



**N. 4/2008**

**SOMMARIO:**

\* ***Diritto Tributario*** a cura dell'Avv. Matteo Sances  
([sances.matteo@studiolegaleaugeri.eu](mailto:sances.matteo@studiolegaleaugeri.eu))

Pag.2: *Ipoteca "illegittima" e risarcimento dei danni.*

Pag.3: *Dividendi e plusvalenze: nuove percentuali di tassazione* (Dott. Raffaele Caccavo).

Pag.4: *Accertamento illegittimo se il contribuente rimane estraneo alle indagini* (Dott. Dario Ponchio).

\* ***Diritto del Lavoro*** a cura dell'Avv. Primo Augeri  
([avv.augeri@studiolegaleaugeri.eu](mailto:avv.augeri@studiolegaleaugeri.eu))

Pag.6: *Permessi per allattamento riconosciuti ed utilizzati dal lavoratore padre se la moglie è casalinga* (Avv. Gaspare Viscò).

Pag.8: *Infortunio sul lavoro e responsabilità datoriale per danno differenziale.* (Avv. Francesca Di Rito)

\* ***Appalti*** a cura dell'Avv. Saverio Fata

Pag.9: *Chiarimenti sull'art. 41, comma 1, lett. a) del codice dei contratti pubblici – la capacità economica e finanziaria dell'impresa concorrente.*

Articoli ultimati in data 24/11/2008



## \* APPROFONDIMENTI DI DIRITTO TRIBUTARIO.

A cura dell'Avv. Matteo Sances

### - Ipoteca “illegittima” e risarcimento dei danni.

Il Concessionario della riscossione (Equitalia SpA) non è tenuto al risarcimento dei danni morali causati al contribuente in caso di ipoteca illegittimamente iscritta nei suoi confronti.

Ciò è quanto emerge da una recente pronuncia della Commissione Tributaria Provinciale di Milano (sent. nr.464/40/07), la quale, nonostante abbia accertato l'illegittimità del provvedimento e disposto la cancellazione dello stesso a carico (e spese) di Equitalia, ha ritenuto di non accogliere la richiesta di risarcimento danni avanzata dal contribuente.

Al fine di comprendere il senso di tale pronuncia, dunque, occorre senza dubbio fare un passo indietro ed analizzare il comportamento del contribuente in fase contenziosa.

Tutto ha avuto inizio con la notifica al contribuente di un avviso di avvenuta iscrizione ipotecaria da parte di Equitalia.

Il contribuente, quindi, impugnava tempestivamente tale provvedimento chiedendo ai giudici milanesi di annullare l'iscrizione ipotecaria e contestualmente condannare la controparte alla cancellazione del provvedimento.

Si chiedeva, inoltre, la condanna di Equitalia al risarcimento dei danni che tuttavia non venivano quantificati. Ebbene, proprio in merito al mancato accoglimento di quest'ultima richiesta da parte dei giudici tributari, occorre evidenziare come sia fondamentale per il contribuente provare oltre all'illegittimità del provvedimento anche l'entità del danno subito nonché il nesso causale fra l'evento ed il comportamento tenuto dall'Ufficio (che tra l'altro dovrà essere almeno colposo).

Sicuramente chiarificatrice sul punto risulta una sentenza del 2001 della Suprema Corte (sent. Cass. nr.11955 del 21/09/2001), la quale ha chiarito che *“la risarcibilità dei danni derivanti ai soggetti privati dall'emanazione di atti o provvedimenti illegittimi della P.A., lesivi di situazioni di interesse legittimo, dipende in concreto dal necessario accertamento dell'effettività del danno e della sua <ingiustizia>, dall'esistenza di un nesso causale fra l'evento ed il comportamento illegittimo della P.A. e dalla sussistenza di una componente di dolo o colpa dell'amministrazione, che va verificata dal giudice in ragione di un esercizio dell'azione amministrativa che risulti in violazione di regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione...”*.

Alla luce di quanto illustrato, quindi, è chiaro che sarà onere del cittadino/contribuente fornire in modo dettagliato le prove dei danni subiti in modo da poter avere qualche possibilità di vedere accolta la propria richiesta di risarcimento danni.

Come sempre, chiunque si trovi di fronte a tali problematiche o abbia necessità di ulteriori chiarimenti potrà contattare “il punto informativo per l'impresa e il contribuente” ([sances.matteo@studiolegaleaugeri.eu](mailto:sances.matteo@studiolegaleaugeri.eu)) ed avere tutte le informazioni necessarie.

### ***- Dividendi e plusvalenze:nuove percentuali di tassazione*** (Dott. Raffaele Caccavo).

*A partire dal 1° gennaio 2009, gli utili e le plusvalenze derivanti da partecipazioni qualificate detenute da persone fisiche non imprenditori, saranno tassate con aliquota IRPEF di riferimento su di un imponibile pari al 49,72%<sup>1</sup> e non più sull'attuale 40%. Come noto, infatti, la Finanziaria 2008 (articolo 1, comma 33, lettera e) della legge 244/2007) ha ridotto l'aliquota nominale Ires dal 33% al 27,5% a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31/12/2007. La stessa legge finanziaria ha previsto che, con apposito decreto ministeriale, venissero proporzionalmente rideterminate le percentuali di imponibilità di dividendi e plusvalenze al fine di garantirne l'invarianza del livello di tassazione.*

La determinazione della nuova percentuale, rispecchia l'esigenza per il legislatore fiscale, di sottoporre a tassazione l'utile (percepito dalla persona fisica) per l'intero importo percentuale dell'aliquota marginale IRPEF . Posto che l'aliquota marginale Irpef attualmente vigente è pari al 43%, ipotizzando un utile prima dell'Ires pari a 100 e, di conseguenza, un dividendo distribuibile pari a 72,50, la misura di 49,72% si ricava dalla seguente formula:..... $15,50/72,50*0,43$ . In tal modo, il prelievo a titolo di Irpef è pari a 15,50 che, sommato al prelievo Ires pari a 27,50, consente di ottenere un prelievo complessivo pari a quello che si otterrebbe applicando all'utile lordo l'aliquota del 43% ( $15,50+27,50=43$ ).

#### Utili tassati.

Gli utili derivanti da partecipazioni qualificate (*ossia quelle che rappresentano una percentuale di diritti di voto esercitabile nell'assemblea ordinaria superiore al 2 o al 20% ovvero una partecipazione al capitale od al patrimonio superiore al 5 o al 25%, secondo che si tratti di titoli negoziati in mercati regolamentati o di altre partecipazioni*), a cui sarà applicata la nuova percentuale di imponibilità sono:

- a) utili distribuiti da società ed enti commerciali residenti;

b) utili distribuiti da società ed enti di qualsiasi tipo non residenti.

Non saranno soggetti al nuovo regime, invece, gli utili provenienti da società di persone, in quanto già tassati “per trasparenza” e nei casi di tassazione separata prevista dalla legge 244/2007.

#### Plusvalenze e minusvalenze.

Le plusvalenze (e minusvalenze) interessate dalla nuova disposizione sono:

- 1) plusvalenze (e minusvalenze) derivanti dalla cessione onerosa di partecipazioni qualificate in società di capitali ed enti commerciali residenti;
- 2) plusvalenze (e minusvalenze) derivanti dalla cessione onerosa di partecipazioni in società ed enti di qualsiasi tipo non residenti;
- 3) plusvalenze (e minusvalenze) derivanti dalla cessione onerosa di partecipazioni in società di persone residenti (con esclusione delle società artistiche e professionali).

Resta invariata la tassazione con imposta sostitutiva del 12,50% sugli utili e le plusvalenze derivanti da partecipazioni non qualificate percepite da soggetti non imprenditori (le minusvalenze saranno deducibili, dalle plusvalenze della stessa categoria, nel periodo d'imposta e nei quattro successivi). Resta altresì ferma la tassazione al 100% degli utili provenienti da paradisi fiscali, salvo interpello favorevole ex art. 167 co. 5 Tuir.

#### **- Accertamento illegittimo se il contribuente rimane estraneo alle indagini**

(Dott. Dario Ponchio).

La mancata sottoscrizione del processo verbale di constatazione, dovuta al fatto che il contribuente non ha preso parte ai controlli, inficia il successivo atto di accertamento rendendolo illegittimo.

Queste le conclusioni a cui la Suprema Corte è approdata con la sentenza nr. 21153/08.

L'accertamento di cui si tratta era partito da indagini svolte dalla Guardia di Finanza in merito a contratti con società estere per lo sfruttamento dell'immagine di atleti.

L'Ufficio aveva emanato avvisi di accertamento con il recupero a tassazione di redditi di lavoro autonomo ai fini delle imposte dirette sulla scorta dei citati contratti.



Il contribuente, non messo a conoscenza dei contenuti dei verbali di constatazione perché non presente alle attività di controllo, non aveva potuto né scegliere se sottoscrivere il verbale né avere cognizione dello stesso laddove riportava proprie precedenti dichiarazioni, rese nel corso di un procedimento penale.

La pronuncia della Suprema Corte ha confermato la decisione dei Giudici di merito che davano ragione al contribuente.

Dagli atti risultava infatti che il contribuente era rimasto del tutto estraneo alla stesura dei verbali di constatazione su cui l'Ufficio aveva successivamente fondato l'accertamento.

La Cassazione stessa pone in evidenza che la Commissione tributaria regionale non ha basato la propria decisione sul dato formale della mancata sottoscrizione né ha negato il potere dell'Ufficio di utilizzare «atti e notizie acquisiti» dalla Guardia di Finanza «nell'esercizio dei poteri di polizia giudiziaria», ma ha semplicemente osservato che si trattava di indagini alle quali il contribuente era rimasto estraneo.

#### Conclusione

Gli avvisi di accertamento scaturenti da un processo verbale di constatazione privo della sottoscrizione del contribuente, rimasto del tutto estraneo alla sua compilazione, devono ritenersi illegittimi anche se le contestazioni in esso contenute siano indirettamente conoscibili dal contribuente medesimo (nella specie, dichiarazioni rese durante un procedimento penale).



## \* APPROFONDIMENTI DI DIRITTO DEL LAVORO.

A cura dell'Avv. Primo Augeri

### - *Permessi per allattamento riconosciuti ed utilizzati dal lavoratore padre se la moglie è casalinga* (Avv. Gaspare Viscò).

Con la decisione n. 4293/2008, il Consiglio di Stato, confermando la sentenza del Tar della Toscana, introduce un importante elemento innovativo nell'ambito del diritto del lavoro.

Il lavoratore padre può, infatti, fruire dei riposi giornalieri “*per allattamento*” qualora la madre non ne abbia diritto in quanto casalinga.

La decisione attua, quindi, un'interpretazione alquanto innovativa del decreto legislativo n. 151/2001.

In base a tale normativa, il datore di lavoro deve consentire alle lavoratrici madri, durante il primo anno di vita del bambino, due ore di riposo durante la giornata, riducibili ad una quando l'orario giornaliero sia inferiore a sei ore.

I permessi sono tuttavia riconosciuti al padre lavoratore:

- 1) nel caso in cui i figli siano affidati al padre;
- 2) in alternativa alla madre lavoratrice dipendente, che non se ne avvalga;
- 3) nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente;
- 4) in caso di morte o di grave infermità della madre.

Dunque, in linea teorica, il padre lavoratore, coniugato con una casalinga, non potrebbe godere di nessun permesso.

Con il diniego di tali diritti si pregiudicherebbero, tuttavia, beni giuridici fondamentali per il nostro ordinamento: la famiglia e la maternità, valori tutelati in primis dalla nostra carta Costituzionale.

Il pericoloso vuoto di tutela ha originato un ampio dibattito in dottrina e in giurisprudenza fino ad una svolta che potremmo definire “*storica*”.

Il Tar Toscana riconosce, infatti, il diritto di un dipendente del ministero dell'Interno, coniugato con una casalinga, a vedersi riconosciuti i riposi giornalieri con relativo trattamento economico sino al compimento di un anno di vita delle figlie; successivamente il Consiglio di Stato conferma l'interpretazione innovativa data al termine “*lavoratrice*” dal Tar Toscana.



I giudici amministrativi riconoscono finalmente ciò che per anni era stato negato alle casalinghe: lo status di “lavoratrice” e la tutela dei conseguenti diritti; la madre casalinga è, infatti, impegnata in compiti che possono distoglierla dalla cura del proprio neonato.

E’, dunque, necessario che, impedita la madre, sia il padre ad occuparsi del figlio per la sua crescita all’interno della famiglia.

La predetta decisione si inserisce, comunque, in un alveo giurisprudenziale già consolidato dalla suprema Corte di Cassazione la quale, decidendo in materia di risarcimento danni, con sentenza n. 20234/2005 sanciva che: *“anche chi svolge attività domestica sia nell’ambito di un nucleo familiare, anche basato su una stabile convivenza, che in favore di se stesso, benché non percepisca un reddito, svolge un’attività suscettibile di valutazione economica. Dunque può subire un danno patrimoniale in conseguenza della riduzione della propria capacità lavorativa, che, se provato, è risarcibile autonomamente rispetto al danno biologico”*.

Il decreto legislativo n. 151/2001, secondo il Consiglio di Stato, si pone l’obiettivo di tutelare la famiglia e la maternità. Qualora la madre non sia lavoratrice dipendente, ma comunque dedita ad attività che la distolgano dalle cure del figlio, deve essere il padre a beneficiare di tutti i permessi per la sua assistenza.

Il ruolo di casalinga comporta necessariamente un dispendio di energie fisiche e mentali notevoli: esso può ben definirsi una prestazione lavorativa e come tale oggetto di diritti e di doveri.

Dunque, attraverso un’ interpretazione innovativa ed estensiva della norma, il Consiglio di Stato riconosce finalmente il ruolo di “lavoratrice” delle casalinghe.

In conclusione può ben affermarsi come tale decisione sia destinata ad avere un seguito giurisprudenziale e soprattutto legislativo volto al riconoscimento ed all’allargamento dei diritti dei lavoratori alle casalinghe in considerazione del loro ruolo determinante per la tutela di beni giuridici fondamentali quali la famiglia e la maternità.

**- Infortunio sul lavoro e responsabilità datoriale per danno differenziale**

(Avv. Francesca Di Rito).

Attualmente, il lavoratore vittima di infortunio sul lavoro o di una malattia professionale, aldilà ed in aggiunta all'indennizzo corrisposto dall'INAIL è legittimato a chiedere al datore di lavoro la corresponsione del c.d. "danno differenziale".

Il datore di lavoro è, infatti, tenuto al risarcimento del c.d. "danno differenziale" e cioè l'eventuale porzione di danno non coperta dall'intervento dell'INAIL e calcolata secondo il sistema civilistico.

In concreto il c.d. danno differenziale è costituito da diverse voci: danno biologico (anche temporaneo, inferiore al 6%), danno morale, danno esistenziale, danno patrimoniale da lucro cessante fuori franchigia INAIL, danno patrimoniale emergente.

Precisato l'ambito di responsabilità datoriale, la questione attiene esclusivamente alla ripartizione dell'onere probatorio.

Da un lato, quindi, il lavoratore sarà tenuto a provare le diverse voci di danno lamentate e il nesso eziologico di ciascuna voce di danno con l'attività lavorativa.

Ciò in conformità al costante orientamento della Suprema Corte per cui sul lavoratore che lamenta di aver subito un danno alla salute a causa dell'attività lavorativa incombe l'onere di dimostrare l'esistenza di tale danno, la nocività dell'ambiente di lavoro e il nesso causale tra questi due elementi mentre grava sul datore di lavoro l'onere di dimostrare di aver adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno (cfr. Cass. 11144/08 nonché in senso conforme si veda, *ex multis*: Cass. 16881/06; Cass. 11932/04).

Per contro, la responsabilità datoriale è di tipo contrattuale e deriva dall'inadempimento all'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 cc.

Di conseguenza il datore di lavoro è sempre responsabile dell'infortunio occorso al lavoratore, sia quando ometta di adottare le idonee misure protettive, sia quando non accerti e vigili che di queste misure venga fatto effettivamente uso da parte del dipendente. Occorre precisare che, l'eventuale concorso di colpa del lavoratore non attribuisce alcun effetto esimente al datore di lavoro. Infatti, la condotta del lavoratore può comportare l'esonero totale del datore di lavoro da responsabilità solo quando presenti i caratteri dell'abnormità, inopinabilità ed esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo e dalle direttive ricevute come pure dell'atipicità ed eccezionalità, così da porsi come causa esclusiva dell'evento (Cass. nr. 4075/04).

E così, il lavoratore dovrà dimostrare in giudizio il danno in tutte le componenti richieste e la riconducibilità eziologica all'inadempimento dell'obbligo di sicurezza mentre il datore di lavoro dovrà provare la non imputabilità dell'inadempimento.

Ciò detto, la Suprema Corte di Cassazione, con la recente sentenza n. 11144 del 7 maggio 2008 ha ribadito chiaramente che, in tema di ripartizione dell'onere probatorio nelle controversie relative ad infortuni sul lavoro o a malattie professionali, *“spetta al lavoratore l'onere di provare il nesso di causalità tra attività professionale e malattia e, trattandosi di azione esperita nei confronti del datore di lavoro non è operante alcuna presunzione di nesso eziologico”*.

### **\* APPROFONDIMENTI IN MATERIA DI APPALTI\***

A cura dell'Avv. Saverio Fata

#### ***- Chiarimenti sull'art. 41, comma 1, lett. a) del codice dei contratti pubblici – la capacità economica e finanziaria dell'impresa concorrente.***

Con riguardo agli appalti di servizi e di forniture, per i quali non vale il sistema di qualificazione previsto in materia di lavori pubblici, il legislatore si è preoccupato di tracciare la disciplina generale dei requisiti afferenti alla affidabilità dei concorrenti sia sotto il profilo della capacità economica e finanziaria *ex art. 41* del Codice, sia in riferimento alla capacità tecnica e professionale *ex art. 42*.

L'art. 41 comma 1, infatti, dice espressamente che un'impresa concorrente, deve dimostrare la propria capacità finanziaria ed economica mediante uno o più dei seguenti documenti:

- a) idonee dichiarazioni bancarie;
- b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa;
- c) dichiarazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi.

Pertanto, l'impresa che concorrerà per l'aggiudicazione di una gara di fornitura e di servizi, nel predisporre tutta la documentazione richiesta dalla Stazione appaltante nella busta n. 1 - Documentazione

amministrativa al fine di superare ed accedere alla fase successiva basata sull'offerta, inserirà nella stessa le "idonee dichiarazioni bancarie" (*rectius*: referenze bancarie).

Solitamente, le Stazioni appaltanti, richiedono come minimo 2 referenze bancarie, ma la procedura ad evidenza pubblica, essendo imperniata su alcuni principi di estrazione comunitaria, come quello per esempio della "proporzionalità", potrebbe prevedere un numero maggiore di "referenze bancarie" sempre in riferimento all'oggetto della gara.

È nostra intenzione focalizzare la presente trattazione unicamente sulle "referenze bancarie", tentando di fornire chiarimenti e di sciogliere alcuni dubbi.

La "referenza bancaria" che comunemente si definisce come "lettera di affidabilità", si intende quell'attestazione che l'istituto di credito rilascia, in cui si evince che intrattiene rapporti con l'impresa, fornendo, così, la garanzia della solidità finanziaria e solvibilità della stessa.

Di conseguenza, se tale è il contenuto necessario delle "referenze bancarie", non occorre che questo si traduca in formule predeterminate o sacramentali, bastando che l'istituto attesti in maniera comunque chiara ed esplicita l'idoneità dell'impresa, sotto il profilo delle risorse disponibili, a far fronte agli impegni che conseguirebbero dall'aggiudicazione dell'appalto (Si veda, in tal senso in giurisprudenza, TAR Lecce 11 dicembre 2001, n. 7812).

Si conforma a tale orientamento giurisprudenziale, la richiesta fatta all'interno del "Disciplinare di gara" da parte di una Stazione appaltante, di presentare delle "referenze bancarie" contenenti l'attestazione che l'impresa concorrente ***"possiede l'idoneità finanziaria ed economica a gestire il servizio oggetto dell'appalto"***.

Ma come intendere l'espressione "referenza bancaria", quando non vi sono specificazioni ulteriori della stessa?

Interviene sul punto, stravolgendo il consolidato orientamento, il Consiglio di Stato n. 3108/08.

La controversia arrivata davanti al Supremo organo giurisdizionale amministrativo, prende spunto dalla prosecuzione, in una gara pubblica, di una Impresa concorrente, che aveva presentato delle "referenze bancarie" che non attestavano la consistenza economico finanziaria della stessa società, ovvero di quelli elementi di fatto sulla sua situazione patrimoniale e finanziaria.

Al contrario, nel caso di specie, le "referenze bancarie" si limitavano soltanto a riferire "della correttezza dei rapporti intrattenuti con la banca da parte dell'Impresa".

Il Consiglio di Stato aderendo ad una precedente pronuncia (Si veda, in tal senso in giurisprudenza, Cons. Stato 22 aprile 2002, n. 2183), afferma che con l'espressione "idonee referenze bancarie" senza ulteriori precisazioni, si intende che gli istituti bancari debbano "riferire sulla qualità dei rapporti in atto con la società, per la quale le referenze sono richieste (quali la correttezza e la puntualità di questa nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, l'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso). Gli istituti bancari, del resto, non potrebbero neppure fornire elementi diversi da questi ai quali si è fatto riferimento. In particolare, non potrebbero fornire elementi quantitativi relativi a situazioni patrimoniali o finanziarie, trattandosi di elementi che, di fatto, potrebbero non essere da loro conosciuti e che, comunque, anche se fossero disponibili, non potrebbero rendere noto a terzi, stante l'obbligo di riservatezza gravante sugli istituti bancari.

La legge, infine, richiede genericamente la presentazione di "referenze bancarie" e non elementi sulla consistenza patrimoniale e finanziaria dei concorrenti. Si tratta, cioè, di un requisito di idoneità soggettiva volto a valorizzare, nell'ambito dei rapporti di natura economica, la capacità economica-finanziaria della impresa concorrente dimostrata nella sua consistenza materiale dagli altri requisiti richiesti per esprimere tale capacità" (Si veda, in tal senso in giurisprudenza, Cons. di Stato n. 3108/08).

L'istituto oggetto della presente trattazione è stato anche oggetto di modifica da parte del D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152 - 3° correttivo al Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 163 del 2006).

Infatti, l'attuale art. 41, comma 1, lett. a) del Codice, dice espressamente che negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti:

- dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385.

Due sono le novità introdotte dal legislatore nazionale.

La prima attiene al numero delle "referenze bancarie" che vengono fissate a "due", mentre precedentemente, non c'era nessuna prescrizione normativa, pertanto, la Stazione appaltante fissava il numero delle stesse, nell'ambito della propria discrezionalità e in conformità al principio di proporzionalità come detto sopra.

L'altra innovazione riguarda i soggetti che hanno la facoltà di rilasciare le "dichiarazioni" sulla capacità finanziaria ed economica, che ad oggi, non sono soltanto gli istituti bancari, ma anche gli intermediari



autorizzati ai sensi del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, scardinando, così, anche la terminologia utilizzata fino ad ora di “referenze bancarie”.

(\*per un maggiore approfondimento della materia si rinvia al sito internet di “*ImpresaeDiritto & MicrosoftPMI*”: <http://www.microsoft.com/italy/pmi/impresadiritto/default.msp> – sezione “NOVITA’ IN MATERIA DI APPALTI”)