

Set/2016



CAMMINO DIRITTO

Articoli Scientifici

ISSN 2532-9871

Cammino Diritto (Periodico online)

Rivista
Giuridica
online

RASSEGNA ARTICOLI GIURIDICI - SETTORE RICERCA -

MENSILE ONLINE

Direttore: Raffaele GIAQUINTO (Giornalista iscritto presso l'ODG di Napoli)

Direttore Scientifico: Alessio GIAQUINTO

Comitato Scientifico: Alessio LO GIUDICE, Antonio LAS CASAS, Emanuele CERSOSIMO, Francesca VESSIA, Francesco ORABONA, Francesco LONGOBUCCO, Gaspare DALIA, Giovanni Maria RICCIO, Giuseppe MAINAS, Ignazio ZINGALES, Jordi NIEVA FENOLL, Luigi KALB, Michele Angelo LUPOI, Patrick VALDRINI, Pietro MILAZZO, Raúl ANDRADE OSORIO, Riccardo URSI, Rossana PALLADINO, Sara SPUNTARELLI, Saverio SETTI, Sebastiano Bruno CARUSO, Tommaso GRECO, Valeria LUCIA

Comitato dei Revisori: Angela CUOFANO, Annamaria DI CLEMENTE, Ida MORELLI, Iliaria TACCOLA, Iliaria VALENTINO, Mariangela MICELI, Massimiliano PACE, Renata MADDALUNA

Redazione: Giuseppe FERLISI, Iliaria FERRARA

RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CULTURALI - SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE

Denominazione della Rivista Scientifica: **Cammino Diritto**
ISSN: 2532-9871 - Codice CINECA: E243140
Registrazione: Tribunale di Salerno n° 12/2015
Periodicità: Periodico (on-line)
Sede: Via C. Turco,4 - 84091 Battipaglia (SA)
Editore: IpWeb di Raffaele Giaquinto
ISP (Internet Service Provider): aruba.it – www.camminodiritto.it
Indirizzo web: <http://www.camminodiritto.it>
Indirizzo e-mail: redazione@camminodiritto.it
Recapito telefonico: 02 87188451

Tutti i contributi pubblicati in questo questo fascicolo hanno superato una procedura di peer review, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di peer review è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Indice dei contenuti

1 - LAVORO ACCESSORIO: EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DAL D. LGS. 276/2003 AL JOBS ACT.

autore: **Giuseppe Naglieri**, pubblicazione lunedì 5 settembre 2016

2 - L'INSOLVENZA DEL GRUPPO ALLA LUCE DEL REGOLAMENTO (UE) N. 848/2015

autore: **Riccardo Bertini**, pubblicazione martedì 6 settembre 2016

3 - I POTERI DEGLI UFFICI E LE GARANZIE DEL CONTRIBUENTE SOTTOPOSTO A VERIFICA.

autore: **Daniela Mendola**, pubblicazione mercoledì 7 settembre 2016

4 - LE SEZIONI UNITE FANNO IL PUNTO SULLE CLAUSOLE CLAIMS MADE: VIA AL VAGLIO DI MERITEVOLEZZA.

autore: **Rosa Mugavero**, pubblicazione giovedì 8 settembre 2016

5 - (IR)RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO: LA LEGGE PINTO DOPO LA LEGGE DI STABILITÀ 2016

autore: **Riccardo Bertini**, pubblicazione venerdì 23 settembre 2016

LAVORO ACCESSORIO: EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DAL D. LGS. 276/2003 AL JOBS ACT.

Le ragioni giuridiche e sociali dell'ingresso del lavoro accessorio nel nostro ordinamento e dell'espansione dell'utilizzo dello strumento del voucher lavoro.

autore **Giuseppe Naglieri**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

1. La ratio dell' istituto nella legge delega; 2. Il recepimento della delega parlamentare nel d.lgs.276/2003; 3. La progressiva distorsione funzionale dell' istituto ad opera del Legislatore; 4. La disciplina attuale a seguito del d.lgs. 81/2015; 5 La recente proliferazione del voucher lavoro; 6. L' esigua disciplina del lavoro accessorio; 7. Tra a-contrattualità e realtà fattuale: il lavoro subordinato cambia volto?

1. La ratio dell'istituto nella legge delega.

La legge 14 Febbraio 2003 n.30, recante la *Delega al governo in materia di occupazione e mercato del lavoro*, all' articolo 4 comma 1 lett.d, prevedeva, oltre alle modifiche delegate all'esecutivo sulla disciplina delle tipologie di lavoro già esistenti, “ *l' ammissibilita' di prestazioni di lavoro occasionale e accessorio, in generale e con particolare riferimento a opportunita' di assistenza sociale, rese a favore di famiglie e di enti senza fini di lucro, da disoccupati di lungo periodo, altri soggetti a rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mercato del lavoro, ovvero in procinto di uscirne, regolarizzabili attraverso la tecnica di buoni corrispondenti a un certo ammontare di attivita' lavorativa, ricorrendo, ai sensi dell'articolo 5, ad adeguati meccanismi di certificazione*”.

Due le finalità che emergono con l'introduzione di disposizioni *ad hoc* per la regolarizzazione del lavoro occasionale ed accessorio:

- a. finalità **antielusive**, in relazione ad attività lavorative occasionali spesso svolte al di fuori della legalità;
- b. finalità **di primo inserimento** nel mercato del lavoro di soggetti ancora esclusi, di **reinserimento** di disoccupati di lungo periodo e **di risocializzazione** di soggetti a rischio di esclusione sociale.

Tali prestazioni, nell'ottica del Legislatore delegante dovevano essere preminentemente rese in favore di famiglie ed enti senza fini di lucro; l'intento dichiarato era quindi quello di **approntare una seppur minima tutela previdenziale e assicurativa** a tutti quei soggetti che prestassero il proprio lavoro, seppur occasionalmente, rendendo peraltro più semplice e tracciabile l'erogazione dei corrispettivi da parte del committente, con l'introduzione di buoni dal valore prestabilito, ovvero corrispondenti alla quantità dell'attività lavorativa resa. La finalità antielusiva dell'istituto emerge, peraltro, nella previsione di un meccanismo di certificazione del buono lavoro rilasciato e di riferibilità dello stesso al prestatore.

2. Il recepimento della delega parlamentare nel d.lgs. 276/2003.

A compimento della delega conferita con la suindicata legge delega, l'esecutivo ha emanato il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 e, nello specifico, ha disciplinato il lavoro occasionale e accessorio nel titolo VII, capo II, rubricato *prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti*; la stessa rubrica anticipa l'intento del legislatore delegato di definire restrittivamente il campo applicativo di questa forma di lavoro *sui generis*; addentrandosi infatti nella lettura dell'art. 70 emerge chiaramente che i destinatari di questa disciplina siano *soggetti a rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mercato del lavoro, ovvero in procinto di uscirne (comma 1)*; la norma tuttavia non si limita ad una restrizione soggettiva dell'area applicativa ma prevede tre ulteriori tipi di preclusioni definibili oggettive; tali preclusioni sono legate rispettivamente:

- a. Alla **attività** in concreto prestata, che deve rientrare nell'ambito dell'elenco tassativo indicato alle lettere a-e del primo comma dell'art. 70 (elencazione che peraltro pare rispettare i committenti potenziali previsti all'art. 4 della legge delega *ut supra*.)
- b. Alla **quantità** di lavoro prestata, che non può eccedere i trenta giorni nel corso dell'anno solare.
- c. All'**ammontare** complessivo dei compensi nello stesso arco temporale di cui sopra che non può superare euro tremila.

Nella versione originaria del d.lgs. 276/2003 fin qui esposta, le prestazioni rese (esclusivamente) dai soggetti di cui al comma 1 dell'art. 70 rientranti nelle attività prescritte dallo stesso comma, che non superassero i limiti temporali ed economici previsti dal comma 2, erano qualificabili come *occasionalmente e accessorie* e pertanto

soggette alla disciplina speciale dell' art. 72 che, come anticipato, prevede il pagamento mediante un buono lavoro dal valore prefissato, esente da ulteriori imposizioni fiscali.

Occorre peraltro chiarire che le attività tassativamente previste dal comma 1 (piccoli lavori domestici a carattere straordinario, compresa la assistenza domiciliare ai bambini e alle persone anziane, ammalate o con handicap; insegnamento privato supplementare; piccoli lavori di giardinaggio, nonché di pulizia e manutenzione di edifici e monumenti; realizzazione di manifestazioni sociali, sportive, culturali o caritatevoli; collaborazione con enti pubblici e associazioni di volontariato per lo svolgimento di lavori di emergenza, come quelli dovuti a calamità o eventi naturali improvvisi, o di solidarietà) per loro natura e per gli stringenti criteri da cui dipendeva il carattere occasionale, finivano per **identificarsi con l' ambito del lavoro parasubordinato ed autonomo**; mancavano tuttavia già nel testo originario del decreto, richiami alle **modalità** di esecuzione della prestazione, che meglio avrebbero chiarito l' ambito applicativo dell' istituto.

3. La progressiva distorsione funzionale dell' istituto ad opera del legislatore

A partire dall' anno successivo all' emanazione del d.lgs. 276/2003, il legislatore è intervenuto in numerose occasioni a modificare la disciplina delle prestazioni occasionali ed accessorie, con l' intento seppur non dichiarato di estenderne l' applicazione ad ipotesi assai diverse dal nucleo originario della norma. Già attraverso il decreto correttivo della riforma del mercato del lavoro (d.lgs. 251/2004) fu innalzata la soglia massima dei compensi annuali percepibili sino ad euro cinquemila. Il primo intervento significativo verso la distorsione della natura occasionale della prestazione si ebbe invece con il DL 203/2005 che abrogò il limite temporale di trenta giorni già previsto al comma 2 dell' art. 70: iniziava così una progressiva estensione indiscriminata dell' ambito applicativo del cosiddetto voucher lavoro. Tra le altre modifiche significative occorre in questa sede citare il DL 112/2008 che eliminò ogni riferimento ai particolari destinatari dell' istituto (*soggetti a rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mercato del lavoro, ovvero in procinto di uscirne* ibid.): pertanto a seguito di queste modifiche qualsiasi soggetto che avesse prestato una delle attività tassative e che non avesse ecceduto i soli limiti economici prescritti, sarebbe stato destinatario della disciplina del lavoro occasionale ed accessorio.

Altre disposizioni normative hanno perlopiù **ampliato** l'elencazione delle attività tipiche e hanno espressamente **incluso** alcune categorie di soggetti (nel 2009 si introducono anche le prestazioni rese da pensionati, da percettori di misure integrative del reddito, da lavoratori che abbiano un contratto a tempo parziale con datore di lavoro diverso dal committente).

Tuttavia gli interventi che più di tutti hanno liberalizzato l'utilizzo del voucher lavoro sono da rinvenirsi:

- a. Nella legge 92/2012 (cd. Fornero), che **elimina** completamente l'**elencazione** tassativa delle attività a cui era applicabile la disciplina del voucher lavoro, riformulando completamente l'articolo 70 del dlgs. 276/2003 che a seguito della novella legislativa risultava essere: *“Per prestazioni di lavoro accessorio si intendono attività lavorative di natura meramente occasionale che non danno luogo, con riferimento alla totalità dei committenti, a compensi superiori a 5.000 euro nel corso di un anno solare”* permane il riferimento alla natura meramente occasionale dell'attività, pur restando impossibile sulla scorta di parametri normativi definire quale attività sia occasionale e quale non. La norma così riformulata aggiunge un ulteriore criterio avuto riguardo al rapporto del prestatore con ciascun committente: nei confronti di datori di lavoro imprenditori commerciali o professionisti fermo restando il limite complessivo di cui sopra, non possono maturarsi compensi annuali per più di euro duemila.
- b. Nel DL 76/2013, che incidendo sulla recente riformulazione della norma in questione, **elimina** l'ultimo riferimento alla **natura occasionale** dell'attività prestata, concludendo il processo di mutazione ontologica dell'istituto in analisi.

Pertanto a seguito di queste modifiche, qualsiasi prestazione lavorativa, da chiunque resa, che non ecceda il limite annuo di euro cinquemila di compensi (e il limite ulteriore di duemila euro nei confronti dei soli imprenditori commerciali o professionisti) potrà essere retribuita mediante voucher lavoro.

Appare necessario soffermarci in questo momento della nostra riflessione su un aspetto precipuo: essendo abrogato l'elenco di attività ed essendo tuttora inesistente una disciplina delle modalità di esecuzione della prestazione, nonché ulteriori obblighi a carico delle parti, pare evidente la possibilità che ricadano all'interno di questa disciplina prestazioni lavorative eseguite **con le modalità tipiche dell'eterorganizzazione**, con il rispetto di un orario di lavoro e di direttive penetranti da

parte del committente/datore di lavoro. Su tale aspetto si tornerà in seguito.

4. La disciplina attuale a seguito del d.lgs. 81/2015

Il d.lgs. 81/2015, nel riformulare in un'unica fonte tutte le tipologie contrattuali esistenti, ha abrogato parte consistente del d.lgs. 276/2003; per quel che riguarda l' argomento della nostra trattazione sono **abrogati** gli artt. 70-73, essendo attualmente riportata la disciplina del lavoro accessorio (così è rubricata attualmente al capo VI) negli artt. 48-50 del succitato decreto legislativo.

Il legislatore delegato, nel mantenere quasi immutata la disciplina risultante dalla modifica del 2013 (ciò che appare modificata è la modalità di acquisto e di controllo sull' utilizzo dei voucher lavoro di cui si parlerà più avanti), ha tuttavia ulteriormente innalzato (*sic!*) il limite dei compensi complessivi percepibili entro l' anno solare, portandoli ad euro settemila.

5. La recente proliferazione del voucher lavoro

La dottrina e le organizzazioni sindacali si sono espresse assai negativamente circa l' elefantiasi nel ricorso al lavoro accessorio registratasi negli ultimi anni. In modo particolare al momento in cui si scrive i voucher lavoro hanno fatto registrare nei primi tre mesi del 2016 un aumento del 45,6 per cento, superando quota 10 milioni al mese (1).

Alcune precisazioni in merito. È innegabile la proliferazione di questo strumento e il picco registrato negli ultimi mesi; tuttavia è evidente che la causa non vada cercata isolatamente all' interno della disciplina del lavoro accessorio e in particolare nelle nuove disposizioni che l' hanno ampliata e assai liberalizzata a partire dal 2012.

Tutte le forme contrattuali introdotte e modificate nel nostro ordinamento a partire dalla riforma del mercato del lavoro del 2003 hanno avuto come fine quello di fornire all' impresa strumenti di gestione del fattore lavoro più flessibili, ora introducendo fattispecie contrattuali per loro natura flessibili quali il lavoro intermittente, ovvero la somministrazione di lavoro, ora liberalizzando ulteriormente fattispecie già esistenti (si pensi ai recenti interventi sul contratto a termine). Questa escalation che ha portato alla progressiva riduzione dell' ambito di applicazione del contratto di lavoro a tempo indeterminato appannaggio di tali forme contrattuali atipiche, doveva, nelle intenzioni del legislatore delegato del 2014 terminare. Così nell' ottemperare alla delega legislativa,

L' esecutivo ha superato alcune fattispecie contrattuali, modificato in senso peggiorativo altre, con l' intento dichiarato di voler valorizzare un fantomatico rinnovato contratto a tempo indeterminato denominato contratto a tutele crescenti. Tali interventi di depotenziamento delle altre tipologie di lavoro potrebbero aver a contrario favorito una proliferazione senza controllo del lavoro accessorio, che diventa sempre più un istituto acontrattuale in grado di sostituire in molti ambiti imprenditoriali il contratto di lavoro, surrogando il lavoro subordinato e le relative tutele. Il lavoro accessorio infatti, come risultante dalle recenti modifiche risulta per il datore di lavoro l'istituto più vantaggioso non solo a livello economico ma anche considerando i ridotti adempimenti formali di cui si tratterà nel paragrafo seguente.

6. L'esigua disciplina del lavoro accessorio

Dalle disposizioni di cui all'art. 49 del d.lgs. 81/2015 si ricava esclusivamente la disciplina delle modalità di acquisto dei voucher lavoro e la procedura di pagamento degli stessi ai prestatori di lavoro, così schematizzabile:

- Il primo comma prevede un onere a carico del committente, che dovrà **acquistare i buoni lavoro** presso i concessionari indicati al comma 7 (*Il Ministro del lavoro e delle politiche sociali individua con decreto il concessionario del servizio e regola i criteri e le modalità per il versamento dei contributi*);
- Il terzo comma obbliga il committente che intenda utilizzare un voucher già acquistato a **comunicare alla DTL** prima dell'inizio della prestazione i dati anagrafici ed il luogo in cui il lavoratore presterà la propria attività;
- I commi 4 e 5 prescrivono invece le **modalità** attraverso cui il prestatore percepisce le spettanze: sarà il concessionario di cui al comma 7, a seguito dell'accreditamento del buono da parte del committente, ad erogare le somme dovute al prestatore, detraendo dal valore nominale del buono una somma pari al tredici per cento che verserà quali contributi previdenziali alla gestione separata INPS e una ulteriore somma pari al sette per cento che verserà all'INAIL per fini assicurativi contro gli infortuni;

Questa la scarna disciplina approntata dal legislatore, che lascia intravedere il vantaggio quasi tutto spostato a favore del datore di lavoro/committente, che ben potrà utilizzare questo strumento nella totalità dei suoi rapporti; il committente non instaurerà con i prestatori di lavoro accessorio alcun rapporto giuridico tutelato dal diritto del lavoro, in capo al committente graveranno i soli obblighi già descritti. oltre ad un implicito obbligo

di verifica della compatibilità del lavoratore con i limiti economici (peraltro assai elevati) prescritti all'art.48.

Alla luce di quanto sopra enunciato i vantaggi per il prestatore di lavoro accessorio risultano essere:

- Il versamento dei **contributi INPS**, computati ai fini previdenziali e l'assicurazione contro gli infortuni INAIL (che peraltro, come chiarito con circolare dalla stessa INAIL comprende gli eventuali infortuni nel tragitto da e per il luogo di lavoro).
- La possibilità di **integrare i propri redditi** (finanche i redditi da lavoro dipendente, purché il lavoro accessorio non venga prestato in favore del datore di lavoro con cui intercorre già il rapporto, come ha precisato la circolare Inps n. 49/2013)

Inoltre un vantaggio per il prestatore che il legislatore intendeva perseguire era quello di **garantire un corrispettivo minimo** per ogni ora di lavoro prestata, stante la possibilità di emettere voucher lavoro del solo valore prestabilito dal decreto del ministro del lavoro e delle politiche sociali come prescritto dal comma 1 dell'art.48; tuttavia, nonostante la circolare 4/2013 del ministero del lavoro abbia chiarito che il compenso minimo orario lordo di euro 10 (7,50 al netto dei contributi INPS e INAIL) sia inderogabile, nella prassi emerge un uso improprio del voucher lavoro, acquistato dal committente non avendo riguardo delle ore che il lavoratore presterà nel concreto ma acquistando un numero di voucher necessari per raggiungere la somma pattuita con il lavoratore e perlopiù slegata da ogni parametro orario.

7. Tra a-contrattualità e realtà fattuale: il lavoro subordinato cambia volto?

Da tutte le considerazioni fin qui elaborate, è semplice comprendere come la disciplina attuale del lavoro accessorio, per la tendenziale indiscriminata applicabilità a tutti i lavoratori, per qualsiasi attività resa, in favore di qualunque datore di lavoro, susciti non poche critiche da parte della dottrina.

Se, come si è chiarito nel secondo paragrafo, la disciplina originaria finiva con l' identificare le prestazioni rientrate nel lavoro accessorio con l' ambito del lavoro autonomo e tuttalpiù della parasubordinazione, avendo previsto il legislatore una serie

tassativa di attività per le quali era possibile il pagamento mediante buono lavoro, con il progressivo smantellamento della disciplina originaria, sempre più si è assistito ad uno sconfinamento di questa fattispecie atipica nel campo del lavoro subordinato.

Il lavoro accessorio quindi *non pare agevolmente armonizzabile con il vigente sistema di diritto del lavoro* (2) essendo sottoposti alla medesima scarna disciplina rapporti di lavoro che sono assai distanti tra di loro; il problema fondamentale sorge in relazione a prestazioni che per la loro natura e le loro modalità di svolgimento posseggano tutti i caratteri della subordinazione e che nonostante ciò, per espressa previsione di legge, siano sottratte alle disposizioni protettive tipiche del lavoro subordinato.

Cosa si giungerebbe ad affermare tuttavia se si riconoscesse la totale a-contrattualità dell' istituto in questione? In tutti questi casi nei quali, di fatto, un vincolo di subordinazione sussista, il lavoratore non avrebbe alcuna tutela al di fuori di quelle minime forme assistenziali-previdenziali previste attualmente dall' art. 49; non avrebbe alcuna tutela nei confronti di un eventuale illegittimo demansionamento, né alcuna tutela nei confronti di atti discriminatori (3), ovvero nessuna tutela nei confronti di un licenziamento illegittimo; semplicemente perché per espressa previsione di legge tra il prestatore di lavoro e il committente non sussiste alcun rapporto di lavoro. Appare questa tesi condivisibile?

Avallare questa tesi significherebbe consentire che l' intero impianto del diritto del lavoro così come conosciuto sia minato dalle fondamenta; consentire all' imprenditore di scegliere arbitrariamente se stipulare un regolare contratto di lavoro subordinato (pur precario, ma comunque disciplinato più compiutamente) ovvero sottoporre il lavoratore alla disciplina del lavoro accessorio significherebbe riconoscergli un potere che va ben oltre l' eterorganizzazione (che si estrinseca nella dinamica del rapporto di lavoro) poiché tale potere si esplicherebbe addirittura prima dell' inizio della prestazione, sterilizzando qualsiasi potere contrattuale del lavoratore: anzi, questo diventerebbe un potere a-contrattuale. Il datore di lavoro manterrebbe intatti il suo potere di gestione della prestazione pur non ponendo in essere nessun rapporto di lavoro qualificato. Questo significherebbe consentire al datore di utilizzare il lavoratore con tutte le modalità tipiche del lavoro subordinato, senza approntargli alcuna garanzia durante lo svolgimento del rapporto per un tempo che può raggiungere perfino le 200 ore (4); a ciò si aggiunga che l' inesistenza di qualsivoglia forma di tutela non termina con la cessazione del rapporto ma si estende oltre poiché le prestazioni di lavoro accessorio non

possono in ogni caso essere computate ai fini della percezione di misure di sostegno al reddito.

Occorre allora chiarire la natura dell' istituto per poter risolvere le questioni sospese di cui sopra.

La tesi condivisa in dottrina è che il lavoro accessorio non sia una fattispecie contrattuale: depongono in tal senso il tenore letterale della norma, che si riferisce ad una "prestazione accessoria" e non definisce mai il rapporto tra committente e prestatore come un contratto. Pala (5) ritiene, come la dottrina maggioritaria, che nel lavoro accessorio manchino altresì gli elementi essenziali del contratto di cui all' art. 2321 cod. civ., essendo in particolare assente un accordo per costituire un particolare rapporto giuridico avente contenuto patrimoniale; il legislatore infatti subordina la qualificazione del rapporto ad una serie di obblighi posti a capo del committente che appaiono tutt'al più come atti unilaterali dai quali non può dedursi l' accordo delle parti, né può ritenersi un fatto concludente la materiale ricezione del buono lavoro da parte del prestatore, essendo quello un fatto successivo alla prestazione che non condiziona in nessun modo l' esistenza del rapporto.

Avendo chiarito pertanto che il lavoro accessorio non possa qualificarsi come un contratto, occorre tuttavia precisare che da tempo la dottrina e la giurisprudenza hanno accolto la tesi della natura contrattuale del rapporto di lavoro: in tale ottica anche una prestazione di fatto (come si presenta attualmente il lavoro accessorio) presuppone l' esistenza di un contratto.

Nulla osta pertanto alla possibilità per il lavoratore di convenire in giudizio il committente per la eventuale qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato e il riconoscimento di tutti i diritti propri di tale rapporto, prescindendo dalla modalità attraverso la quale è avvenuto il pagamento della prestazione, che in questo caso sarà quella del voucher lavoro.

Per concludere: nonostante la dottrina sia giunta alla conclusione per cui occorrerà accertare in concreto la sussistenza di un vincolo di subordinazione nel rapporto di lavoro e la disciplina del lavoro accessorio non sia da ostacolo a tale attività ermeneutica, occorre riconoscere la pericolosità dell' espansione incontrollata di questo fenomeno di lavoro *sui generis* e la necessità di riportare nell' alveo originario questa fattispecie di lavoro, restringendone nuovamente l' ambito di applicazione a particolari forme di

lavoro discontinue, pena la possibilità che lo stesso contratto di lavoro subordinato cambi pelle e si trasformi in una libera opzione del datore di lavoro. Il lavoratore sarebbe così costantemente fuori dal mercato del lavoro, quale strumento a tempo determinato per l'impresa, pronta a sostituirlo al raggiungimento del tetto di compensi annuale, senza avere alcun obbligo nei suoi confronti.

Note e riferimenti bibliografici

(1): *Lavoro, crollano gli indeterminati ed è boom di voucher*. Poletti: "Non li cancelleremo" di Luca Sappino, L'Espresso, 18 maggio 2016

(2): Così, Antonio Ivan Natali in diritto e pratica del Lavoro 1/2016

(3): Si noti che nella situazione in cui il medesimo datore di lavoro impieghi lavoratori con contratto di lavoro subordinato e lavoratori occasionali e li adibisca alle medesime mansioni, con le stesse modalità esecutive (rispetto di un orario di lavoro, turni ecc.) la disparità di trattamento sarebbe abituale e priva di fondamento nella diversa essenza dei rapporti.

(4): Il riferimento al limite di 200 ore si ottiene dividendo il compenso massimo annuale percepibile dal prestatore di euro duemila da ciascun imprenditore commerciale o professionista (introdotto dalla legge 92/2012 nell'art. 70 comma 1 d.lgs. 276/2003 e confermato nell'attuale formulazione dell'art. 48 d.lgs. 81/2015) per il valore orario minimo di ciascun voucher lavoro, corrispondente, al momento in cui si scrive, a circa 10 euro –al lordo dei contributi previdenziali e assistenziali- .

(5): si veda Pala M., *Criticità del lavoro accessorio (voucher) dopo la legge n.99/2013*, in Lex24 Il Merito 16 luglio 2014

L'INSOLVENZA DEL GRUPPO ALLA LUCE DEL REGOLAMENTO (UE) N. 848/2015

I gruppi di imprese rappresentano da sempre un problema affascinante e complesso, che tende a complicarsi quando l'insolvenza supera i confini nazionali e coinvolge Stati europei diversi.

autore **Riccardo Bertini**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

Sommario: 1) Premessa; 2) Cooperazione e comunicazione; 3) La procedura di coordinamento; 4) Interferenze; 5) Conclusioni.

1) Premessa

Il regolamento (UE) n. 848/2015 disciplina le procedure di insolvenza transfrontaliere, ossia quelle procedure caratterizzate da un elemento di estraneità rispetto al territorio o ai soggetti coinvolti. E' stato adottato il 23 maggio 2015, entrerà in vigore il 26 giugno 2017¹ e rappresenta la rifusione del regolamento (CE) n. 1346/2000, il quale non detta alcuna disciplina in tema di gruppi di imprese².

Ancora una volta dunque il legislatore europeo anticipa il legislatore nazionale³, cercando di fornire una disciplina uniforme sulle procedure di insolvenza del gruppo che attualmente manca nel nostro ordinamento. Del resto, nell'ottica del legislatore italiano, ogni società del gruppo rappresenta un'entità giuridicamente autonoma che in quanto tale è soggetta ad una autonoma procedura concorsuale⁴. Tale procedura spesso coincide con l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, la quale detta una parziale regolamentazione del fenomeno senza tuttavia incidere sulla reciproca autonomia patrimoniale delle singole società. Solo recentemente con la Delega del 24/02/2015 messa a punto dalla Commissione Rordorf si delinea un possibile riavvicinamento tra la disciplina interna e quella europea⁵.

Il regolamento trova applicazione laddove il centro degli interessi principali del gruppo, da intendersi come il luogo dove il debitore esercita la gestione dei suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi, sia nel territorio di uno Stato membro. Questa definizione di COMI è stata data dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea nel

caso *Eurofood*⁶ e viene per la prima volta accolta nel regolamento. Va tuttavia precisato che il regolamento non dà una definizione specifica del centro degli interessi principali del gruppo insolvente, per il quale si può comunque ritenere che valgano le novità introdotte per il singolo debitore: pertanto, la presunzione *juris tantum* che fa coincidere il COMI con la sede legale opera solo nelle ipotesi in cui la sede non sia stata spostata nei tre mesi anteriori al deposito della domanda di apertura e deve essere fatta salva la facoltà delle parti di eccepire l'incompetenza del giudice adito (giudice, che può d'ufficio dichiararsi a sua volta incompetente sulla domanda). Una volta individuata la competenza internazionale, la norma di conflitto destinata ad occuparsi dell'intera procedura di insolvenza è ancora una volta la cd. *lex concursus*, ossia la legge che si identifica con l'ordinamento che vige nello Stato in cui il fallimento è stato dichiarato, ad eccezione di quelle ipotesi (confermate in gran parte dal "nuovo" regolamento) dove il legislatore europeo richiama una norma di conflitto diversa⁷.

2) Cooperazione e comunicazione

Il legislatore europeo conferma la scelta già effettuata con il regolamento del 2000 e ribadisce - quale concezione di fondo del regolamento - la teoria dell'universalità limitata. Sulla base di questa teoria, si rinuncia ad un'unica procedura d'insolvenza per tutti i beni del debitore eventualmente sparsi sul territorio dei diversi Stati membri e si prevede l'apertura di tante procedure quante sono le dipendenze del debitore, procedure delle quali si cerca il coordinamento⁸. Tale concezione di fondo rimane anche nel regolamento del 2015, nonostante non si parli più di procedure "secondarie" e le procedure che si instaurano nelle dipendenze del debitore non abbiano più carattere necessariamente liquidatorio, dovendo invece perseguire quali obiettivi prioritari: il salvataggio, la ristrutturazione del debito e la riorganizzazione dell'impresa. A tale scopo, lo stesso regolamento amplia il novero delle procedure concorsuali, con gli accordi di ristrutturazione e i piani di composizione della crisi da sovra-indebitamento⁹.

Nell'insolvenza del gruppo di imprese, il coordinamento diventa allora esigenza primaria considerato che ciascuna società è soggetta a un'autonoma procedura di insolvenza in quanto (almeno attualmente) autonomo centro di imputazione giuridica. Per tale ragione, si manifesta la necessità - accolta dal regolamento - di garantire la cooperazione e la comunicazione tra le diverse procedure. Infatti, il rischio è quello di assistere al noto fenomeno di *forum shopping* con la conseguenza che il debitore, sfruttando le pieghe del regolamento, possa arrivare a scegliersi il giudice di uno Stato membro diverso che

maggiormente lo aggrada, senza che questo sia quello naturalmente competente; tale rischio si traduce, in questo caso, anche in un fenomeno di *law shopping*, con la conseguenza che il debitore - oltre a scegliersi il foro - giunga anche a scegliere la disciplina applicabile¹⁰. In questo senso, la sezione 1 del capo quinto del regolamento si aggiunge e non deroga a tutta quella serie di strumenti (controllo d'ufficio della competenza da parte del giudice, sospensione della domanda di apertura di una procedura, etc.) che sono previsti per ridurre il verificarsi di tali rischi.

La cooperazione e comunicazione deve attuarsi tra le varie procedure di insolvenza che coinvolgono le singole società del gruppo e viene a realizzarsi su tre piani distinti: tra i curatori, tra i giudici e i curatori e tra i giudici. Può assumere qualsiasi forma prevista dalla *lex concursus* ma lo stesso regolamento prevede alcune ipotesi, a titolo esemplificativo: lo scambio di informazioni potenzialmente utili alle altre procedure (purché siano presi gli opportuni accorgimenti per proteggere le informazioni riservate), la gestione coordinata del realizzo e dell'utilizzo dei beni del debitore nonché il coordinamento in fase di nomina dei curatori, il coordinamento nella gestione e sorveglianza dei beni del debitore, nella tenuta delle audizioni e nell'approvazione dei protocolli. Da notare che, anche per i gruppi di imprese, valgono quelle stesse forme di cooperazione e comunicazione che il regolamento detta per il coordinamento tra la procedura principale e le procedure secondarie, con la conseguenza che i curatori della singola procedura possono avvalersi di quei poteri previsti per evitare l'apertura di una procedura "secondaria" (come la facoltà di contrarre un "impegno" per evitare l'apertura della procedura secondaria).

3) La procedura di coordinamento

La procedura di coordinamento, prevista nella sezione 2 del capo quinto del regolamento, è una procedura *sui generis* (in quanto non trova esplicito riferimento nell'ordinamento interno) a carattere giurisdizionale (poiché passa necessariamente attraverso il controllo giurisdizionale), facoltativa (perché i curatori possono decidere di non aderirvi) e, per così dire, contenente (dal momento che è idonea a contenere le diverse procedure concorsuali previste per le singole società del gruppo).

La domanda di apertura, proposta da uno dei curatori, deve avere le condizioni prescritte dalla legge applicabile alla procedura di insolvenza ed in ogni caso quei requisiti previsti dal regolamento che sono ritenuti idonei a connotare la domanda (proposta relativa alla nomina del coordinatore, linee generali del coordinamento, elenco degli amministratori,

dei giudici e dei costi). Tra i diversi giudici, ciascuno competente per la singola procedura del gruppo, sarà competente per la procedura di coordinamento quello individuato per primo secondo la regola di priorità. Una volta verificati i requisiti della domanda (ritenuti essenziali dal regolamento), il giudice, trascorsi trenta giorni e ritenuti soddisfatti i requisiti, notifica la domanda ai diversi curatori e nomina il coordinatore. Laddove la domanda sia sprovvista dei requisiti prescritti, si dovrebbe ritenere che il giudice debba rigettare la domanda in rito senza che ciò impedisca comunque alle parti di riproporla corredata dei requisiti richiesti.

Il coordinatore svolge sostanzialmente le funzioni del curatore, non essendo tuttavia - per volere espresso del regolamento - uno di loro; infatti, il regolamento stesso attribuisce a quest'ultimo una serie di prerogative proprie: può formulare raccomandazioni per la gestione coordinata delle procedure, può proporre un piano di coordinamento (i cui contenuti sono esemplificativamente previsti dallo stesso regolamento: misure per ripristinare la solidità finanziaria e la redditività, per la composizione delle controversie e per le azioni revocatorie infragruppo), può partecipare alle diverse assemblee dei creditori, mediare nelle controversie e chiedere informazioni ai curatori per individuare le strategie più opportune per il risanamento, la riorganizzazione, la ristrutturazione o la liquidazione del gruppo. Tutti questi poteri devono essere adempiuti con imparzialità e diligenza e laddove comportano un aumento dei costi rispetto alle stime, il coordinatore deve informarne i curatori e chiedere la preventiva approvazione al giudice. Il coordinatore può essere revocato d'ufficio dal giudice o su richiesta di un curatore ma solamente nelle ipotesi previste, ovvero qualora abbia agito a detrimento dei creditori di una società del gruppo o non abbia rispettato gli obblighi previsti nel capo quinto del regolamento. Al termine delle sue funzioni, il coordinatore deve presentare il resoconto delle spese con la quota a carico di ciascuna società ad ogni curatore, il quale ha un termine di trenta giorni per sollevare contestazioni davanti al giudice. Per tutti gli aspetti non disciplinati, il regolamento rinvia alla *lex concursus* applicabile alla procedura.

4) Interferenze

Il coordinatore, data la natura del suo ruolo, è un soggetto che naturalmente interferisce con il ruolo rivestito dai diversi curatori, ai quali il regolamento attribuisce poteri ulteriori rispetto a quelli già previsti dalla *lex concursus* (come il potere di contestare l'inclusione della propria procedura nella procedura di coordinamento, di contestare la nomina del coordinatore o esperire i poteri previsti dall'art. 60 del regolamento). Per

regolare tali interferenze, troviamo una singola disposizione dal contenuto generale, la quale sembra contenere più un principio che una concreta regolamentazione: si fa infatti riferimento a un obbligo di cooperazione tra il coordinatore ed i curatori, declinato in un generico obbligo di comunicazione. Tuttavia tale obbligo non ha contenuto prescrittivo, poiché i curatori possono disattendere le raccomandazioni poste dal coordinatore senza incorrere in alcuna conseguenza o sanzione. Inoltre tale comunicazione non ha ad oggetto tutte le informazioni di cui gli amministratori dispongono ma solamente quelli utili per l'esercizio delle funzioni del coordinatore. Ulteriori profili di interferenza possono essere ravvisati tra le righe delle diverse disposizioni del regolamento. In generale, si può affermare che i poteri dei curatori prima della decisione di apertura risultano più ampi dei poteri che essi dispongono dopo la tale decisione. Del resto, è proprio con tale decisione che il giudice nomina la figura del coordinatore. Dunque, se prima di tale momento, i poteri dei curatori vanno dalle contestazioni (sull'inclusione della loro procedura in quella di coordinamento e sulla nomina del coordinatore) fino al potere di scegliere il giudice competente (derogando alla regola di priorità), successivamente coincidono con la facoltà di aderire o meno alla procedura. A ciò va aggiunto che su tale richiesta è chiamato ad esprimersi lo stesso coordinatore, il quale - in ipotesi - potrebbe anche rigettarla.

5) Conclusioni

Il regolamento sembra mostrare una maggiore sensibilità al problema dei gruppi di imprese transfrontalieri e l'affrontare la questione dettando una disciplina specifica ha spinto il legislatore nazionale a prendere finalmente in considerazione l'insolvenza dei gruppi (il disegno di legge delega è stato predisposto dalla commissione Rordorf il 24/2/2015). Si potrebbe tuttavia dire che la normativa comunitaria sembra fare da cornice ma la tela rimane ancora una volta la normativa nazionale. In altre parole, il regolamento sembra (tranne poche e rare disposizioni) limitarsi, dettando principi ritenuti idonei a garantire il coordinamento ma rimettendo lo stesso ad un'effettiva volontà delle parti, che in ipotesi potrebbe anche mancare.

Esempio emblematico è la stessa procedura di coordinamento, la quale rappresenta un contenitore dove possono essere inserite le singole procedure delle società del gruppo. Dove però le interferenze potrebbero giungere a consentire una *procedural* o una *substantive consolidation*¹¹ (ossia, un consolidamento delle singole procedure o delle masse fallimentari delle diverse società, come potrebbe accadere all'interno di un

concordato di gruppo), il regolamento è costretto a fermarsi, impedendo al coordinatore di fare proposte nel piano di coordinamento da lui predisposto su tali aspetti. Ma vi è di più, perché il coordinatore stesso potrebbe spendere tempo e risorse nel predisporre il piano senza che questo trovi poi concreta attuazione. I curatori possono infatti disattendere le raccomandazioni del coordinatore senza alcuna conseguenza e possono farlo perché sono loro che concretamente gestiscono le procedure delle singole società, disponendo di poteri (concessi dalla normativa nazionale) più ampi e specifici rispetto a quelli concessi dalla normativa europea. Non rimane quindi che augurarsi che i singoli operatori agiscano con diligenza e operino nel rispetto dei diversi ruoli e delle differenti funzioni affinché il coordinamento possa effettivamente essere raggiunto. Del resto, sarebbe difficile immaginare un coordinamento nelle ipotesi in cui il coordinatore scenda dal piano generale che gli compete a quello particolare dei curatori o nelle ipotesi in cui un curatore si erga sopra gli altri rivendicando un ruolo di coordinatore senza che sia stato nominato dal giudice della procedura di coordinamento.

Note bibliografiche

(1) *Regolamento (UE) n. 848/2015 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 relativo alle procedure di insolvenza;*

(2) *Regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio del 29 maggio 2000 relativo alle procedure di insolvenza;*

(3) *Fazzini F., Winkler M., La proposta di modifica del regolamento sulle procedure di insolvenza, in Diritto del commercio internazionale, I, 2013, pag. 141;*

(4) *Campobasso G. F., Diritto delle società, in Diritto commerciale, Vol. II, VIII edizione, a cura di M. Campobasso, Utet giuridica, pag. 289;*

(5) *Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di imprese e dell'insolvenza, elaborata dalla Commissione ministeriale istituita dal Ministro Giustizia con decreto 24/02/2015 e successive integrazioni;*

(6) *CGCE, 2 maggio 2006, C 341/04, Eurofood IFSC Ltd, nonché successivamente Corte di cassazione, sent. 25 luglio 2011, n. 10089 e Corte di cassazione, sent. 20 marzo 2015, n. 5688;*

(7) *Leandro A. Il ruolo della lex concursus nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza, Bari, Cacucci editore, 2008;*

(8) *Queirolo I., Profili di diritto dell'Unione europea, in Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali, Vol. V, curato da Vassalli, Luiso, Gabrielli, Torino, Giappichelli editore, 2013;*

(9) *De Cesari P., Il regolamento 2015/848 e il nuovo approccio europeo alla crisi di impresa, in Fallimento, 2015, X, pag. 1026;*

(10) *Pegna Lopes O., Collegamenti fittizi o fraudolenti di competenza giurisdizionale nello*

spazio giudiziario europeo, in Rivista diritto internazionale, II, 2015, pag. 397;

(11) Panzani L., Il gruppo di imprese nelle soluzioni giudiziali della crisi, in Società, 2013, XII, pag. 1358.

I POTERI DEGLI UFFICI E LE GARANZIE DEL CONTRIBUENTE SOTTOPOSTO A VERIFICA.

Gli Uffici possono esercitare i poteri nel rispetto delle garanzie riconosciute al contribuente. Interesse fiscale e interesse individuale ritornano a contrapporsi cercando un bilanciamento.

autore **Daniela Mendola**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

Sommario: 1. I poteri degli Uffici; 2. Verifiche e processo verbale di constatazione; 3. Invito a comparire; 4. Conclusioni.

1) I poteri degli Uffici.

Nell'esercizio del potere impositivo l'Ufficio è titolare di una serie di poteri funzionali all'attività di verifica. I suddetti poteri trovano cittadinanza all'art. 32 del DPR. 600/73 rubricato "Poteri degli uffici" che testualmente dispone "per l'adempimento dei loro compiti gli uffici delle imposte possono 1) procedere all'esecuzione di accessi, ispezioni e verifiche; 2) invitare i contribuenti, indicandone il motivo a comparire di persona o per mezzo di rappresentanti per fornire dati e notizie rilevanti ai fini dell'accertamento nei loro confronti.....". Il punto numero 1 fa espresso riferimento ad un'ingerenza dell'ufficio nelle attività del contribuente. E' come dire che l'Ufficio si reca dal contribuente. Nei posti in cui quest'ultimo svolge la sua attività lavorativa o, in taluni casi, anche presso il domicilio qualora sia ad uso cd. promiscuo. In altre parole l'Amministrazione Finanziaria^[1], preliminarmente, fa accesso presso i locali in cui il contribuente svolge la propria attività, munita di espressa e apposita autorizzazione.

Una volta eseguito l'accesso, inizia l'ispezione ovvero verifica i documenti, le scritture contabili (la loro attendibilità) e le giacenze per dei controlli incrociati. Si tratta di un'attività particolarmente invasiva da parte dell'Ufficio al punto che lo Statuto dei diritti del contribuente (l. 212/2000) ha previsto un limite temporale oltre il quale l'Ufficio non può più permanere presso i locali del contribuente. E' un massimo di trenta giorni, prorogabili solo una volta e per ragioni di urgenza. In particolare, l'art. 12 dello Statuto dei diritti del contribuente rubricato "Diritti e garanzie del contribuente sottoposto a verifiche fiscali" dispone che "tutti gli accessi, ispezioni e verifiche fiscali

nei locali destinati all'esercizio di attività commerciali, industriali, agricole, artistiche o professionali sono effettuati sulla base di esigenze effettive di indagine e controllo sul luogo". Perché l'Ufficio possa intervenire nella quotidianità del contribuente occorre che sussistano effettive esigenze di indagine e controllo che giustificano il suo intervento. La permanenza dell'Ufficio nei locali di lavoro del contribuente può estendersi durante tutto l'orario di lavoro e con modalità tali da arrecare il minor danno possibile allo svolgimento delle attività stesse. I controlli possono riguardare solo il soggetto sottoposto a verifiche e non i soggetti terzi *"le garanzie dell'articolo 12 della legge n. 212 del 2000, in tema di accertamento fiscale, riguardano gli accessi, le ispezioni e le verifiche tributarie effettuati nei locali destinati all'esercizio di attività commerciali, industriali, agricole, artistiche o professionali da parte del contribuente e quindi si riferiscono al solo soggetto sottoposto a verifiche e non si estendono a soggetti terzi, nei cui confronti si potrà procedere con un nuovo avviso qualora emergano dati ed informazioni utili"* (Comm. trib. reg. Bari (Puglia) sez. I 03 febbraio 2016 n. 275)[2].

Qualora il contribuente si rifiutasse di esibire, a richiesta dell'Ufficio, i documenti questi ultimi saranno inutilizzabili. Sul punto Cassazione civile sez. trib. 02 dicembre 2015 n. 24503 *"In tema di accertamento dell'I.V.A., la dichiarazione del contribuente di non possedere libri, registri, scritture e documenti, specificamente richiestigli dall'Amministrazione finanziaria nel corso di un accesso, preclude, a norma dell'art. 52, comma 5, del d.P.R. n. 633 del 1972, la valutazione degli stessi in suo favore in sede amministrativa o contenziosa e rende legittimo l'accertamento induttivo, a condizione che sia, da un lato, non veritiera e, dall'altro, cosciente e volontaria e, cioè, dolosa, diretta ad impedire l'ispezione documentale, mentre, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata e sistematica, il contribuente può sempre contrastare efficacemente i risultati dell'accertamento induttivo con la produzione in giudizio dei documenti che non era stato in grado di esibire in precedenza per causa a lui non imputabile (forza maggiore, fatto del terzo, caso fortuito). (Cassa con rinvio, Comm. Trib. Reg. Toscana, 04/04/2011)[3].* Si tratta di una vera e propria sanzione inflitta al contribuente per non aver collaborato e cooperato con l'Amministrazione Finanziaria in ossequio a quell'ormai noto principio di leale collaborazione tra fisco e contribuente. La punizione inflitta è tra le più gravi muovendo dall'assunto che il processo tributario è principalmente documentale e, dunque, si priverebbe il contribuente della possibilità di avvalersi di documenti utili.

2) Verifiche e processo verbale di constatazione.

Al termine delle attività di accesso e ispezione vi è la cd. attività di verifica che trova cittadinanza, al pari dell'accesso e dell'ispezione, all'art. 33 del DPR. 600/73. Quando viene iniziata l'attività di verifica, il contribuente ha diritto di essere informato delle ragioni che l'abbiano giustificata e dell'oggetto che la riguarda, della facoltà di farsi assistere da un professionista abilitato alla difesa dinnanzi agli organi di giustizia tributaria, oltrechè dei diritti e degli obblighi che vanno riconosciuti al contribuente in occasione delle verifiche. L'Ufficio riordina i dati raccolti durante la permanenza nei locali di lavoro del contribuente e redige un processo verbale di constatazione. Si tratta di un vero e proprio documento autoriale della Guardia di Finanza[4] ovvero dei funzionari dell'Amministrazione Finanziaria nel quale si attestano le attività svolte e le risultanze delle stesse. A pena di invalidità il processo verbale di constatazione deve essere sottoscritto dal contribuente come prova della circostanza che quest'ultimo è stato informato delle attività svolte e dei risultati delle stesse. Il processo verbale di constatazione non è direttamente ed immediatamente impugnabile, non rientrando nell'elencazione tassativa di cui all'art. 19 del D.lgs. 546/92.

Può, tuttavia, essere impugnato congiuntamente all'avviso di accertamento eventualmente emesso. Dal rilascio di copia del processo verbale di constatazione all'eventuale avviso di accertamento devono decorrere almeno sessanta giorni a pena di invalidità, salvo ragioni di urgenza. Si tratta di un tempo utile al contribuente per presentare memorie e controdeduzioni. Il contribuente può anche ravvedersi ad esempio *“la dichiarazione di emersione di lavoro irregolare, di cui all'art. 1, comma 1, della l. n. 383 del 2001, è idonea a produrre gli effetti di cui al comma 3 della stessa norma solo se presentata prima sia di eventuali accessi, ispezioni e verifiche, sia della notifica dell'avviso di accertamento, in quanto, ai fini del godimento dei benefici ivi previsti, rileva esclusivamente la spontaneità dell'iniziativa, sicché ne va esclusa l'efficacia in caso di accertamenti ispettivi già in atto, di cui l'imprenditore abbia avuto conoscenza, anche se non ancora conclusi o notificati. (Rigetta, App. Torino, 20/10/2008) (Cassazione civile sez. lav. 03 novembre 2015 n. 22412)[5]”*. *Ad abundantiam “in tema d'imposte sui redditi, la dichiarazione integrativa prevista dall'art. 2, comma 8, del d.P.R. n. 322 del 1998, n. 322, non può essere presentata né dopo la contestazione della violazione commessa nella precedente dichiarazione, né dopo le verifiche, gli accessi, le ispezioni o le altre attività di accertamento di cui il contribuente abbia avuto formale conoscenza, atteso che altrimenti cesserebbe di essere un rimedio per ovviare agli errori commessi ed si trasformerebbe in uno strumento elusivo delle sanzioni. (Nella specie, la S.C. ha escluso l'ammissibilità della dichiarazione integrativa successivamente alla*

conclusione delle operazioni di verifica ed appena due giorni prima dalla notifica del processo verbale di constatazione). (Rigetta, Comm. Trib. Reg. Piemonte, 14/05/2008)” Cassazione civile sez. trib. 17 luglio 2015 n. 14999[6].

3) Invito a comparire.

Tra i poteri di cui dispone l'Ufficio vi è anche il cd. potere di invitare il contribuente a comparire per fornire chiarimenti o giustificazioni. E' come dire che il contribuente si reca dall'Ufficio. Può recarsi personalmente o a mezzo di rappresentanti legali come indicato dal punto numero 2 dell'art. 32 del DPR. 600/73. E' un modo per instaurare un confronto con l'Ufficio e per fornire quei chiarimenti che *prima facie* non sono immediati e che necessitano dell'intermediazione o del contribuente[7] o di un rappresentante legale. Come sostenuto dalla Commissione tributaria provinciale di Como sez. V 15 gennaio 2013 n. 14 *“in merito all'invio dell'invito a comparire, l'Agenzia delle Entrate può avvalersi della cosiddetta notificazione semplificata spedendo l'atto tramite raccomandata. I documenti non esibiti in risposta agli inviti dell'ufficio, non possono essere presi in considerazione successivamente in sede contenziosa a meno che il contribuente non dimostri, nel ricorso introduttivo, di non aver potuto adempiere per cause a lui non imputabili”*[8].

Tra i poteri dell'Ufficio figura anche quello di effettuare dei controlli sulle movimentazioni bancarie del contribuente[9] e si tratta delle cd. indagini bancarie. L'Amministrazione Finanziaria può esercitare correttamente e legittimamente tale potere solo se munita di preventiva autorizzazione alle indagini bancarie da parte del direttore centrale dell'accertamento dell'Agenzia delle Entrate o del direttore regionale della stessa, ovvero per il Corpo della Guardia di Finanza, del comandante regionale. Sul punto Comm. trib. reg. Milano (Lombardia) sez. XLV 10 dicembre 2012 n. 150 *“Le indagini bancarie previste dall'art. 32, n. 6 bis, del d.P.R. n. 600/1973 e dall'art. 51, n. 7, d.P.R. n. 633 del 1972 rientrano tra i poteri attribuiti all'ufficio per il controllo delle dichiarazioni dei redditi e dell'Iva, che per essere esercitati non richiedono particolari motivazioni, ma necessitano solo dell'autorizzazione del direttore centrale dell'accertamento dell'Agenzia delle Entrate o del direttore regionale della stessa, ovvero, per il Corpo della Guardia di Finanza, del comandante regionale. La mancata allegazione all'avviso di accertamento dell'autorizzazione alle indagini finanziarie non configura un'ipotesi di carenza di motivazione dell'atto stesso, in quanto non vi è alcun controllo da effettuare sulle ragioni che hanno generato le indagini bancarie. Sotto il*

profilo probatorio, l'eventuale inesistenza dell'autorizzazione, della quale, invece, nel p.v.c., ne viene affermata l'esistenza, può essere fatta valere solo mediante querela di falso, in quanto la predetta affermazione è assistita dall'efficacia di cui all'art. 2700 c.c.”[10]. E' come se l'autorizzazione assurgesse a vera e propria motivazione dell'atto, al punto che in mancanza l'eventuale accertamento è nullo per mancanza di motivazione[11].

4) Conclusioni.

Ed ecco che ritorna il principio del bilanciamento di interessi. Quello fiscale e quello personale. L'Ufficio in nome di un interesse superiore, quello fiscale, può avvalersi di una serie di poteri normativamente riconosciuti. Tali poteri devono essere esercitati nel pieno rispetto dei diritti del contribuente che non può e non deve subire un pregiudizio dall'attività di verifica dell'Ufficio. L'attività lavorativa rappresenta la quotidianità del contribuente, quotidianità cui l'Ufficio può accedere sempre in nome di quell'interesse fiscale, superiore e suoremo, ma garantendo un' adeguata soglia di tutela del contribuente. L'Ufficio, infatti, per tutelare un interesse, quello pubblico, non può pregiudicarne un altro, quello individuale. Altrimenti, la condotta della Pubblica Amministrazione opererebbe in contrasto con il buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 della Carta Costituzionale.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Cassazione civile sez. trib. 17 giugno 2016 n. 12549 in www.dejure.it “in tema di accertamenti tributari, l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria alla trasmissione all'Amministrazione finanziaria degli atti d'indagine penale, ai sensi degli artt. 33, comma 3, del d.P.R. n. 600 del 1973 e 63, comma 1, del d.P.R. n. 633 del 1972, non va allegata, a pena di nullità, all'avviso di accertamento, trattandosi di atto che mira a salvaguardare gli interessi protetti dal segreto istruttorio, ma non anche a rendere conoscibili le ragioni della pretesa tributaria, sicché la sua mancata conoscenza, da parte del contribuente, non viola l'art. 7 della l. n. 212 del 2000. (Cassa con rinvio, Comm. Trib. Reg. Sicilia, 10/03/2008)”.

[2] Comm. Trib. reg. Bari in www.dejure.it.

[3] Cassazione civile sez. trib. 02 dicembre 2015 n. 24503 in www.dejure.it.

[4] Consiglio di Stato sez. IV 01 agosto 2016 n. 3459 in www.dejure.it “Ai sensi degli artt. 16 e 17, d.lg. 30 marzo 2001, n. 165 il Comandante generale della Guardia di Finanza dispone del potere generale di delegare funzioni ai dirigenti sottordinati. Conferma TAR Lazio, Roma, sez. II, n. 6535 del 2013”.

[5] Cassazione civile sez. lav. 03 novembre 2015 n. 22412 in www.dejure.it.

[6] Cassazione civile sez. trib. 17 luglio 2015 n. 14999 in www.dejure.it.

[7] Cassazione civile sez. trib. 24 giugno 2016 n. 13148 in www.dejure.it “In tema di benefici fiscali per l'acquisto della “prima casa”, è consentito il mantenimento

dell'agevolazione nei casi in cui il trasferimento della residenza nel comune ove è ubicato l'immobile non sia tempestivo per causa - sopravvenuta, imprevedibile e non addebitabile al contribuente - di forza maggiore, istituto il cui ambito applicativo non è limitato alle sole obbligazioni, il quale, tuttavia, non può consistere nella mancata ultimazione dei lavori di ristrutturazione sì da non poter abitare l'immobile, atteso che elemento costitutivo della fattispecie è il trasferimento della residenza non nella "prima casa" ma nel comune in cui essa si trova. (Rigetta, Comm. Trib. Reg. Emilia Romagna, 13/04/2011)”.

[8] Commissione tributaria provinciale di Como sez. V 15 gennaio 2013 n. 14 in www.dejure.it.

[9] T.A.R. Salerno (Campania) sez. II 17 giugno 2016 n. 1490 in www.dejure.it “*in relazione alla richiesta di accesso agli estratti di ruolo ed alle cartelle esattoriali notificate a cura del concessionario della riscossione, sussiste in capo al contribuente un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*”.

[10] Comm. trib. reg. Milano (Lombardia) sez. XLV 10 dicembre 2012 n. 150 in www.dejure.it.

[11] T.A.R. Brescia (Lombardia) sez. II 09 maggio 2016 n. 630 in www.dejure.it “*In presenza di un annullamento per difetto di motivazione non può ritenersi accertato il diritto del ricorrente al conseguimento del bene della vita cui aspira e, conseguentemente, il diritto al risarcimento dei danni. L'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo per vizi formali, tra i quali si possono annoverare il difetto di motivazione e gli altri vizi del procedimento, non reca in sé alcun accertamento in ordine alla spettanza del bene della vita coinvolto dal provvedimento caducato ope iudicis e non può, pertanto, costituire il presupposto per l'accoglimento della domanda di riparazione pecuniaria del pregiudizio che si assume patito*”.

LE SEZIONI UNITE FANNO IL PUNTO SULLE CLAUSOLE CLAIMS MADE: VIA AL VAGLIO DI MERITEVOLEZZA.

Le clausole claims made (a richiesta fatta) inserite sovente nei contratti di assicurazione dell'attività professionale appassionano la Corte di Cassazione da ormai circa un decennio, e di recente hanno ricevuto il definitivo avallo delle Sezioni Unite con la sentenza del 6 maggio 2016 n. 9140, che aiuta a fare chiarezza sul tema.

autore **Rosa Mugavero**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

Sommario: 1) Perché le clausole claims made interessano così tanto gli operatori del diritto?; 2) Le clausole claims made sono valide ed efficaci?; 3) Natura giuridica: clausole delimitative dell'oggetto o della responsabilità?; 4) Gli strumenti di tutela; 5) Conclusioni

1) Perché le clausole claims made interessano così tanto gli operatori del diritto?

La sempre crescente attenzione che negli anni hanno ricevuto le clausole claims made si spiega facilmente se si riflette sulla pluralità di temi del diritto civile che esse intercettano. Tanto per iniziare, le clausole "a richiesta fatta" rappresentano un vero e proprio banco di prova per la tenuta dell'oggetto del contratto di assicurazione della responsabilità civile, che si identifica nel trasferimento del rischio dall'assicurato alla compagnia assicuratrice a fronte del pagamento di un premio (cfr. artt. 1882, 1917 c.c.). Del pari le clausole in parola rappresentano la sede elettiva della distinzione tra clausole delimitative dell'oggetto del contratto e clausole delimitative della responsabilità, foriera di rilevanti conseguenze applicative in punto di validità (art. 1229 c.c.) nonché di giudizio di vessatorietà (art. 1341 c.c.). Non può sottacersi, infine, come esse diano luogo ad una vera e propria "palestra" per la ricerca di rimedi più incisivi rispetto a quello (meramente formale) del giudizio di vessatorietà della clausola, senza contare che negli ultimi anni hanno avuto un'eco ancora maggiore a seguito dei recenti interventi normativi che hanno imposto l'obbligo per il professionista di stipulare il contratto di assicurazione contro i danni.

La pronuncia delle Sezioni Unite in commento ricomponne sapientemente il contrasto interpretativo e fornisce delle risposte a molte domande che nel corso degli anni sono rimaste insolute, o comunque soggette ad esiti interpretativi tra loro discordanti.

2) Le clausole **claims made** sono valide ed efficaci?

Giova preliminarmente precisare che il contratto di assicurazione per responsabilità civile con clausola **claims made** si caratterizza per il fatto che la copertura assicurativa è subordinata alla circostanza che il sinistro venga denunciato nel periodo di vigenza della polizza, laddove invece secondo l'ordinario modello "loss occurrence" delineato dall'art. 1917 c.c. l'obbligo di manleva della compagnia assicuratrice scatta in ordine a tutti i sinistri verificatisi nel periodo di durata del contratto (irrilevante essendo il momento della richiesta risarcitoria da parte del soggetto danneggiato).

Proprio questa significativa disfunzione dalle coordinate classiche del contratto di assicurazione ha sin da subito innescato il dubbio circa l'astratta validità delle clausole **claims made**^[1], definitivamente dissipato dalle Sezioni Unite del 6 maggio 2016 che hanno confutato tutti gli argomenti della tesi avversa declamando la **validità delle suddette clausole**.

In primo luogo la Suprema Corte evidenzia come l'art. 1917 c.c., pur facendo riferimento al "fatto illecito", non è norma inderogabile. Quanto poi alla tradizionale critica in base alla quale il rischio pregresso (*id est* rischio putativo) non sarebbe coperto dal contratto assicurativo in base al disposto dell'art. 1895 c.c., la Corte afferma che il rischio pregresso può entrare nel contratto di assicurazione a condizione che l'assicurato non sia a conoscenza dell'avvenuta verifica dell'illecito (operando in caso contrario la disciplina delle dichiarazioni false o reticenti ex 1892 e 1893 c.c.).

Le Sezioni Unite hanno tuttavia cura di precisare che l'apposizione di clausole **claims made** al contratto di assicurazione, pur non inficiandone la validità e la liceità, rende il contratto de quo **atipico**: per effetto di tali clausole il rischio non è più la verifica del sinistro (rischio tipico della responsabilità civile) ma l'eventualità che il terzo attivi la richiesta risarcitoria, di guisa che il rischio non si identifica più nella responsabilità, ma nella "**responsabilità reclamata**".

3) Natura giuridica: clausole delimitative dell'oggetto o della responsabilità?

Affermata l'astratta validità, il vero *punctum dolens* delle clausole claims made è sempre stato quello dell'individuazione della natura giuridica, da anni oggetto di contrasti nella giurisprudenza di merito e di legittimità soprattutto per le implicazioni in punto di disciplina a seconda dell'opzione prescelta.

Mentre è possibile rintracciare un orientamento più o meno compatto nella pregressa giurisprudenza di merito incline a considerare le clausole in parola come delimitative della responsabilità, alle medesime conclusioni non giunge invece la Corte di Cassazione, che a partire dal 2005 ha iniziato ad occuparsi ex professo della questione.

La discordanza di opinioni sul punto è tanto più significativa se solo si considera che nel 2015 la III sezione della Corte di Cassazione ha reso a distanza di pochi mesi due pronunce tra loro alquanto dissonanti, le quali hanno palesato l'opportunità di un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite.

E infatti se con la sentenza del 13 febbraio 2015 n. 2872 la Cassazione sembrava mettere fine all'annosa querelle affermando che la clausola claims made definisce l'oggetto della copertura assicurativa, qualche mese più tardi con la sent. n. 22891 del 10 novembre 2015 la stessa Corte ritiene che la clausola claims made possa essere indifferentemente delimitativa dell'oggetto del contratto ovvero della responsabilità, a seconda della parte del contratto nella quale è inserita^[2].

Il supremo consesso della Corte di Cassazione ha così messo la parola fine sul punto con la pronuncia del 6 maggio 2016 n. 9140, optando una volta per tutte per la natura di clausola delimitativa dell'oggetto del contratto delle clausole **claims made cd. impure**^[3]: esse rientrano a pieno titolo nell'alveo del modello delineato dall'art. 1917 c.c. in quanto tali clausole mirano a circoscrivere la copertura assicurativa in dipendenza di un fattore temporale aggiuntivo rispetto a quello dell'epoca di realizzazione della condotta lesiva (il solo richiesto dal 1917, e che le claims made impure contemplano). Perciò esse si inscrivono perfettamente nei "modi e nei tempi stabiliti dal contratto" entro i quali, a norma del 1905, l'assicuratore è tenuto a risarcire il danno all'assicurato.

4) Gli strumenti di tutela

A fronte di una clausola claims made predisposta dalla compagnia assicurativa il cliente ha ben poche speranze di "farla franca" nel caso in cui produca un danno a terzi: in altre parole egli deve "sperare" che il terzo avanzi la richiesta di risarcimento proprio nel

periodo di vigenza del contratto assicurativo, il quale una volta giunto al termine avrà esaurito la propria funzione di copertura.

Così stando le cose, fino ad un recente passato, l'unico strumento di tutela nella disponibilità del cliente era il **giudizio di vessatorietà** della clausola ai sensi dell'art. 1341 co.2 c.c., che però intanto può essere azionato in quanto si parte dal presupposto che la clausola claims made sia delimitativa della responsabilità (e non dell'oggetto) del contratto.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione in commento hanno statuito anche su questo punto, affermando che la clausola claims made impura, in quanto delimitativa dell'oggetto del contratto, **non è in astratto vessatoria**. A ben guardare essa non lo è neanche in concreto, sub specie degli altri profili tipizzati dal co.2 del 1341 c.c., per una molteplicità di ragioni tra cui viene in rilievo soprattutto l'argomentazione relativa all'incisione della libertà contrattuale del non predisponente: secondo la Cassazione essa costituisce al più un inconveniente pratico, che in quanto effetto riflesso delle condizioni di stipula, è semmai passibile di valutazione in sede di scrutinio sulla meritevolezza della tutela.

Tuttavia la clausola claims made può essere vessatoria ai sensi degli artt. 33 ss cod consumo laddove venga in rilievo la relativa disciplina^[4].

Ma le Sezioni Unite fanno un passo ulteriore: se da un lato escludono il giudizio di vessatorietà della clausola, contestualmente ammettono l'eventualità che essa possa essere sottoposta al diverso e più penetrante **giudizio di meritevolezza**.

Ebbene tale giudizio di meritevolezza si articola diversamente a seconda che venga in rilievo una clausola claims made pura o impura^[5]: nel primo caso **le clausole sono tendenzialmente sempre meritevoli**, perché non prevedono limitazioni temporali alla loro retroattività, svalutando l'importanza dell'epoca di commissione del fatto.

Allorchè venga in considerazione una clausola claims made impura **il giudizio di meritevolezza si fa più complesso**. Quelle che prevedono che durante il tempo dell'assicurazione deve intervenire sia la richiesta che l'illecito sono particolarmente penalizzanti e le Sezioni Unite sembrano optare per la soluzione della immeritevolezza. Le clausole che invece estendono (seppur entro un determinato arco temporale) la copertura assicurativa al rischio pregresso, possono essere positivamente apprezzate in quanto il rapporto di corrispettività tra pagamento del premio e diritto

all'indennizzo (se sfuma quasi totalmente rispetto alle condotte illecite poste in essere nell'ultimo periodo di vigenza del contratto) opera con riferimento agli illeciti posti in essere dall'assicurato nel periodo antecedente alla stipula. Quindi da questo punto di vista possono essere considerate meritevoli.

5) Conclusioni

Rispetto al quadro giurisprudenziale previgente è possibile, a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite del 2016, vantare qualche certezza in più in tema di claims made.

Posto che viene ribadito che tali clausole sono valide ed efficaci, la Cassazione esclude che il cliente possa far valere la loro vessatorietà ma ciononostante sottopone le stesse al vaglio di meritevolezza in concreto. Giudizio di meritevolezza che, se ancora appare a tratti nebuloso, conduce il cliente su una strada meno ripida e faticosa, in quanto volto a far dichiarare in nuce la nullità della clausola, rimedio senz'altro più dirimpante della mera declaratoria di inefficacia cui vanno incontro le clausole vessatorie ai sensi dell'art. 1341 co.2 c.c.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Ex multis, Trib. Casale Monferrato, 25 febbraio 1997; Trib. Bologna, 2 ottobre 2002, n. 3318; Trib. Genova, 8 aprile 2008.

[2].Per una puntuale analisi della pronuncia
cfr <http://www.camminodiritto.it/articolosingolo.asp?indexpage=976>

[3] Le clausole claims made impure garantiscono soltanto i sinistri accaduti e denunciati nel periodo di vigenza del contratto assicurativo.

[4] Si rammenta che la disciplina contenuta nel d.lgs. 6 settembre 2005 n° 206 (codice del consumo) intanto viene in rilievo in quanto una delle due parti (in questo caso il cliente della compagnia di assicurazione) possa essere qualificato come "consumatore".

[5] Per la definizione di clausola claims made impura cfr nt. 3.

(IR)RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO: LA LEGGE PINTO DOPO LA LEGGE DI STABILITÀ 2016

Lo scorrere del tempo non sempre rende le cose migliori. Ciò non accade per il processo, strumento di tutela per antonomasia della realtà sostanziale. Con la legge di stabilità 2016 sembra che il legislatore semini nuovi ostacoli sulla strada del risarcimento del danno da irragionevole durata del processo.

autore **Riccardo Bertini**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

Sommario: 1) Premessa; 2) I rimedi preventivi; 3) Diritto all'equa riparazione; 4) Misura dell'indennizzo; 5) Modalità di pagamento; 6) Conclusioni.

1) Premessa

Il principio della ragionevole durata del processo viene sancito nel lontano 1950 nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la quale da un lato garantisce che *"la causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole"* (art. 6) e dall'altro prevede che *"ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali"* (art. 13). La ragionevole durata, espressione di un processo che possa definirsi giusto, ha successivamente trovato collocazione anche nell'art. 111 cost. dove si afferma che *"ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata"* (1). La norma costituzionale, di natura programmatica, non consentiva tuttavia un'adeguata tutela e numerosi erano stati i ricorsi presentati alla Corte di Strasburgo e numerose erano state le condanne nei confronti del nostro Paese. In questo contesto nasceva la Legge 24 marzo 2001 n. 89 (cd. Legge Pinto, dal nome del suo estensore), che nel tempo successivo alla sua emanazione aveva già subito una riforma da parte del Governo precedente (2). Di recente il legislatore è nuovamente intervenuto sul dispositivo con la legge di Stabilità 2016 (3), apportando numerose

modifiche che sembrano rendere maggiormente gravoso il ricorso all'equa riparazione del danno da irragionevole durata del processo.

2) I rimedi preventivi

In primo luogo, il legislatore introduce con la riforma del 2016 una serie di rimedi definiti preventivi perché la parte deve proporli prima di adire il giudice con la domanda di equa riparazione del danno da eccessiva durata del processo. Il problema più rilevante che sembra porsi all'attenzione dell'interprete è che tali rimedi sono previsti a pena di inammissibilità (art. 2 comma 1) e quindi è dichiarata inammissibile la domanda di equa riparazione laddove non siano stati precedentemente esperiti i rimedi. Notevole è quindi la compressione del diritto di agire in giudizio, costituzionalmente garantito dall'art. 24 cost. e c'è da chiedersi se nel proseguo tale norma non sarà dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale. In ogni caso, tali rimedi, nel processo civile, consistono: a) nel processo sommario di cognizione *ex art. 702 bis c.p.c.*, b) nella richiesta di passaggio dal rito ordinario al rito sommario *ex art. 183 bis c.p.c.*, c) nell'istanza di decisione a seguito di trattazione orale *ex art. 281 sexies c.p.c.* nelle materie dove è inammissibile il rito sommario. Costituisce, altresì, rimedio preventivo l'istanza di accelerazione presentata nel processo dinanzi al giudice penale, alla Suprema Corte di Cassazione, alla Corte dei conti nonché l'istanza di prelievo dinanzi al giudice amministrativo (art. 1 ter). Dunque, viene posto a carico della parte un vero e proprio onere processuale, dal momento che essa deve aver esperito i suddetti rimedi per poter trovare ristoro dall'eventuale danno subito in sede giudiziale. Ma vi è di più, dal momento che si impone alla parte un giudizio prognostico sull'eccessiva durata del processo (e quindi sulla convenienza di esperire o meno il rimedio) che concretamente non può conoscere (4).

3) Diritto all'equa riparazione

Fermo quanto previsto nel testo originario della legge Pinto, la riforma del 2016 introduce poi una serie di eccezioni alla regola secondo cui *"chi, pur avendo esperito i rimedi preventivi di cui all'articolo 1 ter, ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale a causa dell'irragionevole durata del processo ha diritto ad un'equa riparazione"* (art. 1 bis). Nel valutare tale danno da un lato rimane fermo, come in passato, che il giudice prende in considerazione l'oggetto della controversia e il comportamento di tutti i soggetti nel processo e dall'altro che il termine è comunque ritenuto ragionevole se il processo non eccede la durata di tre anni in primo grado, due in

secondo grado, uno nel giudizio di legittimità, tre nel processo esecutivo, sei nelle procedure concorsuali (art. 2 comma 2 *bis*). In ogni caso, è previsto che debba considerarsi ragionevole il termine laddove il processo è definito in maniera irrevocabile in un periodo non superiore a sei anni (art. 2 comma 2 *ter*) (5). A ciò si aggiungono poi le esenzioni previste dalla riforma, le quali possono essere distinte tra quelle che prevedono una prova contraria e quelle che costituiscono presunzioni *juris et de jure*. Tra le prime, si possono annoverare, a titolo esemplificativo: la prescrizione del reato, la contumacia, l'estinzione del processo per rinuncia od inattività delle parti, la perenzione del ricorso, etc (art. 2 comma 2 *sexies*). Tra le seconde, invece, figurano: l'aver agito consapevole dell'infondatezza della propria domanda (anche oltre l'ipotesi di cui all'art. 96 c.p.c.), l'ipotesi prevista dall'art. 91 comma 1 primo periodo c.p.c., l'art. 13 comma 1 primo periodo d.lgs. 28/2010 e ogni caso di abuso dei poteri processuali che abbiano comportato una dilazione dei tempi (art. 2 quinquies). Tali ultime ipotesi destano maggiori perplessità perché consentono una maggiore discrezionalità interpretativa, lasciando, oltre alle ipotesi tipizzate dal legislatore, ulteriori ipotesi giudiziali di esclusione del diritto all'equa riparazione.

4) Misura dell'indennizzo

Al termine del procedimento per equa riparazione (delineato nei suoi aspetti essenziali dalla Legge stessa), il giudice può concedere l'indennizzo del danno. Il procedimento mantiene pressoché le stesse caratteristiche previste dal testo originario, ad eccezione della competenza. Il procedimento in questione viene introdotto con ricorso indirizzato al Presidente della Corte di Appello del distretto in cui ha sede il giudice davanti al quale si è svolto il giudizio di primo grado, nel termine decadenziale di sei mesi decorrente dal giorno in cui il provvedimento è divenuto definitivo (6). Il Presidente (o un giudice da lui delegato) decide sulla domanda con decreto; il decreto può essere di accoglimento e in tal caso liquida la somma a titolo di indennizzo oppure di rigetto e in tal caso la parte non può riproporre la domanda ma può solamente fare opposizione. Il legislatore della riforma interviene invece con maggiore incisività nello stabilire i limiti entro cui si colloca il *quantum* dell'indennizzo liquidabile nel decreto di accoglimento, viste anche le possibili ricadute economiche dello stesso sui bilanci dello Stato. Il giudice liquida una somma non inferiore a quattrocento euro e non superiore ad ottocento per ciascun anno o frazione di anno superiore ai sei mesi che eccede il termine di ragionevole durata (7). La somma può essere aumentata fino al venti per cento per ogni anno superiore al terzo (fino al quaranta per ogni anno superiore al settimo) e del pari è diminuita del venti per

cento quando le parti sono più di dieci (fino al quaranta per cento quando sono più di cinquanta). Inoltre, la somma può essere diminuita fino ad un terzo in caso di rigetto delle richieste del ricorrente ed in caso di più processi riuniti fra loro, l'indennizzo è riconosciuto una sola volta. Resta fermo che, come in passato, il giudice deve tenere conto dell'esito del processo, del comportamento delle parti, della natura degli interessi, del valore e della rilevanza della controversia. Infine, il legislatore introduce una specifica applicazione della *compensatio lucri cum danno*, laddove prevede che *"si presume parimenti insussistente il danno quando la parte ha conseguito, per effetto della irragionevole durata del processo, vantaggi patrimoniali eguali o maggiori rispetto alla misura dell'indennizzo altrimenti dovuto"* (art. 2 comma 2 *septies*).

5) Modalità di pagamento

Il legislatore prevede infine che il creditore, a favore della quale è stato riconosciuto l'indennizzo, debba rilasciare all'amministrazione debitrice una dichiarazione valida per sei mesi (predisposta sui modelli emanati dal Ministero dell'Economia e delle Finanze) attestante: a) la mancata riscossione di somme, b) l'esercizio di azioni giudiziarie, c) l'ammontare degli importi che l'amministrazione è ancora tenuta a corrispondere, d) la modalità di riscossione prescelta tra l'accreditamento sul conto corrente e il vaglia cambiario. La regolare trasmissione della dichiarazione è condizione necessaria per poter ottenere il pagamento dalla pubblica amministrazione e del pari l'amministrazione esegue, ove possibile, i provvedimenti per intero (art. 5 *quinquies*). Facile immaginare come la disposizione porti in sé il germe di possibili contenziosi, tra l'amministrazione e la parte debitrice, sui criteri utilizzati per stabilire la completezza e la regolarità dell'attestazione e della documentazione. Inoltre il mancato, incompleto o irregolare adempimento degli obblighi di comunicazione impedirà anche al giudice investito del procedimento di esecuzione forzata, così come al commissario ad acta nominato dal giudice amministrativo, ove il creditore abbia proposto azione di ottemperanza, di disporre il pagamento di somme o l'assegnazione di crediti in favore dei creditori *ex lege* Pinto. L'art. 5 *sexies* lascia quindi intuire che la parte vittoriosa dovrà attendere un discreto lasso di tempo prima di vedere soddisfatte le proprie pretese e anche laddove la stessa riuscirà a sbrogliare l'arduo gomitolo della burocrazia, viene comunque prevista una clausola di salvaguardia, secondo cui *"l'erogazione degli indennizzi agli aventi diritto avviene nei limiti delle risorse disponibili sui pertinenti capitoli di bilancio, fatto salvo il ricorso ad anticipazioni di tesoreria mediante pagamento in conto sospeso, la cui regolarizzazione avviene a carico*

del fondo di riserva per le spese obbligatorie, di cui all'articolo 26 della legge 31 dicembre 2009, n. 196" (art. 5 quinquies comma 6).

6) Conclusioni

A ben vedere la citata legge di Stabilità 2016 non sembra avere la forza, e neppure l'ambizione, di costituire uno strumento in grado di incidere positivamente sulla legge Pinto e quindi di impedire il verificarsi della violazione del diritto, di portata costituzionale ed europea, alla ragionevole durata del processo. Il legislatore cerca di responsabilizzare le parti ma arriva a ledere con i rimedi preventivi il diritto costituzionale di agire in giudizio. Cerca di razionalizzare i capitoli di spesa pubblica e giunge a stringere le maglie del diritto ad un'equa riparazione del danno, prevedendo cause di esclusione *ex lege*. Cerca di snellire il procedimento, ma si limita a modificare la competenza del giudice. Tenta infine di disciplinare le modalità di pagamento da parte dell'amministrazione e fa soggiacere la parte vittoriosa ad un mare di burocrazia. E' allora facilmente prevedibile il fallimento, il quale tuttavia potrebbe costituire la spinta propulsiva verso nuovi interventi legislativi, i quali questa volta dovrebbero essere necessariamente di ben più ampio respiro, indirizzando razionalmente la spesa pubblica su interventi strutturali e processuali davvero efficaci. Come infatti sostenuto da alcuna dottrina, qualunque novità legislativa potrà tuttavia portare i suoi frutti solo ove affondi le radici in una nuova "cultura del processo", la quale richiede da parte di tutti i soggetti coinvolti (legislatore, magistratura, avvocatura e cittadini) la consapevolezza dei valori in gioco, l'approfondimento scientifico e critico del concetto di "giusto processo" siccome percepito e disciplinato nel passato e nel presente, nonché la comune e sinergica volontà di sperimentare la via del processo ragionevole, che tale non sia solo per la durata ma anche per la qualità delle decisioni e per le ricadute socio-economiche (8).

Note bibliografiche

- 1) Art. 1 Legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2;
- 2) Decreto legislativo 22 giugno 2012 n. 83;
- 3) Legge 28 dicembre 2015 n. 208;
- 4) Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza 25 febbraio 2016, *Olivieri c. Italia*;
- 5) Corte Costituzionale, sentenza 19/02/2016, n° 36;
- 6) Cassazione, Sez. I, sentenza 24/02/2010, n. 4524;
- 7) Cassazione, Sez. IV, sentenza 2 novembre 2015, n. 22385;

8) P. D'ovidio, *Legge di stabilità 2016 e modifiche alla legge Pinto: durata irragionevole a costi razionali*, su www.magistraturaindipendente.it