativo 4/3/2015 n. 22 recante: “ Disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in caso di disoccupazione involontaria e di ricollocazione dei lavoratori disoccupati, in attuazione della legge 10/12/2014 n. 183 “ pubblicato nella G.U. n. 54 del 6 marzo 2015, ha dettato nuove norme in materia di ammortizzatori sociali, in conformità con l'art. 38 2° comma della Cost., il quale sancisce il diritto dei lavoratori a forme di tutela contro la disoccupazione.

In particolare l'art. 1 del suddetto decreto istituisce a decorrere dal 1 maggio 2015 c/o la gestione prestazioni temporanee ai lavoratori dipendenti di cui all'art. 24 della legge 9/3/1989 n. 88 e nell'ambito dell'Assicurazione Sociale per l'Impiego di cui all'articolo 2 della legge 28 giugno 2012 n. 92 un'indennità mensile di disoccupazione denominata NASpI avente la funzione di fornire una tutela di sostegno al reddito ai lavoratori con rapporto di lavoro subordinato che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione.

La riforma del lavoro attuata dal governo Renzi cambia il sussidio di disoccupazione perché il Jobs Act elimina Aspi Mini Aspi introducendo per l'appunto la NASpI attivata dal 1 maggio 2015; in più introduce in via sperimentale l'Asdi. Assegno di disoccupazione e la Dis-Coll.

L'assegno di disoccupazione e la Dis-Coll, indennità di disoccupazione per co.co.co e co.co.pro, in attesa comunque che gli attuali contratti di lavoro co.co.co e co.co.pro giungano a scadenza (mentre è il caso di ricordare che per le nuove assunzioni del settore privato ci sarà solo il contratto a tutele crescenti). La Dis-Coll sarà per quei lavoratori iscritti alla Gestione Separata INPS senza P.IVA che rimarranno senza lavoro da Gennaio 2015 in poi e per i quali siano già trascorsi 68 gg. entro i quali va presentata la domanda. L'indennità di disoccupazione è retroattiva. L'importo è il 75% del reddito mensile se sotto i 1195 €, se più elevato non si può superare comunque la soglia dei 1300 € e si percepirà per lo stesso numero di mesi di contributi che si sono maturati dal 1/1/2004.

La NASpI sostituisce le indennità di disoccupazione ASpI e Mini ASpI di cui all'art. 2 legge n. 92/2012, con riferimento agli eventi di disoccupazione verificatesi dal 1/1/2015. Per evento di disoccupazione s'intende l'evento di cessazione dal lavoro che ha comportato lo stato di disoccupazione.

Destinatari

Sono destinatari della NASpI i lavoratori dipendenti ivi compresi gli apprendisti, i soci lavoratori di cooperativa che abbiano stabilito, con la propria adesione o successivamente all'instaurazione del rapporto associativo, un rapporto in forma subordinata (vedi art. 1 c. 3 legge 142/2001), nonché il personale artistico con rapporto di lavoro subordinato.

Le disposizioni relative alla NASpI

- non si applicano nei confronti dei dipendenti a tempo indeterminato delle P.A. di cui all'art. 1 comma 2 del decreto

legislativo n. 165/2001 e s.m.i.

- non si applicano nei confronti degli operai agricoli a tempo determinato indeterminato.

Si precisa infine che la categoria dei collaboratori coordinati e continuativi, anche a progetto, che abbiano involontariamente perduto la propria occupazione sono invece destinatari di una specifica e distinta tutela denominata DIS-COLL introdotta – come detto in via sperimentale per il 2015 dall’art. 15 del d. legisl. n. 22 del 2015 in relazione agli eventi di disoccupazione verificatisi tra l’1.1.2015 ed il 31.12.2015 .

REQUISITI

La NASpI quindi spetta a chi ha perso involontariamente la propria occupazione e che congiuntamente presenti i seguenti requisiti:

- stato di disoccupazione
- si possa far valere nei 4 anni precedenti l’inizio della disoccupazione almeno 13 sett. di ctr. c/ la disoccupazione;
- possano far valere 30 gg. di lavoro effettivo nei 12 mesi precedenti l’inizio del periodo di DS.

a) Stato di disoccupazione

Lo stato di disoccupazione deve essere quindi involontario. Sono esclusi, pertanto, i lavoratori il cui rapporto di lavoro sia cessato a seguito di dimissioni o di risoluzione consensuale.

La NASpI spetta anche in caso

1) di dimissioni per giusta causa qualora motivate:

- dal mancato pagamento della retribuzione
- dall’aver subito molestie sessuali nei luoghi di lavoro

- dalle modificazioni peggiorative delle mansioni lavorative

- dal c.d. mobbing

- dalle notevoli variazioni delle condizioni di lavoro a seguito di cessione ad altre persone (fisiche o giuridiche) dell’azienda (art. 2112 c.4 c.c.)

- dallo spostamento del lav.re da una sede all’altra, senza che sussistano le “comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive” previste dall’art. 2103 c.c.

- dal comportamento ingiurioso posto in essere dal superiore gerarchico nei confronti dei dipendenti.

2) durante il periodo tutelato di maternità (da 300 gg. prima della data presunta del parto e fino al compimento del primo anno di vita del figlio).

Infine la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro si precisa che essa non è ostativa al riconoscimento della prestazione qualora intervenuta nell’ambito della procedura di conciliazione da tenersi c/o la Direzione Territoriale del Lavoro.

b) Almeno 13 settimane di contribuzione contro la disoccupazione nei quattro anni precedenti l’inizio del periodo di disoccupazione

Sono valide tutte le settimane retribuite purchè risulti, anno per anno, complessivamente erogata o dovuta una retribuzione non inferiore ai minimali settimanali.

La disposizione relativa ai minimali di riferimento non si applica ai lavoratori addetti ai servizi domestici e familiari, agli operai agricoli e agli apprendisti .

Per contribuzione utile al diritto si deve intendere anche quella dovuta ma non versata, in base al principio della c.d. automaticità delle prestazioni ex art. 2116 c.c. .

Per il perfezionamento del diritto si considerano quindi:

- i contributi previdenziali versati durante il rapporto di lavoro subordinato

- i contributi figurativi accreditati per maternità obbligatoria se all’inizio dell’astensione risulta già versata o dovuta contribuzione ed i periodi di congedo parentale purchè regolarmente indennizzati e intervenuti in costanza di rapporto di lavoro;

- i periodi di lavoro all’estero (1) in paesi comunitari o convenzionati ove vi sia possibilità di totalizzazione;

- i periodi di astensione dal lavoro per malattia dei figli fino ad 8 anni di età.

Qualora il lavoratore abbia alternato periodi di lavoro nel settore agricolo e periodi di lavoro in settori non agricoli, i periodi sono cumulabili ai fini del conseguimento dell’indennità di disoccupazione NASpI purchè nel quadriennio di osservazione risulti prevalente la contribuzione agricola e sempre che la relativa domanda sia pervenuta nel termine di 68 gg. rispetto alla cessazione dell’ultimo rapporto di lavoro anche se avvenuto in agricoltura.

(1) Non sono considerati utili :

- di lavoro all’estero in Stati con i quali l’Italia non abbia stipulato convenzioni bilaterali in materia di sicurezza sociale;

- in quanto non coperti da contribuzione effettiva i periodi coperti da contribuzione figurativa della malattia ed infortunio sul lavoro;

- in quanto non coperti da contribuzione effettiva i periodi coperti da contribuzione figurativa della cig straordinaria ed ordinaria con sospensione dell’attività a 0 ore;

- in quanto non coperti da contribuzione effettiva i periodi coperti da contribuzione figurativa le assenze per permessi e congedi fruiti dal lavoratore che sia coniuge convivente, genitore, figlio convivente, fratello o sorella convivente di soggetto con handicap in situazione di gravità.

Quindi tutti questi periodi non sono

considerati utili e devono essere neutralizzati in quanto ininfluenti determinando un conseguente ampliamento del quadriennio di riferimento.

c) 30 giornate di lavoro effettivo , a prescindere dal minimale contributivo, nei 12 mesi che precedono l’inizio del periodo di disoccupazione

Le giornate di lavoro effettivo sono le gg. di effettiva presenza al lavoro a prescindere dalla loro durata oraria. Sono indicate nel flusso mensile UNIEMENS col codice “S”. Gli eventi di seguito elencati e che si verificano o siano in corso nei dodici mesi determinano un ampliamento del periodo dei 12 mesi all’interno dei quali ricercare il requisito della 30 gg.:

- Malattia ed infortunio sul lavoro nel caso non vi sia integrazione della retribuzione da parte del datore di lavoro;
- Cassa integrazione ordinaria e straordinaria a 0 ore;
- Assenze o permessi e congedi fruiti dal lav.re che sia convivente coniuge, genitore, figlio convivente fratello e sorella convivente di soggetto con handicap in condizione di gravità.

I periodi di assenza dal lavoro per maternità obbligatoria determinano un ampliamento – pari alla durata degli eventi medesimi – del periodo dei dodici mesi all’interno del quale ricercare il requisito delle 30 gg. .

CALCOLO E MISURA

L’indennità è rapportata ad una nuova base di calcolo determinata retribuzione imponibile ai fini previdenziali degli ultimi 4 anni divisa per il totale delle sett. di contribuzione e moltiplicata per il coefficiente di 4,33 .

Indennità=

$\frac{\text{retribuzione ultimi 4 anni}}{\text{Totale settimane di contribuzione}} \times 4,33$

Nei casi la retribuzione mensile sia pari o

inferiore nel 2015 all'importo di € 1.195 mensili, rivalutato annualmente secondo gli indici ISTAT, l'indennità mensile è pari al 75% della retribuzione.

L'indennità mensile non può in ogni caso superare nel 2015 l'importo max mensile di € 1300, rivalutato annualmente secondo gli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati intercorsa nell'anno precedente.

Inoltre la NASpI si riduce del 3% ogni mese a decorrere dal primo giorno del quarto mese di fruizione (91esimo della prestazione).

DURATA DELLA PRESTAZIONE

La NASpI è corrisposta mensilmente, per un numero di settimane pari alla metà delle settimane di contribuzione degli ultimi 4 anni. Ai fini del calcolo della durata non sono computati i periodi contributivi che hanno già dato luogo ad erogazione delle prestazioni di disoccupazione. A seguito della pubblicazione sulla G.U. n. 221 del 23/9/2015, dei decreti lgs. n. 148 e n. 150 del 14/9/2015 si fa presente in particolare che all'art. 43 comma 3 del decreto l.vo 148 del 2015, abrogando l'ultimo periodo dell'art. 5 del decreto lgs. n. 22 del 2015, comporta il prolungamento strutturale della durata dell'indennità NASpI fino ad massimo di 24 mesi anche per gli eventi di disoccupazione che si verificheranno dal 1° gennaio 2017.

A tal riguardo si precisa che:

- ai fini del calcolo della durata della prestazione sono presi in considerazione solo i periodi di contribuzione presenti nel quadriennio di osservazione;

- ai fini del non computo dei periodi contributivi che hanno già dato luogo ad erogazione di prestazione di disoccupazione sono presi in considerazione, per esserne esclusi, i periodi di contribuzione precedenti la prestazione della quale hanno costituito base di calcolo;

- i periodi di contribuzione relativi al rapporto di lavoro successivi all'ultima prestazione di disoccupazione sono sempre utili ai fini della determinazione della durata di una nuova NASpI poiché non hanno già dato luogo ad erogazione di prestazioni di disoccupazione.

PRESENTAZIONE DELLA DOMANDA

Per fruire dell'indennità i lavoratori aventi diritto devono, a penna di decadenza, presentare apposita domanda dall'INPS, esclusivamente in via telematica, entro il termine di decadenza di 68 gg. dalla cessazione del rapporto di lavoro.

Le consuete modalità di presentazione sono:

- WEB direttamente dal cittadino munito di PIN attraverso il portale dell'INPS

- Enti di Patronato

- Contact Center integrato INPS-INAIL 803164 da rete fissa e 06 164 164 da rete mobile.

Si recepiscono gli orientamenti giurisprudenziali in ordine all'intervenuta malattia o inizio di congedo di maternità.

Pertanto:

α) 1. Nel caso di evento di maternità indennizzabile insorto entro i 68 gg. dalla data di cessazione del rapporto di lavoro, il termine di presentazione resta sospeso per un periodo pari alla durata dell'evento di maternità indennizzato e riprende a decorrere, al termine del predetto evento, per la parte residua.

a) 2. Nel caso di evento di malattia comune indennizzabile da parte dell'INPS o infortunio sul lavoro/malattia professionale insorto entro i 68 gg. dalla data di cessazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, il termine di presentazione della domanda resta sospeso per un periodo pari alla durata dell'evento di malattia indennizzato o infortunio sul lavoro/malattia professionale e riprende a decorrere al termine del predetto evento, per la parte residua.

b) data di cessazione del periodo di maternità indennizzato quando questo sia insorto durante il rapporto di lavoro successivamente cessato;

c) data di cessazione del periodo di malattia indennizzato o di infortunio sul lavoro/malattia professionale quando siano insorti durante il rapporto di lavoro successivamente cessato;

d) data di definizione della vertenza sindacale o data di notifica della sentenza giudiziaria;

e) data di fine corrispondente all'indennità di mancato preavviso ragguagliato in giornate;

f) 30esimo giorno successivo alla data di cessazione a seguito di licenziamento per giusta causa.

DECORRENZA DELLA PRESTAZIONE

La NASpI decorre:

1. dall'ottavo giorno successivo alla data di cessazione dell'ultimo rapporto di lavoro, se la domanda è presentata entro l'ottavo giorno;

2. dal 1° giorno successivo alla data di presentazione della domanda, nel caso in cui la domanda sia stata presentata successivamente all'ottavo giorno;

3. dall'ottavo giorno successivo alle date di fine dei periodi di maternità, malattia, infortunio sul lavoro/malattia professionale o di mancato preavviso, qualora la domanda sia stata presentata entro l'ottavo giorno; dal giorno successivo alla presentazione della domanda qualora questa sia presentata successivamente all'ottavo giorno ma, comunque, nei termini di legge;

4. dall'ottavo giorno successivo alla data di cui al precedente punto f), del §

precedente, qualora la domanda sia stata presentata entro l'ottavo giorno; dal giorno

successivo alla presentazione della domanda qualora questa sia presentata successivamente all'ottavo giorno ma, comunque, nei termini di legge.

Si chiarisce che l'eventuale rioccupazione durante i primi 8 giorni che seguono la cessazione del rapporto di lavoro non dà luogo all'applicabilità del regime della sospensione della prestazione. Inoltre la NASpI non sostituisce l'indennità di malattia ed in caso di malattia insorta durante la percezione della prestazione di disoccupazione, ma comunque entro 60 gg. dalla cessazione del rapporto di lavoro, la prestazione di disoccupazione viene sospesa per tutta la durata dell'indennità di malattia per poi essere ripristinata per la parte residua dal momento della ripresa della capacità lavorativa.

CONDIZIONALITA'

L'erogazione della prestazione NASpI è condizionata alla permanenza dello stato di disoccupazione nonché alla regolare partecipazione alle iniziative di attivazione lavorativa e ai percorsi di riqualificazione professionale proposti dai Servizi competenti di cui all'art. 1 comma 2 lett. G) decreto leg. vo 181/2000.

I Centri per l'Impiego comunicano all'INPS, attraverso il Sistema Informativo della Banca dati percettori già in uso e attraverso la Banca dati politiche attive e passive, le cause di decadenza della prestazione NASpI connesse alle attività di competenza dei Centri medesimi.

I lavoratori potranno rilasciare direttamente all'INPS la dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro (DID) al momento della presentazione della domanda di NASpI, qualora non abbiano già rilasciato tale dichiarazione PEC o presentandosi personalmente c/o Centro per l'Impiego.

INCENTIVO ALL'AUTOIMPREDITORIALITA'

Il lav.re avente diritto alla corresponsione della NASpI può richiedere la liquidazione anticipata in un'unica soluzione dell'importo complessivo del trattamento che gli spetta e che non gli è stato ancora erogato, a titolo di incentivo all'avvio di un'attività lavorativa autonoma o di impresa individuale o per la sottoscrizione di una quota di capitale sociale di una cooperativa nella quale il rapporto mutualistico ha ad oggetto la prestazione di attività lavorativa da parte del socio. La finalità dell'incentivo all'autoimprenditorialità è quella di favorire l'avvio di attività connotate da un effettivo carattere di autonomia e da un certo rischio di impresa.

Detto incentivo non è riconosciuto in caso di instaurazione di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa anche a progetto.

Il lav.re che intende avvalersi della liquidazione in un'unica soluzione della NASpI deve presentare all'INPS, a pena di decadenza, domanda di anticipazione in via telematica entro 30 gg. dalla data di inizio dell'attività lavorativa autonoma o di impresa individuale o dalla data di sottoscrizione di una quota di capitale sociale della cooperativa. Se detta attività è iniziata durante il rapporto di lavoro dipendente la cui cessazione ha dato luogo alla prestazione NASpI, la domanda intesa ad ottenere l'anticipazione della predetta prestazione deve essere trasmessa entro 30 gg. dalla data di presentazione della domanda di indennità di disoccupazione NASpI.

Il lav.re che instaura un rapporto di lavoro subordinato prima della scadenza del periodo per cui è riconosciuta la liquidazione anticipata della NASpI è tenuto a restituire per intero l'anticipazione ottenuta, salvo il caso in cui il rapporto di lavoro subordinato sia instaurato con la cooperativa della quale ha sottoscritto una quota di capitale sociale.

NUOVA ATTIVITA' LAVORATIVA IN CORSO DI PRESTAZIONE

Nuovo rapporto di lavoro subordinato

In caso di nuova occupazione con contratto di lavoro subordinato del soggetto percettore di NASpI dalla quale derivi un reddito annuale superiore al reddito minimo escluso da imposizione si produce la decadenza dalla prestazione, salvo il caso in cui la durata del rapporto di lavoro non sia superiore a 6 mesi. In tal caso l'indennità è sospesa d'ufficio, sulla base delle comunicazioni obbligatorie, per la durata del rapporto di lavoro. Al termine del periodo di sospensione l'indennità riprende ad essere corrisposta per il periodo residuo spettante al momento in cui l'indennità stessa era stata sospesa.

In caso di nuova occupazione con contratto di lavoro subordinato del soggetto percettore di NASpI il cui reddito annuale sia inferiore al reddito minimo escluso da imposizione si mantiene la prestazione ridotta alle seguenti condizioni:

- il percettore deve comunicare all'INPS, entro un mese dall'inizio dell'attività, il reddito annuo previsto;

- il datore di lavoro o l'utilizzatore, qualora il lav.re sia impiegato con contratto di somministrazione, devono essere diversi dal datore di lavoro dall'utilizzatore per i quali il lav.re prestava la sua attività quando è cessato il rapporto di lavoro che ha determinato il diritto alla NASpI e non devono presentare rispetto ad essi rapporti di collegamento o di controllo ovvero assetti proprietari sostanzialmente coincidenti.

Se ricorrono tali condizioni la NASpI è ridotta di un importo pari all'80% del reddito previsto. La riduzione viene operata tra la data di inizio del rapporto di lavoro subordinato e la data in cui termina il periodo di godimento dell'indennità. Avviene d'ufficio al momento della presentazione della dichiarazione dei redditi.

In caso di mancata comunicazione del reddito, laddove il rapporto di lavoro sia di durata pari

o inferiore a sei mesi si applica l'istituto della sospensione; laddove il rapporto sia di durata superiore a sei mesi o a tempo indeterminato si applica l'istituto della decadenza.

LAVORO AUTONOMO

In caso di svolgimento di attività lavorativa in forma autonoma, di impresa individuale o parasubordinata, dalla quale derivi un reddito inferiore al limite utile ai fini della conservazione dello stato di disoccupazione, il soggetto beneficiario deve informare l'INPS entro 1 mese dall'inizio dell'attività, o entro un mese dalla domanda di NASpI se l'attività era preesistente, dichiarando il reddito annuo che prevede di trarre da tale attività.

In tal caso l'indennità NASpI è ridotta di un importo pari all'80% del reddito previsto, rapportato al periodo di tempo intercorrente tra la data di inizio dell'attività e la data di fine dell'indennità o, se antecedente, la fine dell'anno. La riduzione di cui al periodo precedente è ricalcolata d'ufficio al momento della presentazione della dichiarazione dei redditi. Nel caso sia esente dall'obbligo di presentazione della dichiarazione dei redditi, il beneficiario è tenuto a presentare all'INPS un'apposita autodichiarazione concernente il reddito ricavato dall'attività lavorativa entro il 31 marzo dell'anno successivo. Nel caso di mancata presentazione dell'autodichiarazione il lav.re è tenuto a restituire la NASpI percepita dalla data di inizio dell'attività lavorativa autonoma.

DECADENZA DALLA PRESTAZIONE

Il beneficiario decade dalla fruizione della NASpI, con effetto dal verificarsi dell'evento interruttivo, nei seguenti casi:

- perdita dello stato di disoccupazione;
- inizio di un'attività lavorativa subordinata senza provvedere alla comunicazione di cui all'art. 9 d. leg.vo n. 22 del 2015;

- inizio di un'attività lavorativa in forma autonoma senza provvedere alla comunicazione art. 10 d.leg.vo n.22del 2015;

- raggiungimento dei requisiti per il pensionamento di vecchiaia o anticipato;

- acquisizione del diritto all'assegno ordinario di invalidità, sempre che il lav.re non opti per la NASpI;

- violazione delle regole di condizionalità art. 7 d. leg.vo n. 22 del 2015;

L'interruzione si realizza dal momento in cui si verifica l'evento che la determina, con conseguente obbligo di restituire l'indennità che eventualmente si sia continuato a percepire oltre la data del verificarsi dell'evento interruttivo.

TRATTAMENTO DEGLI EVENTI DI DISOCCUPAZIONE INTERVENUTI PRIMA DEL 1 MAGGIO 2015

Agli eventi di disoccupazione intervenuti fino al 30 aprile 2015 si applicano, fino alla scadenza naturale ovvero alla decadenza dalla prestazione, le disposizioni in materia di indennità di disoccupazione ASpI di cui all'art. 2 della legge 28 giugno 2012 n. 92.

PRESTAZIONI ACCESSORIE

Per i periodi di fruizione della NASpI sono riconosciuti d'ufficio i contributi figurativi rapportati alla retribuzione di cui all'art. 4 comma 1 del d. leg.vo 22 del 2015, entro un limite di retribuzione pari ad 1,4 volte l'importo massimo mensile della NASpI per l'anno in corso. Siccome l'importo massimo mensile della NASpI per l'anno 2015 è di € 1.300, la predetta contribuzione figurativa è riconosciuta solo entro il limite di € 1.820 (€ 1.300 x 1,4 = € 1.820). Il periodo di contribuzione figurativa per NASpI è computato per l'anzianità contributiva ai fini pensionistici.

RICORSI

Competente a decidere i ricorsi amministrativi presentati avverso i provvedimenti adottati in materia di NASpI è il Comitato Provinciale della struttura INPS che ha emesso il provvedimento.

Il ricorso va presentato entro 90 gg. dal ricevimento del provvedimento amministrativo.

E' confermata l'applicazione del regime decadenziale di 1 anno per la proposizione della vertenza giudiziaria avverso il provvedimento di concessione o diniego della prestazione che si ricorda decorre in alternativa:

- dal 181° giorno successivo a quello di comunicazione del provvedimento amm.vo di definizione della domanda di prestazione;
- dal 301° giorno successivo alla data di presentazione della domanda nel caso di mancata definizione;
- dal giorno successivo alla reiezione del ricorso amm.vo intervenuta entro il termine di 90 giorni;
- dal 91° giorno successivo alla presentazione del ricorso amm.vo al Comitato Provinciale.

EFFETTI SULL'INDENNITA' NASpI IN CASO DI RIFIUTO ALLE PROPOSTE DI LAVORO O DI TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE

Per effetto del combinato disposto di cui ai commi 41 e 42 dell'art. 4 della legge 92 del 2012, il rifiuto da parte del lav.re di partecipazione ad iniziative di politica attiva o la non accettazione di un'offerta di lavoro congrua non costituisce ipotesi di decadenza dalla prestazione laddove le attività lavorative, di formazione o di riqualificazione si svolgano in un luogo che dista oltre 50 Km. dal luogo di residenza del lavoratore o che è raggiungibile mediamente in più di 80 min. con i mezzi di trasporto pubblico. Viceversa

il rifiuto alla partecipazione ad iniziative di politica attiva o la non accettazione di un'offerta di lavoro congrua in un luogo che dista entro 50 Km. Dalla residenza del lav.re o che è raggiungibile mediamente entro 80 min. con i mezzi di trasporto pubblico, costituisce ipotesi di decadenza dalla prestazione, con decorrenza dal verificarsi dell'evento interruttivo che la determina.

LICENZIAMENTO CON ACCETTAZIONE DELL'OFFERTA DI CONCILIAZIONE DI CUI ALL'ART. 6 DEL D. LGS. 23 DEL 2015 E LICENZIAMENTO DISCIPLINARE

Accanto all'ipotesi legislativamente prevista di risoluzione consensuale del rapporto di lavoro intervenuta nell'ambito della procedura di conciliazione, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha chiarito che non è ostativo al riconoscimento dell'indennità di NASpI l'ipotesi di licenziamento con accettazione dell'offerta di conciliazione di cui all'art. 6 del d. lgs. 23/2015.

In particolare il predetto art. 6 stabilisce che in caso di licenziamento il datore di lavoro può offrire al lav.re, entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento stesso, un importo che non costituisce reddito imponibile e non risulta assoggettato a contribuzione previdenziale e la cui accettazione da parte del lav.re comporta l'estinzione del rapporto di lavoro alla data del licenziamento e la rinuncia all'impugnazione del licenziamento. Con il citato interpello è stato chiarito che l'accettazione in questione non muta il titolo della risoluzione del rapporto di lavoro che resta il licenziamento e pertanto tale fattispecie è da intendersi quale ipotesi di disoccupazione involontaria conseguente ad atto unilaterale di licenziamento del datore di lavoro. Nel medesimo interpello è stato chiarito che anche la nuova indennità di disoccupazione NASpI può essere riconosciuta ai lavoratori licenziati per motivi disciplinari. Il licenziamento disciplinare non può essere inteso quale evento da cui derivi disoccupazione volontaria in quanto la misura sanzionatoria del licenziamento non

risulta conseguenza automatica dell'illecito disciplinare ma è sempre rimessa alla libera determinazione e valutazione del datore di lavoro, costituendone esercizio del potere discrezionale.

In definitiva l'indennità NASpI può essere riconosciuta sia ai lavoratori che accettano l'offerta economica del datore di lavoro, sia a quelli licenziati per motivi disciplinari.

REQUISITO CONTRIBUTIVO: ALMENO 13 SETTIMANE DI CONTRIBUZIONE CONTRO LA DISOCCUPAZIONE NEI QUATTRO ANNI PRECEDENTI L'INIZIO DEL PERIODO DI DISOCCUPAZIONE

In presenza di una pluralità di periodi neutri - cioè non utili per la ricerca del requisito contributivo e lavorativo - che si susseguono si richiede che almeno il primo evento neutro cominci o sia in corso nel quadriennio di osservazione ai fini della ricerca del requisito contributivo. Il predetto quadriennio viene così ampliato in misura pari alla durata dell'evento neutro.

In altri termini nel quadriennio così ampliato " se si rinviene " un ulteriore evento neutro, il quadriennio dovrà essere ulteriormente ampliato in misura pari alla durata dell'evento rinvenuto.

Il procedimento di ampliamento si protrae fino alla ricostruzione del periodo di osservazione di 48 mesi al netto dei periodi neutri.

REQUISITO LAVORATIVO: TRENTA GIORNATE DI LAVORO EFFETTIVO, A PRESCINDERE DAL MINIMALE CONTRIBUTIVO, NEI DODICI MESI CHE PRECEDONO L'INIZIO DEL PERIODO DI DISOCCUPAZIONE. (Perfezionamento del requisito delle 30 gg. di effettivo lavoro per i lavoratori addetti ai servizi domestici)

A causa del particolare regime che caratterizza il lavoro domestico, per i lavoratori addetti

ai servizi domestici e familiari è possibile individuare le settimane in cui gli stessi hanno prestato la propria attività lavorativa ma non è possibile verificare, all'interno di ciascuna settimana, in quali e in quante giornate sia stata prestata l'attività lavorativa.

In ragione di quanto esposto ai fini della ricerca del requisito delle "30 giornate di lavoro effettivo" nei dodici mesi precedenti la cessazione del rapporto di lavoro per l'accesso alla NASpI, il requisito s'intende soddisfatto laddove tali assicurati abbiano prestato - nel periodo di osservazione (12 mesi precedenti la cessazione del rapporto di lavoro) - attività lavorativa per 5 settimane con un minimo di ore lavorate per ciascuna settimana pari a 24 ore (24 x 5 cioè minimo di ore per la copertura di una settimana = 120 ore).

DOMANDA DI INDENNITA' DI MOBILITA' O DI INDENNITA' DI DISOCCUPAZIONE NASpI

Si precisa quanto segue in ordine alla diversità delle due prestazioni con riferimento alla contribuzione versata dal datore di lavoro, ai requisiti di accesso, alla durata, alla misura ed alle tipologie di agevolazioni. Per quanto concerne gli aspetti contributivi, il datore di lavoro è tenuto al versamento dell'aliquota contributiva ordinaria ASpI dell' 1,61% (1,31% + 0,30 %), a favore del lavoratori per i quali è prevista l'assicurazione contro la disoccupazione.

In materia di mobilità, invece, sono tenute al versamento del contributo dello 0,30 le aziende inquadrate nei settori economico-produttivi rientranti nel campo dell'applicazione della disciplina dell'intervento straordinario di integrazione salariale.

Quanto agli aspetti legati ai requisiti di accesso, la prestazione di disoccupazione NASpI è rivolta ai lavoratori che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione a seguito di licenziamento individuale, licenziamento con accettazione dell'offerta di conciliazione di cui all'art. 6

d. lgs. 23/2015, dimissioni per giusta causa, nonché risoluzione consensuale.

Quanto ai requisiti di accesso, per la prestazione di disoccupazione NASpI si richiede, oltre allo stato di disoccupazione involontario, la presenza di almeno 13 settimane di contribuzione nel quadriennio precedente la data di cessazione del lavoro, nonché la presenza di almeno 30 gg. di effettivo lavoro nei dodici mesi precedenti la cessazione dal lavoro. Per l'accesso alla indennità di mobilità, oltre all'iscrizione nelle liste di mobilità, i lavoratori licenziati devono avere la qualifica di operai, impiegati e quadri e un'anzianità aziendale di dodici mesi, di cui almeno sei di lavoro effettivamente prestato, con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, come disciplinato dall'art 16 comma 1 legge 223/1991 .

Quanto alla durata delle prestazioni l'indennità di NASpI è pari alla metà delle settimane di contribuzione nel quadriennio precedente la data di cessazione dal lavoro, risultando pertanto strettamente legata all'anzianità contributiva del lav.re . La durata dell'indennità di mobilità è commisurata all'età anagrafica del lav.re al momento del licenziamento nonché all'area geografica di ubicazione dell'azienda interessata dalla procedura di licenziamento collettivo.

Quanto alla misura , l'indennità mensile di NASpI è pari al 75% della retribuzione media mensile nei casi in cui tale retribuzione sia pari o inferiore ad un importo stabilito che per l'anno 2015 è di € 1.195; nei casi in cui la retribuzione mensile sia superiore all'importo stabilito, l'indennità NASpI è pari al 75% di detto importo incrementato di una somma pari al 25% del differenziale tra la retribuzione media mensile e il predetto importo stabilito. L'indennità di NASpI non può superare un importo massimo mensile stabilito dalla legge, che per il 2015 è pari a € 1.300 lorde.

L'importo dell'indennità di mobilità è, invece, pari al trattamento di integrazione salariale che il lavoratore avrebbe percepito nel periodo immediatamente precedente

la risoluzione del rapporto di lavoro, nei limiti dei massimali, previsti per le due fasce di retribuzione percepita prima del licenziamento e adeguati annualmente. Pertanto, detto importo, verrà corrisposto nella misura del cento per cento per i primi 12 mesi e dell'ottanta per cento a decorrere dal tredicesimo fino al termine della prestazione.

NUOVA ATTIVITA' LAVORATIVA IN CORSO DI PRESTAZIONE.

EFFETTI DEL LAVORO ACCESSORIO SULL'INDENNITA' NASpI

Decreto legislativo 15/6/2015 n. 81 disciplina, tra l'altro, il lavoro accessorio. In particolare l'art. 48 stabilisce che per le prestazioni di lavoro accessorio si intendono attività lavorative che non danno luogo, con riferimento alla totalità dei committenti, a compensi superiori a 7.000 € nel corso di un anno civile, annualmente rivalutati sulla base della variazione dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati. Fermo restando il limite complessivo di 7.000 €, nei confronti dei committenti imprenditori o professionisti, le attività lavorative di cui trattasi possono essere svolte a favore di ciascun singolo committente per compensi superiori a 2.000 €, anch'essi rivalutati annualmente.

Il successivo comma 2 prevede che prestazioni di lavoro accessorio possono essere rese in tutti i settori produttivi, compresi gli enti locali, nel limite complessivo di 3.000 € di compenso per anno civile, anch'essi rivalutati, da percettori di prestazioni integrative nel salario o di sostegno al reddito. L'INPS provvede a sottrarre dalla contribuzione figurativa relativa alle prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito gli accrediti contributivi derivanti dalle prestazioni di lavoro accessorio.

Si precisa che l'indennità di NASpI è interamente cumulabile con i compensi derivanti dallo svolgimento di lavoro accessorio nel limite complessivo di 3.000 € per anno civile. Per i compensi che superano detto limite e fino a 7.000 € per anno civile la

prestazione NASpI sarà ridotta di un importo pari all'80% del compenso rapportato al periodo intercorrente tra la data di inizio attività e la data in cui termina il periodo di godimento dell'indennità o, se antecedente, la fine dell'anno.

Il beneficiario dell'indennità NASpI è tenuto a comunicare all'INPS entro un mese rispettivamente dall'inizio dell'attività di lavoro accessorio o, se questa era preesistente, dalla data di presentazione della domanda di NASpI, il compenso derivante dalla predetta attività.

EFFETTI DEL LAVORO INTERMITTENTE SULL'INDENNITA' NASpI

Il contratto di lavoro intermittente, disciplinato dagli artt. 13-18 del richiamato D.lgs. 81/2015, costituisce un contratto di lavoro dipendente che può essere stipulato a tempo determinato ovvero a tempo indeterminato. Tale contratto può assumere una delle seguenti tipologie:

1. lavoro intermittente con espressa pattuizione dell'obbligo di risposta alla chiamata del datore di lavoro e diritto all'indennità di disponibilità;
2. lavoro intermittente senza obbligo di risposta a chiamata e senza diritto all'indennità di disponibilità.

Nel caso in cui il lavoratore già beneficiario di indennità di NASpI si rioccupi con un contratto di lavoro intermittente di cui alla 1° tipologia e cioè con obbligo di risposta alla chiamata e diritto all'indennità di disponibilità, alla luce delle vigenti disposizioni in materia di indennità di NASpI che della nuova indennità di NASpI, nell'ipotesi di rioccupazione con contratto di lavoro subordinato è ammesso il cumulo della prestazione di NASpI con il reddito da lavoro dipendente laddove quest'ultimo sia inferiore al limite utile ai fini della conservazione dello stato di disoccupazione. In altri termini il cumulo della prestazione di NASpI con il reddito da

lavoro è consentito qualora quest'ultimo non superi il limite di € 8.000 per il mantenimento dello stato di disoccupazione.

Nel caso riguardante la 2° tipologia e cioè qualora il lavoratore beneficiario di indennità NASpI si rioccupi con contratto di lavoro intermittente senza obbligo di risposta a chiamata e senza diritto all'indennità di disponibilità, l'indennità di NASpI resta sospesa per le sole giornate di effettiva prestazione lavorativa e può essere riconosciuta limitatamente ai periodi interni al contratto non interessati da prestazione lavorativa fra una chiamata e l'altra. Per tale tipologia di lavoro intermittente, in applicazione di quanto disposto dall'art. 9 comma 2 del d. lgs. 22 del 2015 è ammesso il cumulo della prestazione disoccupazione con il reddito da lavoro qualora quest'ultimo non superi il limite annuo di 8.000 € per il mantenimento dello stato di disoccupazione.

Pertanto laddove il percettore di NASpI intenda cumulare il reddito derivante dal rapporto di lavoro intermittente con la prestazione di disoccupazione, è tenuto a comunicare all'Istituto, entro il termine di un mese dalla ripresa dell'attività lavorativa, il reddito annuo che prevede di trarre dalla stessa. In tal caso la prestazione verrà ridotta e sarà effettuato il conguaglio a fine anno tra i redditi conseguiti in seguito all'attività lavorativa e l'indennità NASpI.



Fattori che possono ostacolare l'integrazione fra il ciclo di gestione della performance e il ciclo del bilancio nelle amministrazioni pubbliche

di Nunzio Angiola e Letizia Damato

1. Introduzione

Il tema dell'integrazione fra il ciclo di gestione della *performance* e il ciclo del bilancio non è un argomento nuovo all'interno del dibattito sul contenuto e sull'evoluzione delle discipline economico-aziendali. Tuttavia, nonostante le numerose riforme intervenute al fine di favorire l'integrazione, quest'ultima risulta ancora difficile da raggiungere nel contesto delle amministrazioni pubbliche italiane.

Ai fini della comprensione di tale tematica risulta estremamente utile sottolineare come l'integrazione rappresenti attualmente *a duty not a choice*. Ciò viene dimostrato dai numerosi interventi legislativi¹ che hanno modificato piani e programmi delle amministrazioni pubbliche, unitamente ai documenti finanziari di previsione e consuntivi.

¹ Si vedano tra gli altri il D. Lgs. 150/2009, in materia di performance e merito, ma anche il D. Lgs. n. 118/2011, sull'armonizzazione contabile degli enti territoriali.

Uno dei vantaggi più evidenti derivanti dall'integrazione è quello della più efficiente allocazione delle risorse, tra impieghi alternativi: *"Using performance data in the budgetary process means integrating information about outcomes and impacts in decisions about the allocation of funds, where the goal is to use performance information to make more informed decisions about resource allocations"*².

A fronte di tale importante vantaggio, risultano sotto gli occhi di tutti le difficoltà incontrate da parte delle amministrazioni pubbliche di dare attuazione ai dettami legislativi. Pertanto, la finalità di questo articolo è quella di effettuare una rapida analisi dei fattori che possono ostacolare l'integrazione fra il ciclo di gestione della *performance* e il ciclo del bilancio.

2. Difficoltà di misurazione degli outcome

Affinché l'integrazione fra il ciclo di gestione della *performance* e il ciclo finanziario si realizzi è necessario innanzitutto un cambiamento nella struttura di bilancio degli enti territoriali. Questo viene dimostrato dal D.lgs. n. 118/2011 e ss.mm.ii., che ha introdotto una nuova classificazione delle spese sulla base di missioni/programmi. Questo perché una struttura di bilancio fondata sui programmi e sugli *output/outcome*, riuscendo a garantire una maggiore flessibilità finanziaria e manageriale, è più in grado di incorporare le informazioni relative alla *performance* rispetto ai cc.dd. *"line-item budgets"*³.

Nel rendere operativi tali principi, gli organi gestionali incontrano però numerosi ostacoli, relativi principalmente alla misurazione degli *outcome*⁴. Tale

² T. H. Poister, *Measuring Performance in Public and Nonprofit Organizations*, Jossey-Bass, San Francisco, 2003, p. 187.

³ OECD, *Performance Budgeting in OECD Countries*, OECD Publishing, 2007, p. 40.

⁴ G. A. Gianakis, "Integrating Performance

difficoltà dipende da diversi fattori: innanzitutto in numerosi settori (ad es. sanità, istruzione, ecc.) vi è un marcato divario temporale tra il momento in cui viene presa la decisione di spesa e quindi intrapresa l'azione e quello in cui possono essere rilevati i risultati dell'azione pubblica e gli impatti di quest'ultima sulla collettività⁵.

Inoltre, non sempre vi è un rapporto univoco, non sempre emerge un "nesso eziologico", ossia una relazione causa-effetto fra *input*, processi, *output* e *outcome*⁶, ma vi sono fattori esterni e di contesto che contribuiscono ai risultati di una determinata attività⁷. Diventa quindi complesso indagare in che misura quei risultati dipendano dalla validità delle politiche pubbliche intraprese. Poi, se è possibile reperire informazioni relative agli impatti associati a determinati programmi, è invece più complesso isolare quelle derivanti da uno specifico programma⁸.

Un modo per arginare la difficoltà relativa al divario temporale nella misurazione degli *outcome* potrebbe essere quello di identificare degli *outcome* intermedi che siano in grado di dare evidenza degli obiettivi raggiunti nel breve periodo o perlomeno dei progressi effettuati in tale

Measurement and Budgeting" in A. Halachmi, G. Bouckaert (eds.) *Organisational Performance and Measurement in the Public Sector*, Quorum books, Westport, CT, 1996, p. 140.

⁵ S. Rota, M. Sicilia, I. Steccolini, *Bilancio e misurazione della performance nelle amministrazioni pubbliche*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna (RN), 2012, p. 304.

⁶ G. Maurini, *L'analisi di bilancio quale strumento di valutazione dei risultati economico-finanziari negli enti locali*, Franco Angeli, Milano, 2013, p. 159.

⁷ T. Curristine, "Performance Information in the Budget Process: Results of the OECD 2005 Questionnaire" in *OECD Journal on Budgeting*, Vol. 5, No. 2, 2005, p. 97.

⁸ U.S. General Accounting Office, *Performance Budgeting. Opportunities and Challenges*, GAO-02-1106T (Washington, D.C.: Sept. 19, 2002), p. 16.

direzione⁹.

Un altro problema associato alla difficoltà di misurazione degli *outcome* riguarda i costi di questi ultimi. Affinché si possa realizzare un'efficace connessione fra risorse e risultati è necessario quantificare i costi connessi alla realizzazione di un determinato livello di *outcome*. A causa della presenza di costi indiretti, non è sempre agevole per un'amministrazione fornire una stima puntuale di tale valore¹⁰.

3. Come procedere in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi

Un'altra criticità relativa al processo di integrazione fra il ciclo di gestione della *performance* e il ciclo del bilancio riguarda i meccanismi premianti/sanzionatori. Con quali modalità l'Ente sopraordinato (es. un ministero o il governo centrale) dovrebbe agire nel caso in cui una amministrazione pubblica non raggiunga gli obiettivi prefissati? L'amministrazione dovrebbe ricevere risorse aggiuntive affinché gli obiettivi possano essere realizzati? Oppure dovrebbe essere penalizzata con tagli alle risorse di bilancio, in modo che queste ultime possano essere riallocate a favore delle amministrazioni più efficienti¹¹? *Mutatis mutandis*, nel caso in cui l'amministrazione si dimostri capace di raggiungere elevati livelli di *performance*, dato che l'obiettivo principale dell'integrazione è quello di garantire un'efficiente allocazione delle risorse, l'Ente sopraordinato dovrebbe ridurre le risorse a disposizione di tale efficiente amministrazione al fine di favorire quelle in difficoltà, oppure dovrebbe allocarne una quantità ancor maggiore, mettendola nelle condizioni di

⁹ T. H. Poister, op. cit., 2003, p. 190.

¹⁰ P. G. Joyce, "Linking Performance and Budgeting: Opportunities in the Federal Budget Process" in *Managing for Performance and Results Series*, October 2003, p. 16.

¹¹ P. G. Joyce, op. cit., 2003, p. 16.

raggiungere livelli di *performance* ancora più elevati¹²?

Nella scelta fra le due alternative appena descritte, è importante considerare gli svantaggi associati a ciascuna di esse. La mancanza di incentivi, economici in particolare, potrebbe causare una riduzione della qualità del lavoro e quindi della *performance* dell'amministrazione di riferimento. Numerose sono le teorie che propendono per questa tesi¹³, ma ciò viene dimostrato anche dai numerosi interventi del Legislatore¹⁴, finalizzati a dare centralità alla valutazione della *performance*, non solo organizzativa ma anche individuale, delle amministrazioni pubbliche. D'altro canto, la possibilità di una riduzione delle risorse a disposizione, se da un lato può rappresentare un incentivo ad essere più efficienti, dall'altro può generare problemi di trasparenza, nel senso che si potrebbero verificare fenomeni diretti ad occultare la reale *performance* dell'amministrazione. Infatti, un approccio che tenda a tagliare automaticamente le risorse, senza analizzare le cause che hanno determinato un basso livello di *performance*, condannerebbe quella pubblica amministrazione ad una perenne inefficienza¹⁵.

La *performance* viene sicuramente influenzata dal contesto economico, politico e sociale in cui si opera e sono proprio tali fattori di contesto che differenziano le priorità di ogni singola amministrazione. Proprio per queste ragioni, la soluzione tipicamente adottata nel caso di programmi con basso impatto sulla collettività è quella di mantenere costante l'allocazione delle risorse,

12 G. A. Grizzle, C. D. Pettijohn, "Implementing Performance-Based Program Budgeting: A System-Dynamics Perspective" in *Public Administration Review*, Vol. 62, No. 1, Jan/Feb 2002, p. 57.

13 Si pensi alla Teoria dei bisogni di Abraham Maslow.

14 Si pensi al Decreto n. 150/2009, il c.d. "Decreto Brunetta".

15 OECD, op. cit., 2007, p. 49.

rivedendo però i programmi nel corso dell'anno¹⁶.

Proprio a causa di questi delicati aspetti, una parte della letteratura economico-aziendale¹⁷ ritiene che un bilancio basato sui dati di *performance* sia maggiormente esposto ai rischi di frode, falsificazione, ecc. Tuttavia, l'introduzione di meccanismi preventivi e correttivi potrebbe costituire una risposta ai problemi posti, unitamente alla diffusione di un'adeguata cultura della *performance* all'interno delle organizzazioni.

4. La politicizzazione

Il problema relativo ai meccanismi premianti/sanzionatori è strettamente collegato ad un'altra criticità: quella relativa alla politicizzazione. Spesso infatti, un determinato programma, pur mostrando un'inefficienza in termini di impatti sui cittadini, può incontrare delle resistenze all'eliminazione da parte dell'Ente sovraordinato se porta dei benefici ad importanti gruppi politici, rappresentando quindi una priorità per questi ultimi¹⁸.

Il problema di fondo non è tanto quello di raccogliere le informazioni sulla *performance* di un ente quanto l'eventualità e le modalità attraverso cui tali informazioni vengono utilizzate. La questione chiave è quindi se effettivamente l'Ente sovraordinato utilizzi le informazioni sulla *performance* nelle decisioni di *budget*¹⁹. Tale soggetto, infatti, non tiene conto esclusivamente dell'efficienza e dell'efficacia delle

16 T. Currstine, op. cit., 2005, pp. 110-111.

17 J. F. Smith, "The Benefits and Threats of PBB: An Assessment of Modern Reform", in *Public Budgeting & Finance*, Fall 1999, p. 14.

18 T. Currstine, op. cit., 2005, p. 109.

19 P. de Lancer Julnes, M. Holzer, "Promoting the Utilization of Performance Measures in Public Organizations: An Empirical Study of Factors Affecting Adoption and Implementation" in *Public Administration Review*, Vol. 61, No. 6, Nov/Dec 2001, p. 694.

amministrazioni nell'effettuare le scelte allocative. Ci sono fattori di tipo contingente che inevitabilmente ne influenzano le decisioni: secondo la letteratura di matrice economico-aziendale, ad esempio, durante il periodo delle elezioni diventa difficile ottenere consenso parlando di *spending review*. Inoltre, è più probabile che l'Ente sovraordinato utilizzi le informazioni relative alla *performance* in periodi di crisi economica, in cui il peso delle scelte allocative effettuate è molto più elevato rispetto ai periodi di benessere economico²⁰.

Resta fondamentale, al fine di favorire l'utilizzo delle informazioni sulla *performance* da parte dell'Ente sovraordinato, la qualità delle informazioni a quest'ultimo fornite da parte degli organi di gestione, in termini di chiarezza, livello di dettaglio, rilevanza, ecc. Affinché l'integrazione si realizzi è quindi indispensabile la collaborazione fra politici e dirigenti.

5. Conclusioni

Ciò che emerge dall'analisi effettuata è che, nonostante alcuni interventi legislativi abbiano modificato il sistema di bilancio proprio al fine di favorire l'integrazione fra il ciclo di gestione della *performance* e il ciclo finanziario, restano ancora delle problematiche tecniche e culturali aperte che finiscono con l'ostacolarla.

Le problematiche tecniche sono connesse prevalentemente alla difficoltà di misurazione degli *outcome* (dovuta soprattutto alla eterogeneità dei fattori che li influenzano e al prolungato arco temporale entro il quale si manifestano) e dei costi associati ad uno specifico programma, a causa della presenza di costi indiretti e alle difficoltà connesse alla stima di questi ultimi.

Le problematiche culturali sono forse

20 OECD, op. cit., 2007, p. 71.

ancor più rilevanti di quelle tecniche. Il problema di fondo resta l'effettiva volontà di utilizzare le informazioni relative alla *performance* per realizzare delle efficienti scelte allocative. La sfida è quella di diffondere la cultura della *performance* all'interno delle organizzazioni. I dirigenti devono comprendere l'importanza di essere trasparenti nella diffusione delle informazioni sulla *performance* e affinché questo avvenga sono necessari dei meccanismi in grado di disincentivare la distorsione o la difficile intelligibilità delle stesse.

L'Ente sovraordinato, oltre ad incentivare l'implementazione dell'integrazione fra i due cicli nelle amministrazioni pubbliche, deve dimostrare di volerle utilizzare nel migliore dei modi, al fine di effettuare delle efficienti scelte allocative e sviluppare quei programmi con impatto positivo sulla collettività amministrata. La diffusione di servizi ed opere in grado di soddisfare i bisogni della collettività deve, infatti, restare il fine ultimo delle amministrazioni pubbliche.

BIBLIOGRAFIA

Angiola N., "Percorsi di modernizzazione dell'azienda pubblica locale", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008.

Angiola N., "Il controllo strategico nel sistema dei controlli interni delle amministrazioni pubbliche", par. 1.1. e 1.3., in T. ONESTI, N. ANGIOLA, *Il controllo strategico nelle Amministrazioni Pubbliche*, Franco Angeli, Milano, 2009.

Angiola N., Bianchi P., Marino R., "The upward appraisal system in Italian local governments: why, what and how?", in *Journal of Us-China Public Administration*, 2011.

Angiola N., Bianchi P., Marino R., "Cultural strategies and public

value creation: empirical evidence”, in *International Journal of Public Administration*, May 2013.

Angiola N., Bianchi P., “Public managers’ skills development for effective performance management. Empirical evidence from Italian local governments”, in *Public Management Review*, August 2013.

Angiola N, Trimigno M., “Considerazioni in merito alla necessaria integrazione tra pianificazione strategica e programmazione operativa negli enti locali”, in *Periodico quadrimestrale on-line ODCEC Foggia*, n. 2, 2014;

Curristine T., “Performance Information in the Budget Process: Results of the OECD 2005 Questionnaire” in *OECD Journal on Budgeting*, Vol. 5, No. 2, 2005.

deLancer Julnes P., Holzer M., “Promoting the Utilization of Performance Measures in Public Organizations: An Empirical Study of Factors Affecting Adoption and Implementation” in *Public Administration Review*, Vol. 61, No. 6, Nov/Dec 2001.

Gianakis G. A., “Integrating Performance Measurement and Budgeting” in Halachmi A.,

Bouckaert G. (eds.) *Organisational Performance and Measurement in the Public Sector*, Quorum books, Westport, CT, 1996.

Grizzle G. A., Pettijohn C. D., “Implementing Performance-Based Program Budgeting: A System-Dynamics Perspective” in *Public Administration Review*, Vol. 62, No. 1, Jan/Feb 2002.

Joyce P. G., “Linking Performance and Budgeting: Opportunities in the Federal Budget Process” in *Managing for Performance and Results Series*, October 2003.

Maurini G., *L’analisi di bilancio quale strumento di valutazione dei risultati economico-finanziari negli enti locali*,

Franco Angeli, Milano, 2013.

OECD, *Performance Budgeting in OECD Countries*, OECD Publishing, 2007.

Poister T. H., *Measuring Performance in Public and Nonprofit Organizations*, Jossey-Bass, San Francisco, 2003.

Rota S., Sicilia M., Steccolini I., *Bilancio e misurazione della performance nelle amministrazioni pubbliche*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna (RN), 2012.

Smith J. F., “The Benefits and Threats of PBB: An Assessment of Modern Reform”, in *Public Budgeting & Finance*, Fall 1999.

U.S. General Accounting Office, *Performance budgeting. Opportunities and Challenges*, GAO-02-1106T (Washington, D.C.: Sept. 19, 2002).



Jobs Act: strumenti di controllo nella prestazione lavorativa

di Angelo Carrozza

L’art.4 della Legge n.300 del 1970 (c.d. “statuto dei lavoratori”) alla luce delle modifiche apportate dal D. L.vo n. 151 del 2015 (c.d. “decreto semplificazioni”) del Jobs Act.

La Legge Delega n.183 del 10-12-2014 all’art. 1, co. 7, lett. f) ha demandato al Governo la “revisione della disciplina dei controlli a distanza sugli impianti e sugli strumenti di lavoro” di cui all’art. 4 della Legge 300 del 1970, c.d. Statuto dei Lavoratori, e statuito che detta novella doveva tener “conto dell’evoluzione tecnologica, contemperando le esigenze produttive ed organizzative dell’impresa con la tutela della dignità e della riservatezza del lavoratore”.

L’art.4 dello Statuto dei Lavoratori, come vigente a quella data, prevedeva sostanzialmente due differenti fattispecie di controllo.

La prima (co.1) statuiva un ‘generale divieto’ al c.d. controllo intenzionale e all’utilizzo di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza della attività dei lavoratori.

La seconda (co.2), invece, consentiva il c.d. controllo preterintenzionale,

ossia l’installazione di apparecchiature di controllo e di impianti che fossero richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza sul lavoro, anche quando potesse derivarne (al di là dell’intenzione dell’imprenditore) una possibilità di controllo a distanza della attività dei lavoratori; condizione necessaria al controllo era che l’imprenditore si fosse anticipatamente munito di un accordo con le RSA presenti nella unità produttiva o, in difetto di accordo, di una autorizzazione dalla Direzione Territoriale del Lavoro competente per territorio.

Sull’impianto normativo ora brevemente delineato è perciò intervenuto, per la novellata Legge Delega, il Governo con l’art. 23 del decreto delegato in materia di semplificazione delle procedure, il D. L.vo n. 151/2015, conosciuto proprio come decreto semplificazioni.

Tale articolo ha innovato il quadro normativo di cui all’art.4 alla luce della diffusione delle tecnologie informatiche e delle profonde innovazioni da queste apportate nell’ambito del diritto del lavoro ed ha dato seguito a quanti in dottrina da tempo sostenevano che l’art.4 fosse una norma datata, applicabile solo alla tecnologia dell’epoca nella quale fu emanata.

Oltre a ciò, l’intervento si caratterizza per la scelta di agganciare le modifiche alla moderna disciplina della protezione dei dati personali, dove primeggia il consenso individuale informato del lavoratore, il rispetto dei principi di necessità, pertinenza, proporzionalità e non eccedenza nel trattamento dei dati personali.

Nel dettaglio, le principali innovazioni, alcune già note al diritto ed alla giurisprudenza vivente, possono così sintetizzarsi.

In primo luogo, oltre ai controlli per esigenze organizzative, produttive e di sicurezza per il lavoro, si autorizzano i

controlli c.d. difensivi, ossia i controlli posti a tutela del patrimonio aziendale (primo periodo del comma 1).

In secondo luogo si semplifica la procedura autorizzativa concertativa, ossia si riconosce la possibilità per le imprese con più unità produttive nella stessa provincia o in più regioni di stipulare l'accordo collettivo con le rappresentanze delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale: ciò permette di superare il limite del ricorso a tanti accordi quante sono le unità produttive.

Similmente, in mancanza di accordo sindacale, gli impianti e gli strumenti di lavoro possono essere installati previa autorizzazione della Direzione Territoriale del Lavoro o, in alternativa (nel caso di imprese con unità produttive dislocate negli ambiti di competenza di più Direzioni Territoriali del Lavoro) del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (secondo periodo del comma 1).

In terzo luogo nessuna violazione di legge e nessuna procedura di autorizzazione deve essere richiesta dal datore di lavoro rispetto "agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa" (comma 2).

Si afferma infatti che gli strumenti assegnati al lavoratore per rendere la prestazione lavorativa (ad esempio pc, tablet e cellulari) servono al lavoratore per adempiere la prestazione e pertanto non possono essere considerati strumenti di controllo a distanza.

L'espressione "per rendere la prestazione lavorativa" comporta che l'accordo o l'autorizzazione non servono se, e nella misura in cui, lo strumento viene considerato quale mezzo che "serve" al lavoratore per adempiere la prestazione: ciò significa che, nel momento in cui tale strumento viene modificato (ad esempio, con l'aggiunta di appositi software di localizzazione o filtraggio) per controllare il lavoratore, si fuoriesce dall'ambito

della disposizione: in tal caso, infatti, da strumento che "serve" al lavoratore per rendere la prestazione il pc, il tablet o il cellulare divengono strumenti che servono al datore per controllarne la prestazione. Con la conseguenza che queste "modifiche" possono avvenire solo alle condizioni ricordate sopra: la ricorrenza di particolari esigenze, l'accordo sindacale o l'autorizzazione. Perciò, è bene ribadirlo, non si autorizza nessun controllo a distanza; piuttosto, si chiariscono solo le modalità per l'utilizzo degli strumenti tecnologici impiegati per la prestazione lavorativa ed i limiti di utilizzabilità dei dati raccolti con questi strumenti.

Il nuovo articolo 4, peraltro, rafforza e tutela ancor meglio rispetto al passato la posizione del lavoratore, imponendo:

- che al lavoratore venga data adeguata informazione circa l'esistenza e le modalità d'uso delle apparecchiature di controllo (anche quelle, dunque, installate con l'accordo sindacale o l'autorizzazione della DTL o del Ministero);

- e, per quanto più specificamente riguarda gli strumenti di lavoro, che venga data al lavoratore adeguata informazione circa le modalità di effettuazione dei controlli, che, comunque, non potranno mai avvenire in contrasto con quanto previsto dal Codice privacy. Qualora il lavoratore non sia adeguatamente informato dell'esistenza e delle modalità d'uso delle apparecchiature di controllo e delle modalità di effettuazione dei controlli dal nuovo articolo 4 discende che i dati raccolti non sono utilizzabili a nessun fine, nemmeno a fini disciplinari. Non ci si discosta molto, anche in quest'ultima fattispecie, da quanto già prospettato in dottrina.

Infine, si evidenzia la possibilità riconosciuta al datore di lavoro di poter utilizzare le informazioni raccolte tramite gli impianti di controllo (di cui al primo comma) e gli strumenti di lavoro (di cui

al secondo) anche a fini disciplinari e sanzionatori ossia "a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro" in presenza di una duplice condizione: "che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli" e che sia rispettato quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, (comma 3).

Critiche sono state rivolte ad evidenziare come si tratti soltanto di una pretesa per legittimare la deregolamentazione a favore dell'impresa e il detrimento del diritto alla privacy e alla riservatezza del lavoratore che si realizza, da un lato, con il venir meno del generale divieto di utilizzare "impianti audiovisivi" e "altre apparecchiature" per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, dall'altro, con l'esonero dal controllo degli strumenti di lavoro in quanto tali.

A vanificare ogni timore circa un uso indiscriminato e non consentito degli strumenti di lavoro e di controllo è intervenuto il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali con nota del 18.06.2015 da cui emerge chiaramente il principio secondo cui con la revisione dell'art.4 dello Statuto non si attua un impoverimento di diritti o addirittura un affievolimento di un diritto ad interesse legittimo, non è prevista alcuna liberalizzazione e che l'art. 23 è in linea con le indicazioni del Garante della Privacy.

A ribadire la nuova statuizione dell'art. 4 è una recente sentenza di Cassazione, in ottobre 2015 e peraltro già anticipata nei concetti in diritto da altre precedenti sentenze, che ribadisce il c.d. "controllo difensivo" a tutela dell'immagine e patrimonio aziendale e conferma la legittimità di un licenziamento operato da un'azienda nei confronti di un dipendente individuato, per il tramite del GPS in dotazione lavorativa, a svagarsi con amici durante l'orario di lavoro.

Volendo analizzare nel dettaglio la recente normativa da un'ottica operativa e concreta, un passaggio molto importante che ha cambiato la struttura e l'impostazione dell'art. 4 della legge n.300/1970 è rappresentato dall'obbligo di informare i dipendenti sui **controlli in azienda**, qualora si intenda utilizzarli per "tutti i fini connessi al rapporto di lavoro". Si tratta di un passaggio essenziale ed obbligatorio se si desidera utilizzare tutte le informazioni desunte sia dai controlli a distanza attraverso la strumentazione per la quale è intervenuto l'accordo sindacale o, in alternativa, il provvedimento autorizzativo della Direzione territoriale del Lavoro, che quelli rilevabili dai c.d. "strumenti di lavoro".

Se, nella sostanza, poco è cambiato con riguardo alla procedura preventiva alla installazione delle telecamere (e la sanzione, che è di natura penale, si applica pur se le stesse sono state installate ma non funzionanti), molto di nuovo si rinviene nel comma 2 ove si afferma che l'accordo collettivo o l'autorizzazione ministeriale non servono per gli strumenti di dotazione aziendale e per quelli di registrazione delle presenze.

La riflessione che segue cercherà di mettere in evidenza gli elementi strettamente necessari per l'uso che si intende fare delle notizie desunte dagli strumenti appena indicati, come recita il comma 3 del nuovo articolo 4.

L'informazione deve, ovviamente, essere preventiva e, ad ogni buon avviso, oggi, ben più ampia e precisa di quella, oltre modo necessaria, dettata, a suo tempo, dall'art. 13 del D.L.vo n.196/2003 che fa riferimento agli estremi identificativi del responsabile del trattamento (o, in mancanza, del titolare), alla possibilità per l'interessato di accedere ai dati, ai soggetti che possono venire a conoscenza dei dati stessi ed al loro ambito di diffusione ed, infine, alle conseguenze legate al rifiuto di forme di controllo.

L'art. 13 ha una funzione diversa rispetto alla informativa di cui si sta parlando, in quanto è finalizzato a rendere edotto il lavoratore circa il trattamento dei dati in possesso del datore in ragione della prestazione lavorativa e che possono comprendere anche quelli desunti dagli strumenti di lavoro.

Detto questo, occorre procedere ad individuare i contenuti della comunicazione specifica postulata dal comma 3, non dimenticando che il Garante della privacy, sulla scorta del D.L.vo n. 196/2003 ha stabilito che ogni indagine relativa, ad esempio, all'uso della posta elettronica e di internet è subordinata alla emanazione ed alla conoscenza di un codice di condotta ove le regole di comportamento fissate dall'imprenditore vanno portate a conoscenza dei lavoratori, magari anche con le medesime modalità fissate dall'art. 7 della legge n. 300/1970 per il codice disciplinare.

L'informativa, qualora si intenda utilizzare tutti i dati ricavati dai controlli per i fini connessi ai rapporti di lavoro, va inviata a tutti i lavoratori con contratto di lavoro subordinato, sia pure con contenuti diversi, in quanto, come prevede il comma 2, gli stessi possono avvenire anche attraverso la consultazione del badge aziendale e di altre forme di rilevazione della presenza, come il "pass" per accedere all'autorimessa dell'impresa, ai parcheggi.

L'informativa, che va fornita dal titolare dell'impresa o da quello del trattamento dei dati (se identificato ai sensi dell'art. 29 del D.L.vo n. 196/2003), deve riguardare due aspetti: la identificazione degli strumenti, di proprietà aziendale, messi a disposizione dall'imprenditore e le modalità di effettuazione dei controlli. Per quel che concerne il primo aspetto, vanno specificate al lavoratore le modalità di funzionamento dell'apparecchiatura, la eventuale presenza di strumenti che controllano o che ne inibiscono la totale

utilizzazione.

L'informativa rappresenta la "conditio sine qua non" ai fini della legittimazione di ogni controllo. Essa, per evidenti motivi di opportunità, va fatta per iscritto e firmata dal dipendente per ricevuta e deve mettere, a mio avviso, in evidenza, i limiti entro i quali è consentito un uso della strumentazione per fini privati (si pensi, ad esempio, al telefono cellulare di servizio o al computer aziendale) anche con riguardo alla posta aziendale, ai siti internet la cui consultazione non si ritenga pertinente alla prestazione lavorativa ed alle eventuali conseguenze di natura disciplinare (ma anche di altro genere come, ad esempio, ai fini della valutazione della produttività) nel caso in cui se ne faccia un uso contrario alle disposizioni impartite.

Detto questo, tuttavia, non è detto che il datore di lavoro possa, indiscriminatamente, effettuare tutti i controlli che vuole: sono, assolutamente vietati, quelli di natura "massiva", indiscriminata e continua e non strettamente legati alla prestazione svolta dal dipendente.

Per controllo "massivo" possono, senz'altro definirsi, tutte quelle forme che portano a registrare i file del dipendente o a monitorare in maniera costante e ripetitiva tutti i siti internet visitati, o a visionare le e-mail in entrata ed in uscita del lavoratore.

Da cui ne consegue che se si ritiene lecito un controllo su uno smartphone di dotazione aziendale, fornito ad un dipendente che opera all'esterno dell'impresa (ed il controllo risulta funzionale all'attività svolta) non lo è per una impiegata amministrativa che presta servizio in via continuativa presso la sede dell'azienda.

L'informativa ha una duplice funzione: da un lato mette il lavoratore in guardia circa i "limiti" da non superare e, dall'altro, vieta un uso indiscriminato dei controlli

da parte del datore atteso che il dipendente viene posto nelle condizioni di conoscere con quali modalità la sua attività potrà essere controllata.

Tornando all'eventuale controllo sulla posta elettronica non si può che rimarcare, sulla base di indirizzi forniti sia dalla Giurisprudenza che dal Garante, che lo stesso, qualora le condizioni lo consentano, debba essere anonimo e su dati aggregati e circoscritti a particolari settori di lavoro. Una finalità lecita di controllo è ravvisabile in tutte quelle situazioni in cui è necessario seguire la strada della tutela giudiziaria.

Ma, una domanda ricorrente tra gli operatori è la seguente: c'è maggiore possibilità per il datore di lavoro di procedere ad un eventuale recesso in presenza di fatti particolarmente gravi rilevati sulla base dei dati acquisiti sia attraverso la strumentazione introdotta in azienda per la salvaguardia del patrimonio, per le esigenze organizzative e produttive e per la sicurezza sul lavoro, che mediante i mezzi forniti per l'espletamento della prestazione?

La risposta va correlata alla modalità del controllo ed alla eventuale mancanza accertata, pur nella considerazione che per i nuovi assunti ai quali si applicano le c.d. "tutele crescenti" postulate dal D.L.vo n.23/2015, la strada da percorrere sembra più facile alla luce della previsione dell'art. 3, comma 2 che limita l'accertamento del giudice alla verifica se il fatto materiale è avvenuto o meno, essendogli preclusi l'accertamento circa la proporzionalità del provvedimento rispetto alle previsioni del codice disciplinare: ovviamente, per i vecchi assunti per i quali si applica l'art. 18 della legge n. 300/1970 (ma per i dipendenti delle imprese dimensionate fino a quindici unità tale discorso non vale non essendo prevista la reintegra) va verificata la sussistenza del fatto e la sua correlazione con il regolamento di disciplina. In questa ottica non

va dimenticato un recente indirizzo propugnato dalla Cassazione con una sentenza del 2 novembre 2015 che ha ritenuto illegittimo il licenziamento adottato da un datore di lavoro sulla scorta di un utilizzo, durante la prestazione lavorativa, della e-mail personale aziendale e della "navigazione in internet". La Suprema Corte ha motivato la propria decisione (si trattava di un dipendente sotto "tutela reale" dell'art. 18) con la constatazione che l'uso personale della strumentazione aziendale non aveva, significativamente, inciso sulla prestazione lavorativa: di conseguenza, il provvedimento di risoluzione del rapporto era da ritenersi abnorme rispetto al mancanza contestata.



Responsabilità civile del dottore commercialista e clausola di gestione della lite

di Antonio di Biase

Sommario: 1. Natura e funzione del patto di gestione della lite. - 2. La qualificazione giuridica del patto di gestione della lite: dal mandato in rem propriam al contratto atipico. - 3. Segue: ipotesi per una differente ricostruzione. - 4. La disciplina del patto di gestione della lite e gli obblighi gravanti sulle parti: il ruolo della buona fede contrattuale. - 5. La gestione della lite da parte dell'assicuratore: obbligo o facoltà?. - 6. Il potere di transigere la lite. - 7. La questione dell'opponibilità dell'eccezione di inoperatività e/o invalidità della copertura assicurativa.

1. - Ai contratti di assicurazione per la responsabilità civile del dottore commercialista (così come di altre professioni intellettuali) sovente accade il c.d. patto di gestione della lite, attraverso il quale l'assicuratore assume in proprio la gestione delle controversie di risarcimento danno derivanti dalla condotta del proprio assicurato. Tale pattuizione, sulla cui validità non si è mai seriamente dubitato¹,

¹ Pare utile, al riguardo, richiamare App. Milano, 9 febbraio 1988, in Massime e note di giurisprudenza, ed. Assicurazioni Generali, 1988, p. 82, secondo cui il patto di gestione della lite "è sempre stato unanimemente ritenuto valido dalla dottrina e dalla

interviene tra assicuratore ed assicurato in forza di un'apposita clausola inserita nelle condizioni generali di contratto, attraverso la quale l'impresa assicurativa assume, fino a quando ne ha interesse, a nome dell'assicurato la gestione stragiudiziale e giudiziale delle vertenze in qualunque sede nella quale si discuta del risarcimento del danno, designando, ove occorra, legali e tecnici di propria fiducia. In particolare, tale vincolo negoziale, che regola una delle prestazioni fornite dall'assicuratore in questa peculiare tipologia di polizze, nella sua versione standard così recita testualmente: "l'assicuratore assume, fino a quando ne ha interesse, la gestione delle vertenze, tanto in sede stragiudiziale che giudiziale, sia civile che penale, a nome dell'assicurato, designando, ove occorra, legali o tecnici, ed avvalendosi di tutti i diritti ed azioni spettanti all'assicurato stesso".

Il concreto atteggiarsi della gestione della lite, in quanto tipica prestazione di fare, comporta quindi un variegato complesso di attività che non si limitano soltanto alla consulenza e al compimento delle operazioni necessarie per l'accertamento, la quantificazione e la liquidazione del danno, ovvero alla predisposizione delle eventuali difese e contestazioni avverso le pretese del danneggiato, ma che si estendono fino a ricomprendere tutte quelle ulteriori attività, esercitate tanto in sede stragiudiziale che giudiziale, dirette "a conseguire il fine di liberare l'assicurato dalle conseguenze patrimoniali del suo comportamento colposo"². Evitando così al professionista assicurato "ogni incombenza o disagio che il sinistro può per lui comportare, prime fra tutte

giurisprudenza in quanto considerato non derogativo della disciplina di cui all'art. 1917, comma 3, c.c., ma invece strumento attuativo, con particolari modalità, del principio in tale norma statuito e ragionevolmente diretto ad evitare un'inutile duplicazione di spese legali a carico della società". Anche il giudice di legittimità vede nel patto in questione "un mezzo attraverso il quale viene data esecuzione al rapporto assicurativo". Così Cass., 17 novembre 1994, n. 9744, in Giur. it., 1995, I, 1, c. 12012 ss., con nota di F. CAVALIERE.

² Così A. DURANTE, Gestione della lite nell'assicurazione di responsabilità, in Dir. e prat. assic., 1962, p. 17.

la valutazione delle richieste e l'assunzione delle eventuali azioni di contrasto"³.

Quanto alla sua precipua funzione, si ritiene che il patto di gestione della lite sia essenzialmente finalizzato a prevenire i potenziali conflitti di interesse che possono sorgere tra i soggetti del rapporto assicurativo al momento del verificarsi del sinistro contemplato in polizza, ossia, da un lato, l'interesse dell'assicurato di vedere risolta, nel più breve tempo possibile, la controversia mediante la tacitazione del danneggiato; dall'altro, "l'analogo interesse dell'assicuratore di tacitarlo ma per un ammontare che corrisponda effettivamente al pregiudizio sofferto, eliminando tutte quelle pretese che siano sformite di idoneo sostegno"⁴. In questo modo, si aggiunge, l'assicuratore potrà beneficiare di una situazione giuridica attiva che consiste nel potere di ottenere determinate prestazioni dall'assicurato al fine di conseguire "un'indiretta, ma non per questo meno efficace, vigilanza sull'attività processuale di quest'ultimo"⁵; parallelamente, l'assicurato potrà "appoggiarsi, per ogni esigenza difensiva, sulla organizzazione dell'assicuratore e dirottare verso il medesimo tutte le richieste e le azioni di disturbo del danneggiato"⁶.

Questa clausola - ritenuta dalla giurisprudenza, è bene precisarlo sin d'ora, non vessatoria ex art. 1341 c.c., in quanto non limitativa del diritto di difesa dell'assicurato⁷

³ Così L. COSTANTINI, La gestione della lite, in Responsabilità e assicurazione, a cura di R. Cavallo Borgia, Milano, 2004, p. 148.

⁴ Così F. RIGOLINO BARBERIS, Assicurazione di responsabilità: ambito dei poteri del gestore della lite, in Resp. civ. e previd., 1985, p. 256.

⁵ Così F. TOMMASEO, Sulle clausole di gestione della lite nei contratti di assicurazione, in Assicurazioni, 1982, I, p. 205 ss.

⁶ Così D. DE STROBEL, Assicurazione responsabilità civile, in AA. VV., Collana di studi per operatori del diritto e delle assicurazioni, Milano, 1982, p. 216 ss.

⁷ Cfr., Cass., 21 febbraio 2006, n. 3663, in BANCA DATI Jusexplorer, Giuffrè; Cass., 7 giugno 1995, n. 6367, in Arch. circolaz., 1996, p. 104 ss., secondo cui "Le clausole uniformi della polizza di assicurazione della responsabilità civile che prevedono la comunanza della difesa dell'assicuratore e dell'assicurato nelle liti contro i terzi danneggiati non sono vessatorie, ai sensi dell'art. 1341 c.c., perché non limitano il diritto

- pone, in dottrina ed in giurisprudenza, una serie di problemi ed interrogativi di qualificazione e disciplina, sui quali occorre, seppure brevemente, soffermarsi.

Prima di fare ciò, va precisato che nessun serio dubbio può invece nutrirsi circa la compatibilità della pattuizione in questione con la disposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 1917 c.c., che attribuisce all'assicurato convenuto in giudizio il diritto - dichiarato espressamente inderogabile dall'art. 1932 c.c. - di chiamare in causa il proprio assicuratore. E' infatti evidente che l'esercizio di tale facoltà, lungi dal violare il patto di gestione della lite, ne condivide in qualche modo la finalità, in quanto pone la società di assicurazione nelle condizioni di gestire la vertenza e, nello stesso tempo, di resistere all'azione spiegata dal danneggiato. Si può concludere, dunque, che, poichè la facoltà dell'assicurato di chiamare in causa il proprio assicuratore è sancita da una norma di legge, e poichè tale norma è inderogabile, il patto di gestione della lite non può nè circoscrivere, nè limitare l'esercizio di tale facoltà, nè, tantomeno, può mai vedersi in tale esercizio un inadempimento dell'assicurato⁸.

Tanto premesso, una questione preliminare da affrontare attiene innanzi tutto alla fonte di tale pattuizione.

Secondo una prima impostazione, minoritaria anche se autorevolmente sostenuta⁹, il diritto dell'assicuratore di difesa dell'assicurato, risolvendosi nel conferimento di un potere di gestione che impegna l'assicuratore a sostenere le ragioni sostanziali e processuali inerenti alla posizione dell'assicurato senza pregiudicare il suo diritto di far valere i limiti del massimale"; App. Milano, 2 marzo 1962, in Assicurazioni, 1963, II, p. 79. In dottrina, ex plurimis, V. GERI, Considerazioni sul possibile significato della gestione della lite nel contratto di assicurazione della responsabilità, nota a Cass., sez. un., 30 giugno 1969, n. 2374, in Giust. civ., 1969, I, p. 1622 ss.

⁸ Cfr., ex plurimis, G. ROMANELLI, Il problema della compatibilità del patto di gestione della lite con l'art. 1917, 4° comma cod. civ., in Arch. giur. circ. e sin., 1996, p. 126 ss.

⁹ Cfr., ex plurimis, A. DONATI, Trattato del diritto delle assicurazioni private, Milano, 1956, III, p. 392 ss., secondo il quale il lasciare all'assicuratore "la gestione delle vertenze con il terzo danneggiato, tanto in sede stragiudiziale che giudiziale, rientra nel diritto di intervento dell'assicuratore a norma dell'art. 1914,

gestire la lite discenderebbe direttamente dalla legge, ed in particolare dall'art. 1914 c.c., che codifica il c.d. "obbligo di salvataggio", in forza del quale l'assicurato "deve fare quanto gli è possibile per evitare o diminuire il danno". Secondo questa tesi, dunque, l'attività, sia essa giudiziale o stragiudiziale, posta in essere per contrastare le pretese del terzo danneggiato costituisce propriamente "attività di salvataggio", proprio per la sua obiettiva idoneità ad influire sulle dimensioni del danno; conseguentemente, tra i doveri che implica l'istituto del salvataggio vi sarebbe anche quello del soggetto assicurato di lasciare all'assicuratore la gestione della controversia.

Evidenti le conseguenze che deriverebbero dall'accoglimento della tesi su esposta: ravvisare fondamento legislativo nel patto di gestione della lite vuol dire, in primis, attribuire allo stesso un'applicazione generalizzata, quindi anche in assenza di una specifica pattuizione in tal senso; inoltre, nell'ipotesi di sua violazione, significa fare applicazione dell'art. 1915 c.c., che richiama espressamente il precedente art. 1914 c.c., con la conseguenza che l'inosservanza, da parte dell'assicurato, dell'obbligo di lasciare al proprio assicuratore la gestione della lite potrebbe determinare la perdita o la riduzione del diritto all'indennità, a seconda, rispettivamente, che l'inadempimento sia doloso o colposo.

Tale impostazione, che probabilmente finisce con lo spingersi ultra legem, oltre a non aver sostanzialmente trovato accoglimento nella giurisprudenza¹⁰, comma 4^o; A. DONATI - G. VOLPE POTZOLU, Manuale del diritto delle assicurazioni private, Milano, 1987, p. 298; V. SALANDRA, Responsabilità dell'assicuratore per la gestione della lite, in Assicurazioni, 1942, II, p. 182 ss.; I. TUCCI, Sulla interpretazione del patto di gestione della lite in relazione alle spese per resistere all'azione del terzo danneggiato, *ivi*, 1967, II, p. 143 ss. Tale orientamento ha trovato riscontro anche in talune risalenti pronunce, tanto di legittimità (cfr., Cass., 17 ottobre 1962, n. 3006, in Assicurazioni, 1963, II, 2, p. 68 ss.) quanto di merito (cfr., Trib. Torino, 12 aprile 1956, in Foro it., 1956, I, c. 1551 ss., con nota di F. ANGELI, Il patto di gestione della lite e i diritti dell'assicurato della responsabilità civile).

¹⁰ Salvo rare eccezioni. Si veda al riguardo la nota precedente.

è stata fortemente avversata dalla dottrina prevalente, che ha posto in luce le differenze esistenti tra l'obbligo di salvataggio ed il patto di gestione della lite, per concludere ritenendo che quest'ultimo non costituisca affatto la "traduzione negoziale" dell'art. 1914 c.c., ma abbia un'autonoma "genesì" convenzionale, trovando quindi applicazione se e nella misura in cui sia previsto dall'autonomia contrattuale¹¹.

2. - Tanto premesso, ed escluso dai più il fondamento legislativo del patto di gestione della lite, per quanto riguarda più propriamente la qualificazione giuridica dello stesso si registrano da anni opinioni differenti.

Senz'altro prevalente, per la verità più in dottrina che in giurisprudenza, è la tesi che riconduce il patto in questione allo schema del mandato in rem propriam di cui al secondo comma dell'art. 1723 c.c., ossia ad un mandato conferito dal mandante/assicurato anche nell'interesse del mandatario/assicuratore: l'attività difensiva, esercitata tanto in ambito giudiziale quanto stragiudiziale, viene dunque svolta dall'assicuratore nell'interesse sia del soggetto assicurato, in quanto responsabile civile, sia nell'interesse proprio, quale soggetto tenuto all'obbligo indennitario. Quest'ultimo allora, nel gestire la lite tra il primo ed il soggetto assuntamente danneggiato, cura nel contempo anche interessi propri, come è dimostrato dalla circostanza che la misura dell'indennizzo è commisurata e corrispondente alla misura della responsabilità dell'assicurato. Il

¹¹ Per approfondimenti si rinvia a A.D. CANDIAN, Responsabilità civile e assicurazione, Milano, 1993, p. 288; A. DURANTE, L'assicurazione di responsabilità civile, Milano, 1959, p. 285 ss.; O. PERSSINOTTI BISONI, Considerazioni sul primo comma dell'art. 1914 c.c. e sua estensione interpretativa, in Assicurazioni, 1983, II, p. 640 ss.; M. POGGLIANI, Il patto di gestione della lite nell'assicurazione della responsabilità civile, in Resp. civ. e previd., 1960, p. 116; F. RIGOLINO BARBERIS, Assicurazione di responsabilità: ambito dei poteri del gestore della lite, *cit.*, p. 257; G. SANTI, Il contratto di assicurazione, Roma, 1965, p. 471. Più di recente si vedano A. FORMICA, Il patto di gestione della lite, in *Aa. Vv.*, Le assicurazioni private, a cura di G. Alpa, 2006, p. 1620; G. FRANCO, Infortunistica stradale, Milano, 2000, p. 1136.

mandato, si aggiunge, è senza rappresentanza, poiché l'assicuratore/mandatario agisce in nome proprio, anche se per conto altrui¹².

¹² Sostengono questa tesi, in dottrina, tra gli altri: F. ANGELI, Il patto di gestione della lite e i diritti dell'assicurato della responsabilità civile, in Foro it., 1956, I, c. 1552 ss.; V. ANGELONI, L'assicurazione della responsabilità civile, in Enc. giur., III, Milano, 1958, p. 565; A. CARIDDI, In tema di mala gestio della lite, nota a Trib. Cuneo, 15 giugno 1993, in Giur. merito, 1994, p. 896; G. CASTELLANO, Le assicurazioni private, Torino, IV, p. 1979; L. COSTANTINI, La gestione della lite, *cit.*, p. 155 ss.; D. DE STROBEL, Assicurazione responsabilità civile, in *Aa. Vv.*, Collana di studi per operatori del diritto e delle assicurazioni, *cit.*, p. 217 ss.; A. DURANTE, L'assicurazione di responsabilità civile, *cit.*, p. 286; *Id.*, La mala gestio dell'assicurazione della responsabilità civile (indagine giurisprudenziale), in Assicurazioni, 1981, I, p. 469; *Id.*, Gestione della lite nell'assicurazione di responsabilità, *cit.*, p. 15; *Id.*, Luci ed ombre nell'assicurazione obbligatoria della circolazione motorizzata, Milano, 1983, p. 136 ss.; A. FORMICA, Il patto di gestione della lite, *cit.*, p. 1626; M. FRANZONI, Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria civile, Padova, 1986, p. 190; N. GASPERONI, Assicurazioni private, Padova, 1972, p. 485; G. GENTILE, Natura giuridica dell'assicurazione r.c., in Riv. dir. comm., 1979, I, p. 83; M. POGGLIANI, Il patto di gestione della lite nell'assicurazione della responsabilità civile, *cit.*, p. 130; A. RECCHIONI, Considerazioni sulla gestione della lite da parte dell'assicuratore della responsabilità civile, in Arch. circolaz., 1975, p. 821; F. RIGOLINO BARBERIS, Assicurazione di responsabilità civile: ambito dei poteri del gestore della lite, *cit.*, p. 257; G. SANTI, Il contratto di assicurazione, *cit.*, p. 471; R. SPECIALE, Responsabilità dell'assicuratore oltre il massimale e principio di buona fede contrattuale, in Giur. merito, 1982, p. 598; C. VITERBO, L'assicurazione della responsabilità civile, Milano, 1936, p. 181. In giurisprudenza, tra le altre: Cass., 21 febbraio 2006, n. 3663, *cit.*, in motivazione; Cass., 14 ottobre 1993, n. 10170, in Dir. econ. assic., 1994, p. 330 ss.; Cass., 27 aprile 1990, n. 3548, in Arch. circolaz., 1990, p. 672 ss.; Cass., 9 gennaio 1990, n. 7, in Foro it., 1991, I, c. 578 ss.; Cass., 24 luglio 1980, n. 4805, in Assicurazioni, 1981, II, p. 10 ss.; Cass., 1 giugno 1977, n. 2227, in Foro it., 1978, I, c. 178 ss.; Cass., 8 settembre 1970, n. 1332, in Giur. it., 1971, I, 1, c. 1238 ss.; Cass., 22 ottobre 1963, n. 2817, in Assicurazioni, 1964, II, 2, p. 178 ss.; Cass., 17 ottobre 1962, n. 3006, in Resp. civ. e previd., 1963, p. 167 ss.; App. Milano, 2 marzo 1962, in Foro it., 1962, I, c. 1578 ss.; Trib. Roma, 17 marzo 1970, in Temi rom., 1970, p. 309 ss.; Trib. Milano, 1 dicembre 1958, in Giur. it., 1959, I, 2, c. 655; Trib. Bologna, 28 gennaio 1957, in Foro it., 1958, I, c. 1205 ss.; Trib. Milano, 9 aprile 1956, in Resp. civ. e previd., 1956, p. 414 ss. Circa poi il problema relativo alla revocabilità o meno del mandato da parte dell'assicurato, è dato riscontrare, in dottrina ed in giurisprudenza, l'esistenza di tre opposti orientamenti, ben riassunti da L. COSTANTINI, La gestione della lite, *cit.*, p. 161-162: quello della irrevocabilità

In sostanza, allora, secondo questa impostazione, il mandatario/assicuratore dovrà vagliare l'opportunità o meno di resistere alla domanda del terzo e, in caso positivo, dovrà svolgere adeguate difese, con la precisazione che, in caso di esito infausto della lite, le relative conseguenze pregiudizievoli – in assenza di una clausola che attribuisca specificamente una posizione di garanzia in capo alla compagnia – potranno ricadere in capo all'impresa assicurativa soltanto nel caso in cui il mandante/assicurato deduca e dimostri la violazione del dovere di diligenza nell'esecuzione del mandato.

Non sono però mancate voci dissonanti, che hanno qualificato il patto in oggetto, ora come contratto atipico e accessorio al contratto di assicurazione, che non può essere assolutamente assimilato al negozio di mandato, stante il suo carattere di aleatorietà, essendo condizionato al verificarsi di un evento futuro ed incerto¹³;

assoluta del mandato (cfr., G. AULETTA, Responsabilità dell'assicuratore della responsabilità civile per condotta della lite e per rifiuto di transazione, in Assicurazioni, 1949, II, p. 28; A. DONATI, Trattato delle assicurazioni private, *cit.*, p. 398; V. SALANDRA, Responsabilità dell'assicuratore per la gestione della lite, *cit.*, 327; Trib. Milano, 1 dicembre 1958, in Giur. it., 1959, I, 2, c. 655 ss.), quello della sua revocabilità per giusta causa (cfr., V. ANGELONI, L'assicurazione della responsabilità civile, *cit.*, p. 566; G. CASTELLANO, Clausola di gestione della lite e difesa dell'assicurato nel processo penale, in Giur. it., 1962, I, 2, c. 600 ss.; A. DURANTE, Gestione della lite nell'assicurazione di responsabilità, *cit.*, p. 18; Cass., 22 ottobre 1963, n. 2817, *cit.*, App. Milano, 9 giugno 1950, in Assicurazioni, 1950, II, n. 35), ed infine quello, intermedio, dell'irrevocabilità salvo giusta causa nel caso di danno contenuto entro i liti del massimale, e della sua revocabilità in caso di superamento dello stesso (cfr., Trib. Bologna, 28 gennaio 1957, in Foro it., 1958, I, c. 1205 ss.). In tema si veda anche G. CASTELLANO - S. SCARLETTA, Le assicurazioni private, in Giur. sist. dir. civ. e comm., fondata da W. Bigiavi, Torino, 1981, p. 544-545.

¹³ In altri termini, secondo questa impostazione, il carattere aleatorio della prestazione della gestione della lite da parte dell'assicuratore - condizionata appunto al verificarsi di un evento futuro ed incerto - impedirebbe in radice la riconducibilità della stessa prestazione allo schema del mandato. Così, a vario titolo: F. COLOMBINI, Il contratto di assicurazione di responsabilità civile, in Arch. civ., 1964, p. 13 ss.; R. DEMOGUE, La direzione dei processi da parte degli assicuratori e i suoi corollari, in Assicurazioni, 1934, I, p. 48, secondo cui "la clausola di direzione dei processi

ora, addirittura, ma trattasi di impostazioni assolutamente risalenti e residuali, come contratto d'opera¹⁴ o come mera ipotesi di sostituzione processuale volontaria¹⁵.

non configura, come sembrerebbe a prima vista, un'ipotesi di semplice mandato (...) ma si tratta di una convenzione innominata, con la quale la Compagnia mette a disposizione dell'assicurato il proprio servizio contenzioso, i propri avvocati specializzati, affinché, in caso di condanna, questi non superi (...) la somma assicurata"; V. GERI, Sulla gestione della lite da parte dell'assicuratore e sul di lui preteso dovere d'informativa all'assicurato, in Giust. civ., 1962, I, p. 1391 ss.; A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, Spese di resistenza nell'assicurazione della responsabilità civile, nota a Trib. Cuneo, 8 luglio 1993, in Giur. merito, 1994, p. 893; C. RUSSO, L'assicurazione della responsabilità civile del medico e della casa di cura, in Assicurazioni, 1999, I, p. 226 ss.; F. TOMMASEO, Sulle clausole di gestione della lite nei contratti di assicurazione, cit., p. 205 ss. Nella giurisprudenza di legittimità si vedano: Cass., 30 gennaio 2006, n. 1872, in Giust. civ. Mass., 2006, p. 216; Cass., 12 giugno 1999, n. 5821, ivi, 1999, p. 1353; Cass., 17 novembre 1994, n. 9744, cit.; Cass., 3 luglio 1991, n. 7314, in Rep. Giur. it., 1991, voce Prescrizione e decadenza, n. 32; Cass., 15 febbraio 1980, n. 6484, in Foro it., 1981, I, c. 2010 ss., con nota di C. PUNZI; Cass., 10 marzo 1979, n. 1490, in Giust. civ. Mass., 1979, p. 680; Cass., 13 luglio 1977, n. 3138, in Rep. Foro it., 1977, voce Assicurazione (contratto), n. 204; Cass., 17 novembre 1976, n. 276, in Giur. it., 1978, I, c. 620 ss.; Cass., 22 novembre 1974, n. 3790, in Rep. Foro it., 1974, voce Assicurazione (contratto), n. 178; Cass., 27 aprile 1973, n. 1149, ivi, 1973, voce cit., n. 142; Cass., 18 marzo 1971, n. 775, ivi, 1971, voce cit., n. 174. Per Trib. Arezzo, 28 giugno 1961, in Giust. civ., 1962, I, p. 1391 ss., il patto di gestione della lite deve essere qualificato alla stregua di un negozio anomalo rientrante all'interno della categoria dei negozi di rappresentanza.

14 Cfr., V. ANDRIOLI, Peculiarità processuali della polizza di assicurazione, in Foro it., 1935, IV, c. 337 ss. In giurisprudenza si veda App. Milano, 16 marzo 1954, in Resp. civ. e previd., 1954, p. 160 ss. Per una critica a tale impostazione, si veda F. RIGOLINO BARBERIS, Assicurazione di responsabilità: ambito dei poteri del gestore della lite, cit., p. 257. Per una recente ricognizione delle varie posizioni espresse si veda L. LETTA, "Patto di gestione della lite" nell'assicurazione r.c. ed esclusione pattizia del rimborso all'assicurato per "spese di resistenza", nota a Trib. Monza, 17 febbraio 2003, in Resp. civ. e previd., 2004, p. 202 ss., il quale affronta altresì il problema circa la compatibilità del patto di gestione della lite con il diritto dell'assicurato di chiamare in causa l'assicuratore ex art. 1917, co. 4, c.c.

15 Cfr., E. ALLORIO, Assicurazione e sostituzione processuale volontaria, in Riv. dir. comm., 1935, I, p. 415 ss.; G. GIANNATTASIO, Ancora sugli effetti della svalutazione monetaria sull'indennità di assicurazione contro i danni, in Assicurazioni, 1956, II, p. 58 ss.

3. - Tanto premesso, va rilevato che la tesi contraria alla qualificazione del patto di gestione della lite quale contratto di mandato, al di là di porre in evidenza una serie di peculiarità presenti in questa fattispecie e non nel contratto di mandato¹⁶, si fonda essenzialmente sulla suggestiva considerazione secondo la quale attraverso il patto di gestione della lite, nella maggioranza dei casi, l'assicuratore/mandatario, nel dirigere la lite, cura un proprio esclusivo interesse, ossia quello della difesa giudiziale o stragiudiziale, senza alcun riguardo all'interesse dell'assicurato, per il quale "la miglior cosa è che l'assicuratore paghi senza contestare"¹⁷.

Ciò, si dice, avviene in tutti i casi in cui la richiesta del terzo danneggiato sia contenuta entro i limiti del massimale di polizza: in questi casi l'assicuratore, resistendo in giudizio, tutelerebbe un mero interesse proprio, e non anche del mandante/assicurato, il quale avrebbe invece un interesse opposto a che il suo assicuratore soddisfi le pretese creditorie del danneggiato senza muovere contestazioni. Ed allora, poiché, per insegnamento pacifico, non può sussistere mandato laddove il mandatario agisca esclusivamente a tutela di un interesse proprio¹⁸, e poiché laddove la pretesa del

16 Si evidenzia, ad esempio, che ad ogni modo si tratterebbe di un mandato peculiare, in cui il "flusso" delle istruzioni correrebbe dal mandatario al mandante e non viceversa, ed in cui le spese sarebbero a carico del mandatario. Oppure, ancora, che lo schema del mandato mal si concilia con il tenore letterale della clausola in parola, che attribuisce all'assicuratore una mera facoltà e non un obbligo di gestione della lite. Per approfondimenti si rinvia a F. TOMMASEO, Sulle clausole di gestione della lite nei contratti di assicurazione, cit., p. 205.

17 Così R. DIES, Quando l'assicuratore della responsabilità civile è tenuto ad una somma superiore al massimale, in Resp. civ. e previd., 1992, p. 411 ss.

18 Cfr., ex plurimis, G. BAVETTA, Mandato (contratto di), in Enc. dir., XXV, Milano, 1975, p. 324, il quale ritiene che "l'alienità dell'interesse gestito finisce con il costituire requisito indispensabile del rapporto di mandato", sì che "un vero e proprio mandato non può sussistere laddove il mandatario agisca per proprio conto"; E. CALUCI, Del mandato commerciale e della commissione, Verona, 1900, p. 80; A. LUMINOSO, Mandato, commissione, spedizione, in Tratt. dir. civ. e comm., diretto da A. Cicu - F. Messineo, XXXII,

terzo sia contenuta entro il massimale l'assicuratore persegue solo il suo esclusivo interesse, ecco che le due fattispecie giuridiche - mandato e patto di gestione della lite - sarebbero profondamente diverse tra di loro e non potrebbero in alcun modo essere sovrapposte o assimilate.

Nè, tantomeno, si aggiunge, si può accedere ad un'impostazione che qualifichi il patto di gestione della lite ora come mandato, ora come un *quid novi*, in base al dato estrinseco rappresentato dall'ammontare della richiesta risarcitoria del terzo - se cioè essa sia contenuta nei limiti oppure ecceda il massimale di polizza - in quanto si finirebbe con il far dipendere la qualificazione di un contratto da un elemento ad esso estraneo, qual è la richiesta di un terzo¹⁹. Non resta che concludere, dunque, nel senso di ritenere che il patto in questione sia "altro" dal mandato.

Questa tesi, seppur ben argomentata e richiamata da quasi tutte le trattazioni sul tema, a ben vedere può essere però confutata osservando come non sia rispondente alla realtà il presupposto su cui si fonda, e cioè la circostanza che la lite, quando è contenuta entro i limiti del massimale, non presenta alcun interesse per l'assicurato, per il motivo che un eventuale esito negativo della stessa non gli arrecherebbe alcun pregiudizio, riversando i suoi effetti esclusivamente sull'assicuratore, tenuto a garantire il professionista e ad indennizzare il terzo. Ciò per più di un motivo.

In primo luogo, va osservato che nella maggioranza dei casi nel contratto di assicurazione vengono inserite clausole che

Milano, 1984, p. 93, secondo il quale "il mandato conferito nell'interesse esclusivo del mandatario è un monstrum come dicevano gli autori meno recenti, non è cioè mandato"; G. MIRABELLI, Dei singoli contratti, in Comm. del cod. civ., III, 3, Torino, p. 619; A. NATINI, La dottrina generale della procura. La rappresentanza, Milano, 1910, p. 406 ss. Più di recente si veda G. BALDINI, Mandato. Profili operativi, inadempienze e risarcimento danni, Camerino, 2006, p. 222. In giurisprudenza si veda App. Napoli, 11 giugno 1990, in Giur. comm., 1991, II, p. 966 ss.

19 Così, ancora, R. DIES, Quando l'assicuratore della responsabilità civile è tenuto ad una somma superiore al massimale, in Resp. civ. e previd., cit., p. 411.

parametrano il calcolo del premio secondo la tecnica del *bonus-malus*: in queste ipotesi può ben residuare un interesse dell'assicurato alla difesa in giudizio, il cui esito negativo potrebbe determinare un innalzamento del premio per il periodo assicurativo a venire. Ciò, ovviamente, a patto che il contratto di assicurazione sia destinato a protrarsi nel tempo e non abbia già esaurito i suoi effetti.

Ancora: si pensi ai casi, che nella prassi rappresentano la regola, in cui il contratto di assicurazione preveda una franchigia in favore della compagnia e a carico dell'assicurato: anche in questa ipotesi l'esito del giudizio non è "neutro" per l'assicurato.

Si consideri inoltre l'ulteriore pregiudizio che potrebbe derivare all'assicurato dalla circostanza che la compagnia, in seguito al sinistro, eserciti il diritto di recesso dal rapporto, previsto pressochè in tutti i contratti assicurativi, lasciando così il professionista privo di copertura.

Ad ogni modo, a ben vedere, un interesse del professionista assicurato all'esito della vertenza vi potrebbe essere sempre, ed è rappresentato dall'interesse, sicuramente giuridicamente rilevante, alla difesa della propria "reputazione professionale", che potrebbe essere pregiudicata da un giudizio in cui venga accertata la sua colpa professionale. In altri termini, allora, non pare potersi condividere la conclusione secondo cui l'assicurato avrebbe o meno interesse alla lite a seconda che la richiesta risarcitoria del terzo danneggiato sia rispettivamente eccedente o contenuta nei limiti del massimale di polizza. Ed allora, se si ritengono esatti tali rilievi, avverso l'impostazione sopra riportata potrebbe obiettarsi che nella quasi totalità delle situazioni - fatta esclusione soltanto per le ipotesi, per la verità un po' "scolastiche", in cui il professionista assicurato abbia manifestato inequivocabilmente una propria mancanza di interesse all'esito del giudizio - nell'esecuzione dell'attività difensiva dell'assicuratore si impone sempre la considerazione dell'interesse dell'assicurato,

anche quando la richiesta del terzo sia contenuta nei limiti del massimale di polizza. Ciò però, a parere di chi scrive, non vuol dire che il patto di gestione della lite possa essere assimilato, sic et simpliciter, ad un mandato, seppur in rem propriam. Ostativa a tale impostazione, al di là di questioni squisitamente dogmatiche e qualificatorie, sarebbe soprattutto una ragione pratica, che vede l'intollerabilità di un "appiattimento" della disciplina del patto in questione sulle norme in tema di mandato.

Un esempio su tutti: si consideri l'ipotesi in cui, al termine del giudizio "gestito" dall'assicuratore, il giudice abbia liquidato, a titolo di risarcimento del danno, una somma superiore al massimale previsto in polizza. In questo caso non vi è dubbio che l'assicurato, a cui carico resta la somma eccedente il massimale, possa far valere la c.d. responsabilità per mala gestio dell'assicuratore, dimostrando che tale quid pluris di risarcimento rispetto al massimale sia imputabile ad una non corretta, nè diligente, gestione della lite da parte della compagnia, concretatasi in una condotta a vario titolo dilatoria o negligente²⁰. Ebbene, verificatasi un'ipotesi di mala gestio, se si accedesse alla tesi che considera il patto di gestione della lite come un vero e proprio contratto di mandato, autonomo rispetto al rapporto di assicurazione, dovrebbe coerentemente giungersi alla paradossale conclusione di sottoporre il relativo diritto dell'assicurato a rivalersi nei confronti dell'assicuratore per violazione del patto stesso alla prescrizione decennale ordinaria di cui all'art. 2946 c.c., applicabile in tema di mandato.

Soluzione, quest'ultima, palesemente inaccettabile, considerato che il diritto che l'assicurato esercita, in forza della violazione del suddetto patto, ad essere tenuto indenne dalla pretesa risarcitoria fatta valere nei suoi confronti dal danneggiato per la somma eccedente il massimale di polizza trova il suo fondamento e la sua fonte di legittimazione nel contratto di assicurazione, ed in particolare nella violazione di una pattuizione in esso contenuta, rappresentata appunto dal patto

²⁰ Su punto si veda, più diffusamente, infra.

di gestione della lite. Conseguenza di tale assunto è che la pretesa di rimborso, trovando titolo nel rapporto assicurativo, non può che essere soggetta alla prescrizione biennale di cui all'art. 2952, co. 2, c.c., valevole per tutti i "diritti derivanti dal contratto di assicurazione".

A tale conclusione, per la verità, è pervenuta anche la migliore giurisprudenza, attraverso però la qualificazione del patto di gestione della lite quale contratto atipico, accessorio a quello di assicurazione²¹. Tale ultima soluzione, però, non pare a sua volta brillare per linearità e limpidezza, in quanto lascia sul tappeto una serie di problemi di inquadramento, struttura e, soprattutto, di disciplina di tale autonomo contratto atipico. Più in generale, può dirsi che tutte le costruzioni dogmatiche che vedono nel patto di gestione della lite un diverso ed autonomo contratto – sia esso di mandato, atipico, oppure di prestazione d'opera – non risolvono il problema del rapporto che lega tale contratto con quello di assicurazione, non chiedendosi neppure, salvo sporadiche eccezioni²², se possa parlarsi di collegamento negoziale, di negozio misto o complesso, e così via. Né, tantomeno, i sostenitori della tesi della atipicità del negozio affrontano compiutamente il problema relativo alla disciplina che dovrebbe governare tale contratto innominato.

Probabilmente, allora, l'approccio più corretto è quello più semplice, e cioè quello di escludere una qualsivoglia autonomia strutturale e giuridica del patto di gestione della lite e di considerarlo per quel che è, ovvero una mera pattuizione, nient'altro che una clausola che viene inserita nel contratto di assicurazione a mezzo della quale le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, disciplinano un particolare aspetto dei loro interessi. Questa conclusione, oltre che in

²¹ Cfr., ex plurimis, Cass., 30 gennaio 2006, n. 1872, cit.; Cass., 17 novembre 1994, n. 9744, cit.; Cass., 3 luglio 1991, n. 7314, cit.; Cass., 15 dicembre 1980, n. 6484, cit.

²² Tra queste V. GERI, Sulla gestione della lite da parte dell'assicuratore e sul di lui preteso dovere d'informativa all'assicurato, cit., p. 1391, che ritiene che verta in ipotesi di collegamento negoziale.

grado di risolvere in radice i problemi sopra menzionati, pare anche la più aderente al dato letterale, che vede la clausola di gestione alla stregua di una delle molteplici pattuizioni negoziali che concorrono a formare il regolamento complessivo del rapporto assicurativo.

4. - Il patto di gestione della lite, come lo si voglia qualificare, pone in capo alle parti una serie di obblighi, cui sono speculari corrispondenti diritti, la cui fonte può essere rinvenuta, oltre che nel regolamento negoziale in concreto adottato dalle parti, nei principi generali di buona fede e correttezza contrattuale, nonché, più nello specifico, nelle norme dettate in tema di mandato, applicabili in via diretta o analogica, a seconda della tesi "qualificatoria" cui si ritiene di dover aderire. Tanto premesso, e cominciando dagli obblighi gravanti sul soggetto assicurato, non vi è dubbio che questi abbia, in prima battuta, l'obbligo di demandare la gestione della vertenza, stragiudiziale o giudiziale, all'assicuratore, compiendo all'uopo tutte le attività strumentali ed accessorie al fine di porre la compagnia assicurativa in grado di espletare utilmente l'attività difensiva²³. Così, in primo luogo, si pone a suo carico un obbligo di informazione e comunicazione, ovvero di avvertire tempestivamente l'assicuratore di qualsivoglia iniziativa, giudiziale o stragiudiziale, intentata o anche solo minacciata dal soggetto assuntamente danneggiato, evitando nel contempo ogni attività di accertamento, transazione o liquidazione del danno all'insaputa dell'assicuratore²⁴ e mettendo a disposizione di quest'ultimo tutte le informazioni

²³ Parlano invece di mero onere, e non di obbligo, G. AULETTA, Condotta della vertenza nell'assicurazione della responsabilità civile ed oneri ad essa connessi, in *Assicurazioni*, 1942, II, p. 132; A. DONATI, Trattato delle assicurazioni private, cit., p. 397; C. VITERBO, L'assicurazione della responsabilità civile, cit., p. 168.

²⁴ Nel senso che l'assicurato/danneggiante non possa effettuare il pagamento diretto al danneggiato si veda Trib. Torino, 7 maggio 1994, in *Resp. civ. e previd.*, 1994, p. 755 ss., con nota di M. POGLIANI, La posizione del terzo danneggiato nell'assicurazione facoltativa di responsabilità.

(quali, in primis, l'indicazione di eventuali testimoni e la descrizione dettagliata delle circostanze di fatto) e la documentazione in suo possesso, finalizzati ad una migliore gestione della lite. Obblighi che - anche a volerli ritenere non ricompresi nel generale obbligo di avviso del sinistro ex art. 1913 c.c. - possono comunque essere desunti richiamando, anche analogicamente, l'art. 1719 c.c., alla stregua del quale il mandante è tenuto a somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato; oppure, se si preferisce, rievocando, più in generale, i sopra ricordati principi generali di buona fede e correttezza nell'esecuzione contrattuale.

Successivamente, in caso di contenzioso giudiziario in atto, il professionista assicurato ha l'obbligo di nominare, conferendogli apposito mandato, il legale indicato dalla compagnia e di non revocargli l'incarico²⁵.

Più in generale può dirsi che, in adempimento del patto di gestione della lite, l'assicurato debba assumere una condotta che, secondo i generali canoni di correttezza e buona fede, non rechi pregiudizio agli interessi della compagnia, consentendo inoltre a quest'ultima la possibilità di assumere utilmente la gestione della lite e di condurla nel modo più proficuo possibile²⁶.

La violazione di questi doveri può determinare l'esenzione dell'assicuratore dal rimborso delle spese di difesa. L'assicuratore potrebbe, ad esempio, invocare l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., sempre che, beninteso, il suo rifiuto di accollarsi le spese non risulti contrario a buona fede,

²⁵ Cfr., App. Genova, 10 giugno 1964, in *Dir. e econ. assicuraz.*, 1966, p. 289 ss., ove si precisa però che, nel caso in cui l'assicurato sia esposto ad una somma eccedente il massimale di polizza, gli è consentito nominare un proprio legale e seguire una linea difensiva autonoma rispetto a quella svolta dall'assicuratore. Secondo F. TOMMASEO, Sulle clausole di gestione della lite nei contratti di assicurazione, cit., p. 208, in capo all'assicurato vi è anche l'obbligo di rispondere all'interrogatorio formale secondo le istruzioni dell'assicuratore e quello di impugnare l'eventuale sentenza di accoglimento delle pretese del danneggiato.

²⁶ Cfr., L. COSTANTINI, La gestione della lite, cit., p. 164.

avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto.

Diversamente, non può seriamente sostenersi che la scelta dell'assicurato di non far gestire la lite dal proprio assicuratore e di nominare, al contrario, un proprio legale e tecnici (ad esempio: consulenti di parte) di propria fiducia, possa di per sé giustificare un'eccezione di inoperatività della copertura assicurativa per violazione del patto di gestione della lite. Ciò, ben inteso, a patto che l'assicuratore non riesca a dimostrare che l'inadempimento dell'assicurato non abbia causato un concreto pregiudizio, come si verifica, ad esempio, nell'ipotesi in cui l'attività difensiva svolta dall'assicurato "in proprio" sia stata caratterizzata da errori "grossolani" e "manifesti" (es: mancata proposizione di un'eccezione di prescrizione) che, ove non commessi, avrebbero condotto, con ragionevole probabilità, ad un esito "vittorioso" della controversia e ad un rigetto della richiesta risarcitoria.

Diverso, ancora, sarebbe il caso in cui l'assicurato, che abbia rifiutato di far gestire la lite alla compagnia, procedesse "in proprio" all'accertamento ed alla liquidazione del danno in favore del danneggiato e poi pretendesse ugualmente di essere manlevato dall'assicuratore: in tale caso legittimamente quest'ultimo potrebbe far valere l'inefficacia nei suoi confronti di una *res inter alios acta* e, dunque, l'inopponibilità della transazione intervenuta.

Un'ultima osservazione: deve ragionevolmente ritenersi che il patto di gestione della lite concerna le sole "cause passive" subite dal professionista assicurato e non possa estendere i propri effetti fino a precludere allo stesso il diritto di agire in giudizio per il risarcimento dei danni che ritiene di aver subito²⁷. Nè, tantomeno, può ritenersi che l'interesse dell'assicuratore a gestire in proprio la vertenza si spinga a tal punto da impedire all'assicurato di scegliere una propria linea di difesa tutte le volte in cui, alla stregua di una valutazione condotta

²⁷ Così Trib. Torino, 12 aprile 1956, cit. In dottrina si veda L. COSTANTINI, *La gestione della lite*, cit., p. 158.

sulla base dei parametri di buona fede e correttezza, vi abbia interesse, come nel caso in cui sia potenzialmente esposto ad una somma eccedente il massimale.

Venendo alla posizione della compagnia di assicurazione, coloro i quali qualificano il patto in oggetto alla stregua di un contratto di mandato ritengono l'assicuratore-mandatario tenuto all'esecuzione della prestazione, ossia alla gestione della lite, con la diligenza del buon padre di famiglia di cui all'art. 1710 c.c. Il richiamo alle norme ed ai principi dettati in tema di mandato, per la verità, è effettuato anche da coloro che non ritengono si tratti propriamente di mandato²⁸.

Ora, e prescindendo ancora una volta dal problema qualificatorio, può senz'altro ritenersi che a scolpire il regolamento del patto di gestione della lite concorrano in ogni caso i principi di cui agli artt. 1175-1176 e 1375 c.c. - ed i conseguenti obblighi di "protezione" e di "informazione", oltre che di "prestazione", che ne discendono²⁹ - che impongono in sintesi, all'impresa di assicurazione, l'obbligo di gestire con la massima diligenza il sinistro cagionato dal proprio assicurato. Da ciò deriva, in capo all'assicuratore/gestore della lite, la necessità, in prima battuta, di valutare la fondatezza o meno delle pretese avversarie e, più in generale, l'obbligo di agire con la dovuta diligenza e perizia, valutabili sino al limite della colpa lieve³⁰, a protezione dell'interesse - oltre che proprio - anche dell'assicurato, tenendo costantemente informato quest'ultimo delle scelte processuali adottate e dei termini giuridici

²⁸ Cfr., ex plurimis, Cass., 7 dicembre 1981, n. 6486, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, p. 2309, secondo cui "le norme ed i principi propri del rapporto di mandato concorrono a fissare il regolamento del patto di gestione in concreto stipulato".

²⁹ Sul punto si veda più diffusamente infra.

³⁰ Sull'estensione del dovere di diligenza sino al limite della colpa lieve, non essendo gratuita la gestione, si vedano: Cass., 27 settembre 1999, n. 10696, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 2020; Cass., 10 novembre 1997, n. 11038, *ibidem*, p. 2116; Cass., 28 novembre 1995, n. 12302, *ivi*, 1995, p. 1952-1953; Cass., 5 marzo 1994, n. 2177, in *Arch. circol.*, 1994, p. 844 ss.; Cass., 29 febbraio 1988, n. 2120, *ivi*, 1988, p. 525; Cass., 26 aprile 1983, n. 2871, cit.; Cass., 12 luglio 1979, n. 4025, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1898 ss.; App. Napoli, 1 febbraio 1977, in *Assicurazioni*, 1978, II, p. 81 ss.

della vicenda (soprattutto allorché si profilino situazioni di potenziale o effettivo conflitto in interessi), vagliando l'opportunità o meno di resistere alla domanda del danneggiato, nonché, in caso affermativo, di svolgere adeguate difese³¹, con l'esposizione a responsabilità per mala gestio nel caso di inadempimento.

Si pensi, soltanto per esemplificare, ai casi di "negligenza processuale" dell'assicuratore, consistente in una difesa meramente dilatoria o in una del tutto infondata resistenza ad oltranza nella lite, oppure nella cattiva scelta di un consulente di parte o di altro professionista che collabori nello svolgimento dell'attività, oppure, ancora, nell'ingiustificato o pretestuoso rifiuto di aderire ad una transazione con il terzo danneggiato che si appalesi ragionevole e vantaggiosa³². Oppure, ancora, al caso in

³¹ Così testualmente Cass., 14 ottobre 1993, n. 10170, cit., ove si precisa ulteriormente che l'assicuratore non è certo tenuto a garantire l'esito vittorioso della lite, non potendo rispondere di un eventuale esito infausto della stessa, a meno che l'assicurato non dimostri la violazione del suddetto dovere di diligenza.

³² In dottrina si rinvia su tutti a G. AULETTA, *Responsabilità dell'assicuratore della responsabilità civile per condotta della lite e per rifiuto di transazione*, cit., p. 32 ss. In giurisprudenza, tra le più significative si può ricordare Cass., 27 settembre 1999, n. 10696, cit., secondo cui "è configurabile la responsabilità dell'assicuratore per mala gestio quando egli rifiuti ingiustificatamente di addivenire ad una transazione ragionevole e vantaggiosa proposta dal danneggiato, rifiuto configurabile sia nell'ipotesi di mancanza di una tempestiva risposta alla suddetta proposta, sia nell'ipotesi di risposta negativa fondata su di un motivo non apprezzabile, da valutarsi fino al limite della colpa lieve; la ragionevolezza e vantaggiosità della transazione offerta il cui rifiuto fonda la responsabilità per mala gestio, vanno apprezzate con riferimento agli elementi valutabili al momento in cui la transazione si sarebbe dovuta concludere, perciò ex ante e non ex post, sulla base dell'esito finale del giudizio, trattandosi pur sempre di una responsabilità fondata sulla colpa dell'assicuratore". Tra le più recenti in tema si veda Cass., 28 giugno 2010, n. 15397, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 152 ss. È evidente che non possa parlarsi di violazione del patto di gestione della lite per la sola circostanza che l'assicuratore abbia rifiutato di addivenire ad una transazione con il danneggiato, occorrendo, al riguardo, che tale rifiuto sia colposo, ossia ingiustificato alla luce delle obiettive circostanze di fatto esistenti. Si consideri, ad esempio, al caso in cui la responsabilità dell'assicurato sia palese, e la

cui l'assicuratore incorra in decadenze o in prescrizioni, ovvero non chiedi l'audizione di testimoni influenti. Si pensi, infine, alla violazione degli obblighi di informazione, cui devono ritenersi gravati tanto la compagnia quanto il difensore processuale, circa il profilarsi di situazioni di potenziale conflitto di interessi³³.

In generale, può dunque dirsi che una responsabilità dell'assicuratore sia configurabile tutte le volte in cui questi, avvalendosi del patto di gestione della lite, conduca la controversia in modo da arrecare pregiudizio all'assicurato per l'eccessiva cura dei propri interessi, o anche per mera trascuratezza. Pare infatti indubitabile che il patto in questione abbia un contenuto per così dire complesso, nel senso che il potere dell'assicuratore di agire in luogo dell'assicurato debba essere esercitato dal primo temperando i propri interessi con quelli del secondo.

In questi casi, si dice, l'assicuratore dovrà rispondere, anche oltre i limiti del massimale previsto in polizza, del danno arrecato all'assicurato con la propria condotta colposa, per un importo pari alla maggior somma, rispetto a quella del massimale, che l'assicurato stesso sia stato condannato a pagare al danneggiato³⁴. Danno, dunque, la cui esistenza ed il cui ammontare potrà riguardare non solo le voci "interessi e rivalutazione" sul massimale di polizza,

somma richiesta dal danneggiato sia obiettivamente conveniente, poichè contenuta entro limiti accettabili. Cfr., Cass., 6 luglio 1983, n. 4556, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 234; Cass., 26 aprile 1983, n. 2871, in *Arch. giur. circ. e sin.*, 1983, p. 635 ss.; Cass., 24 marzo 1983, n. 2064, in *Arch. circolaz.*, 1983, p. 558 ss.

³³ Di tale ipotesi si è occupata diffusamente la recente Cass., 21 febbraio 2006, n. 3663, cit.

³⁴ Trattasi di un principio pacifico. Tra le tante: Cass., 21 febbraio 2006, n. 3663, cit., in motivazione; Cass., 10 giugno 1987, n. 5053, in *Arch. giur. circ. e sin.*, 1988, p. 435 ss.; Cass., 26 aprile 1983, n. 2871, cit. In dottrina si può ricordare, tra gli ultimi, E. BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni*, Milano, 2010, p. 30, il quale che in questi casi il danno consiste nella differenza "tra l'importo del risarcimento dovuto al terzo danneggiato a seguito della gestione negligente ed il presumibile importo che la gestione diligente avrebbe comportato".

bensi, più in generale, tutte le ulteriori somme alla cui corresponsione l'assicurato/danneggiante si trovi obbligato nei confronti del terzo/danneggiato.

Dovendosi aggiungere, in tema di riparto dell'onere della prova, che l'assicurato, il quale ritenga non essere stato diligentemente tutelato il proprio interesse, dovrà allegare il fatto obiettivo del detto comportamento negativo, dilatorio o erroneo e il pregiudizio subito, mentre sull'assicuratore incomberà la prova che il pregiudizio è derivato da causa a lui non imputabile, ad esempio perché la richiesta risarcitoria del danneggiato era manifestamente eccessiva, oppure per essere ragionevolmente contestabile la responsabilità dell'assicurato³⁵.

Con l'ovvia precisazione che il giudizio di responsabilità non potrà che essere compiuto ex ante, riportandosi cioè idealmente all'epoca ed alle informazioni a disposizione nel momento in cui l'assicuratore ha assunto la decisione o la "non decisione", e non certo a posteriori, ossia ex esitu litis³⁶. Così dovrà verificarsi se la condotta, attiva o omissiva, tenuta dall'assicuratore trovasse o meno, all'epoca dei fatti, una ragionevole ed obiettiva giustificazione in relazione alla duplicità degli interessi da tutelare.

³⁵ Così Cass., 9 gennaio 1990, n. 7, cit.

³⁶ In dottrina si vedano, a vario titolo: D. DE STROBEL, Assicurazione responsabilità civile, in AA. VV., Collana di studi per operatori del diritto e delle assicurazioni, cit., p. 172 e 187; A. DURANTE, Luci ed ombre nell'assicurazione obbligatoria della circolazione motorizzata, cit., p. 136 ss.; Id., La mala gestio dell'assicurazione della responsabilità civile (indagine giurisprudenziale), cit., p. 469 ss.; S. FERRARINI, Sui problemi giuridici posti dalla svalutazione nel campo delle assicurazioni marittime, in Assicurazioni, 1983, II, p. 479; M. FRANZONI, Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile, Padova, 1986, p. 190; N. GASPERONI, Assicurazioni private, cit. p. 1214; A. IEVA, Problemi di "massimale" nell'assicurazione obbligatoria della r.c.a., in Resp. civ. e previd., 1981, p. 150; E. MENNA, Mala gestio, ultramassimale ed esigenze di chiarezza, in Dir. e prat. assic., 1983, p. 50; M. SANTARONI, Svalutazione monetaria e massimale, in Resp. civ. e previd., 1980, p. 650; G. SCALFI, Massimale nella r.c.a. auto e svalutazione, ivi, 1982, p. 684. Nella giurisprudenza di legittimità: Cass., 9 gennaio 1990, n. 7, cit.; Cass., 25 luglio 1981, n. 4822, in Foro it., 1982, I, c. 1090 ss.; Cass., 1 giugno 1977, n. 2221, in Arch. civ., 1977, p. 885 ss.; Cass., 22 ottobre 1963, cit.

5. - E'opinione generalmente condivisa che tra gli obblighi a carico dell'assicuratore non vi sia quello propriamente di assumere la lite: il tenore letterale della clausola, così come più diffusamente adottata – ai sensi della quale, si ricorda, "l'assicuratore, assume, fino a quando ne ha interesse, la gestione delle vertenze" – ha portato a ritenere che la pattuizione in parola non statuisca, a carico della compagnia, l'obbligazione di apprestare, sempre e comunque, la tutela legale dell'assicurato nelle sedi competenti, bensì riservi in via esclusiva alla stessa la mera facoltà di assumerne la gestione, secondo una libera scelta discrezionale guidata dal proprio interesse individuale del caso concreto³⁷.

³⁷ Ne deriverebbe che, tutte le volte in cui l'interesse dell'assicuratore venga meno, questi potrebbe legittimamente desistere dalla gestione della lite, ovviamente avvisando tempestivamente l'assicurato e ponendolo nelle condizioni di provvedere con i propri mezzi alla gestione della lite. Così in dottrina: V. ANGELONI, L'assicurazione della responsabilità civile, cit., p. 564, secondo cui "dipende dalla volontà dell'assicuratore l'assumere e il continuare la gestione della lite" e l'assicurato non può "impedirgli né l'assunzione né la rinuncia della gestione"; G. AULETTA, Responsabilità dell'assicuratore della responsabilità civile per condotta della lite e per rifiuto di transazione, cit., p. 28; G. CASTELLANO, La gestione della lite e le eccezioni di irrisarcibilità del danno, nota a Cass., sez. un., 30 giugno 1969, n. 2374, in Giur. it., 1970, I, 1, c. 46 ss.; L. COSTANTINI, La gestione della lite, in Responsabilità e assicurazione, cit., p. 150; R. DIES, Quando l'assicuratore della responsabilità civile è tenuto ad una somma superiore al massimale, cit., p. 413; A. DONATI, Trattato delle assicurazioni private, cit., p. 400; A. DURANTE, Gestione della lite nell'assicurazione di responsabilità, cit., p. 18; V. GERI, Considerazioni sul possibile significato della gestione della lite nel contratto di assicurazione della responsabilità, cit., p. 1622 ss.; R. LATTANZI, Questioni in tema di "patto di gestione" della lite incluso nel contratto di assicurazione r.c., in Nuova giur. civ. comm., 1991, I, p. 426. In giurisprudenza, ex plurimis: Cass., sez. un., 30 giugno 1969, n. 2374, in Giust. civ., 1969, II, p. 1622 ss.; Trib. Roma, 1 giugno 2004, in Giur. merito, 2005, p. 1301 ss., con nota adesiva di P.P. ADORNO, Il patto di gestione della lite nei contratti di assicurazione: alcune riflessioni, secondo cui il patto di gestione della lite "non statuisce a carico dell'assicuratore l'obbligazione di apprestare - sempre e comunque - la tutela legale dell'assicurato nelle sedi giudiziali ed extragiudiziali, in quanto riserva in via esclusiva alla società assicuratrice la mera facoltà - e dunque la libertà di scelta in relazione alla valutazione discrezionale del proprio interesse nel caso concreto - di assumere la gestione delle vertenze in nome dell'assicurato".

Così la compagnia di assicurazione, e salvo ovviamente che sia inserita una espressa pattuizione contraria, resterebbe libera di decidere se assumere o meno la gestione della lite, salvo poi, ovviamente, nel caso di statuizione affermativa, avere l'obbligo di agire con la dovuta diligenza e correttezza, svolgendo adeguate difese e curando anche gli interessi dell'assicurato.

Se dunque si ritiene legittima la scelta dell'assicuratore di non assumere la gestione della lite – purchè, beninteso, tale decisione, in ossequio ai principi di buona fede e correttezza, sia tempestivamente comunicata all'assicurato – anche in questo caso, però, troverebbe applicazione il terzo comma dell'art. 1917 c.c., secondo cui le spese sostenute dall'assicurato per resistere all'azione promossa dal danneggiato sono a carico dell'assicuratore entro il limite del quarto della somma assicurata. Trattasi, infatti, quest'ultima, di una disposizione inderogabile se non in melius per l'assicurato, per espresso richiamo contenuto nell'art. 1932 c.c., per cui un'eventuale clausola che legittimasse l'assicuratore a non gestire la lite e rifiutare il pagamento delle spese di legali da esso non incaricati sarebbe senz'altro nulla, poiché si tramuterebbe in un limite al diritto riconosciuto all'assicurato dal comma 3 dell'art. 1917 c.c., limite, appunto, che il legislatore non consente sia convenzionalmente derogato, se non a favore del soggetto assicurato³⁸. L'assicuratore dunque non può in ogni caso, nell'ipotesi di rinuncia all'assunzione della lite, sottrarsi all'obbligo di concorrere, nei limiti indicati dalla norma, alle spese sostenute dall'assicurato.

Questa impostazione è sicuramente quella meno opinabile e più fedele al dato letterale della pattuizione, così come utilizzata nella prassi.

Se pertanto, secondo la tesi unanimemente accolta, rientra tra le facoltà - e non tra i doveri

³⁸ Sul punto non dovrebbero sussistere dubbi. Per un'applicazione giurisprudenziale si rimanda a Trib. Cuneo, 8 luglio 1993, in Giur. merito, 1994, p. 890 ss., con nota di A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, Spese di resistenza nell'assicurazione della responsabilità civile.

- dell'assicuratore quello di avvalersi del patto di gestione della lite, in questa sede va però posto in luce che la differenza tra "facoltà" e "dovere" potrebbe assottigliarsi notevolmente se solo si riflettesse sull'ampiezza e sulla portata oggi generalmente riconosciuti ai doveri di correttezza e buona fede in exekutivis ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c., quali fonte di obblighi "di protezione" e non soltanto "di prestazione". In applicazione di questa regola, sulla quale non ci si può certo soffermare in questa sede³⁹, potrebbe per ipotesi sostenersi che tra i doveri di protezione posti in capo all'assicuratore della responsabilità civile in virtù dell'inderogabile principio di buona fede - obblighi da osservare indipendentemente da una previsione negoziale in tal senso ed anche, al limite, in presenza di una pattuizione di segno contrario - vi sia non soltanto quello di pagare l'eventuale danno causato dalla condotta del professionista, ma anche quello di assisterlo nella fase prodromica di accertamento della responsabilità. L'obbligo di "tenere indenne" l'assicurato dalle conseguenze di una sua condotta colposa sarebbe così inteso in un'accezione ampia, come tale comprensiva anche dell'obbligo di assunzione della lite.

³⁹ Su questi "obblighi" o "doveri" integrativi, considerati, da un lato, come "obblighi o doveri strumentali di protezione o di sicurezza", dall'altro, quali "obblighi o doveri accessori di prestazione, si possono ricordare, su tutti: F. BENATTI, Osservazioni in tema di <doveri di protezione>, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1960, p. 1342 ss.; Id., Doveri di protezione, in Dig. disc. priv., sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 221 ss.; E. BETTI, Teoria generale delle obbligazioni, I, Milano, 1953, p. 13 ss.; C.W. CANARIS, Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione, in Riv. crit. dir. priv., 1983, p. 567 ss.; C. CASTRONOVO, Obblighi di protezione, in Enc. giur. Treccani, XXI, Roma, 1990; Id., Obblighi di protezione e tutela del terzo, in Jus, 1976, p. 123 ss.; A. DI MAJO, L'esecuzione del contratto, Milano, 1967, p. 405 ss.; Id., Obbligazione, I, Teoria generale, in Enc. giur. Treccani, XXI, Roma, 1990; Id., Delle obbligazioni in generale, in Comm. del codice civile Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 121 ss.; L. MENGONI, <Obbligazioni di risultato> e <obbligazioni di mezzi>, in Riv. dir. comm., 1954, I, p. 368 ss.; A. PALAZZO, responsabilità, doveri di protezione e di tutela della persona, in Vita not., 1999, p. 14 ss.; Id., Doveri di protezione e di tutela della persona, in Danno resp., 1999, p. 585 ss.; S. RODOTÀ, Le fonti di integrazione del contratto, Milano, 1962 p. 137 ss.

Ciò ovviamente nei soli casi in cui sussista valida copertura assicurativa e la compagnia non ritenga di dover sollevare eccezioni di inoperatività della polizza.

Come a voler dire, in sintesi, che, nel rapporto di assicurazione per la r.c. professionale, accanto alla specifica prestazione dedotta in contratto - ossia, nella sostanza, quella di tenere indenne il professionista assicurato di quanto questi sia tenuto a pagare, quale civilmente responsabile, per perdite patrimoniali cagionate a terzi nell'esercizio dell'attività dedotta in contratto - vi sarebbero una serie di ulteriori obblighi di fare, che devono essere osservati indipendentemente da una esplicita previsione negoziale, in modo da preservare la persona e i beni dell'assicurato dalla possibilità di danni, tra i quali sarebbe da annoverare anche l'obbligo di assunzione della lite, ossia di svolgere una prestazione di assistenza legale, o direttamente, o comunque offrendo all'assicurato i mezzi per gestire la lite.

Conseguentemente, se per ipotesi si volesse seguire questa impostazione - formulata in questa sede in forma dubitativa, ben consci, da un lato, del più volte ricordato tenore letterale della norma (che, testualmente, fa riferimento ad una mera facoltà di assunzione della lite), dall'altro, della circostanza che l'accoglimento di tale tesi "eversiva", basata essenzialmente sulla "scivolosa" tematica degli obblighi di protezione, determinerebbe un sostanziale "svuotamento" della clausola di gestione della lite, con conseguente inutilità di una pattuizione espressa, poichè l'obbligo deriverebbe ex se dal contratto assicurativo per la r.c. professionale⁴⁰ - si potrebbe ipotizzare un non corretto adempimento del contratto di assicurazione, come tale fonte di responsabilità contrattuale, non soltanto nel caso in cui l'assicuratore, avvalendosi

⁴⁰ Rischi che però, forse, vale la pena di correre, a fronte dell'esigenza di garantire una più efficace tutela dell'assicurato per la responsabilità civile, che si vedrebbe così tenuto indenne non soltanto dalle conseguenze di una eventuale condanna nei suoi confronti, ma anche dai pregiudizi derivanti dalla fase precedente, spesso lunga e dispendiosa, che conduce, ad esempio, alla pronuncia di accertamento della sua responsabilità.

del patto di gestione della lite, la conduca in modo da arrecare un qualsivoglia nocumento al proprio assicurato, ma anche nella diversa ipotesi in cui, senza un apprezzabile motivo (rappresentato, ad esempio, dalla mancanza di operatività della polizza), rifiuti di assumere la lite o se ne disinteressi in modo da pregiudicare gli interessi dell'assicurato⁴¹.

6. - Un delicato problema attiene all'individuazione dell'ampiezza dei poteri che il patto di gestione della lite attribuisce all'assicuratore. In particolare, si è detto al riguardo che tra i poteri conferiti all'assicuratore dalla pattuizione in parola sarebbe ricompreso quello di transigere la controversia con il danneggiato anche per conto dell'assicurato ed anche a prescindere da un espresso consenso in tal senso da parte di quest'ultimo. Come a dire che la facoltà di addivenire ad una transazione, in quanto tipico fenomeno ablativo della lite, sia sempre implicitamente ricompresa nel potere di gestione della lite⁴². Ciò ovviamente a patto che la somma concordata sia contenuta nei limiti del massimale di polizza: nel caso infatti in cui l'assicuratore raggiunga con il danneggiato un accordo transattivo per un importo eccedente il massimale è

⁴¹ Del resto, nella giurisprudenza si ripete spesso - pur senza, per la verità, particolari approfondimenti al riguardo - l'affermazione secondo cui incorrere in responsabilità per mala gestio l'assicuratore che "rifiuti di gestire la lite o se ne disinteressi in modo da recare pregiudizio allo stesso assicurato". Tra le pronunce più significative si possono ricordare: Cass., 28 giugno 2010, n. 15397, in Giust. civ., 2011, I, p. 152 ss.; Cass., 4 febbraio 2005, n. 2276, in Giust. civ. Mass., 2005, in Banca dati Jusexplorer, Giuffrè.

⁴² In dottrina si vedano G. CASTELLANO - S. SCARLETTA, Le assicurazioni private, cit., p. 551 ss.; A. FORMICA, Il patto di gestione della lite, cit., p. 1633. In giurisprudenza: Cass., 8 settembre 1970, n. 1332, in Giur. it., 1971, I, 1, c. 1238 ss.; App. Milano, 30 novembre 1984, in Resp. civ. e previd., 1985, p. 225 ss., con nota di F. RIGOLINO BARBERIS, Assicurazione di responsabilità: ambito dei poteri del gestore della lite; App. Bologna, 23 maggio 1969, in Assicurazioni, 1970, II, p. 155 ss.; Trib. Milano, 9 aprile 1956, in Resp. civ. e previd., 1956, p. 414 ss., secondo cui "nel patto di gestione della lite, conferito dall'assicurato al proprio assicuratore, il potere di transigere con il terzo danneggiato deve ritenersi ricompreso, anche se non espressamente indicato".

indiscutibilmente necessario il consenso dell'assicurato, in quanto il suo patrimonio viene direttamente coinvolto ed esposto⁴³.

La sopra riferita impostazione, tuttavia, ad un esame più approfondito pare per la verità non convincere affatto, in quanto sembra sovrapporre due "piani giuridici" profondamente diversi: un conto è infatti il potere di "gestire" la lite, ben altro è quello di "disporre" del diritto sostanziale oggetto della lite stessa. Il primo non ricomprende necessariamente il secondo. Se si condivide tale assunto, pare allora più ragionevole l'impostazione contraria, che ritiene il patto di gestione della lite non abilitante l'assicuratore al compimento di atti dispositivi dei diritti dell'assicurato, ivi compresa la transazione, i quali necessitano di un espresso mandato conferito dall'assicurato medesimo⁴⁴. Da ciò consegue che, nel caso in cui si profili la possibilità di addivenire ad un accordo con il terzo danneggiato, l'assicuratore sarà tenuto - ex artt. 1175 e 1375 c.c. o, se si preferisce, ex art. 1710, co. 2, c.c.⁴⁵ - ad informare preventivamente l'assicurato ed attenersi alle decisioni da questi assunte⁴⁶.

Con il naturale corollario del possibile profilarsi di una responsabilità dell'assicurato, e dunque della sua esposizione ad un'azione di rivalsa dell'assicuratore, tutte le volte in cui si dimostri - con giudizio prognostico da condurre sempre ex ante - che la transazione

⁴³ Cfr. A. FORMICA, Il patto di gestione della lite, cit., p. 1634.

⁴⁴ Così M. ROSSETTI, Il diritto delle assicurazioni, III, L'assicurazione della responsabilità civile. L'assicurazione sulla vita. Assicurazione e prescrizione. Assicurazione e processo, Padova, 2013, p. 71-72. Propende per questa soluzione anche F. RIGOLINO BARBERIS, Assicurazione di responsabilità: ambito dei poteri del gestore della lite, cit., p. 259. In giurisprudenza si veda Cass., 13 luglio 1977, n. 3138, in Assicurazioni, 1978, II, p. 67 ss.

⁴⁵ Norma che prevede che il mandatario sia tenuto a rendere note al mandante tutte le circostanze sopravvenute che possono determinare la revoca o la modificazione del mandato.

⁴⁶ Con la conseguenza, secondo alcuni, che l'eventuale transazione stipulata dal danneggiato con la compagnia di assicurazioni, priva però del relativo potere di rappresentanza, non sarebbe opponibile nei confronti dell'assicurato. Così AA. Vv., Infortunistica nella circolazione, nel lavoro, nello sport, Padova, 2008, p. 449.

sarebbe stata conveniente per la compagnia e, dunque, che il diniego dell'assicurato alla definizione bonaria sia stato ingiustificato.

Così come potrebbe parimenti ipotizzarsi una responsabilità dell'assicurato, con conseguente obbligo di risarcire il pregiudizio effettivamente causato, tutte le volte in cui questi addivenga ad una transazione con il terzo danneggiato senza acquisire il consenso dell'assicuratore.

Ovviamente, in caso di transazione conclusa dall'assicuratore in assenza del consenso dell'assicurato, nulla osta circa la possibilità di quest'ultimo di ratificare ex post l'operato del primo.

Ad ogni modo, in caso di transazione legittimamente conclusa dall'assicuratore, vi è sempre l'obbligo di questo soggetto di comunicare all'assicurato tale evento, nonché l'avvenuto pagamento dell'indennità direttamente nelle mani del danneggiato⁴⁷.

7. - Può accadere infine che l'assicuratore, successivamente all'assunzione della gestione della lite anche per conto del professionista assicurato, ritenga che l'evento dedotto non rientri nella copertura di polizza, ovvero che manchi addirittura in radice un valido rapporto assicurativo. In questi casi, ben frequenti nella prassi, si è posto il problema relativo alla possibilità o meno, da parte della società di assicurazione, di opporre l'eccezione di inoperatività e/o invalidità della copertura, nonostante l'avvenuta assunzione della lite.

Secondo un primo e più risalente orientamento, l'assunzione della gestione della lite non accompagnata dalla formulazione di riserve da parte dell'assicuratore e con la piena conoscenza o conoscibilità, da parte di questi, di tutte le circostanze e gli elementi di fatto e di diritto, costituisce un comportamento concludente incompatibile con l'eccezione di inoperatività della polizza, che determina una sorta di implicita rinuncia alla stessa ed un tacito riconoscimento di riconducibilità del danno alla copertura assicurativa⁴⁸.

⁴⁷ Così Trib. La Spezia, 16 luglio 1957, in Arch. giur. circ. e sin., 1958, p. 383 ss.

⁴⁸ Così, tra le altre: Cass., 7 ottobre 1982, n. 5142, in Assicurazioni, 1983, II, p. 79 ss.; Cass., 17

Questa impostazione - tutt'altro che irragionevole - rischia di dover essere rivista alla luce della più recente evoluzione giurisprudenziale, che oggi ritiene che l'eccezione di inoperatività della polizza assicurativa non costituisca in realtà un'eccezione in senso proprio, bensì una semplice difesa, ossia una mera argomentazione giuridica diretta a confutare il fondamento della domanda⁴⁹. Se così è, allora, la contestazione circa l'operatività della polizza - così "derubricata" da eccezione in senso stretto a semplice difesa - non potrebbe costituire oggetto di abbandono o di rinuncia nemmeno se non fosse espressamente riproposta in sede di precisazione delle conclusioni, con la conseguenza che permarrrebbe il potere-dovere del giudice di pronunciarsi sull'operatività della polizza contestata. E' evidente però che, in questo caso, profilandosi un'ipotesi di conflitto di interessi, in base ai principi di correttezza e buona fede nell'adempimento delle obbligazioni sorge l'obbligo, in capo all'assicuratore, di informare puntualmente e soprattutto tempestivamente il proprio assicurato circa l'intenzione di sollevare questioni attinenti alla validità, regolarità od operatività della polizza, pena il profilarsi di una responsabilità per mala gestio⁵⁰.

La tesi appena esposta, tuttavia, non si ritiene

maggio 1979, n. 2822, in Rep. Giur. it., 1979, voce Assicurazione (contratto di), n. 118; Cass., 16 giugno 1976, n. 2281, in Foro it., 1977, I, c. 465 ss.; Cass., sez. un., 30 giugno 1969, n. 2374, cit.; Cass., 27 ottobre 1966, n. 2655, in Rep. Giur. it., 1966, voce Assicurazione (contratto di), n. 139; Cass., 8 giugno 1964, n. 1399, in Assicurazioni, 1965, II, p. 15 ss.; Cass., 29 aprile 1964, n. 1032, in Giust. civ., 1964, I, p. 1321 ss. In dottrina, tra gli altri: G. CASTELLANO - S. SCARLETTA, Le assicurazioni private, cit., p. 560; A. DONATI, Trattato delle assicurazioni private, cit., p. 404; A. DURANTE, L'assicurazione di responsabilità civile, cit., p. 302.

⁴⁹ Cfr., ex plurimis, Cass., 22 febbraio 2000, n. 1967, in Giust. civ., 2000, I, p. 2971 ss.; Cass., 3 luglio 1997, n. 5997, in Riv. giur. circolaz. trasp., 1997, p. 584 ss.

⁵⁰ Per quanto riguarda poi i rapporti tra patto di gestione della lite e processo penale si rinvia, ex plurimis, a AA. VV., Infortunistica nella circolazione, nel lavoro, nello sport, cit., p. 449-459; L. COSTANTINI, La gestione della lite, cit. p. 162 ss.; A. FORMICA, Il patto di gestione della lite, cit., p. 1656 ss.

possa essere ragionevolmente accolta, e ciò sulla base della convinzione secondo cui l'assunzione della difesa dell'assicurato, anche in assenza di copertura assicurativa e senza nulla eccepire al riguardo, costituisce comportamento di accettazione dell'operatività della polizza, con effetto estensivo della copertura anche al sinistro per ipotesi nella stessa non rientrante. Trattandosi infatti di materia pacificamente attinente a diritti disponibili, potrebbe ben ritenersi che l'accettazione della lite senza riserve - purchè, beninteso, sia stata spiegata dall'assicuratore una vera e propria attività processuale e non soltanto un'attività meramente preparatoria o preliminare - costituisca un negozio di accertamento dell'efficacia del contratto di assicurazione in favore dell'assicurato e una rinuncia al diritto di eccepire l'assenza di copertura, con conseguente impossibilità, per la compagnia, di mutare a posteriori le proprie difese, contestando la validità e/o operatività della polizza in un momento successivo.



Il Caso A.I.P.A., tra questioni irrisolte e cortocircuiti giurisprudenziali

di Francesco Ricciardi

A modesto avviso di chi scrive, non poca confusione suscita il passaggio del servizio di accertamento e riscossione dei tributi locali, del Comune di Foggia, dalla società AIPA S.p.A., alla società MAZAL Global Solution S.r.L.

Sul punto si è appreso dai mezzi di stampa, che al comune di Foggia è cambiata la società di riscossione dei tributi, passando dall'Aipa (che ha presentato domanda, il 5 agosto 2015, al Tribunale fallimentare di Milano, per avviare la procedura di concordato preventivo), alla Mazal Global Solution SrL.

Il passaggio alla società Mazal, si raggiunge, ripercorrendo la lettura di più atti notarili. In prima battuta veniva stipulato in data 09 febbraio 2015 un contratto di affitto di ramo d'azienda con opzione d'acquisto, tra la società AIPA S.p.A. ed il Gruppo KGS

S.p.A., registrato in Milano il 09 febbraio 2015 n. 2854/1T.

In data 25 maggio 2015 la società Gruppo KGS S.p.A. con apposito atto notarile cedeva alla sua controllata Mazal Global Solution S.r.L. il contratto di affitto di ramo d'azienda, in precedenza stipulato con l'AIPA S.p.A.

Con successivo atto ricognitivo e modificativo, tra l'AIPA S.p.A. e la Mazal Global Solution S.r.L., previa verifica dell'iscrizione all'Albo ex DMF 289/2000 e del rilascio della relativa autorizzazione, convenivano che a far data dal 01 luglio 2015, Mazal subentrasse ad AIPA, in tutti i rapporti con i Comuni.

Ora, senza entrare, nei dettagli e nella validità giuridica degli atti posti in essere, tra l'A.I.P.A. e la società Mazal, cercheremo, di affrontare la questione, esclusivamente sotto un profilo processual-tributario.

Come noto, il processo tributario si instaura, solo a seguito dell'impugnazione di uno degli atti indicati, nell'art. 19 del D.Lgs. 546/1992, evocando in causa, indistintamente, l'Agente della riscossione, o l'ente titolare del diritto di credito.

Ora la questione sotto un profilo processuale, risulta più complessa e meritevole di maggior attenzione, soprattutto quando ci troviamo di fronte ad una situazione in cui l'atto di accertamento, fù emesso dalla società A.I.P.A SpA, ed allo stesso fù interposto rituale e tempestivo ricorso, innanzi alla Commissione tributaria competente.

Difatti, sono in molti a domandarsi se, la

società Mazal, possa costituirsi in giudizio, al fine di difendere l'operato della società A.I.P.A.

La questione, rappresenta una situazione tribolante, su cui, i Giudici di merito, hanno tenuto un orientamento ondivago, nel corso degli ultimi mesi.

È da segnalare, al riguardo, il recente orientamento dei Giudici di merito domestici, in ordine alla legittimazione processuale della Mazal, nelle controversie accese verso, atti emessi dalla società AIPA.

Ci si riferisce all'ordinanza n. 1233/2015 emessa della terza sezione CTP di Foggia, in cui veniva ordinato il deposito del contratto di affitto del ramo di azienda interposto tra la società AIPA S.p.A. e la società Mazal Global Solution S.r.L. e la delibera dell'Organo comunale autorizzativa, al fine di accertare, in sede giurisdizionale, la legittimità della società subentrante a stare in giudizio.

Sul punto la Mazal ha ritenuto sufficiente dimostrare la propria legittimazione processuale, attraverso il deposito nei propri fascicoli processuali, di una copia di: "determina dirigenziale".

INIDONEITÀ DELLA DETERMINA DIRIGENZIALE

E' interesse di chi scrive, far osservare all'attento lettore, l'inidoneità della determina dirigenziale, utilizzata dalla società Mazal, al fine di superare le contestazioni di "difetto di rappresentanza".

Punto di partenza, sarà quello di delineare

in diritto, la differenza sostanziale tra un provvedimento amministrativo, che può trovare sfogo, attraverso un atto emesso dal Dirigente dell'Ufficio Comunale e ciò, che dovrà, per ritenersi valido ed efficace, essere emesso dall'Organo di Governo o dall'Organo Politico.

La deliberazione è un atto amministrativo, che viene assunto dal Consiglio o dalla Giunta Comunale, di solito è un atto di indirizzo, programmazione, ecc., comunque un atto che spetta all'organo politico.

L'ordinanza è un atto che viene assunto, a seconda dell'oggetto, dal Sindaco o dal Dirigente/Responsabile, di solito contengono un dovere di condotta positiva (comando) o negativa (divieto). Possono essere ordinarie o contingibili e urgenti; queste ultime sono emanate per far fronte a situazioni di emergenza sanitaria o di igiene pubblica, nonché per prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini.

C'è differenza tra deliberazioni del Consiglio Comunale e della Giunta in quanto, in generale, la Giunta rappresenta l'organo esecutivo, il Consiglio Comunale è l'organo di indirizzo di controllo politico-amministrativo dell'ente locale.

Hanno pertanto diverse funzioni.

Gli atti fondamentali di competenza del Consiglio Comunale riguardano: lo statuto e i regolamenti; i programmi, le relazioni previsionali e programmatiche, i piani finanziari, i programmi dei lavori pubblici, i bilanci annuali e pluriennali, il rendiconto, i piani territoriali urbanistici, le convenzioni con i Comuni, l'organizzazione degli

uffici e dei servizi e la loro concessione, la partecipazione dell'ente locale alle società di capitale, l'istituzione e l'ordinamento dei tributi.

La Giunta Comunale adotta tutti gli atti idonei al raggiungimento degli obiettivi e delle finalità dell'ente nel quadro degli indirizzi politico e amministrativo generali ed in attuazione degli atti fondamentali approvati dal consiglio comunale, salvo quelli espressamente attribuiti ad altri organi.

Esamina collegialmente gli argomenti da proporre al consiglio comunale.

La Giunta determina i criteri e le modalità di attuazione dell'azione amministrativa per la realizzazione degli obiettivi e dei programmi del Comune, nel rispetto degli indirizzi generali di governo approvati dal consiglio. (Come nel caso che ci occupa)

La Giunta adotta tutti gli atti di amministrazione, nonché tutte le deliberazioni che non rientrano nella competenza degli altri organi comunali, del segretario comunale e dei responsabili dei servizi, ai sensi della legge, dello statuto e dei regolamenti.

La Giunta svolge le attribuzioni di propria competenza con provvedimenti deliberativi con cui specifica il fine e gli obiettivi perseguiti, i mezzi idonei ed i criteri cui devono attenersi gli uffici nell'esercizio delle proprie competenze esecutive e di gestione loro attribuite dalla legge statale e regionale nonché dallo statuto.

La determinazione è un atto amministrativo monocratico, attraverso il quale si esplica la volontà del dirigente/responsabile del servizio dell'ente, legittimato ad adottarla,

sulla base del regolamento di organizzazione degli uffici e dei servizi, nonché del piano esecutivo di gestione del comune.

Le determinazioni dirigenziali sono state introdotte nel nostro ordinamento dal D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, che, agli articoli 3, 16 e 17, definiva le attribuzioni dei dirigenti assegnandogli: "la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, compresa l'adozione di tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo".

Il Ministero dell'Interno, con la propria circolare 22 giugno 1993, n. 6, sull'applicabilità delle norme di cui al D.Lgs. n. 29 del 1993 agli enti locali, per quanto riguarda i compiti e le responsabilità dei dirigenti, precisava che:

"In particolare, ai dirigenti degli enti locali compete la gestione finanziaria, sia sotto l'aspetto dell'entrata, per l'accertamento, che sotto l'aspetto della spesa, per l'impegno, la liquidazione e l'ordinazione in conformità alle direttive ed ai principi dettati dalla Giunta. Nell'attività di gestione è bene che l'atto dei dirigenti, sotto l'aspetto formale, assuma, in ogni caso, la veste della «determinazione» soggetta alle ordinarie cautele che, per le deliberazioni collegiali, garantiscono la veridicità della numerazione, unica per ciascun ufficio e debitamente codificata, e della data".

Con il D.Lgs. 25 febbraio 1995, n. 77, è stato approvato il nuovo "Ordinamento finanziario e contabile degli enti locali", all'art. 27 comma 9, oggi confluito nell'art.

183 comma 9, è stata prevista la possibilità di assunzione degli impegni di spesa anche da parte dei responsabili dei servizi mediante “determinazioni”, demandandone disciplina e modalità al regolamento di contabilità.

La proposta di delibera, invece, è espressione di un’attività istruttoria compiuta dal dirigente cui spetta acquisire, nell’ambito delle proprie responsabilità gestionali, gli elementi di fatto e di diritto che muovono l’esigenza a provvedere, ed esaminare il quadro normativo di riferimento.

In esito a tale attività, redige concretamente la proposta di deliberazione, che si concluderà con la parte dispositiva che integrerà il vero e proprio contenuto provvedimentale, con il quale l’organo collegiale esprimerà la propria volontà. La proposta diventerà deliberazione solo se approvata dal competente organo collegiale (Consiglio o Giunta).

Ora tornando al caso che ci occupa, a modesto parere di chi scrive, risulta lapalissiano ritenere inidoneo l’utilizzo dell’atto di determina dirigenziale, da parte della intervenuta società Mazal in sede processuale, atteso che, la stessa avrebbe dovuto dimostrare di aver ottenuto il “placet” del Comune di Foggia, affinché il contratto di affitto del ramo di azienda della società A.I.P.A., riguardante l’accertamento e la riscossione dei tributi locali, possa ritenersi legalmente accettato dall’Ente comunale.

Difatti, la Mazal avrebbe dovuto produrre in giudizio il contratto di affitto affinché, il Giudicante potesse verificare la sussistenza in capo alla Mazal della rappresentanza processuale, per conto della società A.I.P.A. SpA, e successivamente, avrebbe dovuto

versare in atti, la delibera della Giunta comunale, che autorizzasse detto passaggio.

Ora, innanzitutto, mi sia concesso di ritenere giuridicamente discutibile l’atteggiamento assunto dalla società Mazal in sede processuale laddove, ometta di dimostrare la propria legittimazione attiva in sostituzione alla società AIPA, atteso inoltre che a norma dell’art. 27 del D.Lgs. 546/92, tale omissione è rilevabile in ogni stato e grado del giudizio.

Considerazioni conclusive

È oltremodo evidente che la questione sin qui analizzata sia giunta, alla verifica in sede giudiziaria che avrà l’arduo compito di sciogliere il nodo della questione, nel rispetto delle regole processuali.

Per concludere, non ci resta che rimanere in attesa del “responso” delle Commissione Tributaria provinciale di Foggia, sulla tematica de qua, auspicando che il Plenum propenda per una soluzione che sia il più possibile giuridica che possa garantire la giusta tutela del contribuente e che vada, nel contempo, ad incastonarsi in maniera equilibrata ed armonica nell’ordinamento dell’Ente.



La nuova concezione di causa del contratto: subordinazione e autonomia del rapporto di lavoro

di Michele Giampalmo

Giova premettere che la annosa quanto controversa questione relativa alla qualificazione della natura subordinata o autonoma del rapporto di lavoro, che percorre trasversalmente l’intera materia, trova la sede naturale nelle vertenze di lavoro tra privati. Tuttavia, e la circostanza non è di minore momento, essa si pone con rilevanza non secondaria, anche:

- nel giudizio speciale, disciplinato della legge 689/1981 e del D.Lgs n. 150/2011, avente ad oggetto la impugnazione delle ordinanze ingiunzione comminate dalle Direzioni Territoriali del Lavoro;

- nei giudizi di opposizione, intentati direttamente contro i verbali di accertamento degli Enti previdenziali ed assicurativi.

Ciò perché durante le verifiche possono emergere contratti solo fittiziamente o “nominalmente” qualificati autonomi, vale a dire sul piano meramente “statico” del regolamento negoziale.

Tali contratti, sul diverso piano dello svolgimento del rapporto, ed al di là del “nomen”, nel loro concreto atteggiarsi,

possono rivelarsi come rapporti di lavoro subordinato, emergendone, in sede di verifica, le caratteristiche peculiari di tale tipo.

Notevole impulso alla indagine circa la natura del rapporto, anche in sede dei giudizi predetti, attualmente non infrequenti nel contenzioso delle aziende, si ricava dalla sentenza n. 1787/2010, della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite, che ha affermato il principio generale, in base al quale il giudizio previsto dalla legge 689/1981 (oggi art. 6 e ss. del d.lgs 150/2011) in materia di opposizione all’ordinanza ingiunzione, è un giudizio pieno sul rapporto e non solo giudizio di natura caducatoria sull’atto amministrativo.

Afferma difatti la Suprema Corte: ...Se, quindi, è pacifico nella giurisprudenza, ed anche in dottrina, che l’opposizione all’ordinanza ingiunzione è strumento per portare la controversia nella sua interezza di fronte al giudice siccome si tratta di un giudizio solo su di un rapporto, soltanto introdotto da un atto, con effetto devolutivo pieno, appare ineludibile l’esigenza di evitare interpretazioni che involgano i vizi solo formali dell’atto, e risultino da tanto condizionate, più intensamente o meno, a seconda dei profili che si vogliono assumere a parametro del giudizio sull’atto, e conducano ad abuso del mezzo processuale che potrebbe risultare ancorato unicamente ai vizi dell’atto”....

Come corollario la Suprema Corte di Cassazione ha pure affermato che si appalesano prive di fondamento e strumentali tutte le argomentazioni volte ad evidenziare asserite violazioni del diritto di difesa, in quanto nel giudizio de quo, ampi ed incondizionati sono i poteri di prospettazione ed allegazione da parte del ricorrente, così come, al contempo, è completo il potere di conoscenza e sindacato del giudice.

In ordine ai mezzi di prova, deve in particolare rilevarsi come le dichiarazioni

rese nell'immediatezza dell'accesso ispettivo, costituiscono, per previsione normativa, mezzo essenziale di acquisizione degli elementi di verifica per il procedimento di accertamento ispettivo. Ne costituiscono, tra l'altro, fonti:

1) L'art. 3, lett. b) del D. L. n. 463/1983 che prevede che agli organi accertatori è conferito – tra l'altro – il potere di “assumere dai datori di lavoro, dai lavoratori, dalle rispettive rappresentanze sindacali e dagli istituti di patronato, dichiarazioni e notizie attinenti alla sussistenza dei rapporti di lavoro, alle retribuzioni, agli adempimenti contributivi e assicurativi e alla erogazione delle prestazioni”.

2) L'art. 13 della legge n. 689/1981 che prevede espressamente che gli organi di controllo possono, per l'accertamento delle violazioni di rispettiva competenza, “assumere informazioni e procedere a ispezioni e cose e di luoghi diversi dalla privata dimora, a rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici e ad ogni altra operazione tecnica”;

3) L'art. 4, comma 7, della legge n. 628/1961, che conferisce all'Ispettorato del Lavoro il potere dovere di “raccolgere tutte le notizie e le informazioni sulle condizioni e lo svolgimento della produzione nazionale e delle singole attività produttive; di compiere, in genere, tutte le rilevazioni, indagini ed inchieste, delle quali fosse incaricato dal Ministero del lavoro; Quest'ultima norma, costituisce riferimento di particolare momento, in quanto attribuisce rilevanza penale alla condotta di coloro che, legalmente richiesti dall'Ispettorato, di fornire le predette notizie, non le forniscano o le diano scientemente errate ed incomplete.

A fronte del potere - dovere degli organi ispettivi di acquisire dichiarazioni durante la verifica ispettiva, deve precisarsi che queste non possono costituire da sole, prova decisiva della veridicità dei fatti e delle circostanze affermate.

Tuttavia è altrettanto importante affermare il principio, spesso collocato in secondo piano, che se è vero che la prova è frutto del libero convincimento del giudice, essa deve formarsi attraverso tutti gli strumenti processuali codicistici, nessuno escluso, idonei e preordinati alla verifica della attendibilità dei fatti prospettati in corso di causa.

Non a caso la giurisprudenza più recente, è orientata a riconoscere efficacia probatoria non secondaria alle dichiarazioni rilasciate dai lavoratori in fase di accertamento e nella immediatezza dei fatti. Conferente a tale impostazione appare la assunzione di responsabilità, anche penale, di coloro che rendono fatti e circostanze su proprie qualità personali ai PP.UU. verbalizzanti.

La Suprema Corte di Cassazione (Sez. Lav., 02 ottobre 2008, n. 24416) ha confermato non a caso tale indirizzo, avvalorando la tesi del giudice di prime cure (Trib. Agrigento, sent. N. 2745/04) che aveva ritenuto più attendibili, anche alla luce di ogni altro riscontro processuale, le dichiarazioni rese agli ispettori, rispetto a quelle successivamente rese, a distanza di tempo, in dibattimento. Con sentenza n. 1625 del 14 aprile 2009, la Sezione lavoro del Tribunale di Milano, partendo proprio dall'assunto che il giudizio della legge 689/1981, è giudizio di merito, ha affermato che non si può prescindere dalle dichiarazioni rilasciate dai lavoratori nel mentre dell'accesso ispettivo, indicando il principio secondo il quale le dichiarazioni rese dai lavoratori nel corso dell'accertamento ispettivo hanno una connotazione di maggiore genuinità rispetto a quelle rilasciate successivamente nel corso del giudizio. Si afferma difatti nella sentenza: “ le dichiarazioni rese nell'immediatezza dei fatti, presentano una spontaneità ed una genuinità che non possono essere trascurate non avendo i lavoratori sentiti alcun interesse a riferire fatti non rispondenti al vero” (vedasi

nello stesso senso Tribunale di Foggia, sez. Cerignola n. 294/2011).

In conclusione vale il principio affermato dalla Suprema Corte del prudente ma libero apprezzamento del giudice.

Ciò detto, giova ritornare alla questione centrale del presente lavoro, che attiene, come detto, al discrimine tra autonomia e subordinazione, questione che si pone con particolare delicatezza con riferimento alla “zona grigia” del lavoro parasubordinato, dove, trovare elementi sostanzialmente discretivi, sul piano del rapporto e non solo del programma o nomen contrattuale, appare problematico.

Ad avviso di chi scrive, un punto fermo da cui ricavare elementi di discrimine è la previsione di cui all'art. 2094 c.c.: “E’ prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga, mediante retribuzione, a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore”.

Tratto tipico della subordinazione, secondo l'insegnamento codicistico, appare dunque il sostanziale assoggettamento del lavoratore alle altrui direttive, anche se impartite una tantum, con obbligo per il lavoratore di eseguire personalmente la prestazione, mediante la messa a disposizione delle proprie energie lavorative, secondo i canoni organizzativi dell'impresa, con onerosità della prestazione medesima.

Se questa è la disciplina codicistica generale del lavoro subordinato, che valorizza le modalità di attuazione del rapporto, al fine della classificazione del tipo contrattuale, i cc.dd. indici della subordinazione, ben noti nella dottrina lavoristica, sono elementi che tendenzialmente orientano la qualificazione circa la natura del rapporto.

E' di primaria considerazione, per costante giurisprudenza, che i citati indici non costituiscono una serie di elementi tassativi che devono tutti, nessuno escluso, essere

manchevoli o presenti per escludere (o nel caso contrario affermare) la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato piuttosto che autonomo. Essi sono infatti elementi “indiziari”, frutto della prassi e della elaborazione meramente pretoria, improntata al succedersi delle rapide quanto mutevoli dinamiche del mercato del lavoro.

Tuttavia, ed è questa la considerazione, per quanto subito si dirà, per così dire nuova, ma allo stesso tempo risalente e ben conosciuta nella elaborazione storica della tematica, il contratto di lavoro, sia pure nella sua specialità, è pur sempre un contratto soggiacente ai requisiti tipici del contratto in generale. In quanto tale, rilievo fondamentale riveste attualmente, più che in passato, la causa del contratto medesimo. Se fino a qualche anno addietro il concetto di causa era, per così dire, tipizzato e conformato, anzi, per meglio dire, condizionato dalla definizione del tipo contrattuale, concretandosi nella accezione di “funzione economico sociale in astratto” del negozio, la prospettiva ed il margine di esegesi dell'interprete assume connotati molto più incisivi alla luce della rinnovata concezione di causa contrattuale, oggi intesa non più come funzione economico sociale in astratto, ma come funzione economica sociale in concreto: “funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto realizzato”. Tanto alla luce della più recente dottrina e degli arresti pretori sulla causa – per tutte Cass. Civ. SS.UU. n. 37/2014 – Cass. Civ. SS.UU. n. 4628/2015).

Nella materia che ci riguarda, con una sorta di revirement di ordine generale e sistematico, si impone con forza l'analisi in ordine al sinallagma, in concreto, che il singolo contratto di lavoro realizza.

Insomma, sotto la lente di ingrandimento dell'interprete, cade necessariamente la struttura e la finalità del sinallagma. Nel lavoro subordinato lo scambio si realizza

da una parte tra prestazione delle energie di lavoro del lavoratore, secondo le direttive imprenditoriali, le esigenze organizzative dell'impresa e la corresponsione di un corrispettivo; dall'altra nella prestazione di un corrispettivo (che nel diritto vivente e nella contrattazione collettiva è rapportato, nel lavoro subordinato, alla misura delle ore di lavoro).

La causa della locatio operarum, insomma non tradisce la sostanziale messa a disposizione delle proprie energie lavorative, a fronte di una adesione alla organizzazione ed alle direttive dell'imprenditore.

Non così se si analizza il contenuto della locatio operis, di cui il contratto parasubordinato rimane in ogni caso una species, che non può ontologicamente assumere la struttura della contrapposta subordinazione. L'opera del prestatore, anzi del collaboratore, anche se nell'ambito di finalità naturalmente utili al committente rimane, ex lege, pur sempre, connotata da un'ampia autonomia sia di orario, sia e soprattutto di gestione del progetto, con la necessaria mancanza del connotato della prevalenza della messa a disposizione di energie, specie se del tutto convergenti con l'oggetto della organizzazione aziendale. Da ciò deriva che le modalità di retribuzione non possono essere essere pedissequamente parametrize alle ore di lavoro. Tale valutazione è perfettamente coerente con l'analisi di causa in concreto, nella accezione con la quale oggi l'operatore del diritto deve cimentarsi.

A sommo parere di chi scrive, e a solo titolo esemplificativo, per quanto sopra detto, ne deriva che sono situazioni incompatibili con la parasubordinazione:

- la necessità di assicurare, la presenza sul posto di lavoro, con prassi dovuta di preavviso in caso di assenza, anche se breve;
- la necessità di assicurare, la presenza sul posto di lavoro, con prassi dovuta di predisposizione di un piano ferie;


- il pagamento degli emolumenti effettuato in ragione delle ore di lavoro prestate (non a caso debitamente contabilizzate dall'azienda);

- il sostanziale assoggettamento alle direttive dell'imprenditore.

Giova aggiungere che la spesso invocata assenza di obblighi di esibire certificati di malattia, di assenza di irrogazioni di sanzioni disciplinari, la facoltà di assentarsi (- ma con il non secondario obbligo di preavviso -), appaiono non conferenti al fine di modificare la causa ed il sinallagma in concreto del contratto stipulato tra azienda ricorrente e lavoratori.

Del resto, buona parte degli asseriti indici di autonomia sopra citati sono presenti nel tipo di "rapporto a chiamata senza obbligo di reperibilità" - già previsto dalla legge n. 276/2003 (artt. 33 e ss. lavoro intermittente), oggi disciplinato dall'art. 13 del d.lgs 81/2015 - contratto che ha pacificamente natura di lavoro subordinato.

Ciò va sottolineato con riferimento all'immanente principio di non contraddizione dell'ordinamento.

 REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO		SEZIONE N° 7 REG.GENERALE N° 4697/14 UDIENZA DEL 18/06/2015 ore 15:00 SENTENZA N° 2829/2015 PRONUNCIATA IL: 18/06/2015 DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 25/06/2015 Il Segretario ASSISTENTE TRIBUTARIO Salvatore CAVALERI
LA COMMISSIONE TRIBUTARIA REGIONALE DI MILANO SEZIONE 7 riunita con l'intervento dei Signori:		
<input type="checkbox"/>	DI ROSA GIOVANNA	Presidente e Relatore
<input type="checkbox"/>	GATTI LAURA	Giudice
<input type="checkbox"/>	CRESPI MONICA GIOVANNA MICA	Giudice
<input type="checkbox"/>		
<input type="checkbox"/>		
<input type="checkbox"/>		
<input type="checkbox"/>		
ha emesso la seguente SENTENZA		
- sull'appello n. 4697/14 depositato il 01/08/2014 - avverso la sentenza n. 582/2/14 emessa dalla Commissione Tributaria Provinciale di MILANO proposto dall'ufficio: AG.ENTRATE DIREZIONE PROVINCIALE I DI MILANO		
controparte: VIA NERINO N° 5 20123 MILANO MI		
difeso da: INTERDONATO MAURIZIO, MARTORANA ANGELO, TESSARI DAVID E VALLOTTO CINZI VIA GIOTTO 1 30172 VENEZIA VE		
Atti impugnati: AVVISO DI ACCERTAMENTO n° T9B03CQ05712/2011 IRES-ALTRO 2002 AVVISO DI ACCERTAMENTO n° T9B03CQ05712/2011 IRAP 2002 AVVISO DI ACCERTAMENTO n° T9B03CQ05714/2011 IRES-ALTRO 2003 AVVISO DI ACCERTAMENTO n° T9B03CQ05714/2011 IRAP 2003 AVVISO DI ACCERTAMENTO n° T9B03CQ05715/2011 IRES-ALTRO 2004 AVVISO DI ACCERTAMENTO n° T9B03CQ05715/2011 IRAP 2004 AVVISO DI ACCERTAMENTO n° T9B03CQ05716/2011 IRES-ALTRO 2005 AVVISO DI ACCERTAMENTO n° T9B03CQ05716/2011 IRAP 2005 AVVISO DI ACCERTAMENTO n° T9B03CQ06954/2012 IRES-ALTRO 2006 AVVISO DI ACCERTAMENTO n° T9B03CQ06954/2012 IRAP 2006 RIGETTO DEFIN.AGEVOL.RAPP.TRIBUTARI IRES-ALTRO 2002 RIGETTO DEFIN.AGEVOL.RAPP.TRIBUTARI IRAP 2002		
MEF Dipartimento delle Finanze		pag. 1 (continua)



N°4697/14 R.G.A. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con distinti ricorsi, successivamente riuniti, la s.r.l., in qualità di incorporante della p.A., interponeva impugnazione, innanzi alla Commissione Tributaria Provinciale di Primo Grado di Milano, avverso, il provvedimento di rigetto di condono ex art. 9 L. n. 289/2002, relativo all'annualità 2002, nonché gli avvisi d'accertamento n. T9B03CQ05712/2011, T9B03CQ05714/2011 T9B03CQ05715/2011, T9B03CQ05716/2011, T9B03CQ06954/2012, relativi, rispettivamente, alle annualità dal 2002 al 2006, in materia di imposte dirette ed IRAP. Nei motivi di ricorso in primo grado avverso il provvedimento di rigetto del condono, parte ricorrente sostanzialmente eccepiva l'illegittimità dell'atto impugnato per violazione dell'art. 9 L. 289/2002, avendo la società in parola rispettato tutti gli adempimenti normativamente previsti (presentazione della richiesta dichiarazione e pagamento degli importi dovuti). Sicché, secondo quanto dedotto in ricorso, il perfezionamento della procedura aveva precluso ogni possibilità di accertamento tributario. Eccepiva altresì la violazione della citata disposizione normativa anche sotto il profilo dell'assenza di qualsivoglia "disegno criminoso". Con ulteriori motivi di gravame, la medesima società contestava l'illegittimità dell'accertamento per violazione del "legittimo affidamento del contribuente", oltre che per difetto assoluto di motivazione e violazione dell'art. 7 L. 212/2000. Deducava inoltre la violazione e falsa applicazione dell'art. 43, comma 3, DPR 600/1973, nonché l'illegittimità dell'accertamento in quanto intercorso tardivamente, quando ormai erano spirati i termini decadenziali normativamente previsti. Deducava, altresì, la piena validità degli effetti non penali del condono.

Nei motivi di ricorso avverso gli avvisi di accertamento relativi alle annualità tra il 2002 e il 2005, la predetta società eccepiva l'illegittimità degli stessi sotto i molteplici profili del contrasto con l'art. 9 L. 289/2002 e art. 10 L. 212/2000 (per violazione del principio del legittimo affidamento

MEF Dipartimento delle Finanze

1

del contribuente), dell'intervenuta decadenza del potere accertativo (in connessione con la violazione e falsa applicazione dell'art. 43 DPR 600/1973) del difetto di motivazione, della violazione dell'art. 34bis DPR 600/1973, dell'infondatezza nel merito della pretesa impositiva. Contestava, infine, l'illegittimità dell'atto gravato anche sotto il profilo sanzionatorio. Per quanto concerne l'avviso di accertamento afferente l'annualità 2006, s.r.l. eccepiva l'illegittimità dello stesso atto perché tardivamente notificato, quando ormai era spirato il termine decadenziale per l'accertamento (doglianza svolta in connessione con quella per violazione e falsa applicazione dell'art. 43 DPR 600/1973); contestava, altresì, l'illegittimità, illogicità e contraddittorietà del recupero, per violazione e falsa applicazione dell'art. 103 TUIR, nonché per carenza di prova. Evidenziava, altresì, la ricorrente l'infondatezza della pretesa impositiva e l'illegittimità del disconoscimento, operato dall'avviso d'accertamento in esame, di un costo formato, contabilizzato e capitalizzato nel 2002, con correlativa lesione del principio di competenza ex artt. 103, 109 e 110 TUIR e decadenza dal potere impositivo. Si doleva, inoltre, la ricorrente della violazione dell'art. 42 DPR 600/1973 dell'art. 7 L. 212/2000, per difetto di motivazione e rinvio agli atti sconosciuti, nonché dell'art. 37bis DPR 600/1973. Contestava, inoltre, la ricorrente l'illegittimità del disconoscimento della totalità degli ammortamenti ed immobilizzazioni materiali, nonché l'erroneità nell'applicazione delle sanzioni tributaria. Si costituiva in tutti i giudizi, l'Agenzia delle Entrate, Direzione Provinciale I di Milano. Per quanto concerne il ricorso, avverso il provvedimento di rigetto del condono, l'Ufficio evidenziava che la dichiarazione di adesione al condono fosse parte di un disegno criminoso e che la consapevolezza della portata penale della predetta condotta precludesse alla ricorrente di invocare il principio di legittimo affidamento. In merito all'eccepito difetto assoluto di motivazione dell'atto in esame, l'Amministrazione Finanziaria evidenziava l'infondatezza della doglianza, sottolineando come l'atto impugnato contenesse tutti gli elementi necessari per l'individuazione della pretesa tributaria. In ordine

MEF Dipartimento delle Finanze

2

all'ecceputa violazione e falsa applicazione dell'art. 43 DPR 600/1973, l'Ufficio deduceva che la norma in parola comporti un meccanismo automatico di raddoppio dei termini in presenza di fattispecie accertatrice rientrante fra i reati per i quali l'Amministrazione Finanziaria ha obbligo di denuncia ex art. 331 c.p.p., non essendo richiesta l'allegazione della denuncia penale.

Per quanto afferisce la presunta validità degli effetti non penali del condono, l'Ufficio evidenziava che, anche a livello civilistico, la dichiarazione adesiva risultava illecita, in quanto "in frode alla legge".

Per quanto riguarda i ricorsi relativi agli avvisi d'accertamento, l'Ufficio, sostanzialmente, ha controdedotto a ciascun motivo di ricorso domandandone il rigetto previa riunione degli stessi.

Il Giudice di Prime Cure, con la sentenza n. 582 (depositata in cancelleria in data 21 gennaio 2014), previa riunione dei ricorsi in parola ne disponeva l'accoglimento, ritenendo illegittimi gli atti in esame perché tardivamente emessi. Segnatamente, il Giudice di Primo Grado riteneva inapplicabile alla fattispecie in esame il meccanismo c.d. di "raddoppio dei termini", in quanto mancava agli atti l'allegazione della "comunicazione di notizia criminis" (che determinava, altresì, la nullità dell'atto per difetto di motivazione, in quanto atto sconosciuto alla parte).

Avverso la sentenza più sopra indicata interponeva appello, innanzi all'intestata Commissione, l'Agenzia delle Entrate, Direzione Provinciale I di Milano. Con primo motivo di gravame l'Ufficio eccepiva l'erroneità ed illegittimità della sentenza per violazione e falsa applicazione dell'art. 43 DPR 600/1973 evidenziando come, anche alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 247/2011, il raddoppio dei termini consegua alla semplice insorgenza dell'obbligo di denuncia penale, indipendentemente dal momento in cui tale obbligo viene a sorgere e indipendentemente dal suo adempimento.

Con ulteriore motivo di gravame, l'Ufficio censurava l'erroneità della decisione impugnata con riferimento all'art. 42 DPR 600/1973 e (sotto un diverso profilo rispetto al precedente

motivo di gravame) dell'art. 43 della medesima disposizione normativa, oltre che dell'art. 7 L. 212/2000.

Segnatamente, l'Ufficio evidenziava che la mancata produzione della comunicazione di notizia di reato risultasse del tutto irrilevante sia ai fini dell'operatività del meccanismo di raddoppio di termini, sia sotto il profilo dell'assolvimento dell'obbligo di motivazione, in quanto le ragioni sottese alla pretesa impositiva potevano comunque trarsi dall'accertamento.

In correlazione al carattere di mezzo a devoluzione piena dell'atto di appello, l'Ufficio chiedeva che, disatteso il rilievo preliminare afferente la decadenza dal potere impositivo, l'intestata Commissione emettesse sentenza di merito di statuizione di piena legittimità degli accertamenti. All'uopo, l'Ufficio reiterava le controdeduzioni svolte in seno al giudizio di primo grado ai motivi di impugnazione ivi svolti dal ricorrente.

Segnatamente, l'Ufficio evidenziava l'insussistenza della dedotta violazione dell'art. 9 L. 289/2002; la carenza di legittimo affidamento del contribuente, attesa la portata penale della condotta da cui scaturiscono gli accertamenti; l'applicabilità del meccanismo di raddoppio dei termini anche all'IRAP; la fondatezza nel merito dell'accertamento; il mancato assolvimento da parte ricorrente dell'onere probatorio a suo carico; l'infondatezza dell'avversa eccezione relativa alla nullità dell'accertamento per violazione e falsa applicazione dell'art. 37 bis DPR 600/1973, nonché la correttezza nell'applicazione delle sanzioni.

Si costituiva la società s.r.l. sostanzialmente controdeducendo ai motivi d'appello svolti dall'Ufficio, evidenziando che l'accertamento relativo all'annualità 2006 è privo del riferimento all'art. 3 DL 74/2000, ragione per la quale l'atto in esame non risulta congruamente motivato. Deduceva inoltre parte appellata l'inapplicabilità del meccanismo c.d. "di raddoppio dei termini" con riferimento alla fattispecie del "provvedimento di diniego di condono", ed, altresì, con riguardo agli avvisi d'accertamento, per carente allegazione della "comunicazione di notizia di reato" (che determinava, altresì, il difetto di motivazione degli stessi atti). In connessione a tale difetto di allegazione, che

impediva di conoscere il momento della presentazione della "notizia di reato" la società appellata evidenziava che il meccanismo di cui al citato art. 43 DPR 600/1973 non consente la riapertura dei termini già spirati.

Evidenziava, altresì, la società in parola che il raddoppio dei termini non è applicabile con riferimento all'IRAP.

Parte appellata, inoltre, reiterava i motivi già svolti in seno al giudizio di primo grado, eccependo l'illegittimità e la pretestuosità del provvedimento di diniego di condono; l'illegittimità del disconoscimento negli accertamenti relativi agli anni tra il 2003 e il 2006, di un costo formato, contabilizzato e capitalizzato nel 2002; l'infondatezza della pretesa impositiva svolta nei suoi confronti; l'illegittimità degli accertamenti per difetto di motivazione; la nullità degli atti accertativi per violazione dell'art. 37 bis DPR 600/1973; l'erroneità del disconoscimento nel 2006 della totalità degli ammortamenti e delle immobilizzazioni materiali, l'illegittimità anche sotto il profilo delle sanzioni tributaria, nonché la temerarietà della lite.

Parte appellata produceva propria memoria illustrava, sostanzialmente, per meglio spiegare le ragioni sottese alla richiesta di rigetto dell'appello.

All'udienza fissata, sentite le parti presenti, la Commissione tratteneva il ricorso in decisione

MOTIVI DELLA DECISIONE

La Commissione è preliminarmente chiamata ad esaminare i motivi di gravame svolti dall'Ufficio, avverso le parti di sentenza con la quale il Giudice di Primo Grado ha ritenuto l'illegittimità degli atti in esame per decadenza dell'Ufficio dal potere accertativo.

Tale statuizione, peraltro, risulta in stretta dipendenza e connessione con quella (ad essa pregiudiziale) afferente la ritenuta inapplicabilità alla fattispecie in oggetto il meccanismo c.d. di "raddoppio dei termini per l'accertamento" di cui all'art. 43 DPR 600/1973, come modificato dall'art. 37, comma 24, D.L. 223/2006 convertito dalla L. 248/2006.

Il Giudice di Prime Cure perviene ad escludere l'applicabilità alla fattispecie in esame della disposizione più sopra indicata, in quanto non risulta versata in atti la comunicazione di

notizia di reato, necessaria al fine di comprendere quale sia il reato contestato.

Le doglianze dell'Ufficio si appuntano, quindi, sull'asserita irrilevanza della produzione della comunicazione della "notitia criminis", stante la ritenuta applicabilità "automatica" del meccanismo del raddoppio dei termini in presenza di una fattispecie rientrante fra i reati per i quali l'Amministrazione Finanziaria ha obbligo di denuncia ex art. 331 c.p.p.

La pronuncia sul gravame richiede di esaminare in modo distinto i rilievi in materia di imposte dirette (IRPEG ed IRES) da quelli in materia IRAP.

Infatti, poiché l'evasione dell'imposta regionale sulle attività produttive non risulta sanzionata penalmente (si veda Cass. Penale, Sez. 3, Sentenza n. 11147 del 15 novembre 2011), la stessa non rientra nel campo di applicazione della disposizione di cui all'art. 43 DPR 600/1973, la quale (come si evince dal comma 3 della medesima disposizione normativa) presuppone invece di essere in presenza di "violazione che comporta obbligo di denuncia ai sensi dell'articolo 331 del codice di procedura penale per uno dei reati previsti dal decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74".

Per quanto afferisce, invece, i rilievi in materia di imposte dirette (le quali, invece, pacificamente rientrano nel campo d'applicazione del citato art. 43 DPR 600/1973), il gravame va risolto con riferimento alla problematica attinente la rilevanza (o meno) dell'allegazione agli atti della c.d. "comunicazione di notizia di reato".

Tale questione, peraltro, va svolta in stretta dipendenza con quanto affermato dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 247 del 25 luglio 2011 (in ordine all'art. 43 DPR 600/1973), nella quale viene demandato al Giudice Tributario di effettuare la c.d. "prognosi postuma" della fondatezza dei presupposti della denuncia di reato.

Orbene, tale giudizio di "prognosi postuma" presuppone necessariamente che sia versata agli atti la copia della comunicazione di notizia di reato, diversamente risultando preclusa al Giudice la possibilità di compiere la citata valutazione.

Del resto, la tesi svolta dall'Ufficio, dell'asserito automatismo del raddoppio dei termini, slegato quindi dal concreto esercizio dell'azione penale, viene smentita laddove si consideri che il meccanismo del "raddoppio dei termini" può trovare applicabilità solo ove la notizia di reato sia trasmessa prima dello spirare del termine ordinario per l'accertamento, tenuto conto che, diversamente, si esporrebbero "i contribuenti alla possibilità di essere sottoposti ad accertamento anche a distanza di molti anni dalla scadenza del termine ordinario dei quattro anni dalla data di presentazione della dichiarazione dei redditi o dei cinque anni da quella in cui la dichiarazione sarebbe dovuta essere presentata [...] ciò [implicando il] venire meno [della] certezza delle situazioni giuridiche che con la fissazione dei termini di decadenza - oltre che con quelli di prescrizione - il legislatore ha voluto garantire" (C.T.R. della Lombardia, sentenza 382/29/2014).

Da tale statuizione si inferisce dunque la stretta correlazione tra "raddoppio dei termini" ed effettivo assolvimento dell'obbligo di denuncia. Da ciò, quindi, discende la necessità che la comunicazione di notizia criminis sia allegata all'atto impositivo, diversamente precludendo al Giudice Tributario lo svolgimento non solo del "giudizio di prognosi postuma" sulla fondatezza dei presupposti per la denuncia penale, ma anche quello relativo alla tempestività dell'esercizio dell'azione penale rispetto ai termini "ordinari" per l'accertamento.

Sulla scorta di tale assorbenti argomentazioni l'appello svolto dall'Ufficio va quindi disatteso e la gravata decisione confermata nella sua interezza.

Attesa la complessità delle questioni trattate, appare equa la compensazione delle spese di lite, con rigetto della domanda svolta da parte resistente in ordine alla "temerarietà della lite" non sussistendo, peraltro, alcuno dei presupposti sanciti normativamente ex art. 96 c.p.c.

P.Q.M.

La Commissione respinge l'appello e conferma la sentenza di primo grado. Spese compensate.

Milano, 18 giugno 2015

Il Presidente estensore

7

 Dipartimento
delle Finanze

22/1/2016

DOCUMENTI UFFICIALI

Corte di Cassazione, Sezione TRI civile

Sentenza 7 ottobre 2015, n. 20043

Integrale

: IRPEF - Reddito d'impresa - Rettifica - Accertamento induttivo - Omessa dichiarazione dei redditi - Maggiori utili extracontabili - Presunzione di distribuzione tra i soci - Raddoppio dei termini di decadenza per l'accertamento - Art. 43 DPR 600/1973 - Applicazione - Presupposti

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE TRIBUTARIA

Composta dagli Ill. ml Sigg.ri Magistrati:

Dott. CAPPABIANCA Aurelio - Presidente

Dott. DI IASI Camilla - Consigliere

Dott. GRECO Antonio - Consigliere

Dott. CIGNA Mario - Consigliere

Dott. IOFRIDA Giulia - rel. Consigliere

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

(OMISSIS), elettivamente domiciliata in (OMISSIS), presso lo studio dell'Avvocato (OMISSIS), che la rappresenta e difende in forza di procura speciale a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

Agenzia delle Entrate, in persona del Direttore p.t., domiciliata in Roma Via dei Portoghesi 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che la rappresenta e difende ex lege;

- resistente -

avverso la sentenza n. 6124/01/2014 della Commissione Tributaria regionale del Lazio, depositata il 16/10/2014;

22/1/2016

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 10/06/2015 dal Consigliere Dott. Giulia Iofrida;

udito l'Avv.to (OMISSIS), per parte ricorrente;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore generale Dott. DEL CORE Sergio, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

(OMISSIS) propone ricorso per cassazione, affidato a quattro motivi, nei confronti dell'Agenzia delle Entrate, avverso la sentenza della Commissione Tributaria Regionale del Lazio n. 6124/01/2014, depositata in data 16/10/2014, con la quale è stata confermata la decisione di primo grado, che aveva respinto il ricorso della contribuente.

La controversia concerne l'impugnazione di un avviso di accertamento, notificato nel dicembre 2012, relativo ad IRPEF, addizionali comunale e regionale dovute per l'anno 2005, a seguito della rettifica, in via induttiva (stante l'omessa dichiarazione dei redditi), del reddito d'impresa della (OMISSIS) srl, a ristretta base sociale, di cui la (OMISSIS) era, all'epoca, socia (con quota pari al 20%, insieme al coniuge, titolare della restante quota), ad essa imputabile pro' - quota, stante la presunzione di distribuzione ai soci dei maggiori utili extracontabili.

I giudici d'appello hanno sostenuto, in particolare, in ordine all'eccezione di decadenza dell'azione accertatrice dell'Amministrazione finanziaria, la piena operatività della proroga dei termini di cui al Decreto del Presidente della Repubblica n. 600 del 1973, articolo 43, ai sensi della Legge n. 289 del 2002, articolo 10, stante l'effettiva sussistenza, nella specie, di ipotesi di reato, con riguardo all'omessa dichiarazione dei redditi prodotti nell'anno 2005, da parte della società, di cui l' (OMISSIS) era socia e, conseguentemente, "coobbligata in concorso, ex articolo 2932 c.c.", oltre che onerata alla vigilanza, ex articolo 2639 c.c.

La contribuente non poteva, ad avviso della Commissione, ritenersi estranea alle omissioni poste in essere dalla società "cessionaria", anche per la presunzione di avvenuta distribuzione degli utili extracontabili ai soci, stante la ristretta base societaria della (OMISSIS), non superata da adeguata prova contraria.

L'Intimata Agenzia delle Entrate ha depositato atto di costituzione, ai soli fini della partecipazione all'udienza pubblica di discussione.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La ricorrente lamenta, con il primo motivo, la violazione e falsa applicazione, ex articolo 360 c.p.c., n. 3, del Decreto del Presidente della Repubblica n. 600 del 1973, articolo 43, avendo i giudici d'appello, nel respingere l'eccezione di decadenza dell'Amministrazione dal potere accertativo, stante l'operatività del raddoppio dei termini di accertamento, fissato dal Decreto Legge n. 223 del 2006, fatto riferimento ad una denuncia penale (comunicazione di notizia di reato) riguardante un soggetto terzo, il legale rappresentante della società (OMISSIS) srl, già (OMISSIS) srl, a fronte del principio costituzionale di cui all'articolo 27 Cost., (carattere strettamente personale della responsabilità penale), mentre l'azione penale nei confronti della (OMISSIS) era prescritta, trattandosi di dichiarazione infedele (non essendo contestato che la contribuente aveva presentato, nel 2006, la propria dichiarazione dei redditi per l'anno 2005), e comunque nessuna azione penale risultava promossa nei confronti della stessa.

Con il secondo motivo, la ricorrente denuncia la nullità della sentenza, ex articolo 360 c.p.c., n. 4, avendo i giudici della C.T.R. travisato le risultanze documentali (non essendo stata la denuncia penale formulata nei confronti "della società cessionaria", peraltro semmai "ceduta", quanto del suo legale rappresentante).

Infine, con il terzo motivo, la ricorrente invoca la violazione e falsa applicazione, ex articolo 360 c.p.c., n. 3, degli articoli 2639 e 2729 c.c., nella parte in cui è stata affermata la responsabilità della ricorrente per fatti cui la stessa è rimasta del tutto estranea, anche per effetto della cessione delle quote sociali della (OMISSIS) srl a soggetti terzi, con atto pubblico del gennaio 2006, registrato, né avendo la stessa rivestito ruoli e/o incarichi, tali da comportare un "onere di vigilanza", come affermato dalla C.T.R..

La prima censura è infondata.

22/1/2016

Non sussiste la denunciata violazione del Decreto del Presidente della Repubblica n. 600 del 1973, articolo 43, e della disciplina sul raddoppio dei termini di decadenza per l'accertamento, in presenza di una notizia criminale di natura fiscale. Il Decreto Legge n. 223 del 2006, articolo 37, al comma 24, ha modificato il Decreto del Presidente della Repubblica n. 600 del 1973, articolo 43, in base alla previsione che "In caso di violazione che comporta obbligo di denuncia ai sensi dell'articolo 331 c.p.p., per uno dei reati previsti dal Decreto Legislativo 10 marzo 2000, n. 74, i termini di cui ai commi precedenti cioè gli ordinari termini di decadenza per l'accertamento sono raddoppiati relativamente al periodo di imposta in cui è stata commessa la violazione". La Corte costituzionale, con la sentenza n. 247/2011, nel dichiarare non fondate le questioni di legittimità del combinato disposto del Decreto del Presidente della Repubblica n. 633 del 1972, articolo 57, comma 3, e del Decreto Legge n. 223 del 2006, articolo 37, comma 26, (convertito nella Legge n. 248 del 2006), nella parte in cui prevede il raddoppio dei termini di accertamento nel caso di violazioni comportanti obbligo di denuncia ai sensi dell'articolo 331 c.p.p., per uno dei reati di cui al Decreto Legislativo n. 74 del 2000, ha chiarito che: a) "Il raddoppio dei termini consegue dal mero riscontro di fatti comportanti l'obbligo di denuncia penale, indipendentemente dall'effettiva presentazione della denuncia o dall'inizio dell'azione penale"; b) l'obbligo di denuncia "sorge anche ove sussistano cause di non punibilità impeditive della prosecuzione delle indagini penali ed il cui accertamento resti riservato all'autorità giudiziaria penale"; c) "la lettera della legge impedisce di interpretare le disposizioni denunciate nel senso che il raddoppio dei termini presuppone necessariamente un accertamento penale definitivo circa la sussistenza del reato"; d) subordinare il raddoppio dei termini a un accertamento penale definitivo circa la sussistenza del reato, "contrasterebbe anche con il vigente regime del cosiddetto doppio binario tra giudizio penale e procedimento e processo tributario, evidenziato dal Decreto Legislativo n. 14 del 2000, articolo 20"; e) l'obbligo di denuncia opera quando si "sia in grado di individuare con sicurezza gli elementi del reato da denunciare (escluse le cause di estinzione e di non punibilità, che possono essere valutate solo dall'autorità giudiziaria), non essendo sufficiente il generico sospetto di una eventuale attività illecita"; f) il pubblico ufficiale "non può liberamente valutare se e quando presentare la denuncia ma deve presentarla prontamente, pena la commissione del reato previsto e punito dall'articolo 361 c.p.p., per il caso di omissione o ritardo nella denuncia"; g) sussiste "il dovere del Giudice tributario di vagliare autonomamente (o su richiesta del contribuente) la presenza dell'obbligo di denuncia". Applicando tali principi di diritto alla fattispecie in esame, risulta evidente che, ai fini del solo raddoppio dei termini per l'esercizio dell'azione accertatrice, rileva l'astratta configurabilità di un'ipotesi di reato e l'intervenuta prescrizione del reato non è di per sé stessa d'impedimento all'applicazione del termine raddoppiato per l'accertamento, proprio perché non rileva né l'esercizio dell'azione penale da parte del p.m., ai sensi dell'articolo 405 c.p.p., mediante la formulazione dell'imputazione, né la successiva emanazione di una sentenza di condanna o di assoluzione da parte del giudice penale, atteso anche il regime di "doppio binario" tra giudizio penale e procedimento e processo tributario.

Come osservato di recente da questa Corte (Cass. 9974/2015) "i principi enunciati dall'articolo 31, come interpretato dalla Corte costituzionale, sono quelli consolidati nella giurisprudenza di legittimità secondo cui, "perché sussista l'obbligo di denuncia all'autorità giudiziaria, ai sensi dell'articolo 361 c.p.p., è sufficiente che il pubblico ufficiale che vi è tenuto ravvisi nel fatto il fumus di reato"... il che significa che "presupposto del concretizzarsi dell'obbligo di riferire all'autorità giudiziaria è l'esistenza di una notizia di reato che, pur non necessitando la certezza o anche il dubbio circa l'esistenza dello stesso, deve essere riconducibile ad una fattispecie illecita", mentre "i giudizi di valore complementari al fatto tipico vale a dire antigiuridicità e dolo, competono invece in via esclusiva all'autorità giudiziaria". Per impedire che il raddoppio sia adoperato in maniera distorta, ossia comunicando al P.M. notizie di reato manifestamente infondate al solo fine di beneficiare del più ampio termine di decadenza, la Corte costituzionale devolve al giudice di merito il compito di vigilare sull'osservanza degli elementi minimi richiesti dall'articolo 331 c.p.p., per l'insorgere dell'obbligo di denuncia e di negare l'applicazione del termine allungato in casi d'iniziativa di denuncia palesemente pretestuose, se non addirittura caluniose (articolo 368 c.p.c.), rivelatrici di un uso distorto dello strumento legale apprestato dall'articolo 37. Nulla di tutto questo risulta nella specie. Risulta essere intervenuta una denuncia penale a carico del legale rappresentante della società, per omessa presentazione della dichiarazione dei redditi, essendo l'imposta evasa superiore al limite individuato dal Decreto Legislativo n. 74 del 2000, articolo 5. Peraltro, anche con riguardo alla specifica posizione del socio di società a ristretta base sociale, come chiarito dalla Consulta, il raddoppio dei termini per l'accertamento consegue dal mero riscontro di fatti

22/1/2016

comportanti l'obbligo di denuncia penale (nella specie, quantomeno, il reato di dichiarazione infedele, avendo la socia, come dedotto anche in ricorso, presentato dichiarazione dei redditi a fini IRPEF per l'anno 2005), indipendentemente dall'effettiva presentazione della denuncia o dall'inizio dell'azione penale.

Il secondo motivo e' inammissibile, in quanto si denuncia un error in procedendo per "contrasto con le evidenze documentali", senza individuazione delle disposizioni processuali violate.

Il terzo motivo e' inammissibile.

Invero, viene censurata la parte della sentenza nella quale si imputa alla socia l'omessa dichiarazione dei redditi prodotti nel 2005 dalla societa', per effetto di un onere di vigilanza derivante dall'articolo 2369 c.c., ma non si censura la statuizione, autonoma, relativa al mancato superamento della presunzione di distribuzione ai soci della societa' a ristretta base sociale o familiare dei maggiori utili extracontabili conseguiti nel 2005 dalla societa'.

Il motivo e' comunque infondato. E' consolidato l'orientamento della giurisprudenza di legittimita', secondo il quale, "in tema di accertamento delle imposte sui redditi, nel caso di societa' di capitali a ristretta base partecipativa, e' legittima la presunzione di attribuzione, ai soci, degli eventuali utili extracontabili accertati, rimanendo salva la facolta' del contribuente di offrire la prova del fatto che i maggiori ricavi non siano stati fatti oggetto di distribuzione, per essere stati, invece, accantonati dalla societa' ovvero da essa reinvestiti" (Cass. 2008, n. 18640; Cass. 20722/2010).

Non risulta tuttavia a tal fine sufficiente ne' la mera deduzione che l'esercizio sociale ufficiale si sia concluso con perdite contabili, ne' il definitivo accertamento di una perdita contabile, circostanza che non esclude che i ricavi contabilizzati, non risultando ne' accantonati ne' investiti, siano stati distribuiti ai soci.

Tale prova contraria, come affermato, non risulta essere stata fornita dalla contribuente.

Quest'ultima si e' limitata a dedurre di avere ceduto nel gennaio 2006, la propria quota sociale, ma qui si discute dell'anno d'imposta 2005, e che, dalla verifica delle movimentazioni bancarie, negli anni 2004/2006, non era emersa alcuna "anomalia".

Per tutto quanto sopra esposto, il ricorso deve essere respinto.

Non occorre provvedere sulle spese processuali, non avendo l'intimata svolto attivita' difensiva, salvo che.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso; dichiara che ricorrono le condizioni di cui al Decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002, articolo 13, comma 1 quater.



Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili
Circoscrizione del Tribunale di Foggia