INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

RIVISTA TRIMESTRALE DELL'AVVOCATURA
DELL'ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE

Direttore: VITTORIO CRECCO

Direttore Responsabile: ANNALISA GUIDOTTI

Comitato Scientifico: MAURIZIO CINELLI - ALESSANDRO GARILLI
GIUSEPPE IANNIRUBERTO - PASQUALE SANDULLI - FILIPPO SATTA - ANTONIO TODARO - ANTONIO VALLEBONA

In questo numero:

- Corte Cass., Sez. Lavoro, 5 ottobre 2007, sentenza n. 20886 137
Previdenza (Assicurazioni Sociali) - Lavoratori autonomi - Socio amministratore e lavoratore di società a responsabilità limitata - Criterio dell'attività svolta con abitualità e prevalenza - Onere gravante sull'INPS di individuazione

- Corte Cass., Sez. Lavoro, 7 dicembre 2007, sentenza n. 25670 187
Pensioni - Decadenza - Silenzio serbato su diniego di beneficio pensionistico - Decorso del termine di decadenza - Preclusione - Esclusione

- Corte Cass., Sez. Lavoro, 28 agosto 2007, sentenza n. 18145 201
Contributi - Sgravi - Imprese operanti in circoscrizioni con rapporto tra iscritti alla prima classe delle liste di collocamento e popolazione residente, superiore alla media nazionale

- Corte Cass., Sez. Lavoro, 23 agosto 2007, sentenza n. 17934 204
Contributi - Sgravi - Beneficio contributivo *ex* art. 5 legge n. 185 del 1992 - Imprenditore agricolo in forma di società di capitali - Applicabilità - Esclusione - Fondamento

- Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 febbraio 2007, sentenza n. 1734 261
Contratti pubblici - Gara pubblica - Aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - Capacità economico-finanziaria - Criterio di valutazione - Legittimità

Poste Italiane SpA - Spedizione in abbonamento postale - 70% - DCB Roma

INPS
ISTITUTO NAZIONALE PREVIDENZA SOCIALE

1

GENNAIO-FEBBRAIO-MARZO 2008

INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

RIVISTA TRIMESTRALE DELL'AVVOCATURA DELL'ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE

Redattori:
FAUSTO MARIA PROSPERI VALENTI
MARIO POTI

Comitato di redazione:
PIETRO CAPURSO
LIDIA CARCAVALLO
ANTONIO CIMMINO
MARIO INTORCIA
GINO MADONIA
MIRELLA MOGAVERO
MAURO NORI
SERGIO PREDEN
COSIMO PUNZI
ANTONINO SGROI
STEFANIA SOTGIA
SIMONA TERSIGNI

Segreteria di redazione:
LUCIA COLANTONIO
FLAVIA GIANNETTI
VALERIA MASUTTI
RICCARDO MEZZETTI
ANTONIO PAGLIONE

Redazione, Amministrazione e Segreteria
Via della Frezza, 17 - 00186 ROMA
Tel. 065905-6337-6453-6441
Fax 065905-6315
E-mail: Informazione.Previdenziale@inps.it

INPS
ISTITUTO NAZIONALE PREVIDENZA SOCIALE

1

GENNAIO-FEBBRAIO-MARZO 2008

GRAFICA PONTINA - Pomezia - Via Carlo Poma, 8

Aut. Trib. Roma N. 84 del 16.2.2000
Finito di stampare: luglio 2008

SOMMARIO N. 1/2008

INDICI		pag.	V
DOTTRINA			
SIGILLÒ MASSARA G.:	«Fondi di solidarietà e sistema previdenziale»	»	1
MARINELLI M.:	«Questioni attuali in tema di contribuzione per la malattia»	»	82
CIMINO G.:	«La riforma 2008 del welfare e percorso del sistema contributivo nell'ambito dell'assicurazione generale obbligatoria dei lavoratori dipendenti»		99
CAPURSO P.:	«I servizi ispettivi del lavoro alla ricerca della interposizione illecita perduta»		109
NOTE A SENTENZA			
AUGUGLIARO G.:	«I galleggianti e i confini del diritto della navigazione»	»	128
CAMA R.M.:	«Unicità dell'iscrizione previdenziale e pretesa incompatibilità della gestione dell'impresa con la partecipazione al lavoro aziendale. L'intervento della Cassazione sugli obblighi contributivi del socio d'opera-amministratore di s.r.l. del settore terziario»	»	141
GIORGI F.M.:	«Prime interpretazioni giurisprudenziali dell'art. 366 bis cpc»	»	162
GIURISPRUDENZA			
CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Unite Civili		»	153
CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Civili		»	177
CORTE D'APPELLO - Sezioni Civili		»	207
TRIBUNALI - Sezioni Civili		»	236
CONSIGLIO DI STATO		»	261
CORTE DEI CONTI		»	269
OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (a cura di E. Bergamini)		»	273
SEGNALAZIONI BIBLIOGRAFICHE		»	297

- Gli articoli - che devono pervenire alla Redazione su supporto magnetico - impegnano solo la responsabilità dei rispettivi Autori.

- Corte Costituzionale*: si omette di indicare l'intervento, tramite l'Avvocatura dello Stato, della Presidenza del Consiglio dei Ministri.*
- Suprema Corte di Cassazione: *le conclusioni del P.M. vengono riportate solo se difformi.*

INDICE DELLE SENTENZE N. 1/2008

GIURISDIZIONE	*NUMERO DECISIONE*	*DATA*	*PAG.*
CORTE DI CASSAZIONE (Sezioni Unite Civili)	2658/08	05.02.2008	153
CORTE DI CASSAZIONE (Sezioni Civili)	7146/08	17.03.2008	177
	2785/08	06.02.2008	180
	2652/08	04.02.2008	153
	1670/08	25.01.2008	184
	26927/07	20.12.2007	153
	25670/07	07.12.2007	187
	25488/07	06.12.2007	192
	23477/07	12.11.2007	195
	20886/07	05.10.2007	137
	20737/07	03.10.2007	197
	18145/07	28.08.2007	201
	17934/07	23.08.2007	204
	15496/07	11.07.2007	118
CORTE DI APPELLO (Sezioni Civili)			
Brescia	450/07	15/23.11.2007	207
Brescia	128/07	22.03/08.06.2007	208
Genova	984/07	21.09/04.10.2007	212
Milano	985/07	26.09/30.10.2007	214
Venezia	663/07	20.11.07/25.01.2008	216
Venezia	653/07	13.11/18.12.2007	226
Venezia	432/07	03.07/20.09.2007	230
TRIBUNALI (Sezioni Civili)			
Bergamo	1137/07	13.12.2007	236
Palermo	3956/06	29.09/29.12.2006	239
Pistoia	827/07	10.09.2007	242
Roma	3188/08	28.02.2008	244
Roma	22898/07	22.11.2007	247
Roma	18956/07	16/30.10.2007	251
Roma	2003/07	01.02.2007	253
Viterbo	753/07	02.10.07/20.02.2008	257

GIURISDIZIONE	*NUMERO DECISIONE*	*DATA*	*PAG.*
CONSIGLIO DI STATO			
Sez. VI	1734/08	15.02.2008	261
Sez. VI	4057/07	19.07.2007	265
CORTE DEI CONTI			
Prima Sez. Giurisdizionale Centrale	449/07	15.11.2007	269

INDICE ANALITICO N. 1/2008

CONTRATTI PUBBLICI

- Gara pubblica - Aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - Capacità economico-finanziaria - Criterio di valutazione - Legittimità. (pag. 261)
- Raggruppamento temporaneo di imprese - Affitto di ramo d'azienda di una delle società mandanti - Rapporti con l'amministrazione appaltante - Irrilevanza. (pag. 253)

CONTRIBUTI

- Commercianti - Obbligo contributivo soci di srl - Contemporanea iscrizione nella gestione separata *ex* art.2 L.335/95 - Criterio di prevalenza. (pag. 226)
- Facoltà per i comandanti e i direttori di macchina della navigazione marittima di optare per l'iscrizione all'INPDAI - Esercizio - Condizioni - Preventivo conseguimento di una posizione assicurativa nell'INPDAI - Necessità - Fattispecie. (pag. 197)
- Fiscalizzazione degli oneri sociali - Imprese armatoriali straniere - Lavoratori imbarcati su galleggianti mobili - Applicazione - Condizioni. (pag. 118)
- Inquadramento - Rettifica - Affidamento - Irrilevanza. (pag. 239)
- Pagamento indebito - Gestione artigiani - Computabilità agli effetti del diritto e della misura della prestazione - Esclusione - Fondamento. (pag. 192)
- Ricongiunzione di contributi versati nell'AGO nella gestione dei lavoratori autonomi - Inammissibilità. (pag. 230)
- Sgravi - Beneficio contributivo *ex* art. 5 l. n. 185 del 1992 - Imprenditore agricolo in forma di società di capitali - Applicabilità - Esclusione - Fondamento. (pag. 204)
- Sgravi - Imprese operanti in circoscrizioni con rapporto tra iscritti alla prima classe delle liste di collocamento e popolazione residente in età da lavoro, superiore alla media nazionale - Requisiti per l'agevolazione contributiva - Ubicazione dell'impresa in una circoscrizione territoriale e residenza del lavoratore nella medesima circoscrizione - Necessità. (pag. 201)

DISMISSIONE DEL PATRIMONIO IMMOBILIARE DEGLI ENTI PREVIDENZIALI

- Riduzione del prezzo di vendita - Art. 3, comma 20 legge n. 410/2001 e art. 1 legge n. 104/2004 - Manifestazione di volontà - Necessità - Manifestazione della propensione all'acquisto - Irrilevanza. (pag. 246)

GIUDIZIO AMMINISTRATIVO

- Sentenza del Consiglio di Stato - Reperimento di documenti decisivi che la parte non aveva potuto proporre in giudizio per causa di forza maggiore attestanti irregolarità contributiva di una società partecipante ad una gara di appalto - Prova della regolarità contributiva raggiunta in virtù di certificazione proveniente dall'INPS - Querela di falso - Mancata proposizione - Revocazione - Inammissibilità. (pag. 265)

IMPIEGO PUBBLICO

- Dipendente INPS inquadrato in area B - Preteso esercizio di mansioni riconducibili ad area C - Attività impiegatizia di media autonomia e complessità- Differenze retributive - Insussistenza del diritto. (pag. 257)

PENSIONI

- Decadenza - Silenzio serbato sul ricorso amministrativo avverso un provvedimento di diniego di un beneficio pensionistico - Decorso del termine triennale di decadenza - Preclusione - Esclusione. (pag. 187)

- Fondo speciale pensioni del personale delle Ferrovie dello Stato S.p.A - Pensione di reversibilità - Orfano maggiorenne nullatenente - Perdita del requisito della nullatenenza - Revoca della pensione - Effetti permanenti - Sussistenza - Diritto al ripristino al ripresentarsi dello stato di bisogno - Esclusione. (pag. 269)

- Pensione di anzianità - Blocco dei pensionamenti e scaglionamento della decorrenza della pensione - Individuazione della normativa applicabile - Momento di proposizione della domanda amministrativa - Rilevanza. (pag. 177)

- Pensione di anzianità - Trattamento percepito a seguito di licenziamento poi annullato da sentenza reintegratoria - Indebito - Sussistenza. (pag. 184)

- Pensione in regime internazionale - Liquidazione - Calcolo della pensione virtuale - Importo comprensivo della integrazione al minimo - Ammissibilità - Condizioni - Spettanza di detta integrazione ai sensi della legge italiana. (pag. 180)

- Revoca prestazione di invalidità civile - Ratei percepiti successivamente alla data della visita di revisione - Ripetibilità. (pag. 207)

- Trattamenti a carico dell'E.N.P.A.L.S. conseguiti anche in virtù di contribuzione versata all'INPS - Miglioramenti *ex* art. 5 della legge n. 140 del 1985 e art. 3 della legge n. 544 del 1988 - Applicabilità - Esclusione. (pag. 195)

PRESTAZIONI

- Assegno straordinario a sostegno del reddito - Erogazione indebita - Applicabilità della disciplina in materia di indebito previdenziale - Esclusione. (pag. 251)

- Fondo di garanzia - Intervento - Condizioni - Cessazione rapporto di lavoro - Necessità. (pag. 242)

- Fondo di garanzia - Intervento - Pagamento oneri convenzionali pattuiti contrattualmente - Esclusione. (pag. 236)

- Indennità di disoccupazione - Presupposti - Inattività lavorativa involontaria - Sussistenza in caso di esercizio di lavoro autonomo - Esclusione. (pag. 244)

- Indennità di mobilità - Svolgimento di attività lavorativa autonoma - Incompatibilità. (pag. 208)

- Indennità di mobilità - Trasferimento residenza all'estero - Insussistenza diritto. (pag. 213)

PREVIDENZA (ASSICURAZIONI SOCIALI)

- Lavoratori autonomi - In genere - Socio amministratore e lavoratore di società a responsabilità limitata - Iscrizione in unica gestione - Criterio dell'attività svolta con abitualità e prevalenza - Rilevanza - Sussistenza di pluralità di iscrizioni - Onere gravante sull'INPS di individuazione dell'attività prevalente - Sussistenza. (pag. 137)

PROCESSO CIVILE

- Controversia contributiva - Divergenza tra dichiarazioni assunte in sede ispettiva e dichiarazioni assunte in istruttoria - Presunzione di maggiore attendibilità delle dichiarazioni assunte in sede ispettiva. (pag. 216)

- Controversie previdenziali - Art. 152 disp. att. c.p.c. - Compensazione delle spese per l'assicurato non abbiente soccombente in giudizio - Dichiarazione sostitutiva - Modalità. (pag. 212)

- Ricorso - Motivi di violazione di norme di diritto e di difetto di motivazione che non contengono né si concludono con la formulazione di uno specifico quesito - Ammissibilità - Esclusione - Censura di legittimità costituzionale per eccesso di delega e limitazione del diritto di accesso alla giurisdizione - Infondatezza (c.p.c. artt. 360 e 366 bis). (pag. 153)

- Ricorso - Motivo di difetto di motivazione - Chiara indicazione del fatto controverso e delle ragioni di insufficienza della motivazione non contenuta in una apposita parte riassuntiva del motivo, ma desumibile dalla sua illustrazione - Ammissibilità (c.p.c. artt. 360 e 366 bis). (pag. 153)

- Ricorso - Quesito di diritto dal quale non sia desumibile in via immediata l'errore di diritto che si assume compiuto - Ammissibilità - Esclusione (C.p.c. artt. 360 e 366 bis). (pag. 153)

- Rito lavoro - Omessa tempestiva rinnovazione della notifica dell'atto introduttivo irritualmente notificato - Art. 291 c.p.c: applicabilità - Conseguenze: estinzione del giudizio. (pag. 225)

- Rito lavoro - Principio di non contestazione - Effetti. (pag. 216)

GIUSEPPE SIGILLÒ MASSARA

Professore aggregato di Diritto Sindacale presso la Facoltà di Economia
dell'Università di Roma "Tor Vergata"

FONDI DI SOLIDARIETÀ E SISTEMA PREVIDENZIALE

Sommario: PREMESSA. - 1. - RISTRUTTURAZIONE E INTERVENTI DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA: PRECEDENTI "STORICI": ENTI BILATERALI E CONTRATTI DI SOLIDARIETÀ. - 1.1. - L'esperienza degli enti bilaterali. - 1.2. - I contratti di solidarietà. - 2. - LA LEGGE N. 662/1996 ED I SUCCESSIVI PROVVEDIMENTI DI ATTUAZIONE. - 2.1. - Il decreto ministeriale 27 novembre 1997, n. 477. - 2.2. - Il regime transitorio della legge n. 449/1997. - 3. - I FONDI DI SOLIDARITÀ NEL SISTEMA DI PREVIDENZA SOCIALE. - 4. - ART. 38 COST. E FONDI DI SOLIDARIETÀ: LA COLLOCAZIONE NEL SISTEMA PREVIDENZIALE. - 4.1. - La previdenza privata di fonte collettiva: cenni sulla previdenza complementare. - 4.2. - I Fondi a fonte legale a disciplina collettiva: i Fondi di solidarietà. - 4.3. - I Fondi di solidarietà nell'art. 38 Cost. - 5. - L'ART. 39 DELLA COSTITUZIONE ED I FONDI DI SOLIDARIETÀ: LA LIBERTÀ SINDACALE. - 5.1. - Art. 39 Cost. e vincolatività degli accordi istitutivi dei Fondi di solidarietà. - 6. - LA NATURA GIURIDICA DEI FONDI DI SOLIDARIETÀ. - 7. - L'ISTITUZIONE E LA COSTITUZIONE DEI FONDI DI SOLIDARIETÀ. - 7.1. - Fonti istitutive e fonti costitutive dei Fondi di solidarietà. - 8. - L'ORGANIZZAZIONE DEI FONDI E LA GESTIONE PARITETICA. - 8.1. - La composizione del comitato di amministrazione. 8.2. - Compiti del comitato amministratore. - 9. - IL SISTEMA DI FINANZIAMENTO. - 9.1. - La natura della contribuzione. - 9.2. - Il ruolo dell'autonomia collettiva nel finanziamento dei Fondi di solidarietà. - 10. - LE PRESTAZIONI EROGATE DAI FONDI DI SOLIDARIETÀ. - 11. - LE PRESTAZIONI ORDINARIE PER LA FORMAZIONE DEI LAVORATORI E PER I PERIODI DI SOSPENSIONE LAVORO. - 11.1. - Le prestazioni con finalità formative. - 11.2. - Le prestazioni ordinarie a sostegno del reddito. - 12. - LE PRESTAZIONI STRAORDINARIE DI SOSTEGNO AL REDDITO. - 12.1. - L'accesso alle prestazioni straordinarie: le procedure di scelta dei lavoratori ed il criterio della maggiore prossimità al pensionamento. - 12.2. - La misura delle prestazioni straordinarie. - 12.3. - Il trattamento fiscale delle prestazioni straordinarie. - 12.4. - La contribuzione correlata.

Premessa

A seguito dei processi di privatizzazione e liberalizzazione nel settore dei servizi pubblici e privati, ci si è trovati di fronte a problemi urgenti e delicati di ristrutturazione

e crisi aziendali ai quali non si potevano dare le risposte che sino ad allora erano state tradizionalmente date (*id est* prepensionamenti di massa). Così, nel collegato alla finanziaria per il 1997 (legge n. 662/1997), il Legislatore - rilevata la "ricchezza" dei settori interessati - ha introdotto un sistema di gestione delle eccedenza di personale mediante un rinvio all'autonomia collettiva, autorizzando (ed agevolando) l'intervento medesima al fine di garantire l'istituzione e la gestione dei processi di licenziamento collettivo (1).

In questo caso, si è preferito affidare alle parti sociali il compito di individuare strumenti specifici alla gestione delle eccedenze di personale, in grado di fronteggiare al meglio l'impatto delle crisi d'impresa, piuttosto che ampliare l'accesso alla Cassa integrazione guadagni straordinaria (ed all'indennità di mobilità). Tutto ciò nella convinzione che le parti sociali, tenendo conto delle caratteristiche tecnico-organizzative dei settori produttivi, avessero la capacità di fornire risposte adeguate alle trasformazioni in atto.

Ciò, nel dettaglio, è avvenuto con l'articolo 2, comma 28, della legge n. 662/1996, dove è prevista la possibilità per la contrattazione collettiva di costituire Fondi nazionali di previdenza, per sostenere il reddito in caso di crisi e/o ristrutturazione aziendale, allo scopo di "definire in via sperimentale misure di politiche attive di sostegno del reddito e dell'occupazione nell'ambito di processi di ristrutturazione aziendale per fronteggiare situazioni di crisi", "in attesa di un'organica riforma degli ammortizzatori sociali".

Il sistema immaginato dal Legislatore avrebbe dovuto avere una durata determinata nel tempo, finalizzata esclusivamente a gestire quel particolare periodo susseguente alla privatizzazione dei principali istituti di credito e di assicurazione, nonché delle aziende esercenti pubblici servizi (tra cui, in particolare, Ferrovie, l'Ente Tabacchi Italiano e Poste Italiane). Tuttavia, così non è stato.

La contrattazione collettiva, infatti, accortasi della "potenza" dello strumento messo a disposizione dalla legge, ha ampliato ed istituzionalizzato lo strumento dei Fondi di settore. Così, accanto agli originari Fondi istituiti per il credito ed il credito cooperativo (2), sono stati istituiti quelli per le assicurazioni (per le imprese poste in liquidazione coatta amministrativa) (3), per l'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato (4), quella della Riscossione dei Tributi Erariali (5) e, da ultimo, per Poste Italiane S.p.A. (6). A questi - confermando una sorta di schizzofrenia del Legislatore ogni volta che si parla di ammortizzatori sociali - si sono aggiunte forme "particolari" di Fondi di solidarietà istituite per le Ferrovie italiane (7) e per

(1) Cfr. PESSI R., *Salario previdenziale e rapporto di lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2003, 459.

(2) Rispettivamente d.m. n. 157/2000 e 158/2000 che, a loro volta, recepiscono gli accordi collettivi del 28 febbraio 1998.

(3) D.m. n. 351/2000, attuativo del contratto collettivo del 26 luglio 1999.

(4) D.m. n. 88/2002, nonché il contratto collettivo del 24 gennaio 2001.

(5) D.m. n. 375/2003, di attuazione del contratto collettivo nazionale del 12 dicembre 2001.

(6) D.m. n. 178/2005 che recepisce l'accordo del 18 luglio 2001.

(7) Cfr. art. 59, legge n. 449/1997, nonché l'accordo collettivo ed il d.m. Trasporti del 21 maggio 1998, secondo cui "Gli interventi diretti a favorire la riorganizzazione ed il risanamento della società Ferrovie dello Stato S.p.A. e le misure per il perseguimento di politiche attive del lavoro e per il sostegno al reddito per il personale eccedentario, a carico del Fondo di cui all'art. 59, comma 6, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, sono attuati con i criteri e le modalità previste dagli accordi collettivi, di cui in premessa, tra le Ferrovie dello Stato S.p.A. e le organizzazioni sindacali stipulanti".

l'Alitalia (8). Da ultimo, infine, deve ricordarsi la previsione contenuta all'art. 1, comma 303, della legge finanziaria per il 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244), la quale - dichiaratasi in attesa della riforma degli ammortizzatori sociali, peraltro delegata al Governo tramite al legge n. 247/2007 - prevede l'operatività di Fondi di sostegno al reddito costituiti ad opera della contrattazione collettiva *ex* art. 2, comma 28, l. n. 662/1996, anche per il settore del trasporto pubblico locale (9).

Rilevato, dunque, che il fenomeno dei Fondi di solidarietà di sostegno al reddito non si è limitato alla gestione di situazioni di emergenza occupazionale concentrate in un dato momento storico e che la tecnica di tutela ivi prefigurata pare aver acquisito una autonomia tale da inquadrare i Fondi in parola tra gli strumenti di sostegno al reddito che svolgono quel compito pubblicistico di cui all'art. 38 Cost., pare opportuno procedere ad una disamina sistematica della loro disciplina.

1. — Ristrutturazioni e interventi della contrattazione collettiva: precedenti "storici": enti bilaterali e contratti di solidarietà

I Fondi di sostegno al reddito, in verità, non rappresentano una novità assoluta nel panorama giuslavoristico italiano.

Nell'ambito del settore edile ed artigiano, infatti, operano sin dai primi anni '70 specifici enti bilaterali per la disciplina e la gestione di singoli istituti contrattuali (malattia, infortunio, maternità, disoccupazione ecc.) e, dalla metà degli anni '80, strumenti come i contratti di solidarietà "difensivi", con i quali le parti sociali hanno provveduto a creare una vasta rete di solidarietà tra le imprese e tra i lavoratori del settore. Non è questa la sede più adatta per approfondire una tematica così risalente nel tempo e sulla quale, invero, si sono già esaurientemente pronunciati autorevoli commentatori. Appare opportuno, pertanto, in questa sede, limitarsi a svolgere alcune considerazioni sull'esperienze maturate in quegli ambiti e su come le stesse abbiano significativamen-

(8) Cfr. art. 1-*ter*, legge n. 29/2004, nonché l'accordo sottoscritto da Assaereo e Assaeroporti con le Organizzazioni sindacali/ Associazioni professionali dei lavoratori il 28 luglio 2005, che ha istituito un Fondo "integrativo" dei trattamenti di CIGS estesi ai dipendenti delle imprese del settore aereo, alimentato con contributi a carico dei datori di lavoro (per lo 0,375 per cento) e dei lavoratori (per lo 0,125 per cento), e finalizzato a garantire ai lavoratori collocati in cassa integrazione e/o mobilità l'integrazione del reddito pari all'80 per cento della retribuzione fissa delle mensilità aggiuntive e delle voci retributive contrattuali aventi carattere di continuità. Per una ricostruzione della vicenda Alitalia, cfr. IORIO M.R., *Regole e conflitto: note critiche sul caso Alitalia*, in *Dir. relaz. ind.*, 2005, 135. Sempre con riferimento al settore del trasporto aereo, da ultimo va dato conto, anche dell'intervento attuato con il c.d decreto mille proroghe (decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito in legge 8 febbraio 2008, n. 31), che ha confermato la Cassa integrazione per i dipendenti dell'Alitalia ed ha stanziato risorse per attutire le conseguenze negative della dismissione dell'*hub* di Malpensa.

(9) Ed infatti, nonostante i richiamati provvedimenti attualmente in discussione per una generale riforma degli ammortizzatori sociali, il disposto dell'art. 1, comma 303, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria per il 2008), nelle more di un'organica riforma delle provvidenza contro la disoccupazione, estende al settore del trasporto pubblico locale il sistema dei Fondi di sostegno al reddito di cui all'art. 2, comma 28, l. n. 662/1996. Occorre, pertanto attendersi a breve l'istituzione di un nuovo Fondo di solidarietà destinato a tale settore.

te influenzato l'evoluzione della disciplina dei Fondi di sostegno al reddito; e come sia, conseguentemente, possibile rintracciare similitudini tra siffatti organismi e gli stessi enti bilaterali ed i contratti di solidarietà, a cominciare, invero, proprio dalla composizione "mista" dei loro organi di gestione, i quali prevedono appunto la partecipazione tanto dei rappresentanti dei datori di lavoro che di quelli dei lavoratori.

1.1. — L'esperienza degli enti bilaterali

L'esperienza più "antica" di bilateralismo è rappresentata certamente dagli enti bilaterali, i quali, ancora oggi, mantengono la loro attualità, tanto che il Legislatore ha sentito il bisogno di riaffermare la centralità di tali enti anche nell'ultima riforma del mercato del lavoro di cui alla legge del 2003, n. 30 (10) ed al conseguente d.lgs. n. 276/2003 (11). La bilateralità, infatti, implica un principio attraverso il quale le parti sociali decidono di affrontare e risolvere particolari questioni oggetto di confronto, ed in alcuni casi anche causa di conflitto, individuando sedi e strumenti al di fuori della contrattazione che vengono partecipati e gestiti congiuntamente dai rappresentanti delle organizzazioni imprenditoriali e dei lavoratori (12); principio che è incoraggiato

(10) L'art. 10 della legge 14 febbraio 2003 novella integralmente l'art. 3, decreto legge 23 marzo 1993, n. 71 (convertito in legge 20 marzo 1993, n. 151), che, nell'estendere il riconoscimento di benefici normativi e contributivi anche alle imprese commerciali e del turismo, ha subordinato il riconoscimento di dette agevolazioni "all'integrale rispetto degli accordi e contratti citati, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale". Peraltro, l'adesione agli enti bilaterali quale condizione di riconoscimento di benefici contributivi e normativi, diviene particolarmente rilevante laddove si consideri che la novella del 2003, oltre ad estendere l'ambito soggettivo delle imprese che possono usufruire delle agevolazioni in parola anche al settore commerciale e del turismo, ha esteso anche l'ambito oggettivo della norma. Infatti, l'eliminazione dal testo dell'art. 3 del riferimento agli artt. 1 e 2 del medesimo d.l. n. 71/1993 - relativi, rispettivamente, agli sgravi contributivi per il Mezzogiorno ed alla fiscalizzazione degli oneri sociali - ha condotto la dottrina ad affermare che la disposizione in parola rappresenta, ormai, una norma di applicazione generalizzata ad ogni tipologia di incentivo normativo e/o economico, rivolto ai settori dell'artigianato, commerciale e del turismo, tale da assorbire anche altre disposizioni di contenuto analogo, tra cui, *in primis*, l'art. 36 dello Statuto del lavoratori (l. n. 300/1970); sul tema, LUDOVICO G., *L'estensione indiretta del contratto collettivo per le imprese artigiane, commerciali e del turismo*, in CARINCI M.T. (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Milano, 2003; TIRABOSCHI M., *Incentivi economici e contratti collettivi: note sull'art. 10, legge 30/2003*, in *Guida lav.*, n. 44, 2003, 34; GAROFALO D., *Benefici contributivi e condizioni: la contribuzione agli Enti Bilaterali artigiani. La L. n. 30/2003 azzera gli effetti di Cass. n. 6530/2001*, in *Lav. giur.*, 2004, 12; PARISI A., ROCCHINI E., *Brevi note in tema di obbligatorietà del versamento dei contributi all'EBT da parte delle aziende del settore turismo*, in *Roma & Lazio, periodico dell'Ente Bilaterale del Turismo del Lazio*, n. 5/2006, 33; BAVARO VD., *Note su enti bilaterali e libertà contrattuale*, in *Lav. giur.*, 2007, 1169.

(11) Su cui, *amplius* PROIA G., *Enti bilaterali e riforma del mercato del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 49.

(12) Tali organismi, diffusi in vari settori produttivi (soprattutto nell'agricoltura, nell'edilizia e nell'artigianato) rimandano ad un modello "maturo" di relazioni industriali, di tipo non statico o meramente conflittuale, ma di tipo dinamico, cogestivo - collaborativo; cfr. BELLARDI L., *Contrattazione territoriale ed enti bilaterali: alcune osservazioni*, in *Lav. inf.*, 1997; ma già NAPOLI M., *La cassa edile nella struttura di contrattazione del settore*, in *Prosp. sind.*, 1983.

e favorito dal Legislatore (13), il quale, anzi, tende da ultimo ad attribuire a questi enti funzioni ulteriori e, a volte, non propriamente in linea con le loro originali finalità (14).

Del resto è evidente come la progressiva contrazione dei finanziamenti degli istituti di natura previdenziale da parte dello Stato centrale in ragione dell'espansione raggiunta dal *deficit* pubblico e dai vincoli posti al nostro Paese dall'appartenenza all'Unione europea hanno rilanciato l'esigenza di ripensare il sistema di sostegno al reddito mediante forme decentrate ed autogestite di assicurazione. Di qui il crescente interesse nei confronti delle varie possibili forme di previdenza integrativa, in generale, e degli enti bilaterali, in particolare, i quali, per la loro natura di bilateralità e di regionalità, possono rivestire un importante ruolo nel divenire dello Stato sociale: riprendendo, infatti, il modello mutualistico, la cui origine risale agli inizi dell'associazionismo operaio, essi si configurano, in sostanza, come gestori istituzionali di risorse previdenziali, secondo una tendenza legislativa che oggi vede la previdenza pubblica sempre più coadiuvata o sostituita da iniziative particolari e di settore (15).

---

(13) Già nei primi anni '90, invero, si evidenziava l'importanza di organismi paritetici, istituiti in attuazione di accordi tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro maggiormente rappresentative sul piano nazionale, riconoscendo loro la possibilità di stipulare convenzioni con Regioni e Province autonome "per l'analisi e l'approfondimento delle situazioni occupazionali locali e lo svolgimento di indagini mirate ai fabbisogni di professionalità" (art. 9, legge n. 236/1993). Successivamente, anche il Patto per il lavoro del settembre del 1996 ha riconosciuto il ruolo della bilateralità, soprattutto con riferimento alle politiche per la formazione professionale. Ciò è stato tradotto, sul piano normativo, nel Pacchetto Treu (legge n. 196/1997), il quale, all'articolo 17 sul riordino della formazione professionale, nel definire il sistema della formazione continua in Italia, rafforza il protagonismo delle parti sociali, e di conseguenza degli enti bilaterali, nella gestione di una risorsa così importante come la formazione.

(14) Si veda a tal proposito la definizione di enti bilaterali, contenuta all'articolo 2, comma 1, lettera *h*), del d.lgs. n. 276 del 2003, secondo cui gli stessi sono "organismi costituiti ad iniziativa di un o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, quali sedi privilegiate per la regolazione del mercato del lavoro attraverso: la promozione di una occupazione regolare e di qualità; l'intermediazione nell'incontro tra domanda ed offerta di lavoro; la programmazione di attività formative e la determinazione di modalità di attuazione della formazione in azienda; la promozione di buone pratiche contro la discriminazione e per l'inclusione di soggetti più svantaggiati; *la gestione mutualistica di Fondi per la formazione e l'integrazione del reddito*; la certificazione dei contratti di lavoro e di regolarità o congruità contributiva; lo sviluppo di azioni inerenti la salute e la sicurezza sul lavoro; ogni altra attività o funzione assegnata loro dalla legge o dai contratti collettivi di riferimento". Tale prospettato ampliamento delle competenze degli enti bilaterali non ha trovato unanime apprezzamento da parte del sindacato. Ed infatti, una parte di esso ha letto in tale progetto il tentativo di snaturare la tradizionale natura di questi organismi che, dalla funzione di gestione e di coordinamento di materie definite dalla contrattazione collettiva e di reciproco interesse delle parti sociali, sarebbero ora chiamate a svolgere funzioni di tipo propriamente decisionale se non anche para-pubblicistico; cfr. MARIUCCI L., *Interrogativi sugli enti bilaterali*, in *Lav. dir.*, 2003, 163; ma anche ZILIO GRANDI G., *Enti bilaterali e problemi di rappresentanza sindacale nella legge delega n. 30/2003*, ivi, 185; TORELLI F., *La promozione degli enti bilaterali sul mercato del lavoro: una iniziativa dal successo assicurato?*, ivi, 243.

(15) Parte della dottrina valuta positivamente questa espansione dell'azione degli enti e dei fondi bilaterali, in sintonia con quanto sta accadendo nel sistema della formazione professionale, in tale maniera saldando due funzioni essenziali della politica attiva del lavoro, ovvero, il sostegno all'occupazione e quello al reddito: così GAROFALO D., *La riforma degli ammortizzatori sociali tra continuità e discontinuità*, in *Precfr. ass. pubb. priv.*, 2005, I, 37. Altri invece, ritengono che il rafforza-

Venendo a svolgere qualche considerazione su tale enti pattizzi, va, innanzitutto, chiarito che solitamente gli enti bilaterali sono costituiti come organismi locali, in genere su base provinciale, di origine contrattuale (16). Istituiti, quindi, con accordo collettivo (17), essi sono, dal punto di vista giuridico, degli enti di fatto, gestiti paritetic amente dai rappresentanti delle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro, ovvero - secondo una definizione da preferire - associazioni non riconosciute di mutua assicurazione (18).

Gli enti bilaterali svolgono attività assai varie, che consistono, essenzialmente, in interventi di formazione professionale (19), nonché, soprattutto, nell'erogazione di prestazioni previdenziali integrative ovvero sostitutive di quelle garantite dall'assicurazione generale obbligatoria: operano, dunque, in una dimensione collettiva ma erogano presta-

---

mento del ruolo degli enti bilaterali nella tutela contro la disoccupazione e nel sostegno al reddito dei lavoratori, in assenza di un rinnovato quadro legislativo di riferimento, rischierebbe di cristallizzare i modelli settoriali già esistenti e, in prospettiva, di innalzare ulteriori barriere categoriali, settoriali o territoriali, a nocumento delle crescenti esigenze di fluidità e "dislocazione" del mercato del lavoro: in questo senso GENOVESE S., *Il piano per la competitività e gli ammortizzatori sociali. Le nuove misure disposte dal decreto-legge n. 35/2005*, in *Precfr. ass. pubb. priv., 2005*, II, 549.

(16) Le Casse edili, primo organismo bilaterale del dopoguerra, viene menzionato per la prima volta nel contratto collettivo nazionale di lavoro del 1950; cfr. BELLARDI L. (a cura di), *L'edilizia, Relazioni industriali e contrattazione collettiva in Italia (1945-1992)*, Bari, 1995.

(17) La costituzione degli enti bilaterali per mezzo della contrattazione collettiva, peraltro, ha riproposto il problema dell'obbligatorità dell'adesione dei datori di lavoro non iscritti alle associazioni stipulanti gli accordi istitutivi. Il legislatore ha risolto la questione imponendo, non la strada dell'"obbligo" di iscrizione, bensì quella - costituzionalmente corretta - dell'"onere" di applicazione del contratto collettivo: non si è voluto imporre, cioè, direttamente il rispetto del contratto collettivo - ivi compresa l'iscrizione agli enti bilaterali - ma si sono stimolate le parti all'applicazione del contratto, stabilendo un costo per il suo mancato rispetto, subordinato l'iscrizione agli enti bilaterali ed il consequenziale versamento della contribuzione da parte delle imprese datrici di lavoro al riconoscimento in favore delle stesse dei benefici normativi e contributivi di cui all'art. 1 (sgravi) e 2 (fiscalizzazione) della l. n. 151/1993; da ultimo art. 10, legge n. 30 del 2003, su cui PARISI A., ROCCHINI E., *Brevi note in tema di obbligatorietà del versamento dei contributi all'EBT da parte delle aziende del settore turismo*, in *Roma & Lazio, periodico dell'Ente Bilaterale del Turismo del Lazio*, n. 5/2006, 33.

(18) ZAMPINI G., *Enti bilaterali e previdenza: appunti sulle istituzioni del nuovo stato sociale*, in *ILLeJ*, vol. 1, n. 1-2-3, 1999, http://www.labourlawjournal.it, secondo cui gli enti bilaterali dovrebbero essere qualificati come associazioni di mutua assicurazione stante lo "scopo ideale" dell'attività esercitata (assistenza a imprese e lavoratori del settore interessato nei casi di bisogno previsti dai rispettivi statuti) che comporta sì la gestione di risorse economiche ma senza un fine direttamente lucrativo, volto cioè alla ripartizione di un "utile" in senso commercialistico (le risorse che vi affluiscono sono, infatti, esclusivamente destinate all'assolvimento delle funzioni di assistenza statuariamente previste e non possono essere distratte in favore delle organizzazioni sindacali promotrici); nonché il profilo convergente degli interessi da parte dei sindacati firmatari dell'accordo istitutivo, per cui gli accordi collettivi da cui traggono origine i vari enti sono definibili come contratti plurilaterali con comunione di scopo ai sensi dell'art. 1420 cod. civ..

(19) Gli interventi sulla formazione professionale si realizzano mediante il finanziamento di attività svolte dalle imprese per adeguarsi alla disciplina fissata dalla normativa sui contratti di formazione e lavoro. È noto, al riguardo, che la legge n. 451/1994 consente agli enti bilaterali di formulare proposte sulla base delle quali vengono emanati i decreti ministeriali che definiscono obiettivi e caratteristiche minime dell'attività formativa relativamente a ciascun profilo professionale.

zioni che costituiscono parte integrante del trattamento economico-normativo dei lavoratori. Per quanto riguarda, specificamente, gli aspetti previdenziali, gli enti bilaterali erogano prestazioni di carattere previdenziale-assistenziale, che integrano le prestazioni già assicurate dall'a.g.o. (trattamento di malattia ed infortunio, somme per l'anzianità professionale edile, indennità per ferie, riposi annui, e gratifica natalizia); ovvero assicurano prestazioni in settori al di fuori della sfera di intervento della Cassa integrazione guadagni, configurandosi quale modello privatistico di ammortizzatore sociale esclusivamente gestito dalle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo istitutivo dell'ente. Tali prestazioni sono finanziate somme a loro versate dai datori di lavoro e dai lavoratori in una percentuale che varia a seconda dei contratti collettivi istitutivi.

È, quest'ultimo, il caso che può essere ricondotto ai Fondi di sostegno al reddito previsti dagli enti bilaterali, che mutualizzando un rischio di impresa, rappresentano il tentativo più estremo e maturo di estensione di un modello storico assicurativo di tipo industriale (20). Tali Fondi offrono, infatti, garanzia contro le sospensioni dal lavoro dovuti a crisi aziendali o a contrazioni dell'attività produttiva in settori non compresi dall'intervento ordinario della Cassa integrazione guadagni, come, ad esempio, nell'edilizia (le Casse edili) o nell'artigianato, ove è prevista la costituzione di fondi bilaterali regionali, cogestiti dalle associazioni sindacali e imprenditoriali, finanziati dalle imprese del settore mediante un contributo pari a dieci ore annue di retribuzione contrattuale per ciascun lavoratore dipendente.

L'attualità del dibattito in tema enti bilaterali evidenzia l'importanza che gli stessi sono destinati ad assumere anche nel prossimo futuro. In merito, pare sufficiente ricordare che la recente legge n. 247/2007 (21) ha delegato l'esecutivo all'adozione di decreti legislativi di riforma dell'intero assetto degli ammortizzatori sociali (22). Orbene, pro-

---

(20) Sugli enti bilaterali nel settore artigiano cfr. anche PERULLI P., SABEL, *Rappresentanza del lavoro autonomo e coordinamento economico. Il caso degli enti bilaterali dell'artigianato*, in BOLOGNA e FUMAGALLI (a cura di), *Il lavoro autonomo di seconda generazione. Scenari del postfordismo in Italia*, Milano, 1997, 245.; nonché ID., *Gli enti bilaterali dopo l'inizio: tre approcci a una interpretazione operativa*, in *Dir. rel. ind.*, 1996, 2, 27.

(21) La legge n. 247/2007 recepisce il protocollo sul *welfare* firmato tra Governo e parti sociali in data 23 luglio 2007. Secondo una tecnica tanto deplorevole, quanto, ormai, collaudata, la legge si compone di un unico articolo e ben 89 commi, che trattano e riformano una serie molteplice ed eterogenea di temi, spaziando dall'ordinamento pensionistico, al mercato del lavoro, alle nuove tipologie contrattuali, al rilancio della competitività, alla riforma, appunto, delle tutele contro la disoccupazione involontaria.

(22) Si tratta nel dettaglio dei commi 28 e 29 dell'unico articolo della legge, i quali delegano il Governo uno o più decreti legislativi finalizzati a riformare la materia degli ammortizzatori sociali per il riordino degli istituti a sostegno del reddito, prevedendo una graduale armonizzazione dei trattamenti di disoccupazione e la creazione di uno strumento unico indirizzato al sostegno del reddito e al reinserimento lavorativo dei soggetti disoccupati senza distinzione di qualifica, appartenenza settoriale, dimensione di impresa e tipologia di contratti di lavoro; estendendo ed armonizzando il trattamento di Cassa integrazione ordinaria e straordinaria con la previsione di modalità di regolazione diverse a seconda degli interventi da attuare e di applicazione anche in caso di interventi di prevenzione, protezione e risanamento ambientale che determinino la sospensione dell'attività lavorativa; potenziando i servizi per l'impiego, al fine di collegare e coordinare l'erogazione delle prestazioni di disoccupazione a percorsi di formazione e reinserimento lavorativo; cfr. TECCHIA M., *Commi 25-29. La nuova disciplina in materia di ammortizzatori sociali*, in PERSIANI M., PROIA G. (a cura di), *La nuova disciplina del welfare. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247*, Padova, 2008, 56.

prio con riferimento all'esercizio di detta delega è espressamente previsto che debba essere valorizzato il ruolo degli enti bilaterali, anche in funzione integrativa delle prestazioni contro la disoccupazione offerte dal sistema previdenziale pubblico (art. 1, comma 29, lett. *f*), legge n. 247/2007). Sebbene, quindi non sia dato di sapere né se, né come sarà esercitata la delega, tuttavia, è evidente che, in un periodo di scarsità di risorse da destinare alla tutela contro la disoccupazione, si rafforza quel modello che vuole un coinvolgimento delle parti sociali nella gestione di momenti "difficili" per l'impresa e per i lavoratori, quali quelli, appunto, che possono seguire ad un licenziamento.

1.2. — I contratti di solidarietà

Nel quadro degli strumenti prefigurati a salvaguardia dell'occupazione, significativa rilevanza è attribuita dal nostro ordinamento giuridico ai contratti di solidarietà "interni" o "difensivi" (23), che si pongono, per la loro peculiare funzione istituzionale, quale misura alternativa ai licenziamenti collettivi (24). Si tratta, infatti, di misure funzionalmente preordinate a scongiurare il rischio di dichiarazioni di esubero di personale attraverso una contrazione dell'orario di lavoro (25) concordata a livello aziendale con i sindacati aderenti alle confederazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale (26). Attraverso l'uso degli anzidetti strumenti, si intende, in buona sostanza, favorire i processi di trasformazione dell'organizzazione produttiva aziendale per il tramite di un'utilizzazione diversa e più razionale della manodopera, in un'ottica di gestione anticipata e di prevenzione degli esuberi (27).

Sotto il profilo applicativo, l'istituto in esame era in passato soggettivamente circoscritto alle imprese beneficiarie dell'intervento della Cassa integrazione guadagni straordinaria - di cui si è anche sostenuto che costituisse una nuova tipologia di causa integrabile (28) - ivi comprese le imprese appaltatrici dei servizi mensa o

(23) Ai fini della presente ricerca non si ritiene di esaminare il contratto di solidarietà cosiddetto "esterno" o "espansivo", assumendo, quest'ultimo, una finalità meramente "promozionale" dell'occupazione.

(24) Art. 1, l. n. 863/1984; art. 5, d.l. n. 148/1993, convertito con l. n. 236/1993, e successive modifiche; art. 13, l. n. 223/1991; art. 5, l. n. 236/1993; art. 52, l. n. 448/2001.

(25) PESSI R., *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006, 460; CINELLI M., *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2007, 285.

(26) Secondo l'opinione dottrinale prevalente, riconducibile a PERA G., *I contratti di solidarietà*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1984, 711, nella struttura sindacale legittimata alla stipula del contratto di solidarietà vi rientrerebbero anche le r.s.a., in quanto espressione del sindacato in azienda. *Contra* SCIARRA S., *Contratto collettivo e contrattazione in azienda*, Milano, 1985, 216, per la quale, invece, abilitate alla stipula del suddetto contratto sarebbero solo le strutture sindacali esterne (periferiche) del sindacato-associazione.

(27) Quella che si realizza, in tal modo, è una forma di "solidarietà" interna agli stessi dipendenti dell'impresa, che, accettando una riduzione dell'orario di lavoro (e della corrispondente controprestazione retributiva), consentono di scongiurare il ricorso alle procedure di riduzione del personale, ricevendo in cambio la corresponsione del trattamento di integrazione salariale in misura proporzionale al trattamento retributivo perso.

(28) TREU T., *La disciplina legale dei contratti di solidarietà*, in *Dir. lav.*, 1985, I, 14; PESSI R., *Funzione e disciplina dei contratti di solidarietà*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1985, 335.

ristorazione, le imprese commerciali e le imprese editrici. Il notevole ampliamento del campo di applicazione della Cassa integrazione guadagni straordinaria, peraltro, ha inciso notevolmente, di riflesso, anche sul campo di applicazione dei contratti di solidarietà, il quale ormai coincide, sostanzialmente, proprio con quello degli interventi straordinari, andando, piuttosto, perfino oltre il campo di applicazione della Cassa integrazione guadagni straordinaria, laddove si è riconosciuto il diritto di stipulare contratti di solidarietà anche alle imprese tradizionalmente escluse dall'ambito di applicazione della l. n. 863/1984, sovente in riferimento a periodi di tempo limitati; con la conseguenza che, attualmente, esistono due diverse tipologie di contratti di solidarietà "difensivi", riservati, rispettivamente, alle imprese soggette o non soggette alla Cassa integrazione guadagni straordinaria (29). In entrambe le ipotesi, comunque, la concessione del trattamento di integrazione salariale straordinaria è subordinata alla previa verifica della "finalizzazione" della riduzione dell'orario di lavoro al riassorbimento dell'eccedenza di personale ed è disposta dal Ministero del lavoro, legittimato anche ad autorizzare, in taluni casi, le agevolazioni contributive eventualmente spettanti.

Nonostante il Legislatore abbia cercato di incentivare l'utilizzo dell'istituto - per un verso attraverso l'ampliamento della "copertura" della stessa Cassa integrazione guadagni straordinaria e, per altro verso, mediante la riduzione degli oneri contributivi a carico delle imprese (30) - il contratto di solidarietà non ha trovato applicazione nella misura auspicata, anche per la scarsa considerazione prestata all'istituto dalle organizzazioni sindacali (31) in ragione della maggiore convenienza per i lavoratori di ricorrere all'intervento diretto della Cassa integrazione guadagni straordinaria (32), accordato, sostanzialmente, senza limiti temporali.

---

(29) La prima presuppone la stipula di un contratto collettivo aziendale che disponga la riduzione generalizzata dell'orario di lavoro e prevede l'intervento dell'integrazione salariale straordinaria per un periodo massimo di 24 mesi, prorogabili di ulteriori 24 mesi (36 nel Mezzogiorno), nella misura del 50 per cento (60 per cento nel Mezzogiorno) della retribuzione persa a seguito della riduzione di orario. La seconda, invece, consente al lavoratore di fruire, a fronte di riduzioni di orario su base giornaliera, settimanale o mensile, di un'integrazione salariale maggiorata al 75 per cento (successivamente ridotta al 60 per cento), e al datore di lavoro di uno sgravio contributivo il cui ammontare dipende dall'entità della riduzione di orario e dalla localizzazione dell'unità produttiva. Il "costo" di detti contratti di solidarietà ricade prevalentemente sul bilancio statale, "nei limiti delle risorse finanziarie preordinate a tale scopo nell'ambito del Fondo per l'occupazione".

(30) FERRARO M., *I contratti di solidarietà nella legge 19 luglio 1993, n. 236*, in *Riv. dir. impresa*, 1993, 41.

(31) Segnali in controtendenza, tuttavia, si sono registrati in una recente proposta di legge di iniziativa popolare presentata dalla CGIL sulla "salvaguardia dell'occupazione, sulla qualità del lavoro e sulla garanzia dei redditi" del marzo 2003 che ha cercato di valorizzare l'istituto in termini soprattutto applicativi, sia perché lo stesso presenta una base sostanzialmente contrattuale (e quindi concordata tra le parti), sia perché rafforza la stessa solidarietà tra i lavoratori. Sulla proposta di legge in parola, cfr. ANDREONI A., *I progetti di legge proposti dalla CGIL: la suggestione di un pensiero forte, in http://www.cgil.it/giuridico*.

(32) CURZIO P., *I contratti di solidarietà*, in AA.VV. (a cura di), *Crisi, occupazione e legge*, Bari, 1984, 36. ARRIGO G., *I contratti di solidarietà*, in AA.VV. (a cura di), *Il diritto del lavoro negli anni '80*, Napoli, 1988, 142.

2. — La legge n. 662/1996 ed i successivi provvedimenti di attuazione

Nelle more della realizzazione di una vera e propria riforma degli strumenti di sostegno del reddito e di salvaguardia dell'occupazione, la risposta del Legislatore alle esigenze scaturite dal mutato contesto socio-economico ha assunto i connotati di un provvedimento volto a promuovere la sperimentazione di nuove tipologie di ammortizzatori sociali, caratterizzate dall'intervento regolatore dell'autonomia collettiva. Si tratta, per l'appunto, del sistema dei Fondi di solidarietà per il sostegno del reddito previsti dall'art. 2, comma 28, della legge 23 dicembre 1996, n.662, per i lavoratori esclusi dal sistema degli ammortizzatori sociali, pensati, inizialmente per le banche (33), ma successivamente estesi ad altri settori.

"In attesa di un'organica riforma del sistema degli ammortizzatori sociali", quindi, il Legislatore del 1996, con la legge in questione, ha previsto la possibilità di definire, in via sperimentale, tramite uno o più decreti del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro del tesoro (34), "misure per il perseguimento di politiche attive di sostegno del reddito e dell'occupazione nell'ambito di processi di riorganizzazione aziendali e per fronteggiare situazioni di crisi di enti ed aziende pubblici e privati erogatori di pubblica utilità, nonché delle categorie e settori d'impresa sprovvisti del sistema di ammortizzatori sociali" (art. 2, comma 28, legge n. 662/1996).

Tali misure dovrebbero concretizzarsi nella facoltà, per la contrattazione collettiva, di costituire Fondi a solidarietà settoriale, sul duplice versante della politica attiva del lavoro e della soluzione dei problemi di eccedenza, temporanea o strutturale, di personale (35). Nonostante l'intenzione prioritaria del Legislatore sembri essere indirizzata ad unire gli interventi di sostegno al reddito alla promozione di politiche attive per il rimpiego dei lavoratori, infatti, l'ampia formulazione dallo stesso utilizzata, lascia la possibilità di includervi anche i fenomeni di gestione delle eccedenze di personale, sia transitori (e, quindi riassorbibili nel breve o medio periodo), che permanenti. Si prefigura, di conseguenza, un meccanismo di sostegno del reddito polivalente che va a sostituirsi a diversi istituti, dall'integrazione salariale straordinaria, nel caso di

(33) Deve ricordarsi, infatti, che all'inizio degli anni '90, preso atto della rigida regolamentazione dell'attività bancaria, fino a quel momento mantenuta per garantire stabilità ad un sistema economico-creditizio esposto ad un grave andamento inflazionistico, il Legislatore italiano avvia un processo di deregolazione e privatizzazione che pare non essere più rinviabile sia in relazione alla peculiarità del mercato, sia in considerazione del necessario adeguamento alla disciplina in materia creditizia e finanziaria degli altri Stati membri della Comunità europea (l. n. 218/1990). Ciò ha comportato inesorabilmente la necessità di procedere a ristrutturazioni ed esodazione di personale, che sono state fronteggiate, appunto, tramite l'istituzione di appositi Fondi di solidarietà. Sul tema, cfr. PERSIANI M. (a cura di), *Legge 30 luglio 1990, n. 218. La previdenza degli enti pubblici creditizi (dai regimi esclusivi o esonerati all'assicurazione generale obbligatoria)*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1991, 1261.

(34) Tali decreti vengono adottati ai sensi dell'art. 17, comma 3, legge n. 400 del 1988, attraverso un procedimento "aggravato", che si caratterizza per l'audizione delle organizzazione sindacali e per l'acquisizione del parere delle competenti Commissioni parlamentari.

(35) Cfr. GOTTARDI D., *Le ragioni per riformare gli strumenti di sostegno al reddito per i disoccupati e gli incentivi all'occupazione*, in *Agens quaderni*, n. 1/2000, 69.

transitorietà degli esuberi, alle procedure di licenziamento collettivo di cui alla legge 23 luglio n. 223 del 1991, nel caso di permanenza degli stessi, fino alla mobilità lunga, in relazione alla stretta correlazione con la maturazione del diritto a pensione (36).

In attuazione della suddetta previsione, sono state poste in essere nuove tipologie di intervento a sostegno del reddito e dell'occupazione, che, per la loro dimensione esclusivamente settoriale, vengono classificate sotto la denominazione di "regimi settoriali degli ammortizzatori sociali". Il carattere settoriale delle nuove forme di tutela si desume direttamente dal dettato normativo. L'ambito di applicazione della disciplina di cui al citato art. 2, comma 28, infatti, è circoscritto - non senza talune riserve (37) generate dall'ambigua formulazione della predetta norma - alle sole imprese operanti in settori produttivi che, per legge, non possono fruire degli interventi di integrazione salariale.

L'istituzione dei Fondi di solidarietà, nonché la regolamentazione dei criteri, entità e modalità di concessione degli interventi erogati dagli stessi Fondi, sono demandati alla contrattazione collettiva nazionale, secondo "criteri di delega" stabiliti dallo stesso art. 2, comma 28. La norma, peraltro, si limita a prevedere che i Fondi possano essere finanziati mediante un contributo sulla retribuzione non inferiore allo 0,50 per cento, inclusa un'eventuale partecipazione dei lavoratori al finanziamento con una quota non superiore al 25 per cento del contributo. Secondo la norma delegante, poi, i Fondi dovranno essere istituiti presso l'INPS, ma saranno gestiti con il concorso delle parti sociali.

La disciplina legale dei Fondi di solidarietà si ferma qui. Interviene poi il Ministero del lavoro e - soprattutto - la contrattazione collettiva. Non spetta, infatti, né alla legge ordinaria, né ad un decreto legislativo del Governo disciplinare direttamente i caratteri dei nuovi Fondi e delle relative modalità di gestione e di erogazione delle risorse. Tale compito, invece, è interamente demandato alla potestà regolamentare del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, da esercitarsi, peraltro, con il limite dei "principi e criteri direttivi" elencati (lett. da *a)* ad *f)*) nell'ultima parte dell'articolo.

Tra tali criteri direttivi assume preminenza senz'altro quello di cui alla lett. *b)*, che devolve la disciplina - secondo un gioco di "scatole cinesi" di cui si dirà *infra* - alla contrattazione collettiva. La potestà regolamentare del Governo di cui all'art. 2, comma 28, l. n. 662/1996, infatti, è vincolata a quanto predisposto da parte delle organizzazioni sindacali nazionali in tema di trattamenti erogati dai Fondi di solidarietà e dei relativi criteri, entità e modalità di concessione. L'Esecutivo, pertanto, nell'attenersi ai criteri direttivi dettati dalla legge ordinaria, dovrà *recepire* quanto stabilito dalla contrattazione collettiva, alla quale compete, in via pressoché esclusiva, il compito di

(36) Così LAMBERTUCCI P., *La disciplina delle eccedenze di personale tre legge e contrattazione collettiva:prime riflessioni sull'art. 2, ventottesimo comma, Legge 23 dicembre 1996, n. 662*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 261.

(37) *Ibidem*, dove si sottolinea che le locuzioni adoperate dal Legislatore potrebbero creare incertezze in ordine ai settori destinatari dell'art. 2, comma 28. In particolare, l'Autore rileva che l'estensione del campo di applicazione dell'art. 2, comma 28, non solo alle categorie e settori di impresa sprovviste di ammortizzatori sociali, ma anche agli enti ed aziende pubblici e privati erogatori di servizi di pubblica utilità, "potrebbe insinuare il dubbio se nell'ambito di applicazione della disciplina in parola possa ricomprendersi anche imprese che, pur incluse nel sistema legislativo di ammortizzatori sociali, rientrino in quelle erogatrici di servizi di pubblica utilità".

individuare i trattamenti di sostegno del reddito dei lavoratori eccedenti e di definire i presupposti al verificarsi dei quali scatta il sistema di garanzia approntato dai Fondi di settore. In tal modo il Legislatore ha devoluto alle parti sociali la predisposizione di un sistema di gestione delle eccedenze di personale sulla base di un modello che poggia le sue fondamenta sulla solidarietà tra imprese, con l'eventuale concorso dei lavoratori.

Di fronte a questa tecnica di costruzione della fattispecie legislativa, chiaramente ispirata ad un'ampia deregolamentazione, peraltro, parte della dottrina ha sollevato la questione della legittimità di una delega così ampia che rischia di estendere a dismisura la discrezionalità attribuita al Ministero del lavoro (38). Tali questioni, peraltro, paiono superate dopo l'emanazione del d.m. 27 novembre 1997, n. 477, contenente il "Regolamento recante norme in materia di ammortizzatori sociali per le aree non coperte da Cassa integrazione guadagni".

La realtà è allora che nei settori sprovvisti di ammortizzatori sociali, il Legislatore - piuttosto che estendere la disciplina della Cassa integrazione guadagni o predisporre nuovi istituti di tutela previdenziale - ha preferito assegnare alle parti sociali il compito di identificare gli strumenti di gestione delle eccedenze di personale, al fine di consentire l'individuazione collettiva degli strumenti più adatti a fronteggiare l'impatto delle crisi d'impresa sui livelli occupazionali di ciascun settore.

L'intento del Legislatore, certamente condivisibile, evidenzia, tuttavia, il rischio - già segnalato dai primi commentatori (39) - che l'eccessiva accentuazione della dimensione settoriale del fenomeno possa celare talune insidie. Ed infatti, laddove il dimensionamento delle tutele dovesse dipendere esclusivamente dalle "potenzialità economiche dei diversi settori produttivi" ed essere affidato "alla volontà di investire risorse finanziarie per risolvere i problemi degli esuberi di personale" (40), la possibile diversificazione delle prestazioni potrebbe sfociare in una mancanza di uniformità delle forme di tutela rivolte ai lavoratori interessati da processi di sospensione e/o di espulsione dal ciclo produttivo.

2.1. — Il decreto ministeriale 27 novembre 1997, n. 477

Il decreto n. 477/1997, nel disciplinare le modalità di accesso alle politiche attive di sostegno del reddito e dell'occupazione, ha rinviato ai contratti collettivi nazionali, la scelta dei criteri da seguire per la costituzione dei Fondi (41). Esso stabilisce, inoltre, che alla legge ordinaria spetti il compito di delineare il quadro generale; alla fonte

(38) Cfr. MAGRI M., *Previdenza "sperimentale" e contrattazione collettiva per i dipendenti delle ferrovie*, in *Lav.dir.*, 1999, 417.

(39) LAMBERTUCCI P., *La disciplina delle eccedenze di personale tra legge e contrattazione collettiva: prime riflessioni sull'art. 2,ventottesimo comma, Legge 23 dicembre 1996, n. 662*, cit.

(40) *Ibidem*, 263.

(41) Tali contratti devono contenere: norme in grado di fronteggiare situazioni di esubero di personale sia transitorie che strutturali; individuazione dei criteri e delle modalità di concessione degli interventi; entità di finanziamento dei trattamenti da concedere; previsione di una contribuzione addizionale, oltre a quella ordinaria (art. 1, comma 2, d.m. n. 477/1997).

regolamentare, invece, di definire le misure d'intervento attraverso l'adozione di decreti; all'autonomia collettiva, l'identificazione del presupposto, poi recepito dalla fonte regolamentare (42).

Al riguardo è stato osservato che il decreto n. 477/1997 istituisce un meccanismo di produzione normativa affatto peculiare, secondo il quale i contratti collettivi assurgono a principi e criteri direttivi validi ai fini dell'esercizio del potere regolamentare; istituendo così un meccanismo interamente basato sul principio di assorbimento delle clausole della contrattazione collettiva nell'efficacia tipica del regolamento ministeriale, senza, tuttavia, un preciso fondamento normativo primario (43).

Peraltro, la trasfusione delle statuizioni del contratto collettivo in un atto di normazione secondaria - il decreto interministeriale, appunto - non è solo funzionale ad attribuire efficacia generalizzata al contratto medesimo, ma sembra porre le necessarie premesse per l'instaurarsi, in presenza dei requisiti individuati dall'autonomia collettiva, dei relativi rapporti giuridici previdenziali. Laddove, al contrario, non si possa procedere al recepimento dell'accordo collettivo nel decreto interministeriale - allorché, ad esempio, il contratto non superi il vaglio di conformità alle previsioni del d.m. n. 477/1997 - il solo strumento contrattual-collettivo non è in grado di istituire il Fondo di solidarietà descritto dalla legge n. 662/1996 e le prestazioni previdenziali indicate dal Legislatore (44).

Condizione preliminare perché i nuovi rapporti giuridici previdenziali si possano incardinare, pertanto, è che la loro fonte istitutiva e normativa (il contratto collettivo nazionale) venga accolta da un atto amministrativo di natura regolamentare (*rectius*, decreto interministeriale). Ne deriva che quei rapporti previdenziali, sebbene concepiti e disciplinati da un atto negoziale, vengono a connotarsi come rapporti di natura pubblicistica.

La medesima conclusione, inoltre, è avvalorata da ulteriori elementi che - prescindendo dai meccanismi ora descritti - sembrano imprimere ai nuovi istituti previdenziali di sostegno del reddito e dell'occupazione, una matrice sostanzialmente pubblicistica, come, ad esempio, la rispondenza degli strumenti in parola a finalità ed interessi pubblici (quali la necessità di fronteggiare situazioni di crisi in imprese che non beneficiano degli interventi di integrazione salariale); ovvero l'istituzione dei Fondi di settore presso un soggetto pubblico (l'INPS), sebbene con gestione finanziaria e patri-

(42) Come correttivo dello sbilanciamento verso una gestione assolutamente eteronoma dei Fondi viene, infine, previsto che le organizzazioni sindacali (rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori), oltre a partecipare pariteticamente alla composizione dell'organo di indirizzo di ogni Fondo, siano convocate presso il Ministero del Lavoro, dopo dodici mesi dall'entrata in vigore del regolamento attuativo, per una verifica dei risultati, al fine di un eventuale adeguamento degli interventi e della relativa disciplina.

(43) MAGRI M., *Previdenza "sperimentale" e contrattazione collettiva per i dipendenti delle ferrovie*, cit. 425.

(44) Con rilevanti conseguenze di ordine giuridico e pratico laddove si sia proceduto (come spesso è avvenuto nell'esperienza pratica) all'utilizzo delle prestazioni dei Fondi di solidarietà prima dell'effettiva trasposizione del regolamento dei medesimi negli appositi decreti interministeriali. In questa ipotesi, infatti, le prestazioni erogate dal costituendo Fondo devono essere considerate come "incentivi all'esodo" e, dunque, trattate dal punto di vista contributivo e fiscale come tali (cfr. art. 5, comma 1, d.lgs. n. 314/1997, ed art. 12, comma 4, lett. b), legge n. 153/1969).

moniale autonoma; ovvero, ancora, l'obbligo di versare gli eventuali avanzi della gestione liquidatoria alle gestioni o Fondi pensionistici delle categorie che hanno alimentato i Fondi di settori.

Il d.m. n. 477/1997, infine, prevede che ciascun Fondo - gestito da un Comitato composto da esperti designati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro, di concerto con quelle dei lavoratori interessati - sia dotato di una gestione finanziaria e patrimoniale autonoma (45). Indicazioni puntuali vengono inoltre date sui compiti devoluti al Comitato amministratore di ciascun Fondo e sulla sua composizione, in modo da rendere, per quanto possibile, univoche le relative linee di indirizzo.

Le principali caratteristiche dei Fondi di solidarietà appaiono pertanto sintetizzabili: nella temporaneità, corrispondente all'esigenza di far fronte ad una momentanea crisi di settore; nella natura privata delle risorse, collegata alla condizione del finanziamento del nuovo regime con la contribuzione del datore di lavoro e dei lavoratori; infine nella pariteticità di gestione e delle regole di gestione dei Fondi, garantita dalla partecipazione in misura eguale delle parti sociali all'organo (il Comitato) di gestione e dalla costituzione del Fondo presso l'INPS, soggetto di diritto pubblico (46).

2.2. — Il regime transitorio della legge n. 449/1997

L'istituzione dei Fondi di solidarietà mediante la conclusione di accordi collettivi ha subito un'ulteriore accelerazione ad opera dell'art. 59, comma 3, legge n. 449/1997, che ha rilanciato, specie attraverso l'incentivazione fiscale, la definizione per via negoziale di misure di agevolazione all'esodo e di sostegno al reddito, prevedendo una specifica disciplina transitoria per i casi di ristrutturazione o riorganizzazione aziendale.

In particolare, nel settore del credito e per i lavoratori già iscritti ai regimi aziendali integrativi di cui al d.lgs. n. 357/1990 (47), la norma prevedeva la possibilità di determinare una sorta di anticipazione delle prestazioni offerte dai Fondi di solidarietà nell'ipotesi in cui tali Fondi non fossero ancora operativi. Era, infatti, stabilito che, in presenza di esuberi derivanti da ristrutturazione o riorganizzazione aziendale, gli accordi stipulati con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative potes-

(45) Il d.m. n. 477/1997, prevede la sottrazione del patrimonio dei Fondi alla disponibilità privata, imponendo l'istituzione degli stessi presso l'INPS, tramite una gestione finanziaria e patrimoniale autonoma cui far affluire i contributi, prevedendo altresì l'obbligo di riversare gli eventuali avanzi della gestione liquidatoria alle gestioni o Fondi pensionistici delle categorie che hanno alimentato i Fondi di solidarietà.

(46) CECCONI S., NICCOLAI A., *La gestione degli esuberi nel settore del credito*, in *Riv. it. dir. lav.,* 2001, 13.

(47) D.lgs. 20 novembre 1990, n. 357, emanato in attuazione della delega di cui alla legge 30 luglio 1990, n. 218, recante disposizioni in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico, che ha provveduto alla soppressione di alcuni regimi esclusivi ed esonerativi dell'assicurazione generale obbligatoria ed alla loro trasformazione in regimi integrativi della medesima. *Amplius*, PERSIANI M. (a cura di), *Legge 30 luglio 1990, n. 218. La previdenza degli enti pubblici creditizi (dai regimi esclusivi o esonerati all'assicurazione generale obbligatoria). Commentario*, cit. 1261.

sero prevedere, allo scopo di agevolare gli esodi, apposite indennità da erogare, anche ratealmente, in conformità all'articolo 17 del TUIR (48), nel rispetto dei requisiti di età ivi previsti, nonché - e soprattutto - adottare, in via prioritaria, il criterio della maggiore età ovvero della maggiore prossimità alla maturazione del diritto a pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria, purché fossero contestualmente previste forme di sostegno del reddito, poste a carico dei datori di lavoro, comprensive della corrispondente contribuzione figurativa (art. 59, comma 3, legge n. 449/1997). La previsione normativa in commento, poi, stabiliva che dopo la costituzione dei citati Fondi settoriali, la gestione dei rapporti attivi e passivi derivanti dalle discipline collettive eventualmente concordate in questa "fase transitoria" fosse trasferita ai Fondi di solidarietà nel frattempo costituiti, i quali avrebbero assunto in carico le residue prestazioni previste dagli accordi collettivi, insieme con la gestione dei rapporti attivi e passivi.

Sebbene la disposizione di cui all'art. 59, comma 3, legge n. 449/1997, fosse stata dettata esclusivamente con riferimento agli iscritti ai regimi aziendali integrativi di cui al citato decreto legislativo n. 357 del 1990, per le banche, le associazioni di banche ed i concessionari della riscossione cui si applicano i contratti collettivi del settore del credito, il collegato alla finanziaria per il 1999 (legge 23 dicembre 1998, n. 448), ha ampliato l'ambito soggettivo di applicazione delle previsioni ivi contenute anche alla neonata società Poste Italiane, nata dalla trasformazione dell'Ente Poste in società per azioni.

3. — I Fondi di solidarità nel sistema di previdenza sociale

La devoluzione all'autonomia collettiva del compito di individuare gli strumenti di sostegno al reddito e, soprattutto, la problematica delle risorse finanziarie destinate a tale scopo, hanno sollevato non poche perplessità in dottrina sul ruolo e sulla collocazione funzionale di tali forme di sostegno al reddito nel sistema della previdenza sociale. In altre parole, si è imposta agli interpreti la questione di determinare la natura dei rapporti giuridici previdenziali istituiti e disciplinati dalla fonte contrattual-collettiva. Ed infatti, i rapporti previdenziali che sorgono nel caso di applicazione dei Fondi di solidarietà appaiono affatto peculiari dal momento che originano da un soggetto la cui fonte è, per così dire, ibrida, a metà strada tra un trattamento di previdenza pubblico ed un trattamento previdenziale privato.

Per ciò che attiene alla collocazione del nuovo regime di ammortizzatori sociali nel nostro ordinamento, appare opportuno ripercorrere, seppur brevemente, le tappe salienti del processo evolutivo del sistema previdenziale (49).

---

(48) Testo unico delle imposte sui redditi, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

(49) Per una breve ricostruzione dell'evoluzione dell'ordinamento previdenziale italiano, si veda PERSIANI M., *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006; PESSI R., *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006. Per una trattazione più approfondita degli aspetti storici della materia si rinvia a HERNANDEZ S., *Lezioni di storia della previdenza sociale*, Padova, 1972; CIOCCA G., *L'evoluzione della previdenza e dell'assistenza (dalle origini al 1948)*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 1998, 449.

4. — Art. 38 Cost. e Fondi di solidarietà: la collocazione nel sistema previdenziale

La nascita della previdenza sociale in Italia viene fatta storicamente coincidere con l'emanazione della legge 17 marzo 1898, n.80, che ha imposto ai datori di lavoro l'obbligo di assicurarsi contro gli infortuni sul lavoro (50). Tale provvedimento, che, rendendo obbligatoria un'assicurazione privata per la responsabilità civile del datore di lavoro, ha introdotto il modello delle c.d. "assicurazioni sociali", rappresenta la prima autentica manifestazione del mutato atteggiamento dello Stato nei confronti delle complesse problematiche sociali correlate allo svolgimento di un'attività lavorativa.

Se prima di allora - in ossequio alle teorie liberali che demandavano alla spontanea iniziativa dei lavoratori il compito di organizzare forme autofinanziate di tutela contro eventi (51) che comportassero la perdita o la riduzione della capacità lavorativa - lo Stato si era limitato a disciplinare in chiave promozionale (52) il fenomeno delle Società di mutuo soccorso e delle associazioni volontarie (53), con la l. n. 80/1898 e poi con la l. n. 350/1898 (54) esso comincia a prendere coscienza della rilevanza sociale dei fenomeni connessi all'espletamento della prestazione lavorativa, anche in ragione delle forti pressioni dell'opinione pubblica in favore di un incisivo intervento dello Stato per la soluzione della c.d. "questione sociale" (55).

---

(50) Tale imposizione trovava una sua giustificazione nella c.d. "teoria del rischio professionale". Per un approfondimento, sui fenomeni precedenti alla nascita delle assicurazioni sociali obbligatorie, cfr. OLIVELLI P., *All'origine della previdenza sociale: le società di mutuo soccorso*, Colmurano, 1992.

(51) Gli eventi protetti erano, nella maggior parte dei casi, l'infortunio sul lavoro, la malattia, l'inabilità, ed anche la disoccupazione. OLIVELLI P., *op. ult. cit.*, 35.

(52) Legge 15 aprile 1886, n. 3818.

(53) L'esperienza delle Società di mutuo soccorso, caratterizzata dall'impegno degli associati di ripartire tra di loro le conseguenze economicamente dannose del verificarsi di un evento che ha colpito uno di loro, ma a cui tutti sono potenzialmente esposti, rivelò ben presto aspetti di criticità. Tra essi, in particolare, meritano di essere menzionati l'accessibilità delle Società di mutuo soccorso e delle associazioni volontarie soltanto ai lavoratori con capacità reddituali e di risparmio elevate, nonché l'esclusione dei c.d. cattivi rischi. *Amplius*, OLIVELLI P., *op. ult. cit.*

(54) Tale provvedimento ha disposto l'istituzione della Cassa nazionale di previdenza per la vecchiaia e l'invalidità degli operai, ponendo le premesse di un'ampia solidarietà tra i lavoratori. Sul punto cfr. PERSIANI M., *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006, 7.

(55) Le innovazioni tecnologiche e le notevoli trasformazioni dell'organizzazione del lavoro prodotte dalla Rivoluzione industriale hanno innescato una serie di fenomeni socio-economici, che gli storici hanno raggruppato sotto l'espressione "questione sociale". A fronte dei cambiamenti economici del XIX secolo, si assiste allo spostamento della forza lavoro dalle tradizionali attività agricole ed artigiane alle emergenti attività dell'industria, con conseguente necessaria migrazione dalle campagne ai centri urbani. Ai progressi sul piano della tecnologia (ad esempio, la meccanizzazione delle attività produttive) non corrispondono altrettanti miglioramenti delle condizioni dei lavoratori, costretti ad espletare l'attività lavorativa in condizioni di pericolosità e di insalubrità. A ciò si aggiunge anche la totale mancanza di tutela delle c.d. mezze forze, le donne ed i fanciulli. Tutto ciò comporta, come noto, l'emersione di fenomeni "di risposta" incarnati in Italia, da un lato, dalla scuola di pensiero socialista (fra il 1847 e il 1848 Karl Marx e Friedrich Engels scrivono e pubblicano a Londra *Il Manifesto del Partito Comunista*, successivamente tradotto in Italia nel 1888); dall'altro lato, dall'emergere della dottrina sociale della Chiesa (il 15 maggio 1891 Papa Leone XIII promulga *Rerum Novarum*, l'enciclica sociale con la quale per la prima volta la Chiesa cattolica prende posizione in ordine alle questioni sociali e fonda la moderna dottrina sociale cristiana). Sulla c.d. questione sociale, ampiamente, PESSI R., *Il diritto del lavoro e della previdenza sociale nell'Enciclica* "Centesimus annus" *di Giovanni Paolo II*, in *Dir. lav.*, 1991, 398; COSTE R., *Lo sviluppo del pensiero sociale delle Chiesa dopo la* "Rerum Novarum", in *Studi sociali*, 1982, 9.

Gli interventi in materia previdenziale succedutisi da questo momento in poi, si caratterizzano per l'accentuarsi della connotazione pubblicistica e pongono le fondamenta per l'edificazione di un complesso normativo a sé stante.

Peraltro, nonostante l'affermarsi, specie a partire dal periodo corporativo (56), di un visione della previdenza sociale come *compito necessitato dello Stato*, l'idea che la realizzazione della tutela previdenziale possa competere alle categorie interessate, sopravvive ed anzi riceve nuova linfa. Tale pensiero, in particolare, viene teorizzato nella concezione della solidarietà corporativa, enunciata nella disposizione XXVI della Carta del Lavoro (57), in base alla quale la previdenza, seppure obbligatoria perché imposta dalla legge, doveva trovare attuazione nell'ambito di una mutualità intracategoriale o tra datore di lavoro e lavoratore, spettando allo Stato il compito di intervenire, prevalentemente, del caso di sussistenza delle esigenze di tutela dell'ordine pubblico.

L'ordinamento giuridico italiano, così - anche dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale - non conosce (per più di un quarantennio) una previdenza obbligatoria generalizzata, limitandosi, quanto al sistema pensionistico pubblico, ad una lenta e graduale estensione del nucleo di tutela originario, riservato agli operai ed agli impiegati a basso reddito (58), secondo un modello - quello del pluralismo previdenziale - che ha consentito l'affermarsi, accanto al regime generale, di regimi differenziati (sia nelle prestazioni sia nel finanziamento) ed insieme il proliferare di Fondi speciali, "esclusivi" (59),

(56) È in questo periodo, infatti, che si procede all'emanazione di una serie di provvedimenti diretti a completare il sistema delle assicurazioni sociali e ad ampliare le tipologie di rischio da tutelare, fino a ricomprendere anche rischi non connessi allo svolgimento dell'attività lavorativa.

(57) La disposizione XXVI della Carta del Lavoro, testualmente, recita. "La previdenza è un'alta manifestazione del principio di collaborazione. Il datore di lavoro e il prestatore d'opera devono concorrere proporzionalmente agli oneri di essa. Lo Stato, mediante gli organi corporativi e le associazioni professionali, procurerà di coordinare e di unificare, quanto è più possibile, il sistema e gli istituti di previdenza".

(58) Inizialmente, infatti, fu istituita solo la Cassa nazionale di previdenza per la vecchiaia e l'invalidità degli operai (legge 17 luglio 1898, n. 350), successivamente estesa a tutti i lavoratori del settore privato, ad esclusione di quelli con retribuzioni al di sopra di un determinato importo (legge 21 aprile 1919, n. 603). Il nome attribuito al nuovo istituto (che nasceva come "Ente morale autonomo" sotto la vigilanza del Ministero dell'Agricoltura, Industria e Commercio) di Cassa di previdenza era tratto dalla denominazione delle Casse di risparmio (che erano state il naturale complemento della mutualità volontaria nell'azione di promozione e protezione del risparmio dei lavoratori); come una Cassa di risparmio fu appunto considerata e disciplinata la Cassa per la vecchiaia (tanto da godere, ai sensi dell'art.22 della legge istitutiva, delle stesse esenzioni fiscali concesse alle Casse di risparmio ordinarie o postali). Il principio a cui si ispirava la nuova assicurazione era quello della "previdenza libera sussidiata". Alla Cassa potevano iscriversi solo i lavoratori manuali e le rendite vitalizie dovevano essere liquidate sulla base dei contributi versati dall'operaio, integrati da una quota di concorso che il Consiglio di Amministrazione poteva attribuire annualmente, in misura eguale per ciascun iscritto, utilizzando una parte delle entrate ordinarie, costituite, prevalentemente, da una quota degli utili netti annuali delle Casse di risparmio postali.

(59) Si tratta, in sostanza, di "forme di previdenza aziendali", la cui nascita può essere spiegata in base alla (iniziale) esclusione delle fasce impiegatizie medio-alte dall'assicurazione generale obbligatoria, nel quadro del sistema corporativo nel quale hanno origine (regio decreto-legge 14 aprile 1939, n. 636), al fine di assicurare un trattamento previdenziale più favorevoli alle categorie interessate. Cfr. CINELLI M., *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2007. Ad ogni modo, la nozione di regime esclusivo è poco chiara e parte della dottrina, propende per altre soluzioni: identità istituzionale dell'ente erogatore dei trattamenti pensionistici. Cfr. SCOGNAMIGLIO R., *Il pluralismo dei regimi previdenziali*, in *Dir. lav.*, I, 1993, 95.

"sostitutivi"(60), "esonerativi" (61), riferiti sia a grandi aggregati (il pubblico impiego), sia ad entità più ristrette (rispettivamente, categoriali, di mestiere, aziendali).

Invero, l'esistenza di una varietà di regimi previdenziali non deve far pensare ad un diritto speciale contrapposto ad un diritto comune: il carattere unitario della previdenza sociale era, ed è, comunque confermato dal fatto che la funzione svolta dai differenti regimi, alla luce dei principi costituzionali, è unica ed indivisibile.

Così, secondo il disposto dall'art. 38 Cost., il sistema previdenziale assume una configurazione dicotomica dove, da un lato, vi è l'assistenza sociale (primo comma), fondata unicamente sul principio di solidarietà; dall'altro, la previdenza sociale (secondo comma), suscettibile di essere realizzata anche in una fase successiva all'entrata in vigore della Carta costituzionale, mediante strumenti mutualistico-assicurativi (62). Da qui il carattere "aperto" della norma che lascia discrezionalità al Legislatore ordinario nel realizzare i fini costituzionalmente stabiliti. Ai sensi del comma quarto dell'art. 38, lo Stato, infatti, può assolvere il compito di gestire il rapporto giuridico previdenziale, sia direttamente, sia attraverso enti strumentali - pubblici o privati - inseriti in un quadro normativo idoneo ad assicurare la rispondenza al modello legale e la realizzazione del fine pubblico (63).

In ossequio al disposto dell'art. 38 Cost., peraltro, la Corte Costituzionale ha

---

(60) I regimi sostitutivi hanno origini lontane nel tempo: sorti quando l'assicurazione generale obbligatoria non era ancora stata introdotta, o comunque in epoca remota, hanno raggruppato categorie previdenziali nettamente caratterizzate per settore di attività e, quindi, portatrici di esigenze previdenziali specifiche che si sono manifestate sia nella determinazione di forme speciali di tutela (invalidità specifica, invalidità per causa di servizio, sconosciute per lungo tempo nella disciplina generale), sia nell'attribuzione di un trattamento previdenziale più favorevole, in rapporto al regime generale. Tale settore comprende, in sostanza, una sorta di previdenza di categoria (o di mestiere), riservata a soggetti che, per ragioni diverse connesse alle caratteristiche dell'attività svolta, ma anche alla forza contrattuale della collettività di appartenenza, sono riusciti a sottrarsi al regime generale, al fine di assicurare ai propri iscritti un regime più favorevole, gestita normalmente da autonome soggettività giuridiche. Sul punto, *amplius* BOER P., *Per una revisione dei Fondi speciali gestiti dall'INPS*, in *Riv. giur. lav.*, 225; GHERA E., *Forme speciali e integrative di previdenza sociale*, in *Dir. lav.*, 1988, I, 115.

(61) In taluni casi affatto particolari la legge ha affidato la tutela di base a "fondi aziendali", appositamente costituiti, di determinati enti (ovviamente per il relativo personale), con esonero, di conseguenza, degli stessi di iscriversi all'A.G.O.. Per una analisi dell'evoluzione dei regimi esonerativi e per la disciplina attuale per i dipendenti di enti di credito di diritto pubblico trasformati, PERSIANI M. (a cura di), *Legge 30 luglio 1990, n. 218. La previdenza degli enti pubblici creditizi (dai regimi esclusivi o esonerati all'assicurazione generale obbligatoria)*, cit.

(62) Per tutte, Corte costituzionale 23 gennaio 1986, n. 31, in Foro It., 1986, I, 1770, nota di CINELLI; ma cfr. anche Corte Costituzionale 2 marzo 1991, n. 100, in *Riv. Infort. e Mal. Profess.*, 1991, II, 9, nota di BOZZI, nella quale la Corte afferma che l'art 38, comma 2, Cost., "lascia piena libertà allo Stato di scegliere le strutture organizzative più convenienti al raggiungimento dei fini indicati, né lo vincola, ove scelga la forma assicurativa, a importarla ai presupposti e agli schemi delle assicurazioni private".

(63) Si pensi, in merito, agli enti "privatizzati" di cui al d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509 (in attuazione della delega conferita dall'art. 1, comma 32, della legge 24 dicembre 1993, n. 537); ma si pensi anche ai Fondi di previdenza complementare di cui al d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124, i quali - a seguito del ridimensionamento della tutela offerta dalla previdenza pubblica - hanno assunto il compito di concorrere con quest'ultima al fine di realizzare quei bisogni socialmente rilevanti che, per carenza di risorse e/o per opzione di politica socio-economica, non possono attualmente essere soddisfatti direttamente dallo Stato. Sul tema, Corte Costituzionale 28 luglio 2000, n. 393, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, 955, nota di PESSI.

sempre escluso, in coerenza con una lettura pluralista del sistema, che potesse riscontrarsi una violazione del regime di parità di cui all'art. 3 Cost. quando la difformità di disciplina fosse riferibile ad un diverso *status* professionale, ad un difforme percorso lavorativo, ad una specificità della gestione previdenziale, ad una caratteristica delle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa, ma anzi ha affermato che l'art. 38 pone un principio di ordine generale, riguardante tutte le situazioni del lavoratore bisognevole di prestazioni previdenziali; pertanto, non esclude che la legge disciplini variamente gli ordinamenti che meglio si adeguino, in concreto, alle particolarità delle singole situazioni (64), ritenendo costituzionalmente legittimo un sistema previdenziale complesso, come quello vigente, composto da strutture e regimi differenziati, unificati da una comune finalità, ma regolamentati secondo principi autonomi (65).

Alla luce di questa sintetica ricostruzione, si deve ritenere che la tutela garantita dal sistema previdenziale italiano (sorto sulle esperienze della mutualità volontaria, caratterizzate, come si è visto, dalla facoltatività della predisposizione delle tutele), con il diffondersi della teoria secondo la quale la libertà dal bisogno, in quanto precondizione per l'effettivo godimento dei diritti civili e politici, debba essere garantita a tutti i cittadini, assurge a fine fondamentale dello Stato, "mediante il ricorso ad una solidarietà generale che coinvolge tutti i cittadini" e viene riconosciuta quale valore di rango costituzionale, con l'effetto di orientare progressivamente il sistema verso la realizzazione di tutele obbligatorie, per poi approdare all'attuazione anche delle tutele necessarie (66).

L'evoluzione del sistema, peraltro, non sembra essersi arrestata. Ed infatti, i provvedimenti legislativi succedutisi a partire dall'emanazione della l. n. 421/1992 (67) evi-

---

(64) Corte Costituzionale, 22 dicembre 1995, n. 516, in *Giust. Civ.*, 1996, I, 309; 30 dicembre 1998, n. 457, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 951, nota di CINELLI; 29 gennaio 1998, n. 3, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, II, 226, nota di PERA. Per un'analisi dell'influenza che la Corte Costituzionale ha esercitato sul Legislatore, CINELLI M., *L'apporto della Corte Costituzionale all'evoluzione del sistema delle pensioni*, in *Lav. dir.*, 1987, 715.

(65) Il rapporto tra regime generale e regimi speciali ha determinato la necessità di stabilire se, in caso di lacune normative nel regime speciale, possano ritenersi applicabili i principi e le norme del regime generale. In merito, in ragione dell'unicità della funzione svolta, dovrebbero ritenersi operanti i principi e le regole del regime generale, anche in mancanza di un esplicito rinvio da parte del Legislatore. Ed infatti, questo è stato il criterio interpretativo considerato idoneo, a partire dagli anni '70, dalla dottrina e dagli principali orientamenti legislativi per risolvere la questione. Si possono ricordare, a mero titolo esemplificativo: la legge 11 agosto 1973, n. 533, recante *"Disciplina delle controversie individuali di lavoro e delle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie"*; la legge 7 febbraio 1979, n. 29, sulla *"Ricongiunzione dei periodi assicurativi dei lavoratori ai fini previdenziali"*. In dottrina, cfr. SANDULLI P., *I regimi speciali di previdenza sostitutivi nel sistema pensionistico generale*, in AA.VV. *La previdenza dei dirigenti di azienda nel sistema pensionistico italiano*, Milano, 1983, 87; PESSI R., *Giurisprudenza di Cassazione e rapporti tra regimi speciali sostitutivi ed il regime generale della previdenza sociale*, in *Riv. infort. mal. profess.*, 1982, 409. In contrasto con le posizioni ricordate, si è posta la giurisprudenza della Corte di Cassazione che sul tema offre un panorama che oscilla fra tre criteri regolatori (criterio dell'esclusione, che si risolve nel riconoscimento dell'autonomia della disciplina dei rapporti speciali; criterio della sussidiarietà, applicabile in tutte le ipotesi di rinvio e/o coordinamento tra le discipline; criterio della coerenza del sistema, il quale postula l'esigenza di realizzare una disciplina dei rapporti speciali coordinata con il complesso dei rapporti afferenti al regime generale).

(66) Sul tema, ancora, PERSIANI M., *Diritto della previdenza sociale*, cit. 13.

(67) Su cui cfr. CINELLI M, PERSIANI M. (a cura di), *Commentario della riforma previdenziale: dalle leggi "Amato" alla finanziaria 1995*, Milano, 1995.

denziano la tendenza del sistema previdenziale -affermatasi anche in ragione di esigenze di contenimento della spesa pubblica ed in particolare di quella previdenziale - ad affidare a soggetti diversi dallo Stato il compito di soddisfare bisogni socialmente rilevanti.

La progressiva riduzione della disponibilità dello Stato centrale a destinare risorse finanziarie a favore del sistema previdenziale in ragione della crescita geometrica del deficit pubblico e dei vincoli posti al nostro Paese dall'appartenenza all'Unione europea, hanno rilanciato, in particolare, l'esigenza di ripensare il sistema previdenziale attraverso l'adozione di forme decentrate ed autogestite di tutela mediante uno sviluppo di un nuovo *welfare* mutualistico ed autofinanziato, che lasci maggior spazio all'iniziativa privata, individuale e collettiva.

È questo il caso della previdenza complementare (ma discorso analogo potrebbe farsi con riferimento agli enti previdenziali privatizzati (68)), attraverso il cui recupero e la cui tipizzazione legislativa, il sistema previdenziale sembra avere inaugurato una fase che si connota per la devoluzione alle parti sociali della realizzazione di interventi previdenziali a tutela di bisogni dotati di rilevanza sociale.

4.1. — La previdenza privata di fonte collettiva: cenni sulla previdenza complementare

Proprio nella materia della previdenza complementare, si diceva, ha trovato sperimentazione la tecnica della delega all'autonomia collettiva del potere di produzione normativa di una fattispecie previdenziale.

L'art. 3, d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252 (69), individua nella contrattazione collet-

(68) Il d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509, per alcuni enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatoria espressamente individuati, prevede che, dal 1° gennaio 1995, la trasformazione in associazioni o fondazioni con personalità giuridica di diritto privato, a condizione che non usufruiscano di finanziamenti o altri ausili pubblici. Fra gli enti individuati figurano: la Cassa di previdenza degli avvocati e procuratori legali; dei dottori commercialisti; dei geometri; degli ingegneri e architetti liberi professionisti; del notariato; dei ragionieri e periti commerciali; degli agenti e rappresentanti di commercio; dei giornalisti italiani. Gli enti trasformati continuano a svolgere le attività previdenziali e assistenziali, per le categorie di lavoratori e professionisti per le quali erano stati originariamente istituiti, ferma restando l'obbligatorietà della iscrizione e della contribuzione. Sul tema, cfr. BOZZAO P., *Gli enti previdenziali privatizzati*, in PESSI R. (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale*, 1995, Padova, 327; CARBONE L., *La privatizzazione degli enti di previdenza*, in CINELLI M., PERSIANI M., *Commentario alla riforma previdenziale dalle leggi Amato alla finanziaria 1995*, cit. 425. Da segnalare, infine, che le Casse di previdenza libero professionali in parola sono state da ultimo oggetto di un intervento teso ad ampliare la loro autonomia, riconoscendo agli enti privatizzati maggiore flessibilità nella definizione di misure intese a garantire l'equilibrio finanziario di lungo periodo (art. 1, comma 763, legge n. 296/2006, legge finanziaria per il 2007).

(69) Come noto, il sistema della previdenza complementare - precedentemente disciplinato dal d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124 - è stato oggetto di una recente modifica legislativa volta a rilanciare il fenomeno a seguito del sostanziale insuccesso dei Fondi pensione di nuova istituzione, mediante la previsione di un meccanismo di conferimento tacito del trattamento di fine rapporto quale fonte di finanziamento del sistema, nonché la parificazione delle forme di previdenza collettive ed individuali. Per una visione di insieme della riforma della previdenza complementare, tra i molteplici contributi, si rinvia a PESSI R., *Lezioni di Diritto della previdenza sociale*, cit.; ID, *La previdenza complementare,* Padova, 1999; BESSONE M., CARINCI F. (a cura di), *La previdenza complementare*, Torino, 2004.

tiva (70) il soggetto deputato all'istituzione di forme di previdenza per l'erogazione di trattamenti pensionistici complementari del sistema pubblico obbligatorio. Sulla base di tale previsione, la fonte legale attribuisce ai contratti ed agli accordi collettivi poteri di normazione nella disciplina della previdenza complementare. A questi strumenti negoziali, che costituiscono vere e proprie fonti istitutive del Fondo pensione, spetta un ruolo "chiave" nella definizione della forma pensionistica complementare.

Le fonti istitutive, infatti, non si limitano soltanto ad avviare le suddette forme di previdenza: ad esse, anzi, compete delineare i tratti salienti del piano previdenziale, ossia degli aspetti cruciali della "vita" del Fondo. Gli atti fonte, dunque, definiscono le modalità di partecipazione al Fondo e regolano il regime delle contribuzioni, determinando l'ammontare delle stesse e le modalità di ripartizione tra lavoratori e datori di lavoro (71).

Alle fonti istitutive, altresì, è riconosciuto il potere di porre in essere le norme statutarie e regolamentari che concorrono a regolamentare l'ordinamento del Fondo pensione. Statuti e regolamenti, in quanto designati a disciplinare l'assetto organizzativo della forma di previdenza complementare, presentano anch'essi un contenuto normativo. Tuttavia, alla luce di quanto espressamente previsto dall'art. 2, comma 2, del d.m. n. 211/1997, ai sensi del quale "gli atti costitutivi e gli statuti, nel regolamentare l'ordinamento dei Fondi pensione, salvaguardano le competenze attribuite dal d.lgs. n. 124/1993 alle fonti istitutive", il contenuto normativo delle fonti statutarie e regolamentari opera in una condizione oggettiva di subordinazione rispetto all'atto fonte istitutiva. Se ne deve dedurre che la natura del rapporto che intercorre tra fonte istitutiva e fonte costitutiva del Fondo pensioni, è tale da collocare gli atti negoziali "fonte istitutiva" in una posizione apicale nel sistema di poteri normativi di autonomia privata e, di conseguenza, ad attribuire agli stessi il più alto grado di vincolatività (72).

Consistente è, dunque, lo spazio di autoregolamentazione lasciato alle parti sociali nella disciplina delle forme di previdenza complementare (73).

A seguito dell'entrata in vigore del già ricordato d.lgs. n. 252/2005, peraltro, alla

---

(70) Tale individuazione, invero, avviene in modo più "blando" rispetto alla previgente normativa di cui all'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 124/1993, il quale faceva dei contratti e degli accordi collettivi anche aziendali, le fonti "principe" dei Fondi pensione. Con il d.lgs. n. 252/2005, infatti, il Legislatore ha inteso pervenire alla parificazione completa tra i Fondi c.d. negoziali e le forme pensionistiche "commerciali", cioè quelle attuate su base individuale; per un'analisi critica della parificazione (riuscita "a metà") tra le forme pensionistiche complementari; PERSIANI M., *Osservazioni sulla libera circolazione nel sistema della previdenza complementare*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 1479.

(71) Cfr. BESSONE M., *Previdenza complementare*, Torino, 2000.

(72) *Ibidem*.

(73) Invero, si deve precisare che l'ampiezza dei poteri di produzione normativi degli strumenti contrattual-collettivi e di autonomia privata collettiva implicati nell'istituzione delle forme pensionistiche complementari, incontra un limite nelle norme di fonte legale (norme di legge, previsioni di decreto legislativo o ministeriale, atti di indirizzo, provvedimenti della Covip e delle altre autorità di vigilanza). Si pensi, a titolo esemplificativo, alla previsione che subordina l'incardinarsi del rapporto giuridico di previdenza complementare all'atto di adesione individuale alla forma pensionistica; alla materia delle prestazioni, nella disciplina delle quali le previsioni di statuto e di regolamento devono attenersi alle indicazioni di cui all'art. 11, d.lgs. n. 252/2005, in tema di tipologie di trattamento, nonché di requisiti minimi di età e di contribuzione.

previdenza complementare sembra essere stato affidato anche un compito di sostegno del reddito dei lavoratori espulsi dal ciclo produttivo, compito che, in origine, era affidato al trattamento di fine rapporto (TFR) che, in tale veste, si configurava quale ammortizzatore sociale *sui generis*.

Deve ricordarsi, infatti, che a norma dell'art. 2120 cod. civ. (74), in qualunque ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro, l'ex dipendente ha diritto a ricevere un importo rappresentato dalla sommatoria di accantonamenti annuali di quote della retribuzione (75), al quale è stata da sempre attribuita la natura di retribuzione differita, ma riconoscendo, al contempo, anche una funzione latamente previdenziale, in ragione della circostanza che il TFR è destinato a garantire un sostegno economico a favore di colui che, a seguito della risoluzione del rapporto di lavoro, non può più fare affidamento sulla retribuzione e può conseguentemente trovarsi in una situazione di bisogno (76).

Orbene, con riferimento alla previdenza complementare, la funzione previdenziale richiamata - riprendendo una suggestione già contenuta nel codice civile (77) - è stata, da

(74) Il TFR ha sostituito l'indennità di anzianità, originariamente prevista dalla norma del codice, che spettava al lavoratore "fedele" in caso di risoluzione del rapporto di lavoro non derivante da licenziamento per giusta causa o da dimissioni. Peraltro, i successivi interventi del Legislatore (art. 9, legge n. 604/1966) e della giurisprudenza costituzionale (a partire da Corte cost. 27 giugno 1968, n. 75, in *Foro it.*, 1968, I, 2054; sino alla Corte cost. 2 marzo 1987, n. 63, in *Giust. civ.*, 1987, I,1369), avevano imposto la corresponsione di detta indennità in ogni caso di risoluzione del rapporto di lavoro. Tale caratteristica è stata mantenuta anche con riferimento al TFR, il quale si differenzia dal precedente trattamento essenzialmente per le modalità di calcolo; *amplius* VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro. Tomo II. Il rapporto di lavoro*, Torino, 2000.

(75) Più precisamente, a norma dell'art. 2120 cod. civ., le quote annuali di TFR che devono essere accantonate dal datore di lavoro si ottengono dividendo la retribuzione annua (da intendersi, salvo differente previsione della contrattazione collettiva, in senso onnicomprensivo) per 13,5. Alle somme così ottenute è attribuito un tasso di rivalutazione parti al 75 per cento dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati, accertato dall'ISTAT aumentato di 1,5 punti percentuali.

(76) Funzione, peraltro, confermata dalla disciplina delle anticipazioni concesse al lavoratore per far fronte a particolari situazioni di bisogno (art. 2120, commi 6, cod. civ.); dalla particolare tutela predisposta dal Legislatore al fine di assicurare l'effettivo godimento del TFR persino in caso di inadempimento o di insolvenza da parte del datore di lavoro, mediante la costituzione presso l'INPS di un apposito Fondo di garanzia (d.lgs. n. 80/1992, che impone all'anzidetto Fondo sia la tutela dei crediti retributivi del lavoratore, sia di quelli previdenziali); nonché dall'esclusione degli accantonamenti del TFR dalla nozione di retribuzione imponibile a fini previdenziali contenuta all'art. 12, legge n. 153/1969. Cfr. VALLEBONA A., *ult. op. cit.*; PESSI R., *Lezioni di diritto del lavoro*, Torino, 2006.

(77) Ci si riferisce all'art. 2123 cod. civ. che prevede la possibilità per il datore di lavoro di farsi carico della corresponsione del TFR ovvero di prestazioni sostitutive o integrative di quelle previste in caso di sospensione del rapporto di lavoro per impossibilità della prestazione (artt. 2110 e 2111 cod. civ.), mediante atti equivalenti di previdenza. Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 124/1993, questa norma, insieme all'art. 2117 cod. civ. ed all'art. 11 della legge n. 300/1970, ha rappresentato pressoché l'unica fonte di normazione positiva della previdenza complementare. In tema, ROMAGNOLI U., *Natura giuridica dei Fondi di previdenza*, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 1960, 858; GABOARDI G., *La previdenza integrativa nel settore bancario*, in *Quad. Dir. Lav.*. Rel. Ind., 1992, 137; AA.VV., *Fondi di previdenza integrativa*, Milano, 1990; PESSI R., *Attività sociali e culturali in azienda. L'art. 11 dello Statuto dei lavoratori e i suoi riflessi nella legislazione, nella contrattazione collettiva e nella giurisprudenza*, Milano, 1981, 262.

ultimo, accentuata, individuando proprio nel TFR la fonte di finanziamento principale (ed a volte esclusiva (78)) dei Fondi pensione. In merito, l'art. 8 del d.lgs. n. 252/2005 ha previsto l'integrale destinazione del TFR maturando alle forme pensionistiche complementari anche mediante modalità di adesione tacita, realizzando così - salvo esplicita manifestazione di dissenso - una sorta di adesione "automatica" alla previdenza complementare. Si prospettano così, al lavoratore, due scelte alternative: la prima è quella del mantenimento del TFR come retribuzione differita con finalità previdenziale; la seconda quella dell'adesione ad una forma pensionistica complementare, nella quale il TFR perde la sua funzione retributiva per acquistare pienamente una funzione previdenziale (79).

Nella prima ipotesi, poco o nulla cambia per i lavoratori: questi percepiranno la propria "liquidazione" interamente sotto forma di capitale al momento della cessazione del rapporto di lavoro. Invariata, in questo caso, resta pure la disciplina delle anticipazioni per le causali previste dalla legge, nonché le regole relative alla rivalutazione del TFR accantonato. La scelta di mantenere il TFR come retribuzione differita, peraltro, è subordinata all'esercizio di una opzione esplicita in tal senso entro 6 mesi dall'assunzione (80). Nell'ipotesi in cui tale termine decorra senza alcuna manifestazione di volontà esplicita da parte del lavoratore, trova applicazione la regola del c.d. silenzio assenso, per cui il TFR maturando è destinato alla previdenza complementare.

Se, dunque, per i lavoratori la scelta di mantenere il TFR "in azienda" non comporta novità particolarmente rilevanti, lo stesso non può dirsi per i datori di lavoro. Nelle imprese con almeno 50 dipendenti, infatti, in forza dell'accordo tra Governo e parti sociali del 23 ottobre 2006 (trasfuso poi nella finanziaria per il 2007), viene comunque

(78) Si veda in proposito la previsione di cui all'art. 8, comma 10, che consente l'adesione ad una forma pensionistica anche tramite il solo conferimento, esplicito o tacito, del TFR, che non comporta l'obbligo di contribuzione a carico del lavoratore e/o del datore di lavoro.

(79) Sebbene non vi sia unanimità né in dottrina né in giurisprudenza, infatti, la Corte costituzionale ha espressamente riconosciuto la natura di contributi previdenziali alle somme versate alla previdenza complementare, affermando che "le contribuzioni [...] al finanziamento dei Fondi non possono più definirsi "emolumenti retributivi con funzione previdenziale", ma sono strutturalmente contributi di natura previdenziale, come tali estranei alla nozione di retribuzione imponibile ai sensi e agli effetti dell'art. 12 della legge n. 153 del 1969, potendo (e dovendo) formare oggetto soltanto di un contributo di solidarietà alla previdenza pubblica, il quale non è un contributo previdenziale in senso tecnico"; sul punto, GIUBBONI S., *Previdenza complementare e contributo di solidarietà*, in *Giust. civ.*, 1996, 663; PERA G., *Fondi pensionistici integrativi e contribuzione previdenziale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, 7. *Contra* molta parte della giurisprudenza di Cassazione per cui la contribuzione versata alle forme pensionistiche complementari dovrebbe essere qualificata come retribuzione, seppur differita (in tal senso, ad esempio, Cass. 1° febbraio 1985, n. 664, in *Giust. civ.*, 1985, 2, 2778); per la dottrina cfr. PROIA G., *La Corte costituzionale e la previdenza complementare*, in *Arg. dir. lav.,* 1995, 180, il quale nota come il convincimento dell'esclusione dall'obbligo contributivo era "assolutamente generalizzato e consolidato sia da parte delle aziende, dei lavoratori e delle loro organizzazioni sindacali - che mai avevano considerato, nella pianificazione dell'attività dei Fondi aziendali, i possibili oneri derivanti dalla contribuzione al sistema pubblico - sia da parte degli istituti previdenziali - che mai, da parte loro, avevano avanzato pretese al riguardo"; GRANDI M., *Previdenza integrativa e previdenza privata*, in AA.VV., *Questioni attuali di diritto del lavoro, Not. giur. lav. suppl.*, Roma, 1989, 220.

(80) Deve segnalarsi, peraltro, che coloro che scelgono di mantenere il TFR nella forma di retribuzione differita potranno in qualunque momento revocare tale scelta e decidere di aderire ad un Fondo pensione, conferendo allo stesso il proprio TFR maturando.

meno la possibilità di utilizzare le quote di TFR accantonate quale fonte di finanziamento a basso costo (81), in quanto con effetto dal 1° gennaio 2007, è istituito presso l'INPS un "Fondo per l'erogazione ai lavoratori dipendenti del settore privato dei trattamenti di fine rapporto di cui all'art. 2120 del codice civile", finanziato (secondo il metodo della ripartizione) con contributi mensili a carico del datore di lavoro di importo pari all'accantonamento di TFR non destinato alla previdenza complementare (82).

L'altra possibilità consentita ai lavoratori è quella di aderire alla previdenza complementare mediante il conferimento del TFR. In merito, il decreto delegato individua due distinte modalità di adesione, l'una esplicita (83), l'altra tacita (84); in entrambi i casi, peraltro, la devoluzione del TFR comporterà l'iscrizione del lavoratore al Fondo, nonché l'obbligo per il datore di lavoro di conferire il TFR maturando al Fondo prescelto dal lavoratore con l'ovvia conseguenza di non poter più utilizzare la "liquidazione" come forma di autofinanziamento.

La prospettata "scomparsa" del TFR divenuto, per gli iscritti alla previdenza complementare, fonte di finanziamento del Fondo pensione, ha comportato per gli stessi il venire meno di quello che - come anticipato - assumeva la funzione di "ammortizzatore sociale" (85). Conseguentemente, il Legislatore ha ritenuto di

---

(81) *Amplius* AA.VV., *Le misure compensative per le imprese*, Quaderni Mefop n. 12/06, Roma; BARDAZZI R., PAZIENZA M.G., *Il TFR e il costo per le imprese minori: un contributo al dibattito in corso*, Argomenti di discussione CeRP n. 7/05, in *http://cerp.unito.it/pubblicazioni/*.

(82) La novità, si è detto, riguarda solo le imprese con almeno 50 dipendenti e si riferisce solo alle quote di TFR maturate dal 1° gennaio 2007 (il TFR maturato sino a quella data resta al datore di lavoro che lo erogherà al dipendente al momento della cessazione del rapporto di lavoro). I datori di lavoro che impiegano sino a 49 lavoratori, invece, potranno mantenere gli accantonamenti di TFR dei lavoratori che non optano per la previdenza complementare nella propria azienda (cfr. art. 1, commi 755-762, legge n. 296/2006, dd.mm. Lavoro 30 gennaio 2007). Sul Fondo di tesoreria, GARCEA D., *Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva - La natura del Fondo di tesoreria per l'erogazione del t.f.r.*, in *Dir. rel ind.,* 2007, 543; ID., *La decontribuzione al fondo di garanzia del t.f.r.*, in TURSI A., *La nuova disciplina della previdenza complementare (d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2007, 741.

(83) Quanto alle modalità di adesione esplicite è previsto che ciascun lavoratore, entro 6 mesi dall'assunzione (dall'entrata in vigore della riforma, per i dipendenti già in forze al 1° gennaio 2007), possa comunicare al proprio datore di lavoro l'intenzione di conferire il TFR ad una forma pensionistica complementare prescelta dallo stesso lavoratore, sia essa un Fondo pensione chiuso (*rectius* di categoria), ovvero un Fondo aperto o una forma pensionistica individuale (art. 8, comma 8, lett. *a*), d.lgs. n. 252/2005).

(84) Qualora decorra il semestre che il lavoratore ha a disposizione senza che abbia espresso la propria volontà circa la destinazione del TFR - non scegliendo né un Fondo pensione, né il mantenimento del TFR in regime di retribuzione differita - il decreto delegato prevede il conferimento tacito della "liquidazione" al Fondo pensione previsto dagli accordi o contratti collettivi applicati in azienda. Laddove non vi sia alcun Fondo di categoria, il TFR affluisce ad un Fondo di previdenza complementare "residuale" istituito presso l'INPS ("Fondinps"), disciplinato dal d.m. Lavoro 30 gennaio 2007; laddove, invece, vi siano più Fondi potenzialmente destinatari del conferimento tacito (ad esempio un Fondo aziendale ed un Fondo nazionale) e salvo differente accordo aziendale, il TFR affluisce al Fondo cui hanno aderito il maggior numero dei dipendenti dell'azienda.

(85) Il venir meno del TFR e la conseguente impossibilità di usufruire di anticipazione del medesimo non comporta tensioni, essendo è compensata dalla possibilità di anticipazioni a valere sulla posizione contributiva accumulata nei Fondi pensioni prevista all'art. 11, commi 7-9, d.lgs. n. 252/2005, in modo analogo a quanto già previsto con riferimento al TFR. Più precisamente, ciascun iscritto può ottenere una anticipazione a prescindere da qualunque requisito di anzianità di iscrizione al Fondo pensione, ma nel limite massimo del 75 per cento del maturato, per spese sanitarie; decorsi 8 anni dall'iscrizione e nel limite del 75 per cento, per l'acquisto della prima casa di abitazione per sé

addossare al risparmio previdenziale anche una finalità di sostegno del reddito in ipotesi di disoccupazione prolungata, consentendo all'iscritto il riscatto del montante contributivo accumulato usufruendo di un regime fiscale agevolato (86). È, infatti, previsto che in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ad un Fondo pensione (evidentemente ad un Fondo "chiuso", riferito, ad una collettività definita dalle fonti istitutive (87)) - oltre alla possibilità di trasferire la posizione di individuale ad altra forma pensionistica (88) - sia riconosciuto al lavoratore il diritto di riscatto parziale della posizione individuale maturata (sino al 50 per cento), in caso di inoccupazione per un periodo non inferiore a 12 mesi e non superiore a 48 mesi, ovvero in caso di ricorso da parte del datore di lavoro a procedure di mobilità o alla Cassa integrazione guadagni ordinaria o straordinaria; nonché il riscatto totale (89) della posizione indi-

---

o per i figli; sempre con almeno 8 anni di anzianità assicurativa al Fondo e nel limite del 30 per cento, per ulteriori esigenze degli aderenti, prospettandosi una sorta di a-causalità dell'anticipazione in parola. È, comunque, stabilito che la somma delle anticipazioni concesse a ciascun iscritto non possa complessivamente superare il 75 per cento del montante contributivo maturato. Le anticipazioni ottenute possono successivamente essere reintegrate ad opera del lavoratore. *Amplius* PESSI R., *I problemi del diritto del lavoro: proposte per un inventario*, 2007, Padova, 98.

(86) L'ispirazione di fondo dell'intervento in esame, invero, non è nuova. Parte delle dottrina, infatti, aveva già prospettato un intervento della previdenza complementare in materia di ammortizzatori sociali, in ragione della circostanza che - a seguito della riforma della seconda parte della Costituzione operata dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 - la materia afferisce, assieme alla previdenza integrativa, ormai, alla competenza concorrente di Stato e Regioni; cfr. PERSIANI M., *Devolution e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, 26; CIOCCA G., *Il sistema previdenziale nel federalismo*, in DI STASI A. (a cura di), *Diritto del lavoro e federalismo*, Milano, 2004, 317. Proprio la disposizione in esame, peraltro, pare aver mitigato quella prospettiva, consentendo di riallineare la previdenza complementare alla funzione che la stessa aveva assunto, vale a dire quella di cui all'art. 38, comma 2, Cost.; così PESSI R., *I problemi del diritto del lavoro: proposte per un inventario*, Padova, 2007, 81.

(87) Invero, l'art. 14, comma 2, d.lgs. n. 252/2005, parla di perdita dei requisiti di partecipazione "alla forma pensionistica complementare", utilizzando, quindi, un'espressione, di per sé idonea a ricomprendere anche le forme pensionistiche individuali ed i Fondi pensione aperti. Tale previsione, tuttavia, lascia perplessi, laddove si nota che le forme pensionistiche c.d. commerciali appena evocate, si caratterizzano, tra l'altro, proprio per la circostanza di non avere un ambito soggettivo di riferimento definito a *priori*, essendo, al contrario, "aperte" all'adesione di qualunque soggetto, persino non lavoratore (cfr. art. 2, comma 1, lett. *d*), d.lgs. n. 252/2005). Ne discenderebbe, pertanto, l'impossibilità per l'aderente di "perdere" i requisiti di partecipazione, vanificando, di fatto, la previsione legale. Peraltro, va dato conto che un esame, pur approssimativo, dei regolamenti delle forme pensionistiche commerciali evidenzia che gli stessi spesso considerano - con, evidentemente, il *placet* della Commissione di vigilanza sui Fondi pensione - la cessazione del rapporto di lavoro quale causale legittimante l'attivazione delle facoltà di cui all'art. 14, comma 2, d.lgs. n. 252/2005.

(88) Cfr. il disposto dell'art. 14, comma 2, d.lgs. n. 252/2005, che consente il trasferimento della posizione pensionistica complementare ad altro Fondo chiuso o aperto, ovvero il riscatto della posizione medesima.

(89) Il riscatto totale della posizione individuale può essere consentito dalle fonti istitutive dei Fondi anche in altre ipotesi. Il comma 5, art. 14, d.lgs. n. 252/2005, infatti, individua un trattamento fiscale differenziato - in senso fortemente penalizzante rispetto a quello degli altri riscatti - per le "somme percepite a titolo di riscatto per cause diverse" dalle ipotesi già contemplate nei precedenti commi 2 e 3, senza specificare le causali che giustificherebbero tali riscatti. Pertanto, la norma richiamata e l'assenza di una esplicita previsione che escluda riscatti per cause diverse da quelle contemplate dal decreto (come invece era nell'art. 7, comma 4, ult. periodo, d.lgs. n. 124/1993) induce ad affermare la legittimità di disposizioni statutarie o regolamentari che dalla cessazione del rapporto di lavoro e, dunque, dalla perdita dei requisiti di partecipazione, facciano discendere il diritto del lavoratore ad ottenere il riscatto dell'intera posizione accumulata al Fondo pensione.

viduale maturata, in caso di invalidità permanente, o a seguito di inoccupazione per almeno 48 mesi (90).

Analogamente, pare potersi affermare che il riscatto della posizione individuale, riconosciuto nelle ipotesi di disoccupazione, mobilità o cassa integrazione guadagni, debba essere consentito anche ai lavoratori che usufruiscono delle prestazioni straordinarie garantite dai Fondi di sostegno al reddito, le quali - come si vedrà meglio in seguito - sono erogate a lavoratori il cui rapporto di lavoro è ormai venuto meno. Di talché questi soggetti avranno diritto a riscattare fino alla metà del capitale accumulato nei Fondi dopo un periodo di disoccupazione pari o superiore a 12 mesi, e l'intero montante contributivo dopo 48 mesi di inattività.

4.2. — I Fondi a fonte legale a disciplina collettiva: i Fondi di solidarietà

Così delineata brevemente l'evoluzione del sistema di previdenza sociale, ed accennato alla ricostruzione del sistema di previdenza complementare come delineato dal Legislatore del 2005, occorre procedere all'esame della complessa problematica del posizionamento dei regimi settoriali degli ammortizzatori sociali nel sistema previdenziale, distinguendo in ordine alla collocazione delle nuove tipologie di tutela previdenziale in una logica di continuità rispetto agli attuali assetti del sistema ovvero in una logica di recupero/rievocazione di esperienze trascorse, nonché in ordine alla collocazione delle suddette forme di tutela in uno dei pilastri su cui si fonda l'ordinamento previdenziale.

Per ciò che attiene alla prima questione, la facoltatività dell'istituzione dei Fondi di settore sembrerebbe segnare, relativamente alla genesi dell'intervento previdenziale, un ritorno del sistema alle esperienze del passato. I Fondi di solidarietà, infatti, nascono come libera espressione della volontà delle parti sociali di predisporre un sistema di tutela per il sostegno del reddito e dell'occupazione in quei settori esclusi dall'ambito di applicazione della Cassa integrazione guadagni. Così come è avvenuto con le Casse mutue, quindi, tali Fondi sembrerebbero rievocare quelle iniziative di tutela volontaria che hanno caratterizzato gli albori della previdenza sociale, laddove più lavoratori si associavano per ripartire tra loro le conseguenze di un evento potenzialmente dannoso (in questo caso, rappresentato dalla disoccupazione involontaria).

Tuttavia, una più attenta analisi rivela che l'elemento volontaristico si esaurisce all'atto dell'istituzione del Fondo di settore, non essendo riconosciuta né ai datori di lavoro che rientrano nel campo di applicazione della disciplina regolamentare, né ai loro dipendenti la facoltà di decidere se aderire al Fondo *de quo*. Ed infatti - a differen-

(90) Deve osservarsi, tra l'altro che l'ipotesi di Cassa integrazione e di invalidità non comportano *ex sé* la perdita dei requisiti di partecipazione al Fondo pensione, in quanto non necessariamente determinano l'estinzione del rapporto di lavoro. In proposito, allora, poiché la dottrina ha sempre letto l'inciso "ove vengano meno i requisiti di partecipazione" nel senso della cessazione del rapporto di lavoro, ci sarebbe paradossalmente da chiedersi se l'invalidità permanente a meno di un terzo della capacità lavorativa e/o la Cassa integrazione guadagni siano cause di cessazione del rapporto i lavoro, in contrasto con tutto il diritto del lavoro scritto sino ad oggi. Tali ipotesi, peraltro, danno già diritto ad una prestazione previdenziale, di talché non si comprende quale funzione abbia in questo caso il sommarsi di un capitale (il riscatto della posizione di previdenza complementare) con la rendita assicurata dalla previdenza obbligatoria.

za di quanto avviene con riferimento agli enti bilaterali dove, anche dopo la costituzione degli stessi, l'adesione delle parti è facoltativa (91) - è agevole constatare che, dall'atto volontario con cui l'autonomia collettiva istituisce un Fondo di settore derivano conseguenze automatiche e necessitate per cui viene a gravare sui datori di lavoro e sui lavoratori appartenenti al settore interessato l'obbligo di effettuare i versamenti contributivi, così come sui lavoratori, ove la contribuzione sia prevista anche a loro carico. Come si dirà meglio più avanti, infatti, l'obbligo relativo al versamento dei contributi discende direttamente da un atto regolamentare del Governo (il decreto che recepisce e fissa il regolamento del Fondo) e non dal contratto collettivo, il quale, come si sa, ha un'efficacia limitata alle parti stipulanti il medesimo.

Il coinvolgimento dei datori di lavoro, tanto nell'istituzione dei Fondi, quanto nel finanziamento dei trattamenti da corrispondere, invece, richiama alla mente le esperienze della solidarietà corporativa tra datori di lavoro e prestatori, tra le quali, *in primis*, gli enti bilaterali. Il nuovo regime, infatti, appare rivolto a sperimentare una forma di solidarietà di settore, che trova chiara attuazione nella previsione di forme di autofinanziamento (a carico dei datori di lavoro, con possibilità di gravare i lavoratori dell'onere del finanziamento, ma in misura non superiore al 25 per cento dell'intero contributo). Ed infatti, i Fondi in parola sembrano reggersi, da un punto di vista finanziario, esclusivamente sul principio della solidarietà tra gli operatori del settore, essendo esclusa, per legge, la possibilità di fare ricorso a risorse di carattere pubblico.

La regola dell'autofinanziamento degli ammortizzatori sociali di cui trattasi, peraltro, è destinata ad essere disattesa in almeno due ipotesi non irrilevanti. Per alcuni settori, infatti - contrariamente ai principi desumibili dall'art. 2, comma 28, legge n. 662/1996 - sono previste anche fonti di finanziamento "esterne" alla solidarietà tra i prestatori di lavoro e i datori di lavoro. Si tratta, nel dettaglio, del Fondo di solidarietà per personale addetto al servizio della riscossione dei tributi erariali (92), e del Fondo

(91) Peraltro, come già segnalato, il tema dell'obbligatorietà o meno dell'iscrizione agli enti bilaterali da parte delle imprese datrici di lavoro del settore di riferimento è tornato alla ribalta a seguito dell'integrale novella dell'art. 3, decreto legge 23 marzo 1993, n. 71 (convertito in legge 20 marzo 1993, n. 151), operata dall'art. 10 della legge 14 febbraio 2003, che, nell'estendere il riconoscimento di benefici normativi e contributivi anche alle imprese commerciali e del turismo, ha subordinato il riconoscimento di dette agevolazioni "all'integrale rispetto degli accordi e contratti citati, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale" e non più "all'integrale rispetto degli istituti economici e normativi stabiliti dai contratti collettivi di lavoro" (originaria formulazione dell'art. 3 citato); comprendendo così anche la parte obbligatoria del contratto collettivo, la quale - tra l'altro - disciplina l'istituzione e l'adesione agli enti bilaterali. Sul tema, GAROFALO D., *Benefici contributivi e condizioni: la contribuzione agli Enti Bilaterali artigiani. La L. n. 30/2003 azzera gli effetti di Cass. n. 6530/2001*, in *Lav. giur.*, 2004, 12; di opinione opposta, invece, TIRABOSCHI M., *Incentivi economici e contratti collettivi: note sull'art. 10, legge 30/2003*, in *Guida lav.*, n. 44, 2003, 34.

(92) In merito, l'art. 6, d.m. n. 371/2003, che per finanziare il Fondo di solidarietà, impone specifici contributi ai datori di lavoro e, in misura inferiore, ai loro dipendenti, ma - al contempo - lo stesso decreto sospende fin dall'origine l'obbligo contributivo, addossando l'onere del finanziamento alle assegnazioni annue provenienti dall'avanzo patrimoniale, al netto delle riserve legali, esistente alla data del 31 dicembre 1998, del Fondo di previdenza di cui alla legge 2 aprile 1958, n. 377 (Fondo di previdenza per gli impiegati dipendenti dalle esattorie e ricevitorie dalle imposte dirette). Pertanto, fino a eventuale diversa istruzione i contributi di cui all'art. 6, commi 1, 2 e 3, del decreto n. 375/2003 non dovranno essere versati.

di solidarietà dell'Alitalia, *rectius* del settore del trasporto aereo (93).

Orbene, se con riferimento al primo dei due casi citati - quello dei tributi - l'apporto finanziario pubblico si spiega con l'esistenza di rilevanti avanzi di gestione imputabili alla stessa categoria destinataria del Fondo medesimo, per quanto concerne il trasporto aereo, il modello proposto appare difficilmente estendibile ad altri settori. In tale ultimo settore, infatti, si prevede che accanto ad un intervento pubblico da attuarsi attraverso l'estensione della Cassa integrazione guadagni straordinaria e dell'indennità di mobilità (94), si affianchi un apposito Fondo speciale per il sostegno del reddito e dell'occupazione, istituito presso l'INPS, a seguito d'accordo sindacale, avente la finalità di integrazione dei trattamenti di Cassa integrazione, di solidarietà o di mobilità in aggiunta ai "massimali" di legge (95). Quanto alle risorse di detto Fondo speciale, è stabilito che le prestazioni siano alimentate non solamente da contributi a carico del datore di lavoro e del lavoratore, ma anche da contributi del sistema aeroportuale che gli operatori stessi devono convenire direttamente tra di loro per garantire la piena operatività del Fondo e la stabilità del sistema stesso. Si determina così un ammortizzatore sociale "integrativo" che grava per quota parte sulle categorie interessate e per altra parte sugli utenti del servizio aeroportuale (96).

Salvo, quindi, le due eccezioni sopra specificate, la regola è che il finanziamento dei Fondi di solidarietà non gravi su altri soggetti che non rientrino nelle categorie cui tali Fondi si riferiscono, per cui potrebbe affermarsi che le tutele offerte siano "al di fuori" del sistema di previdenza pubblico. Tuttavia, deve evidenziarsi che rapporto tra i Fondi di sostegno al reddito ed il sistema pubblico di previdenza sociale si esplica in senso di solidarietà intercategoriale, in quanto i Fondi forniscono una forma di mutualità fra gestioni a favore dei lavoratori iscritti all'assicurazione generale obbligatoria, in quanto strumenti previdenziali di settori "ricchi". Sebbene sia poco noto, infatti, le risorse raccolte da ciascun Fondo di sostegno al reddito attraverso il contributo ordinario dello 0,50 per cento sono "investite" in una sorta di "prestito" alle gestioni previdenziali obbligatoria a fronte di un tasso di interesse molto inferiore a quello di mercato. Quanto detto, è evidente esaminando i bilanci dell'INPS, i quali dimostrano come i contributi a disposizione dei Fondi siano utilizzati, in parte pressoché totale, in "anticipi a gestioni (previdenziali) deficitarie", di

(93) Al personale di terra delle aziende di trasporto aereo, infatti, è estesa la Cassa integrazione straordinaria, ai sensi dell'art. 1-*bis*, legge 291/2004.

(94) Art. 1-*bis*, d.l. 5 ottobre 2004, n. 249; l'autorizzazione può essere data dal Ministro del lavoro, sulla base di specifici accordi in sede governativa (art. 1-*bis* d.l. 249/2004), per le imprese di navigazione aerea o costituite a seguito della loro riorganizzazione o trasformazione, a prescindere dal numero dei dipendenti occupati. Cfr. R. NUNIN, *Cigs e mobilità per il personale del trasporto aereo*, in *Lav. giur.*, 2005, 333.

(95) Cfr. art. 1-*ter*, d.l. n. 249/2004; il modello "misto" dell'Alitalia, dunque, consente attraverso gli ammortizzatori pubblici, la garanzia d'una base consistente e l'aggiunta d'un'ulteriore integrazione a carico dell'apposito "Fondo" per dare alla fine se non tutto, quasi tutto il trattamento che si sarebbe avuto in costanza di rapporto.

(96) È previsto, infine un ulteriore contributo posto espressamente a carico dei passeggeri. Cfr., in proposito, art. 6-*quater* del decreto legge 31 gennaio 2005, n. 7, che incrementa l'addizionale comunale sui diritti di imbarco in misura pari ad un euro a passeggero, da destinare, appunto al finanziamento del Fondo in parola.

modo da realizzare un ripianamento di dette gestioni a fronte di un saggio d'interesse che è inferiore al 4 per cento (97).

Ciò osservato ed alla luce degli elementi sin qui evidenziati, si potrebbe ritenere che i nuovi strumenti di sostegno del reddito e dell'occupazione possano essere inquadrati fra quelle forme di previdenza negoziata che realizzano esigenze di natura pubblicistica, trasferendone - salvo casi specifici - i costi dallo Stato ai privati; forme di tutela di interessi a rilevanza sociale, che l'ordinamento reputa meritevoli di tutela, ma a copertura finanziaria non necessaria da parte dello Stato (98).

4.3. — I Fondi di solidarietà nell'art. 38 Cost.

Venendo, poi, ad affrontare la questione della collocazione dei Fondi di sostegno al reddito nell'ambito dell'ordinamento previdenziale, si deve precisare che gli stessi, in quanto forme di previdenza negoziata a tutela di interessi tutelati dalla previdenza obbligatoria, dovrebbero poter essere riferiti al primo pilastro su cui si edifica il sistema, vale a dire all'area tradizionalmente presidiata da interventi di natura pubblicistica

In particolare - immaginando, come proposto da autorevole dottrina (99), che l'ordinamento previdenziale si articoli in una serie di "cerchi concentrici", dei quali il primo garantisce tutela ai "bisogni soggettivamente esistenti ed oggettivamente accertati al cosiddetto minimo vitale, di cui al 1° comma dell'art.38 Cost., riferiti e riferibili a tutti i cittadini" (100), il secondo soddisfa "i bisogni soggettivamente esistenti ed oggettivamente accertati per un'esistenza libera e dignitosa, di cui al 2° comma dell'art.38 Cost., riferiti e riferibili a tutti i lavoratori" (101), il terzo "i bisogni presunti al mantenimento del tenore di vita raggiunto durante l'occupazione, anche essi rinvenibili nel 2° comma dell'art.38 Cost., riferiti e riferibili a tutti i lavoratori" (102) - la tutela assicurata attraverso l'istituto dei Fondi di settore dovrebbe poter essere riferita al secondo cerchio.

Con l'istituzione dei Fondi di settore per il sostegno del reddito e dell'occupazione, sembra, infatti, si stia creando nell'ambito del secondo cerchio lo spazio per la gestione di interessi di natura pubblicistica (bisogni identificati o identificabili come socialmente rilevanti) affidata alle parti sociali.

Tale conclusione, peraltro, pare avvalorata dall'esame dei disegni di legge delega

---

(97) Cfr., in via esemplificativa, INPS - Direzione Centrale, *Bilanci preventivi per l'anno 2007. Tomo II. Bilanci preventivi delle gestioni previdenziali e/o assistenziali,* Roma, 2007, 921.

(98) Per un approfondimento del tema, si veda PESSI R., *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, cit.; ma cfr. anche le riflessioni di ZAMPINI G., *Enti bilaterali e previdenza: appunti sulle istituzioni del nuovo stato sociale*, cit.

(99) PESSI R., *op.ult. cit.*

(100) PESSI R., *La previdenza complementare tra legge e contratto*, in *La riforma delle pensioni e la previdenza complementare*, Padova, 1997.

(101) *Ibidem*.

(102) *Ibidem*.

presentati dal Governo sin dall'art. 45 della legge 17 maggio 1999, n. 144 (103), laddove pare "istituzionalizzarsi" un disegno di *welfare* che comprenda - accanto a tutele contro la disoccupazione involtarla di tipo "pubblico" - altre provvidenze sostitutive delle prime ed interamente a carico delle categorie interessate, per le quali lo Stato si limita ad assumere un atteggiamento promozionale. Con formule più o meno costanti, emerge, infatti, nei disegni di riforma del sistema degli ammortizzatori sociali la volontà di non estendere semplicemente le tutele a settori e situazioni non coperte, ma si indica concretamente la strada della promozione della costituzione di "Fondi mutualistici bilaterali e relative strutture", da parte di associazioni comparativamente più rappresentative di datori e prestatori di lavoro, con lo scopo di gestire prestazioni integrative o sostitutive rispetto al sistema generale obbligatorio di sostegno al reddito.

In altre parole, l'esame delle proposte legislative presentate nelle ultime legislature, evidenzia una tendenza ordinamentale che vede la previdenza pubblica sempre più coadiuvata *o sostituita*, nel campo pensionistico come in quello - che qui più importa - degli ammortizzatori sociali, da iniziative particolari e di settore, cui si accompagna il crescente interesse scientifico verso modelli privatistici di gestione istituzionalizzata di risorse previdenziali (104).

In conclusione, pare potersi ipotizzare la nascita di un sistema declinato al plurale, nel quale un ruolo assolutamente centrale verrebbe attribuito all'autonomia collettiva: accanto alla Cassa integrazione ed al sistema dei Fondi di solidarietà già presenti - i quali, evidentemente, dovrebbero divenire non più previdenze "sperimentali", ma veri e propri strumenti stabili - verrebbe introdotto un terzo sistema, quello formato da differenti forme di enti bilaterali, abilitato a svolgere funzioni non solo integrative, ma addirittura sostitutive rispetto al sistema generale obbligatorio di sostegno al reddito.

Tale tendenza, peraltro, ha, da ultimo, trovato un parziale temperamento nella legge n. 247/2007 che ha recepito il Protocollo sul welfare firmato tra Governo e Parti sociali. Tale provvedimento, infatti, ha, tra l'altro, delegato l'esecutivo ad emanare una normativa di riforma del settore degli ammortizzatori sociali il cui indirizzo pare - ad una prima lettura - quello dell'armonizzazione degli interventi già esistenti e della loro estensione a tutti i settori produttivi (105). In altre parole, l'esigenza del Legislatore delegante è quella

---

(103) Ma cfr. anche il ddl n. 848-*bis* presentato dal Governo Berlusconi nel 2003, nonché il ddl n. 2596 presentato nel 2007. Parte della dottrina, peraltro, non ha mancato di evidenziare come l'utilizzo del bilateralismo per realizzare un'estensione settoriale della tutela contro la disoccupazione rischia di creare una pluralità di regimi difficilmente compatibile con l'obiettivo di ricondurre ad omogeneità ed a coerenza i differenti trattamenti; in tal senso, GENOVESE S., *La "mini-riforma" degli ammortizzatori sociali. Dallo stralcio della legge delega sul mercato del lavoro al decreto legge n. 249 del 2004*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2004, 1299.

(104) ZAMPINI G., *La previdenza complementare tra contraddizioni intrinseche e dubbi di costituzionalità (appunti ricostruttivi ed esegetici in margine al d.lgs. n. 124/1993)*, in *Dir. relaz. ind.*, 2000, 435.

(105) Cfr. CINELLI M., FERRARO G., *Nota introduttiva*, in ID. (a cura di), Welfare, *mercato del lavoro e competitività. Commento alla legge 24 dicembre 2007, n. 247*, in *Guida lav., Suppl.*, n. 2/2007, 8, che rilevano come, seppur ancora "sfuggente", il disegno di riforma degli ammortizzatori sociali pare ispirato "all'obiettivo di realizzare un sistema inclusivo ed universalistico di sicurezza sociale che almeno in parte prescinda da una logica di stretta corrispettività con le relazioni di lavoro"; TECCHIA M., *Commi 25-29. La nuova disciplina in materia di ammortizzatori sociali*, in PERSIANI M., PROIA G. (a cura di), *La nuova disciplina del* welfare. *Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247*, Padova, 2008, 59, il quale rileva come la legge n. 247/2007 immagini una disegno di riforma non più caratterizzato, come nel passato, dai caratteri della specialità e dell'eccezionalità.

di fornire una disciplina più organica e razionale degli strumenti di sostegno del reddito già esistenti, armonizzandoli tra loro ed ampliando il loro ambito di applicazione soggettivo anche a lavoratori c.d. atipici, oggi non ricompresi nella tutela offerta (106).

Quanto proposto nella legge n. 247/2007, ad ogni modo, non comporta la diminuzione del rilevo delle esperienze della "previdenza privata", in quanto nella delega la centralità del ruolo di organismi bilaterali o Fondi comunque a carattere privato, è confermata, anche se ne muta la prospettiva. Ed infatti, le esperienza riconducibile ad associazioni bilaterali di lavoratori e datori di lavoro, nelle intenzioni del Legislatore, dovrebbero orientarsi a fornire una tutela integrativa di quella pubblica e non una tutela sostitutiva della medesima (107).

Ciò impone di ripensare il sistema del sostegno al reddito riconducibile ad iniziative categoriali e, nella specie, il sistema dei Fondi di solidarietà che - recuperando la loro originaria peculiarità di forme di previdenza "sperimentale" - andrebbero a svolgere un compito di integrazione delle tutele pubbliche, estese (presumibilmente) dopo l'esercizio della delega anche ai quei settori esclusi dagli ammortizzatori sociali.

5. — L'art. 39 della Costituzione ed i Fondi di solidarietà: la libertà sindacale

L'istituzione dei Fondi di solidarietà attraverso la delega alla contrattazione collettiva, peraltro, non si limita a sollevare la questione relativa al loro inquadramento sistematico nell'ambito del sistema previdenziale, ma richiede di rielaborare, pur nella forma sintetica resa necessaria dall'ampiezza e dell'autorità del relativo dibattito, l'annoso - ma sempre ricorrente ed attuale - tema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo di diritto comune.

La mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 della Costituzione e la conse-

(106) Più precisamente, nelle intenzioni del Governo il progetto di riforma degli ammortizzatori sociali dovrebbe articolarsi nel tempo con l'obiettivo finale di giungere all'unificazione dei trattamenti di disoccupazione e mobilità, da un lato, e l'universalizzazione degli strumenti per l'integrazione al reddito, con la progressiva estensione e unificazione della cassa integrazione ordinaria e straordinaria. In connessione a tali interventi, viene immaginato che il periodo di fruizione delle provvidenza contro la disoccupazione involontaria possa essere utile anche ai fini del reperimento di una nuova occupazione, mediante strumenti che colleghino l'erogazione dei trattamenti a percorsi di reinserimento nel mercato del lavoro, configurati non solo come un onere a carico dei soggetti disoccupati, ma anche, e soprattutto, come obblighi a carico dello Stato stesso e delle imprese, le quali vengono coinvolte attivamente nel processo di ricollocazione dei lavoratori espulsi (art. 1, commi 28 e 29, legge n. 247/2007). Nelle more dell'attuazione della delega, peraltro, è previsto un miglioramento dell'indennità di disoccupazione ordinaria e di quella con requisiti ridotti in termini di durata ed in termini di importo, garantendo la copertura previdenziale figurativa per l'intero periodo di godimento delle indennità, con riferimento all'ultima retribuzione percepita (art. 1, commi da 25 a 27, legge n. 247/2007). *Amplius*, TECCHIA M., *Commi 25-29. La nuova disciplina in materia di ammortizzatori sociali*, cit., 56; ZILIO GRANDI G., *Leggi Finanziarie e Protocollo sul Welfare: stessa spiaggia, stesso mare?*, *Working Paper* ADAPT n. 47/2007, in *http://bollettinoadapt.unimore.it/*.

(107) Cfr. art. 1, comma 29, lett. *f)*, legge n. 247/2007; cfr., ancora, TECCHIA M., *Commi 25-29. La nuova disciplina in materia di ammortizzatori sociali*, cit., 60.

guente configurazione del contratto collettivo quale contratto di natura privatistica (108), come noto, hanno comportato che il medesimo trovi applicazione solo nei riguardi delle parti stipulanti, *rectius* dei soggetti appartenenti alle associazioni sindacali che hanno concluso il contratto. Coerentemente con tale affermazione, si sostiene pacificamente che il datore di lavoro che non aderisce al sindacato che ha stipulato il contratto non è vincolato alla sua applicazione (109).

Peraltro, la riconduzione dei contratti collettivi al *genus* dei contratti di diritto comune e, dunque, la loro limitata efficacia, ha sollevato non poche perplessità e dubbi allorquando - come è effettivamente è avvenuto - si è assistito all'"evoluzione contenutistica" (110) della contrattazione collettiva, la quale si è arricchita di compiti ben ulteriori ed "altri" rispetto a quelli tradizionali di definizione degli *standard* minimi di trattamento economico e normativo per i lavoratori e di disciplina dei rapporti tra le organizzazioni sindacali ed il datore di lavoro, ovvero le associazioni di datori di lavoro. A partire dagli anni '80, infatti, gli accordi collettivi divengono anche mezzi per concorrere all'organizzazione del lavoro nell'impresa e per gestire situazioni di crisi aziendale (111). Ma v'è di più. Ferma restando la natura privata dell'atto, il contratto collettivo si è trasformato da mera autoregolamentazione di interessi privati, pur collettivi, a strumento di regolamentazione di interessi generali in forza dei sempre più numerosi e significativi rinvii effettuati dal Legislatore in senso integrativo o, addirittura, sostitutivo del precetto legale (112).

---

(108) Molteplici sono i contributi di autorevole dottrina in tema del passaggio da un sistema di contrattazione collettiva di tipo pubblicistico al contratto collettivo di diritto comune. In questa sede, per l'influenza che hanno avuto su tutta la produzione successiva, ci si limita a rinviare a SANTORO PASSARELLI F., *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950, IV, 439; ID., *Norme corporative, autonomia collettiva, autonomia individuale*, in *Dir. econ.*, 1958, 1187; PERA G., *Fondamento ed efficacia del contratto collettivo di diritto comune*, in AA.VV., *Scritti in onore di Calamandrei*, vol. V, Padova, 1958; PERSIANI M., S*aggio sull'autonomia privata collettiva*, Padova, 1972; GHEZZI G., *Giuristi e legislatori nel diritto sindacale e del lavoro italiano*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, 3; GIUGNI G., *Diritto sindacale*, Bari, 2006.

(109) Sull'efficacia soggettiva del contratto collettivo, PERSIANI M., *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 1; ID., *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, ivi, 1999, 1; PESSI R., *Contratto collettivo e fonti del diritto*, ivi, 1998, 764; VALLEBONA A., *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, Relazione al Convegno Aidlass, Milano 23-25 maggio 1997; GIUGNI G., *Diritto sindacale*, cit.

(110) Così DE LUCA TAMAJO R., *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, 16.

(111) *Amplius*, PERSIANI M., *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 3.

(112) In argomento, cfr. CARINCI F., intervento di apertura alle Giornate di studio AIDLASS dal titolo *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Foggia, 25 e 26 maggio 2001, in http://www.aidlass.org, che osserva come il sistema delle fonti del diritto del lavoro ha affrontato molteplici fasi, passando per la lenta e faticosa riscoperta centralità della stessa Costituzione; per il succedersi e l'accumularsi di dosi massicce di legislazione, contrattazione, interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali, con un crescendo cumulativo di limiti e vincoli procedimentali e sostanziali nei confronti dei datori di lavoro; e giungere, infine, alla sempre più ampia ed incisiva apertura di credito alla stessa contrattazione collettiva, delegata a flessibilizzare, integrare, dettare la regolamentazione richiesta dalle nuove esigenze di flessibilità e modularizzazione; ma già TREU T., *La giurisprudenza e l'ordinamento sindacale*, in BESSONE M. (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 268, che, al proposito, parla di un rebus di un contratto privatistico con effetti tipici di un atto normativo.

Quanto osservato, nella esperienza pratica si è tradotto in un arricchimento delle funzioni del contratto collettivo: alla tradizionale funzione "acquisitiva", infatti, si è accompagnata una funzione "gestionale" delle situazioni di crisi d'impresa, ed una funzione "ablativa" (113), laddove il contratto è volto a distribuire sacrifici tra i lavoratori per tutelare un interesse generale e prioritario degli stessi (114). In materia previdenziale, poi, il Legislatore ha individuato negli accordi collettivi sia un parametro di riferimento per la determinazione di trattamenti (115), sia - ed è il caso dei Fondi di solidarietà e della previdenza complementare - la fonte medesima di diritti previdenziali.

In sostanza, dunque, l'autonomia privata collettiva ha finito per operare ed incidere, sempre più frequentemente, anche in senso ablativo su diritti di lavoratori non iscritti al sindacato, senza che questi potessero sottrarsi agli effetti del contratto medesimo. Ciò ha posto il problema della legittimità costituzionale delle norme che - di fatto - attribuiscono a siffatti accordi un'efficacia *erga omnes*, senza il rispetto delle condizioni stabilite nella seconda parte dell'art. 39 della Costituzione (116). Sulla questione è intervenuta ripetutamente la Corte costituzionale che ha fondato la legittimità delle norme di delega all'autonomia collettiva sulla distinzione tra contratto collettivo "normativo", riferibile all'art. 39 della Costituzione, e contratto collettivo con funzione regolamentare, che si distinguerebbe dal primo e non rientrerebbe nella tutela prevista dalla disposizione costituzionale (117).

Con specifico riferimento al tema della gestione della crisi da parte dell'autono-

---

(113) DE LUCA TAMAJO R., *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, 23.

(114) Data la vastità e la problematicità del tema, non si intende affrontare in questa sede la specifica funzione e le peculiarità che la contrattazione collettiva assume in materia di regolamentazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali di cui alla legge 6 giugno 1990, n. 146, rinviando a VALLEBONA A., *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Torino, 2007; MENGHINI L., MISCIONE M., VALLEBONA A. (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Padova, 2000.

(115) In via esemplificativa, cfr. legge 3 ottobre 1987, n. 398, la quale, per i lavoratori italiani occupati in Paesi extra comunitari non convenzionati, affida al Ministero del lavoro il compito di fissare annualmente l'importo della retribuzione convenzionale da assumere quale parametro per la determinazione dell'obbligazione contributiva e per la prestazione pensionistica, riferendo tale retribuzione al valore medio espresso dalla contrattazione collettiva; cfr. anche art. 1, legge 7 dicembre 1989, n. 389, che stabilisce che l'importo minimo della retribuzione imponibile non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale. *Amplius* PICCININI I., *Autonomia collettiva e previdenza*, Torino, 2000, 14.

(116) Come rilevato in proposito, tale problema si determina, da un lato, a causa dell'asserita impossibilità per il contratto collettivo di diritto comune di produrre effetti per tutta la categoria dei lavoratori; e, dall'altro lato, per l'affermazione della Corte costituzionale secondo cui è incostituzionale una legge che si propone di conseguire il risultato dell'estensione dell'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo in modo difforme da quanto stabilito nella seconda parte dell'art. 39 Cost. (così Corte cost., 19 dicembre 1962, n. 106, in *Giur. cost.*, 1962, 1408, nota di MAZZIOTTI F.); cfr. MARTONE M., *Rapporti di lavoro e sistema economico*, in *Quad. Arg. dir. lav.*, 2001, 6, 193.

(117) Cfr. Corte cost. 30 giugno 1994, n. 268, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 237 nota MANGANIELLO E.; Corte cost. 18 ottobre 1996, n. 344, in *Dir. lav.*, 1996, II, 421 nota DE MARINIS N., sull'individuazione delle prestazioni minime nello sciopero dei servizi pubblici essenziali.

mia collettiva, l'intervento più significativo da parte della Consulta ha riguardato la legittimità costituzionale dell'art. 5, legge n. 223/1991, che attribuisce alla contrattazione collettiva la facoltà di derogare ai criteri legali di scelta dei lavoratori da licenziare per riduzione di personale. Nello specifico, la Corte, pervenendo al rigetto della questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 39 della Costituzione, ha ritenuto che i contratti collettivi in parola non apparterrebbero alla specie dei contratti collettivi normativi, i soli contemplati dall'art. 39 *de quo*, trattandosi, invece, di un tipo diverso di contratto, la cui efficacia si esplica esclusivamente nei confronti degli imprenditori stipulanti (o del singolo imprenditore nel caso di accordo aziendale). Sicché gli accordi che individuano i lavoratori in esubero inciderebbero sul singolo prestatore di lavoro - anche non iscritto al sindacato stipulante - solo indirettamente, attraverso l'atto di recesso del datore in quanto vincolato dalla legge al rispetto dei criteri di scelta concordati in sede sindacale (118).

Pur condividendo le conclusioni cui perviene la sentenza appena citata, tuttavia, la dottrina ha ampiamente messo in discussione l'indirizzo dei Giudici costituzionali secondo cui l'accordo collettivo avrebbe efficacia diretta solo nei confronti del datore di lavoro. In merito, infatti, è stato osservato che anche il contratto collettivo "gestionale", allorquando obbliga il datore di lavoro al rispetto di determinati criteri di scelta, attribuisce ai singoli lavoratori il corrispettivo diritto a che gli stessi siano rispettati, regolando, al pari dei contratti "normativi", un aspetto del rapporto i lavoro. Conseguentemente, non sarebbe possibile distinguere un differente tipo di contratto non riferibile all'art. 39 della Costituzione. Piuttosto, secondo tale autorevole dottrina, l'efficacia generalizzata degli accordi in questione discenderebbe non da una differente natura degli accordi *in verbis*, ma dalla constatazione che siffatti contratti collettivi acquistano significato se e solo se riferiti all'intera collettività dei dipendenti (119).

Ponendosi in continuità con la tesi richiamata, la dottrina più recente sembra orientata a negare la distinzione prospettata dalla giurisprudenza di struttura e "natura" tra contratto "normativo" e contratto "gestionale", ritenendola una forzatura ed attribuendo, piuttosto, alla contrattazione collettiva una unica funzione normativa, nella quale sarebbero da considerare, come "sfaccettature" della stessa funzione normativa, compiti normativi e compiti gestionali (120). In altre parole, le osservazioni svolte dalla giurisprudenza che definiscono il contratto gestionale come "altro", quanto a funzioni, natura, efficacia, rispetto al contratto normativo, sarebbero un *escamotage* per aggirare pragmaticamente il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo, senza, tuttavia,

(118) Corte cost. 30 giugno 1994, n. 268, cit.

(119) Non si porrebbe, per questi contratti collettivi, un problema di efficacia o di possibile violazione del modello di cui all'art. 39 Cost., perché tali accordi pongono limiti al, o anche al, potere del datore di lavoro e sono, conseguentemente, "efficaci per tutti i dipendenti sia a ragione della inscindibilità del potere organizzativo sia perché, altrimenti, si consentirebbero discriminazioni per ragioni sindacali"; così PERSIANI M., *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *Arg. dir. lav*., 1999, 14; del medesimo parere NATULLO G., *La contrattazione "gestionale": distinzioni reali ed apparenti dal contratto "normativo"*, in SANTUCCI R., ZOPPOLI L. (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2004, 56.

(120) ZOPPOLI L., *Il sistema delle fonti*, intervento alle Giornate di studio AIDLASS dal titolo *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Foggia, 25 e 26 maggio 2001, in http://www.aidlass.org.

fugare il rischio potenziale di conflitto con i principi dell'art. 39 della Costituzione (121).

Ed allora, più pragmaticamente, pare condivisibile quell'orientamento il quale, legando le riflessioni dottrinali al dato giurisprudenziale, ritiene che la questione dell'efficacia del contratto collettivo gestionale debba essere affrontata distinguendo l'ipotesi in cui il contratto operi direttamente sul rapporto di lavoro individuale, da quella in cui l'accordo sia solo un momento di un procedimento che, nella fase finale, fa proprie le risultanze del processo di contrattazione e le trasfonde in un atto differente (un atto imprenditoriale o un atto amministrativo). Orbene, mentre nel primo caso resterebbe fermo il principio secondo cui il lavoratore dissenziente avrebbe diritto a "rifiutare" le statuizione contenute nell'accordo collettivo (122), nella seconda fattispecie non si porrebbe un problema di efficacia del contratto, in quanto la stessa deriverebbe da un altro atto (123).

In sostanza, dunque, ponendoci in continuità con l'elaborazione dottrinale sopra ricordata, sembra possibile affermare che l'estensione dell'ambito di efficacia degli accordi gestionali derivi da un riconoscimento "legale" degli stessi. In altre parole, gli accordi *de quibus* si limiterebbero ad integrare una fattispecie legale, alla quale soltanto resterebbero imputabili gli effetti *erga omnes* (124).

5.1. — Art. 39 Cost. e vincolatività degli accordi istitutivi dei Fondi di solidarietà

Con riguardo ai Fondi di settore, le considerazioni fin qui espresse hanno suscitato dubbi in ordine alla vincolatività degli accordi istitutivi, anche nei confronti dei datori di lavoro non iscritti al sindacato stipulante. In altre parole, occorre chiedersi se - una volta istituito il Fondo - il datore di lavoro ed i lavoratori del settore cui ci si riferisce siano vincolati all'adesione.

In questo caso, infatti, il Legislatore ha rinunziato a dettare i contenuti dell'istituto, rinviando al combinato disposto di fonti autonome ed eteronome; cosicché il con-

(121) NATULLO G., *La contrattazione "gestionale": distinzioni reali ed apparenti dal contratto "normativo"*, cit., 60. Sulla potenziale incostituzionalità di tale ricostruzione, cfr. VALLEBONA A., *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, 3, secondo cui il tema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo di diritto comune, la perdurante mancata attuazione del disposto costituzionale sull'efficacia generale, la disciplina collettiva vincolerebbe solo i soggetti che hanno variamente manifestato la volontà di sottoporsi alla stessa, continuando a destare perplessità le impostazioni elaborate da dottrina e giurisprudenza per vincolare anche i dissenzienti; nonché ID., *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, cit.

(122) Posizione questa che pare pacifica nella giurisprudenza almeno con riferimento all'ipotesi dei contratti di solidarietà e di demansionamento ai sensi dell'art. 4, comma 1, legge n. 223/1991; cfr. Cass. 24 febbraio 1990, n. 1403, in *Orient. giur. lav.*, 1991, 3, per cui il contratto collettivo aziendale che ha stabilito una riduzione dell'orario di lavoro e della retribuzione, ancorché stipulato da un sindacato maggiormente rappresentativo, non è efficace nei confronti dei lavoratori dissenzienti e che non vi abbiano aderito né individualmente, né tramite la rappresentanza sindacale di cui fanno parte.

(123) Cfr. GIUGNI G., *Diritto sindacale*, Bari, 2006, 147.

(124) PESSI R., *Contratto collettivo e fonti del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 762; ma già D'ANTONA M., *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 554.

tratto collettivo assume un duplice rilievo: da un lato, si presenta come presupposto per l'emanazione del regolamento interministeriale; dall'altro, come elemento essenziale per la definizione dei suoi contenuti predominanti (125).

La questione si pone, in particolare, con riferimento all'obbligo contributivo ai Fondi di solidarietà che grava su tutti i datori di lavoro del settore, anche se i medesimi non sono iscritti alle associazioni sindacali stipulanti gli accordi istitutivi del Fondo stesso.

In merito, si osserva, peraltro, che la rilevanza della questione sfuma notevolmente ove si rilevi (126) che i Fondi vengono costituiti successivamente all'esercizio della potestà regolamentare del Governo; così che, mentre è devoluta all'autonomia collettiva la funzione di predisporre un sistema di garanzie del reddito per i lavoratori in esubero, è il Governo che predispone una disciplina degli "ammortizzatori sociali" da applicare al settore economico considerato, determinando, in tal modo, un'applicazione generalizzata del sistema di garanzia del reddito predisposto dal contratto collettivo. In sostanza, quindi, sebbene demandata alla contrattazione collettiva la realizzazione di interessi generali, la sovrapposizione tra fonti contrattuali e fonti regolamentari fa sì che, almeno nel caso in esame, non si pongano gli stessi problemi di costituzionalità sollevati con riferimento all'art. 5, legge n. 223/1991: la disciplina dei Fondi di solidarietà, infatti, è rimessa alla fonte regolamentare e non ai contratti collettivi (127).

Altri autori, comunque, hanno sottolineato come la tecnica utilizzata per la costituzione dei Fondi di sostegno al reddito rappresenti una "forma radicale di deregolamentazione", finalizzata a "tener dietro alla costante della mutevolezza, vero *topos* dell'economia contemporanea", che evidenzia la volontà di porre in essere una "flessibilizzazione (anche) nel rapporto tra le fonti" (128).

Se, dunque, almeno con riferimento alla fattispecie in esame la questione dell'efficacia generale pare chiudersi nel momento in cui il regolamento di ciascun Fondo è recepito dal relativo decreto interministeriale, resta, tuttavia, da chiedersi come debba essere valutato il contratto collettivo istitutivo nelle more di detto recepimento.

La questione, invero di scarsa rilevanza pratica, si è posta, in particolare, con riferimento ai settori del Credito, del Credito cooperativo ed a Poste Italiane S.p.A. (129), per i quali l'art. 59, comma 3, legge n. 449/1997, ha consentito l'anticipazione degli effetti determinati dalla costituzione dei Fondi in parola mediante l'erogazione di emolumenti rateali (definiti dalla legge "incentivi all'esodo") comprensivi della contribuzione figurativa.

Ebbene, nei ricordati settori si è assistito - per periodi di tempo più o meno lunghi - ad una delega legale all'autonomia collettiva finalizzata a consentire a quest'ultima la conclusione contratti con efficacia *erga omnes* per l'individuazione di lavoratori in esubero e la corresponsione a favore degli stessi di somme a titolo di incentivo all'eso-

(125) Così LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Giorn. dir. rel. ind.*, 1998, 253.

(126) In altri termini, la disposizione in oggetto prefigura un meccanismo di sostegno del reddito per esuberi che, nel primo caso, vengono governati, solitamente, mediante l'intervento della Cassa integrazione guadagni straordinaria e, nel secondo caso, con l'attivazione delle procedure di licenziamento collettivo di cui alla Legge 23 luglio 1991, n. 223; cfr. LAMBERTUCCI P., *La disciplina delle eccedenze di personale tra legge e contrattazione collettiva: prime riflessioni sull'art. 2, ventottesimo comma, Legge 23 dicembre 1996*, cit., 264.

(127) LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, *Giorn. dir. rel. ind.*, 1998, 254.

(128) Così, MAZZOTTA O., *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, 3, 219.

(129) Per cui cfr. art. 40, comma 6, della l. n. 448/1998.

do corredate dalla relativa contribuzione figurativa.

Conseguentemente, almeno con riferimento agli accordi collettivi stipulati ai sensi della legge n. 449/1997, la questione della costituzionalità di un modello che consente alla contrattazione collettiva di estendere gli effetti di un contratto di diritto comune anche oltre alla platea dei lavoratori iscritti e che è ben differente dal modello immaginato dal Costituente nella seconda parte dell'art. 39 della Costituzione non appare risolta in maniera soddisfacente.

6. — La natura giuridica dei Fondi di solidarietà

Venendo, quindi, all'esame della natura giuridica dei Fondi di solidarietà, sembra possibile classificare gli stessi, dal punto di vista civilistico, tra le "associazioni tra privati non riconosciute", ovvero, più precisamente, alle associazioni non riconosciute di mutua assicurazione (130).

Alla figura dell'associazione non riconosciuta di mutua assicurazione, in particolare, gli enti in questione sono stati ricondotti essenzialmente per due profili: il primo, rappresentato dalla convergenza degli interessi da parte dei sindacati firmatari dell'accordo istitutivo, per cui gli accordi collettivi da cui traggono origine i vari enti sono definibili come contratti plurilaterali con comunione di scopo ai sensi dell'art. 1420 cod. civ. I Fondi in parola, infatti, da tale punto di vista, possiedono un indubbio carattere associativo basato sulla necessità di un gruppo (in questo caso i lavoratori esclusi dalla tutela degli ammortizzatori sociali) di ricorrere a mezzi comuni per soddisfare fini unitari (131).

Inoltre - e soprattutto - la medesima conclusione si raggiunge osservando lo "scopo ideale" dell'attività esercitata (assistenza ad imprese e lavoratori del settore interessato nei casi di bisogno previsti dai rispettivi statuti) che comporta sì la gestione di risorse economiche ma senza un fine direttamente lucrativo (le risorse che vi affluiscono sono, infatti, esclusivamente destinate all'assolvimento delle funzioni di assistenza statuariamente previste e non possono essere distratte in favore delle organizzazioni sindacali promotrici) (132).

Dall'inquadramento dei Fondi di solidarietà tra le associazioni non riconosciute, discende che la normativa cui far riferimento è quelle dettata dagli artt. 36 e ss. cod. civ., i quali rimettono - in sostanza - la disciplina della vita degli enti agli "accordi tra gli associati" (133).

---

(130) L'espressione è di ROMAGNOLI U., *Natura giuridica dei Fondi di previdenza*, cit., 1960, 858, che per primo l'ha utilizzata con riferimento ai Fondi di previdenza istituiti ai sensi dell'art. 2117 cod. civ. finanziati da contributi a carico dei lavoratori e dei datori di lavoro.

(131) BRIDA A., *Natura giuridica del Fondo bancari*, in *Dir. prat. lav.*, 1998, 23.

(132) *Amplius* ROMAGNOLI U., *op. ult. cit*.

(133) L'inquadramento dei Fondi di solidarietà tra le associazioni di fatto, dunque, comporta che i Fondi sono tenuti a dotarsi di una propria struttura organizzativa (consiglio di amministrazione, presidente, collegio dei revisori dei conti); possiedono piena capacità processuale nella persona del proprio Presidente; sono soggetti alla gestione paritetica da parte dei rappresentanti delle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro. Inoltre, la responsabilità degli amministratori permane anche dopo la cessazione dalla carica, relativamente agli atti compiuti in esecuzione del mandato; nonché, per quanto riguarda la responsabilità interna, gli amministratori rispondono nei confronti dei soci secondo le regole del mandato: si tratta di una responsabilità per inadempimento contrattuale. Cfr. BRIDA A., *Natura giuridica del Fondo bancari*, cit.

Tuttavia, non può non osservarsi come, accanto alla libertà lasciata alle fonti istitutive, la disciplina di contenuta all'art. 2, comma 28, legge n. 662/1996, ripresa ed ampliata dal d.m. n. 477/1997, imponga a tali Fondi puntuali e stringenti vincoli in ordine a molteplici aspetti della "vita" degli stessi. Si pensi, in via esemplificativa, all'ambito dei destinatari; al finanziamento ed all'individuazione degli interventi; alla gestione paritetica imposta dalla legge; tutti aspetti che preordinano, in sostanza, la nascita e la gestione dell'Ente ad una volontà eteronoma rispetto a quella degli associati.

Deve rilevarsi, peraltro, che non sono estranei al nostro ordinamento ipotesi di associazioni pur non riconosciute alle quali vengono imposti pervasivi vincoli e limitazioni. Basti pensare, alle Onlus (d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460) o, più in generale, a tutte le associazioni che intendono assumere una qualificazione "speciale" - e, quindi, un regime (fiscale, contabile ecc.) agevolato - in vista di un obiettivo che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela (134). Ma, ancora una volta, è la disciplina dettata con riferimento alle forme pensionistiche complementari di cui al d.lgs. n. 252/2005 che offre un interessante termine di paragone per i Fondi di solidarietà. Come noto, infatti, alle medesime, a norma dell'art. 4, è esplicitamente consentito assumere - tra l'altro - la configurazione giuridica di "soggetti giuridici di natura associativa, ai sensi dell'articolo 36 del codice civile, distinti dai soggetti promotori dell'iniziativa". Orbene è noto che ai Fondi pensione sono imposti innumerevoli *lacci e laccioli* tali da configurare una previdenza complementare "funzionalizzata" (135) alla previdenza obbligatoria; sicché diviene quantomeno difficile ricondurre la prima all'assistenza privata la quale, a norma del comma 5 dell'art. 38 della Costituzione, è libera, dovendosi, piuttosto, inquadrare la medesima nel comma 2 della medesima norma costituzionale (136).

Parimenti potrebbe dirsi che avvenga anche con riferimento ai Fondi di solidarietà, nei quali pare evidente che il penetrante controllo pubblicistico previsto dall'art. 2, comma 28, legge n. 662/1996 (e dal d.m. n. 477/1997) - tra cui, la possibilità di attivazione solo a seguito di ricezione del relativo Regolamento in un apposito decreto del Ministero del lavoro, la predeterminazione per via legislativa delle specifiche finalità e delle tipologie di

(134) Per la disamina della disciplina delle associazioni speciali, cfr. GALGANO F., *Diritto privato*, Padova, 2006; LEONDINI G., *Le associazioni tra autonomia privata e controlli pubblici*, Padova, 2005.

(135) L'espressione è di PESSI R., *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, cit.

(136) Nonostante anche la Corte costituzionale, con sentenza n. 393/2000, cit., si sia pronunciata esplicitamente in tal senso, il dibattito sulla questione non sembra ancora definitivamente concluso. La decisione della Corte, infatti, non ha convito autorevole dottrina tra cui, in particolare, PERSIANI M., *Previdenza pubblica e previdenza privata,* in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, 215, il quale, pur prendendo atto che il legislatore ha inteso portare la previdenza complementare verso la previdenza pubblica, ritiene che tale scelta sia dettata da esigenze contingenti, estranee alla logica del complessivo sistema previdenziale come risulta disegnato dal legislatore costituzionale; PROIA G., *Aspetti irrisolti del problema dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 620, che pone l'accento sulla differenza ontologica degli interessi, pubblico e privato, che sono chiamate a soddisfare, rispettivamente, la previdenza pubblica e la previdenza privata. Altri,, invece, pur condividendo l'orientamento della Corte costituzionale esprimono perplessità in ordine alla coerenza dei *dicta* della Consulta con la recente riforma di cui al d.lgs. n. 252/2005; cfr. PESSI R., *I problemi del diritto del lavoro: proposte per un inventario*, cit., 106; ID., *Diritto del lavoro: bilancio di un anno tra bipolarismo e concertazione,* Padova, 2008, 70; SANDULLI P., *Previdenza complementare*, in *Digesto, Disc. priv., Sez. comm.*, XI, 243.

intervento dei Fondi - finisce col dar vita ad una *over regulation* che inserisce l'autonomia collettiva in marcati contesti di doverosità e funzionalizzazione, nello svolgimento quasi di funzioni amministrative in senso oggettivo. Ciò fa sì che i Fondi di solidarietà difficilmente possano essere considerati espressione di libertà di previdenza privata *ex* art. 38, comma 5, Cost.; ma che, piuttosto, appaia più corretto l'inquadramento degli stessi tra quegli "organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato", al fine di assicurare ai lavoratori "mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria" (art. 38, commi 2 e 4, Cost.) (137).

Peraltro, nonostante le considerazioni sin qui espresse consentano di ritenere che i Fondi di sostegno al reddito *ex* art. 2, comma 28, legge n. 662/1996, possano essere ricondotti alla figura delle associazioni mutualistiche non riconosciute, appare opportuno articolare una ricostruzione del fenomeno volta a distinguere fra le diverse fasi di costituzione dei Fondi, tra le quali può intercorrere un periodo di tempo anche rilevante (138). La costituzione dei Fondi *de quibus*, infatti, passa necessariamente per due stadi: il primo, che vede solo un intervento da parte della contrattazione collettiva, è finalizzato all'istituzione del Fondo; il secondo, invece, che consente l'inquadramento del Fondo medesimo tra gli strumenti "pubblicistici" a sostegno del reddito e che si verifica solo successivamente al decreto interministeriale, che determina la costituzione del medesimo presso l'INPS.

Pare evidente che l'inquadramento di ciascun Fondo tra gli strumenti di previdenza pubblica ad opera di un atto regolamentare non possa che determinare un mutamento della natura giuridica del Fondo stesso. Secondo la ricostruzione proposta, quindi, nella prima fase di costituzione degli strumenti in parola, i Fondi sarebbero da inquadrarsi tra gli enti di fatto *ex* art. 36 cod. civ.: in tale momento, infatti, essi sono frutto solo e soltanto dell'autonomia privata, pur collettiva, la quale disciplina integralmente la vita di ciascun Fondo (139).

Al contrario, la recezione del regolamento del Fondo in un decreto interministeriale e, soprattutto, la conseguente costituzione dei Fondi presso l'INPS, determinano un mutamento genetico degli stessi, che assumono una configurazione analoga a quella delle altre gestioni previdenziali già operanti presso l'Ente pubblico. Con l'avvertenza, peraltro, che

(137) In tal senso - seppur con riferimento a differenti istituti, quali i Fondi bilaterali nel settore del lavoro interinale - ZAMPINI G., *I Fondi bilaterali nel lavoro interinale: natura e regolamentazione*, in *Lav. giur.*, 2000, 1121.

(138) Si veda, a titolo esemplificativo, la vicenda che ha portato alla costituzione del Fondo di solidarietà per i dipendenti di Poste Italiane S.p.A.: in quel caso, infatti, tra l'istituzione del Fondo ad iniziativa delle parti collettive e la costituzione del medesimo presso l'INPS per effetto del decreto interministeriale sono passati ben 4 anni (l'accordo istitutivo è stato firmato il 18 luglio 2001, il decreto interministeriale reca la data del 1° luglio 2005). Si ricorda, inoltre, che in questo lasso di tempo il Fondo ha potuto comunque operare grazie al disposto di cui all'art. 59, comma 3, l. n. 449/1997, reso applicabile a Poste italiane S.p.A. dall'art. 40, comma 6, legge 23 dicembre 1998, n. 448. Analoghi "slittamenti" tra l'istituzione dei Fondi e la loro costituzione presso l'INPS, del resto, erano già avvenuti con riferimento al settore del credito.

(139) In particolare, si ritiene che in questa fase l'autonomia delle fonti istitutive sia totale, né che vi sia alcuna necessità dell'intervento dell'autorità pubblica. Infatti, in virtù della garanzia di cui al comma 5, dell'art. 38 Cost., la contrattazione collettiva ben potrebbe ex sé costituire una forma di assicurazione privata sostitutiva della tutela pubblica contro la disoccupazione involontaria (come, del resto, è effettivamente avvenuto con riferimento agli enti bilaterali).

ciascun Fondo di solidarietà rimane separato ed autonomo rispetto a quest'ultime (140).

Quanto rilevato consente di concludere che, nonostante sussistano elementi di affinità fra i Fondi e gli enti di fatto - segnatamente, l'origine, l'autodeterminazione dei fini e la disciplina interna - gli stessi presentano caratteristiche affatto peculiari che conducono a ritenere che sia opportuno qualificarli come figura "ibride", a metà strada tra un'associazione ed una gestione previdenziale: una volta costituiti, infatti, i Fondi sono sottratti all'arbitrio delle fonti istitutive ed incardinati presso un ente pubblico che vigila sui fini e garantisce l'indistraibilità delle risorse dagli stessi.

7. — L'istituzione e la costituzione dei Fondi di solidarietà

Secondo quanto stabilito dall'art. 2, comma 28, legge n. 662/1996 l'istituzione dei Fondi di sostegno al reddito avviene attraverso una delega alla contrattazione collettiva.

L'esame della norma, invero, evidenzia come tale delega avvenga per via indiretta: è previsto, infatti, che spetti al Governo il compito di prevedere, in via sperimentale (141), la definizione di strumenti di mutualità categoriali di sostegno al reddito e di riqualificazione professionale per i lavoratori dipendenti di aziende (in crisi o comunque in ristrutturazione) non rientranti nella tutela offerta dagli ammortizzatori sociali tradizionali. La costituzione di detti Fondi, pertanto, è un atto regolamentare.

Tuttavia, presupposto necessario all'intervento governativo è la preventiva attivazione della contrattazione collettiva, la quale dovrà materialmente istituire detti Fondi. Tutto ciò ha reso determinante l'intervento delle organizzazioni sindacali.

In seguito all'intervento legislativo ricordato, i primi Fondi ad essere costituiti sono stati quelle del settore del credito e del credito cooperativo (142), i quali, peraltro,

---

(140) Si è già detto, infatti, che - stante l'autosufficienza dei Fondi in questione - le risorse raccolte sono finalizzate ad uno scopo definito dalla contrattazione collettiva in sede di istituzione, tanto che, nel caso in cui, alla fine dell'intervento, residuino somme disponibili, queste dovranno essere devolute ad interventi previdenziali a favore delle categorie di lavoratori destinatarie del Fondo liquidato (cfr. art. 3, comma 2, d.m. n. 477/1997).

(141) Si è già detto, peraltro, che, stante l'ampio successo ottenuto dalle iniziative poste in essere negli anni passati e la diffusione di tali strumenti ben oltre l'originario ambito del settore creditizio immaginato dal Legislatore, deve ritenersi che tale *"sperimentalità"* sia ormai da ritenersi superata, sicché tali strumenti di sostegno al reddito devono ormai ritenersi acquisiti al complesso del sistema previdenziale italiano.

(142) Il 28 febbraio 1998 la Delegazione Abi per le trattative in tema di lavoro e occupazione, in seno alla quale siede anche il Presidente di Federcasse in rappresentanza del sistema del Credito Cooperativo, raggiunse, con le Organizzazioni sindacali, la firma di un accordo-quadro riguardante, oltre il tema dei rinnovi contrattuali dei settori, gli accordi per l'istituzione di Fondi di solidarietà per il sostegno del reddito, dell'occupazione e della riconversione e riqualificazione professionale del personale delle Aziende di credito e di Credito Cooperativo. Detto accordo-quadro costituisce, peraltro, l'attuazione del Protocollo governativo d'intesa per il settore bancario del 4 giugno 1997 contenente una dichiarazione a verbale del Presidente di Federcasse sull'opportunità di costituire, separatamente da quello Abi, un Fondo di solidarietà anche per il sistema del Credito Cooperativo: di qui la legittimazione formale alla duplicazione, poi realizzatasi nella stessa data del 28 febbraio 1998, dei Fondi attraverso accordi specifici contenenti gli schemi di regolamenti da recepire nei decreti ministeriali in commento emanati anche sulla scorta del regolamento-quadro (Decreto Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale 27 novembre 1997, n. 477) propedeutico all'adozione di specifici regolamenti settoriali per la materia. *Amplius* TESTA F., *I Fondi di solidarietà per il settore del credito*, in *Guida lav.*, n. 27, 2000, 27.

nell'assenza di un recepimento del loro regolamento in un decreto interministeriale, hanno potuto beneficiare del regime transitorio di cui all'art. 59 della legge n. 449/1997 (143). Tale norma, infatti - a favore del personale in esubero delle aziende cui si applicano i contratti collettivi del credito - riconosceva all'autonomia collettiva la possibilità di stipulare accordi, entro il 31 marzo 1998, che (anche in deroga ai regimi di previdenza integrativa aziendali) prevedessero l'attribuzione di indennità per agevolare gli esodi, comprensive della relativa contribuzione figurativa, erogabili anche ratealmente, cui si applicano i benefici fiscali dell'art. 14, d.lgs. n. 314/1997 (esclusione dalla base imponibile, deducibilità dai redditi, tassazione separata).

In sostanza, dunque, in presenza di esuberi riguardanti banche, associazioni di banche e concessionari della riscossione, gli accordi stipulati con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative del personale dipendente avrebbero potuto prevedere - allo scopo di agevolare gli esodi - apposite indennità da erogare, anche ratealmente, in conformità all'articolo 19, comma 4 *bis* del TUIR (d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917), nel rispetto dei requisiti di età ivi previsti (144), adottando - quale criterio di scelta dei lavoratori in esubero - il criterio della maggiore prossimità alla maturazione del diritto a pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria, purché fossero contestualmente previste forme di sostegno del reddito, poste a carico dei datori di lavoro, comprensive della corrispondente contribuzione figurativa. Dopo la costituzione dei Fondi di sostegno al reddito, infine, si stabiliva che la gestione dei rapporti attivi e passivi derivanti dalle discipline collettive eventualmente concordate nella fase transitoria (e non ancora esauriti), fosse trasferita ai Fondi stessi, i quali avrebbero assunto

(143) Sebbene la disposizione in parole fosse originariamente destinata solo agli accordi tra i datori di lavoro e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative del personale dipendente del settore del credito e finalizzati alla definizione per via negoziale di misure di agevolazione all'esodo e di sostegno al reddito nei casi di ristrutturazione o riorganizzazione aziendale, il collegato alla finanziaria per il 1999 (art. 40, comma 6, legge 23 dicembre 1998, n. 448) ha successivamente esteso tale disciplina transitoria anche a Poste Italiane S.p.A., prevedendo che: "Per l'effettiva attuazione delle previsioni di cui all'articolo 2, comma 28, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, è applicabile alla società Poste italiane S.p.A. l'articolo 59, comma 3, della legge 27 dicembre 1997, n. 449".

(144) Tale norma disciplinava il regime tributario degli incentivi all'esodo - e cioè delle somme corrisposte *un tantum* in occasione della cessazione del rapporto di lavoro per favorire tale cessazione - erogati a favore dei lavoratori di età superiore a 50 anni se donne ed a 55 anni se uomini. Mentre gli incentivi all'esodo, infatti, erano sottoposti a tassazione separata, le somme corrisposte a tali categorie di prestatori di lavoro godevano di una imposizione agevolata applicando un'aliquota pari alla metà di quella applicata per la tassazione del trattamento di fine rapporto e delle altre indennità e somme indicate alla lettera *a)* del comma 1 dell'articolo 17 TUIR (cfr. Circolare Ministero delle finanze 23 dicembre 1997, n. 326/E). La norma in parola, tuttavia, è stata recentemente soppressa dall'art. 36, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, come modificato dall'allegato alla l. 4 agosto 2006 ((c.d. decreto Bersani), con decorrenza dal 12 agosto del medesimo anno. La disciplina previgente, peraltro, continua ad applicarsi con riferimento alle somme corrisposte in relazione a rapporti di lavoro cessati prima della data di entrata in vigore del citato decreto legge, nonché con riferimento alle somme corrisposte in relazione a rapporti di lavoro cessati in attuazione di atti o accordi, aventi data certa, anteriori alla data di entrata in vigore del medesimo decreto. Sul tema degli incentivi all'esodo, cfr. DELLI FALCONI G., MARIANETTI G., *Regime transitorio della disciplina degli incentivi all'esodo*, (Nota a circ. 16 febbraio 2007, n. 10/E), in *Corr. Trib.*, 2007, 1010; PETRUCCI F., *Abolizione del regime di incentivo all'esodo*, in *Corr. trib.*, 2007, 16.

in carico le residue prestazioni previste dagli accordi collettivi, insieme alla gestione degli anzidetti rapporti attivi e passivi.

La contrattazione collettiva, nelle more della costituzione dei Fondi di solidarietà, ha fatto largo utilizzo della norma di cui all'art. 59, l. n. 449/1997. In particolare, sono intervenuti molteplici accordi fra datori di lavoro, tutti appartenenti all'area contrattuale Abi e le organizzazioni sindacali, i cui contenuti, fra loro assolutamente similari, riguardavano diverse forme di sostegno tutte sostanzialmente riconducibili all'accompagnamento alla pensione (145). Più di recente il medesimo strumento è stato utilizzato anche da Poste Italiane S.p.A. in accordo con le organizzazioni sindacali, le quali - nelle more dell'intervento del decreto interministeriale che avrebbe successivamente recepito quanto pattuito nell'accordo del 18 luglio 2001 di istituzione del Fondo di solidarietà (146) - ha inteso regolare la situazione di esubero di personale ritenuta ostativa al risanamento dell'Azienda (147), con la sottoscrizione presso il Ministero del Lavoro di specifici accordi collettivi il 17, 18 e 23 ottobre 2001 (148).

---

(145) Si ricorda, in via esemplificative, l'accordo del 31 marzo 1998 della Banca Nazionale del Lavoro, il quale, a fronte della risoluzione consensuale del rapporto di lavoro con rinuncia al preavviso da parte del dipendente, prevedeva per il personale che entro 48 mesi dalla data di risoluzione del rapporto di lavoro avesse maturato il diritto al trattamento pensionistico di anzianità o di vecchiaia la corresponsione di una indennità mensile posticipata di importo pari al valore, al netto del carico fiscale, del trattamento pensionistico INPS che sarebbe spettato agli interessati con la maggiorazione dell'anzianità contributiva mancante per il diritto alla pensione di anzianità (o di vecchiaia se conseguibile prima) per il periodo intercorrente tra la cessazione del rapporto di lavoro e la prima "finestra" utile per I'accesso al pensionamento. Tale indennità, inoltre, sarebbe stata corredata dell'ammontare dei contributi previdenziali necessari per la maturazione dei requisiti minimi richiesti per il diritto a pensione di anzianità o di vecchiaia al netto di eventuali recuperi fiscali spettanti all'interessato. Era prevista, infine, anche il versamento della contribuzione al Fondo di Previdenza per il personale della BNL ai sensi dello statuto del Fondo pensione, sino alla maturazione dei requisiti minimi richiesti per il diritto a pensione di anzianità o di vecchiaia.

(146) Cfr. decreto interministeriale n. 178/2005.

(147) Anche a seguito del noto contenzioso giudiziale sui contratti di lavoro a tempo determinato che ha interessato Poste Italiane S.p.A. determinando l'obbligo di assunzione di un rilevante numero di lavoratori. Cfr. Accordo 13 gennaio 2006, sul consolidamento dei rapporti di lavoro dei lavoratori con contratto a tempo determinato riammessi in servizio.

(148) In particolare l'accordo del 17 ottobre 2001 ha stabilito che al personale ancora in eccedenza, in possesso dei requisiti per il (allora) "potenziale" accesso al (allora) "costituendo" Fondo di solidarietà per il sostegno del reddito, avrebbe potuto - in forma volontaria e risolvendo il rapporto di lavoro - accedere all'erogazione di assegni straordinari per il sostegno al reddito, in forma rateale (ovvero in un'unica soluzione), ed al versamento della correlata contribuzione figurativa, in linea con quanto previsto dall'art. 40, comma 6, della l. n. 448/1998. Era, inoltre, stabilito che il finanziamento dei suddetti "incentivi all'esodo" - in linea con quanto stabilito dall'accordo 18 luglio 2001 istitutivo del Fondo di solidarietà - gravasse interamente su Poste Italiane S.p.A., tenuta a versare anche quella che l'accordo definisce "contribuzione figurativa correlata" all'IPOST, così che il periodo di percezione dell'assegno straordinario potesse essere utile ai fini della maturazione e del calcolo del diritto a pensione di anzianità o di vecchiaia. Inoltre, l'accordo in parola, "al fine di migliorare la qualità del servizio e la competitività dell'Azienda", hanno previsto da un lato, la risoluzione del rapporto di lavoro di chi alla data del 31 dicembre 2001 e del 31 marzo 2002 risultava in possesso dei requisiti per il pensionamento di anzianità o di vecchiaia; dall'altro, la ricollocazione di parte del personale in eccedenza mediante un processo di mobilità nazionale e territoriale su base volontaria, anche con l'assegnazione a mansioni inferiori, in deroga all'art. 2103 cod. civ.

In ultima istanza, quindi, la norma contenuta nell'art. 59, l. n. 449/1997, ha consento alla contrattazione collettiva l'"anticipazione" degli effetti che si sarebbero ottenuti, a favore dei lavoratori in esubero, una volta costituiti i Fondi di solidarietà. Da un lato, infatti, era previsto che gli accordi sindacali prevedessero incentivi all'esodo "rateizzati" assimilabili - almeno dal punto di vista funzionale - ad una indennità di disoccupazione speciale. Dall'altro lato, poi, si stabiliva che, accanto a tali provvigioni, le aziende destinatarie degli accordi avrebbero dovuto versare una contribuzione (definita in senso a-tecnico *"figurativa"* (149)) che, accompagnando le prestazioni *de quibus*, avrebbe consentito ai lavoratori espulsi dal ciclo produttivo di maturare i requisiti per l'accesso al pensionamento. Tale tecnica, come si vedrà oltre, è analoga a quella immaginata nei Fondi di sostegno al reddito, dove, accanto ad una prestazione "di disoccupazione", è previsto il versamento della contribuzione c.d. "correlata" che consente la maturazione dei requisiti pensionistici.

Pare potersi quindi ribadire che, sebbene l'istituzione dei Fondi di solidarietà passi necessariamente per un intervento della contrattazione collettiva attraverso gli accordi istitutivi, la stipula di detti accordi non è sufficiente di per sé a far incardinare i rapporti giuridici previdenziali previsti dai Fondi in parola, essendo, invece, necessario il recepimento degli accordi istitutivi in appositi decreti interministeriali (150).

Ciò diviene evidente soprattutto dall'esame della legge n. 449/1997 dove si è resa necessaria una disposizione normativa specifica per far sì che - nelle more del decreto interministeriale - l'accordo raggiunto dalla contrattazione collettiva consentisse di ottenere un risultato analogo a quello che si sarebbe successivamente ottenuto nella piena vigenza dei Fondi di sostegno al reddito. In assenza di siffatta disposizione, l'autonomia privata collettiva non avrebbe potuto creare uno strumento privatistico per l'accompagnamento alla pensione dei lavoratori espulsi in seguito a processi di ristrutturazione/riorganizzazione aziendale. I Fondi di sostegno al reddito, infatti, si propongono - tra l'altro - di accompagnare i lavoratori espulsi dall'azienda al raggiungimento della pensione di vecchiaia o di anzianità. Tuttavia, affinché ciò si realizzi, alla prestazione a sostegno del reddito deve accompagnarsi il versamento della contribuzione previdenziale necessaria alla maturazione dei requisiti di anzianità contributiva per l'accesso al trattamento pensionistico.

Orbene, l'esistenza e lo svolgimento dell'obbligazione contributiva sono, come

(149) La contribuzione figurativa, infatti, consiste nell'accredito di contributi in relazione a periodi di sospensione o interruzione del rapporto di lavoro (e quindi dell'obbligo contributivo), ricollegabili ad eventi ritenuti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento quali, ad esempio, la maternità, la malattia, la disoccupazione involontaria. In tali casi, l'onere della contribuzione connesso al completamento del rapporto previdenziale viene traslato sulla mutualità di categoria e/o sulla solidarietà interna dei produttori di reddito da lavoro e/o sulla solidarietà generale (cfr. PESSI R., *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, cit., 351; MASTRANGELI F.D., NICOLINI C.A., *La contribuzione previdenziale*, Torino, 1997). Nell'ipotesi degli accordi "anticipatori" dei Fondi di solidarietà, nonché dei Fondi medesimi, invece, la contribuzione previdenziale è posta a diretto carico del datore di lavoro, sicché parlare di "contribuzione figurativa" è per lo meno improprio (la dottrina, infatti preferisce utilizzare il termine "contribuzione correlata", così PESSI R., *op. ult. cit.*, 344).

(150) Analoga è la "storia" dell'istituzione degli altri Fondi di solidarietà. L'economia della ricerca, tuttavia, non ne consente la trattazione.

noto, totalmente sottratti alla disponibilità dei soggetti destinatari della medesima (151), con la conseguenza che - al di là delle ipotesi previste per legge - nessuno può versare contributi previdenziali in assenza del presupposto tecnico giuridico di tale versamento (laddove, cioè, manchi il rapporto di lavoro). Ne discende che, in assenza di una specifica previsione normativa (152), i soggetti del rapporto giuridico contributivo non possono versare i contributi, né gli Enti previdenziali possono ricevere i medesimi.

Ed allora, nell'ipotesi dei Fondi di solidarietà costituiti al di fuori delle procedura previste dalla legge n. 662/1996 - e nell'assenza di una previsione come quella contenuta nell'art. 59 della l. n. 449/1997 che consente il versamento della contribuzione previdenziale - delicati problemi sorgono con riferimento alla qualificazione, nonché al trattamento fiscale e previdenziale della contribuzione "figurativa" (*rectius*, correlata) che, insieme alla corresponsione dell'indennità di cui sopra, il datore di lavoro si impegna a versare all'ente previdenziale per consentire il completamento della fattispecie e, conseguentemente, la maturazione del diritto a pensione. Si ritiene, infatti, che l'anzidetta contribuzione non possa considerarsi una forma di "contribuzione volontaria" versata da un soggetto terzo, il datore di lavoro, a favore del lavoratore esodato, in quanto non pare ammissibile il versamento in carenza di un'esplicita domanda di autorizzazione alla prosecuzione volontaria da parte del lavoratore interessato, nonché in assenza della relativa autorizzazione da parte dell'ente previdenziale deputato a ricevere il versamento.

Se, allora, la contribuzione figurativa correlata non può essere considerata contribuzione previdenziale, la stessa dovrà essere sarà equiparata all'incentivo all'esodo, o meglio, sarà parte dello stesso incentivo corrisposto in forma rateale ai lavoratori che consensualmente hanno risolto il proprio rapporto di lavoro. Ne deriverebbero, però, rilevanti conseguenze sia con riferimento al versamento della suddetta contribuzione all'ente previdenziale, sia con riferimento al trattamento fiscale di tali emolumenti (153).

Più specificamente, con riguardo al primo dei due profili evidenziati, qualora la contribuzione figurativa correlata sia stata già versata all'ente previdenziale, deve ritenersi che tale versamento sia stato effettuato indebitamente, in quanto non sussiste l'obbligazione contributiva sulle somme versate a titolo di incentivo all'esodo, secondo quanto disposto dell'art. 12, comma 4, lett. b), legge n. 153/1969. Tale ipotesi, dunque, darà luogo ad

---

(151) Cfr. art. 2115 cod. civ.; ma si veda anche l'art. 3, comma 9, legge 8 agosto 1995 e l'art. 55, comma 2, del r.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827, i quali - in conseguenza del principio di indisponibilità dei diritti previdenziali e delle obbligazioni presupposte, in deroga i principi del diritto comune, che consente la rinuncia alla prescrizione una volta che questa sia intervenuta *ex* art. 2937 cod. civ. - pongono un generale divieto gli enti previdenziali di ricevere i contributi per i quali sia ormai decorsa la prescrizione. Per un esame della giurisprudenza sull'indisponibilità dell'obbligazione contributiva, cfr. SURDI L., *Divieto di versamento di contributi prescritti e retrodatazione dell'iscrizione alla Cassa di previdenza dei geometri*, in *Giust. civ.*, 2003, 1669.

(152) Come quella, ad esempio relativa alla contribuzione volontaria di cui al d.lgs. n. 184/1997, per cui è consentito ai lavoratori per i quali sono venuti meno i requisiti per il versamento dei contributi previdenziale il versamento - appunto - della contribuzione volontaria, a condizione di espressa domanda da inoltrarsi all'ente previdenziale.

(153) Non sorgono questioni rilevanti, invece dal punto di vista dell'imponibilità previdenziale della contribuzione *de qua*, essendo gli incentivi all'esodo esclusi dalla base imponibile a fini previdenziali *ex* art. 12, comma 4, lett. b), legge n. 153/1969.

un indebito oggettivo *ex* art. 2033 cod. civ., con conseguente diritto alla ripetizione in capo al soggetto passivo dell'obbligazione contributiva, riconoscendosi al soggetto concorrente solo una legittimazione ad agire nei confronti del soggetto passivo dell'obbligazione e non nei confronti dell'ente previdenziale. Ovviamente, i contributi indebitamente versati non potranno essere computati agli effetti della maturazione del diritto a pensione, né della misura di essa. Per quanto attiene al secondo dei profili evidenziati, invece, l'aver qualificato la contribuzione figurativa correlata come parte dell'incentivo corrisposto al fine di agevolare gli esodi del personale eccedente, comporta l'assoggettamento della suddetta somma al regime fiscale previsto, appunto, per gli incentivi all'esodo.

Solo in prima approssimazione, quindi, i Fondi di solidarietà possono essere ricondotti alle esperienze degli enti bilaterali, dove l'iniziativa privata interviene per fornire una tutela sostitutiva di quella - mancate - pubblica. Rispetto a tali esperienze, infatti, i Fondi di sostegno al reddito corrispondono al lavoratore interessato la contribuzione correlata che consente al medesimo di maturare il diritto a pensione. Si conferma così che i nuovi strumenti di sostegno del reddito e dell'occupazione debbano essere inquadrati fra le forme di previdenza negoziata che realizzano esigenze di natura pubblicistica, trasferendone i costi dallo Stato ai privati coinvolti; vale a dire interessi a rilevanza sociale che l'ordinamento reputa meritevoli di tutela, ma a copertura finanziaria non necessaria da parte dello Stato.

L'intervento della contrattazione collettiva, pertanto, appare necessario, ma non sufficiente alla costituzione dei Fondi di sostegno al reddito. Si è ampiamente dimostrato, infatti, che solo la ricezione dei contratti istitutivi in appositi decreti interministeriali consente di ritenere che gli strumenti in parola acquisiscano una valenza pubblicistica e, dunque, assurgano a veri e propri strumenti di politica previdenziale a sostegno del reddito e possano essere costituiti presso l'INPS. Conseguentemente, il processo che porta alla costituzione dei Fondi in parola è composto necessariamente da due fasi distinte: la prima, più propriamente sindacale nella quale le parti raggiungono un accordo circa l'istituzione di Fondi di sostegno al reddito; la secondo, di tipo amministrativo, che "trasforma" gli strumenti privati in veri e propri "organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato" (art. 38, comma 4, Cost.).

7.1. — Fonti istitutive e fonti costitutive dei Fondi di solidarietà

Quanto sopra osservato non comporta, peraltro, che il ruolo della contrattazione collettiva sia "sussidiario" rispetto alla legge. Vero è, al contrario, che la fonte sindacale ha - nella fattispecie in esame - un ruolo affatto preponderante, dal momento che all'accordo istitutivo del Fondo di solidarietà spetta la definizione concreta dell'ambito di intervento dello strumento di sostegno al reddito.

A dispetto della formulazione letterale dell'art. 2, comma 28, legge n. 662/1996 (154), infatti, è evidente come il Legislatore abbia inteso prospettare un legame strutturale tra i Fondi di solidarietà e la dimensione sindacale, che costituisce la caratteristica fondamentale

(154) A mente della norma *de qua*, infatti, i Fondi di sostegno al reddito sono definiti attraverso decreti interministeriale, previa "*costituzione* da parte della contrattazione collettiva nazionale di appositi Fondi finanziati mediante un contributo sulla retribuzione non inferiore allo 0,50 per cento [...]".

di tale sistema previdenziale. Conseguentemente, appare possibile affermare che alla contrattazione collettiva spetta più un ruolo di "istituzione" che di "costituzione" dei Fondi *de quibus*.

Se, dunque, il contratto collettivo è fonte istitutiva del Fondo, occorre indagare sui rapporti tra il contratto e la fonte costitutiva, vale a dire il decreto interministeriale che fissa il regolamento del Fondo medesimo.

Tale rapporto è stato da tempo risolto dalla migliore dottrina con riferimento ad una fattispecie già richiamata (155), la previdenza complementare, per la quale si è osservato che il rapporto tra dette fonti compone un vero e proprio "ordinamento sezionale a struttura composita" (156): ad un primo livello vi è la fonte che istituisce il Fondo; in via subordinata si colloca, poi, l'atto che recepisce l'accordo che istituisce e regolamenta gli aspetti concreti del fenomeno.

Così, nel modello dei Fondi di solidarietà, ad un livello preminente troviamo gli accordi istitutivi, ai quali spetta il compito di definire tutti gli aspetti preponderanti della "vita" del Fondo: l'ambito di riferimento dell'intervento; l'individuazione degli istituti per il perseguimento di politiche attive di sostegno del reddito e dell'occupazione; i criteri, l'entità e le modalità di concessione degli interventi e dei trattamenti da essi previsti; il finanziamento degli interventi; gli ulteriori interventi e trattamenti straordinari atti a favorire i processi di ristrutturazione aziendale; la definizione delle regole relative alla designazione dei componenti degli organi dei Fondi (art. 1, comma 2, d.m. n. 477/1997). A livello subordinato, poi, si collocano le fonti regolamentari: come dispone, infatti, il successivo comma 2 dell'art. 1, d.m. n. 477/1997, le previsioni contenute nei contratti collettivi costituiscono i "princìpi e criteri direttivi, [...], per il proprio ambito di riferimento" cui il Governo deve attenersi "ai fini dell'esercizio del potere regolamentare". Il decreto n. 477/1997 ha previsto, quindi, che la disciplina contenuta negli accordi istitutivi sia integrata attraverso regolamenti attuativi della normativa pattizia (157).

---

(155) Cfr. *sub* Par. 4.1.

(156) Cfr. BESSONE M, *Previdenza complementare*, Torino, 2000, 45; ID., *Fondi Pensione. Il sistema delle fonti di un nuovo ordinamento di settore*, in *Mass. giur. lav.*, 2001, 1254.

(157) In particolare, secondo il disposto di cui al citato decreto, le disposizioni regolamentari avrebbero dovuto riguardare: a) la richiesta di emanazione di norme per fronteggiare situazioni di eccedenze di personale, transitorie o strutturali, per gli ambiti di riferimento dei quali va precisata la definizione; b) l'individuazione di specifici istituti per il perseguimento, nelle predette situazioni, di politiche attive di sostegno del reddito e dell'occupazione prevedendo criteri, entità e modalità di concessione degli interventi e dei trattamenti da essi previsti; c) la prefigurazione, sulla base di uno specifico piano pluriennale, del finanziamento dei predetti istituti, in misura adeguata all'entità degli interventi e dei trattamenti, comprensivi della copertura figurativa necessaria, nonché all'entità degli oneri di amministrazione del Fondo di cui all'art. 3, attraverso un contributo da determinarsi in misura non inferiore, nel complesso, allo 0,50 per cento da calcolare sulla retribuzione definita come base imponibile ai fini del calcolo dei contributi obbligatori di previdenza ed assistenza sociale. L'eventuale concorso del lavoratore a detto finanziamento non può essere superiore al 25 per cento del contributo prefigurato; d) la prefigurazione di un contributo addizionale a carico del datore di lavoro, in caso di ricorso ai predetti istituti, modulato con riferimento all'entità e alla durata dell'intervento richiesto, nonché al numero dei soggetti interessati, in misura non superiore a tre volte quello della contribuzione ordinaria prefigurata di cui alla lettera *c)*; e) la prefigurazione, per i settori caratterizzati da esubero strutturale di addetti di ulteriori interventi e trattamenti straordinari - i cui oneri finanziari sono posti sempre a carico dei datori di lavoro - per favorire i processi di ristrutturazione aziendale; f) la definizione delle regole relative alla designazione degli esperti in seno al comitato amministratore del Fondo (cfr. d.m. n. 477/1997).

Ne risulta esaltata quella forma di produzione normativa affatto peculiare che pone la contrattazione collettiva ad un livello, quantomeno temporalmente, "sovraordinato" rispetto al potere regolamentare dell'esecutivo, sicché laddove dovesse intervenire una modifica della fonte istitutiva del Fondo, la fonte regolamentare non potrebbe che prenderne atto e modificare in senso conforme anche il regolamento di quel medesimo Fondo (158).

Quanto fin qui detto, peraltro, sfuma nell'esperienza pratica, laddove l'autonomia collettiva ha predisposto un ordinamento ben più preciso e di dettaglio del fenomeno che va ben oltre alla mera fissazione dei "princìpi e criteri direttivi". Ne risulta così un notevole restringimento della discrezionalità dell'Amministrazione, la quale non può che limitarsi a trasfondere nell'apposito decreto interministeriale le norme contrattuali (159).

Ciò non comporta, tuttavia, l'irrilevanza della fonte regolamentare: come già visto in precedenza, infatti, solo la ricezione del contratto nel decreto interministeriale consente di inquadrare il Fondo di solidarietà tra gli strumenti, pur privatistici, che perseguono interessi collettivi socialmente rilevanti e di poter ritenere "incardinato" il rapporto giuridico previdenziale che consente l'erogazione delle prestazioni previdenziali e l'accredito della contribuzione correlata a favore dei beneficiari del Fondo medesimo. Senza contare, poi, che la trasfusione del regolamento in un atto di normazione secondaria permette, come già si è detto, di superare il tema dell'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo che, essendo fonte privatistica, non potrebbe di per sé trovare applicazione nei confronti di soggetti non appartenenti al sindacato stipulante (160).

Volendo, così, sintetizzare le conclusioni alle quali siamo fin qui giunti, può affermarsi che l'ordinamento all'interno del quale si muovono i Fondi di sostegno al reddito è costituito, anzitutto, dalla legislazione di quadro (l'art. 2, comma 28, legge n. 662/1996) e di dettaglio (d.m. n. 477/1997) che definisce in modo puntuale alcuni

(158) Si pensi, in astratto, all'ipotesi in cui le fonti istitutive scelgano di accorpare due Fondi di sostegno al reddito aventi ambiti di destinatari affini (per esempio lavoratori del credito e del credito cooperativo); ovvero al caso in cui le medesime fonti dispongano una variazione del livello contributivo o una differente ripartizione dell'onere su lavoratore e datore di lavoro.

(159) La "trasfusione", nell'esperienza reale, è avvenuta in modo pressoché letterale, come se il decreto interministeriale rappresentasse una sorta di "visto" ai risultati raggiunti dalla contrattazione collettiva. Si è riproposto, sostanzialmente, uno schema analogo a quello utilizzato in occasione della legge n. 741/1959 (c.d. "legge Vigorelli"), nella quale - stante la mole degli accordi da recepire - i decreti legislativi che dovevano generalizzare l'efficacia dei contratti collettivi non si preoccupavano nemmeno di riversare il contenuto dei contratti collettivi in nuovi testi di legge, limitandosi ad un unico articolo il quale stabiliva che i rapporti di lavoro in un certo settore erano "regolati da norme giuridiche uniformi alle clausole del contratto normativo" allegato allo stesso decreto. Così, anche nel caso dei Fondi di settore è possibile riscontrare una corrispondenza quasi letterale tra il contenuto dei contratti istitutivi dei Fondi e dei decreti che ne contengono i regolamenti. A tale proposito si richiamano: l'accordo del 28 febbraio 1998 ed i dd.mm. 157 e 158 del 2000, relativi al Credito cooperativo ed al Credito; il contratto del 26 luglio 1999ed il d.m. n. 351/2000, per le Assicurazioni in liquidazione coatta; l'accordo 24 gennaio 2001 ed il d.m. n. 88/2002, per gli ex Monopoli di Stato; il contratto 12 dicembre 2001 ed il d.m. n. 375/2003, per le Concessionarie della riscossione dei tributi; l'accordo del 18 luglio 2001 ed il d.m. n. 178/2005 che detta il regolamento del Fondo per Poste Italiane S.p.A.

(160) Cfr. *sub* Par. 5.1.

aspetti del tema (161). Entro tale cornice normativa si muovono gli accordi istitutivi, ai quali spetta il rilevante compito di modellare lo strumento sulle singole esigenze di settore o aziendali (162), determinando i destinatari delle prestazioni, l'entità e la qualità delle medesime, nonché i modi e l'entità del finanziamento. Ad un livello almeno temporalmente, se non gerarchicamente, subordinato, infine, si colloca il regolamento ministeriale del Fondo che si limita a recepire quanto disposto dalla contrattazione collettiva; anche tale atto, peraltro, risulta necessario ai fini della definizione della nuova fattispecie previdenziale, in quanto ove il regolamento non fosse recepito dal decreto interministeriale, la sola autonomia privata (collettiva) non sarebbe sufficiente né a determinare l'effetto dell'efficacia *erga omnes* della tutela offerta, né potrebbe risolvere le questioni connesse alla c.d. contribuzione figurativa correlata.

8. — L'organizzazione dei Fondi e la gestione paritetica

La "convivenza" di uno strumento di genesi pattizia - che, di conseguenza, presuppone il coinvolgimento delle parti sociali - con il carattere pubblicistico (o "parapubblicistico") della tutela offerta emergono in senso preponderante anche laddove si procede con l'analisi dell'architettura della *governance* dei Fondi di solidarietà.

La natura ambivalente dei Fondi, infatti, appariva già evidente dal tenore del comma 28 dell'art. 2, legge n. 662/1996, ove si prevedeva, alla lettera e), che gli stessi fossero, da un lato, istituiti presso l'INPS e, dall'altro, gestiti con il concorso delle parti sociali. Tale previsione è stata, quindi, ulteriormente specificata dal decreto di attuazione della norma (d.m. n. 477/1997), il quale, se da una parte stabilisce che le risorse sono incardinate presso l'INPS e sono indistraibili dalle finalità per le quali sono raccolte (secondo uno schema affine a quello di cui all'art. 2117 cod. civ.) (163), dall'altra parte - quale correttivo del rischio della deriva verso una gestione assolutamente eteronoma del Fondo - impone il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali (rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori), sia nell'organo di indirizzo e gestione, sia nella "fase di verifica" del nuovo sistema di ammortizzatori sociali che sarebbe dovuta avvenire presso il Ministero del Lavoro dopo 12 mesi dall'istituzione

(161) È stato giustamente osservato, infatti, che la natura pubblicistica del Fondo provoca una sensibile limitazione dell'autonomia collettiva, che viene vincolata sia nella sostanza sia nella forma: è la legge, infatti, ad indicare i contenuti dell'accordo; inoltre, condizione di validità dell'atto è il decreto ministeriale di recepimento, emanato previo controllo di conformità; così CECCONI S., NICCOLAI A., *La gestione degli esuberi nel settore del credito*, cit., 13.

(162) Non deve dimenticarsi, infatti, che accanto a Fondi di solidarietà per così dire "settoriali" - che, appunto, tutelano i lavoratori facenti parte di una certa categoria produttiva (come avviene, ad esempio, per i Fondi del Credito ed del Credito cooperativo) - sono stati istituiti e costituiti Fondi "aziendali" volti ad affrontare specifiche situazioni inerenti una singola impresa (è il caso del Fondo Poste o del Fondo per l'ex Ente Tabacchi Italiani).

(163) A norma dell'art. 3 del d.m. n. 477/1997, infatti, è ribadito che la disponibilità finanziaria del Fondo sia sottratta alla autonomia privata e sia vincolata a finalità previdenziali, sia in vigenza del Fondo, sia nell'ipotesi di liquidazione del medesimo, quando l'eventuale avanzo della gestione liquidatoria deve affluire alle gestioni o Fondi pensionistici delle categorie che hanno alimentato il Fondo medesimo.

di ciascun Fondo. Del resto, stante l'origine endogena delle risorse raccolte dai Fondi per far fronte agli interventi a sostegno del reddito cui gli stessi sono deputati, non sarebbe stata di certo immaginabile una completa estraneità nella gestione per quei soggetti che quelle risorse sono tenuti a corrispondere; né la medesima estraneità sarebbe stata compatibile con l'innegabile origine associativa del Fondo.

Consapevole di tutto questo, allora, il Legislatore ha inteso demandare la gestione degli interventi a sostegno del reddito ad un "comitato amministratore" composto secondo regole sì stabilite dalle fonti istitutive (164), ma comunque integrate da norme legali inderogabili che confermano la valenza sostitutiva (del sistema previdenziale pubblico) del peculiare ammortizzatore sociale in parola. In particolare - prescindendo momentaneamente dal contenuto delle norme contrattuali di composizione del comitato - il decreto stabilisce che anche il Ministero del Tesoro ed il Ministero del Lavoro partecipino ai lavori del comitato, ciascuno mediante la designazione di un proprio rappresentante, scelto tra i funzionari con qualifica di dirigente. Inoltre, anche l'INPS - si direbbe in qualità di "padrone di casa" - ha diritto ad intervenire alle riunioni del comitato: a tal fine è stabilita la partecipazione del collegio sindacale, nonché del Direttore generale dell'Istituto, i quali intervengono con voto consultivo.

Proprio la presenza alle riunione del collegio sindacale dell'INPS, tra l'altro, vale a spiegare il difetto di previsioni relative ad un "organo di controllo" del Fondo, il quale è sostituito - appunto - dall'organo di controllo dell'Istituto previdenziale. Ed infatti, a ben vedere, essendo i Fondi di sostegno al reddito costituiti presso l'INPS, gli stessi non presentano un bilancio autonomo, ma sono inseriti nel bilancio dell'ente previdenziale, sul quale, appunto vigila un proprio organo di controllo.

8.1. — La composizione del comitato di amministrazione

Quanto, invece, ai membri di nomina pattizia, l'intera disciplina è devoluta alle fonti istitutive (165), con l'unica previsione legale dell'incompatibilità tra la carica di componente del comitato di amministrazione e (qualunque) carica rivestita nell'ambito dell'organizzazione sindacale (166).

---

(164) Art. 1, comma 2, lettera f), d.m. 477/1997. La qualità "pubblicistica" del Fondo di sostegno al reddito, altresì, è ribadita anche in sede di nomina di detto comitato amministratore. Tale nomina, infatti, avviene con decreto del Ministero del Lavoro (art. 3, comma 4, d.m. n. 477/1997).

(165) Con giurisprudenza *tranchant*, peraltro, il Consiglio di Stato ha ritenuto che per le designazioni del comitato amministratore la normativa di settore non faccia riferimento agli usuali criteri di maggiore rappresentatività disciplinanti analoghi organismi collegiali di categoria, ma, ai fini dell'individuazione delle organizzazioni sindacali legittimate a indicare i propri rappresentanti in seno all'organo di amministrazione, adotta un criterio diverso, in cui il titolo di legittimazione è costituito dall'essere organizzazioni stipulanti il richiamato contratto collettivo; così Consiglio di Stato, sez. VI, 26 maggio 2006, n. 3156, in *Foro amm. CDS*, 2006, 5 1566.

(166) Fatto salvo quanto già detto in ordine alla incompatibilità tra cariche sindacali e cariche del Fondo ed in ordine all'integrazione del comitato amministratore con alcuni rappresentanti dell'amministrazione pubblica, infatti, per espressa previsione dell'art. 1, comma 2, lettera *f)* del decreto del 1997, gli esperti in seno al comitato sono nominati, *rectius* designati, in accordo con le previsioni contenute nei contratti collettivi istitutivi di ciascun Fondo.

Stupisce, a tal proposito, la pressoché totale assenza di regole poste da parte del Legislatore a fronte dell'ipertrofia normativa in settori "affini" quali, ad esempio, quello della previdenza complementare, dove la partecipazione agli organi di amministrazione e (qui sì) di controllo è dettagliatamente sottoposta alla condizione del possesso di stringenti e specifici requisiti di onorabilità e professionalità (167). Stupisce, poi, ed ancora di più, la mancata previsione legale della composizione paritetica dell'organo di amministrazione.

La scelta del Legislatore, peraltro, appare comprensibile e condivisibile se si osserva da un lato che la gestione delle risorse avviene "all'interno" dell'INPS; con l'assistenza, cioè, di un ente *super partes* in possesso di competenze idonee e sufficienti a garantire il raggiungimento delle finalità cui sono preposti gli interventi di sostegno al reddito.

Con riferimento alla "pariteticità", altresì, l'istituzione per via di contrattazione collettiva supplisce pienamente all'"amnesia" del Legislatore. L'esame delle fattispecie sorte dall'impulso originario della legge n. 662/1996, infatti, dimostra come gli accordi collettivi abbiano in tutti i casi imposto una composizione del comitato di amministrazione che vede un numero pari ed eguale di membri designati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro (168). In altre parole, il principio paritetico - seppur assente nella norma legale - è affermato dalla genesi dello strumento: il coinvolgimento della parte sindacale ed il "sacrificio" imposto ai lavoratori mediante l'imposizione di parte della contribuzione a loro carico (169) non può, nella pratica, non tradursi in un intervento degli stessi, attraverso i propri rappresentati, nell'organo di gestione del Fondo.

Ma se, dunque, la composizione paritetica del comitato amministratore finisce per acquisire la valenza di elemento fondativo del modello di *governance* dei Fondi e, come tale, di elemento non derogabile, si pone il problema di garanzia della capacità deliberativa dell'organo di amministrazione, in quanto lo stesso organo delibera a maggioranza dei voti. A ben vedere, tuttavia, anche questa è una falsa questione, poiché lo stesso Legislatore appronta un metodo semplice chiaro per evitare *impasse* in seno al collegio: la prevalenza del voto del Presidente in caso di parità nelle votazioni.

---

(167) Da ultimo, cfr. d.m. Lavoro 15 maggio 2007, n. 79; sul punto cfr. anche BRUNI R., *Art. 5 (Partecipazione negli organi di amministrazione e controllo e responsabilità)*, in TURSI A. (a cura di), *Commentario alla riforma della previdenza complementare. La nuova disciplina della previdenza complementare (d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252)*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2007, 620.

(168) A tal proposito, pare sufficiente richiamare l'art. 4 dell'accordo del 28 febbraio 1998 per il settore del credito, secondo il quale "Il Fondo è gestito da un "Comitato amministratore" composto da cinque esperti designati dall'ABI e cinque esperti designati dalle Organizzazioni sindacali stipulanti il presente accordo [...]"; nonché l'art. 3 dell'accordo 18 luglio 2001 istitutivo del Fondo di Poste Italiane S.p.A., che prevede che "Il Fondo viene gestito da un "Comitato amministratore" composto da sei [successivamente aumentati a sette, n.d.a.] esperti designati da Poste Italiane e da sei [successivamente aumentati a sette, n.d.a.] esperti designati dalle Organizzazioni Sindacali stipulanti il contratto collettivo nazionale di lavoro, maggiormente rappresentative in base alle previsioni normative vigenti, in possesso di specifica competenza e pluriennale esperienza in materia di lavoro ed occupazione [...]".

(169) Elemento, questo, si dirà nel prosieguo, di rilevante novità rispetto al tradizionale impianto degli ammortizzatori sociali dove la contribuzione è interamente (variamente, a seconda della prestazione in esame) posta a carico dei datori di lavoro.

È evidente, peraltro, che la regola di prevalenza del voto del Presidente induce a valutare se, anche con riferimento a questi, debba trovare applicazione la regola della alternanza. In difetto di indicazioni del Legislatore e della contrattazione collettiva (la quale si è limitata a stabilire che il Presidente è eletto dal comitato di amministrazione tra i propri membri) sarebbe potuto essere opportuno che, anche con riferimento a tale carica, immaginare indicazioni miranti a garantire l'alternanza nell'incarico tra rappresentati dei datori di lavoro e rappresentanti dei lavoratori.

Le riflessioni di cui sopra, tuttavia, sono destinate a rimanere allo stato teorico, in quanto nessuna delle parti coinvolte - legale, contrattuale o regolamentare - ha stabilito alcun criterio di rotazione né alcuna sanzione in caso violazione, nel caso di specie, del principio della pariteticità. In definitiva, pertanto, l'attribuzione dell'incarico di Presidente del Fondo è rimesso, da un lato, al sempre mutevole equilibrio fra i rapporti di forza tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e quelle datoriali che danno vita al Fondo e, dall'altro lato, a ragioni di opportunità che, di volta in volta, impongono di prediligere un candidato ad un altro anche in ragione delle specifiche competenze specialistiche individuali.

L'aver evocato le "competenze specialistiche" degli amministratori del Fondo di solidarietà impone di affrontare il tema dell'elettorato passivo (anche se di elettorato non è tecnicamente corretto parlare), in quanto l'individuazione dei membri del comitato di amministrazione non avviene secondo il metodo elettivo, bensì per designazione. La strada elettiva, altrove praticata con ottimi risultati (come, ad esempio, per i Fondi pensione), infatti, non è stata in nessun caso adottata dalle fonti legali né da quelle contrattuali dei Fondi di solidarietà.

Ciò, da un lato, è desumibile dalla conformazione categoriale dei Fondi di sostegno al reddito, nei quali la pluralità dei soggetti potenzialmente coinvolti (lavoratori e, soprattutto, datori di lavoro) avrebbe reso macchinosa e, quindi, in concreto impraticabile la strada della scelta dei componenti l'organo di amministrazione mediante elezione, salvo nell'ipotesi dei Fondi aziendali (nello specifico, il Fondo di Poste Italiane S.p.A. ed il Fondo per gli ex dipendenti dei Monopoli di Stato) (170).

Dall'altro lato, poi, la mancata adozione del metodo elettivo nella scelta dei componenti del Comitato amministratore di ciascun Fondo è imputabile ad una minor necessità di partecipazione dei lavoratori alla gestione del Fondo stesso. A differenza di quanto avviene con riferimento ai Fondi pensione, infatti, nei Fondi di settore i soggetti protetti non intervengono nelle scelte "strategiche" del Fondo, non essendovi né un patrimonio da amministrare, *rectius* da far fruttare; né un diritto del singolo lavoratore alla prestazione previdenziale, la quale spetta eventualmente e solo se il datore di lavoro accede ad una procedura di licenziamento collettivo o di riduzione dell'orario di lavoro (oltre alle prestazione per la riconversione e la riqualificazione professionale ove previste).

Scartata, dunque, la via elettiva nella scelta dei componenti degli organi di ammi-

(170) Così tuttavia non è stato, in quanto le fonti istitutive sia del Fondo di Poste Italiane S.p.A., sia del Fondo degli ex dipendenti dei Monopoli di Stato, impongono l'individuazione dei membri del Comitato amministratore per via di designazione ad opera delle parti istitutive dei Fondi stessi (cfr., rispettivamente, art. 3, comma 1, d.m. n. 178/2005, ed art. 3, comma 1, d.m. n. 88/2002).

nistrazione la disciplina "legale" della composizione degli organi dei Fondi - fatta eccezione per la già ricordata incompatibilità tra cariche sindacali e cariche "sociali" all'interno del Fondo, il d.m. n. 477/1997 - si limita a rinviare all'autonomia collettiva la definizione delle regole relative alla designazione degli esperti in seno al comitato. Ne discende che sarebbe stata competenza degli accordi istitutivi l'individuazione dei requisiti soggettivi degli "esperti" che dovranno comporre i comitati. Sul punto, però, deve registrarsi un silenzio unanime degli accordi istitutivi e dei regolamenti dei Fondi di sostegno al reddito, i quali non vanno al di là della generica richiesta di una qualche *expertise* non meglio precisata in capo ai membri del comitato stesso (171).

Pare possibile, così, concludere che le parti sociali hanno inteso mantenere la piena libertà nella scelta dei componenti del collegio di amministrazione, al fine di valorizzare la flessibilità dello strumento di sostegno del reddito in parola, confidando, per quanto riguarda le competenze specifiche, sull'apporto dell'Ente previdenziale e dei funzionari ministeriali, ai quali spetta sicuramente anche il ruolo di garanti della qualità degli interventi.

Deve concludersi, allora, che - a sacrificio della trasparenza nella gestione - le parti sociali hanno inteso lasciarsi le "mani libere" nella scelta dei componenti del comitato amministratore, al fine di valorizzare, per quanto possibile, la flessibilità dello strumento di sostegno del reddito in parola; tenendo, peraltro, in debito conto che l'Ente previdenziale, oltre a partecipare con le proprie competenze attraverso la diretta partecipazione all'organo di amministrazione, ha posto in essere una fitta sequenza di atti di normazione secondaria che, nei fatti, hanno tracciato le linee guida comuni a tutti i Fondi (172).

8.2. — Compiti del comitato amministratore

I compiti attribuiti al comitato amministratore del Fondo sono espressamente definiti dalla norma legale, ma non si discostano significativamente da quelli "tipici" degli organi di amministrazione delle persone giuridiche. A norma dell'art. 3, d.m. n. 477/1997, infatti, al comitato spetta il dovere di predisporre, sulla base dei criteri stabi-

(171) Così i già ricordati accordi del 28 febbraio 1998 per il credito, che parla genericamente di "esperti"; e del 18 luglio 2001 di Poste Italiane, il quale con un grado di precisione maggiore richiede che gli esperti possano vantare una "specifica competenza e pluriennale esperienza in materia di lavoro ed occupazione". Espressioni di contenuto analogo sono rinvenibili, del resto, anche negli accordi istitutivi e nei regolamenti degli altri Fondi.

(172) Cfr., in via esemplificativa, per il Credito ed il Credito cooperativo: circolare Inps 22 novembre 2000, n. 193; circolare Inps 22 novembre 2000, n. 194; circolare Inps 11 aprile 2001, n. 89; circolare Inps 9 maggio 2001, n. 100 circolare Inps 9 ottobre 2001, n. 178; circolare Inps 7 novembre 2001, n. 195; circolare Inps 7 giugno 2005, n. 73. Per le Assicurazioni: circolare Inps 8 marzo 2001, n. 55; circolare Inps 14 giugno 2001, n. 124; circolare Inps 7 settembre 2001, n. 170; circolare Inps 23 gennaio 2003, n. 13; circolare Inps 20 ottobre 2003, n. 162. Per i Monopoli di Stato: circolare Inps 3 giugno 2003, n. 94. Per la riscossione dei tributi: circolare Inps 9 dicembre 2004, n. 156; circolare Inps 14 febbraio 2005, n. 27; circolare Inps 30 giugno 2005, n. 82. Per il trasporto aereo: circolare Inps 7 ottobre 2005, n. 108; circolare Inps 9 luglio 2007, n. 102. Per le Poste Italiane: circolare Inps 16 novembre 2006, n. 132; circolare Inps 7 maggio 2007, n. 82.

liti dal consiglio di indirizzo e vigilanza dell'INPS, i bilanci annuali, preventivo e consuntivo, corredati da una propria relazione, e deliberare sui bilanci tecnici relativi alla gestione stessa. Quale organo di amministrazione, poi, il comitato delibera in ordine alla concessione degli interventi e dei trattamenti ed ha il dovere di compiere ogni atto richiesto per la gestione degli istituti previsti dal regolamento del Fondo, ivi compreso il compito di decidere, in unica istanza, sui ricorsi in ordine alle materie di competenza.

Quanto al finanziamento ed alle prestazioni erogabili, invece, il comitato svolge solo un ruolo di vigilanza in ordine all'affluenza dei contributi, all'ammissione agli interventi ed all'erogazione dei trattamenti. Come già osservato, infatti, solo le fonti istitutive del Fondo hanno il potere di variare la misura della contribuzione e la tipologia degli interventi erogabili. Al comitato, tuttavia, è riconosciuto una funzione consultiva delle fonti istitutive, potendo proporre alle stesse modifiche al regolamento del Fondo in materia di contributi, interventi e trattamenti.

Con previsione residuale, infine, il d.m. n. 477/1997 rimanda ai regolamenti ed alle leggi speciali per eventuali ulteriori compiti attribuiti all'organo di amministrazione. In merito, invero, l'autonomia collettiva non ha colto in modo significativo lo spazio a disposizione lasciato dal Legislatore, sicché i regolamenti dei Fondi si sono limitati a specificare le funzioni attribuite al comitato *ex lege* (173).

9. — Il sistema di finanziamento

Una delle peculiarità del sistema di ammortizzatori sociali in esame consiste proprio nel finanziamento dello stesso.

La funzione previdenziale dei Fondi di sostegno al reddito, infatti, appare evidente non tanto con riferimento alla loro istituzione presso l'INPS, né con riferimento all'osservazione più volte richiamata che tali Fondi sono chiamati a realizzare, in via sostitutiva, *rectius* suppletiva, compiti e finalità propri del sistema legale di previdenza sociale, ma in quanto le tutele contro la disoccupazione di cui trattasi - similmente a modelli già sperimentati a partire dalle società di mutuo soccorso, ovvero (sebbene in misura minore) ai Fondi pensione a prestazioni definite - attuano una solidarietà mutualistica tra i lavoratori del settore (174). In tale ottica, ben si comprende allora come i Fondi in parola possano agevolmente essere ricondotti alle forme di tutela previdenziali di stampo mutualistico, nelle quali - a fronte di un rischio comune (in questo caso l'espulsione dall'azienda) - i lavoratori ed i datori di lavoro (e solo essi) si associano per ripartire tra tutti le conseguenza dannose di un evento che può colpire solo alcuni di essi, erogando una prestazione correlata al reddito da lavoro perduto, previo

(173) In via esemplificativa, con riferimento al settore del credito, l'art. 4, d.m. n. 175/2000, demanda al Comitato Amministratore del Fondo compiti decisionali in merito agli interventi ed al contenzioso amministrativo, circa gli obblighi contributivi, nonché di vigilanza sull'affluenza dei contributi e sull'erogazione delle prestazioni. Sono, inoltre, fissate le competenze propositive nei confronti delle Parti stipulanti gli accordi istitutivi già ricordate per quanto attiene l'incremento della contribuzione ordinaria.

(174) Cfr. TULLINI P., *In attesa di una riforma: il Fondo di solidarietà dei bancari*, in *Lav. dir.*, 1999, 372.

assolvimento integrale dell'obbligazione contributiva (175).

L'evidenza di strumento previdenziale di categoria è sottolineata, si diceva, proprio dal sistema di autofinanziamento dei Fondi di solidarietà che esclude espressamente qualunque intervento della solidarietà generale e, dunque, di risorse pubbliche (176). Con riferimento agli stessi, difatti, la legge prevede espressamente siano le stesse imprese, unitamente ai lavoratori del settore, a finanziare il sistema attraverso contributi "ordinari", "addizionali" e "straordinari", di modo da realizzare un meccanismo di autofinanziamento che consenta a ciascun Fondo di erogare prestazioni previdenziali nei soli limiti delle risorse reperite all'interno del comparto produttivo, rispettando così un coefficiente di equilibrio che è dato, appunto, dal rapporto tra i contributi versati e le prestazioni erogate (177).

Come già detto, dunque, sin dalla previsione dell'art. 2, comma 28, legge n. 662/1996, si evince che il finanziamento dei Fondi grava esclusivamente sui destinatari della tutela previdenziale. La norma, peraltro, non si limita a stabilire i soggetti onerati dalla contribuzione, ma ne individua anche il *quantum* ponendolo entro un range predefinito. È, infatti, stabilito che gli interventi di sostegno al reddito e riqualificazione professionale siano finanziati con un contributo ordinario non inferiore dello 0,50 per cento della retribuzione, ripartito tra datore di lavoro e lavoratore, nella misura, rispettivamente, di $^3/_4$ ed $^1/_4$.

Accanto a questo, la legge rinvia alla contrattazione collettiva la possibilità di stabilire un ulteriore contributo addizionale, in misura non superiore a tre volte quella della contribuzione ordinaria, a carico dei soli datori di lavoro che ricorrono alle prestazioni (ordinarie) dei Fondi. Il sistema di finanziamento, poi, è stato ulteriormente completato (e reso, per certi versi, più complesso) dal decreto n. 477/1997, che ha stabilito l'onere, per i contratti istitutivi di Fondi riferiti a settori caratterizzati da esubero strutturale di lavoratori, di prefigurare ulteriori interventi e trattamenti straordinari atti a favorire i processi di ristrutturazione aziendale, mediante l'erogazione di prestazioni

(175) Di parere contrario, TULLINI P., *In attesa di una riforma: il Fondo di solidarietà dei bancari*, cit., 372, la quale, aderendo alla tesi di PERSIANI M., *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 311, ritiene che i Fondi realizzerebbero un sorta di modello - si perdoni il bisticcio terminologico - "beveridgiano di categoria", dove tutti i soggetti sono chiamati al finanziamento di prestazioni alle quali, tuttavia, non tutti avranno diritto, ed il cui importo, ad ogni modo, sarebbe solo indirettamente e mediatamente legato al lavoro prestato da ciascuno, sicché non sarebbe configurabile, in tale contesto, una posizione soggettiva individuale del singolo lavoratore, né una relazione di corrispettività tra l'erogazione delle prestazioni e l'attività lavorativa svolta e/o l'anzianità di servizio dei beneficiari.

(176) La correlazione tra categoria produttiva e tutela della disoccupazione è, in questo caso, sì stretta che parte della dottrina ha parlato di un ammortizzatore sociale "fai-da-te", che mira a perseguire finalità di sostegno del reddito dei lavoratori attraverso la creazione di una rete di solidarietà tra le imprese appartenenti al medesimo settore produttivo, seppur con il concorso finanziario degli stessi lavoratori; in tal senso PANDOLFO A., MARIMPIETRI M., *Ammortizzatori Sociali "fai da te": il caso del settore del credito*, in *Prev. pubbl. e priv.*, 2001, I, 101.

(177) Si conferma anche per questa via, dunque, la natura strettamente previdenziale dell'intervento, riferibile esclusivamente alla contribuzione versata dai datori di lavoro e dai lavoratori, per i quali, tra l'altro, non trova applicazione il principio di automaticità delle prestazioni *ex* art. 2116 cod. civ., storico fondamento di una lettura del sistema previdenziale in chiave beveridgiana; cfr. PERSIANI M., *Diritto della previdenza sociale*, Padova, cit., 43.

che, nella sostanza, sono rappresentate da assegni di accompagnamento alla pensione. Tali ultimi interventi sono finanziati con altri contributi straordinari a totale carico dei datori di lavoro, commisurati all'entità degli interventi e trattamenti richiesti, nel rispetto dell'equilibrio finanziario di ciascun Fondo.

Riassumendo, dunque, il finanziamento dei Fondi di solidarietà è basato su contributi ordinari a carico del lavoratore e del datore di lavoro nella misura (minima) dello 0,50 per cento della retribuzione, contributi addizionali, in misura pari all'1,50 per cento della retribuzione, a carico dei soli datori di lavoro che ricorrono alle prestazioni ordinarie, e contributi straordinari, sempre a carico dei soli datori di lavoro che accedono alle prestazioni straordinarie, determinati in ragione dell'importo degli anzidetti interventi straordinari (178).

9.1. — La natura della contribuzione

Quanto alla natura dei contributi versati ai Fondi, si ritiene che i medesimi debbano essere ricondotti alla contribuzione previdenziale pubblica (179). Tale conclusione discende direttamente dalla qualificazione degli strumenti in parola tra quelle forme previdenza negoziata, ma che realizzano esigenze di natura pubblicistica, trasferendone i costi dalla collettività generale (lo Stato) ai privati coinvolti. Del pari di quanto è avvenuto con riferimento alla previdenza complementare (180), infatti, ciò comporta una funzionalizzazione degli strumenti in parola alla previdenza obbligatoria, sicché le "due previdenze" si distinguerebbero non per una diversità di fondamento o natura, ma solo per il modo diverso in cui lo Stato ha valutato i bisogni socialmente rilevanti ed ha operato per la sua realizzazione. Ne discende, allora, che i contributi versati ai Fondi di solidarietà divengono "strutturalmente contributi di natura previdenziale, come tali estranei alla nozione di retribuzione imponibile ai sensi e agli effetti dell'art. 12 della legge n. 153 del 1969" (181).

Del resto, tale impostazione è esplicitamente assunta anche dal Legislatore, quanto, nell'art. 2 del decreto n. 477/1997, stabilisce espressamente che "Ai contributi di

(178) Art. 2, comma 28, lett. *a)* e *d)*, legge n. 662/1996, ed art. 1, comma 2, lett. *e)*, d.m. n. 477/1997.

(179) Controversa e degna di specifico approfondimento, tra l'altro, è la natura della contribuzione previdenziale, potendosi due orientamenti dottrinali: il primo che riconduce i contributi previdenziali al diritto tributari, il secondo che ritiene, invece, che gli stessi rappresentino una categoria giuridica autonoma che trova la sua fonte nell'art. 38, comma 2, Cost., orientamento, quest'ultimo, che pare condiviso dalla giurisprudenza costituzionale, così Corte cost. 2 maggio 1991, n. 193, in *Lav. nella p.a.*, 1992, 193; Corte cost. 1° luglio 1986, n. 167, in *Foro it.*, 1986, I, 174. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale sul tema, cfr. PESSI R., *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, cit., 295. L'economia della presente ricerca, tuttavia, non consente di approfondire detto tema, per il quale si rinvia a MASTRANGELI F., NICOLINI C.A., *La contribuzione previdenziale*, Torino, 1997.

(180) Cfr. Corte cost. 28 luglio 2000, n. 393, in *Mass. Giur. Lav*., 2000, 955, nota di PESSI R.; ordinanza 27 luglio 2001, n. 319, in *Not. Giur. Lav.*, 2002, 250.

(181) Così Corte cost. 8 settembre 1995, n. 421, in *Mass. Giur. Lav.*, 1995, 535, nota di SANDULLI P., seppur riferita ai contributi versati ai Fondi pensione, ma che per le ragioni già espresse, si ritiene estensibile anche ai contributi ai Fondi di solidarietà.

finanziamento, di cui al precedente art. 1 [i contributi versati ai Fondi di sostegno al reddito, n.d.a.], si applicano le disposizioni vigenti in materia di contribuzione previdenziale obbligatoria, ad eccezione di quelle relative agli sgravi contributivi" (182).

9.2.— Il ruolo dell'autonomia collettiva nel finanziamento dei Fondi di solidarietà

Se, dunque, la legge impone una stringente disciplina del finanziamento delle forme previdenziali in esame, è pur vero che l'origine privatistica dei Fondi di solidarietà impone comunque la necessità che alle fonti istitutive e costitutive di ciascun Fondo sia garantita una certa discrezionalità. Come anticipato poc'anzi, infatti, la legge fissa quello che per così dire è il "quadro" della contribuzione, rinviando all'autonomia privata la determinazione, nel concreto, del fabbisogno per far fronte alle tutele previdenziali.

In particolare, al di là della determinazione numerica massima operata con riferimento alla contribuzione (0,50 per cento per il contributo ordinario ed 1,50 per cento della retribuzione per quello addizionale (183)), tanto la legge n. 662/1996, quanto il d.m. n. 477/1997, impongono all'organo di amministrazione del Fondo di erogare le prestazioni garantite dalla fonte istitutiva solo entro i limiti della contribuzione raccolta. La previsione in esame rappresenta, con ogni evidenza, un rafforzamento del principio di autofinanziamento e di autonomia della previdenza di categoria rispetto al sistema previdenziale obbligatorio. Al contempo, però, proprio il limite delle "risorse disponibili" è la prova che, entro quel margine, la contrattazione collettiva può muoversi liberamente modulando il *quantum* della contribuzione richiesta sulla base delle effettive prestazioni erogabili dai Fondi, nonché delle effettive esigenze finanziarie di ciascun settore. E l'autonomia privata collettiva non ha mancato di cogliere gli spazi ad essa riservati dal Legislatore.

In merito, è, infatti, possibile rilevare una coincidenza nelle fonti istitutive e nei regolamenti dei Fondi di sostegno al reddito, le quali, da un lato, hanno nella generalità dei casi inizialmente imposto una contribuzione a carico dei datori di lavoro e dei lavoratori nella misura massima stabilita dalla legge (184); ma che, dall'altro lato,

(182) Ne discende, tra l'altro, l'applicabilità ai contributi versati ai Fondi di solidarietà dell'art. 12, legge n. 153/1969 e dell'art. 51 del TUIR, che escludono dalla base imponibile previdenziale e fiscale la contribuzione obbligatoria. Sono altresì applicabili le norme sulla prescrizione dell'obbligazione contributiva *ex* commi 9 e 10, art. 3, legge n. 335/1995, quelle che consentono la compensazione tra debiti e crediti, l'adempimento per cessione di crediti vantati verso lo Stato o altri enti pubblici, e, soprattutto, il regime sanzionatorio dell'inadempimento contributivo (su cui art. 116, legge n. 388/2000).

(183) Nella pratica, tra l'altro, tali misure risultano incrementabili (almeno in certi Fondi) ad opera delle fonti istitutive; cfr., in proposito, l'art. 6, comma 1, lettera *a)*, d.m. 157/2000 per il credito cooperativo.

(184) Art. 10, d.m. 351/2000, per il settore assicurativo, nel quale, peraltro, per i primi tre anni di vita del Fondo, era prevista una contribuzione ordinaria, addizionale e straordinaria interamente a carico dei datori di lavoro; cfr. anche, solo in via esemplificativa, art. 6, d.m. n. 157/2000 ed art. 6, d.m. 158/2000, per credito cooperativo ed il credito; art. 6, d.m. n. 88/2002 per l'Ente Tabacchi Italiano.

hanno demandato a ciascun comitato amministratore il compito di "vigilare" sull'afflusso dei contributi, modulando l'ammontare dovuto degli stessi in ragione delle effettive necessità del Fondo e, finanche, sospendendo l'obbligo contributivo nell'ipotesi di "eccesso" di risorse raccolte (185), facoltà, quest'ultima, effettivamente utilizzata da alcuni Fondi in relazione al raggiungimento del fabbisogno finanziario per consentire l'operatività degli stessi (186).

10. — Le prestazioni erogate dai Fondi di solidarietà

Venendo ad esaminare i trattamenti erogati dai Fondi di solidarietà (187), si deve, preliminarmente, osservare che sebbene siano state approntate forme di tutela similari nei differenti settori in cui detti Fondi operano, le diverse problematiche dei singoli mercati del lavoro e le specifiche esigenze di ciascun comparto produttivo hanno condotto la contrattazione collettiva ad esplorare la delega concessa loro dal dettato legislativo, modulando le prestazioni offerte sulla base delle necessità di volta in volta riscontrate.

Con tale avvertenza, dunque, e prima di approfondire la questione delle prestazioni, è possibile individuare, a tratto generale, due distinte tipologie di intervento: l'una, mirata a favorire il mutamento ed il rinnovamento delle professionalità, sì da far fronte ai cambiamenti organizzativi e produttivi avvenuti in quelli che sino ai primi anni Novanta erano mercati "protetti" (188); l'altra, destinata, invece, a realizzare politiche attive di sostegno del reddito e dell'occupazione per le ipotesi di sospensione dell'attività lavorativa, nonché politiche passive per i casi in cui sia riscontrato un esubero di personale e, conseguentemente, si proceda ad un licenziamento collettivo (189). Ne consegue che la loro attività si articola sia nel finanziamento di programmi formativi di riconversione e riqualificazione professionale, assimilando gli interventi a quelli dei Fondi paritetici interprofessionali dei quali condivido-

(185) Emblematico, in proposito, l'art. 4, comma1, lettera c), del d.m. n. 351/2000, recante il regolamento del Fondo delle imprese assicuratrici poste in liquidazione coatta amministrativa, che prevede tra i compiti del comitato di amministrazione quello di "deliberare sul versamento del contributo di cui all'art. 10, comma 1, disponendone, eventualmente, la sospensione e la successiva riattivazione, in relazione al conseguimento di dotazioni finanziarie atte a garantire l'erogazione delle prestazioni corrispondenti al fabbisogno del settore di riferimento, nonché la gestione del Fondo stesso". Disposizioni analoghe, del resto si rinvengono anche nei regolamenti degli altri Fondi: cfr. artt. 4, comma 1, e 6, comma 5, d.m. 157/2000 e le medesime norme del d.m. n. 158/2000 per credito cooperativo e credito; art. 4, d.m. n. 88/2002 per l'Ente Tabacchi Italiano.

(186) In via esemplificativa, si vedano: la delibera del Comitato amministratore del Fondo di solidarietà di Poste Italiane S.p.A. del 18 dicembre 2007, che sospende l'obbligo contributivo per tutto il 2008.

(187) Sulle prestazioni, tra gli altri GALLO B., *Fondi di solidarietà per il sostegno al reddito*, in *Dir. prat. lav.*, n.47/2001, 3101 ss.; CECCONI S., NICCOLAI A., *La gestione degli esuberi nel settore del credito*, cit.; ALLAMPRESE A., *Le prestazioni del Fondo di solidarietà dei bancari*, in *Dir. prat. lav.*, n.23/1998.

(188) Va osservato, peraltro, che il Fondo di solidarietà per gli ex dipendenti dei Monopoli di Stato non prevede altre prestazioni se non quella a sostegno dei lavoratori espulsi dal ciclo produttivo.

(189) Invero, anche con riferimento alle prestazioni che tutelano i lavoratori in ipotesi di sospensione dell'attività lavorativa non tutti i Fondi sono allineati: non prevede alcuna prestazione in tal senso né il Fondo dei Monopoli di Stato, né quello per il personale già dipendente da imprese di assicurazioni poste in liquidazione coatta amministrativa (quest'ultimo, però, garantisce in aggiunta alla prestazione straordinaria per i lavoratori licenziati, una prestazione integrativa del TFR).

no obiettivi e funzioni (190); sia nel finanziamento di trattamenti a favore dei lavoratori interessati da riduzione dell'orario di lavoro o da sospensione temporanea dell'attività lavorativa, ricordando i trattamenti di integrazione salariale ordinaria e straordinaria; quanto, infine, nell'erogazione di assegni straordinari per il sostegno del reddito nel quadro dei processi di agevolazione all'esodo, rievocando una sorta di indennità di mobilità c.d. "lunga".

11. — Le prestazioni ordinarie per la formazione dei lavoratori e per i periodi di sospensione lavoro

Secondo quanto stabilito dalle fonti istitutive, i Fondi di sostegno al reddito svolgono in via ordinaria due funzioni: da un lato, concorrono al finanziamento di programmi formativi per la riqualificazione del personale; dall'altro, erogano prestazioni a favore dei dipendenti interessati da procedure di riduzione e/o sospensione dell'attività lavorativa.

L'accesso ad entrambe le "prestazioni" è subordinato al un preventivo coinvolgimento della contrattazione collettiva, che, in qualità di fonte istitutiva, partecipa nei processi di selezione degli interventi ordinari e dei lavoratori coinvolti. Se e, infatti, vero che le organizzazioni dei lavoratori partecipano sempre alle decisioni inerenti al Fondo attraverso i propri rappresentanti nell'organo di amministrazione del medesimo, è altrettanto vero che l'attivazione degli interventi deve essere preceduta da procedure di informazione e consultazione con le rappresentanza sindacali, più o meno intese a seconda che si tratti di ipotesi di sospensione e/o riduzione dell'orario di lavoro o di interventi formativi.

11.1. — Le prestazioni con finalità formative

Per ciò che attiene alle prestazioni a contenuto formativo, esse vengono erogate nell'ambito di programmi di riconversione o riqualificazione professionale, attivabili anche in assenza di una reale situazione di esubero di personale (nei settori del credito ordinario e cooperativo (191) e delle imprese d'assicurazione in liquidazione coat-

(190) Cfr. art. 118 della legge n. 388/2000, art. 48, legge n. 289/2002, ed art. 1, comma 151, legge n. 311/2004, i quali - nell'ottica delle strategie europee per l'occupazione secondo cui gli Stati membri dovrebbero realizzare strategie di apprendimento continuo, lungo tutto l'arco della vita, migliorando l'efficienza e la qualità dei sistemi di istruzione e di formazione - hanno delegato la contrattazione collettiva, per i settori economici dell'industria, agricoltura, terziario ed artigianato (salva la possibilità della costituzione di Fondi anche per settori diversi), alla costituzione di appositi Fondi con la finalità di promuovere lo sviluppo della formazione continua dei lavoratori attraverso il finanziamento di piani formativi aziendali, settoriali, territoriali e individuali presentati dalle imprese aderenti ai Fondi stessi. I Fondi sono attivati previa autorizzazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, il quale esercita altresì la vigilanza sulla gestione. L'autorizzazione è subordinata alla verifica della conformità dei criteri di gestione, degli organi, delle strutture di funzionamento e della professionalità dei gestori rispetto alle finalità dei Fondi. *Amplius* BULGARELLI A., *Verso una strategia di* lifelong learning, in OLIVELLI P., TIRABOSCHI M. (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Milano, 2005, 569; SCAGLIARINI S., *La formazione professionale tra Stato e Regioni: alcuni importanti chiarimenti*, in *Dir. relaz. ind.*, 2005, 822; ISFOL, *Rapporto 2005 sulla formazione continua.*

(191) Come desumibile dalla formulazione letterale dell'art.5, comma 1, lett. *a)*, punto 1), dd.mm. n. 157 e 158 del 2000. Con specifico riferimento al settore del credito ordinario, si segnala, inoltre, la circolare INPS 9 ottobre 2001, n.178, che ha dettato istruzioni in materia di accesso e di finanziamento dei programmi formativi previsti dall'art. 5, comma 1, lett. *a)*, punto 1, D. M. n. 158/2000.

ta (192)), ovvero preordinati al superamento o al contenimento delle situazioni di eccedenza (nel settore del trasporto ferroviario (193)).

In alcune ipotesi, le prestazioni formative consistono nella corresponsione ai dipendenti coinvolti di un'indennità per le ore di formazione (194). Più spesso, invece, la finalità formativa trova attuazione nel finanziamento e nell'organizzazione di corsi di formazione miranti a riqualificare i lavoratori interessati, fornendo loro professionalità anche diverse da quelle che possiedono (195): in quest'ultima ipotesi, quindi, il Fondo eroga all'impresa coinvolta un contributo destinato al finanziamento dei corsi di formazione deliberati (196).

L'importo della prestazione è stabilito dei singoli regolamenti dei Fondi. L'esame degli stessi, peraltro, evidenzia un'unità di indirizzo in merito: ove previsti, infatti, i contributi riconosciuti per il finanziamento dei programmi di riqualificazione professionale è pari all'importo della retribuzione lorda che i lavoratori interessati avrebbero avuto diritto a percepire per le ore destinate alla formazione, al netto di eventuali concorsi finanziari da parte degli appositi Fondi nazionali o comunitari (197). Fa eccezione il Fondo delle assicurazioni poste in liquidazione coatta amministrava, il quale finanzia corsi di formazione e riqualificazione organizzati dall'ANIA, sulla base delle indicazioni del comitato di amministratore del Fondo (198).

Il finanziamento dei suddetti interventi è attuato mediante il versamento di un contributo "ordinario" che, nella totalità dei casi, grava congiuntamente sul datore di lavoro e sui lavoratori (199) ed è calcolato sulla retribuzione imponibile a fini previdenziali. Più volte, tuttavia, abbiamo ricordato che le diverse discipline regolamentari stabiliscono che al finanziamento degli interventi formativi si possa far fronte anche con il concorso degli appositi Fondi nazionali (200) o

(192) Cfr. art. 6, comma 4, d.m. n.351/2000.

(193) Cfr. art.7, comma 1, lett. a), Accordo 21 maggio 1998 per il trasporto ferroviario.

(194) Tali indennità vengono erogate dal Fondo Ferrovie che, ai sensi dell'art.9, Accordo 21 maggio 1998, provvede a corrispondere "un assegno per le ore destinate alla formazione, riconversione o riqualificazione, calcolato in misura corrispondente all'80 per cento della media delle retribuzioni pensionabili lorde mensili, al netto dei compensi per lavoro straordinario e supero, percepite nei sei mesi precedenti".

(195) È questo il caso del Fondo di settore delle imprese d'assicurazione in liquidazione coatta amministrativa, che all'art. 6, comma 4, d.m. n. 351/2000, prevede che l'ANIA, sulla base delle indicazioni del Comitato Amministratore del Fondo, organizzi corsi di formazione tendenti a riqualificare i lavoratori già dipendenti da imprese di assicurazione poste in liquidazione coatta amministrativa, fornendo loro professionalità di tipo assicurativo anche diverse da quelle di cui sono già in possesso.

(196) Peraltro, nel caso di intervento in concorso con i Fondi nazionali o comunitari per la formazione, i contributi erogati alle aziende vengono ridotti proporzionalmente; cfr., in via esemplificativa, l'art. 9, comma 1, d.m. 1 luglio 2005, n. 178 per i dipendenti di Poste Italiane S.p.A.

(197) Così prevedono, infatti, l'art. 9, d.m. n. 178/2005 (Poste Italiane S.p.A.); art. 11, d.m. n. 375/2003 (tributi erariali); art. 10, dd.mm. n. 157 e 158/2000.

(198) Art. 6, comma 4, d.m. n. 351/2000.

(199) Si distingue, ancora una volta il settore assicurativo, per cui il regolamento del Fondo prevede che il contributo, per i primi tre ani di vita del Fondo, sia a totale carico delle imprese di assicurazione (cfr. art. 10, comma 2, d.m. n. 351/2000).

(200) Tra questi, in particolare, i già richiamati Fondi paritetici interprofessionali nazionali per la formazione continua istituiti ai sensi dell'articolo 118 della legge n. 388/2000, come modificato dall'articolo 48 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, organismi di natura associativa promossi e costituiti dalle associazioni di rappresentanza dei datori di lavoro e dai sindacati dei lavoratori su base settoriale, attraverso specifici accordi interconfederali al fine di promuovere lo sviluppo della formazione continua dei lavoratori attraverso il finanziamento di "piani formativi" aziendali, settoriali, territoriali e individuali presentati dalle imprese aderenti ai Fondi stessi. I Fondi Interprofessionali fino ad oggi costituiti e autorizzati, rappresentativi di una larga parte del mondo delle imprese e dei lavoratori, sono 12.

comunitari (201).

I Fondi di solidarietà, quindi, possono accedere a forme di finanziamento pubblico (nazionale e/o sovranazionale) ai fini della realizzazione di programmi di sostegno alla formazione. Il riconoscimento della possibilità di attuare interventi a scopo formativo, non solo attraverso l'autofinanziamento da parte dei soggetti interessati, ma anche mediante l'impiego di risorse statali o comunitarie all'uopo destinate, appare come un indice delle finalità pubblicistiche proprie delle prestazioni in discorso. Ne consegue che tali prestazioni possono essere alimentate anche ricorrendo a fonti di finanziamento pubblico, in quanto volte a salvaguardare interessi che l'ordinamento reputa meritevoli di tutela.

Per l'attivazione degli interventi formativi in esame è necessario il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali. L'accesso alle prestazioni è, infatti, subordinato all'espletamento delle procedure contrattuali previste dalla contrattazione collettiva per i processi che modificano le condizioni di lavoro del personale.

11.2. — Le prestazioni ordinarie a sostegno del reddito

Accanto alle prestazioni finalizzate alla formazione o alla riqualificazione del personali, i Fondi di sostegno al reddito provvedono ad erogare anche trattamenti sostitutivi del reddito da lavoro perduto nell'ipotesi di riduzione dell'orario di lavoro o di sospensione temporanea dell'attività lavorativa a seguito di processi di ristrutturazione o riconversione aziendale, da corrispondersi anche in concorso con gli appositi strumenti di sostegno del reddito previsti dalla legislazione vigente.

Come già detto, dal punto di vista puramente nominale, dette prestazioni potrebbero essere accostate alle integrazioni salariali ordinarie; tuttavia, tale accostamento perde sostanza se si esaminano le medesime da un punto di vista ontologico. Come è stato colto da attenta dottrina (202), infatti, i trattamenti *de quibus* sembrano mutuare caratteristiche proprie sia dei trattamenti ordinari che di quelli straordinari erogati dalla Cassa integrazione guadagni.

In particolare, dalle integrazioni straordinarie avrebbero tratto, seppure in modo non del tutto coincidente, le cause integrabili (203); con le integrazioni ordinarie, inve-

(201) Tra le risorse comunitarie che possono essere impiegati dai Fondi di settore, vanno menzionati gli interventi del Fondo Sociale Europeo, uno dei più importanti strumenti finanziari dell'Unione Europea. Nell'ambito delle politiche comunitarie, la sua azione si esplica nello sviluppo e nel finanziamento di una serie di progetti legati alla promozione di politiche occupazionali ed di formazione professionale. *Amplius*, TIRABOSCHI G., *L'intreccio tra politica di coesione e Strategia di Lisbona: i Fondi strutturali*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, 287; NAPOLI M., *La riforma del Fondo Sociale Europeo*, in *Riv. giur. lav*., 2000, 899.

(202) Si veda R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, cit., 438.

(203) Sulle cause integrabili della CIGS e, quindi dei Fondi di settore, PAPALEONI M., *CIGS: cause integrabili e adempimenti procedurali*, in *Giust. civ.*, 1993, 2657; CINELLI M., *Il fattore occupazionale nelle crisi d'impresa, commentario alla legge 23 luglio 1991, n. 223*, Torino, 1993; PERSIANI M. (a cura di), *Commentario alla legge n. 223 del 1991*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, 884; BIAGI M., *Nuove regole in tema di licenziamenti collettivi*, in *Dir. prat. lav.*., n. 25, 1992, 1664.

ce, condividerebbero la certezza della riammissione in servizio (204).

Per ciò che attiene al finanziamento, le prestazioni ordinarie vengono alimentate mediante il versamento del contributo ordinario a carico del datore di lavoro e dei lavoratori (nella misura non superiore al 25 per cento di quello del datore di lavoro) (205), nonché di un contributo addizionale gravante, esclusivamente, sul datore di lavoro e da corrispondersi nelle ipotesi di effettiva fruizione delle prestazioni ordinarie.

Se la partecipazione al finanziamento del Fondo di settore non richiede la sottoscrizione di un accordo a livello aziendale - essendo i datori di lavoro che rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina regolamentare tenuti al versamento dei contributi (206) - lo stesso non sembra potersi affermare in ordine alla fruizione delle prestazioni. In effetti, nell'ipotesi in cui le aziende valutino la necessità di fruire delle prestazioni ordinarie (integrative o sostitutive del reddito), dovranno esperire le procedure contrattuali previste per i processi che modificano le condizioni di lavoro del personale, ovvero determinano la riduzione dei livelli occupazionali, nonché di quelle previste dalla legge. Procedure, queste, che devono concludersi con un accordo aziendale.

---

(204) Vero è, peraltro, che tanto nell'ipotesi di Cigo che di Cigs, a seguito della riforma operata dalla legge n. 223/1991, si dovrebbe essere di fronte alla permanenza del rapporto tra prestatore e datore di lavoro, essendo sospese sia la retribuzione che la prestazione lavorativa che caratterizzano il rapporto stesso; con la conseguenza necessaria che cessata la causa che ha legittimato la sospensione, il rapporto dovrebbe riprendere regolarmente. Tuttavia, a giustificazione di quanto sopra asserito, va rilevato che - a differenza dell'intervento ordinario - per quello straordinario risultano più incerte le prospettive di ripresa del rapporto di lavoro di conseguenza, questo, potrà presentare una durata maggiore. L'intervento di Gics, infatti, da sempre si è caratterizzato per un uso "promiscuo" dello stesso, finalizzato a dilatare la durata della mobilità (procrastinando i licenziamenti collettivi) e, insieme, immaginando meccanismi di proroga dei tempi massimi di utilizzo dell'istituto. Sono esemplari, a tal proposito, l'art. 1, comma 1, legge n. 291/2004, che raddoppia il periodo massimo di fruizione del trattamento di integrazione salariale straordinaria nell'ipotesi di crisi aziendale laddove intervengano programmi formativi; l'art. 1-bis della medesima legge, che include nel campo di applicazione dell'integrazione salariale straordinaria il trasporto aereo; l'art. 1, comma 146, legge n. 311/2004, che neutralizza periodi di precedenti fruizioni del trattamento di integrazione salariale ordinaria nel settore automobilistico per dilatare il periodo massimo di fruibilità del nuovo intervento straordinario; le innumerevoli disposizioni che consentono la proroga dei trattamenti in essere (anche in deroga alla disciplina vigente) al fine di gestire crisi occupazionali con riferimento a specifici settori produttivi o a determinate aree (art. 1, comma 155, legge n. 311/2004; dd.mm. 8 giugno 2005, 1° luglio 2005, 8 luglio 2005 e 28 luglio 2005; art. 1, comma 410, ultimo periodo, legge n. 266/2005; art. 1, comma 1, legge n. 127/2006); nonché, da ultimo, la legge finanziaria per il 2007 (legge n. 296/2006), la quale, tra l'altro, autorizza la proroga dei trattamenti di CIGS e mobilità concessi "in deroga" alla normativa ordinaria. Su quest'ultimo punto, cfr. BUSSINO T. (a cura di), *Speciale sulla nuova legge finanziaria 2007*, in http://bollettinoadapt.unimore.it. Sul tema cfr. anche Corte cost. 15 luglio 1992, n. 337, in *Giust. civ.*, 1993, I, 324.

(205) L'ammontare del contributo ordinario è, nella generalità dei casi attenzionati, pari allo 0,50 per cento della retribuzione imponibile a fini previdenziali, fatta eccezione per il Fondo Ferrovie dello Stato in cui il contributo complessivo annuo è commisurato allo 0.75 per cento della retribuzione imponibile a fini previdenziali (art.6, comma 1, accordo 21 maggio 1998).

(206) L'imposizione di un contributo a tutti i datori di lavoro del settore, si è già detto, non viola l'art. 39 della Costituzione. Ed infatti, l'onere contributivo - seppur in prima face sembra essere determinato dalla contrattazione collettiva - deriva direttamente da un atto avente "forza di legge", quale il regolamento interministeriale che recepisce la fonte istitutiva di ciascun Fondo di solidarietà.

Al di là delle specifiche procedure previste dalla contrattazione collettiva, dunque, ciascuna azienda che intende attivare gli interventi ordinari offerti dai Fondi di settore dovrà dare corso ad una procedura di informazione e di esame congiunto con i rappresentanti sindacali così come previsto dalla legge n. 223/1991 (207). L'esperimento di tale procedura preventiva è condizione di legittimità della domanda di concessione dei trattamenti. Destinatarie dell'informazione preventiva saranno luogo le r.s.a. o le r.s.u. (208) o, in mancanza di queste, le organizzazioni sindacali di categoria più rappresentative operanti nella provincia interessata, per il tramite dell'associazione territoriale dei datori di lavoro cui l'impresa aderisce o conferisce mandato.

Siamo, quindi, di fronte ad un'ipotesi emblematica di "procedimentalizzazione" dei poteri imprenditoriali, che non disciplina direttamente le prerogative datoriali, ma le condiziona attraverso i passaggi procedurali previsti durante il controllo sindacale e/o amministrativo.

Va detto, peraltro, che le prestazioni ordinarie a sostegno del reddito - dal punto di vista pratico - hanno interesse ridotto, essendo state attivate di rado nei settori esaminati. I Fondi di solidarietà, infatti, analogamente a quanto successo alle integrazioni salariali straordinarie (209), nati quali strumenti sostanzialmente finalizzati a soddisfare le esigenze temporanee gestionali e/o di risanamento dell'organismo produttivo e le relative occasioni d'intervento, si sono, sempre più chiaramente, trasformati in strumenti di politica economica a sostegno delle imprese operanti in situazioni di crisi.

12. — Le prestazioni straordinarie di sostegno al reddito

Le prestazioni socialmente più rilevanti erogate dai Fondi di sostegno al reddito, tuttavia, sono rappresentate da quegli assegni straordinari di sostegno al reddito che realizzano appieno il modello mutualistico-categoriale di tutela contro la disoccupazione nei settori esclusi dagli ammortizzatori sociali. Attraverso le prestazioni in esame si viene, infatti, a realizzare un sistema previdenziale "di mestiere", che rappresenta, sostanzialmente, l'evoluzione del classico modello "assicurativo-contributivo", contrapposto ad un modello universalistico che pure era stato immaginato, anche da ulti-

(207) Sulla procedura cfr. PESSI R., *Legge 23 luglio 1991, n. 223. Commento all'art. 4 (Procedura per la dichiarazione di mobilità)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, 909.

(208) Quanto ai soggetti destinatari della procedura, in base all'interpretazione giurisprudenziale formatasi dopo il referendum dell'11 giugno 1995 che ha modificato l'art. 19 della legge 300/70, rimangono legittimate ad usufruire dei diritti attribuiti alle r.s.a. - e, dunque, per ciò che qui rileva degli obblighi di informazione e consultazione - le sole rappresentanze costituite nell'ambito delle associazioni sindacali in possesso del requisito richiesto dal testo della norma, vale a dire quelle firmatarie di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva; per una ricostruzione delle r.s.a., fra i tanti, BIAGI M., *Forme di rappresentanza dei lavoratori sul luogo di lavoro*, in BIAGI M., BLANPAIN R., *Diritto del lavoro e relazioni industriali nei paesi industrializzati ad economia di mercato. profili comparati*, Vol. I, Rimini, 1991, 305; CARABELLI U., *Le Rsa dopo il referendum tra vincoli comunitari e prospettive di partecipazione*, in *Dir. rel. ind.*, 1996, 24.; da ultimo DEL CONTE M., GULLOTTA C., *Informazione e consultazione dei lavoratori, il quadro normativo*, in *Dir. prat. lavoro*, n. 2, 2006, 11.

(209) Cfr. FERRARO G., MAZZIOTTI F., SANTONI F. (a cura di), *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Napoli, 1992.

mo, dal Legislatore anche in alcune delle ipotesi di riforma più recenti degli strumenti di sostegno al reddito (210), ma che è stato largamente abbandonato, vuoi per scelte di politica economica, vuoi per mancanza di risorse (211).

Ciò detto, gli assegni straordinari erogati dai Fondi di solidarietà si sostanziano in prestazioni pecuniarie sostitutive del reddito, corrisposte al fine di agevolare l'esodo dei lavoratori esuberanti a partire dal primo giorno del mese successivo alla cessazione del rapporto di lavoro e sino al mese antecedente la pensione. Si tratta, dunque, di emolumenti che vengono corrisposti - del pari all'indennità di mobilità - a lavoratori che hanno ormai risolto il proprio rapporto di lavoro e che li accompagnano alla maturazione del diritto alla pensione di anzianità o di vecchiaia. La corresponsione degli assegni straordinari, infatti, ha una durata temporanea (212), tale da consentire il perfe-

(210) È stata, in particolare, la dottrina che ha suggerito al Legislatore la necessità di introdurre una forma di tutela universale da contrapporre al modello occupazionale classico, di cui sono stati individuati nella sostanziale inadeguatezza degli *standard* protettivi assicurati ai lavoratori, tanto in termini di estensione delle tutele - con riferimento alle varie tipologie di soggetti esclusi e, segnatamente, gli inoccupati - che dei requisiti di accesso ai singoli trattamenti, per lo più subordinati al riconoscimento di una (pur minima) anzianità assicurativa e contributiva. Sul punto, tra i tanti, cfr. MISCIONE M., *Gli ammortizzatori sociali per l'occupabilità*, cit.; CINELLI M., *"Nuovi lavori" e tutele: quali spazi per la previdenza sociale?* (Relazione svolta al Convegno su "Nuovi lavori e tutele", promosso dal Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "D. Napoletano", Napoli, 28-29 gennaio 2005), in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, 225; PESSI R., *Tutele previdenziali ed assicurative nello scenario dei nuovi modelli negoziali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, 39.

(211) A tal proposito, si ricordi la discussione sul "reddito minimo di inserimento", introdotto inizialmente dal collegato alla finanziaria per il 1998 (art. 59, commi 47 e 48, della legge n. 449/1997), realizzato con il d.lgs. 18 giugno 1998, n. 237, e successivamente esteso dalla legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali 8 novembre 2000, n. 328, il quale si proponeva - in via sperimentale - di realizzare un programma universale di lotta all'esclusione sociale attraverso "una misura di contrasto della povertà e dell'esclusione sociale attraverso il sostegno delle condizioni economiche e sociali delle persone esposte al rischio della marginalità sociale ed impossibilitate a provvedere per cause psichiche, fisiche e sociali al mantenimento proprio e dei figli" (art. 1, d.lgs. n. 237/1998). La sperimentazione del reddito minimo di inserimento, tuttavia, non ha portato a risultati convincenti, tanto che le Parti Sociali ed il Governo, con la sottoscrizione del Patto per l'Italia del 7 luglio 2002, hanno individuato un differente strumento di contrasto alla povertà e dell'esclusione sociale: il Reddito di Ultima Istanza caratterizzato da elementi solidaristici e finanziato dalle Regioni in concorrenza con lo Stato (art. 3, comma 101, legge n.350/2003), il quale, peraltro, da un lato, è rimasto ancora largamente inattuato a seguito della mancata emanazione dei decreti ministeriali attuativi; e dall'altro, non ha convinto la comunità scientifiche, che lo ha ritenuto un arretramento della tutela, essendo rimesso - nella sua attuazione - alla disponibilità di risorse finanziarie delle singole Regioni. Sul tema, cfr. MESINI D., ORTIGOSA E.R. *Il reddito minimo di inserimento*, in GORI C. (a cura di), *La riforma dei servizi sociali in Italia*, Roma, 2004; SACCHI S., *Reddito minimo e politiche di contrasto alla povertà in Italia*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2005, 466; PESSI R., *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, cit., 551.

(212) La durata dell'erogazione delle prestazioni straordinarie varia da settore a settore a seconda delle previsioni contenute negli accordi istitutivi: si va dai 48 mesi nel Fondo Ferrovie dello Stato (art.9, accordo 21 maggio 1998); ai 60 mesi nei Fondi del credito ordinario e del credito cooperativo (art. 5, comma 3, dd.mm. n.157 e 158 del 2000), nel Fondo per le imprese d'assicurazione in liquidazione coatta amministrativa (art.6, comma 1, lett. *b)*, d.m. n.351/2000), nel Fondo per il personale addetto al servizio della riscossione dei tributi erariali (art. 5, comma 3, d.m. n. 375/2003) e nel Fondo per il personale di Poste Italiane S.p.A. (art. 5, comma 3, d.m. n. 178/2005); agli 84 mesi nel Fondo per gli ex dipendenti dei Monopoli di Stato (art. 5, comma 3, d.m. n.88/2002).

zionamento dei requisiti per il godimento della pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria, ai lavoratori che - entro e non oltre il periodo massimo consentito di erogazione dei suddetti assegni - maturino i predetti requisiti.

La durata dell'erogazione di tali trattamenti e il loro tradursi in una sorta di assegno di accompagnamento alla pensione garantita dal sistema obbligatorio fanno propendere per la loro contiguità all'istituto dell'indennità di mobilità lunga (213). Tuttavia, come è stato rilevato, se è vero che l'indennità straordinaria di sostegno del reddito può essere accostata all'indennità di mobilità lunga quanto a requisiti di accesso, a durata della corresponsione ed a benefici accessori (l'accreditamento della contribuzione figurativa, sia ai fini del conseguimento del diritto a pensione che della misura, per tutto il periodo di godimento dell'indennità), essa è, invece, paragonabile ad un trattamento pensionistico (214) quanto a modalità di calcolo, essendo computata in modo tale da garantire ai soggetti beneficiari una sorta di anticipazione del reddito pensionistico (215).

Quanto al finanziamento di dette prestazioni, gli assegni straordinari sono alimentati da un "contributo straordinario", che si caratterizza, in linea generale, per il fatto di gravare esclusivamente sul datore di lavoro. Inoltre, il contributo destinato ad alimentare i trattamenti in parola viene corrisposto solo da quei datori di lavoro che fanno ricorso alle prestazioni straordinarie e solo con riferimento ai dipendenti interessati alla corresponsione degli assegni medesimi. Peraltro, l'effettiva determinazione del contributo finalizzato al finanziamento degli assegni straordinari è demandata al comitato amministratore di ciascun Fondo, in misura corrispondente al fabbisogno di copertura degli assegni erogabili e delle contribuzioni correlate (216).

Fa eccezione, il settore del credito cooperativo, dove, nell'ipotesi in cui l'impresa non sia in grado di provvedere al pagamento della contribuzione necessaria, è prevista la possibilità di surroga del soggetto obbligato al versamento del contributo. In particolare, l'art.6, comma 4 del Regolamento di settore prevede che il datore di lavoro, che non sia in grado di provvedere al versamento del contributo in esame, possa essere surrogato in tale versamento da altri datori di lavoro comunque destinatari dei contratti collettivi nazionali di lavoro del credito cooperativo (217).

---

(213) Così PESSI R., *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, cit., 438.

(214) *Ibidem*. Con riferimento a tale aspetto, l'autore evidenzia che le prestazioni straordinarie sono calcolate in modo da risultare (al netto) pari alla pensione che spetterebbe ai beneficiari, se fossero in possesso dei requisiti di anzianità assicurativa e contributiva richiesti dalla legge.

(215) Peraltro, dal punto di vista fiscale l'Agenzia delle Entrate rigettando l'assimilazione tra trattamenti straordinari e indennità di mobilità/trattamento pensionistico, ha chiarito che gli assegni straordinari appartengono ad un *tertium genus*.

(216) Così, in via esemplificativa, l'art.6, comma 3, dei dd.mm. n.157 e 158 del 2000. Nessun riferimento al comitato amministratore è, invece, riscontrabile nell'analoga disposizione relativa al contributo straordinario nel Fondo di solidarietà Ferrovie dello Stato. Ed infatti, l'art.6, 3° capoverso, accordo 21 maggio 1998, dispone testualmente che: "Confluiscono, altresì, in rate trimestrali anticipate, nel Fondo le somme relative al contributo straordinario, a carico esclusivo della Società, per il finanziamento delle prestazioni straordinarie, in misura corrispondente al fabbisogno di cui all'art.7, punto 2".

(217) La presenza di una simile previsione, peraltro, rappresenta una chiara manifestazione del principio di solidarietà che ha sempre contraddistinto il settore del credito cooperativo; così, CECCONI S., NICCOLAI A., *La gestione degli esuberi nel settore del credito*, cit., 35.

La circostanza che il contributo per il finanziamento delle prestazioni straordinarie, così come per quelle ordinarie, risulta interamente a carico delle imprese e dei lavoratori rientranti nel campo di applicazione della disciplina, con esclusione di qualunque intervento della finanza pubblica, implica, l'inapplicabilità al caso di specie del principio dell'automaticità delle prestazioni *ex* art. 2116 cod. civ., Ne discende, dunque, che ove, il datore di lavoro abbia omesso il versamento dei contributi, i suoi dipendenti non potranno essere ammessi all'assegno straordinario in parola.

12.1. — L'accesso alle prestazioni straordinarie: le procedure di scelta dei lavoratori ed il criterio della maggiore prossimità al pensionamento

Per quanto concerne l'accesso all'erogazione delle prestazioni straordinarie, in tutti i settori esaminati esso è subordinato all'espletamento delle procedure contrattuali preventive e di legge previste per i processi che determinano la riduzione dei livelli occupazionali. Peraltro, l'espletamento di dette procedure non è condizione sufficiente all'acceso ai trattamenti: anche in questa fattispecie, infatti, come in quella delle prestazioni ordinarie, è indispensabile che le procedure sindacali in parola sfocino in un accordo aziendale (218), escludendosi l'accesso in caso di decisioni unilaterali ovvero di procedure irrituali (219).

Ogniqualvolta, dunque, che si ravvisi la necessità di procedere ad una riduzione del personale accompagnata dall'erogazione degli assegni straordinari *de quibus*, il datore di lavoro sarà tenuto ad espletare le procedure contenute agli artt. 4 e 5 della legge n. 223/1991. Nel dettaglio, perciò, il datore di lavoro sarà tenuto ad inviare specifica comunicazione scritta alle r.s.a. o alle r.s.u. ed alle rispettive associazioni di categoria. In mancanza delle predette rappresentanze, la comunicazione deve essere effettuata alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. Nella comunicazione dovranno essere indicati con chiarezza e precisione i motivi che determinano la situazione di eccedenza e le ragioni per le quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio alla predetta situazione ed evitare, in tutto o in parte, i licenziamenti collettivi. Nella medesima comunicazione, inoltre, dovrà darsi conto dell'intenzione di avviare le procedure per la concessione degli assegni straordinari di sostegno al reddito.

È evidente, così, che anche l'accesso alle prestazioni straordinarie passa per un'operazione imprenditoriale procedimentalizzata. A differenza di quanto avviene nelle procedure di licenziamento collettivo di cui alla legge n. 223/1991 - ove la libertà dell'imprenditore di ridurre il personale per trasformare o ridurre o persino cessare l'attività dell'impresa, benché insindacabile quanto all'*an*, è vincolata nel *quomodo* agli

(218) Pur in assenza di espressa disposizione legislativa, è pacifico in dottrina che l'accordo *de quo* abbia una dimensione aziendale, così come avviene nelle altre ipotesi in cui la legge affida alla contrattazione collettiva la "gestione delle situazioni di crisi aziendali" (cfr. art. 1, comma 7, legge n. 223/1991); cfr. LIEBMAN S., *Individuale e collettivo nel rapporto di lavoro*, Milano, 1993, 234; ID., *La mobilità del lavoro nella legge n. 223/1991: tendenze della prassi applicativa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, 125.

(219) *Ibidem.*

esiti di un negoziato, libero nella conclusione, ma doveroso quanto al comportamento negoziale delle parti (220) - tuttavia, con riferimento ai Fondi di sostegno al reddito deve osservarsi che la disciplina regolamentare contenuta nei decreti ministeriali impone al datore di lavoro ed ai sindacati la conclusione di un accordo, che diviene condizione imprescindibile per la concessione delle erogazioni in esame.

Viene così superata la mera previsione legale che impone solo l'espletamento di una consultazione con le organizzazioni sindacali. Vero, infatti, è che il richiamo alle procedure relative ai processi che determinano riduzioni di personale implica che al caso di specie deve applicarsi la norma di legge di riferimento in tema di tali scelte, vale a dire l'art. 5 della legge n. 223/1991 - sicché il rinvio alla normativa sui licenziamenti collettivi è da intendersi come integrativo di quanto già previsto di regolamenti di ciascun Fondo (che, peraltro, per grandi linee, ne riproducono il sistema) - ma altrettanto vero è che l'accesso alle prestazioni straordinarie, avviene sempre e solo per il tramite di un accordo con la parte sindacale. Tale circostanza rappresenta da sola una garanzia di utilizzo "in contraddittorio" delle soluzioni predisposte dal Fondo di sostegno al reddito, non rendendo possibile l'utilizzo arbitrario e/o unilaterale delle stesse da parte del datore di lavoro.

La necessità di conclusione di un accordo collettivo, altresì, consente di ritenere superati anche i criteri di scelta dei lavoratori in esubero dettati dall'art. 5 della legge n. 223/1991 (221): da un lato, infatti, ove la procedura per la dichiarazione di esubero dei lavoratori si conclude con un accordo che individua differenti criteri - rispetto a quelli legali - per l'individuazione dai lavoratori "licenziandi", questo sostituisce *ex lege* i criteri legali (222). Dall'altro lato, poi, sono gli stessi regolamenti dei Fondi di solidarietà che impongono l'adozione di criteri difformi rispetto a quelli legali per l'accesso alle prestazioni straordinarie (e, quindi, per la scelta dei lavoratori in esubero).

---

(220) In questo senso, D'ANTONA M., *Commento all'art. 5*, in PERSIANI M. (a cura di), *Commentario della l. 23 luglio 1991 n. 223, norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, 923.

(221) In via suppletiva rispetto all'eventuale accordo tra organizzazioni sindacali e datore di lavoro che può precedere la messa in mobilità, infatti, la norma richiamata, nella scelta dei lavoratori da collocare in mobilità, impone il rispetto dei seguenti criteri in concorso tra loro: carichi di famiglia, anzianità, ed esigenze tecnico-produttive ed organizzative. Sul punto cfr., per l'ampia disamina, DEL PUNTA R., *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi e nella cassa integrazione guadagni*, in *Giorn. Dir. lav. rel. ind.*, 1993, 775.

(222) In sostanza, dunque, il Legislatore, rendendo dispositiva la norma sui criteri di scelta, affida alle parti collettive la funzione tipicamente normativa di modificare il catalogo dei criteri e non già la funzione tipicamente gestionale di concordare la lista dei licenziati. Di talché è da considerarsi illegittimo un accordo sindacale che detti un criterio che si risolva nella scelta concreta dei lavoratori in esubero; così D'ANTONA M., *Commento all'art. 5*, cit., 923. Concorde è anche l'elaborazione giurisprudenziale, secondo cui i criteri concordati devono avere i caratteri dell'obiettività e della generalità oltre a dover essere coerenti con il fine dell'istituto della mobilità dei lavoratori, in tal senso, *ex multis* Cass. 24 aprile 2007, n. 9866, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 4. Deve osservarsi, peraltro, che la Corte costituzionale ha confermato l'applicabilità dei criteri di scelta stabiliti in sede di accordo sindacale anche ai lavoratori non iscritti all'associazione stipulante; così Corte cost. 30 giugno 1994, n. 268, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, 2, 237, nota di MANGANIELLO E.

Con specifico riferimento a tale ultimo aspetto, infatti, in tutti i settori oggetto d'esame, le fonti istitutive dei Fondi hanno scelto quale criterio prioritario di individuazione dei lavoratori in esubero quello della maggiore prossimità alla maturazione del diritto a pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria, ovvero della maggiore età; solo in via subordinata assumono, quindi, rilievo i criteri di cui all'articolo 5, comma 1, legge n. 223/1991 (223). Conseguentemente l'assegno straordinario *de quo* viene ad assumere la funzione di emolumento di "accompagnamento alla pensione", vale a dire di un trattamento riconosciuto in favore dei lavoratori in esubero che, risolto il contratto di lavoro anticipatamente rispetto al raggiungimento dei requisiti pensionistici, consente loro di percepire somme di importo simile al trattamento pensionistico pubblico ma fin dalla risoluzione e fino alla fine del mese antecedente il raggiungimento dei relativi requisiti della pensione di anzianità o di vecchiaia (224). Proprio per tale ragione, l'assegno straordinario è rivolto solo a coloro che, al momento della cessazione del rapporto di lavoro e secondo le leggi allora vigenti, maturino i requisiti per il diritto alla pensione di anzianità o di vecchiaia entro e non oltre il periodo di fruizione massima delle prestazioni straordinarie come variamente stabilite dal contratto istitutivo di ciascun Fondo.

In merito, peraltro, deve rilevarsi che - a seguito dell'evolversi della disciplina pensionistica - i requisiti per l'accesso al pensionamento (di anzianità e di vecchiaia) ed, in particolare, il requisito anagrafico, possono essere modificati, determinando, in astratto, l'impossibilità per il lavoratore cessato di maturare il diritto a pensione entro il termine massimo di godimento dell'assegno straordinario previsto da ciascun regolamento dei Fondi. L'ipotesi, ben presente al Legislatore, si sarebbe potuta effettivamente verificare in occasione delle ultime riforme pensionistiche poste in essere con le leggi n. 243/2004 e n. 247/2007, le quali hanno incrementato i requisiti anagrafici di accesso al pensionamento a decorrere dal 1° gennaio 2008 (225) e modificato i termini

(223) In tal senso cfr. art. 8, comma 2, dd.mm. n. 157 e n. 158 del 2000 (rispettivamente credito cooperativo e credito); art. 6, comma 1, lett. *b)*, d.m. n. 351/2000 (assicurazioni in liquidazione); art. 5, comma 3, d.m. n. 88/2002 (ex Monopoli di Stato); art. 8, comma 2, d.m. 375/2003 (personale addetto al servizio della riscossione dei tributi erariali); art. 8, comma 2, d.m. n. 178/2005 (personale di Poste Italiane S.p.A).

(224) Tanto che accanto alla corresponsione dell'assegno in parola, compete ai lavoratori in esubero che accedono alle prestazioni del Fondo la "contribuzione correlata" per tutto il periodo fra la cessazione del rapporto e la maturazione dei requisiti pensionistici, da versarsi alla competente gestione assicurativa obbligatoria, in modo tale da consentire il raggiungimento di quei requisiti.

(225) In particolare, la legge n. 243/2004 stabiliva che - a decorrere dal 1° gennaio 2008 - la pensione di anzianità si sarebbe conseguita con almeno 35 anni di anzianità contributiva in concorrenza con un'età anagrafica di 60 anni, ovvero con almeno 40 anni di anzianità contributiva prescindendo dell'età (gli anzidetti requisiti sarebbero stati, quindi, successivamente incrementati negli anni a venire). Sul tema è intervenuta, poi, la legge n. 247/2007, che ha nuovamente modificato le condizioni di accesso alla pensione di anzianità, stabilendo che dal 2008 - fermo restando la possibilità di accedere al pensionamento con almeno 40 anni di anzianità contributiva prescindendo dall'età - la stessa si consegua con almeno 58 anni di età in concorrenza con 35 anni di contribuzione. L'inasprimento dei requisiti per l'accesso alla pensione di anzianità, successivamente, avverrà secondo un percorso graduale, che, grazie ad un *mix* di "scalini" e di "quote", subordinerà l'accesso al pensionamento di anzianità al raggiungimento dei 61 anni di età a partire dal 2013 (art. 1, comma 2, legge n. 247/2007). Non sono stati modificati, invece, i requisiti per l'accesso al pensionamento di vecchiaia che rimangono stabiliti in 60 e 65 anni, rispettivamente, per le donne e per gli uomini e 20 anni di anzianità contributiva. *Amplius*, CANAVESI G., *I nuovi requisiti di accesso al pensionamento*, in CINELLI M., FERRARO G., Welfare, *mercato del lavoro e competitività. Commento alla legge 24 dicembre 2007, n. 247,* in *Guida lav., Suppl.*, n. 2/2007, 14.

di decorrenza del trattamento pensionistico, introducendo il meccanismo delle "finestre d'uscita" anche per il pensionamento di vecchiaia (226). Per evitare, dunque, che l'inasprimento delle condizioni di accesso alla pensione potesse determinare la frustrazione dei diritti di quanti - pur non avendo ancora acceduto alla pensione - avessero già maturato il diritto con i previgenti requisiti, il Legislatore ha introdotto un meccanismo di "certificazione del diritto a pensione", in virtù del quale è possibile richiedere all'ente previdenziale di attestare l'avvenuta maturazione dei requisiti d'accesso al trattamento pensionistico, così da conservare i medesimi anche nell'ipotesi di future modifiche legislative (227).

In particolare, per quanto concerne i lavoratori beneficiari dei Fondi di solidarietà, per i quali l'inasprimento dei requisiti d'accesso alla pensione e il posticipo della decorrenza della medesima avrebbe potuto determinare un "vuoto di tutela" per il periodo intercorrente tra la cessazione del diritto all'assegno straordinario e quella di percezione del trattamento pensionistico, è stato previsto che la certificazione del diritto avvenisse *"ex lege"*. Nei Fondi in parola, infatti, il diritto a pensione del lavoratore è verificato direttamente dall'INPS al momento della cessazione del rapporto, con riferimento ai requisiti per il pensionamento che saranno richiesti alla data di uscita dal Fondo di solidarietà. In quel momento, dunque, l'ente previdenziale assume il ruolo di ente certificatore e la liquidazione dell'assegno straordinario equivale, per questa tipologia di lavoratori, alla certificazione del diritto alla pensione di cui alla legge n. 243/2004 (228). Ne discende, pertanto, che, per i lavoratori beneficiari dell'assegno straordinario di sostegno del reddito - fermo restando la durata del medesimo sino al conseguimento della pensione - l'ammissione alla prestazione prima o dopo la fine del 2007 assume rilievo al fine di stabilire sia i requisiti d'accesso alla pensione, sia la decorrenza della medesima, applicandosi, rispettivamente, la "vecchia" o la "nuova" legge (229).

Tanto rilevato, peraltro, l'individuazione della maggiore prossimità al pensiona-

(226) In particolare, l'art. 1, commi 4 e 5, legge n. 247/2007, introduce le "finestre" anche con riferimento alle pensione di vecchiaia, la quale - come noto - sino al 31 dicembre 2007, era erogata a partire dal primo giorno del mese successivo a quello di maturazione dei requisiti di pensionamento. Secondo la disciplina vigente, invece, il trattamento di vecchiaia ha decorrenza posticipata (di tre o sei mesi a seconda del momento della maturazione dei relativi requisiti) rispetto alla maturazione diritto; *amplius* GAMBACCIANI M., *Coerenze e contraddizioni dell'ennesima riforma previdenziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 111.

(227) Art. 1, comma 3, legge n. 243/2004. Per un esame dell'istituto, cfr. OCCHINO A., *La certificazione dei diritti pensionistici nella legge delega n. 243/2004*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2004, 1213; ID., *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Torino, 2004.

(228) Cfr. INPS, messaggio 19 settembre 2005, n. 31778; messaggio 31 dicembre 2007, n. 30923; messaggio 5 febbraio 2008, n. 2970.

(229) Nel dettaglio, essendo stato certificato dall'INPS il diritto alla pensione di vecchiaia per i lavoratori ammessi alla prestazione straordinaria prima dell'entrata in vigore della legge n. 247/2007, gli stessi matureranno il diritto alla pensione di anzianità o di vecchiaia secondo il regime previgente alla legge n. 247/2007 (ivi compresa la decorrenza della medesima). Di contro, diritto a pensione di quanti saranno ammessi alle prestazioni a decorrere dal 1° gennaio 2008 sarà certificato in funzione della disciplina dettata dalla legge n. 247/2007. Conseguentemente, il loro diritto alla si maturerà in relazione alla nuova disciplina e, quindi, tenendo conto anche delle finestre di uscita.

mento quale criterio prioritario per l'accesso alle prestazioni straordinarie erogate dai Fondi di sostegno al reddito ha riproposto una problematica già sollevata da attenta dottrina (230): quella inerente una presunta discriminatorietà del licenziamento dei lavoratori anziani. Il problema, invero, si è posto già con riferimento all'art. 5 della legge n. 223/1991, il quale - tra i criteri per la scelta dei lavoratori da licenziare - ha posto quello relativo all'"anzianità" (231), sollecitando indirettamente la produzione di accordi che indicavano come criterio per lo più unico di licenziamento, il possesso di un'età che consentisse al lavoratore di fruire (al termine del periodo di mobilità) del pensionamento di vecchiaia o anzianità. Per quanto concerne specificamente i Fondi di sostegno al reddito, però, il problema diviene ancor più pregnante, essendo le stesse fonti che disciplinano l'accesso alle prestazioni che indicano l'età (*rectius*, la prossimità al pensionamento), quale criterio prioritario per l'individuazione dei lavoratori in esubero.

In merito, deve segnalarsi una posizione oscillante della giurisprudenza di merito volta ora a ritenere legittimo il criterio della prossimità al pensionamento, ora a considerare lo stesso irragionevole in quanto discriminatorio (232). Più orientata per ammettere la legittimità del criterio in esame, invece, è apparsa la Corte di Cassazione (233). Il problema, ad ogni modo, non ha ancora trovato una soluzione definitiva, ma è riemerso specie dopo l'adozione del d.lgs. 9 luglio 2003 n. 216, di attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (234).

---

(230) D'ANTONA M., *Commento all'art. 5*, cit., 932.

(231) Secondo la dottrina prevalente, peraltro, il riferimento a tale criterio sarebbe da intendersi come "anzianità aziendale" e non come età anagrafica. Inoltre, il criterio dell'anzianità ha sempre assunto negli accordi precedenti alla legge n. 223/1991 (ma anche nella legge stessa) una valenza positiva, nel senso che è criterio che assume rilievo ai fini della conservazione del rapporto di lavoro e non del licenziamento; cfr. DEL PUNTA R., *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti colletti e nella cassa integrazione guadagni*, cit., 792.

(232) Per gli orientamenti richiamati cfr., rispettivamente le antesignane Pretura Bergamo, 8 ottobre 1992, in *Mass. giur. lav.*, 1992, 508; e, di parere opposto, Pretura Milano, 28 novembre 1996, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 377, nota PERA G.; più di recente, rispettivamente, Tribunale Milano 3 ottobre 2001, in *Orient. giur. lav.*, 2002, I, 603; Tribunale Milano, 30 giugno 1999, in *Lav. giur.*, 2000, 152, nota BOCCARDI A..

(233) Cfr. Cass. 23 marzo 1998, n. 3057, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 197, nota MARRA L..; Cass, 7 dicembre 1999, n. 13691, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2470; Cass. 2 settembre 2003, n. 12781, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 9; e, da ultimo, Cass. 24 aprile 2007, n. 9866, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 4. Ma si veda anche la già citata Corte cost. n. 268/1994, cit., che ha espressamente osservato come "per esempio la svalutazione del privilegio tradizionale dell'anzianità di servizio, nei confronti dei lavoratori prossimi alla al raggiungimento dei requisiti di età e di contribuzione per fruire di un trattamento di quiescenza, può essere giustificata in una situazione del mercato del lavoro tale da escludere per i lavoratori più giovani la possibilità di trovare a breve termine un altro posto di lavoro".

(234) Se è vero come vero che il Tribunale di Milano ancora fino a poco tempo fa ha ritenuto che "Dopo l'introduzione in Italia del principio di non discriminazione in ragione dell'età, attraverso l'art. 2 comma 1 lett. *b)*, d.lgs. 9 luglio 2003 n. 216, valevole anche in sede di licenziamento, l'adozione del criterio della pensionabilità rappresenta un fatto di discriminazione indiretta in ragione dell'età, determinando una situazione di svantaggio per i lavoratori di età più elevata in quanto prossimi alla pensione rispetto ai lavoratori più giovani"; così Tribunale Milano 7 gennaio 2005, in *Lav. giur.*, 2005, 1166, nota GIASANTI L.

Si ritiene che la corretta soluzione alla questione sia da ricercare con riferimento alla *ratio* della disciplina dei Fondi di settore e dei licenziamenti collettivi *tout court*. L'esigenza dell'imprenditore di eliminare situazioni strutturali di eccedenza di personale, infatti, tanto nella legge n. 223/1991 che nell'art. 2, comma 28, legge n. 662/1996, deve essere contemperata con la necessità di ridurre al minimo il c.d. "impatto sociale", scegliendo, ove possibile (ovvero se e nei limiti in cui ciò sia consentito dalle esigenze oggettive a fondamento della riduzione del personale), di espellere i lavoratori che, per vari motivi (questa volta principalmente soggettivi e "personali"), subiscono ragionevolmente un danno comparativamente minore (perché possono più agevolmente ricollocarsi nel mercato del lavoro, perché non devono sostenere e mantenere altre persone, perché potranno comunque fruire di altra, sostitutiva, fonte di reddito). La risposta alla questione della legittimità o meno del criterio della prossimità alla pensione per la scelta dei dipendenti in esubero, dunque, sta in quella soluzione che garantisce contemporaneamente sia la coerenza del licenziamento collettivo con la sua legittima finalità (evitare cioè un "eccesso" o "sviamento" del potere datoriale), sia l'obbiettivo (complementare) della tendenziale riduzione al minimo dell'impatto sociale (235).

Da quanto detto discende che il canone selettivo della "pensionabilità" o della maggiore prossimità ad essa è da reputarsi legittimo in quanto, da un lato, appare intrinsecamente ragionevole e coerente con le finalità che la legge assegna agli accordi sindacali (236); dall'altro lato, poi, con specifico riferimento ai settori esclusi dagli ammortizzatori sociali, può rilevarsi un diretto riconoscimento normativo del criterio "incriminato" in quelle disposizioni particolari che regolano l'accesso alle forme di sostegno del reddito straordinarie garantite dai Fondi di solidarietà, ed alternative agli ordinari ammortizzatori sociali ed, in particolare, alla mobilità lunga.

Quanto ancora ai Fondi di sostegno al reddito, deve aggiungersi, infine ed in via risolutiva, che, ad ogni modo, gli accordi sindacali che hanno disposto l'accesso alle prestazioni straordinarie, pur indicando nei lavoratori prossimi alla pensione i soggetti "in esubero", hanno spesso imposto la volontarietà dell'accesso agli assegni straordinari, superando, così, di fatto qualunque problematica inerente la discriminatorietà o meno del criterio della maggiore prossimità al pensionamento per l'individuazione dei lavoratori in esubero (237).

---

(235) NANNIPIERI L., *Ambito oggettivo di comparazione criteri soggettivi di scelta nella riduzione del personale: i limiti di ammissibilità del "criterio unico" della maggiore prossimità al pensionamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 3, 672.

(236) In sostanza, la "ragionevole giustificazione" della maggiore prossimità alla pensione è evidente osservando che il lavoratore anziano, pur avendo maggiori difficoltà nel ricollocarsi nel mercato del lavoro e reperire una nuova occupazione, potrà comunque contare stabilmente su di un reddito sicuro, mentre il "giovane" rischierà in ogni caso di rimanere, per un periodo più o meno lungo, del tutto privo di reddito, in un contesto di strutturale alto tasso di disoccupazione giovanile. *Amplius*, DEL PUNTA R., *I vecchi e i giovani, spunti sui criteri di scelta dei lavoratori in esubero*, in *Lav. dir.*, 1999, 403.

(237) Cfr., in via esemplificativa, l'accordo 15 settembre 2006, il quale, nell'intenzione di individuare gli esuberi in Poste Italiane S.p.A., stabilisce, tra l'altro che "le Parti si impegnano a ricercare e realizzare soluzioni basate sulla volontarietà delle risorse coinvolte [nel processo di espulsione, n.d.a.], dandosi fin d'ora atto che non saranno posti in essere comportamenti unilaterali"; del medesimo tenore anche l'accordo del 24 gennaio 2001 stipulato tra l'ABI e le organizzazioni sindacali nel settore del Credito, e la conseguente delibera del Comitato amministratore del Fondo 26 febbraio 2001, n. 2.

Peraltro, proprio in relazione a tali accordi collettivi che presuppongono la volontarietà dell'accesso agli assegni straordinari, si è posto il problema della compatibilità degli stessi con la disciplina legale e regolamentare dei Fondi, la quale, invece, pare imporre procedure e criteri di scelta parzialmente differenti rispetto a quelli contenuti in detti contratti collettivi. In particolare, ci si è chiesti se l'assegno straordinario possa essere erogato anche nell'ipotesi di aziende in situazione di eccedenza di personale, che attivino procedure di "esodi volontari" al fine evitare il ricorso a licenziamenti collettivi.

È stato, infatti, rilevato che, nel modello delineato dall'art. 2, comma 28, legge n. 662/1996, l'accordo collettivo integra la fattispecie legale, *rectius* regolamentare, la quale è l'unico strumento idoneo a determinare l'applicazione generalizzata ed uniforme del sistema di garanzia del reddito predisposto dal contratto collettivo. Conseguentemente, si è ritenuto che una eventuale disciplina contrattuale sulla scelta dei lavoratori in esubero difforme da quella contenuta nel regolamento di ciascun Fondo, fosse idonea ad integrare gli obblighi delle parti solo ove non si ponesse in conflitto con quanto stabilito nel decreto che fissa il regolamento del Fondo medesimo.

Sulla base di quanto sopra osservato - e considerato che gli strumenti previsti dai Fondi di solidarietà si pongono, in sostanza, come opportunità per i lavoratori, i quali, altrimenti, sarebbero esposti al rischio dell'applicazione della legge n. 223/1991 per i licenziamenti collettivi (peraltro, senza possibilità di accesso all'indennità di mobilità) - il Ministero del lavoro ha asserito la legittimità degli accordi che consentono, anziché il ricorso a procedure di licenziamento collettivo, "soluzioni basate sulla volontarietà delle risorse coinvolte" (238) al fine di individuare i lavoratori in esubero, ritenendo legittimi i contratti collettivi in esame, sulla base del principio del *favor prestatoris* che ispira l'istituzione e la costituzione stesse dei Fondi (239).

12.2.— La misura delle prestazioni straordinarie

Per quanto riguarda la misura degli assegni straordinari di sostegno al reddito, il Legislatore ha inteso lasciare interamente alla contrattazione collettiva la disciplina della materia. Sul punto, di conseguenza, si riscontrano normative differenti a seconda dei settori considerati, le quali, peraltro, hanno rilevanti conseguenze sul piano del trattamento fiscale delle somme corrisposte ai lavoratori esuberanti a titolo di prestazioni straordinarie. Proprio per tale implicazioni si ritiene utile affrontare congiuntamente il

(238) Cfr. ancora l'accordo del 15 settembre 2006 tra Poste Italiane S.p.A. e le relative organizzazioni sindacali.

(239) Cfr. la nota del Ministero del lavoro 19 febbraio 2001, n. 101772 (relativa al settore del Credito, ma estensibile anche agli altri Fondi), dove si osserva come il criterio della volontarietà, consentendo di evitare il ricorso ai licenziamenti collettivi, deve considerarsi valido ai fini della concessione degli assegni straordinari a sostegno del reddito. Peraltro, potendo qualificare le previsioni dei contratti *de quibus* come clausole integrative dei criteri già determinati dai regolamenti dei Fondi, la scelta dei lavoratori in esubero dovrà comunque avvenire nel rispetto delle altre norme contenute negli stessi, avendo riguardo, in particolare, a quelle norme secondo cui possono accedere alla prestazione straordinaria solo coloro che maturano il diritto a pensione entro un determinato periodo dalla data di cessazione del rapporto di lavoro (12 mesi nel settore del Credito e delle Poste).

tema della determinazione dei trattamenti e del loro trattamento tributario.

A tratto generale è possibile affermare, quanto alle modalità di erogazione degli assegni straordinari, che i Fondi di solidarietà consentono sia la corresponsione degli stessi in forma rateale, sì da garantire al lavoratore disoccupato una provvidenza che lo accompagni al momento del pensionamento sostituendo il reddito da lavoro perduto; sia in un'unica soluzione, sotto forma di capitale, dietro esplicita richiesta del soggetto beneficiario della prestazione (240).

In entrambe le ipotesi, il pagamento dell'assegno avviene ad opera dell'INPS (241). All'ente previdenziale, inoltre, competono tutti gli adempimenti accessori all'erogazione a favore dei lavoratori interessati agli assegni straordinari, tra cui, in particolare, il compito di provvedere, per i lavoratori eccedentari, alla quantificazione dell'assegno ed alla certificazione del diritto a pensione (242), sia direttamente, sia per tramite del competente ente previdenziale nell'ipotesi di lavoratori non iscritti all'assicurazione generale obbligatoria (243).

Tanto premesso, la misura dell'assegno straordinario erogato dai Fondi di solidarietà è - di norma - rapportata alla pensione che teoricamente spetterebbe al lavoratore ammesso al godimento dell'assegno, ove questi accedesse al pensionamento con l'anzianità contributiva posseduta al momento della cessazione del rapporto di lavoro, maggiorata delle settimane mancanti per la maturazione del diritto a pensione, per le quali verrà versata dal datore di lavoro la relativa contribuzione correlata.

Stante l'anzidetta regola generale, tuttavia, va detto che anche all'interno di ciascun Fondo il computo dell'assegno straordinario è effettuato in modo differente a seconda che il lavoratore beneficiario abbia diritto ad una pensione calcolata con il

---

(240) Deve segnalarsi, peraltro, che il Fondo per i dipendenti degli ex Monopoli di Stato (cfr. art. 9, comma 1, lett. *b)* e *c)*, d.m. n. 88/2002), accanto all'assegno straordinario, prevede la corresponsione aggiuntiva di un "*bonus* all'ingresso" (pari al 10 per cento del trattamento economico complessivo derivante dall'assegno straordinario) e di un "*bonus* all'uscita" ai lavoratori ammessi alle prestazioni straordinarie (determinato dalla contrattazione collettiva).

(241) Mentre la generalità dei Fondi corrisponde l'assegno in forma rateale per 13 mensilità, il Fondo dei Monopoli ne prevede solo 12, accompagnate, peraltro dai già ricordati *bonus* in ingresso ed in uscita.

(242) La certificazione del diritto alla pensione futura operata dall'INPS, peraltro, non coincide con la certificazione di cui all'art. 1, comma 3, l. n. 243/2004. Questa, infatti, è una sorta di "clausola di salvaguardia" per tutti coloro che hanno maturato, entro il 31 dicembre 2007, i requisiti di età e di anzianità contributiva previsti dalla normativa vigente prima della data di entrata in vigore della legge n. 243/2004, ai quali, ai fini del diritto all'accesso al trattamento pensionistico di vecchiaia o di anzianità, nonché alla pensione nel sistema contributivo, continuano ad applicarsi i previgenti requisiti. *Amplius* OCCHINO A., *La certificazione dei diritti pensionistici nella legge delega n. 243/2004*, cit., 1213. Nel caso dei Fondi di solidarietà, infatti, l'ente previdenziale certifica, non il diritto a pensione, ma il futuro diritto a pensione: in sostanza dunque, la certificazione operata non ha la funzione di assicurare l'invarianza dei requisiti per l'accesso alla pensione, ma di un mero controllo sui requisiti richiesti dalle fonti istitutive dei Fondi per il godimento degli assegni straordinari.

(243) È, ad esempio, il caso dei dipendenti esodati da Poste Italiane S.p.A., i quali, come noto, ai fini della tutela pensionistica, sono iscritti all'Istituto Postelegrafonici, regime esclusivo dell'assicurazione generale obbligatoria, il quale, per il sistema dei Fondi di solidarietà, ha il compito di certificare il diritto a pensione dei propri iscritti, di quantificare la prestazione straordinaria e di trasmettere entrambe le informazioni all'INPS.

sistema retributivo, contributivo, o misto (244): dovendosi, infatti, calcolare la pensione che spetterebbe astrattamente al soggetto, i metodi contributivo o retributivo (245) vanno ad incidere anche e necessariamente sulla misura dell'assegno straordinario spettante. Inoltre, deve segnalarsi che la misura della prestazione straordinaria è differente a seconda che la stessa sia liquidata in forma rateale o in un'unica soluzione, in quanto, nella seconda ipotesi, l'importo dell'assegno è ridotto di una certa percentuale; peraltro, in tale ipotesi, non è dovuta la contribuzione correlata, la quale, pertanto non viene versata al regime pensionistico di appartenenza del lavoratore.

La differenza più rilevante fra i vari settori interessati dalla disciplina, però, è costituita dall'individuazione della base pensionabile sulla quale calcolare la pensione teorica ai fini del calcolo della misura dell'assegno straordinario. In merito, pare possibile individuare un indirizzo principale, che fa riferimento ai criteri adottati per la prima volta dai Fondi del credito e del credito cooperativo - al quale sono riconducibili anche le prestazioni straordinarie erogate dal Fondo esattoriali di cui al d.m. n. 375/2003 (246) e dal Fondo Poste *ex* d.m. n. 178/2005; e delle eccezioni, rappresentate nello specifico dal Fondo per gli ex dipendenti dei Monopoli di Stato e dal Fondo per le assicurazioni in liquidazione coatta amministrativa, che adottano soluzioni particolari.

Quanto al primo modello richiamato, ai sensi dell'art. 10, comma 9, dei dd.mm. n. 157 e n. 158 del 2000, per i lavoratori che possono conseguire la pensione di anzianità prima della pensione di vecchiaia, la misura dell'assegno è pari alla somma fra l'importo - al netto dell'Irpef calcolata secondo la normativa generale dei trattamenti pensionistici - del trattamento pensionistico INPS maturato dagli interessati con la maggiorazione dell'anzianità contributiva mancante per raggiungere i requisiti contributivi per il diritto alla pensione di anzianità; cui si aggiunge l'ammontare dell'imposta che deve essere trattenuta sull'assegno straordinario (247). Del pari, per i lavoratori che possono conseguire la pensione di vecchiaia prima di quella di anzianità, la misura dell'assegno è pari alla somma fra l'importo - al netto dell'Irpef calcolata secondo la normativa generale dei trat-

(244) Brevemente si ricorda che a norma dell'art. 1, commi 12 e 13, legge n. 335/1995, coloro che al 31 dicembre 1995 avevano già maturato almeno 18 anni di anzianità contributiva avrebbero ricevuto una pensione calcolata con il sistema retributivo; quanti, invece, a quella data, potevano vantare un'anzianità contributiva inferiore, avrebbero avuto diritto ad una pensione calcolata secondo un sistema misto (quota parte retributivo e quota parte contributivo); mentre solo coloro che si fossero iscritti per la prima volta ad una forma di previdenza obbligatoria a far data dal 1° gennaio 1996, avrebbero avuto diritto ad una pensione interamente contributiva (a questi, vanno aggiunti anche i soggetti che optano per il sistema contributivo di liquidazione della pensione). Sul tema cfr. PESSI R. (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale*, Padova, 1995, 77.

(245) Pur non essendo questa la sede dove affrontare tale argomento, va detto che la pensione contributiva è stata immaginata dal Legislatore del '95 come un rimborso rateale del montante contributivo accumulato durante la vita lavorativa, in ragione del periodo di presunto godimento della pensione da parte del beneficiario. Di contro, la pensione retributiva è calcolata come una certa percentuale della media delle ultime retribuzioni in ragione dell'anzianità contributiva maturata. Per un approfondimento circa i metodi di calcolo delle prestazioni pensionistiche si rinvia a PESSI R., *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, cit., 463.

(246) Deve segnalarsi, peraltro, che i beneficiari di detto Fondo sono ammessi alle prestazioni anche ove possano conseguire la pensione di vecchiaia nel Fondo Esattoriali - il quale come noto non prevede la pensione di anzianità - oltre che nell'assicurazione generale obbligatoria.

(247) Si tratta, in particolare, delle somme trattenute a titolo d'imposta ai sensi dell'art. 17, comma 4-*bis*, del TUIR.

tamenti pensionistici - del trattamento pensionistico INPS maturato dagli interessati con la maggiorazione dell'anzianità contributiva mancante per raggiungere i requisiti contributivi per il diritto alla pensione di vecchiaia; e l'importo delle ritenute di legge (248).

Agli assegni straordinari, così determinati, non è applicata la perequazione automatica delle pensioni (249), né spettano i trattamenti di famiglia (250), gli interessi legali o la rivalutazione monetaria, confermandosi così una necessaria differenziazione tra prepensionamenti e trattamenti straordinari erogati dai Fondi di sostegno al reddito. Le prestazioni straordinarie, altresì, sono incumulabili con i redditi da attività lavorativa, dipendente o autonoma, prestata a favore di soggetti che svolgono attività in concorrenza con il datore di lavoro dell'interessato; di conseguenza, per i periodi di svolgimento di tali attività viene sospesa l'erogazione dell'assegno ed il versamento dei contributi figurativi (art. 11, commi 1 e 2, dd.mm. 157 e 158 del 2000). Di contro, l'assegno straordinario è cumulabile con i redditi da attività lavorativa dipendente prestata a favore di soggetti che non svolgono attività in concorrenza con il datore di lavoro fino a concorrenza dell'ultima retribuzione mensile, ragguagliata ad anno, percepita in servizio ed il versamento dei contributi figurativi è corrispondentemente ridotto. Per quanto riguarda i redditi da lavoro autonomo, gli assegni sono cumulabili per la parte corrispondente al trattamento minimo di pensione, aumentato della metà della parte eccedente detto trattamento. Il versamento dei contributi figurativi è corrispondentemente ridotto (art. 11, commi 3, 4 e 5). Le eventuali trattenute, come per le altre prestazioni previdenziali, sono effettuate dall'ente erogatore. Gli assegni, infine, sono interamente cumulabili con i trattamenti pensionistici di cui eventualmente già gode il lavoratore eccedentario. Peraltro, l'ammontare degli assegni andrà preso in considerazione per le situazioni per le quali sia influente il reddito del pensionato.

Assai differenti, sono invece, i criteri utilizzati dal Fondo per gli ex dipendenti dei Monopoli di Stato per erogare le prestazioni straordinarie (251). Ed infatti, il relativo rego-

(248) Cfr. nota precedente.

(249) Il meccanismo della perequazione automatica delle prestazioni previdenziali, finalizzato al mantenimento del potere d'acquisto delle medesime, è stato introdotto all'art. 19, l. n. 153/1969, ed è stato oggetto di successive modifiche. L'attuale regime prevede che la perequazione automatica operi solo in base all'adeguamento del costo della vita, con una percentuale di variazione (calcolata sul valore medio dell'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati) che viene a ridursi per le pensioni superiori di importo più elevato, con cadenza periodica già semestrale ed ora annuale. *Amplius*, CARDONI G., *La perequazione automatica*, in PESSI R., *La riforma del sistema previdenziale*, cit., 163; GRONCHI S., *La sostenibilità delle nuove forme previdenziali ovvero il sistema pensionistico tra riforme fatte e da fare*, in *Journal of analytical and institutional economics*, 1998, 295.

(250) Nella specie gli assegni familiari (d.P.R. n. 797/1955) e l'assegno per il nucleo familiare (legge n. 153/1988). Deve segnalarsi, peraltro, che gli assegni sono prestazioni "dirette" e non sono reversibili. In caso di decesso del beneficiario, ai superstiti è liquidata la pensione indiretta, con le norme ordinarie, tenendo conto anche della contribuzione correlata versata in favore del lavoratore durante il periodo di percezione dell'assegno.

(251) Ai sensi dell'articolo 9 del regolamento del Fondo (d.m. n. 88/2002), infatti, il Fondo dei Monopoli di Stato eroga unicamente i trattamenti straordinari in esame. Nel dettaglio, a favore dei lavoratori ammessi a fruire delle prestazioni del Fondo si provvede ad erogare un assegno rateale, al netto delle ritenute di legge; un *bonus* di ingresso al Fondo; un *bonus* da corrispondersi al momento della maturazione del requisito pensionistico; ovvero, alternativamente e su richiesta del lavoratore, il pagamento dell'assegno straordinario in unica soluzione, finalizzato all'inizio di attività autonoma o cooperativistica, nella misura del 70 per cento dell'importo mensile lordo che avrebbe avuto diritto a percepire al momento della concessione, moltiplicato per il numero dei mesi ai quali avrebbe diritto al momento di detta erogazione e per i quali non è versata alcuna contribuzione. In tale ultima ipotesi resta escluso il *bonus* da erogarsi all'atto della maturazione del trattamento pensionistico.

lamento stabilisce che l'importo dell'assegno rateale da corrispondere è pari all'80 per cento del trattamento economico goduto dal soggetto all'atto della maturazione del diritto all'accesso al Fondo, da calcolarsi esclusivamente con riferimento allo stipendio tabellare, all'indennità integrativa speciale e retribuzione individuale di anzianità (tutte calcolate per 13 mensilità), nonché all'indennità aziendale (calcolata per 12 mensilità) (252). Detti importi sono lordi e sono erogati al netto delle ritenute di legge. In aggiunta al trattamento appena descritto, spetta all'ex dipendente il *bonus* di ingresso, pari al 10 per cento del trattamento economico che complessivamente verrà percepito dal soggetto come assegno straordinario; nonché un *bonus* ulteriore in uscita, corrisposto al momento della maturazione del requisito pensionistico, pari alla differenza tra gli incentivi all'esodo pattuiti i sede di contrattazione collettiva con l'accordo del 3 agosto 2000 e quanto corrisposto a titolo di *bonus* in entrata. Così come avviene con riferimento agli altri settori, agli assegni straordinari non viene attribuita la perequazione automatica, mentre spetta l'assegno per il nucleo familiare ove ne ricorrano le condizioni (253).

Ancora differente, infine, è la situazione del Fondo di solidarietà per il personale già dipendente da imprese di assicurazione poste in liquidazione coatta amministrativa, il quale, a norma dell'art. 6, d.m. 351/2000, provvede ad erogare ai lavoratori che si trovano nella condizione di maturare i requisiti per la pensione di anzianità o per la pensione di vecchiaia, una somma aggiuntiva alle spettanze di fine rapporto, pari al 60 per cento dell'ultima retribuzione lorda annua, percepita alle dipendenze dell'organo liquidatore, moltiplicata per il numero degli anni mancanti alla pensione. Accanto alla anzidetta prestazione, è assicurata la copertura previdenziale mediante versamento della contribuzione correlata per il periodo mancante al raggiungimento dei requisiti minimi per il diritto alla pensione. Analoga prestazione è riconosciuta anche per coloro che sono alle dipendenze di imprese di assicurazione già poste in liquidazione coatta amministrativa, ai quali, in alternativa alla riassegnazione ad altra compagnia assicurativa, è garantita una somma aggiuntiva alle spettanze di fine rapporto, pari al 65 per cento dell'ultima retribuzione annua lorda moltiplicato per il numero di anni intercorrenti tra la data di cessazione del rapporto di lavoro e la data di decorrenza della pensione.

12.3.— Il trattamento fiscale delle prestazioni straordinarie

Le differenze nella determinazione degli assegni straordinari di sostegno al reddito si riflettono anche sul regime fiscale cui gli stessi devono essere sottoposti, in parti-

(252) Peraltro, all'art. 9, comma 3, d.m. n. 88/2002, era stabilito che nell'ipotesi in cui i rapporti di lavoro dei lavoratori interessati dal Fondo fossero disciplinati da altra contrattazione collettiva rispetto a quella dell'ETI S.p.A., in attuazione delle previsioni del d.lgs. n. 283/1998 (che ne ha disposto la privatizzazione), l'ammontare delle voci retributive utili per la quantificazione dell'assegno sarebbero state convenzionalmente considerate con riferimento al contratto collettivo nazionale di lavoro del "comparto aziende e amministrazioni autonome dello Stato ad ordinamento autonomo" e delle sue successive evoluzioni, ovvero dai contratti delle società di provenienza. L'ipotesi descritta dal d.m. n. 88/2002 si è puntualmente verificate con l'acquisizione dell'ETI S.p.A. da parte della British American Tobacco Italia S.p.A.

(253) Originariamente, l'assegno non era dovuto, ma l'art. 1 del d.m. 28 aprile 2006, n. 225, ha modificato il regolamento del Fondo, consentendone l'erogazione.

colare, con riferimento alle somme sottoposte a tassazione separata.

Prima di affrontare tale aspetto specifico, peraltro, può affermarsi in linea generale che gli importi erogati a titolo di trattamento straordinario in forma rateale rappresentano importi sostituivi del reddito da lavoro perduto a seguito del rapporto di lavoro; conseguentemente, stessi devono essere inquadrati tra quelle somme che sostituiscono il reddito da lavoro. Ciò comporta, dal punto di vista tributario, che gli assegni in parola possono essere ricondotti alla categoria dei redditi da lavoro dipendente *ex* art. 49 TUIR (254) e, perciò, sottoposti a tassazione ordinaria, secondo gli scaglioni vigenti nell'anno di decorrenza dell'assegno, applicando le deduzioni previste per il lavoro dipendente (255).

Ove, tuttavia, le prestazioni straordinarie sono erogate in un'unica soluzione nelle differenti misure previste dai regolamenti dei Fondi, le medesime vengono ad assumere la configurazione di "incentivazioni all'esodo" e, dunque, sono assoggettate a tassazione separata a norma dell'art. 19 del TUIR con applicazione dell'aliquota prevista per il TFR. Il medesimo regime, inoltre, trova applicazione anche ai *bonus* in ingresso ed in uscita erogati dal Fondo per gli ex dipendenti dei Monopoli di Stato: anche queste somme, infatti, si configurano come erogazioni *una tantum* finalizzate ad incentivare la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro di quanti sono interessati da un provvedimento di licenziamento collettivo.

Parimenti sono assoggettate a tassazione separata, con l'aliquota del TFR (o, in alcuni casi, alla metà della stessa), anche le prestazioni straordinarie, pur erogate in forma rateale, dai Fondi del Credito, del credito cooperativo e delle Poste Italiane S.p.A.. L'apparente anomalia giuridica rappresentata dall'applicazione nei confronti di trattamenti periodici di un regime di tassazione - almeno fin di recente - sensibilmente agevolato rispetto alla tassazione ordinaria, si spiega tenendo conto delle specifiche disposizioni dettate espressamente per i Fondi richiamati. Si tratta, nel dettaglio, delle previsioni contenute nell'art. 59, comma 3, legge n. 449/1997 (256); nell'art. 26,

(254) Più precisamente, gli assegni di cui si tratta sono inquadrabili tra quelle somme che sostituiscono il reddito da lavoro dipendente che, in base al principio generale contenuto nell'art. 6, comma 2, TUIR, devono essere assoggettate al medesimo trattamento tributario applicabile ai redditi che le stesse sostituiscono, così come ha sempre precisato l'amministrazione finanziaria, ad esempio, per i trattamenti sostitutivi del trattamento pensionistico (in particolare, per artigiani e commercianti), la cassa integrazione guadagni, l'indennità di disoccupazione, la mobilità, l'indennità di maternità, ecc.; sul punto cfr. FERRANTI G., DODERO A., ZACCARIA L., *I redditi di lavoro dipendente e assimilati*, Milano, 1999, 216.

(255) Così, infatti, avviene con riferimento ai trattamenti straordinari erogati dal Fondo per gli ex dipendenti dei Monopoli di Stato e dal Fondo per gli esattoriali.

(256) La norma *de qua* ha previsto che nei casi di ristrutturazione o riorganizzazione aziendale che determinano esuberi di personale "riguardanti banche, associazioni di banche e concessionari della riscossione cui si applicano i contratti collettivi del settore del credito, gli accordi stipulati [...] con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative del personale dipendente" possano "a) prevedere, allo scopo di agevolare gli esodi, apposite indennità da erogare, anche ratealmente in conformità all'art. 17 del TUIR [attuale 19, n.d.a.] [...]; al medesimo regime fiscale previsto dal citato art. 17 del TUIR [attuale 19, n.d.a.], [...] sono assoggettate le analoghe prestazioni eventualmente erogate, al fine di cui sopra, dai [...] Fondi nazionali per il settore del credito in luogo dei datori di lavoro; b) adottare, in via prioritaria, il criterio della maggiore età ovvero della maggiore prossimità alla maturazione del diritto alla pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria, purché siano contestualmente previste forme di sostegno del reddito, comprensive della corrispondente contribuzione figurativa, erogabili, anche in soluzione unica, nel limite massimo di quattro anni [...]".

comma 23, legge n. 488/1998 (257); nell'art. 40, comma 6, della medesima legge n. 448 (258). Si tratta, a ben vedere, di disposizioni che si pongono nel solco delle linee di politica legislativa che tendono ad introdurre agevolazioni legislative all'esodo dei lavoratori prossimi al pensionamento o le cui competenze sono diventate obsolete rispetto all'evoluzione tecnologica degli ultimi anni. Tali disposizioni rientrano perfettamente nell'ambito di applicazione dell'intervento legislativo del 1997 (d.lgs. n. 314/1997) con il quale era stato previsto un particolare regime fiscale di favore applicabile alle "somme corrisposte in occasione della cessazione del rapporto al fine di incentivare l'esodo dei lavoratori che abbiano superato l'età di 50 anni se donne e di 55 anni se uomini", per cui a detti importi si sarebbe applicata "l'imposta si applica con l'aliquota pari alla metà di quella applicata per la tassazione del trattamento di fine rapporto" (259).

Orbene, con riferimento alle prestazioni rateali erogate dai Fondi del credito (e di riflesso da quello delle Poste Italiane S.p.A.), tale regime agevolato era direttamente dichiarato applicabile dall'art. 59 della legge n. 449/1997. Si realizza per questa via un notevole risparmio d'imposta a favore delle imprese che avrebbero utilizzato gli assegni straordinari. Del resto, sarebbe apparsa alquanto originale una soluzione che avesse privilegiato come risultato un trattamento pensionistico netto a favore del singolo più elevato di quello che gli sarebbe spettato in futuro quale pensionato a tutti gli effetti (260). A questa soluzione si è giunti, peraltro, al termine di un processo interpretativo travagliato; l'applicazione della tassazione separata agli assegni straordinari non è apparsa così scontata, considerata la necessità delle ricordata norma di interpretazione autentica che chiarisse questo precetto (art. 26, comma 23, legge n. 448/1998). Si riteneva, infatti, che il regime di tassazione separata non potesse applicarsi in via generalizzata anche alle prestazioni definite dai regolamenti dei Fondi del credito e del credito cooperativo, in quanto - in sostanza - le somme corrisposte a sostegno del reddito non sono erogate in occasione della cessazione del rapporto di lavoro per incentivare l'esodo dei dipendenti, bensì per sostenere il reddito del dipendente nei confronti del quale è stato interrotto il rapporto di lavoro (261).

Non così, però, per il Legislatore che è intervenuto a precisare che l'eccezione al

(257) Che fornisce interpretazione autentica dell'art. 59 comma 3, legge n. 449/1997, prevedendo che il regime di tassazione separata si applica anche a tutte le somme erogate dai Fondi sostegno al reddito.

(258) Il quale dichiara applicabili a Poste Italiane S.p.A. le norme sulla tassazione separata stabilite all'art. 59, legge n. 449/1997.

(259) Art. 19, comma 4 *bis*, TUIR, prima della sua abrogazione ad opera dell'art. 36, comma 23, d.l. 4 luglio 2006, n. 223

(260) Questa singolare formulazione, utilizzata per quantificare l'assegno, deriva dalla particolare circostanza relativa al diverso regime impositivo applicabile da una parte sul trattamento pensionistico virtuale spettante e, dall'altra, sulle somme in concreto erogate, riconducibili, per la loro natura di incentivazioni all'esodo, nella più favorita categoria delle "altre indennità e somme" dell'art. 16, comma 1, lett. a), del TUIR, alle quali come già accennato va applicata la tassazione separata con l'aliquota del TFR; così ROCCHI E., *Il regime fiscale delle incentivazioni all'esodo di personale in esubero (profili generali e particolarità del settore bancario),* in *Riv. dir. trib.*, 2002, 179.

(261) In tal senso, cfr. FERRANTI G., DODERO A., ZACCARIA L., *I redditi di lavoro dipendente e assimilati*, cit., 214.

regime ordinario di tassazione dovesse applicarsi anche alle somme erogate dai Fondi di solidarietà, sicché ai lavoratori coinvolti nelle operazioni di esodo in esame si applica attualmente la tassazione separata anche se le somme incentivanti hanno corresponsione periodica. Fino alla modifica operata nel 2006, inoltre, in quest'ambito, i lavoratori con più di 55 anni e le lavoratrici con almeno 50 anni, avrebbero usufruito di un ulteriore "sconto" che si realizzava nell'imposizione di un'aliquota pari alla metà di quella applicata agli altri soggetti. Peraltro, tutti i vantaggi fiscali menzionati, favoriscono in realtà i Fondi, *rectius* i datori di lavoro che li finanziano, i quali devono erogare agli ex lavoratori sempre lo stesso trattamento netto corrispondente alla pensione netta che gli sarebbe spettata.

Il regime di tassazione delle somme in parola, peraltro, è stato ancora oggetto di recente modifica, da ultimo ad opera dell'art. 36, comma 23, d.l. 223, 4 luglio 2006 (convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248), cui ha fatto seguito la circolare dell'Agenzia delle entrate n. 10 del 16 febbraio 2007 ed il messaggio INPS del 14 novembre 2007, n. 27459. In particolare, la norma richiamata ha inteso abrogare il regime agevolativi di tassazione separata previsto dal comma 4 *bis* dell'art. 19 del TUIR per i lavoratori e le lavoratrici ultracinquantenni, ai quali era riconosciuto un trattamento fiscale estremamente vantaggioso per le somme erogate al fine di incentivarne l'esodo (comprese le somme erogate dai Fondi di sostegno al reddito), stabilendo un'aliquota di prelievo dimezzata rispetto a quella applicata per la tassazione del TFR (262).

(262) L'abolizione del vantaggio fiscale operata dall'art. 36 richiamato, peraltro, trova applicazione solo per le situazioni che sorgono successivamente alla sua entrata in vigore, essendo previsto, al contempo, un regime transitorio, in virtù del quale continua a essere applicata (sino al naturale esaurirsi delle singole situazioni) il regime fiscale più favorevole nel caso di somme corrisposte in relazione a rapporti di lavoro cessati prima dell'entrata in vigore del decreto legge; ovvero di somme corrisposte in relazione a rapporti di lavoro cessati successivamente al 4 luglio 2006 (data di entrata in vigore del decreto legge), purché in attuazione di atti o accordi, aventi data certa anteriore al 4 luglio 2006. In quest'ambito, la menzionata circolare n. 10/2007 dell'Agenzia delle entrate ha chiarito che per "accordi" debbano intendersi tutti gli atti in cui sia intervenuto un incontro di volontà tra datore di lavoro e lavoratori dipendenti in merito alle condizioni per la cessazione anticipata del rapporto di lavoro, compresi anche gli impegni a carattere collettivo assunti dal datore di lavoro con le associazioni di categoria di dipendenti e che indichino un termine entro il quale deve intervenire l'adesione al piano. In presenza di piani di esodo siffatti, dunque, sarebbe stato possibile applicare il regime della tassazione agevolata anche nel caso in cui l'adesione del dipendente, con la quale si perfeziona l'accordo, fosse intervenuta successivamente al 4 luglio 2006. In applicazione delle anzidette indicazioni dell'Agenzia delle entrate, l'INPS, con messaggio n. 27459/2007, ha confermato l'applicazione del regime transitorio per i lavoratori delle aziende del settore bancario fino al termine previsto negli accordi sindacali già depositati presso la Direzione centrale prestazioni, nonché con riferimento ai bonus concessi ai lavoratori titolari di assegno straordinario erogato dal Fondo per gli ex dipendenti dei Monopoli di Stato con decorrenza fino a novembre 2006. Al contrario, il regime transitorio non ha mai trovato applicazione per le prestazioni straordinarie erogate dal Fondo di Poste Italiane S.p.A., per le quali l'Agenzia delle entrate - in risposta ad apposita istanza di interpello presentata dall'INPS () - ha chiarito che agli assegni straordinari di sostegno al reddito corrisposti al personale di Poste Italiane S.p.A. sia applicabile, in linea di principio, il regime della tassazione separata di cui all'art. 19, comma 2, del TUIR. Tuttavia, l'Agenzia esclude l'applicabilità del regime di cui all'art. 19, comma 4 bis, TUIR, in quanto la data di cessazione dei rapporti di lavoro risulta successiva al 4 luglio 2006, data di entrata in vigore del decreto legge n. 223/2006, e la procedura di esodazione del personale è iniziata solo dal 21 dicembre 2006, cioè successivamente all'entrata in vigore del d.l. n. 223/2006; cfr. risoluzione dell'Agenzia delle entrate n. 169/E del 12 luglio 2007.

12.4.— La contribuzione correlata

La corresponsione delle prestazioni straordinarie erogate dai Fondi di sostegno al reddito ai lavoratori oggetto di procedimenti di riduzione del personale è, di norma, accompagnata dal versamento della contribuzione correlata alla gestione previdenziale cui detti lavoratori sono iscritti a fini pensionistici.

Si tratta di una prestazione accessoria a quella principale rappresentata dell'erogazione degli assegni straordinari, finalizzata a consentire ai lavoratori esodati il raggiungimento dei requisiti necessari per il perfezionamento del loro diritto a pensione. Come noto, infatti, essendo la fattispecie pensionistica una fattispecie complessa a formazione progressiva (263), necessita, al fine del suo perfezionamento, tra l'altro, del versamento dei contributi previdenziali per un determinato periodo di tempo (264). Tuttavia, di norma, il versamento dei contributi previdenziali è subordinato alla sussistenza del rapporto di lavoro, presupposto necessario dello stesso rapporto previdenziale e contributivo. Nel momento in cui, quindi, viene meno il rapporto di lavoro - come nel caso in esame in cui i lavoratori sono formalmente e sostanzialmente espulsi dall'azienda - dovrebbe sospendersi anche l'obbligazione contributiva, con (probabile) impossibilità di completamento della fattispecie che dà luogo all'erogazione della pensione.

Peraltro, proprio al fine di evitare che situazioni patologiche inerenti al rapporto di lavoro (una sua sospensione o una sua interruzione) possano derivare un *vulnus* alla possibilità per il soggetto protetto di maturare il diritto a pensione, il Legislatore ha predisposto una serie di "rimedi" che consentono di "neutralizzare" quei periodi di inattività. Si tratta, in particolare, della contribuzione volontaria e di quella da riscatto (265),

---

(263) Ne discende che il sorgere del diritto al trattamento pensionistico - e, più in generale, al trattamento previdenziale - è condizionato dalla preesistenza cronologica di specifici fatti richiesti dal Legislatore. Elementi essenziali della fattispecie sono la qualità di produttore di reddito da lavoro e l'assolvimento dell'obbligo contributivo nello stesso periodo di riferimento nel quale si è prodotto il reddito da lavoro. Cfr. PESSI R., *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, cit., 242; *contra* PERSIANI M., *Diritto della previdenza sociale*, cit., secondo il quale le prestazioni di previdenza sociale - a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione - assumono la veste di prestazioni di sicurezza sociale e come tali dovrebbero essere ricondotte a fattispecie a formazione istantanea.

(264) Quantificabile, in via di prima approssimazione, in 20 anni per la pensione retributiva ed in 5 anni per la pensione contributiva. Per approfondimenti si rinvia a BUSSINO T., *Requisiti per l'accesso alle pensioni di vecchiaia e di anzianità prima e dopo la riforma*, in *Lav. prev. oggi*, 2004; CINELLI M., *Diritto della previdenza sociale*, cit.

(265) Nella contribuzione volontaria, lo stesso soggetto beneficiario si fa carico dell'obbligo contributivo, proseguendo a sue spese il versamento di contributi; nella contribuzione da riscatto, si assiste al versamento di contributi da parte del soggetto beneficiario per determinati periodi "scoperti" a fini previdenziali, di cui l'ordinamento ritiene meritevole il recupero. Entrambi i trattamenti hanno la finalità di consentire il perfezionamento del rapporto giuridico previdenziale in assenza dell'anzianità contributiva minima ovvero per incrementare l'anzianità acquisita in ipotesi in cui è venuto meno il presupposto per la continuazione del rapporto previdenziale (interruzione o sospensione del rapporto di lavoro), sostituendo al rapporto contributivo obbligatorio quello avente ad oggetto i versamenti volontari. Pur coesistendo differenti disciplina, la contribuzione volontaria e quella da riscatto hanno trovato una sua regolamentazione organica nel d.lgs. 30 aprile 1997, n. 184; *amplius* MASTRANGELI F.D., NICOLINI C.A., *La contribuzione previdenziale*, cit. Deve, peraltro, darsi conto di un differente uso dei tipo di contribuzione in parola nella legislazione più recente, la quale, introducendo rap-

della contribuzione figurativa e, naturalmente, della contribuzione correlata.

Quanto, in particolare, alla contribuzione figurativa e a quella correlata si tratta di ipotesi contigue, tanto che - in un primo momento - erano state accumunate sotto l'unica dizione di contribuzione figurativa, ma, successivamente, e più correttamente, distinte. In entrambe le ipotesi, infatti, da un lato, il periodo corrispondente è considerato come versato pur in assenza di versamenti contributivi e, dall'altro lato, non è il lavoratore che si accolla l'onere contributivo, ma questo è traslato su altri soggetti che, tuttavia, sono difformi nei due tipo di contribuzione. In particolare, nella contribuzione figurativa l'onere del versamento è posto a carico della solidarietà (generale, intercategoriale o categoriale) (266), mentre nel caso della contribuzione correlata il versamento dei contributi previdenziali ricade sul datore di lavoro che ha attivato i Fondi di solidarietà, i quali provvedono a "girare" i contributi alle gestione di appartenenza dei singoli lavoratori.

Tutti i regolamenti dei Fondi di solidarietà, infatti, prevedono che siano i Fondi stessi a versare la contribuzione correlata alla gestione previdenziale di appartenenza. Al contempo, peraltro, è possibile affermare che l'onere effettivo del versamento anzidetto ricada sui datori di lavoro, i quali sono obbligati - in caso di attivazione le procedure di erogazione delle prestazioni straordinarie - a versare al Fondo un contributo straordinario, il cui ammontare è determinato dal comitato amministratore, relativo ai soli lavoratori interessati alla corresponsione degli assegni medesimi, in misura corrispondente al fabbisogno di copertura degli assegni straordinari erogabili e, soprattutto, della contribuzione correlata (267).

Differente, invece, è la base imponibile sulla quale calcolare la contribuzione correlata nei differenti Fondi, potendosi, tuttavia, affermare che la stessa è calcolata secondo un'aliquota ed una disciplina analoghe a quelle della contribuzione obbligatoria del Fondo cui sono iscritti gli ex lavoratori, su una retribuzione imponibile che si riferisce all'ultima retribuzione effettivamente percepita o ad una media delle retribu-

---

porti di lavoro flessibili o atipici, consente ai lavoratori impiegati con tali contratti il versamento dei contributi volontari o di riscattare periodi pregressi di lavoro atipico per conseguire una prestazione pensionistica di importo "adeguato"; cfr. CINELLI M., *"Nuovi lavori" e tutele: quali spazi per la previdenza sociale?*, relazione svolta al convegno su *Nuovi lavori e tutele*, promosso dal Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro D. NAPOLETANO, Napoli, 28-29 gennaio 2005, in *Riv. it. dir. lav*., 2005, 2, 225.

(266) La contribuzione figurativa, consiste nell'accredito convenzionale di contributi in relazione a periodi di sospensione o di interruzione del rapporto di lavoro (e quindi dell'obbligo contributivo), ricollegabili ad eventi particolarmente meritevoli di tutela. La specificità dell'istituto riposa nella circostanza che parte dell'onere connesso al completamento del rapporto previdenziale viene traslato sulla mutualità di categoria e/o sulla solidarietà interna dei produttori di reddito da lavoro e/o sulla solidarietà generale, essendo assai difficile individuare, fattispecie per fattispecie, il soggetto effettivamente onerato. La contribuzione figurativa è disciplinata in modo non organico, sebbene una prima sistemazione della materia sia avvenuta ad opera del d.lgs. 16 settembre 1996, n. 564. Si rinvia a MASTRANGELI F.D., NICOLINI C.A., *La contribuzione previdenziale*, cit.

(267) Cfr., in via esemplificativa, l'art. 6 comma 3, d.m. n. 158/2000, per il Fondo del credito, ovvero l'art. 6, comma 1, lett. *b)*, del d.m. n. 88/2002, per il Fondo dei dipendenti degli ex Monopoli di Stato.

zioni percepite nell'ultimo periodo di lavoro (268).

In quanto prestazione accessoria all'assegno straordinario, la contribuzione correlata non è dovuta in caso di liquidazione della prestazione in un'unica soluzione. Inoltre, anche allorquando gli assegni sono erogati in forma rateale, sono previste norme di raccordo finalizzate ad evitare indebiti arricchimenti (di anzianità e/o di montante) sul piano contributivo, per i casi in cui il disoccupato inizi altra attività lavorativa, riducendo la base retributiva imponibile, considerata ai fini della contribuzione correlata, nei casi in cui il lavoratore svolga un'attività di lavoro subordinato o autonomo che dà luogo alla percezione di un reddito da lavoro - parzialmente cumulabile con l'assegno straordinario - sul quale è dovuta la contribuzione previdenziale obbligatoria (269).

(268) È quest'ultimo, ad esempio, il caso del Fondo dei dipendenti degli ex Monopoli di Stato, per i quali la contribuzione correlata è determinata in relazione "ad un imponibile previdenziale pari al totale degli elementi retributivi considerati per l'individuazione del trattamento economico di sostegno, integrati dalla media individuale delle indennità accessorie percepite negli ultimi sei mesi, in costanza di prestazione, escluso il corrispettivo relativo al Fondo produttività collettiva" (art. 9, comma 6, d.m. n. 88/2002). Nel Fondo di Poste Italiane S.p.A., invece, la base imponibile è rappresentata dalla "retribuzione mensile dell'interessato [...] individuata in base alle disposizioni del contratto collettivo in vigore, e cioè la retribuzione di cui all'articolo 56 del contratto nazionale di lavoro dell'11 gennaio 2001, integrata dall'eventuale indennità di funzione nella misura in godimento, secondo il criterio contrattuale di 1/312 della retribuzione annua per ogni giornata" (art. 9, commi 6 e 11, d.m. n. 178/2005).

(269) Così avviene nel Fondo di Poste Italiane S.p.A. (art. 10, commi 6 e 7, d.m. n. 178/2005), nei Fondi del credito e del credito cooperativo (artt. 11, commi 6 e 7, dd.mm. nn. 157 e 158 del 2000), nel Fondo dei tributi erariali (art. 12, commi 6 e 7, d.m. n. 375/2003), ed anche nel Fondo per gli ex dipendenti dei Monopoli di Stato (art. 10, comma 3, d.m. n. 88/2002). Nessuna previsione è, invece, nel regolamento del Fondo delle assicurazione in liquidazione (d.m. n. 351/2000).

MASSIMILIANO MARINELLI

Straordinario di diritto del lavoro
nell'Università di Palermo

QUESTIONI ATTUALI IN TEMA DI CONTRIBUZIONE PER LA MALATTIA (*)

Sommario: 1. - Brevi note sull'evoluzione della disciplina. 2. - La Corte di Cassazione e la contribuzione di malattia. - 3. - L'interpretazione della disciplina vigente tra dato letterale e principio solidaristico. - 4. La sentenza della Corte Costituzionale n. 47 del 2008. 5. - Il datore di lavoro come espromittente dell'INPS?

1. — Brevi note sull'evoluzione della disciplina

Nel tentativo di ricondurre ad unità la disciplina dell'assistenza per i lavoratori in caso di malattia la l. 11 gennaio 1943, n. 138, aveva istituito l'Ente Mutualità Fascista - Istituto per l'Assistenza di Malattia ai Lavoratori, che sarebbe stato successivamente ridenominato dal d.l.C.p.S. 13 maggio 1947, n. 435, Istituto Nazionale di Assistenza Malattia (INAM) (1). Ad esso erano obbligatoriamente iscritti tutti i lavoratori rappresentati dalle associazioni sindacali aderenti alle confederazioni fasciste dei lavoratori dell'industria, del commercio, delle aziende del credito e delle assicurazioni, e dei professionisti e degli artisti (2). L'art. 5 della legge disponeva che l'INAM provvedesse all'assistenza in caso di malattia, tranne che nei casi in cui la protezione del rischio fosse garantita da altre forme di assicurazione. Il successivo art. 6, c. 1, elencava le prestazioni rese dall'ente, consistenti nell'assistenza sanitaria nei confronti del lavoratore ammalato, nonché nella "concessione di una indennità". Questa però non era dovuta "quando il trattamento economico di malattia è corrisposto per legge o per contratto collettivo dal datore di lavoro o da altri enti" in misura superiore all'importo determinato con le modalità del c. 4 dello stesso articolo. Tale norma prevedeva la concessione

(*) Una precedente versione di questo articolo è in corso di pubblicazione negli Scritti in onore di Antonio Palazzo.

(1) Cfr. M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, 15° ed., Padova, Cedam, 2006, 275; R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, 5° ed., Padova, Cedam, 2006, 383; A. PANDOLFO, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Milano, Franco Angeli, 1991, 86; R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 481; M. TATARELLI, *La malattia nel rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 1993.

(2) Cfr. Corte cost., 29 aprile 1981, n. 103, in *Not. giur. lav.*, 1981, 503, che ha dichiarato illegittima la limitazione dell'iscrizione obbligatoria all'Inam disposta dall'art. 4 della l. 138 del 1943.

dell'indennità in questione "nei limiti, nella misura e secondo le modalità che verranno determinate nazionalmente dalle associazioni sindacali a mezzo dei contratti collettivi o da deliberazioni dei loro competenti organi", ovvero da un regio decreto "promosso dal Ministro delle corporazioni, d'intesa con quello per le finanze, su proposta delle associazioni sindacali interessate". La l. 138 del 1943 si inseriva in un sistema in cui l'art. 2110 c.c. (entrato in vigore l'anno precedente) disponeva che in caso di malattia, qualora la legge o le norme corporative non prevedessero forme equivalenti di previdenza e assistenza, il lavoratore avesse diritto "alla retribuzione o a una indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità". Dal combinato disposto delle due norme emergeva dunque l'obbligo per il datore di lavoro di corrispondere la retribuzione al lavoratore in caso di malattia soltanto se quest'ultimo non percepiva già un diverso trattamento economico, in forza di disposizioni di fonte legale o contrattuale. La l. 138 del 1943 dunque aveva capovolto la disposizione contenuta nell'art. 2110 c.c., prevedendo che l'indennità di malattia assolvesse ad una funzione sussidiaria rispetto all'obbligo del datore di lavoro di provvedere in proprio all'erogazione del trattamento retributivo o indennitario al dipendente assente (3). In caso di sussistenza di tale obbligo, che poteva derivare sia da disposizioni contenute in norme di legge, sia da clausole inserite nei contratti collettivi di categoria, l'ente previdenziale non era tenuto ad erogare alcunché.

Un'ipotesi di esonero legale era prevista dall'art. 6 del r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825, conv. in l. 18 marzo 1926, n. 562, che garantiva all'impiegato assente per malattia la conservazione del posto di lavoro per un periodo di tempo variabile in base all'anzianità (tre mesi per i dipendenti in servizio da non più di dieci anni, e sei mesi per quelli aventi una maggiore anzianità), ed il godimento dell'intera retribuzione per un terzo del periodo massimo di conservazione del posto, e della metà per la parte restante (disposizione questa successivamente modificata in senso migliorativo dalla contrattazione collettiva) (4). L'ente previdenziale non era poi tenuto ad erogare l'indennità di malattia al personale marittimo (5) o per particolari rapporti di lavoro, come quello domestico (6). Alcuni contratti collettivi inoltre imponevano al datore di lavoro di corrispondere al lavoratore ammalato l'intera retribuzione, con ciò esonerando l'ente previdenziale dall'obbligo di corrispondere la relativa indennità. In genere però la contrattazione collettiva ha previsto che il datore di lavoro si limiti ad integrare l'indennità dovuta ai dipendenti assenti per malattia, per un importo che consenta la conservazione del livello retributivo normalmente goduto dal lavoratore (7). Tale integra-

(3) Cfr. M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, cit., 292; A. PANDOLFO, *La malattia nel rapporto di lavoro*, cit., 320.

(4) Cfr. F. MANCINI, *Le categorie dei prestatori di lavoro nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 893 (sul punto 924).

(5) Cfr. L. MENGHINI, I *contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, Milano, Giuffrè, 1996, 382, cui si rinvia per l'analisi dell'evoluzione della tutela della malattia fino all'istituzione dell'Istituto di Previdenza per il Settore Marittimo (Ipsema).

(6) Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, Milano, Giuffrè, 2003, 69. Tale esenzione è stata ritenuta legittima da Corte cost., 27 aprile 1988, n. 486, in *Giur. cost.*, 1988, I, 2187.

(7) Cfr. A. PANDOLFO, *La malattia nel rapporto di lavoro*, cit., 321; R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, cit., 485; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 69.

zione conserva natura retributiva (8), con conseguente obbligo per il datore di lavoro di corrispondere all'ente previdenziale anche la relativa contribuzione finalizzata alla tutela della malattia (9).

L'art. 9 della l. 138 del 1943 prevedeva per la realizzazione degli scopi assistenziali ed indennitari che il legislatore si era proposto un contributo a carico dei datori di lavoro e dei lavoratori, in una misura determinata con le modalità previste dal precedente art. 6, c. 4, per individuare i limiti, la misura e le modalità di pagamento dell'indennità di malattia. Tuttavia già l'art. 2 del D. lgs. Luog. 2 aprile 1946, n. 142 aveva posto a carico del datore di lavoro per numerose forme di assistenza e previdenza - tra cui anche "l'assicurazione obbligatoria per le malattie nell'industria, nell'agricoltura, nel commercio e nel credito, assicurazione e servizi tributari appaltati" - anche la quota contributiva dovuta dal lavoratore.

In seguito all'abrogazione dell'ordinamento corporativo, ed alla conseguente soppressione delle fonti di produzione normativa indicate dalla l. 138 del 1943, il D. lgs. Luog. 19 aprile 1946, n. 213 - recante "modificazioni delle vigenti disposizioni sulla assicurazione di malattia per i lavoratori nell'industria" - aveva previsto la misura della contribuzione per il finanziamento dei trattamenti assistenziali e previdenziali dovuti in caso di malattia. Inoltre la tabella allegata al decreto individuava gli importi dell'indennità giornaliera di malattia riconosciuta agli operai (ma non agli impiegati, che godevano della conservazione del trattamento retributivo ai sensi dell'art 6 del R.d. 1825 del 1924) e la misura del massimo della spesa rimborsabile agli impiegati in caso di cura, ricovero ed intervento chirurgico. Indicava inoltre una contribuzione differenziata sulle retribuzioni delle due categorie, che trovava la sua giustificazione nella diversità dei trattamenti erogati. Il D. lgs. C.p.s. 31 ottobre 1947, n. 1304 invece aveva elencato in modo abbastanza confuso i trattamenti spettanti ai lavoratori del commercio, del credito, delle assicurazioni e dei servizi tributari appaltati, disponendo per alcuni dipendenti del settore del commercio (ma non per i lavoratori degli altri settori richiamati, come il credito) la corresponsione dell'indennità di malattia, ed individuando le aliquote per il pagamento della contribuzione in misura maggiore "per le categorie per le quali è stabilito il diritto all'indennità giornaliera di malattia" (10).

---

(8) Cfr. T. TREU, *Onerosità e corrispettività nel contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1968, 195.

(9) Cfr. A. PANDOLFO, *La malattia nel rapporto di lavoro, cit*., 318; R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro, cit.*, 463. In giurisprudenza Cass. 20 dicembre 1985, n. 6570, in *Inf. prev.*, 1986, 583; Cass. 9 dicembre 1981, n. 6513 e Cass. 17 gennaio 1981, n. 397, inedite a quanto consta. *Contra* Cass. 22 luglio 1992, n. 8834, in *Riv. it. dir. lav*., 1993, II, 299, con nota fortemente critica di R. DEL PUNTA, *Questioni in tema di determinazione del trattamento di malatti*a.

(10) Cfr. Cass. 10 luglio 2002, n. 10042, secondo la quale "a seguito della riforma sanitaria attuata con la l. 23 dicembre 1978 n. 833, l'Inps è subentrato a tutti i precedenti enti mutualistici nella gestione dell'assicurazione malattia, sicché ad esso è demandata la riscossione del relativo contributo già spettante agli enti o alle gestioni soppresse; né l'obbligo del versamento dei contributi di malattia (e di maternità) all'Inps viene meno per il fatto che il rapporto del personale di un ente (nella specie Ente pugliese per la cultura popolare e l'educazione professionale, la cui natura pubblica o privata è indifferente ai fini dell'obbligo di versamento dei contributi in questione all'Inps) fosse assoggettato all'iscrizione presso l'Enpdep (e ora all'Inpdap), giacché tale iscrizione non comprendeva e non comprende anche la contribuzione residua, quale il contributo di malattia e di maternità".

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione il legislatore non aveva provveduto ad una riforma della materia, che restava disciplinata da un disordinato sovrapporsi di fonti scoordinate (tra cui anche interventi regolamentari di dubbia legittimità da parte dello stesso ente previdenziale) (11), e caratterizzata dall'operare (nonostante la creazione di un istituto centralizzato a livello nazionale per l'erogazione dei trattamenti) di numerosi soggetti, i quali agivano in alcuni rapporti sostituendo di fatto l'INAM (12). Tuttavia, pur in assenza di una normativa lineare ed organica, uno dei punti apparentemente incontestati era dato dall'interpretazione dell'art. 9 della l. 138 del 1943, secondo cui i datori di lavoro erano tenuti a pagare la contribuzione volta al finanziamento dell'indennità soltanto sulle retribuzioni dei lavoratori i quali godessero di tale trattamento. Nulla invece doveva essere corrisposto all'INAM sulle retribuzioni versate ai lavoratori i quali percepissero dal datore di lavoro, in forza di una disposizione di fonte legale o contrattuale, un trattamento economico di importo pari o superiore all'indennità che l'ente previdenziale avrebbe dovuto altrimenti corrispondere (13).

L'art. 74 della l. 23 dicembre 1978, n. 833, ha previsto che l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS) subentrasse all'Inam nell'erogazione dell'indennità di malattia, e nella percezione della relativa contribuzione (14). Tuttavia il legislatore non prevedeva alcuna riforma complessiva del trattamento, che dunque restava regolato dalla disciplina previgente, e stratificatasi nell'arco di oltre un trentennio. L'art. 14 della l. 23 aprile 1981, n. 155, disponeva però che la quota parte dei contributi dovuti all'INPS in forza dell'art. 74 della l. 833 del 1978 "per l'erogazione delle prestazioni economiche di malattia" fosse determinata "nella misura del 2,50% della retribuzione imponibile per gli aventi diritto di tutti i settori, ad esclusione di quello agricolo", in cui la misura era individuata nell'importo di un sesto del contributo giornaliero di malattia. L'art. 31 della l. 28 febbraio 1986, n. 41, aveva poi rideterminato l'importo dei contributi "dovuti dai datori di lavoro per i soggetti aventi diritto alle indennità economiche di malattia", differenziandone l'aliquota in relazione al settore di appartenenza (15). In entrambe le ipotesi dunque l'obbligo contributivo sembrava limitato alle retribuzioni corrisposte a coloro i quali potevano accedere all'indennità economica di malattia. Pareva invece non essere dovuto alcunché sulle retribuzioni dei lavoratori non aventi diritto a percepire tale indennità, e che - secondo il mai abrogato art. 6 della l. 138 del 1943 - già ricevevano da altri soggetti un trattamento economico almeno equivalente.

(11) Cfr. A. PANDOLFO, *La malattia nel rapporto di lavoro, cit.*, 108.

(12) Cfr. V. CHIAPPELLI, *L'assicurazione sociale di malattia*, Milano, Giuffrè, 1962, 10.

(13) Cfr. M. CINELLI, *Solidarietà senza limiti? Ovvero: pagare i contributi di malattia (con aggiunta), senza usufruire delle relative prestazioni*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2005, 75 (sul punto 80); G. CARDONI, *La contribuzione di malattia tra aspirazioni solidaristiche e connotazioni mutualistiche, ivi*, 2004, 349 (sul punto 361).

(14) Cfr. G. DONDI, *L'indennità di malattia dopo la riforma sanitaria*, Padova, Cedam, 1982, 71.

(15) Cfr. F. CENTORBI, *Trattamento economico di malattia e obbligazione contributiva*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 351 (sul punto 352).

2. — La Corte di Cassazione e la contribuzione di malattia

Secondo una parte della giurisprudenza la quota di contribuzione spettante all'INPS per l'assolvimento dei compiti previsti dall'art. 74 della l. 833 del 1978 avrebbe dovuto essere determinata in misura percentuale "sulla retribuzione degli aventi diritto, ed esclusivamente di questi". Ciò in quanto sia l'art. 14 della l. 155 del 1981, sia l'art. 31, c. 5 della l. 41 del 1986, distinguevano tra la contribuzione per le prestazioni generali del servizio sanitario nazionale (all'epoca ancora a carico del sistema previdenziale), da calcolare sulle retribuzioni imponibili dei lavoratori dipendenti, ed i contributi per l'indennità di malattia, riferiti invece alla retribuzione dei soli soggetti aventi diritto a tale trattamento. Il rapporto tra l'ente previdenziale ed i lavoratori assicurati avrebbe dunque avuto natura assicurativa, per cui sarebbe stato necessario un nesso corrispettivo tra quanto corrisposto a titolo di contributo e l'eventuale indennizzo in caso di malattia (16).

Secondo una diversa opinione invece (17), cui hanno aderito anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (18), l'assicurazione dei lavoratori dipendenti contro le malattie si ispirerebbe non al principio mutualistico sopra richiamato, bensì al diverso principio di solidarietà, "vale a dire all'assenza di necessaria correlazione fra contributo e prestazione" (19). Questo, pervadendo l'intero sistema previdenziale, determinerebbe l'insufficienza del concetto di sinallagma tra le obbligazioni corrispettive per descrivere il funzionamento del modello, in quanto "all'apporto contributivo delle categorie interessate si accompagna il costante intervento dello Stato e quindi della solidarietà generale". Ulteriore dimostrazione della presenza immanente del principio di solidarietà si avrebbe tenendo conto del fatto che in numerose ipotesi il legislatore prevede a carico di determinate categorie dei contributi di mera solidarietà, cui non fa riscontro alcun diritto a successive prestazioni previdenziali (20), o riconosce dei periodi - lavorativi e non - ai fini pensionistici, pur in assenza della relativa contribuzione (21). A sostegno di tale ricostruzione viene inoltre richiamato il principio di automaticità delle

(16) Cfr. Cass. 3 dicembre 1999, n. 15535, inedita a quanto consta. In dottrina cfr. G. CARDONI, *La contribuzione di malattia, cit.*, 351; F. CENTORBI, *Trattamento economico di malattia, cit.*, 352.

(17) Cfr. Cass. 27 dicembre 1999, n. 14571; Cass. 21 febbraio 2000, n. 1950, in *Not. giur. lav.*, 2000, 501; Trib. Torino, 19 dicembre 1997 e Pret. Milano 30 maggio 1997, in *Inf. prev.*, 1997, 441 e 444, con nota di A. BARTOLI, *Una questione aperta: il carattere generale, o non, dell'obbligo contributivo per le prestazioni economiche di malattia*.

(18) Cfr. Cass. S.U. 27 giugno 2003, n. 10232 (da cui sono tratte le citazioni nel testo), pubblicata in *Dir. sic. soc.*, 2004, 189, con nota di C. LAGALA, *L'indennità di malattia tra mutualità e solidarietà: considerazioni sulla sentenza della Cass. S.U. n. 10232/2003*; in *Mass. giur. lav.*, 2003, 866, con nota di P. BOER, *L'obbligo contrattuale a corrispondere l'indennità di malattia non esonera il datore di lavoro dal contributo di malattia*; in *Guida lav.*, 2003, 31, 49, con nota di M. PAPALEONI, *Indennità di malattia e obbligazione contributiva: le sezioni unite risolvono il contrasto*.

(19) Su tale concetto resta fondamentale M. PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, Cedam, 1960, soprattutto 113 e 138. Cfr. inoltre di recente C. LAGALA, *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà*, Bari, Cacucci, 2001, 32.

(20) Cfr. C. LAGALA, *La previdenza sociale, cit.*, 48.

(21) Cfr. M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale, cit.*, 73.

prestazioni previdenziali di cui all'art. 2116 c.c., che garantisce (sia pure non sempre) al lavoratore il godimento della prestazione anche quando il datore di lavoro non abbia versato i relativi contributi (22). Si osserva infine come l'INPS provveda direttamente "al pagamento delle prestazioni di malattia per i lavoratori disoccupati, o sospesi dal lavoro e non fruenti della cassa integrazione guadagni", e dunque anche in ipotesi in cui il lavoratore al momento del verificarsi dell'evento protetto non ha un rapporto lavorativo in corso, ovvero non percepisce alcun trattamento retributivo.

Il riferimento al principio generale di solidarietà però avrebbe potuto non essere ritenuto sufficiente a fondare l'orientamento sopra sintetizzato, in presenza di disposizioni il cui tenore letterale era chiaramente orientato a limitare il pagamento della contribuzione alle sole retribuzioni versate ai lavoratori che godono dell'indennità di malattia. Si è perciò ritenuto che l'obbligazione contributiva previdenziale "partecipa della natura delle obbligazioni di natura pubblicistica, equiparabili a quelle tributarie a causa della origine legale e della destinazione ad enti pubblici, e quindi all'espletamento di funzioni sociali". Da ciò viene fatto discendere che il regime legale della contribuzione, presupposto come ricadente sul datore di lavoro per tutti i lavoratori, non potrebbe essere alterato dalla contrattazione collettiva. L'esonero dal pagamento della contribuzione di malattia, previsto dall'art. 6 della l. 138 del 1943 qualora il contratto collettivo ponga a carico del datore di lavoro un trattamento economico almeno equivalente, sussisterebbe solo nei casi in cui tale previsione è contenuta in un contratto collettivo di diritto corporativo. Non sarebbe invece applicabile quando l'erogazione del trattamento di malattia a carico del datore di lavoro sia prevista da un contratto collettivo di diritto comune, nemmeno nel caso in cui la disposizione sia meramente ripetitiva di analoghe clausole contenute nei contratti collettivi di diritto corporativo precedentemente vigenti per la categoria (23). In caso contrario "la possibile ed illimitata diffusione di contratti collettivi idonei a sottrarre intere categorie di lavoratori alla previdenza sociale contro la malattia potrebbe diminuire le risorse dell'ente pubblico, al punto da porre in pericolo l'adempimento dei debiti verso gli assicurati" (24). Nessun rilievo viene invece dato alle argomentazioni fondate sul dato letterale dell'art. 14 della l. 155 del 1981 e dell'art. 31, c. 5 della l. 41 del 1986 (norma quest'ultima totalmente ignorata). Nulla viene infatti detto sul riferimento dell'aliquota alle retribuzioni dei soggetti "aventi diritto" all'indennità di malattia, ripetuto in entrambe le disposizioni. Queste, secondo la Corte, si limiterebbero a fornire "all'Istituto la provvista consistente nella quota parte dei contributi di legge, determinandone altresì l'aliquota",

(22) Cfr. M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, 6° ed., Torino, Giappichelli, 2005, 179.

(23) Tale soluzione compromissoria era stata in un primo momento ipotizzata dall'Inps (cfr. G. CARDONI, *La contribuzione di malattia, cit.*, 366; F. CENTORBI, *Trattamento economico di malattia, cit.*, 359), ma successivamente ritenuta infondata da Cass. 5 agosto 2004, n. 15112, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 439.

(24) È stato però messo in rilievo in dottrina come tale argomentazione di tipo economico non tenga conto del reale andamento della gestione della malattia presso l'Inps, che da lungo tempo è ormai in attivo, e che, attesa la sostanziale immutabilità del rischio assicurato, slegato da fattori tali da determinarne un incremento, *rebus sic stantibus* manterrà a lungo una prevalenza delle entrate sulle uscite. Cfr. M. CINELLI, *Solidarietà senza limiti, cit.*, 81; G. CARDONI, *La contribuzione di malattia, cit.*, 357; C. LAGALA, *L'indennità di malattia, cit.*, 196

dalla cui differenziazione riguardo ai diversi trattamenti all'epoca finanziati non potrebbero trarsi conseguenze riguardo al soggetto obbligato.

Parzialmente diverse sono state le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza nei casi in cui l'obbligo per il datore di lavoro di corrispondere ai dipendenti la retribuzione in caso di malattia discenda da una disposizione legale. In particolare dalla tabella allegata al D. lgs. 213 del 1946 si è dedotto che sulle retribuzioni degli impiegati dell'industria non sarebbe dovuta la contribuzione per l'indennità di malattia. Ciò in quanto la lettera A) della tabella prevede l'attribuzione dell'indennità giornaliera di malattia ai soli operai dell'industria (e non agli impiegati), e la successiva lettera B) individua un'aliquota contributiva sulle retribuzioni degli impiegati inferiore rispetto a quella applicata alle retribuzioni degli operai. A conferma di tale conclusione sono poi richiamate (queste volta correttamente e nella loro interezza) le norme che limitano l'obbligo contributivo alle sole retribuzioni corrisposte ai soggetti aventi diritto alle indennità economiche di malattia, "confermando che vi è almeno una categoria di lavoratori esclusi dall'assicurazione" (25). Sia pure sotto forma di *obiter dictum* la Corte ha invece ritenuto che per gli impiegati del commercio, credito assicurazioni ed altre categorie affini la previsione da parte del D. lgs. C.p.S. 31 ottobre 1947, n. 1304, del diritto all'indennità senza alcuna distinzione tra operai ed impiegati, e di un'unica aliquota contributiva, deporrebbe nel senso dell'assoggettamento a contribuzione delle retribuzioni corrisposte ai dipendenti inquadrati in entrambe le categorie. Tale conclusione è motivata dal diritto alla percezione dell'indennità discendente dalla citata previsione, e senza tenere in considerazione l'eventuale esistenza di clausole contrattuali che prevedano l'erogazione del trattamento da parte del datore di lavoro.

3. — L'interpretazione della disciplina vigente tra dato letterale e principio solidaristico

L'argomento principale su cui ha fatto leva la giurisprudenza per pervenire alle conclusioni suesposte consiste nel riferimento al principio di solidarietà sociale. Questo però, come è stato correttamente osservato, avrebbe potuto essere invocato per verificare la conformità alle norme costituzionali di una disposizione già esistente, ma non per determinare il sorgere di un obbligo non espressamente previsto. Ciò in quanto "il principio di solidarietà è essenzialmente un criterio di giustificazione di scelte normative, e soltanto in via mediata - e soprattutto in presenza di particolari condizioni - può essere assunto come canone ermeneutico" (26). L'ordinamento italiano presenta invero numerose ipotesi nelle quali è previsto un obbligo contributivo cui non fa riscontro l'erogazione di alcun trattamento previdenziale, e che viene giustificato dalla necessità di fare fronte ad esigenze di tipo solidaristico (27). Per la realizzazione di queste viene previsto che alcuni soggetti protetti versino una contribuzione in misura

(25) Cfr. Cass. 6 marzo 2004, n. 4613, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2004, 211.

(26) Cfr. M. CINELLI, *Solidarietà senza limiti, cit.*, 81.

(27) Per un'ampia illustrazione di tali interventi cfr. C. LAGALA, *La previdenza sociale, cit.*, 35 e 39. Nella giurisprudenza costituzionale cfr. fra molte Corte Cost., 4 maggio 1984, n. 132, in *Giust. civ*., 1984, I, 2038; Corte Cost., 3 dicembre 1987, n. 431, in *Dir. lav.*, 1987, II, 450.

strutturalmente inferiore rispetto alle prestazioni ricevute, non in modo casuale, ma per esplicita volontà di realizzare una redistribuzione della ricchezza a loro favore. Ciò può avvenire mediante la previsione di un intervento da parte dello Stato, al cui finanziamento partecipano tutti i soggetti chiamati a pagare le imposte (e si può in questo caso parlare di solidarietà generale) (28), o attraverso forme di redistribuzione (più o meno occulte) del reddito tra più categorie produttive o professionali (29). Tuttavia una scelta del legislatore in senso solidaristico, ancorché costituzionalmente fondata (a condizione che non sfoci in soluzioni palesemente irragionevoli o discriminatorie) non è necessariamente imposta dall'art. 38 Cost. La protezione del lavoratore nei confronti degli eventi in esso indicati infatti potrebbe realizzarsi anche mediante un sistema improntato ad un modello di tipo mutualistico, con una netta separazione della tutela delle categorie che partecipano al finanziamento rispetto a chi invece non vi partecipa. Inoltre la previsione di un modello di tipo solidaristico non necessariamente deve avvenire mediante la imposizione nei confronti di un gruppo di lavoratori di una contribuzione cui non faccia riscontro alcuna prestazione. Sono invece possibili anche forme di tutela in cui i soggetti ritenuti meno bisognosi di protezione godono della tutela da loro finanziata, sia pure in misura inferiore ad altre categorie.

Del resto l'esclusione dell'obbligo contributivo nei casi in cui il datore di lavoro già provveda autonomamente alla copertura del rischio ricadente sul lavoratore, e connesso alla temporanea impossibilità di prestare la sua opera perché ammalato, non sarebbe una scelta isolata. Invero anche di recente è stato previsto che in alcune ipotesi i datori di lavoro rientranti in determinate categorie non siano tenuti al pagamento della contribuzione previdenziale relativa alla protezione di determinati eventi, laddove garantiscano a loro dipendenti trattamenti non inferiori a quelli di fonte legale. Il riferimento, oltre che all'ipotesi degli impiegati dell'industria (per i quali, come detto, è pacifica l'esenzione dal pagamento della contribuzione di malattia sulle retribuzioni loro corrisposte), è all'art. 49, c. 2 della l. 9 marzo 1989, n. 88, che esenta i datori di lavoro inquadrati tra le attività varie, e che non abbiano fine di lucro, dalla contribuzione per gli assegni del nucleo familiare, a condizione che assicurino ai propri dipendenti trattamenti di famiglia non inferiori a quelli previsti per legge (30). La previsione di una solidarietà tra categorie e settori produttivi per la tutela contro la malattia non è dunque costituzionalmente imposta, ma costituisce una delle possibili soluzioni per la tutela dal rischio di cui all'art. 38 Cost. Tuttavia il fatto che il legislatore in altre ipotesi abbia disposto l'esenzione dal pagamento della contribuzione, a fronte dell'assunzione diretta da parte del datore di lavoro della tutela del rischio, non sarebbe sufficiente a

(28) Cfr. ad esempio la disposizione contenuta nell'art. 37 della l. 9 marzo 1989, n. 88, in forza della quale lo Stato partecipa al finanziamento del bilancio dell'Inps con risorse che afferiscono ad un'apposita gestione, detta "degli interventi assistenziali e di sostegno alle gestioni previdenziali". Cfr. M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale, cit.*, 199.

(29) Il riferimento è ad esempio alla redistribuzione di reddito, all'interno dell'assicurazione generale obbligatoria, in favore degli occupati in agricoltura ed a discapito degli altri lavoratori. Cfr. per tutti C. LAGALA, *La previdenza agricola dopo le riforme degli ultimi dieci anni*, in *Prev. ass. pubb. priv.*, 2005, 411; C. PUNZI, *Interventi a sostegno del reddito in agricoltura*, in *Inf. prev.*, 2005, 860.

(30) Cfr. Cass. 16 febbraio 2004, n. 2915, in *Prev. ass. pubb. priv.*, 2004, 758, con nota di M. DE MARGHERITI, *Assenza del fine di lucro e contribuzione previdenziale*.

ritenere che tale scelta sussista anche nel caso in esame.

È dunque indispensabile interpretare le disposizioni di riferimento facendo ricorso ai canoni fissati dalle preleggi, ed in particolar modo al dato letterale delle disposizioni, attribuendo il corretto significato al testo scritto, sia nei singoli vocaboli che lo compongono, sia nel suo complesso (31). L'art. 6 della l. 138 del 1943 individua in modo limpido le ipotesi nelle quali l'indennità non è dovuta, prevedendo che questa non spetti ai soggetti i quali già godano, in forza di una disposizione di fonte legale o contrattuale, di un trattamento economico di malattia. Nulla viene detto invece riguardo al finanziamento di tale intervento, ed alla determinazione dei soggetti obbligati a corrispondere la relativa contribuzione. Anche il successivo art. 9 è di scarso ausilio, in quanto individua come obbligati i datori di lavoro ed i lavoratori (ma questo riferimento, come già detto, è stato successivamente soppresso), senza escludere espressamente dalla base di calcolo della contribuzione le retribuzioni di coloro i quali non godono del trattamento economico di malattia. Nemmeno le disposizioni legislative di poco successive alla caduta dell'ordinamento corporativo individuano l'importo della contribuzione, e distinguono soltanto, all'interno delle categorie dei lavoratori, tra coloro i quali percepiscono l'indennità di malattia dall'istituto previdenziale, e chi invece riceve un trattamento equivalente dal datore di lavoro.

A questi elementi favorevoli alla tesi accolta dalla giurisprudenza maggioritaria si contrappone però la dizione contenuta negli artt. 14 della l. 155 del 1981 e 31, c. 5 della l. 41 del 1986, che indicano come base di calcolo della contribuzione per il finanziamento dell'indennità di malattia soltanto le retribuzioni spettanti ai soggetti cui questa è riconosciuta. Va in proposito tenuto presente che le norme citate non distinguono tra il caso in cui l'indennità non spetti perché il dipendente già percepisce la retribuzione per espressa previsione di una legge, e quello in cui invece ciò derivi dal riconoscimento da parte della contrattazione collettiva di un trattamento almeno equivalente a carico del datore di lavoro. Si dovrebbe dunque ritenere che, nel momento in cui un lavoratore non abbia diritto, quale che ne sia la ragione, all'indennità di malattia, sulla retribuzione a lui dovuta non si dovrebbe nemmeno corrispondere la relativa contribuzione.

Né appare convincente l'assunto secondo cui il riferimento alla contrattazione collettiva, contenuto nell'art. 6, c. 2 della l. 138 del 1943, come elemento costitutivo dell'ipotesi di esenzione dall'obbligo contributivo andrebbe inteso come rivolto ai contratti collettivi di diritto corporativo, per cui la disposizione oggi andrebbe letta nel senso di limitare alla sola legge la possibilità di attribuire ai dipendenti un trattamento economico sostitutivo dell'indennità di malattia. Invero va ricordato come numerose siano le ipotesi in cui disposizioni precedenti all'abrogazione dell'ordinamento corporativo contengono rinvii non al contratto collettivo, ma addirittura alle norme corporative, al cui interno il contratto collettivo si collocava, e che la dottrina e la giurisprudenza hanno ritenuto applicabili anche ai contratti collettivi di diritto comune (32).

(31) Cfr. per tutti G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 105.

(32) Cfr. M. RUSCIANO, *Contratto collettivo ed autonomia sindacale*, Torino, Utet, 2002, 21; C. ASSANTI, *Rilevanza e tipicità del contratto collettivo di lavoro nella recente giurisprudenza italiana*, Milano, Giuffrè, 1967, 96. In giurisprudenza cfr. Cass. 3 luglio 1981, n. 4331, in *Not. giur. lav*., 1982, 159; Cass. 24 febbraio 1982, n. 1179 e Cass. 7 settembre 1981, n. 5055.

Esemplificativamente si può ricordare quanto disposto dall'art. 2110 c. 2, c.c., e dall'art. 2118 c.c., nei quali il riferimento alle norme corporative rispettivamente per la determinazione del periodo di conservazione del posto di lavoro e per la individuazione dei termini e delle modalità del preavviso in caso di recesso di una delle parti del contratto, è stato esteso alla contrattazione collettiva post corporativa (33). La giurisprudenza ha inoltre ritenuto tuttora operanti disposizioni pacificamente riferite al contratto collettivo di diritto corporativo, ma considerate necessarie al corretto funzionamento del sistema, come l'art. 2077 c.c. (34) e, sia pure in modo parziale, l'art. 2070 c.c. (35). Si può dunque concludere che, sia pure a fronte di un complesso normativo per nulla univoco, l'interpretazione corretta delle disposizioni in esame non sia quella accolta dalla Corte di Cassazione (e che appare ormai consolidata, al punto da potere essere considerata "diritto vivente").

4. — La sentenza della Corte Costituzionale n. 47 del 2008

Per superare l'orientamento ormai consolidato del giudice di legittimità, alcune imprese che si erano impegnate per contratto a corrispondere ai propri dipendenti l'intera retribuzione in caso di malattia, e che pretendevano di conseguenza di essere esonerate dal pagamento della relativa contribuzione, hanno sollevato durante i giudizi contro l'INPS delle articolate eccezioni di legittimità costituzionale. Queste non miravano soltanto ad ottenere una pronunzia di illegittimità costituzionale, in quanto l'obiettivo desiderato avrebbe potuto essere raggiunto anche da una sentenza interpretativa di rigetto, contenente una lettura delle disposizioni censurate diversa da quella data dalla Corte di Cassazione. Al termine di una vicenda processuale piuttosto complessa, l'esito non è stato però quello atteso dai datori di lavoro.

---

(33) Cfr. ad esempio Cass. 4 dicembre 1985, n. 6080, per la quale il rinvio alle norme corporative ai fini della determinazione del periodo di comporto va inteso come riferito alle disposizioni del contratto collettivo di diritto comune.

(34) Cfr. per tutti sulla complessa questione M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia collettiva*, Padova, Cedam, 1972; M. RUSCIANO, *Contratto collettivo ed autonomia sindacale, cit.*, 67; M. V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Torino, Giappichelli, 2004, 230.

(35) Cfr. G. PROIA, *L'inquadramento dei lavoratori*, Milano, Giuffrè, 1993, 97. Per un quadro dei contraddittori orientamenti giurisprudenziali al riguardo cfr. Cass. 2 luglio 1984, n. 3877, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1441, con nota di M. PAPALEONI, *La persistente sopravvivenza dell'art. 2070 c.c.*; Cass. 21 gennaio 1985 n. 237 e Cass. 23 novembre 1984, n. 6063, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, 593, con nota di M. PAPALEONI, *L'art. 2070 c.c., un problema ancora irrisolto*; Cass. 30 gennaio 1992, n. 976, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 531, con nota di M. CARO, *L'art. 2070 c.c. ed i contratti collettivi di diritto comune: una sentenza importante*; Cass. 6 novembre 1995, n. 11554, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, con nota di M. PAPALEONI, *Un inopinato revirement in materia di criteri applicativi del contratto collettivo*. Sul mutamento di indirizzo che porta ad attribuire alla norma un valore residuale cfr. Cass., S.U., 26 marzo 1997, n. 2665, pubblicata in *Giust. civ.*, 1997, I, 1199, con nota di G. PERA, *La contrattazione collettiva di diritto comune e l'art. 2070 c.c.* ed in *Giur. it.*, 1998, 915, con nota di M. MARAZZA, *Le Sezioni unite sui criteri di applicazione del contratto collettivo di diritto comune e retribuzione proporzionata e sufficiente*; Cass. 25 luglio 1998, n. 7333, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 459, con nota di A. BELLAVISTA, *La clausola sociale dell'art. 36 st. lav. e l'art. 2070 c.c.*

Inizialmente il Tribunale di Bolzano aveva proposto un'articolata questione di legittimità costituzionale della disciplina, come ricostruita dall'orientamento giurisprudenziale ormai maggioritario (36). In particolare aveva eccepito l'illegittimità dell'art. 6 della l. 138 del 1943, nella parte in cui non avrebbe esonerato dal versamento del contributo di malattia il datore di lavoro obbligato, in forza di un contratto collettivo, a continuare a corrispondere la retribuzione durante la malattia.

La Corte Costituzionale aveva correttamente ritenuto la questione inammissibile, in quanto avente ad oggetto "esclusivamente la norma che si limita ad esonerare l'istituto nazionale della previdenza sociale dalla prestazione assistenziale, cui altrimenti, sarebbe tenuto, senza nulla disporre quanto all'obbligo contributivo gravante sul datore di lavoro", e non invece le disposizioni relative al pagamento della contribuzione (contenute nell'art. 9 della l. 138 del 1943 e nell'art. 31, c. 5 della l. 41 del 1986) (37).

L'ordinanza citata non rientra però tra le decisioni che risolvono la questione sottoposta all'attenzione della Corte. Si tratta invece di una pronunzia avente effetti meramente processuali, e che definisce soltanto il giudizio di costituzionalità. Il giudice remittente poteva dunque, una volta corretto l'errore in cui è incorso, proporre nuovamente la questione (38). Ciò è quanto fatto dal Tribunale di Bolzano (39), al quale si sono aggiunti altresì i Tribunale di Milano e di Bologna, con argomentazioni in larga parte sovrapponibili a quelle contenute nella prima ordinanza di rinvio, e che - per evitare di incorrere in nuove censure processuali da parte della Corte Costituzionale - hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'intero quadro normativo riassunto nel primo paragrafo.

I giudici di merito hanno prospettato innanzitutto un contrasto con il principio di parità di trattamento sancito dall'art. 3 Cost., e con il principio di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost. Asserivano in particolare che sarebbe priva di una razionale giustificazione la differenza di disciplina tra i dirigenti, i quadri e gli impiegati del settore industria (sulle cui retribuzioni non è dovuto il contributo di malattia) e gli altri lavoratori (per le retribuzioni dei quali invece la contribuzione è dovuta). Oggetto di censura era poi la disparità di disciplina rispetto al personale dipendente dell'Enel (oggi delle società derivanti dall'originario ente pubblico economico), per il quale l'art. 1, c. 2 del D.p.r. 17 marzo 1965, n. 145, stabilisce l'obbligo per il datore di lavoro di corrispondere direttamente il trattamento economico di malattia, e di pagare per tale motivo un contributo ridotto. Egualmente ingiustificata sarebbe il messaggio INPS n. 909 del 6 dicembre 2002, con il quale l'ente previdenziale ha concesso di non

(36) Trib. Bolzano, ord. 8 marzo 2004, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 443. Il giudice remittente del resto (cfr. Trib. Bolzano, 11 febbraio 1997, in *Inf. prev.*, 1997, 444), si era in passato orientato in senso contrario alla tesi accolta dalla Corte di Cassazione.

(37) Cfr. Corte Cost., ord. 22 giugno 2006, n. 241, in *Giur. cost.*, 2006, 2727.

(38) Cfr. Corte Cost., 11 giugno 2001, n. 189, in *Mass. giur. lav.*, 2001, 1009, con nota di C. Timellini, Cort. Cost. 23 febbraio 1996, n. 42, in *Giur. Cost.*, 1996, 330; Corte Cost. 27 luglio 1989, n. 451, in *Giust. civ.*, 1989, I, 2246.

(39) Cfr. Trib. Bolzano, 4 dicembre 2006, in *Gazz. Uff.,* 20 giugno 2007, n. 24 (ordd. 427 e 428 del 2007); Trib. Milano, 27 ottobre 2006, in *Gazz. Uff.,* 22 agosto 2007, n. 32 (ord. 529 del 2007); Trib. Bologna, 17 gennaio 2007, in *Gazz. Uff.*, 31 ottobre 2007, n. 42 (ord. 724 del 2007); Trib. Milano, 4 aprile 2007, in *Gazz. Uff.*, 14 novembre 2007, n. 44 (ord. 743 del 2007).

versare la contribuzione per malattia alla Rai S.p.a., impresa inquadrata nel settore dei servizi, e che si è obbligata a corrispondere ai lavoratori l'intera retribuzione in caso di malattia (40). La disciplina ricostruita dai giudici di legittimità avrebbe inoltre violato i canoni della ragionevolezza e della proporzionalità, che il legislatore nell'attuazione del principio di solidarietà sociale è tenuto a rispettare. Infatti, in controtendenza rispetto alle attuali tendenze del sistema previdenziale, l'orientamento prevalente non consente di premiare il datore di lavoro che, accollandosi direttamente il rischio malattia, già partecipa alla tutela dell'evento protetto, imponendogli in sostanza un doppio onere economico.

Veniva poi ipotizzato un contrasto con l'art. 38 Cost., in quanto questo richiederebbe soltanto di assicurare al lavoratore i mezzi "adeguati alle sue esigenze" in caso di malattia, senza indicare però alcuno strumento particolare per il raggiungimento di tale finalità. L'obbligo, contrattualmente assunto dal datore di lavoro, di corrispondere la retribuzione anche in caso di malattia, sarebbe adeguato al fine costituzionale, ed anzi andrebbe oltre tale previsione, in quanto l'art. 6, c. 2 della l. 138 del 1943 garantisce al dipendente un'indennità inferiore alla retribuzione (e non quest'ultima nella sua interezza).

Si sosteneva inoltre una violazione dell'art. 41 Cost., ed in particolare del principio di libera concorrenza che di tale norma costituirebbe il corollario, e che sarebbe leso dalla previsione di oneri economici differenti tra imprese per il resto equiparabili (41).

Era infine ipotizzato un conflitto con l'art. 53 Cost., in quanto se si dovesse ritenere che il principio di solidarietà esclude il nesso sinallagmatico tra prestazione e contribuzione per la malattia, il pagamento di quest'ultima costituirebbe un vero e proprio tributo, in relazione al quale dovrebbe operare il principio di capacità contributiva, del tutto assente nel caso in esame.

La Corte Costituzionale ha rigettato tutte le questioni sottoposte al suo giudizio, ritenendo il "diritto vivente" in materia pienamente conforme al dettato costituzionale (42). Il ragionamento seguito parte dalla constatazione che secondo il diritto vigente "a fronte del versamento del contributo, i datori di lavoro ottengono comunque un vantaggio" (l'esonero dall'obbligo di corrispondere la retribuzione ai dipendenti ammalati, previsto dall'art. 2110 c.c.). Le disposizioni legislative dunque contengono una previsione pienamente razionale, nella quale il rischio di corrispondere la retribuzione per intero anche in caso di malattia viene ripartito tra tutti gli operatori economici, attraverso un sistema di tipo assicurativo. Se poi, a fronte di un regime pienamente razionale dell'obbligazione contributiva, i datori di lavoro si impegnano per contratto a corrispondere in ogni caso ai lavoratori ammalati (che avrebbero comunque diritto alla tutela economica prevista per l'assicurazione di malattia) l'intera retribuzione, da tale libera scelta non possono discendere conseguenze sul piano della legittimità costituzionale della disciplina legale. Non sussiste dun-

(40) Cfr. su tale singolare decisione dell'Inps cfr. C. LAGALA, *L'indennità di malattia tra mutualità e solidarietà, cit.*, 199.

(41) Sul complesso rapporto tra la norma costituzionale ed il principio di libera concorrenza, di derivazione comunitaria, è d'obbligo il riferimento a N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, 2° ed., Bari, Laterza, 2003, 22, cui si rinvia per l'esposizione degli argomenti contrari all'inserimento di tale principio nell'art. 41 Cost.

(42) Cfr. Corte cost., 4 marzo 2008, n. 47, in *Gazz. Uff.*, 12 marzo 2008, n. 12.

que sotto questo profilo alcuna violazione degli artt. 2 e 3 Cost. L'esonero della Rai S.p.a. dal pagamento della contribuzione di malattia, e la previsione di una diversa disciplina per i dipendenti Enel, non sono ritenuti sufficienti a modificare tali conclusioni. Infatti nella prima ipotesi il provvedimento adottato dall'INPS costituisce "una decisione amministrativa inidonea a fungere da *tertium comparationis*". Nel caso dell'Enel invece l'obbligo di corrispondere la retribuzione non discende da una libera scelta contrattuale, ma è "un obbligo imposto dall'ordinamento", per cui la situazione è diversa da quella esaminata.

La Corte Costituzionale afferma poi l'infondatezza della censura fondata sull'art. 38 Cost., in quanto questo "prevede che ai lavoratori siano garantiti mezzi adeguati di sostentamento al verificarsi di determinati eventi fonti di bisogno", ma non consente di "ricavare specifiche indicazioni circa la conformazione dell'obbligazione contributiva". Sulla questione sarebbe stato possibile argomentare in modo più articolato, partendo dalla constatazione che la norma costituzionale impone al legislatore di provvedere ad assicurare ai lavoratori una tutela sufficiente nel caso in cui si verifichi una situazione di rischio, quale la malattia. Non è invece in alcun modo previsto che il finanziamento sia posto a carico esclusivamente delle retribuzioni corrisposte ai lavoratori che godono del trattamento in questione, essendo invece in astratto possibile porre un onere in tale senso anche a carico di altri soggetti, o addirittura della fiscalità generale. Ciò nel rispetto del limite di ragionevolezza della scelta del legislatore, che sarebbe però da ritenere superato soltanto nel caso in cui "nel trattamento previdenziale complessivamente considerato una data categoria sia assoggettata a mancata percezione o a grave decurtazione dei benefici previdenziali o ad imposizione di maggiori sacrifici assolutamente ingiustificata" (43). Nel caso in esame a nessuna categoria viene sottratto il beneficio in questione, ma alcuni datori di lavoro subiscono un sacrificio più elevato rispetto ad altri (conseguenza però di una loro libera scelta). Del resto una giustificazione di tale disparità di trattamento potrebbe comunque essere individuata nella volontà di ostacolare una sottrazione, attraverso il ricorso a forme di tutela previdenziale limitata soltanto ai propri dipendenti, dei soggetti economicamente più forti dall'onere di contribuire alla tutela della malattia anche per coloro i quali abbiano una capacità contributiva più ridotta.

Egualmente infondata è ritenuta l'eccepita violazione dell'art. 53 Cost., in quanto "il nesso sinallagmatico non è annullato neppure nel caso in cui il datore di lavoro sia obbligato a corrispondere la retribuzione ai dipendenti in malattia, essendo esso semplicemente attenuato". Il contributo in questione dunque "non ha alcuna attinenza con l'imposizione tributaria, della quale peraltro difettano i requisiti (doverosità della prestazione e collegamento di questa alla spesa pubblica, con riferimento ad un presupposto economicamente rilevante)".

Le conclusioni cui è pervenuta la Corte costituzionale presentano una notevole coerenza interna. Tuttavia va sottolineato come il Giudice delle leggi abbia ritenuto che non potesse costituire oggetto di valutazione sul piano della dedotta disparità di trattamento la circostanza che alcune categorie di lavoratori subordinati (quali i dirigenti o gli impiegati dell'industria) non sono assicurate contro il rischio economico derivante dall'evento malattia. Ciò in quanto nel caso citato il diverso regime di contri-

(43) Cfr. Corte cost., 11 luglio 1989, n. 388, in *Giur. cost.*, 1989, I, 1752.

buzione non deriva da una libera scelta contrattuale dei datori di lavoro, ma è la conseguenza dell'esclusione dei dipendenti dall'intero regime di tutela originariamente affidato all'Inam, ed oggi di competenza dell'INPS.

Nulla però esclude che in futuro possa essere sollevata una specifica questione di illegittimità costituzionale di tale esclusione, fondata specificamente sulla ingiustificata disparità di trattamento al momento esistente tra i datori di lavoro inquadrati ai fini previdenziali nel settore commercio e quelli rientranti nel settore dell'industria: i primi obbligati, ed i secondi no, al versamento della contribuzione di malattia sulle retribuzioni corrisposte ai loro impiegati. Appare infatti discutibile (oltre che anacronistica) la distinzione tra le diverse categorie dei prestatori di lavoro all'interno del settore industria, per i quali la contribuzione è dovuta o meno soltanto in relazione all'inquadramento tra gli operai o i quadri e gli impiegati. In passato del resto le differenze di trattamento economico e normativo tra le diverse categorie di prestatori di lavoro sono state ritenute conformi alla disciplina costituzionale nei casi in cui attuassero il principio di proporzionalità della retribuzione, concorrendo a determinare i criteri di valutazione delle mansioni, stabiliti dalla contrattazione collettiva con determinazione insindacabile (44). Sono state invece ritenute costituzionalmente illegittime, per violazione del principio di uguaglianza, disposizioni che tutelavano in modo differenziato i bisogni del lavoratore, indipendentemente dal contenuto della prestazione, ma soltanto sulla base dell'appartenenza ad una categoria legale (45).

Se si assume come elemento essenziale del sistema la solidarietà tra i datori di lavoro e tra i lavoratori, la sottrazione di alcuni soggetti dall'obbligo contributivo, sulla base di elementi quale l'appartenenza ad un settore produttivo o ad una delle categorie di cui all'art. 2095 c.c., che nulla dicono in merito alla reale esistenza di un rischio da proteggere, comporterebbe una lesione del principio sopra affermato.

Aderendo alla tesi della necessità di un sistema unitario di protezione contro la malattia, volto ad evitare l'allontanamento da esso delle categorie più forti e meno bisognose di tutela, non si determinerebbe affatto, come invece ritenuto nelle ordinanze che hanno sottoposto alla Corte Costituzionale la questione in esame, l'illegittimità costituzionale della disposizione nella parte in cui non consente ai datori di lavoro di sottrarsi al pagamento dei contributi, attraverso l'assunzione per via contrattuale dell'obbligo di corrispondere direttamente ai propri dipendenti un trattamento pari o superiore all'indennità di malattia. Ad essere incostituzionale sarebbe invece la disposizio-

(44) Cfr. per questi argomenti, Corte Cost. 30 gennaio 1974, n. 18, in *Mass. giur. lav.*, 1974, 17, e 150, con nota adesiva di L. RIVA SANSEVERINO, *Sulla liquidazione "a scaglioni" dell'indennità di anzianità*, e Corte Cost., 3 luglio 1985, n. 198, in *Foro it.*, 1985, I, 3082, che hanno ritenuto conformi all'art. 36, c. 1, Cost., le discipline differenziate, consacrate dalla l. 18 luglio 1960, n. 1561, in ordine alla diversa misura delle retribuzioni per determinare l'indennità di anzianità da corrispondere ad operai e impiegati; Corte Cost., 20 maggio 1976, n. 117, in *Mass. giur. lav.*, 1976, 672, con nota di A. Lorusso, che ha rigettato la questione di legittimità dei trattamenti differenziati tra lavoratori domestici "prestatori d'opera manuale" e impiegati relativamente alle ferie, all'indennità di preavviso e di anzianità.

(45) Cfr. Corte Cost., 4 maggio 1984, n. 136, in *Foro it.*, 1984, I, 2098; Corte Cost., 5 novembre 1984, n. 247, *ivi*, 2673. Per una ricostruzione completa della questione cfr. A. GARILLI, *Le categorie dei prestatori di lavoro*, Napoli, Jovene, 1988, 145.

ne assunta come parametro di riferimento per sostenere l'esistenza di una lesione degli artt. 2 e 3 Cost. Già nel giudizio definito con la sentenza 47 del 2008 dunque la Corte Costituzionale, dopo avere sollevato davanti a sé stessa la questione di legittimità costituzionale, avrebbe potuto pronunciarne l'incostituzionalità. Ciò in quanto "l'operatività del principio di eguaglianza non è unidirezionalmente e necessariamente diretta ad estendere la portata di una disciplina più favorevole evocata come *tertium comparationis*, ma può dispiegarsi anche nel senso di rimuovere l'ingiustificato privilegio di una disciplina più favorevole di quella indicata in comparazione" (46).

5. — Il datore di lavoro come espromittente dell'INPS?

Dalle argomentazioni poste a fondamento del "diritto vivente", emerge con chiarezza che il riferimento contenuto nell'art. 6, c. 2 della l. 138 del 1943 deve essere limitato alla sola contrattazione collettiva corporativa. Di conseguenza non dovrebbe più trovare applicazione la disposizione in forza della quale l'indennità di malattia non sarebbe dovuta nel caso in cui al lavoratore ammalato sia corrisposto un trattamento di fonte contrattuale. Invero la norma sarebbe ormai - aderendo alla tesi sostenuta dalla Corte di Cassazione - da ritenere priva di valore giuridico, in quanto riferita ad una fonte espunta dall'ordinamento. L'intervento della contrattazione collettiva in questo settore non troverebbe più fondamento in un'espressa previsione legislativa, per cui da esso non si potrebbero più trarre le conseguenze originariamente previste dalla l. 138 del 1943.

L'indennità economica di malattia resterebbe dunque in ogni caso a carico dell'INPS, in quanto l'esenzione dell'ente previdenziale dal pagamento di questa disposto dall'art. 6, c. 2 della l. 138 del 1942 non potrebbe discendere dall'imposizione da parte del contratto collettivo di diritto comune dell'obbligo di corrispondere un trattamento economico di malattia al lavoratore.

Si è però sostenuto in dottrina che dall'art. 6, c. 2 della l. 138 del 1943 discenderebbe attualmente una "delega non solo di mero fatto, ma di fonte legale" a carico del datore di lavoro (47). Questi dunque potrebbe assumere l'obbligo di corrispondere al lavoratore il trattamento di malattia (anche in misura superiore a quanto disposto dalla legge), attraverso la sottoscrizione di un contratto collettivo che disponga l'erogazione dell'intera retribuzione, ovvero l'adesione ad un contratto in cui ciò sia già previsto. Sussisterebbe qui un'ipotesi di espromissione ai sensi dell'art. 1272 c.c. (48), in cui il

(46) Cfr. Corte Cost. 13 luglio 1994, n. 289, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2400; Corte Cost., 8 settembre 1995, n. 421, in *Mass. giur. lav.*, 1995, 535, con nota di P. SANDULLI, *La contribuzione sulla previdenza complementare torna al legislatore?* In dottrina cfr. M. PEDRAZZOLI, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 509 (sul punto 539); M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale, cit.*, 77.

(47) Cfr. P. BOER, *L'obbligo contrattuale a corrispondere l'indennità di malattia, cit.*, 872.

(48) Su cui cfr. per tutti U. BRECCIA, *L'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1991, 827; S. RODOTÀ, *Espromissione*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, Giuffrè, 1966, 781; C. M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1991, 663; R. CICALA, *Espromissione*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1989; T. MANCINI, *Espromissione*, in *Dig. disc. priv.*, VIII, Torino, Utet, 1992, 1.

datore di lavoro (espromittente) assumerebbe in solido con l'INPS l'obbligazione che questo (espromesso) ha per legge nei confronti di tutti i lavoratori, compresi quelli ai quali in forza della contrattazione collettiva di diritto comune sia dovuto un trattamento economico in caso di malattia. Non si tratterebbe però di un'espromissione esonerativa, non essendo intenzione del datore di lavoro di adempiere liberalmente l'obbligazione a carico per legge dell'INPS, ma soltanto ottenere l'esenzione dal pagamento di un diverso obbligo (posto legalmente a suo carico), il che però oggi non è più possibile, atteso il mutamento di indirizzo dell'istituto previdenziale e della giurisprudenza.

Sussisterebbe invece un'obbligazione solidale (49) assunta nell'esclusivo interesse dell'INPS, unico soggetto su cui grava, per effetto del combinato disposto dell'art. 6 della l. 138 del 1943 (secondo l'interpretazione qui proposta) e dell'art. 2110 c.c., l'obbligo di corrispondere il trattamento di malattia. La natura solidale dell'obbligazione discenderebbe dalla circostanza, come si è detto in precedenza, che il riferimento alla contrattazione collettiva come fonte di esclusione legale dell'obbligo di corrispondere l'indennità sarebbe oggi limitato alla sola ipotesi in cui il trattamento in questione sia previsto in contratti collettivi sottoscritti nella vigenza dell'ordinamento corporativo.

Applicando quanto disposto dall'art. 1298, c. 1, c.c. (50) il datore di lavoro potrebbe successivamente agire nei confronti dell'espromesso, per recuperare la quota di debito di quest'ultimo per il cui soddisfacimento egli sia intervenuto. In particolare potrebbe recuperare un importo pari all'indennità di malattia dovuta dall'INPS (eventualmente inferiore a quanto realmente corrisposto al lavoratore), e per il cui pagamento egli sia intervenuto in forza del contratto di espromissione sottoscritto (attraverso l'adesione al contratto collettivo) con i creditori dell'indennità (i suoi dipendenti).

L'INPS potrebbe però opporre al datore di lavoro le eccezioni che avrebbe potuto proporre nei confronti del creditore, e relative all'esistenza ed all'entità del debito. Queste possono riguardare anche il rispetto delle disposizioni sul riconoscimento dello stato di malattia, o alla corretta trasmissione della relativa documentazione. In ogni caso, se anche si ritenesse non applicabile l'art. 1298, c. 1, c.c., il datore di lavoro, mancando un rapporto contrattuale con il debitore sotteso all'espromissione, potrebbe comunque agire nei confronti dell'INPS in forza dell'art. 2028 c.c., per avere gestito un affare altrui, ovvero - in via residuale - ai sensi dell'art. 2041 c.c., a titolo di arricchimento senza causa (51).

Si può peraltro ipotizzare che, come suggerito del resto in dottrina, in futuro i

(49) Cfr. F. D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa (profili sistematici)*, Milano, Giuffrè, 1974; A. DI MAJO, *Obbligazioni solidali*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979, 298; F. D. BUSNELLI, *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, XXIX, 1979, 329; A. DI MAJO, *Obbligazione. Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, 1990; F. D. BUSNELLI, *Obbligazioni divisibili, indivisibili e solidali*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, 1990.

(50) Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile, cit.*, 674; F. D. BUSNELLI, *Obbligazione, cit.*, 9; A. DI MAJO, *Obbligazione solidali, cit.*, 319. In giurisprudenza cfr. Cass. civ. 28 ottobre 1988, n. 5852, in *Foro it.*, 1989, I, 80; Cass. civ. 11 luglio 1975, n. 2769, inedita a quanto consta.

(51) Cfr. in linea generale A. DI MAJO, *Obbligazione, cit.*, 18, e per un'applicazione specifica di tali istituti all'espromissione C.M. BIANCA, *Diritto civile, cit.*, 674; R. CICALA, *Espromissione, cit.*, 21, cui si rinvia per la critica alla tesi che considera questi gli unici strumenti a disposizione dell'espromittente per ottenere dal debitore quanto corrisposto al creditore.

datori di lavoro rifiuteranno di applicare le disposizioni dei contratti collettivi che impongono loro l'erogazione dell'intera retribuzione ai dipendenti ammalati, e pretenderanno di corrispondere soltanto la differenza tra questa e l'indennità di malattia a carico dell'INPS (52). Potranno inoltre chiedere, immediatamente o in sede di rinnovo contrattuale, la cancellazione delle clausole in questione (ove siano incluse in contratti collettivi contenenti una disciplina generale dei rapporti con i lavoratori), ovvero recedere immediatamente da contratti collettivi a tempo indeterminato che disciplinino soltanto tale obbligo.

Non si realizzerebbe dunque l'effetto perverso, denunziato in dottrina, del sorgere del vincolo dell'assicurazione sociale e del relativo obbligo contributivo in assenza di un evento da proteggere (53). Del resto in una prima fase l'applicazione della disciplina complessivamente ricostruita nei termini sopra indicati determinerebbe una rilevante lesione della posizione dell'INPS. Invero mentre l'istituto previdenziale può recuperare la contribuzione non versata entro il limite della prescrizione quinquennale (54), le azioni che il datore di lavoro potrebbe proporre sono sottoposte al regime ordinario decennale (55). Di conseguenza l'INPS potrebbe essere chiamato a restituire al datore di lavoro quanto da questi erogato nell'arco dei dieci anni precedenti la proposizione della domanda, ricevendo soltanto la contribuzione per il quinquennio antecedente (e dunque in media subendo un esborso superiore a quanto recuperato).

(52) Cfr. P. BOER, *L'obbligo contrattuale a corrispondere l'indennità di malattia, cit.*, 872.

(53) Cfr. M. CINELLI, *Solidarietà senza limiti, cit.*, 79.

(54) Cfr. L. MONTUSCHI, *Sulla prescrizione dei contributi previdenziali (un profilo singolare della riforma pensionistica)*, in *Arg. dir. lav.*, 1996, 3, 35; C. A. NICOLINI, *Prescrizione dei contributi, automaticità delle prestazioni e tutela dell'anzianità previdenziale dopo la l. n. 335 del 1995*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, 295.

(55) Cfr. Cass. civ. 18 novembre 1992, n. 12313; Cass. civ. 26 novembre 1986, n. 6981, inedite a quanto consta.

GIUSEPPE CIMINO

Avvocato

LA RIFORMA 2008 DEL WELFARE E PERCORSO DEL SISTEMA CONTRIBUTIVO NELL'AMBITO DELL'ASSICURAZIONE GENERALE OBBLIGATORIA DEI LAVORATORI DIPENDENTI

Sommario: 1. - Requisiti delle pensioni di anzianità, nuove finestre di accesso alla pensione di vecchiaia e intervento sulla perequazione automatica. 2. - Norme di interpretazione autentica e/o con effetto retroattivo. 3. - Disciplina tendente ad agevolare il raggiungimento dei requisiti pensionistici: totalizzazione e riscatto periodi di studio universitario, innovazioni per i lavoratori esposti a rischio amianto. 4. - Norme a tutela dei pensionati Italiani residenti all'estero con riferimento all'indebito percetto. 5. - Calcolo contributivo: elevazione dell'età pensionabile e revisione dei coefficienti di capitalizzazione. 6. - Spunti conclusivi.

La legge 24 dicembre 2007 n. 247 ha fatto seguito al protocollo 23 luglio 2007, concordato tra governo e rappresentanze dei lavoratori e dei datori di lavoro, mentre la legge finanziaria (L. n. 244 del 24/12/2007) contiene poche norme in materia pensionistica.

Il tentativo di raggruppare le norme che interessano direttamente le prestazioni pensionistiche dei lavoratori dipendenti, sia per quanto riguarda il raggiungimento dei requisiti pensionistici e decorrenza della prestazione che la gestione delle pensioni e gli aumenti perequativi, obbedisce a criteri soggettivi.

Ritengo tuttavia di dover separare, per comodità espositiva, le disposizioni che di fatto tendono al riequilibrio finanziario (ad esempio ritardando decorrenze delle pensioni, congelando importi per redditi alti), quelle che incidono sul diritto vivente attraverso interpretazioni autentiche definite esplicitamente tali, ovvero con efficacia retroattiva, da una parte; dall'altra quelle di sviluppo della tutela, con riferimento a particolari categorie di lavoratori (esposti a rischio amianto, studenti universitari laureati), a lavoratori che possono necessitare della totalizzazione dei contributi provenienti da altre gestioni pensionistiche; ed ancora, infine sottolineava quelle che si indirizzano al percorso di sistemazione del sistema contributivo.

1. — Requisiti delle pensioni di anzianità, nuove finestre e pensioni di vecchiaia

A decorrere dal gennaio 2008 vige una nuova disciplina concernente i requisiti

per il raggiungimento del diritto a pensione di anzianità e decorrenza della medesima.

Non si può non premettere che, per coloro i quali avessero maturato i requisiti di età e di contribuzione sia per il sistema contributivo che per quello retributivo, per il diritto alla pensione di anzianità, in tali ipotesi il diritto si conserva (con la finestra già prestabilita) in quanto la domanda di prestazione ha la funzione di avviare il procedimento e la sua data è rilevante ai fini della decorrenza della pensione, ma non con riferimento al requisito.

Lo "scalone", e cioè l'innalzamento dei requisiti anagrafici previsti dalla legge n. 243/2004 per le pensioni di anzianità è stato modificato secondo due tabelle che prevedono, per il periodo fino a giugno 2009, 35 anni di contribuzione e 58 anni di età.

Per il periodo successivo è stato introdotto il sistema delle "quote", che fissa il requisito al raggiungimento di un'età anagrafica minima.

Per il periodo 1/7/2009 - 31/12/2010 la quota prevista per i lavoratori dipendenti è **95** e l'età anagrafica minima è di **59** anni.

Non dice la norma se, nelle oscillazioni all'interno della quota, quella costituita da maggiore anzianità possa essere conseguita mediante contribuzione non utile ai fini del diritto alla pensione di anzianità (ds, malattia), fermo restando il raggiungimento dei 35 anni di contributi utili per il diritto.

Si continua a prescindere dal requisito anagrafico al raggiungimento dei 40 anni di contribuzione.

Per alcune fattispecie derogatorie continua ad applicarsi la vecchia disciplina.

Resta immodificata la particolare forma di pensionamento di anzianità introdotta con la legge 243/2004 in favore delle donne che maturano 57 anni di età e 35 anni di contribuzione purchè liquidata integralmente con il metodo contributivo.

Particolare rilievo assume il preannunciato D.M. di individuazione dei lavoratori dipendenti impegnati in attività usuranti che hanno titolo alla pensione con un requisito anagrafico ridotto di tre anni (salva l'età minima di 57 anni).

Il requisito di 35 anni di contribuzione congiuntamente al requisito anagrafico di 57 anni resta fermo nei seguenti casi di lavoratori:

1) - in possesso di autorizzazione alla prosecuzione volontaria anteriormente al 20 luglio 2007;

2) - destinatari dei fondi di solidarietà (percettori di assegni straordinari) e collocati in mobilità standard (Aree del Mezzogiorno) sulla base di accordi stipulati prima del 1° marzo 2004 (nel limite massimo complessivo di 10.000), nonché collocati in mobilità standard sulla base di accordi stipulati anteriormente al 15 luglio 2007 nell'ulteriore limite di 5000 unità, a condizione che i requisiti per la pensione di anzianità siano raggiunti entro il periodo di fruizione dell'indennità di mobilità, ex art. 1, c. 1189, L. 296/2006. I vecchi requisiti di cui alla legge 449/04 restano fermi anche nei confronti dei lavoratori collocati in mobilità lunga.

1.2. — Le decorrenze delle pensioni di anzianità

Il nuovo regime delle decorrenze delle pensioni di anzianità si articola attraverso criteri differenziati: per coloro che possono far valere 40 anni di contribuzione (a pre-

scindere dall'età), rimangono le 4 finestre precedenti in relazione al trimestre di perfezionamento del requisito; per chi raggiunge il requisito contributivo e di età dal 2008 in poi, si applica il nuovo regime delle decorrenze semestrali (requisito raggiunto entro il primo semestre, decorrenza dal 1° gennaio dell'anno successivo; requisiti raggiunti entro il secondo semestre, dal 1° luglio dell'anno successivo).

1.3. — Nuove finestre di accesso alla pensione di vecchiaia

Per la prima volta nel nostro ordinamento sono state introdotte finestre di uscita anche per la pensione di vecchiaia, determinandosi in tal modo una dicotomia tra data di compimento dell'età pensionabile e decorrenza della pensione, che viene differenziata temporalmente rispetto all'evento protetto (compimento dell'età).

Di fatto, ed in pratica, la percezione della prestazione viene ritardata, secondo il seguente prospetto.

Raggiungimento dei requisiti	Decorrenza dal
1° trimestre	1° luglio dello stesso anno
2° trimestre	1° ottobre dello stesso anno
3° trimestre	1° gennaio anno successivo
4° trimestre	1° aprile anno successivo

Le predette finestre si applicano anche alle pensioni di vecchiaia liquidate con il sistema contributivo che a partire dal 2008 richiedono il requisito anagrafico di 65 anni (uomini) e 60 anni (donne).

1.4. — Intervento sulla perequazione automatica

L'articolo 1, comma 19, della legge 247/2007 prevede che, per l'anno 2008 e solo per il 2008 non debbano essere perequate le pensioni il cui importo complessivo annuo superi di 8 volte il trattamento minimo INPS, con disposizione di salvaguardia secondo la quale le pensioni di importo superiore a 8 volte il trattamento minimo INPS e inferiori a tale limite incrementato della quota di perequazione siano perequate parzialmente fino a concorrenza del predetto limite maggiorato.

Si ricorda che, ai sensi dell'art. 5, comma 6, L. 127/2007, per il triennio 2008/2010 la perequazione automatica è liquidata sulle pensioni di importo fino a 5 volte il trattamento minimo per intero, e, per la quota fino a 8 volte il trattamento minimo, nella misura del 75%.

2. — Norme di interpretazione autentica e/o con effetto retroattivo

Altre norme contenute nella riforma welfare 2008 che, se pur non incidono hanno

comunque l'effetto di concorrere al riequilibrio dell'istituto.

Tra queste, pur non essendo definita espressamente norma di interpretazione autentica è collocabile la disposizione sul Fondo Volo (art. 1 comma 503), in base alla quale ai fini della determinazione del valore capitale e relativa liquidazione della quota di pensione spettante agli iscritti al Fondo di previdenza per il personale di volo dipendente da aziende di navigazione aerea antecedentemente all'entrata in vigore dell'articolo 11,comma 2, della legge 31 ottobre 1988 n. 480, devono intendersi applicabili i coefficienti di capitalizzazione già deliberati dal consiglio di amministrazione dell'INPS (su conforme parere del comitato amministratore del Fondo di previdenza per il personale di volo dipendente da aziende di navigazione aerea) e non i criteri desunti da norme più generali, come quella relativa al riscatto dei contributi prescritti o comunque di cui alla L. 1338/62 e ciò non conformemente alla giurisprudenza (Cass. 23/3/2007 n. 7132).

Tra le norme di interpretazione autentica definite espressamente tali il successivo comma 504 dispone che le disposizioni degli articoli 25 e 35 del T.U. di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, si applicano agli iscritti in servizio alla data di entrata in vigore del medesimo decreto legislativo.

Non usufruiscono quindi del trattamento di accredito figurativo per congedo maternità o per congedo parentale fuori dal rapporto di lavoro le madri (o comunque i soggetti) che non erano più in servizio alla data dell'11 maggio 2001 (data di pubblicazione in G.U. 2574/2001).

Il legislatore ha salvaguardato i trattamenti pensionistici più favorevoli già liquidati alla data di entrata dell'1/1/2008.

Ed ancora, il comma 505 interpreta l'articolo 6, comma 3, della legge 15 aprile 1985, n. 140 (maggiorazione ex combattenti, profughi, orfani di guerra e categorie parificate) non in conformità al diritto vivente, in quanto la giurisprudenza della Suprema Corte (Cass. Lav. 4623/2004; Cass. Lav. 26/10/2004 n. 20631; Cass. Lav. 7455/2005) aveva invece stabilito che l'importo avrebbe dovuto essere perequato *ab origine* e corrisposto nella misura risultante a partire dalla decorrenza della pensione.

Su tale norma è stata sollevata questione di legittimità costituzionale della Corte d'Appello di Torino.

Altre norme di interpretazione autentica erano contenute nella "finanziaria 2007": l'art. 1, comma 777, L. n. 296/06 in caso di trasferimento dei contributi AVS (svizzeri) stabilisce che l'INPS non sia tenuta a riliquidare la pensione diretta di cui il lavoratore sia titolare, prendendo a base di calcolo la retribuzione effettiva imponibile svizzera (relativa agli ultimi anni antecedenti la decorrenza della pensione) così come corrisposta e percepita dal ricorrente in Svizzera e come risultante dai contributi svizzeri trasferiti.

Sulla predetta disposizione è stata sollevata questione di legittimità costituzionale, nella parte in cui trova applicazione retroattiva anche ai lavoratori che, alla data dell'entrata in vigore della disposizione avessero già maturato il diritto a pensione di anzianità e l'avessero esercitato, chiedendo la liquidazione della prestazione (ord. N. 5048 del 5/3/2007 della Corte di Cassazione Sez. lavoro).

Inoltre la finanziaria 2007 all'art. 1, comma 774, ha interpretato l'art. 1, comma

41 della legge n. 335/95 sul calcolo della pensione di reversibilità, che deve avvenire indipendentemente dalla decorrenza originaria della pensione diretta avente decorrenza anteriore all'anno 1994 e liquidata successivamente: dette pensioni (erogate dall'INPDAP) sono da calcolare con l'indennità integrativa speciale conglobata nella retribuzione pensionabile già attribuita al deceduto e ridotta in relazione alla percentuale di pensione spettante.

Tale disposizione viene qui citata in quanto con sentenza della Corte Costituzionale n. 74 depositata il 28/3/2008, il giudice delle leggi ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzione, sollevata dalla Corte dei Conti - Sez. Giurisdizionale regionale per la Puglia, per ritenuto contrasto con l'art. 3 della costituzione in quanto ipotesi di esercizio irrazionale del potere legislativo.

La Corte Costituzionale ha ritenuto conforme a costituzione il principio per il quale, in sede di interpretazione autentica, il legislatore possa influire sulla disciplina preesistente previdenziale nel quadro delle esigenze di ordine sistematico e anche nella finalità del complessivo riequilibrio delle risorse, con attenzione alle esigenze di bilancio, ponendo il limite, comunque, della irrazionalità, nel caso di specie non configurata, anche attraverso il richiamo alla disposizione di salvaguardia contenuta nella norma stessa.

3. — Disciplina tendente ad agevolare il raggiungimento dei requisiti pensionistici: totalizzazione e riscatto periodi di studio universitario, innovazioni per i lavoratori esposti a rischio amianto

La totalizzazione è lo strumento conservativo dell'utilizzazione di spezzoni contributivi relativi a diverse forme di iscrizione obbligatoria (assicurazione generale obbligatoria dei lavoratori dipendenti per la invalidità vecchiaia e superstiti, INPDAP, Casse liberi professionisti, gestione separata, ecc.) rendendo tra l'altro e di fatto meno vincolato il lavoratore dal condizionamento della scelta dell'attività sotto il profilo della futura pensione.

Differisce dalla ricongiunzione (L. n. 29/79) sostanzialmente, per la gratuità e per il criterio "pro rata" della liquidazione.

La tendenza di programma evidenziata è quella di sottrarre la totalizzazione a requisiti di sorta, ed in attesa di tale realizzazione, con riferimento ai periodi dall'1/1/2008 in poi, l'art. 1, comma 76, della legge 247/2007 riduce il requisito minimo di anzianità contributiva richiesto nelle singole gestioni ai fini del cumulo dei periodi contributivi non coincidenti da 6 a 3 anni.

Rimane per il resto immodificata la disciplina dettata dal decreto legislativo 42/2006, conseguentemente, il diritto alla pensione in totalizzazione, ferma restando la non titolarità di prestazione pensionistica diretta, si consegue a domanda al compimento dei 65 anni (uomini e donne), con almeno 20 anni di contribuzione, e 40 anni di contribuzione a prescindere dall'età, e con decorrenza costituita dal primo giorno del mese successivo a quello della presentazione della domanda (art. 5, comma 3, Dlgs 42/2006).

Le norme sulla totalizzazione prevedono l'incompatibilità della ricongiunzione dei periodi assicurativi con la possibilità di acquisire il diritto a pensione tramite totalizzazione.

A tale proposito si evidenzia in particolare la scadenza del 2 marzo 2008 per l'esercizio della facoltà di recesso per coloro che hanno presentato la domanda di ricongiunzione prima del 3 marzo 2006 (data di entrata in vigore del Decreto legislativo n. 42/2006).

Tale disposizione prevedeva, qualora fosse stato integralmente pagato l'onere di ricongiunzione, la possibilità di recesso con restituzione degli importi versati a titolo di ricongiunzione maggiorati degli interessi legali.

La legge 247/07 ha anche modificato la norma di cumulo dei periodi assicurativi contenuta nel Dlgs 184/1997. Tale disposizione, riguardante i lavoratori il cui trattamento pensionistico viene liquidato esclusivamente con il sistema contributivo, prevede la facoltà di cumulare, dal 2008, i vari periodi assicurativi anche per i soggetti che abbiano maturato il diritto al trattamento pensionistico nelle gestioni di appartenenza.

3.1. — Riscatto periodi di studio ai fini pensionistici

Con la legge n. 247/2007 che ha aggiunto 3 nuovi commi all'art. 2 D. Lgs n. 184/97, sono state introdotte nuove disposizioni in materia di riscatto dei periodi di studio ai fini pensionistici per le istanze presentate dal 1° gennaio 2008 in poi.

Il comma 4/bis così aggiunto prevede nuove modalità di pagamento rateizzato con la possibilità di pagare il relativo onere in unica soluzione ovvero in 120 mesi senza applicazione degli interessi e con detraibilità ai fini fiscali.

Il vecchio comma 5/bis estende la facoltà di riscatto a coloro che non hanno ancora iniziato l'attività lavorativa, e ciò costituisce una rilevante innovazione.

La facoltà di riscatto è ammessa per i seguenti titoli universitari:

- Il diploma di laurea
- Il diploma universitario (che si consegue dopo un corso di durata non inferiore a due e non superiore a tre anni)
- Il diploma di specializzazione (che si consegue successivamente alla laurea ed al termine di un corso di durata non inferiore ai due anni)
- Il dottorato di ricerca (detti corsi sono regolati dagli specifici ordinamenti universitari)

La norma dispone che la domanda di riscatto deve sempre essere presentata all'INPS, unico Ente competente.

L'onere del riscatto è determinato con il versamento di una contribuzione per ciascun anno da riscattare, in misura fissa prendendo a parametro il livello minimo imponibile annuo di cui all'art. 1, comma 3, della legge 233/1990 moltiplicato per una aliquota parametrata.

L'importo è riscosso dall'INPS che lo verserà alla gestione o Ente presso la quale il soggetto sarà iscritto.

Il comma 5/ter sancisce l'utilizzabilità dei contributi da riscatto per periodi di studio anche nel sistema contributivo ai fini del raggiungimento del requisito contributivo.

3.2. — Lavoratori esposti all'amianto

L'art. 13, comma 7 della L. 27/3/1992 n. 257 attribuisce ai lavoratori esposti all'amianto per un periodo superiore a 10 anni, la copertura del medesimo periodo con moltiplicazione per il coefficiente 1,5 su certificazione di esposizione al rischio da parte dell'INAIL.

La disciplina ha subito una innovazione con l'art. 47 D.L. 30/9/2003, n. 269, convertito in L. 326/2003, in base al quale, a decorrere dal 1° Ottobre 2003, il coefficiente di moltiplicazione è ridotto a 1,25 ed è considerato utile solo ai fini della misura e non del raggiungimento del diritto a pensione. È stata aggiunta la qualificazione dell'esposizione già elaborata dalla giurisprudenza, nella concentrazione media giornaliera di 100 fibre/litro.

È stata anche stabilita una disciplina transitoria per il vecchio regime, le vecchie domande di riconoscimento della ricorrenza dell'esposizione all'INAIL entro il 15/6/2005, data fissata dal D.M. di richiamo.

Al comma 20 dell'art. 1 della legge viene stabilito che, ai fini del conseguimento dei benefici previdenziali di cui all'articolo 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257, e successive modificazioni, sono valide le certificazioni rilasciate dall'INAIL ai lavoratori che abbiano presentato domanda al predetto Istituto entro il 15 giugno 2005, per periodi di attività lavorativa svolta con esposizione all'amianto fino all'avvio dell'azione di bonifica e, comunque, non oltre il 2 ottobre 2003, nelle aziende interessate dagli atti di indirizzo già emanati in materia dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale, purchè al 1° gennaio 2008, secondo modalità di attuazione stabilite con decreto interministeriale da emanarsi.

4. — Norme a tutela dei pensionati Italiani residenti all'estero con riferimento all'indebito percetto

Tra le pochissime norme in tema pensionistico la legge finanziaria n. 244 del 24 dicembre 2007, art. 1, commi 136 e 137 si occupa del recupero sull'indebito percetto per periodi anteriori all'1/1/2007 su pensione o quote di pensione o trattamenti di famiglia nei confronti degli italiani residenti all'estero titolari di pensione a carico dello Stato italiano in base al quale l'eventuale recupero è effettuato mediante trattenuta diretta sulla pensione in misura non superiore al quinto e senza interessi, purchè non si verte in ipotesi di dolo.

La particolarità della normativa sull'indebito pensionistico, rispetto alla disciplina generale (art. 13 L. 412/91) si può spiegare con la disciplina che regola l'erogazione delle pensioni all'estero, nonché quelle particolari che riguardano la inesportabilità delle prestazioni assistenziali, cui per precedente decisione della Commissione di Giustizia è assimilata l'integrazione al trattamento minimo, a prescindere dai requisiti reddituali che darebbero titolo all'integrazione, e che deriverebbero rilevanti solo col rientro in Italia.

Il recupero dell'indebito dovrebbe avvenire con i soli limiti previsti dall'art. 69 L.

153/69 (il quinto della pensione) con salvaguardia del trattamento minimo, e non mediante restituzione dell'intero indebito percetto.

5. — Calcolo contributivo: elevazione dell'età pensionabile e revisione dei coefficienti di capitalizzazione

L'attuale sistema di calcolo contributivo trova la sua origine normativa nell'art. 1, comma 6 e segg. L. 335/95.

In base al sistema contributivo la pensione viene calcolata sulla base di un montante contributivo, ricavato attraverso il calcolo dei contributi versati all'Ente previdenziale moltiplicato per il coefficiente di trasformazione, che è un indice di adeguamento del montante basato sull'aspettativa di vita.

Il sistema regola il rapporto previdenziale di coloro che hanno iniziato l'assicurazione obbligatoria dall'1/1/1996 (art. 2, comma 18 L. 335/95). Giova chiarire che sono considerati privi di anzianità contributiva, secondo una valutazione logico-interpretativa coloro che, a tale data non fossero titolari di alcuna posizione assicurativa presso qualsiasi gestione previdenziale (ad esempio, INPDAP).

Hanno accesso al calcolo retributivo invece, coloro che si sono trovati nelle condizioni richieste dall'art. 1, comma 13, L. 335/95: trattasi di lavoratori che, al 31/12/1995, avevano maturato 18 anni di anzianità contributiva.

Per il sistema c.d. "misto", invece, il calcolo pensionistico è l'effetto di una sommatoria delle anzianità maturate al 31/12/1995 (sistema retributivo) con quelle maturate dall'1° gennaio 1996 (sistema contributivo).

5.1. — Modificazione dell'età pensionabile per le pensioni calcolate col sistema contributivo (pensione di vecchiaia)

Una modifica assai rilevante è attuata in base alla previsione della L. 243/04 a partire dall'1/1/2008 secondo la finalità di armonizzazione contributivo-retributiva, anche della razionalizzazione delle risorse e, a mio avviso, nel quadro evolutivo di una sempre maggiore incidenza del sistema contributivo nel sistema previdenziale.

Si tratta dell'elevazione dell'età pensionabile per coloro che abbiano iniziato ad essere iscritti all'INPS dal 1° gennaio 1996 in poi, per i quali, si applica integralmente il metodo contributivo di liquidazione della pensione e che, per ovvie ragioni, sono destinati ad aumentare sempre più.

Per i lavoratori con calcolo retributivo o misto la norma non si applica.

Fino al 31/12/2007 i lavoratori con sistema contributivo "puro" potevano individuare il momento della propria pensione sulla base della propria scelta nell'arco compreso tra il compimento dei 57 ed i 65 anni con un minimo di 5 anni di contribuzione e col raggiungimento di una soglia mensile minima, pari all'assegno sociale INPS (di cui alla L. 335/95), maggiorato del 20%.

A partire dal 1° gennaio 2008 però, l'età minima per essere collocati in pensione

col sistema contributivo "puro"è di 60 anni per le donne e 65 per gli uomini, sempre nel rispetto del requisito di almeno 5 anni di contribuzione e dell'importo conseguito dell'assegno sociale maggiorato del 20% (nel caso di quest'anno detto importo è di € 474,41 mensili).

5.2. — Intervento legislativo sui coefficienti di trasformazione

Assai rilevante, per i riflessi sia sul calcolo della pensione contributiva che sulla previdenza complementare assume l'innovazione sui coefficienti di trasformazione.

Dall'anno 2010, infatti, saranno ridotti i coefficienti di trasformazione e la revisione procederà automaticamente ogni tre anni.

Tale risultato presuppone la nomina con Decreto interministeriale di una Commissione di esperti la cui composizione è analiticamente descritta, che dovrà verificare e proporre modifiche ai coefficienti di trasformazione.

La revisione è vincolata non solo all'esame sulle dinamiche demografiche, economiche e dei flussi migratori, ma anche sull'incidenza dei percorsi lavorativi con particolare riferimento al rapporto che intercorre tra l'età media dell'attesa di vita e quella dei singoli settori di attività.

È chiaro come una revisione sia prevedibile al ribasso, tenuto conto delle aspettative di vita e dell'invecchiamento della popolazione.

La differenza intercorrente tra la retribuzione ed il trattamento di quiescenza (c.d. gap previdenziale) diventerebbe maggiore (ciò è statisticamente pressochè certo), donde l'importanza sempre maggiore della previdenza complementare, atta a colmare lo scostamento.

6. — Spunti conclusivi

Superata ormai da tempo la concezione puramente assicurativa del rapporto giuridico previdenziale e pur non intendendo toccare la problematica sui principi che governano la natura giuridica del rapporto e quella del contributo previdenziale (il contributo concorre comunque a precostituire un flusso dal quale l'Istituto previdenziale attinge al verificarsi dell'evento protetto) sembra evidente come il sistema previdenziale, nell'ambito di una evoluzione che non può prescindere dalla solidarietà intergenerazionale, sposti il suo fulcro concettuale verso il momento della prestazione, allorchè viene ricondotta a criterio di calcolo la commisurazione di quanto versato nell'intera vita assicurativa.

La disciplina della totalizzazione che permette l'utilizzazione ai fini del diritto e della misura della prestazione pensionistica di spezzoni contributivi presenti in diverse forme di costituzione obbligatoria del rapporto previdenziale ivi comprese quelle dei liberi professionisti va anche verso lo sbocco della considerazione integrale dell'apporto lavorativo prestato nella vita assicurativo-sociale.

Ed ancora, le agevolazioni che indubbiamente incoraggiano il riscatto dei periodi

degli studi universitari, anche in assenza di alcuna iscrizione previdenziale, in uno con l'individuazione dell'INPS come Istituto competente collettore, non fanno che implementare, con ingresso di nuovi soggetti la platea degli assicurati, i quali se inseriti poi nel sistema dell'assicurazione generale obbligatoria/IVS, usufruiranno del calcolo del sistema contributivo.

Nell'ambito e nel rispetto delle singole forme obbligatorie di previdenza, con i criteri prescelti al loro interno, viene percorso un iter destinato, prima o poi, a raggiungere l'omogeneità di trattamento, nella salvaguardia dei diritti acquisiti.

PIETRO CAPURSO

Avvocato INPS

I SERVIZI ISPETTIVI DEL LAVORO ALLA RICERCA DELLA INTERPOSIZIONE ILLECITA PERDUTA (*)

Sommario: 1. - Il sistema sanzionatorio civile della somministrazione di lavoro. 2. - La disciplina* leggera *dell'appalto e del distacco non genuini. 3. - La tesi della annullabilità del contratto di appalto di mere prestazioni di lavoro. Critica. 4. - Il principio di effettività. 5. - Il principio di autonomia del rapporto contributivo. 6. - Conclusioni: la nullità del contratto di appalto di mere prestazioni di lavoro per illiceità della causa.

1. — Il sistema sanzionatorio civile della somministrazione di lavoro

La regolamentazione del fenomeno della dissociazione del lavoro dall'impresa, nelle sue molteplici manifestazioni, costituisce uno dei principali obiettivi della riforma del mercato del lavoro (d. lgs. n. 276 del 10 settembre 2003).

Le novità, sul tema, sono molte, a cominciare dalla breccia aperta nel muro del divieto assoluto di appalto di manodopera, con la abrogazione della legge n. 1369 del 1960 e la contestuale introduzione della disciplina della somministrazione di lavoro (1).

Quella che segue è una breve riflessione su un profilo particolare del dibattito che ha fatto seguito alla riforma, e che concerne le conseguenze civilistiche del divieto di interposizione di manodopera, con particolare riferimento ai poteri dei servizi ispettivi del lavoro.

Nel sistema previgente (legge n. 1369 del 1960) l'interposizione era vietata, sicchè l'appalto che non rispondeva ai requisiti di legge configurava un appalto di manodopera nullo siccome contrastante con il divieto di intermediazione nelle prestazioni di lavoro; una delle funzioni fondamentali dei servizi ispettivi della Direzione del Lavoro

(*) Le riflessioni contenute nello scritto rappresentano esclusivamente le opinioni dell'autore.

(1) Letteratura vastissima: per una panoramica generale, senza pretesa di completezza, C. RUSSO (a cura di), *Somministrazione, appalto, distacco, trasferimento d'azienda*, Torino, 2006; M. T. CARINCI e C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, appalto, trasferimento di azienda*, Milano, 2004; P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro in favore del terzo*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti*, Bari, 138; F. SCARPELLI, *Interposizione illecita, somministrazione irregolare, somministrazione fraudolenta*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004; G. FERRARIS, *Somministrazione di lavoro*, in G. FAVALLI e A. STANCHI (a cura di), *La riforma Biagi*, Piacenza, 2003;; R. DE LUCA TAMAJO, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2003, I, 167; P. CHIECO, *Delocalizzazione della subordinazione e somministrazione di lavoro: gli effetti, i rimedi*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2005, I, 339.

e degli Enti previdenziali era di contrastare questo fenomeno, ritenuto da sempre di particolare disvalore, e squarciare il velo posto dalle parti del triangolo per far emergere il reale assetto del rapporto di lavoro (2).

La riforma del 2003 ha introdotto una disciplina lecita di fornitura di lavoro, denominata somministrazione di lavoro, consentita solo a imprese autorizzate, sottoposta a rigorosi oneri formali e con una particolare regolamentazione del rapporto.

Il sistema sanzionatorio civile (3) è articolato su tre distinte fattispecie: 1) la somministrazione nulla (art. 21), in carenza di forma scritta, prevista *ad substantiam*; 2) la somministrazione fraudolenta (art. 28), che si realizza allorquando la stessa venga posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo, e 3) la somministrazione irregolare (art. 27), che si ha quando è svolta fuori dai limiti e dalle condizioni di ricorso all'istituto giuridico (4).

Quanto agli effetti dell'instaurazione *contra legem* di simili rapporti di lavoro nel caso della somministrazione nulla per carenza di forma è espressamente previsto che i lavoratori siano considerati alle dirette dipendenze dell'utilizzatore, e questa stessa soluzione è offerta dalla dottrina per la somministrazione fraudolenta, richiamando però, nel silenzio della norma, la disciplina del contratto in frode alla legge (art. 1344 c.c.) (5). Nella ipotesi invece di somministrazione irregolare l'art. 27 dispone che il lavoratore possa chiedere la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto che ha utilizzato la prestazione.

Sin da questa approssimativa descrizione non può sfuggire come questa disciplina porti notevole confusione, per le interferenze e sovrapposizioni che si vengono a creare tra somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta: è infatti evidente che nella maggior parte dei casi in cui il negozio viene realizzato al di fuori dei limiti e delle condizioni di legge (fattispecie di somministrazione irregolare), lo scopo è proprio quello di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo (presupposto per l'inquadramento nella figura della somministrazione fraudolenta) (6).

La questione è di grande rilevanza pratica, perché secondo una interpretazione letterale delle norme - proposta da parte della dottrina, che ritiene di scorgere proprio in questo il vero elemento di discontinuità con la normativa previgente - la funzione

(2) Per tutti, O. MAZZOTTA, *Appalto (appalto di prestazioni di lavoro)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1989; G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Milano, 1995.

(3) Cfr., P. RAUSEI, *Il sistema sanzionatorio delle esternalizzazioni*, in *Working paper ADAPT*, n. 21 del 2006.

(4) Si tratta - a titolo esemplificativo - delle ipotesi di ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato per tipologie di lavoro non ammesse (cfr. art. 20, co. 3°), di carenza delle condizioni poste dalla legge per il ricorso alla somministrazione temporanea (art. 20, co. 4), di violazione dei limiti quantitativi.

(5) Cfr., C. BIZZARRO, *La somministrazione fraudolenta ovvero una nuova ipotesi di reato tipizzata dalla legge Biagi*, in *Boll. ADAPT*, 13 aprile 2007. Di recente, per la configurazione come contratto in frode alla legge, e dunque nullo, di un affitto di ramo d'azienda diretto soltanto a privare i lavoratori delle garanzie anti licenziamento, Cass., 7 febbraio 2008, n. 2874.

(6) Cfr. M. SFERRAZZA, *Somministrazione fraudolenta ed appalto illecito come limiti ai processi di esternalizzazione*, in *Dir. Lav. Marche*, 2006, 53, il quale osserva come "(...) in concreto sarà spesso difficile distinguere, nei casi specifici, la somministrazione fraudolenta da quella irregolare, essendo facile immaginare che nella maggior parte delle ipotesi di contratto irregolare si registrerà quale ragione quella di non fornire le garanzie previste dalla disciplina della somministrazione, in punto di trattamento economico, normativo e previdenziale".

ispettiva dovrebbe essere confinata nell'ambito della somministrazione fraudolenta o nulla, perché la somministrazione irregolare darebbe luogo ad una ipotesi di mera annullabilità del contratto, che conserverebbe dunque tutti gli effetti fino alla sentenza di accoglimento della eventuale azione costitutiva del rapporto di lavoro con l'utilizzatore, per la quale però l'unico legittimato sarebbe il lavoratore interessato, con esclusione dei terzi, siano essi la Direzione del lavoro e gli Enti previdenziali, in sede di accertamento ispettivo, o anche gli altri dipendenti dell'utilizzatore, eventualmente interessati a far valere il superamento dei limiti dimensionali dell'azienda (7).

2.— *La disciplina* leggera *dell'appalto e del distacco non genuini*

L'aspetto singolare della questione è che mentre nell'ambito della somministrazione la distinzione tra fraudolenta ed irregolare sembra destinata a non avere particolare ricaduta, perché si deve comunque ritenere che la nullità continui a colpire la quasi totalità delle ipotesi, con la sola esclusione del caso, del tutto residuale, del contratto regolarmente stipulato in forma scritta da soggetto debitamente autorizzato, ma in violazione delle restrizioni soggettive previste dalla legge (8), sull'appalto (o sul distacco) non genuino sembra esserci una sorta di vuoto normativo, tanto che diversi autori hanno evidenziato una illogica *convenienza all'appalto* (9), almeno apparentemente

(7) Cfr. M. TIRABOSCHI, *Somministrazione, appalto di servizi distacco*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro, Guida al diritto*, n. 4, 66: "Il rapporto interpositorio rimane pur sempre un contratto di somministrazione di lavoro, che come tale produrrà gli effetti voluti da utilizzatore e somministratore, ma questo solo se - e fino a quando - il prestatore non ne richieda la conversione (...) in un contratto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore"; R. DEL PUNTA, *Divieto di interposizione e responsabilità dell'interposto*, in *Dir. rel. Ind.*, 2007, 507: "(...) prendendo la disposizione (doverosamente) alla lettera, un terzo come l'Inps non può né richiedere direttamente (tramite l'esercizio del proprio potere impositivo) i contributi a carico dell'utilizzatore, né agire in giudizio per far accertare come dovuti tali contributi, in virtù di un accertamente incidentale costitutivo di un rapporto contrattuale corrente fra altri, uno dei quali assente nel giudizio"; G. FERRARIS e G. BASCHERINI, *Le norme in materia di somministrazione a tempo determinato e indeterminato*, in C. RUSSO (a cura di), *Somministrazione, appalto, distacco, trasferimento d'azienda*, Giappichelli, Torino, 2006, 38; S. SLAPATER, *I terzi rispetto all'appalto o alla somministrazione irregolare, ovvero il triangolo spezzato*, in *Lav. Giur.*, 2007, 240; nello stesso senso, in materia di distacco, M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d. lgs. n. 276 del 2003*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, 232.

(8) A questa conclusione giunge P. ICHINO, *Prime note sulla somministrazione di lavoro nel D. Lgs. n. 276 del 2003*, in *Giust. Civ.*, 2004, 71, il quale tuttavia, pur constatando la sostanziale conservazione in vita, in riferimento alla quasi totalità dei casi, dell'apparato sanzionatorio civilistico proprio dell'ordinamento previgente, sottolinea la rilevanza teorico-sistematica della disposizione, nella parte in cui riconosce che "(...) il legislatore può modulare diversamente l'apparato sanzionatorio, differenziandolo in relazione alla qualità dei soggetti del rapporto ed al grado di irregolarità della fattispecie".

(9) In questo senso v. M. VENDRAMIN, *Vecchi e nuovi confini dei fenomeni interpositori*, in *Boll. ADAPT*, n. 18 del 24 maggio 2006, secondo la quale "è difficile comprendere, dunque, le ragioni che potrebbero spingere un soggetto a preferire il ricorso ad una disciplina blindata e fortificata come quella della somministrazione, laddove pare che gli sia servita su un autentico piatto d'argento la possibilità di aggirare parte delle tutele e delle garanzie giuslavoristiche attraverso l'utilizzo di uno strumento, l'appalto, che oltre a presentarsi come meno garantistico, risulta anche meno oneroso". Stesse considerazioni in L. ZAPPALA', *Verso un nuovo assetto dei fenomeni interpositori. Prime riflessioni sulla "tipizzazione" del contratto di somministrazione di lavoro*, in *Dir. rel. Ind.*, 2004, n. 2, p. 26.

preferibile alla procedura, peraltro ben più complessa, della somministrazione.

Alla articolata regolamentazione, riportata *supra*, delle sanzioni in materia di somministrazione si contrappone infatti una disciplina *leggera* in tema di appalto, che si limita a richiamare gli elementi costitutivi della fattispecie (mutuati dall'art. 1655 c.c.), recependo gli orientamenti giurisprudenziali volti a mitigare il rigore della normativa previgente: viene dunque confermata la necessità - perché si possa configurare un appalto - che l'appaltatore assuma il rischio d'impresa e organizzi i mezzi necessari per lo svolgimento dell'attività; in ordine a quest'ultimo profilo è tuttavia espressamente previsto che l'organizzazione possa risultare dell'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto (10). Quanto alla figura del distacco viene invece ribadito (art. 30) che esso si configura solo in presenza di un interesse del distaccante (11).

Per i profili che qui maggiormente rilevano è fondamentale rilevare che nella prima formulazione del d. lgs. n. 276 del 2003 non era prevista alcuna sanzione espressa per le ipotesi di appalto o distacco non genuini, ed era quindi necessario richiamare i principi generali, mentre il decreto correttivo n. 251 del 2004 ha aggiunto all'art. 29 il comma 3 bis ed all'art. 30 il comma 4 bis, rispettivamente per l'appalto ed il distacco, per disporre che in carenza dei requisiti costitutivi delle diverse figure il lavoratore possa chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro con l'utilizzatore.

In questo modo - con l'estensione della disciplina della somministrazione irregolare a fenomeni quantitativamente ben più consistenti - si pone urgente l'esigenza di verifica sul piano sistematico della tenuta della tesi della annullabilità del contratto, che sembra quasi comportare la perdita dello stesso concetto di interposizione illecita di manodopera (12).

3. — La tesi della annullabilità del contratto di appalto di mere prestazioni di lavoro. Critica

Punto di partenza dell'analisi è la considerazione della permanenza del divieto di interposizione di manodopera, confermata dalla giurisprudenza penale che, subito chiamata a pronunciarsi sul punto, per le evidenti ripercussioni sul regime della successione delle leggi penali nel tempo, con eventuale effetto di retroattività della legge più favorevole al reo, ha precisato che l'interposizione illecita costituisce anche nel nuovo assetto una fattispecie penalmente sanzionata, in quanto solo parzialmente abrogata dalla introduzione della fattispecie di somministrazione di lavoro esercitata dai soggetti abilitati, continuando ad essere puniti come reati gli appalti di mere prestazioni di lavoro posti al di fuori di tali deroghe; vi è dunque *continuità normativa* - secondo un orientamento

(10) Cfr., A. VALLEBONA, *Nuovi temi e questioni controverse in materia di previdenza e contribuzione obbligatoria*, in questa Rivista, 2005, 756; I. ALVINO, *Il confine fra appalto e interposizione nel D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, in *Lav. Giur.*, 2005, 1037.

(11) Per questo requisito, prima della riforma, Cass., 17 gennaio 2000, n. 594, con nota di M. T. CARINCI, *Sulla distinzione tra distacco lecito e interposizione: ha rilievo la natura dell'interesse del distaccante?*, in *Riv. It. Dir. Lav*., 2001, II, 407.

(12) Cfr., P. CAPURSO, *La tutela del credito contributivo negli appalti, prima e dopo la riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, 544, il quale osserva che "(...) in tal modo lo Stato abdicherebbe alla fondamentale funzione di controllo della legalità del mercato del lavoro (...)".

giurisprudenziale ormai consolidato - tra la normativa previgente, che vietava tutte le ipotesi di appalto di mere prestazioni di lavoro, e quella regolata dal d. lgs. n. 276 del 2003 che, nel prevedere la nuova figura della somministrazione di lavoro, determina una parziale *abolitio criminis* con permanenza del reato, in ossequio ad una tecnica legislativa che è stata efficacemente denominata di *abrogatio sine abolitione* (13).

L'interposizione di manodopera, al di fuori delle ipotesi lecite espressamente previste dalla legge, è dunque una fattispecie criminale, ma quali conseguenze sul rapporto di lavoro e su quello contributivo?

Occorre subito evidenziare che in dottrina molti autori ritengono che la violazione delle norme in materia di scissione tra titolarità ed utilizzazione della prestazione di lavoro dia luogo a nullità del contratto, rilevabile da chiunque abbia interesse, e quindi anche dagli Enti previdenziali (14), ed a sostegno di questa soluzione è possibile ricordare che la legge delega prevedeva espressamente la conferma del regime sanzionatorio civilistico delle violazioni della disciplina della mediazione privata nei rapporti di lavoro (art. 1 lett. m della legge 14 febbraio 2003, n. 30); io credo però che la definitiva conferma della insostenibilità della tesi della annullabilità del contratto derivi proprio dalla estensione del particolare meccanismo sanzionatorio all'appalto non genuino.

Mentre infatti nel più ristretto ambito della somministrazione è anche possibile prospettare una graduazione delle conseguenze giuridiche in ragione della gravità dei vizi del contratto, trasferita sulla disciplina dell'appalto la teoria della annullabilità diventa priva di logica, perché il primo comma dell'art. 29 non regola i vizi del contratto (e quindi, in ipotesi, la conservazione del contratto stesso) ma individua i criteri per distinguere l'appalto da ciò che appalto non è, ed è invece somministrazione di lavoro, sicchè in quest'ultima cate-

---

(13) Cfr. Cass. pen., 25 agosto 2004, n. 34922, in *Dir. Lav.*, 2005, II, 275, con nota di A. MORRONE, *Rilevanza penale della somministrazione di lavoro tra vecchio e nuovo regime*; in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, 101, con nota di A. PALLADINI, *La rilevanza penale della somministrazione di lavoro e della intermediazione alla luce della riforma del mercato del lavoro*; in *Giur. it.*, 2005, 1052, con nota di G. DEBERNARDI; Cass. pen., 26 gennaio 2004, n. 2583, in *Lav. Giur.*, 2005, 954, con nota di C. PERINI, *La successione di leggi penali in materia di somministrazione di lavoro: l'orientamento della Suprema Corte*. Sul tema v. anche, A. TRIMBOLI, *Brevi osservazioni sulla tutela penale nella riforma del mercato del lavoro: i cd. reati di somministrazione e di illecita utilizzazione di mano d'opera tra vecchi e nuovi problemi*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2005, 677.

(14) Cfr., P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti*, Bari, 2004, secondo il quale "si tratta, in altri termini, di una norma tipicamente processuale in quanto formulata a partire dalla posizione del lavoratore rispetto all'esercizio dell'azione civile la quale (...) può essere proposta soltanto dal prestatore di lavoro subordinato, unico soggetto legittimato a far accertare la natura interpositoria della fattispecie *al fine* di costituire il rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore"; O. MAZZOTTA, *Somministrazione di lavoro e subordinazione: chi ha paura del divieto di interposizione?*, relazione all'incontro di studi organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura (Roma, 31 gennaio 2007) sul tema "Lavori flessibili e giurisprudenza": "(...) non è affatto vero infatti che la sanzione della costituzione di un rapporto di lavoro diretto con l'utilizzatore è imposta solo quale conseguenza di violazioni puramente formali (come avviene per la mancanza delle prescrizioni di cui all'art. 21, 1° co.). Essa si impone soprattutto con riferimento all'impiego del contratto al di fuori dei *tassativi* presupposti abilitanti e segnatamente in assenza della specifica *qualità* del soggetto interposto" (pag. 12); A. PANDOLFO, *La somministrazione irregolare di lavoro e alcuni profili previdenziali*, in *Prev. Ass. Pubbl. priv.*, 2005, 737; F. SCARPELLI, *Interposizione illecita, somministrazione irregolare, somministrazione fraudolenta*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004, 158; F. BORLA, *Profili previdenziali dei rapporti di lavoro*, in I*nf. Prev.*, 2003, 1507; C. RUSSO, *La nuova disciplina in tema di appalto e distacco*, in C. RUSSO (a cura di), *Somministrazione, appalto, distacco, trasferimento d'azienda*, Torino, 2006, 103.

goria devono essere riportate tutte le ipotesi di scissione tra datore di lavoro formale e utilizzatore delle prestazioni, che quando sono non conformi alla legge danno luogo alla interposizione di manodopera, prima vietata dall'art. 1 della legge n. 1369 del 1960 ed oggi, abrogata quella legge, vietata perché rientrante nella fattispecie somministrazione illecita (15).

Il cortocircuito logico sta dunque nel considerare l'appalto di mere prestazioni di lavoro come un vizio del contratto, mentre in tal caso non esiste proprio l'appalto, e si configura la diversa ipotesi della somministrazione di lavoro, che ove non autorizzata altro non è che interposizione illecita di manodopera; ed al riguardo è sufficiente richiamare l'art. 84 del citato d. lgs. n. 276 del 2003, che autorizza la certificazione del contratto di appalto "ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto" ed è significativamente rubricato come "interposizione illecita e appalto genuino", a conferma che l'appalto non genuino è interposizione illecita, e l'interposizione illecita è la somministrazione illecita (16).

La conseguenza è che nel caso in cui il contratto non abbia le caratteristiche dell'appalto lecito si è davanti ad una ipotesi di interposizione illecita di manodopera, che è equiparata, *quoad effectum*, alla somministrazione nulla, siccome svolta da soggetto non autorizzato ed in mancanza di forma scritta; né alcun rilievo può assumere il fatto che il *nomen iuris* assegnato dalle parti non sia stato di somministrazione di lavoro, ma di appalto (17), poiché non si versa in tale ipotesi, ed il diritto del lavoro è informato ad un principio erme-

(15) Cfr., in motivazione, Cass. pen., 26 gennaio 2004, n. 2583, in *Lav. Giur.*, 2005, 954: "Se si tiene presente la chiara opzione non formalistica del legislatore nella soggetta materia, per cui i contratti valgono per il loro contenuto effettivo e non per il *nomen iuris* loro assegnato, e si considera la distinzione tra somministrazione di lavoro e appalto di servizi ribadita dall'art. 29, D. Lgs. n. 276/2003, per cui sussiste l'appalto solo nel caso in cui l'organizzazione dei mezzi produttivi, la direzione dei lavoratori e il rischio d'impresa sono intestati all'appaltatore e non al committente o utilizzatore delle prestazioni, se ne deve concludere che ogni volta che un imprenditore utilizzi prestazioni di lavoro fornite da altri, assumendosi però l'organizzazione dei mezzi, la direzione dei lavori e il rischio d'impresa, si concretizza una somministrazione di manodopera, che resta vietata e penalmente sanzionata se priva dei requisiti soggettivi e oggettivi prescritti dalla nuova legge. Per conseguenza, quello che secondo la legge abrogata era considerato appalto di mere prestazioni di lavoro, perché l'appaltatore impiegava capitali macchine ed attrezzature fornite dal committente (art. 1, comma 3, L. 1369/1960) è ora qualificato come somministrazione di lavoro ed è ugualmente punito se esercitato da soggetti non abilitati o fuori delle ipotesi previste dalla nuova legge". In dottrina v. L. ZAPPALA', *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla "tipizzazione" del contratto di somministrazione di lavoro*, in *Dir. rel. Ind.*, 2004, n. 2, pag. 26, che individua la somministrazione di lavoro come fattispecie assorbente di tutte le forme atipiche aventi ad oggetto mere prestazioni di lavoro; nello stesso senso M. VENDRAMIN, *Vecchi e nuovi confini dei fenomeni interpositori*, in *Boll. ADAPT*, n. 18 del 24 marzo 2006, la quale definisce la somministrazione e l'appalto due stelle sotto lo stesso cielo.

(16) Cfr. O. MAZZOTTA, I*l mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interposi tori*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2003, 265: "Nel quadro descritto, quale dovrà essere allora il regime giuridico dell'interposizione illecita? La risposta ci sembra agevole. Se è vero che il legislatore intende introdurre una nuova ipotesi di somministrazione lecita della manodopera, entro un orizzonte nel quale i lavoratori si inseriscano a tutto tondo all'interno dell'impresa che ne utilizza le prestazioni, pur restando formalmente (e lecitamente) dipendenti dell'interposto, la deviazione da tale schema non potrà che condurre alla caducazione dello schermo costituito dall'interposto per ricollegare i rapporti di lavoro direttamente in capo all'interponente" (pag. 275).

(17) Sul punto v. le conclusioni della circolare n. 7 del 2005 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, laddove precisa che "(...) nell'ipotesi in cui la somministrazione senza autorizzazione si concretizzi in assenza di un contratto scritto, il contratto di somministrazione deve comunque ritenersi nullo e i lavoratori sono considerati alle dirette dipendenze dell'utilizzatore e questo indipendentemente dalla supposta qualificazione del contratto come appalto (...)".

neutico generale di effettività, nel quale la sostanza prevale sulla forma, sicchè le norme regolatrici sono quelle del contratto eseguito e giammai quelle del contratto simulato (18).

4. — Il principio di effettività

Il divieto di interposizione continua dunque ad esistere, ed i servizi ispettivi - a mio parere - costituiscono l'insostituibile presidio finalizzato al contrasto di questo fenomeno di sfruttamento del lavoro e di evasione fiscale e contributiva, perché è evidente che una fattispecie tanto contraria ai principi ed all'interesse generale da configurare gli estremi del reato non possa essere ricondotta a causa di annullabilità, trattandosi di illiceità della causa del contratto, che dà luogo alla nullità dello stesso (19), e che può essere fatta valere da chiunque abbia questo interesse, e quindi anche dagli Enti previdenziali.

Peraltro si può anche dubitare della necessità, per questi ultimi, di passare attraverso la *strettoia* dell'art. 29: a ben vedere essi si limitano ad imputare il rapporto di lavoro in capo all'interponente in ragione del cd. principio di effettività, perché questo è l'assetto reale del rapporto che le parti hanno voluto e realizzato, e cioè che l'appaltante ricopre il ruolo di datore di lavoro, circostanza che da sola - e senza la necessità di alcuna sentenza costitutiva - costituisce il presupposto di legge per l'insorgenza dell'obbligo contributivo. E della sovranità del principio di effettività è evidente conferma la conclusione cui giunge un autorevole studioso il quale, pur prospettando la tesi della annullabilità del contratto, deve riconoscere che nella maggior parte dei casi gli enti potrebbero aggirare l'ostacolo introducendo una normale azione di accertamento della sussistenza di fattispecie di lavoro nero (20).

---

(18) Cfr. C. PERINI, *La successione di leggi penali in materia di somministrazione di lavoro: l'orientamento della Suprema Corte*, nota a Cass. pen. 26 gennaio 2004, n. 2583 e Cass. pen. 26 aprile 2005, n. 15579, in *Lav. Giur*., 2005, 958, la quale correttamente osserva come "(...) al di là del *nomen iuris*, introdotto solo con il D. Lgs. n. 276/2003, come "somministrazione di lavoro" può essere *lato sensu* qualificata ogni ipotesi di scissione fra il soggetto titolare del rapporto di lavoro (datore di lavoro formale) e il soggetto beneficiario della prestazione del lavoratore (cd. utilizzatore): dunque anche l'appalto di manodopera considerato dagli artt. 1 e 2, L. n. 1369/1960" (961). In questo senso v. anche M. SFERRAZZA, *Somministrazione fraudolenta ed appalto illecito come limiti al processo di esternalizzazione*, in *Dir. Lav. Marche*, 2006, 51. Le assurde conseguenze cui porterebbe una diversa impostazione sono esposte in S. SLAPATER, *I terzi rispetto all'appalto o alla somministrazione irregolare, ovvero il triangolo spezzato*, in *Lav. Giur.*, 2007, 240: "(...) Solo nel caso limite della mancanza di forma scritta si realizza un assetto in tutto e per tutto identico a quello della L. n. 1369/1960. Credo, però, che pochi saranno così sprovveduti da non stendere almeno due righe di contratto. (...). In tutti gli altri casi, anche se sostanzialmente si tratta di interposizione di manodopera, l'utilizzatore *rischia* solo che il lavoratore intermediato si attivi e sia così petulante da non accettare alcuna offerta a tacitazione. (...). Si tratta di disincentivi assai modesti che certo non rendono radicalmente sconveniente effettuare operazioni di questo tipo".

(19) Cfr., O. MAZZOTTA, *Somministrazione di lavoro e subordinazione: chi ha paura del divieto di interposizione?, cit.*, 14,: "(...) il contratto di somministrazione non conforme alle regole è nullo per contrarietà a norma imperativa e dunque quella che viene qualificata come mera irregolarità è in realtà una *species* del *genus* nullità".

(20) Cfr. R. DEL PUNTA, *Divieto di interposizione e responsabilità dell'interposto*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2007, 503: "(...) nella maggior parte dei casi in esame - alla luce della pur parziale sovrapposizione fra l'area del divieto di interposizione e quella della subordinazione ex art. 2094 c.c. - l'INPS o la DPL potrebbero teoricamente provare ad aggirare l'ostacolo posto dalla nuova normativa sostenendo non la violazione del divieto di interposizione, bensì, in modo più spiccio - e purchè ve ne siano, naturalmente, gli estremi - la realizzazione di fatto di un rapporto di lavoro subordinato fra l'appaltante/utilizzatore e il lavoratore; *dimenticandosi*, insomma, dell'appaltatore, e trattando i lavoratori coinvolti come degli ordinari lavoratori in *nero*".

5.— Il principio di autonomia del rapporto contributivo

Infine, e soprattutto, non si può non tenere in considerazione il principio di autonomia del rapporto contributivo, che informa il nostro sistema previdenziale (21).

In ossequio a questo principio il rapporto di lavoro ed il rapporto contributivo possono atteggiarsi nelle loro vicende in modo anche difforme, ed avere anche sorte indipendente, sicchè la contribuzione è dovuta anche in mancanza di erogazione della retribuzione (22), e la sua determinazione prescinde dall'accettazione di un trattamento economico inferiore a quello legale o contrattuale (23). Allo stesso modo, nelle ipotesi di sospensione unilaterale del rapporto di lavoro che poi si rilevi illegittima, ad esempio per licenziamento successivamente dichiarato illegittimo, è dovuta la contribuzione da parte del datore di lavoro, indipendentemente e nonostante la mancata erogazione della retribuzione nel periodo predetto (24). Corollari del principio di autonomia del rapporto contributivo si rinvengono anche in campo processuale, dove la giurisprudenza esclude il litisconsorzio necessario con l'ente previdenziale per l'azione promossa dal lavoratore al fine di conseguire la condanna alla regolarizzazione della posizione assicurativa da parte del datore di lavoro (25), e con quest'ultimo nel giudizio per l'accertamento della illegittimità dell'atto con cui l'Istituto previdenziale, ritenendo insussistente il presupposto dell'assicurazione, abbia provveduto ad annullare determinate contribuzioni e ad escluderle dalla sua posizione assicurativa (26).

Ed è proprio richiamando il principio di autonomia del rapporto contributivo che la Suprema Corte di Cassazione ha già offerto una interpretazione della disciplina di cui all'art. 27, in commento, evidenziando come *"(...) è abituale tecnica legislativa, proprio in ragione della più volte ricordata autonomia del rapporto previdenziale (...), regolare in modo specifico e autonomo (lasciando impregiudicate la posizione dell'Istituto assicurativo e la generale disciplina dell'esercizio dei suoi diritti derivanti dal rapporto previdenziale) sia gli obblighi di natura economica e normativa che quelli di natura previdenziale e assistenziale scaturenti dal rapporto di lavoro subordinato e indicando quei lavoratori che dall'adempimento di tali obblighi devono essere garantiti allorquando, in ragione della pluralità dei beneficiari delle prestazioni lavorative, possano sorgere incertezze sulla individuazione del vero datore di lavoro o possano configurarsi pericoli di irregolare utilizzazione di specifici istituti e di figure contrattuali legislativamente disciplinate"* (27).

---

(21) Sottolinea la necessità di risolvere il dilemma alla luce del principio di autonomia del rapporto contributivo, A. PANDOLFO, *La somministrazione irregolare di lavoro e alcuni profili previdenziali*, in *Prev. Ass. Pubbl. priv.*, 2005, 737.

(22) Cass., 20 luglio 1985, n. 4307, in *Rep. Foro it.*, 1985, *Previdenza sociale*, n. 508.

(23) Cass. 22 maggio 1999, n. 5002, in *Rep. Foro it.*, 1999, *Previdenza sociale*, n. 240.

(24) Tra le tante, Cass. 4 luglio 1996, n. 6095, in *Mass. Giur. Lav.*, 1996, 629; Corte Cost. 8 gennaio 1986, n. 7, in *Giur. It.*, 1987, I, I, 800.

(25) Cass., ss.uu., 28 marzo 1983, n. 2174, in *Rep. Foro it.*, 1983, *Intervento in causa e litisconsorzio*, n. 28.

(26) Cass. 23 marzo 1999, n. 2748, in *Rep. Foro it.*, 1999, *Intervento in causa e litisconsorzio*, n. 20.

(27) Cass. 17 gennaio 2007, n. 996, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, 544, con nota di P. CAPURSO, *La tutela del credito contributivo negli appalti, prima e dopo la riforma del mercato del lavoro*; in *Lav. Giur.*, 2007, 571, con nota di E. BARRACO, *Appalti, riscossione dei contributi previdenziali e termine di decadenza: revirement salva-INPS della Cassazione*; in *Lav. prev. Oggi*, 2007, 706, con nota di D. LOIACONO, *La non estensibilità del termine di decadenza agli enti previdenziali*.

6. — Conclusioni: la nullità del contratto di appalto di mere prestazioni di lavoro per illiceità della causa

In conclusione, si può ribadire che - dopo la riforma -, al di fuori dell'appalto lecito o delle forme di dissociazione tra titolarità del rapporto e utilizzazione delle prestazioni (somministrazione e distacco) conformi al tipo legale si è davanti alla figura della interposizione illecita, con conseguente nullità del contratto per illiceità della causa (28).

Il rapporto contributivo, che come noto si instaura solo tra l'ente previdenziale ed il datore di lavoro, non viene condizionato dal comportamento di un soggetto terzo, quale il lavoratore, e quindi dalla sua eventuale azione giudiziaria, sicchè - nel caso di appalto illecito - l'obbligo contributivo grava sull'appaltante, che ha effettivamente utilizzato la prestazione, come effetto automatico della novazione *ex lege* del rapporto con sostituzione del datore di lavoro reale (committente) al datore di lavoro apparente (appaltatore/interposto), mentre quest'ultimo non può chiedere la restituzione dei pagamenti effettuati, che vengono trattenuti, *ex* art. 27, co. 2, come adempimento del terzo (art. 1180 c.c.), e resta comunque obbligato, nel caso di inadempimento del committente, anche per l'importo della contribuzione non versata, a titolo di responsabilità extracontrattuale, per lesione del credito (29).

Quanto infine alla esplicita previsione di azione giudiziaria da parte del lavoratore per chiedere la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, questa disposizione deve essere letta all'interno della sola disciplina del rapporto di lavoro, ponendosi come deroga al principio generale della dissoluzione del contratto nullo. La legge, dunque, non impone - ed è qui la differenza con la normativa previgente - la conversione del contratto per il futuro, e neanche subordina alla volontà delle parti la stabilizzazione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore, come invece prevede l'art. 1424 c.c., ma disegna una *nullità di protezione*, riservando al solo lavoratore, vittima della illecita triangolazione, la scelta se proseguire il rapporto alle dipendenze dell'interponente/appaltante o consolidare la nullità del rapporto di lavoro, con salvezza, *ex* art. 2126 c.c., dei diritti relativi alla parte eseguita.

---

(28) P. CAPURSO, *La riforma del mercato del lavoro: riflessi sulle obbligazioni contributive previdenziali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, 853.

(29) Cfr. Cass., sez. un., 26 ottobre 2006, n. 22910, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, II, 23, con note di A. MANNINO, *Sull'interposizione di manodopera: l'epilogo sulla responsabilità dell'interposto*, e di A. RAFFI, *Le sezioni unite e la responsabilità dell'interposto in caso di illegittimo appalto di manodopera*; in *Dir. rel. Ind.*, 2007, 503, con nota di R. DEL PUNTA, *Divieto di interposizione e responsabilità dell'interposto*; in *Lav. Giur.*, 2007, 271, con nota di L. RATTI, *Interposizione illecita e irresponsabilità solidale del datore di lavoro interposto*; in *Arg. Dir. lav.*, 2007, II, 1019, con nota di M. T. CARINCI, *L'unicità del datore di lavoro - quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse - è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico*; in *Guida dir.*, 2006, n. 44, 26, con nota di M. TATARELLI, *L'estensione ai crediti retributivi rischia di penalizzare il dipendente*; in *Riv. Crit. Dir. lav.*, 2006, 1176, con nota di A. GUARISO, *Solidali nell'appalto lecito, separati nell'appalto illecito: lo strano destino degli obblighi retributivi dopo le sezioni unite e le innovazioni della finanziaria*.

NOTE A SENTENZA

Contributi - Fiscalizzazione degli oneri sociali - Imprese armatoriali straniere - Lavoratori imbarcati su galleggianti mobili - Applicazione - Condizioni.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 11.07.2007, n. 15496 - Pres. Rel. De Luca - P.M. Pivetti - European Marine Contractors Limited, S. Portugal Comercio Maritimo, S. Spa (Avv. Rossi) - INPS (Avv.ti Fonzo, Sgroi).

Ai fini della applicazione della disciplina della fiscalizzazione degli oneri sociali e dell'esonero da contribuzione ex *Gescal, il regime agevolativo previsto per i lavoratori italiani in servizio presso imprese armatoriali straniere è applicabile anche in relazione ai lavoratori addetti a piattaforme galleggianti mobili, che abbiano stazza lorda superiore alle dieci tonnellate ovvero mezzi di propulsione propri.*

FATTO — Con la sentenza ora denunciata, la Corte d'appello di Trieste, in parziale riforma della sentenza del Tribunale della stessa sede - che aveva accolto le opposizioni di S. PORTUGAL COMERCIO MARIT1MO S.A., EUROPEAN MARINE CONTRACTORS LIMITED e S. S.p.a a decreti ingiuntivi, per il pagamento di contributi e somme aggiuntive in favore dell'INPS - confermava, bensì, la revoca dei decreti ingiuntivi opposti, ma condannava, tuttavia, le società opponenti al pagamento delle "somme, di cui ai decreti opposti, (ma) con le sanzioni quantificate ai sensi della L. n. 662 del 1996 articolo 1, comma 218" - pretese dall'Istituto, per l'anno 1996, in dipendenza del disconoscimento del diritto delle società alla "fiscalizzazione degli oneri sociali" ed all'esonero dai contributi ex GESCAL " per alcuni dipendenti che erano addetti al lavoro in mare ed all'estero su alcuni pontoni sprovvisti di mezzi di propulsione propri" - essenzialmente in base ai rilievi seguenti:

sia in primo che in secondo grado, "il tema d'indagine era ed è esattamente lo stesso e non uno nuovo: il regime assicurativo del personale dei pontoni fissi operanti in territorio straniero", nel merito, la L. n. 413 del 1984, articolo 5 "definisce il concetto di nave, proprio e solo ai fini del regime pensionistico (per il personale marittimo), ed esclude dal suo novero (vedi la lettera e) i galleggianti privi di mezzi di propulsione propri, tra i quali per certo rientrano i pontoni armati dalle società parti in causa (il fatto è, per vero, pacifico)";

"il richiamo invece, con intento di deroga, al disposto del codice della navigazione ed al concetto di nave in esso contenuto non è possibile perchè detto codice riguarda, come è noto, i più disparati aspetti della attività della navigazione in termini generali, mentre la L. n. 413 del 1994 concerne solo l'aspetto previdenziale nella sua interezza";

"ci troviamo di fronte ad una legge speciale sopravvenuta, rappresentata dalla L.

n. 413 del 1984, rispetto al codice della navigazione, il quale, con estrema genericità (art. 1287), si riferiva agli effetti delle leggi in tema di assicurazione sociale e di previdenza";

infatti la L. n. 413 del 1984 "ha in verità integralmente rivisitato la materia previdenziale per i marittimi, innovandola ed escludendo dal suo novero i galleggianti privi di mezzi di propulsione propri";

tuttavia la stessa L. n. 413 del 1984, "all'articolo 7 e all'articolo 12, fa intendere la non necessaria coincidenza fra le figure dell'armatore e del soggetto tenuto all'assicurazione (...)".

quanto, poi, al "sospetto di illegittimità costituzionale", la stessa L. n. 413 del 1984 prevede (art. 6) deroghe all'obbligo di assicurazione "e non si vedono grosse differenze, sotto il profilo del rischio assicurato, fra il marittimo di cui all'articolo 5 e quelli di cui all'articolo 6, (nè) tale fatto (risulta) privo di valenza, (avendo) il legislatore (...) ritenuto di operare la scelta in base anche ad altri criteri, e non solo in base a quello dell'attività curata e del rischio affrontato";

lo stesso "concetto di nave, dato dalla L. n. 413 del 1984, articolo 5 citato, rileva pure con riguardo ai casi delineati dalla L. n. 413, articolo 47 (...)";

"quanto, poi, alla natura di impresa amatoriale o meno delle ricorrenti, (...), il discrimine, ai fini speciali della previdenza, è dato dal concetto di nave, adottato dalla L. n. 413 del 1984, non ricomprendente i pontoni e le piattaforme gestite da parte delle stesse (ricorrenti)";

peraltro, quanto al "diritto (...) alla fiscalizzazione, quali imprese ausiliarie a quelle industriali, impiantistiche ed estrattive, (si tratta) di questione nuova, mai sollevata prima e sorretta, comunque, da mere allegazioni qui indimostrate e non fatte oggetto di prova acconcia";

"va inoltre posto in risalto il fatto che il concetto di "nave", dato dalla L. n. 413 del 1984, articolo 5, rileva pure con riguardo ai casi delineati dall'articolo 47 della (stessa) legge (...)";

"non operando (...) l'aggancio al sistema previdenziale, stabilito dalla L. n. 413 del 1984, articolo 47 anche le tesi delle ricorrenti, in merito alla non spettanza del contributo ex GESCAL, risultano destituite di fondamento";

"fondato, invece, è il rilievo delle imprese interessate inerente al criterio di computo reale, quindi, all'entità delle somme aggiuntive dovute sul capitale costituito dai contributi evasi", in quanto, "nel caso di specie, va applicato il criterio di computo, di cui alla L. n. 662 del 1996, articolo 1, comma 218".

Avverso la sentenza d'appello, S. PORTUGAL COMERCIO MARITIMO S.A. EUROPEAN MARINE CONTRACTORS LIMITED e S. S.p.a. propongono ricorso per cassazione, affidato a tre motivi ed illustrato da memoria.L'intimato INPS resiste con controricorso.

Diritto — 1. "Con il primo motivo di ricorso - denunciando violazione e falsa applicazione di norme di diritto (L. n. 413 del 1984, in particolare artt. 4, 5, 6, 7 e 12; D.L. n. 317 convertito in L. n. 387 del 1987, in particolare art. da 1 a 5; L. n. 135 del 1977; artt. 136, 265, 1287 cod. nav. e art. 345 c.p.c.), nonchè vizio di motivazione (art. 360, n. 3 e 5 c.p.c.) - S. PORTUGAL COMERCIO MARITIMO SA., EUROPEAN

MARINE CONTRACTORS LIMITED e S. S.p.a. censurano la sentenza impugnata - per avere negato alle stesse società "il beneficio della fiscalizzazione e l'esonero dalla contribuzione ex GESCAL" - sebbene inducessero ad opposta conclusione, essenzialmente, le circostanze e le considerazioni seguenti:

- "la contraddizione insita nella sentenza impugnata, laddove, da un lato, si afferma che è decisivo, ai fini della defiscalizzazione e della contribuzione ex GESCAL, muovere proprio dall'inquadramento previdenziale dei marittimi (e non dalla natura amatoriale dell'impresa), e, dall'altro lato, si prescinde, però, del tutto, dal dire quale sia il corretto inquadramento previdenziale dei marittimi considerati";

- "la tutela di cui alla L. n. 398 del 1987"- invocata dall'INPS, nella memoria difensiva del giudizio di primo grado - non è applicabile alla dedotta fattispecie - in quanto, da un lato, si tratta di "navi battenti bandiera estera" (art. 5, comma 3) e, dall'altro, è mancata, comunque, la determinazione della retribuzione convenzionale per i marittimi - con la conseguenza che - una volta esclusa l'applicabilità della L. n. 413 del 1984 (ai sensi dell'art. 47 della stessa legge) - la stessa fattispecie non sarebbe soggetta alla legge italiana;

- peraltro "l'INPS, in grado d'appello, ha mutato completamente la propria impostazione difensiva, sostenendo che, "trattandosi di lavoratori marittimi", sarebbe ad essi applicabile il regime di cui alla L. n. 413 del 1983, articolo 4 (...)", e "la nuova impostazione difensiva dell'INPS (...) si è tradotta in un inammissibile mutamento della domanda in secondo grado (...)";

- parimenti "è contraddittorio affermare, contemporaneamente, l'applicabilità della L. n. 413 del 1984, articolo 4 e l'inapplicabilità dell'articolo 47 legge citata";

- "neppure valgono, ai fini dell'applicazione dell'articolo 4 (della L. n. 413 del 1984), i richiami operati dall'INPS agli artt. 7 e 12 della legge (...), sosten(endo) che tali norme farebbero riferimento, tra i datori di lavoro destinatari di quella legge, anche a soggetti diversi dalle aziende armatoriali", in quanto l'interpretazione proposta dall'Istituto - oltre a risultare erronea - non identifica i "soggetti diversi dalle aziende amatoria, assoggettati alla L. n. 413 del 1984, (ai quali) apparterrebbero le società ricorrenti";

in conclusione: "se non si applica la L. n. 398 de 1987, nè la L. n. 413 del 1984, articolo 47, allora non si applica la legislazione italiana";

pertanto la sentenza impugnata risulta viziata da "manifesta contraddittorietà della motivazione su cui si fonda";

peraltro "l'articolo 1287 cod. nav. ricomprende, nel proprio ambito, espressamente "agli effetti delle leggi per le assicurazioni sociali e per la previdenza", sia le navi (e, quindi, i galleggianti, giusta l'articolo 136 cod. nav.) aventi una certa stazza (...) che quelle (...) aventi un motore con determinate caratteristiche, indipendentemente dalla stazza ...)";

"limiti questi, entro cui, pacificamente, rientrano anche i pontoni e galleggianti armati dalle società ricorrenti (cfr, sul punto, l'accertamento contenuto a pagina 7 della sentenza di primo grado, mai contestato da controparte, su cui dunque si è formato il giudicato: "ne consegue, pacifico tra le parti, che i pontoni e le piattaforme utilizzate dalle società (ora ricorrenti) hanno una stazza di gran lunga superiore alle dieci tonnellate (...)";

"sicchè (...) non v'è ragione alcuna per escludere l'applicazione, nel caso di spe-

cie, anche della L. n. 413 del 1984, articolo 47";

"orbene non è possibile ritenere che la norma generale di cui all'articolo 136 cod. nav. - contenuta nella parte generale del "regime amministrativo delle navi" - che estende ai galleggianti mobili le disposizioni riguardanti le "navi", non si applichi all'articolo 1287 c.n., disposizioni particolari proprio sul regime amministrativo delle navi";

"conclusione tanto più significativa ai nostri fini, laddove si consideri che l'articolo 1287 cod. nav. detta un criterio di individuazione delle navi che è espressamente esteso "agli effetti delle leggi per le assicurazioni sociali e per la previdenza";

"si consideri ancora che le società (ora ricorrenti) sono assoggettate, quali aziende amatoriali, a tutte le norme dettate per qualsiasi altro armatore di navi, essendo loro applicabile la L. n. 135 del 1977, in base alla quale il raccomandatario deve fornire ogni garanzia sul rispetto della posizione assicurativa e previdenziale dei marittimi che vengono imbarcati su navi straniere";

pertanto "la nozione di "nave" utile anche ai fini previdenziali, come specificato dall'articolo 1287 cod. nav., include, quoad rationem, anche i marittimi imbarcati su mezzi non autopropulsi battenti bandiera straniera";

"non vi è dunque alcuna ragione di contrasto tra la L. n. 413 del 1984 e le precedenti disposizioni del codice della navigazione, ovvero quelle presenti nelle leggi speciali sulla navigazione";

"piuttosto e più semplicemente, si tratta, come sempre, di coordinare ed applicare, anche nel caso di specie, le disposizioni generali e speciali contenute negli articoli 136 c.n., comma 3, L. n. 413 del 1984, art. 5, lettera b) e art. 1287 cod. civ. (recte: del cod. nav.), con la conseguente applicazione anche dell'articolo 47 della L. n. 413 del 1984";

comunque "la lettera b) della L. n. 413 del 1984, articolo 5, se interpretata nel senso di ricomprendere, per effetto del rinvio al codice della navigazione, anche i pontoni e galleggianti non aupopropulsi, non rende affatto priva di qualsiasi utilità la lettera e) dello stesso articolo (...)";

infatti, "mentre la lettera e) prescinde dalla potenza dell'"apparato motore", purchè il galleggiante sia "addetto al servizio dei porti, delle rade e del pilotaggio" e, dunque, ha riguardo, essenzialmente, alla funzione svolta dal mezzo, (mentre) la lettera b) prescinde dal servizio cui è adibito il mezzo, purchè lo stesso abbia un "apparato motore superiore ai venticinque cavalli asse o trenta cavalli indicati"; pertanto "la lettera b) (...) comprende, nella sua definizione, tutti i galleggianti mobili, anche se non autopropulsi, che abbiano una certa stazza, tale da renderli equiparabili alla nave", mentre la lettera e) "include quei particolari galleggianti che, pure essendo di stazza inferiore alle dieci tonnellate, (e, quindi, di norma non equiparabili ad una nave) sono però autopropulsi e addetti "al servizio dei porti, delle rade o del pilotaggio";

alla medesima conclusione, tuttavia, conduce la interpretazione - estensiva o analogica - della L. n. 413 del 1984, articolo 5, che ne estenda l'applicazione - in considerazione del rischio, al quale risultano esposti - ai lavoratori marittimi imbarcati sui galleggianti delle società ricorrenti; coerentemente, la esclusione degli stessi lavoratori - dal regime previdenziale, previsto per gli altri lavoratori marittimi (di cui alla L. n. 413 del 1984), soltanto perchè imbarcati su mezzi navali non autopropulsi - risulterebbe in contrasto con il terzo motivo, le società ricorrenti censurano - in subordine - la mancata applicazione del più favorevole sistema sanzionatorio (di cui alla L. n. 388 del 2000,

art. 116).

1. — I primi due motivi sono fondati, per quanto di ragione, e l'accoglimento - che ne consegue - assorbe il terzo motivo, in quanto proposto in subordine.

2. — Invero il diritto alla fiscalizzazione degli oneri sociali per l'anno 1996 - che le attuali ricorrenti pretendono, nel presente giudizio, "per alcuni dipendenti che erano addetti al lavoro in mare ed all'estero su alcuni pontoni sprovvisti di mezzi di propulsione propri" - è previsto (dal D.L. 20 gennaio 1990, n. 3, articolo 1, comma 1, lettera a, convenuto in L. 21 marzo 1990, n. 52, Disposizioni in materia di fiscalizzazione degli oneri sociali, di malattia e di sgravi contributivi nel Mezzogiorno) - in favore, per quel che qui interessa, delle imprese amatoriali - risulta prorogato, con modifiche, "dal periodo di paga in corso al 1 gennaio 1992 e sino a tutto il periodo di paga in corso al 31 dicembre 1993" (ai sensi del D.L. 22 marzo 1993, n. 71, articolo 2, comma 1, convertito in L. 20 maggio 1993, n. 151, Disposizioni in materia di sgravi contributivi nel Mezzogiorno e di fiscalizzazione degli oneri sociali), successivamente confermato con decorrenza dal 1 gennaio 1994 (ai sensi del D.L. 16 maggio 1994, n. 299, articolo 18, comma 1, convertito in L. 19 luglio 1994, n. 451, Disposizioni urgenti in materia di occupazione e di fiscalizzazione degli oneri sociali), ed, infine, ancora prorogato, parimenti con modifiche, "con effetto dal periodo di paga in corso al 1 giugno 1996" (ai sensi del D.L. 20 giugno 1996, n. 323, articolo 6, comma 1, convertito in L. 8 agosto 1996, n. 425, Disposizioni urgenti per il risanamento della finanza pubblica).

La determinazione, poi, delle condizioni, dei limiti e delle modalità degli interventi in materia di fiscalizzazione degli oneri sociali risulta demandata (ai sensi della L. 23 dicembre 1994, n. 724, articolo 45, Misure di razionalizzazione della finanza pubblica) - anche per il 2006 - al decreto del Ministro del bilancio e della programmazione economica, di concerto con i Ministri del tesoro e del lavoro e della previdenza sociale (decreto ministeriale 22 giugno 1995, in Gazzetta ufficiale 2 novembre 1995, n. 256, Determinazione delle condizioni, dei limiti e delle modalità degli interventi in materia di fiscalizzazione degli oneri sociali, tenendo conto degli indirizzi dell'Unione europea), che - nel preambolo - significativamente, considera le risorse finanziarie disponibili per gli anni 1995-2000, relative, cioè, al periodo di vigenza dello stesso decreto (sia pure entro i limiti stabiliti dalla sopravvenuta disposizione del D.L. 20 giugno 1996, n. 323, articolo 6, comma 1, convenuto in L. 8 agosto 1996, n. 425, cit., a far tempo dalla entrata in vigore della stessa disposizione).

3. — Analogamente, l'esonero dalla contribuzione ex GESCAL per l'anno 1996 (dovuta ai sensi della L. 8 agosto 1995, n. 335, articolo 3, commi 23 e 24, Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare, in relazione alla L. 11 marzo 1988, n. 67 art. 22, comma 1, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge Finanziaria 1988), ed alla L. 14 febbraio 1963, n. 60, articolo 10, comma 1, lettere b e c, Liquidazione del patrimonio edilizio della Gestione I.N.A.-Casa e istituzione di un programma decennale di costruzione di alloggi per lavoratori) - che le attuali ricorrenti pretendono, nel presente giudizio, per gli stessi dipendenti "addetti al lavoro in mare ed all'estero su alcuni pontoni sprovvisti di mezzi di propulsione propri" - risulta stabilito (dalla L. 26 luglio 1984,

n. 413, articolo 47, Riordinamento pensionistico dei lavoratori marittimi) - per i "lavoratori marittimi italiani che svolgono attività di navigazione su navi battenti bandiera straniera o servizi di pilotaggio in acque straniere", che fruiscano della "tutela previdenziale prevista per i lavoratori imbarcati su navi mercantili nazionali" - e trova, quindi, applicazione - incontrovertibilmente - ai "marittimi imbarcati in regime di navigazione estera, che non sono soggetti alla contribuzione ex GESCAL" (così, testualmente, la nota dell'INPS 26 settembre 1996, richiamata da entrambe le sentenze di merito).

4. — Ora "chi assume l'esercizio di una nave deve preventivamente fare dichiarazione di armatore all'ufficio di iscrizione della nave o del galleggiante" (ai sensi dell'articolo 265 c.n.).

Tuttavia il prospettato esercizio di una nave - come di un galleggiante - configura una impresa amatoriale - come questa Corte ha già avuto occasione di affermare (vedine la sentenza n. 11648 del 27 ottobre 1992) - solo se l'esercizio avviene in forma di impresa (ai sensi dell'articolo 2082 c.c.), cioè come esercizio professionale di un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi.

Resta, comunque, la questione - alla quale pare limitata la controversia tra le parti - se possano essere considerati navi - o, comunque, essere assoggettati alla disciplina stabilita per le navi, ai fini che ci occupano - "galleggianti privi di mezzi di propulsione propri, tra i quali per certo rientrano i pontoni armati dalle società parti in causa" (così, testualmente, la sentenza impugnata, non investita di censure sullo specifico punto).

Dalla soluzione della questione prospettata dipende, infatti, la configurabilità, nella specie, non solo delle attuali ricorrenti come imprese amatoriali - al fine del diritto alla pretesa fiscalizzazione degli oneri sociali - ma anche dell'attività dei marittimi italiani alle loro dipendenze - per i quali le stesse ricorrenti pretendono l'esonero dalla contribuzione ex GESCAL - quale "attività di navigazione su navi battenti bandiera straniera o servizi di pilotaggio in acque straniere" (ai sensi e per gli effetti della L. 26 luglio 1984, n. 413, articolo 47 cit.).

La soluzione negativa - che ne viene proposta dalla sentenza impugnata - merita le censure che le vengono mosse dalle società ricorrenti - nel merito - mentre ne risultano palesemente infondate le censure - proposte in via pregiudiziale e nel rito - che, come tali, vanno tuttavia scrutinate prioritariamente.

5. — Invero, anche nel rito del lavoro, trova applicazione il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (imposto dall'articolo 112 c.p.c.) - cui fa riscontro, nel giudizio d'appello, il principio del tantum devolutum quantum appellatum (artt. 434 e 437 c.p.c.) - e, pertanto - mentre il giudice di primo grado non può pronunciare ultra petita - il giudizio d'appello ha per oggetto la medesima controversia, decisa dalla sentenza di primo grado, entro i limiti, tuttavia, della devoluzione, quali risultano fissati dai motivi specifici che l'appellante ha l'onere di proporre con l'atto d'appello (ai sensi dell'articolo 434 c.p.c.), con la conseguenza che - secondo la giurisprudenza di questa Corte (in tal senso, vedine, per tutte, le sentenze n. 11039/2006, 10290/2005, 21856/2004, 9167, 13291/2003, 16898, 7088, 191/2002, 7088, 6/2001, 2215/95) - la sentenza di secondo grado non può trattare e

decidere una questione, già decisa in primo grado, se - in difetto di specifico motivo d'appello - la questione stessa non risulti, comunque, devoluta al giudice d'appello oppure la decisione relativa risulti, addirittura, coperta dai giudicato sostanziale interno (articolo 2909 c.c.), che è rilevabile - anche d'ufficio - in sede di legittimità.

Il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (articolo 112 c.p.c.) - come il principio del tantum devolutum quantum appellatum (artt. 434 e 437 c.p.c.) - non osta, bensì, a che il giudice renda la pronuncia richiesta in base ad una ricostruzione dei fatti, autonoma rispetto a quella prospettata dalle parti, nonchè in base alla qualificazione giuridica dei fatti medesimi ed, in genere, all'applicazione di una norma giuridica, diversa da quella invocata dall'istante, ma implica tuttavia - secondo la giurisprudenza di questa Corte (in tal senso, vedine, per tutte, le sentenze n. 11039/2006, 10290/2005, 21856/2004, 9167, 13291/2003, 16898, 7088, 191/2002, 7088, 6/2001, 2215/95) - la sentenza di secondo grado non può trattare e decidere una questione, già decisa in primo grado, se - in difetto di specifico motivo d'appello - la questione stessa non risulti, comunque, devoluta al giudice d'appello oppure la decisione relativa risulti, addirittura, coperta dal giudicato sostanziale interno (articolo 2909 c.c.), che è rilevabile - anche d'ufficio - in sede di legittimità.

Il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (articolo 112 c.p.c.) - come il principio del tantum devolutum quantum appellatum (artt. 434 e 437 c.p.c.) - non osta, bensì, a che il giudice renda la pronuncia richiesta in base ad una ricostruzione dei fatti, autonoma rispetto a quella prospettata dalle parti, nonchè in base alla qualificazione giuridica dei fatti medesimi ed, in genere, all'applicazione di una norma giuridica, diversa da quella invocata dall'istante, ma implica tuttavia - secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedine, per tutte, le sentenze n. 11039, 6431/2006, 20265, 10290,6326/2005, 22153/2004, 16753, 13291/2003, 8702/2000, 11455/1999, 6300/1988, 6506/1985, 6752/1982) - il divieto per il giudice di attribuire alla parte un bene della vita - diverso da quello richiesto (petitum mediato) - oppure di emettere una qualsiasi pronuncia - su domanda nuova, quanto a causa pretendi - che non si fondi, cioè, sui fatti ritualmente dedotti o, comunque, acquisiti al processo, ma su elementi di fatto, che non siano, invece, ritualmente acquisiti come oggetto del contraddittorio.

Pertanto risulta agevole - per quel che qui interessa - la conclusione che non configurano una domanda nuova - come tale, inammissibile in appello (ai sensi dell'art. 437 c.p.c.) - le deduzioni di parte - in secondo grado, appunto - che non comportino il mutamento del fatto costitutivo oppure del fatto impeditivo, estintivo o modificativo - sul quale di fonda la domanda oppure l'eccezione - ma si limitino ad invocarne a sostegno norme giuridiche diverse (vedi, per tutte, Cass. n. 6431/2006, 20265, 6326/2005, 22153/2004, 16753/2003).

Coerentemente, il principio - secondo cui l'interpretazione di qualsiasi domanda, eccezione o deduzione di parte dà luogo ad un giudizio di fatto, riservato al giudice del merito (in tal senso, vedi, per tutte, Cass. n. 12259/2002, 2574/1999, 10337, 272/1998) - non trova applicazione - secondo la giurisprudenza di questa Corte (in tal senso, vedine, per tutte, le sentenze n. 11039/2006, 10290/2005, 11275/2004, 9167, 12022/2003,

10314, 6526/2002, 7049, 6066, 3016/2001, 11199/2000) - quando si denunci un vizio - che sia riconducibile alla violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (articolo 112 c.p.c.) oppure del principio del tantum devolutum quantum appellatum (art. 434 e 437 c.p.c.) - trattandosi, in tale caso, della denuncia di un error in procedendo, in relazione al quale la Corte di cassazione è giudice anche del fatto ed ha, quindi, il potere - dovere di procedere direttamente all'esame ed all'interpretazione degli atti processuali.

Alla luce dei principi di diritto enunciati, la sentenza impugnata non merita le censure - che le vengono mosse con il primo motivo di ricorso - per avere l'INPS invocato, in primo grado, "la tutela di cui alla L. n. 398 del 1987" ed - in grado d'appello - "il regime di cui alla L. n. 413 del 1983, articolo 4".

L'asserito mutamento delle norme invocate non ha comportato, infatti, alcun mutamento dei fatti addotti dall'INPS, a sostegno delle domande, proposte in sede monitoria, e delle coerenti difese svolte nei giudizi di opposizione ai decreti ingiuntivi.

Infatti la conclusione, sul punto, della sentenza impugnata - secondo cui, sia in primo che in secondo grado, "il tema d'indagine era ed è esattamente lo stesso e non uno nuovo: il regime assicurativo del personale dei pontoni fissi operanti in territorio straniero" - risulta confermata, all'esito dell'esame diretto degli atti processuali da parte di questa Corte.

Tanto basta per rigettare, perchè infondate - come è stato anticipato - le censure che le società ricorrenti muovono - in via pregiudiziale e nel rito - alla soluzione negativa della questione se possano essere considerate navi - o, comunque, essere assoggettate alla disciplina stabilita per le navi, ai fini che ci occupano - "galleggianti privi di mezzi di propulsione propri, tra i quali per certo rientrano i pontoni armati dalle società parti in causa".

Risultano, invece non fondate - come pure è stato anticipato - le censure che le società ricorrenti muovono - nel merito - alla stessa soluzione negativa della questione prospettata.

6. — Invero il codice della navigazione reca (art. 136) la seguente definizione di navi e galleggianti:

"1. Per nave s'intende qualsiasi costruzione destinata al trasporto per acqua, anche a scopo di rimorchio, di pesca, di diporto, o ad altro scopo.

2. Le navi si distinguono in maggiori e minori. Sono maggiori le navi alturiere; sono minori le navi costiere, quelle del servizio marittimo dei porti e le navi addette alla navigazione interna.

3. Le disposizioni che riguardano le navi si applicano, in quanto non sia diversamente disposto, anche ai galleggianti mobili adibiti a qualsiasi servizio attinente alla navigazione o al traffico in acque marittime o interne".

Ne risulta che i galleggianti mobili (di cui al comma 3) possono non essere dotati di mezzi di propulsione propri e - lungi dall'essere assimilati alle navi - sono assoggettati alla stessa disciplina giuridica - sia pure limitatamente alle disposizioni del codice della navigazione - in quanto non sia diversamente disposto (in tal senso, vedi Cass. n. 9589/94, anche in motivazione).

Coerentemente, trova applicazione - (anche) ai galleggianti mobili - la dispo-

sizione dello stesso codice della navigazione (articolo 1287), secondo cui "la licenza di cui sono munite le navi minori ai sensi dell'articolo 153 è equiparata alle carte di bordo delle navi maggiori, anche agli effetti delle leggi per le assicurazioni sociali e per la previdenza, quando si tratti di navi di stazza lorda superiore alle dieci tonnellate ovvero di navi con apparato motore superiore ai venticinque cavalli asse o trenta cavalli indicati, anche se costituisca mezzo di propulsione ausiliario".

Pertanto la stazza lorda superiore alle dieci tonnellate è, da sola, sufficiente - per quel che qui interessa - a fondare la equiparazione prospettata - anche agli effetti delle leggi per le assicurazioni sociali e per la previdenza - tra navi e galleggianti mobili, ancorchè sprovvisti - per quanto si è detto - di mezzi di propulsione propri.

Infatti non pare controverso - e, comunque, risulta accertato, con autorità di giudicato dalla sentenza di primo grado (pagina 7) - che "I pontoni e le piattaforme utilizzati dalle società (ora ricorrenti) hanno una stazza di gran lunga superiore alle dieci tonnellate".

Tanto basta per sorreggere - alla luce delle disposizioni del codice della navigazione - la soluzione positiva della questione se i galleggianti armati dalle attuali ricorrenti - privi di mezzi di propulsione propri, ma di stazza lorda superiore alle dieci tonnellate - possano essere considerati navi - o, comunque, essere assoggettati alla disciplina stabilita per le navi - agli effetti - per quanto si è detto - sia del diritto alla fiscalizzazione degli oneri sociali - in favore delle imprese amatoriali - sia dell'esonero dalla contribuzione ex GESCAL.

7.— Alla stessa conclusione si perviene, tuttavia, anche alla luce della legge (n. 413 del 26 luglio 1984), che reca il riordinamento pensionistico dei lavoratori marittimi.

Infatti sancisce testualmente (articolo 5, intitolato, appunto, individuazione della nave):

"Agli effetti delle disposizioni di cui alla presente legge si considerano navi:

a) quelle iscritte nelle "Matricole delle navi maggiori";

b) quelle iscritte nei "Registri delle navi minori e dei galleggianti", aventi le caratteristiche di cui all'art. 1287 c.n.;

c) quelle iscritte nei "Registri delle navi da diporto";

d) le imbarcazioni da diporto, iscritte nei "Registri delle imbarcazioni da diporto", di stazza lorda superiore alle 10 tonnellate o con apparato motore di potenza massima di esercizio superiore a 35 cavalli-vapore, anche se costituisca mezzo di propulsione ausiliario;

e) i galleggianti, iscritti nei "Registri delle navi minori e dei galleggianti" addetti al servizio dei porti, delle rade e del pilotaggio, qualunque ne sia la stazza purchè abbiano mezzi di propulsione propri.".

Ne risulta, quindi, che il possesso delle "caratteristiche di cui all'art. 1287 c.n." - quale, per quel che qui interessa, la stazza lorda superiore alle dieci tonnellate - identifica (ai sensi della lettera b) i galleggianti - che sono considerati navi - agli effetti della stessa L. (26 luglio 1984, n. 413 cit.).

Prescindono, invece, dalla stazza (qualunque ne sia la stazza) - che ne costituisce,

quindi, l'elemento differenziale - i galleggianti che, parimenti, sono considerati navi (ai sensi della lettera e), subordinatamente, tuttavia, alla condizione che "abbiano mezzi di propulsione propri.".

Pertanto la stazza lorda superiore alle dieci tonnellate è, da sola, sufficiente - anche alla luce della legge ora in esame (n. 413 del 26 luglio 1984, cit.) - per considerare navi i galleggianti mobili, ancorchè sprovvisti di mezzi di propulsione propri.

Tanto basta per accogliere il ricorso, perchè fondato.

8. — La conclusione raggiunta, all'evidenza, assorbe ogni altra censura - proposta in subordine, rispetto a quelle che risultano accolte - ivi compresa la questione di legittimità costituzionale (sulla quale, tuttavia, vedi Corte cost., ordinanza n. 270 del 6 luglio 2006).

Nè rileva, in contrario, la denuncia, tra l'altro, di un asserito vizio di motivazione in diritto - nel primo motivo di ricorso - sebbene un vizio siffatto non abbia rilievo di per sè - secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedine, per tutte, le sentenze n. 11883/2003,10045/2000, 1430/99) - in quanto la stessa Corte - se la decisione impugnata è conforme al diritto - può correggerne (ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 2) la motivazione in diritto - ove risulti erronea - senza procedere, tuttavia, alla cassazione della sentenza.

Peraltro la stessa conclusione - in quanto riposa, parimenti, sia sul codice della navigazione, sia sulla legge in materia di riordinamento pensionistico dei lavoratori marittimi (L. 26 luglio 1984, n. 413 cit.) - sembra rimuovere in radice - con riferimento specifico, appunto, alla fiscalizzazione degli oneri sociali in favore delle imprese amatoriali - la questione concernente il rapporto di specialità, che corre -secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale (vedine le sentenze n. 497/90, 12/87) e di questa Corte (vedine, per tutte, te sentenze n. 4837/2006, 4668, 7029/2004, 9910/2003, 4667/2002, 3215 (2001, 9826/97, 1297/94, 3990/93, 5655/88) - tra norme concernenti l'individuazione dei beneficiari di fiscalizzazione e sgravi contributivi - che resta affidata, infatti, ai criteri generali previsti dal codice civile (art. 2195) - e norme (siano esse sopravvenute oppure preesistenti, rispetto alle leggi di concessione degli stessi benefici contributivi), relative all'inquadramento delle imprese ai fini previdenziali (L. 9 marzo 1989, n. 88, art. 49).

9. — Il ricorso, pertanto, deve essere accolto.

Per l'effetto, la sentenza va cassata senza rinvio.

La causa, infatti, può essere decisa nel merito (ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 1, ultima ipotesi) - in quanto non sono necessari, all'uopo, accertamenti di fatto ulteriori - accogliendo le opposizioni a decreti ingiuntivi - proposte dalle attuali ricorrenti - e revocando, per l'effetto, i decreti ingiuntivi opposti.

(Omissis)

I GALLEGGIANTI E I CONFINI DEL DIRITTO DELLA NAVIGAZIONE

La sentenza in commento affronta una problematica mai posta prima all'attenzione della giurisprudenza e su cui la dottrina non s'è mai soffermata con costanza, essendo rari, seppur assai pregevoli, i contributi offerti sull'argomento. Nello specifico, merita attenzione come il Supremo Collegio, facendo una ricostruzione sistematica delle disposizioni astrattamente applicabili e inerenti la materia della previdenza marinara, sia pervenuto (forse però un po'succintamente) ad una scelta che potremmo definire obbligata, sulla base del *devolutum* offerto al suo giudizio. Tale materia (la previdenza dei marittimi) infatti, regolata nella sua complessità dalla legge 26 luglio 1984, n. 413, "risente", ancora inevitabilmente, di quel sistema speciale e autonomo delineato dal codice della navigazione (1); un sistema che con gli opportuni rinvii, ad altri aspetti del sistema del diritto marittimo (quale per esempio quello previdenziale), tende ancora ad autogovernarsi, cedendo il passo, a principi e norme di altri settori dell'ordinamento, solo dinanzi ad esigenze di carattere costituzionale (2).

Ed infatti seppur tanti, e ricchi di spunti riflessivi, siano gli argomenti affrontati dal supremo collegio (argomenti di carattere processuale e prettamente previdenziale), nella vicenda portata al proprio cospetto, si ritiene che tra di essi quello di maggior interesse - oltre che rappresentarne il *thema decidendum* - sia stato quello relativo al corretto inquadramento previdenziale dei marittimi imbarcati in pontoni non forniti di mezzi autonomi di propulsione, operanti in acque straniere e battenti bandiera non italiana.

Ciò detto è opportuno precisare che, sebbene sia stato sin dal primo grado di giudizio chiaro che la normativa di riferimento fosse rappresentata dalla Legge 26 luglio 1984, n. 413 (3) ("Riordinamento pensionistico dei lavoratori marittimi") - la cui caratteristica principale è quella di aver attuato il completo inserimento della gente di mare nel regime delle assicurazioni generali obbligatorie dei lavoratori dipendenti (4) - i maggiori dubbi interpretativi hanno avuto ad oggetto proprio l'equiparazione, sotto il punto di vista della disciplina

(1) L'art. 1 c.n. sancisce la specialità e tipicità della materia con assoluta prevalenza sulle altre norme aventi carattere generale tanto che il ricorso all'interpretazione analogica precede l'applicazione del diritto civile. Su quest'argomento autori ritengono ancora significativo ed attuale l'insegnamento scialojano, LEFEBVRE-PESCATORE-TULLIO, *Manuale di dirito della navigazione*, Milano, 2001. Altri autori notano invece come tale precipua specialità sia un fenomeno che col tempo ha subito un notevole ridimensionamento, CARBONE S.M., *La c.d. autonomia del diritto della navigazione: risultati e prospettive*, in *Dir. mar.,* 1975, 33; dello stesso tenore CAMARDA G., *Fonti e strutture organizzatorie del diritto della navigazione*, Torino, 1988. Più specificatamente sul settore del lavoro nautico CARBONE S.M., *La specialità della disciplina del lavoro nautico, principi di diritto comune e contrattazione collettiva*, in *Dir. mar., 1984, 496*. MEDINA C., *Autonomia del diritto della navigazione e lavoro nautico*, in *Trasp.*, 9/1976, 114.

Per una trattazione analitica della disciplina del lavoro nautico, si veda MENGHINI L., *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 1996.

(2) BALLETTI B., *La "nuova" giurisprudenza della corte costituzionale in materia di lavoro nautico*, in *Dir. dei Trasp.*, 1988, II, pag. 52.

(3) Nello specifico si trattava di verificare il diritto vantato dalle società armatrici alla fiscalizzazione degli oneri sociali e all'esonero dei contributi ex GES.CA.L. per i propri dipendenti imbarcati in pontoni, non autopropulsi, battenti bandiera straniera.

(4) Circolare INPS, 22 marzo 1988, n. 56.

applicabile, dei galleggianti (avendo così le parti qualificato le strutture su cui svolgevano servizio i "marittimi" la cui posizione contributiva è stata sottoposta allo scrutinio dei giudici triestini) aventi certe caratteristiche strutturali, alle navi, da cui far discendere, quale ulteriore effetto, proprio l'applicazione della citata Legge 413/84 e nello specifico il suo art. 47 che prevede per *"… lavoratori marittimi italiani che svolgono attività di navigazione su navi battenti bandiera straniera ... l'esclusione dell'iscrizione all'assicurazione contro la disoccupazione involontaria ed alla Cassa unica assegni familiari"* (contributi ex GES.CA.L.) (5). Dalla riconosciuta applicazione di tale disposizione normativa, e pertanto alla risoluzione della vicenda, s'è potuti giungere solo dopo una attività ermeneutica avente ad oggetto il concetto di nave e il suo rapporto rispetto ad altre strutture galleggianti e mobili che, seppur non destinate alla navigazione, vengono comunque adibite a servizi ad essa attinenti o al traffico in acque marittime o interne (art. 136, ult. co., c.n.) (6): i galleggianti.

Ciò posto, è pertanto dal rapporto astrattamente esistente tra le due fattispecie della nave e del galleggiante che bisogna muovere, al fine di individuare la disciplina concretamente applicabile a determinati tipi di galleggianti (nel caso esaminato dalla Cassazione si trattava di pontoni, definiti "fissi", operanti in alto mare e di stazza superiore alle dieci tonnellate).

Ed infatti il percorso giurisprudenziale affrontato dalla vicenda, nei primi due gradi di giudizio, mostra come le determinazioni dei giudici impegnati nello scrutinio siano dipese di volta in volta dall'aver, o non aver, riconosciuto ai galleggianti in parola l'applicazione della disciplina giuridica dettata per la nave ex art. 136, ult. co., c.n.. Quest'ultima disposizione normativa così esordisce sulla definizione del concetto di nave: *"Per nave s'intende qualsiasi costruzione destinata al trasporto per acqua, marittima od interna, anche a scopo di rimorchio, di pesca, di diporto od altro fine"*. La definizione normativa, ricalcando la celebre formulazione scialojana (7) sembra accogliere il concetto di nave di Ulpiano: *"navis etenim paratur ut naviget"* (8), nella quale viene messo in risalto, con una tautologia, la destinazione economica, e si

(5) Ritenendosi questo argomento preponderante sotto il punto di vista giuridico sull'altro affrontato relativo alla fiscalizzazione degli oneri sociali.

(6) PESCATORE G., voce *"Nave"*, in E*nciclopedia giuridica*, 2007.

(7) *Scialoja* A., *Navi e galleggianti*, in *Studi per la codificazione del diritto della navigazione*, I, Roma, 1940. E inoltre dello stesso autore *Corso di diritto della navigazione*, Roma, 1943 (*"Per nave si intende qualsiasi costruzione destinata al trasporto per acqua, anche a scopo di pesca di rimorchio o di altri servizi della navigazione"*). BRUNETTI A., Manuale del diritto della navigazione marittima e interna, Padova, 1947. LEFEVBRE D'OVIDIO A. - PESCATORE G. - TULLIO L., *Manuale di diritto della navigazione*, nona edizione, Milano, 1990. RIGHETTI G. voce *"Nave"* in "*Digesto discipline privatistiche"*, X, Torino, 1994; dello stesso autore, *Contributo alla teoria giuridica della nave*, in *Riv. dir. mar.*, 1964, 448. GAETA D., voce *"Nave"*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1977. PESCATORE G., voce *"Nave"*, *op. cit.,*…. Per una esaustiva rassegna delle diverse opinioni manifestate in dottrina e giurisprudenza sul concetto giuridico di nave, sotto il vigore della legislazione anteriore al codice della navigazione cfr. SPASIANO E., *Sul concetto giuridico di nave*, in *Riv. dir. nav.*, 1935, II; sempre dello stesso autore, Ancora sul concetto giuridico di nave, in *Riv. dir. nav.,* 1939, II. Sotto il profilo dell'analisi giurisprudenziale secondo l'attuale codice, GRIGOLI M., *La nave nella giurisprudenza*, Milano, 1986.

(8) D. 7.1.12.1 (Ulp. 17 *Ad Sabinum*) oppure ancora ULPIANO: "*Navem accipere debemus sive marinam sive fluviatilem sive in aliquo stagno naviget sive schedia sit"* D. 14.1.1.6 (Ulp. 28, *Ad edict*.). Per una pregevole trattazione si veda R. RICHICHI, *"L'inquadramento della nave nella categoria delle res in diritto romano"*, in *Rivista del Diritto Romano*, I-2001.

potrebbe dire ontologica, della nave e cioè la navigazione.

Tale locuzione ha costituito la base su cui si sono fondate le successive speculazioni in tema di delimitazione del concetto giuridico di nave, che nella sua semplicità non rappresenta altro che una parola volta ad indicare un definizione avente un riflesso nel mondo materiale, e pertanto la sua estensione è dipesa nel corso degli anni da mera attività interpretativa che di volta in volta, facendosi più o meno influenzare dalla evoluzione della tecnica, ne ha allargato o ristretto i propri *limes* definitori.

Se però è nave quella costruzione destinata alla navigazione (9), per risolvere definitivamente questo gioco di parole è sul concetto di navigazione che bisogna porre attenzione. La relazione ministeriale al codice della navigazione chiarisce che per navigazione debba intendersi il trasporto per acqua in senso lato (10): *"è perciò chiaro che chi respinge questa concezione non possa ritenere soddisfacente la definizione che ne dà il legislatore"* (11). L'attività interpretativa ha pertanto rivestito nel corso degli anni un ruolo fondamentale passando da definizioni che potremmo definire omnicomprensive (12) a restringimenti assai rigidi, per rispondere alle esigenze che una moderna società poneva dinanzi alla costante evoluzione della tecnica delle costruzioni marittime e dei relativi strumenti di propulsione, rendendo anacronistiche le tradizionali equiparazioni giuridiche (13). In proposito è opportuno ricordare che in sede di codificazione le maggiori dispute sorsero sull'autonomia del mezzo di propulsione (14). Ed infatti in una fase preliminare dei lavori - in linea con la giurisprudenza maggioritaria del periodo (15) si vennero ad escludere dal novero delle navi

(9) La destinazione in quanto tale è un presupposto indefettibile di carattere oggettivo della destinazione subiettiva (cioè il trasporto) e va tenuta distinta dalla navigabilità che attiene invece agli elementi che sono indispensabili per la sicurezza della navigazione (lo stato fisico della nave, l'armamento, l'equipaggiamento). Uniformità di vedute in tal senso in dottrina (RIGHETTI, PESCATORE, GAETA) e in giurisprudenza (Cass. 1.6.1995, n. 6134, *obiter dictum*).

(10) Rel. min. al cod. nav., n. 89, la quale chiarisce la mancanza di alcuna ragione (di carattere semantico, logico, economico) perché si debba chiamare trasporto e non navigazione *"lo spostamento in un determinato spazio di un qualsiasi corpo per qualsiasi fine"*. Cfr. SCIALOJA, *Sulla definizione di nave*, in *Studii*, Roma, IV, 1941.

(11) Gaeta D., *op. cit*.

(12) Tra i tanti cfr. BALDASSERONI A., secondo il quale per nave o bastimento devesi intendere *"un nome generico che comprende e si estende a tutte le qualità e specie di legni che servono alla navigazione ed al commercio marittimo"*. Voce *"Nave"* in *Dizionario ragionato di giurisprudenza mercantile*, Livorno, 1813.

(13) Sotto il punto di vista normativo si fa presente il Merchant Shipping Act 1894 che alla sec. 742, con formula restrittiva definiva *ship: "every description of vessel used in navigation not propelled by oars"*. S'è trattato nello specifico di esigenze di carattere amministrativo con riflessi privatistico pubblicitari quali l'imposizione della registrazione solo alle navi aventi determinati requisiti, oltre alle conseguenze sul piano fiscale, differenti sulla base della mera classificazione di un bene come nave (Righetti G., *op. cit.*)

(14) Così la sentenza in commento *"… la questione - alla quale pare limitata la controversia tra le parti - se possono essere considerati navi - o comunque essere assoggettati alla disciplina stabilita per le navi ... - galleggianti privi di mezzi di propulsione propri, tra i quali per certo rientrano i pontoni armati dalle società parti in causa…"*.

(15) Cass. 4.6.1936, n. 1952, in riv. Dir. Nav., 1936, II, 321; App. Bologna, 28.7.1938, in riv. Dir. Nav. 1939, II, 39. Tale giurisprudenza facendo leva sull'esistenza nel veicolo di forza motrice (connessa, secondo un indirizzo giurisprudenziale anche successivo al codice della navigazione, all'esistenza di un mezzo autonomo di propulsione: Cass. Pen., 20.1.1965, in Giust. Pen., 1965, II, 430).

tutte quelle costruzioni (come per esempio i pontoni privi di mezzi di propulsione autonomi) (16) per la cui dislocazione in mare necessitavano di traino o di rimorchio (17); a tale orientamento si sostituì, forse anche in conseguenza della quasi coeva formulazione legislativa anglosassone (18) (da sempre assai influente in questo settore del diritto), un concetto più ampio di nave che invece poneva tutto il suo accento, piuttosto che sui mezzi di propulsione, sul concetto di trasporto e di destinazione al trasporto inteso in senso lato e atecnico, *"come ogni movimento per acqua per mezzo di galleggiante adibito a svolgere, con le persone o le cose destinate all'uopo, una qualsiasi attività"* (c.d. "*trasporto autarchico"*) (19).

Il trasporto pertanto nella definizione del codice è quel fenomeno umano, caratterizzato dal *"fatto spostamento di uomini e cose su un veicolo acqueo"* (20), sia esso uno spostamento sul mare, sui laghi, fiumi o canali (*"Quindi, ai fini della determinazione del concetto di nave non ha nemmeno rilevanza la specie di navigazione, marittima o interna, alla quale viene destinata la costruzione galleggiante"*) (21). Sulla scorta di tale concezione risulta evidente come per i compilatori fosse determinante, al fine di riconoscere ad una struttura la qualifica di nave, la sua destinazione economica (22) mentre altri elementi di carattere tecnico (per es. la dotazione di un apparato motore autonomo, il tonnellaggio, l'attitudine alla navigazione in alto mare), ivi compreso il mezzo di propulsione, passassero in secondo piano, risultando rilevante solo per le navi maggiori, destinate in quanto tali alla navigazione d'altura, ex art. 302 reg. nav. mar.

Sorse pertanto il problema circa l'inquadramento di quelle particolari costruzioni, eventualmente non fornite di mezzi autonomi di propulsione, non destinate alla navigazione ma utilizzate (e quindi destinate) per *"qualsiasi servizio attinenti alla navigazione o al traffico in acque marittime o interne"*, e pertanto caratterizzate da due caratteristiche tecniche imprescindibili: la galleggiabilità e la mobilità (23). Venne così introdotta - in aggiunta alla categoria delle navi maggiori (destinate alla navigazione alturiera) e quella delle navi minori (destinate alla navigazione costiera) - *"una nuova*

(16) Per costruzione è da intendere ogni aggregazione strutturale di elementi materiali unitari, che realizza un complesso contrassegnato da determinate caratteristiche tecniche e funzionali, Pescatore G., *op. cit*.

(17) Righetti G., *op. cit*.

(18) Nel Merchant Shipping Act del 1921 veniva incluso nella nozione di vessel *"every description of lighter, barge or like vessel used in navigation, however propelled"*.

(19) Scialoja A., *Corso di diritto della navigazione*, Roma, 1943.

(20) Righetti G., *op. cit.*

(21) Gaeta D., *op. cit.*. L'A. fa notare come in nota come l'intitolazione al "commercio marittimo" del libro II del codice di commercio del 1865 fu appunto ampliata con l'aggiunta *"e della navigazione"* per estendere l'applicabilità delle sue norme alla navigazione interna.

(22) Per destinazione è un atto giuridico reale che risulta dalla domanda di iscrizione della costruzione nelle matricole o nei registri (Gaeta). La destinazione potrebbe risultare anche abusivamente, senza cioè che siano state prescritte le formalità prescritte dalla legge (art. 560 c.n.)

(23) In proposito v'è da dire che in sede di compilazione vi fu chi (Spasiano) notò che tali strutture, sebbene destinate a servizi ausiliari alla navigazione e che il loro spostamento fosse dettato da esigenze tecnico-industriali, implicassero comunque uno spostamento e che pertanto per adempiere a tali servizi le dette strutture finissero per trasportare per acqua cose e persone. L'A. aveva organicamente esposto i suoi dubbi in *Sul concetto giuridico ... cit.; Ancora sul concetto giuridico… cit.*

e deteriore categoria" (24), quella dei galleggianti. In proposito è chiarificatore quanto ha avuto occasione di precisare la Cassazione: *"solo le navi sono ... direttamente destinate alla navigazione, ossia al "trasporto per acqua anche a scopo di rimorchio, di pesca, di diporto o ad altro scopo" (art. 136 - 1 comma cit.), mentre i galleggianti mobili, ancorché dotati di caratteristiche tecniche e costruttive simili a quelle delle navi, sono "adibiti a qualsiasi servizio attinente alla navigazione o al traffico in acque marittime o interne" (art. 136 - 3 comma), sono cioè mezzi ausiliari alla navigazione ma non destinati a navigare, essendo i loro spostamenti (in genere nei porti e nelle rade) limitati al raggiungimento del luogo in cui debbono operare e, quindi, finalizzati ai servizi per i quali vengono impiegati ed il cui espletamento esaurisce la loro funzione"* (25).

A questo punto v'è da chiarire cosa comunemente s'intende per *"servizi attinenti alla navigazione e al traffico"*, anche e soprattutto al fine di verificare se i "galleggianti" oggetto della sentenza in commento fossero potuti rientrare in tale categoria.

Seguendo gli insegnamenti della dottrina che si impose in sede di codificazione (26), si considerano "servizi attinenti alla navigazione" solo talune operazioni tecniche attinenti all'esercizio della navigazione in generale, come: l'escavazione dei porti per mantenerne o aumentarne i fondali (draghe), l'estinzione degli incendi nei porti (barche pompa), i lavori di costruzione di moli e banchine (pontoni), i lavori di costruzione, raddobbo e carenaggio di navi (zattere, pontoni e bacini galleggianti (27)); "servizi attinenti al traffico" sono quelli che hanno per oggetto operazioni relative al movimento delle navi e dei carichi, come: l'ormeggio e il disormeggio per salpare (pontoni per salpare), il movimento e il deposito di merci nei porti (chiatte, bettoline, gru galleggianti non attraccate a banchine) (28).

Si tratti in sintesi di strutture assimilabili ai *batiments de servitude* francesi (29), cioè dei mezzi nautici destinati a navigare unicamente nei porti e nelle rade, circostanza questa che verrebbe confermata dalla speciale autorizzazione dell'autorità maritti-

(24) RIGHETTI G., *op. cit.*. V'è da notare inoltre che la distinzione tra navi minori e galleggianti è una novità del codice della navigazione, poiché il precedente codice della marina mercantile prevedeva, all'infuori delle navi, un'unica categoria, i galleggianti che nel nuovo codice è stata sdoppiata nelle due categorie delle navi minori e galleggianti (cfr. art. 534, terzo co., reg. c. n.).

(25) Cass. 15.11.1994, n. 9589, con nota di BERLINGERI G., *Tra nave e galleggiante ci sta di mezzo il fisco*, in *Dir. mar.* 1996, 1008; sulla medesima sentenza, cfr. nota di GRIGOLI M., *Sulla qualificazione e sulla disciplina del bacino di carenaggio*, in *Giust. civ.* 1995, 726.

(26) SCIALOJA A., *Corso*, cit.

(27) Contro la natura dei bacini galleggianti, quali galleggianti Cass. 15.11.1994, n. 9589, cit. nota 23.

(28) In dottrina sul punto si scontrano le opinioni di chi (RIGHETTI) vede sulla scorta del concetto di navigazione inteso quale trasporto per qualsiasi fine farebbe rientrare nel concetto di nave anche i galleggianti e chi (Gaeta) invece spiega che mentre la nave non può raggiungere il suo scopo ultimo senza navigare, i galleggianti utilizzano la navigazione unicamente per lo spostamento solo per raggiungere il luogo dove dovranno espletare la loro funzione, che invece non implica ulteriori spostamenti.

(29) RODIÈRE R., *Cours de droit maritime*, Paris, 1960.

ma, di cui, ex art. 304 reg. nav. mar, devono essere preventivamente fornite le strutture medesime per intraprendere viaggi all'estero (30).

Quanto detto, trova inoltre conferma nelle disposizioni normative che sono dedicate alle strutture (navi e galleggianti) in parola e nella loro rispettiva collocazione sistematica. Ed infatti, l'art. 302 reg. nav. mar., nel distinguere le navi maggiori dalle minori, solo con riferimento alle prime richiede specifici mezzi di propulsione (meccanica o a vela) che, insieme alle altre dotazioni e sistemazioni per l'equipaggio, rendono tali navi atte alla navigazione d'altura; il secondo comma, della medesima disposizione normativa, invece nel qualificare le navi costiere (minori), tace sui mezzi di propulsione, accennando esclusivamente alle dotazioni e alle sistemazioni per l'equipaggio. Ai criteri di identificazione del galleggiante si riferisce invece solo il Regolamento della navigazione interna, il cui art. 62 utilizza quale criterio residuale di distinzione tra navi e galleggianti la mancanza di mezzi di autopropulsione che caratterizza le strutture anzidette. L'art. 303 reg. nav. mar., infine per completare il quadro, indicando i criteri per distinguere le navi maggiori, le minori e i galleggianti, sembra rinviare alla destinazione quale criterio ultimo di discriminazione, non ritenendo appagante l'esistenza di dotazioni e di equipaggio.

Il che porta a concludere che: 1) la costruzione che, seppur per caratteristiche e dotazioni, potrebbe essere classificata come nave di contro potrebbe non ricevere tale riconoscimento amministrativo perché non adibita (destinata) al trasporto (art. 136 c.n.; art. 303 reg. nav. mar.); 2) solo le navi maggiori devono necessariamente essere provviste di mezzi autonomi di propulsione (meccanica o a vela), potendo le strutture non fornite di tali mezzi ma con adeguate dotazioni e sistemazioni per l'equipaggio e destinate alla navigazione costiera essere classificate quali navi minori (art. 302 reg. nav. mar.) (31); 3) galleggianti saranno classificate quelle strutture galleggianti e mobili, eventualmente fornite di mezzi autonomi di propulsione, adibite a quei servizi attinenti alla navigazione o al traffico, che per lo più vengono svolti in acque interne; potendo le strutture medesime pur anche, previa autorizzazione, spostarsi in acque estere, qualora lo dovesse richiedere la natura dei servizi da espletare (art. 62 reg. nav. int.; art. 304 reg. nav. mar.) (32).

Gli sforzi interpretativi profusi dalla dottrina, risultano per finire di scarso interesse pratico quando dal mondo della speculazione giuridica si passa al mondo delle poliedriche attività umane e alle esigenze di certezza di regolamentazione che

(30) Possibilità espressamente prevista dall'art. 304 del reg. nav. mar. La disciplina è regolata dal D.M. 12 marzo 1962, i cui limiti (la navigazione della nave minore o del galleggiante non potrà mai spingersi oltre le venti miglia dalla costa, se pur di Stato estero) risultano superati dal D.P.R. 8 novembre 1991, n. 435, che a seguito dell'entrata in vigore della convenzione SOLAS del 1974, ha approvato il nuovo regolamento per la sicurezza della navigazione e della vita umana in mare. L'art. 199 del Regolamento prevede infatti - relativamente ai mezzi di salvataggio - che i galleggianti possano avere equipaggio e navigare oltre le venti miglia dalla costa; il successivo art. 200 prevede invece che gli stessi siano adibiti al trasporto anche di merci pericolose.

(31) Cfr. DOMINEDÒ F.M., *Principi di diritto della navigazione*, II, Padova, 1963; RIGHETTI G., *La compravendita di nave*, Padova, 1961.

(32) *Contra*, BERLINGIERI G., *op. cit*.

tali attività pretendono; infatti tutte le asperità che nella pratica si potrebbero incontrare nel definire una struttura nave piuttosto che galleggiante, risultano di fatto "addolcite" dalla circostanza che le due categorie sono sottoposte, ex art. 136 ult. co. c.n., ad un'unica disciplina normativa (salvo che non sia previsto diversamente), circostanza questa che *"sminuisce considerevolmente l'importanza della distinzione"* (33). Sicché in estrema sintesi ad una tripartizione teorica (tra navi maggiori, navi minori e galleggianti) corrisponde sotto il punto di vista amministrativo una bipartizione pratica (da una parte le navi maggiori, dall'altra le minori e i galleggianti), che a sua volta trova in ultimo per espressa previsione di legge un'equiparazione sotto il punto di vista del trattamento normativo (tra galleggianti e navi *tout court*).

Risulta pertanto evidente che qualificando, per una qualsiasi ragione, un qualsiasi mezzo natante come galleggiante ne deriverà come conseguenza indefettibile, ex art. 136, ult. co, c.n., l'applicazione della disciplina della nave (a meno che non sia previsto diversamente) e pertanto del diritto della navigazione; con la conseguenza che tale disciplina non si applicherà a quelle strutture che, seppur caratterizzate dallo svolgimento di un qualsiasi servizio nell'elemento acqueo, non possono essere qualificate galleggianti per il difetto della destinazione a specifici servizi attinenti alla navigazione o al traffico di cui al citato art. 136 c.n. (34); da cui si potrebbe dire che i limiti definitori del concetto di galleggiante rappresentano a loro volta i confini ultimi dell'applicazione del sistema normativo disegnato dal codice della navigazione (35).

Tale conclusione ben può valere per la vicenda oggetto della sentenza in commento; ci si chiede infatti se fosse certo e incontroverso che le strutture definite dalle parti quali *"pontoni sprovvisti di mezzi di propulsione propri"* fossero dei galleggianti adibiti a servizi attinenti alla navigazione o al traffico (nel senso sopra precisato) a cui applicare la disciplina prevista per le navi, e non magari delle piattaforme *offshore*, da cui magari sarebbe derivata l'applicabilità della tutela prevista dalla legge 3 ottobre 1987 n. 398 ("*Norme in materia di tutela dei lavoratori italiani operanti nei Paesi extracomunitari e di rivalutazione delle pensioni erogate dai fondi speciali gestiti dall'INPS"*) (36) e invocata dall'INPS nel giudizio di

(33) RIGHETTI G., *op. cit.*; alla stessa considerazione giunge GAETA D., *op. cit.*

(34) Cfr. TAR Emilia Romagna Bologna, 30.01.2002, n. 183, in *Foro amm.* TAR 2002, 98. Il collegio partendo dall'analisi del concetto di "destinazione" di cui all'art. 136 c. n. precisò che *"deve escludersi che le piattaforme marine, in quanto opere e manufatti destinati alla perforazione, alla trivellazione e ad altre attività connesse all'estrazione di idrocarburi, siano classificabili come navi"*.

(35) SCIAOLJA A, *Corso…*

(36) Tale legge (di conversione del decreto-legge n.317/87), emanata a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale n.369/85, disciplina la tutela previdenziale del lavoratore italiano che venga inviato in un paese non legato all'Italia da accordi internazionali di sicurezza. La norma prevede l'obbligo contributivo in Italia per i datori di lavoro italiani e stranieri che inviino lavoratori in paesi non convenzionati. In effetti il testo della legge parla di "lavoratori italiani" ma, in via interpretativa, si è provveduto ad estendere il campo di applicazione personale anche ai lavoratori cittadini degli altri stati membri dell' U. E., in osservanza del principio di non discriminazione ribadito anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nelle sentenze relative alle cause Prodest n.237/83 e Van Roosmalen n. 300/84.

primo grado, che allo stato risulta esclusa proprio per espressa previsione dell'art. 5 del medesimo testo normativo, il quale prevede che: *"Le disposizioni del presente articolo e degli articoli da 1 a 4 non si applicano alle assunzioni ed ai trasferimenti effettuati dalla pubblica amministrazione nonché ... ai lavoratori marittimi italiani imbarcati su navi battenti bandiera estera ..."*. In sintesi negando la qualifica di galleggiante ai pontoni armati dalle ricorrenti, in forza di una indagine sulla effettiva destinazione dei medesimi, ne sarebbe derivata la possibilità di riconoscere applicabile una disciplina diversa da quella di cui alla L. 413/84. In tale prospettiva un elemento di sicuro rilievo è rappresentato dalla circostanza (non controversa) che si trattasse di pontoni fissi, in quanto si ritiene che l'elemento della mobilità sia un fattore determinante al fine di riconoscere la qualifica giuridica di galleggiante, caratterizzato in quanto tale dai due requisiti, già citati, della galleggiabilità e della mobilità (37). Ne deriva che sarebbe esclusa la possibilità di assimilare tali costruzioni ai galleggianti *stricto sensu* intesi, in quanto trattasi di strutture che seppur galleggianti sono destinate ad essere permanentemente fissate nello specchio d'acqua sul quale galleggiano. Circa il concetto di mobilità la dottrina (38) precisa che il galleggiante è da ritenersi mobile in relazione alla sua utilizzazione prevalente (39) (cessa pertanto di essere mobile quel galleggiante che per svolgere il servizio a cui è destinato resta fisso, permanentemente o per un lasso di tempo considerevole, sullo specchio acqueo), la quale dovrà accertarsi sulla base di una indagine caso per caso. E pertanto, definiti genericamente *"galleggianti"* i pontoni armati dalle ricorrenti, la Corte si è trovata dinanzi ad mero compito ricostruttivo, di comporre in sistema le varie disposizioni astrattamente applicabili. E pertanto, da una parte in forza dell'equiparazione ai fini previdenziali, operata dall'art. 1287 c.n., tra la licenza di cui sono fornite le navi minori (di stazza superiore alle dieci tonnellate) e le carte di bordo delle navi maggiori (40), dall'altra parte sulla scorta dell'equiparazione tra navi e galleggianti, operata dall'art. 136, terzo co. c.n., sotto il punto di vista della disciplina applicabile, non si poteva che giungere - avendo qualificato le strutture *de quibus* quali galleggianti - all'applicazione "alle imprese armatoriali", e ai "marittimi" da esse assunti, della citata normativa di riferimento, L. 413/1984, con la consequenziale applicazione del su citato art. 47 (oltre la c.d. fiscalizzazione degli oneri sociali). La Corte, in sintesi, facendo applicazione dei

(37) Il "Draft convention on off-shore mobile craft" elaborato alla XXXI Conferenza del Comité Marittime International (Rio de Janeiro, 25-30 settembre 1977) definisce *"craft" come "any marine structure of whatever nature not permanently fixed into the sea-bed"*.

(38) FERRARINI S., *Il regime delle costruzioni galleggianti operanti in mare diverse dalle navi*, in *Riv. Dir, comm*, I, 1979. Sul punto confrontare GAETA D., *op. cit.* Cfr. Cass., 10.10.1998, n. 10070; Cass. 2.2.1989, n. 636, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, fasc. 2; Cass. 17.9.1998, n. 9283.

(39) Nel nostro ordinamento la distinzione tra costruzioni galleggianti mobili e costruzioni galleggianti fisse trova conferma nell'art. 49 della legge 21 luglio 1967, n. 613 (Legge per la ricerca e coltivazione degli idrocarburi liquidi gassosi nel mare territoriale e nella piattaforma continentale). La detta disposizione normativa sancisce, con riferimento agli artt. 4 e 5 della medesima legge, l'applicazione del codice della navigazione fintantoché le strutture sono in navigazione.

(40) Cfr. Cass., 10.10.1998, n. 10070; Cass. 2.2.1989, n. 636, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, fasc. 2; Cass. 17.9.1998, n. 9283. Cass. 6.3.2001, n. 3239.

principi che regolano l'interpretazione delle leggi da una parte e procedendo ad un corretto inquadramento sistematico dall'altra, ha fornito un contributo allo studioso del diritto previdenziale e a quello del diritto della navigazione che di volta in volta si accosteranno alle problematiche qui affrontate.

Giacomo Augugliaro
Avvocato e dottorando di ricerca in
"Diritto europeo dei trasporti" c/o l'Università
Alma Mater di Bologna, facoltà di Giurisprudenza

Previdenza (Assicurazioni Sociali) - Lavoratori autonomi - In genere - Socio amministratore e lavoratore di società a responsabilità limitata - Iscrizione in unica gestione - Criterio dell'attività svolta con abitualità e prevalenza - Rilevanza - Sussistenza di pluralità di iscrizioni - Onere gravante sull'INPS di individuazione dell'attività prevalente - Sussistenza.

Corte di Cassazione - Sez. Lavoro, 05.10.2007, n. 20886 - Pres. Mattone - Rel. Cuoco - P.M. Fuzio - B.M. (Avv.ti Nicolais, Sponzilli) - INPS (Avv.ti Coretti, Correra, Sgroi) - ESATRI Spa.

In applicazione dell'art. 29, primo comma, della legge n. 160 del 1975, come sostituito dall'art. 1, comma 203 della legge n. 662 del 1996, colui che nell'ambito di una società a responsabilità limitata svolga attività di socio amministratore e di socio lavoratore ha l'obbligo di chiedere l'iscrizione esclusivamente nella gestione in cui svolge l'attività con carattere di abitualità e prevalenza; nell'incompatibile coesistenza delle due corrispondenti iscrizioni è onere dell'INPS individuare l'iscrizione all'assicurazione corrispondente all'attività prevalente.

FATTO — Con ricorso al Tribunale di Lecco il sig. B.M. espose che:

1. era inizialmente iscritto, quale amministratore della M. AUTO S.r.l., nella Gestione prevista dalla L. 8 agosto 1995, n. 335, art. 2, comma 26;

2. dal 1 gennaio 1997 si era iscritto anche nella Gestione IVS commercianti in qualità di socio lavoratore (per la L. 23 dicembre 1996, n. 662, art. 1, comma 203);

3. a seguito della trasformazione della M. AUTO S.r.l. in S.p.a.(dal 30 settembre 1999), era venuto meno l'obbligo di questa seconda iscrizione, e le due iscrizioni erano divenute incompatibili:

dichiarando che la sua attività prevalente era quella di amministratore della Società, aveva chiesto il mantenimento dell'iscrizione nella Gestione separata;

4. l'I.N.P.S., ritenendo la non incompatibilità tra le due iscrizioni, aveva notificato la cartella esattoriale anche per i contributi relativi alla prima iscrizione (Gestione speciale I.V.S.).

Ciò premesso, B.M., propose innanzi al Tribunale di Lecco opposizione avverso la cartella esattoriale.

Con sentenza del 18 settembre 2002 il Tribunale respinse l'opposizione. Con sentenza del 6 ottobre 2003 la Corte d'Appello di Milano respinse l'appello.

Premettendo che la questione in controversia è temporalmente limitata al periodo dal 1 gennaio 1997 al 30 settembre 1999, il giudicante osserva su un piano generale che la Gestione prevista dalla L. 23 dicembre 1996, n. 662, art. 1, comma 203, ha la finalità di superare l'autonomia patrimoniale delle società a responsabilità limitata, nelle ipotesi in cui il socio amministratore svolga attività lavorativa. La Gestione separata prevista dalla L. 8 agosto 1995, n. 335, art. 2, comma 26, ha una duplice finalità: costituire una posizione previdenziale per attività svolta da soggetti sprovvisti di apposita Cassa, e nel contempo assicurare contribuzione in relazione ad attività produttiva

di reddito riferibile a soggetti assicurati per altra attività.

Diversa è la funzione della L. 23 dicembre 1996, n. 662, art. 1, comma 208, invocata dal ricorrente; questa norma disciplina non l'ipotesi in cui il soggetto svolga due distinte attività fonti di distinti redditi, bensì l'ipotesi in cui il soggetto svolga un'attività che, all'interno dell'impresa, potrebbe condurre all'iscrizione all'una od all'altra Gestione: in questa ipotesi, la scelta di una ed una sola fra le Gestioni astrattamente possibili è diretta ad evitare l'ingiusta duplicazione d'una contribuzione riferibile ad una sola fonte di reddito.

Nel caso in esame, lo stesso B. ha dichiarato che egli svolgeva l'attività di amministratore della M. AUTO S.r.l. con carattere di abitualità e prevalenza. Costituendo una confessione stragiudiziale, la dichiarazione fa piena prova, non scalfita dalle prove dedotte in sede giudiziale.

Per la Cassazione di questa sentenza B.M. ha proposto ricorso, articolato in un unico motivo; l'I.N.P.S. ha depositato procura; l'E.S.A.T.R.I. S.p.a. non si è costituito in giudizio.

DIRITTO — 1. — Denunciando violazione e falsa applicazione della L. 8 agosto 1995, n. 335, art. 2, comma 26, e della L. 23 dicembre 1996, n. 662, art. 1, commi 202, 203 e 208, nonchè insufficiente e contraddittoria motivazione, il ricorrente sostiene che:

1.a. in base alla predetta normativa, il B. dal 1 gennaio 1997 risultava iscritto in due differenti posizioni previdenziali a favore dell'I.N.P.S.; la seconda iscrizione (nella gestione esercenti attività commerciali), aveva determinato la doppia iscrizione; ciò, fino al 30 giugno 1999, quando, con la trasformazione della M. AUTO S.r.l. in società per azioni, venne meno il suo obbligo di iscrizione nell'elenco degli esercenti attività commerciale;

1.b. finalità della iscrizione prevista dalla L. 23 dicembre 1996, n. 662 non è la duplicazione di iscrizioni, bensì l'estensione della copertura assicurativa previdenziale nei confronti di soggetti esclusi da ogni obbligo assicurativo;

1.c. poichè il versamento di contributi legittima il trattamento pensionistico, il doppio versamento da parte della stessa persona fisica per due gestioni assicurative a favore dello stesso istituto previdenziale determinerebbe il diritto a due diretti trattamenti pensionistici (in contrasto, in via generale, con i principi della previdenza pubblica); e determinerebbe, poi, la disparità di trattamento fra due soggetti gestori di società a responsabilità limitata, l'uno socio lavoratore e l'altro solo socio di capitale;

1.d. "se una persona esercita, in una o più imprese, attività commerciale ed artigiana, si deve iscrivere in una delle due gestioni previdenziali, sommando entrambi i redditi della sua attività lavorativa"; l'amministratore di società che opera anche in forza del rapporto di socio può essere iscritto solo nella gestione (separata o commercianti) a cui sia riferibile l'attività (rispettivamente di amministratore o di socio) che debba ritenersi prevalente;

1.e. ciè è conforme al disegno del legislatore, che, con l'iscrizione unitaria, ha previsto il criterio di determinazione dell'iscrizione, costituito dall'attività prevalente; questo stesso criterio, introdotto solo con la L. 23 dicembre 1996, n. 662, ipotizza la possibilità dello svolgimento di due attività (amministratore e socio d'opera);

1.f. la stessa circolare I.N.P.S. 15 febbraio 1999 n. 32 e la nota del Ministero del

Lavoro del 23 dicembre 1999 prevedono che sono assicurabili solo coloro che partecipano al lavoro aziendale con abitualità e prevalenza, restando esclusi i soci la cui prestazione lavorativa non presenti questi caratteri;

1.g. se l'attività prevalente legittima l'iscrizione nell'una o nell'altra gestione, come indicato nella L. 23 dicembre 1996, n. 662, art. 1, comma 208, l'affermazione della sentenza impugnata è contraddittoria; l'I.N.P.S. avrebbe dovuto accertare l'attività prevalente, determinando a quale gestione il richiedente avrebbe dovuto essere iscritto; se i soggetti in possesso dei requisiti prescritti dalla legge, dovessero iscriversi in entrambe le gestioni, la determinazione dell'I.N.P.S. (prevista dalla legge) di accertare la prevalenza, non avrebbe significato; né significato avrebbe l'impugnazione dell'atto dell'Istituto da parte del soggetto interessato;

1.h. poichè è funzione dell'Istituto accertare l'attività prevalente, la dichiarazione del B. (che questi aveva formulato solo in via "precauzionale", come atto dovuto, in quanto espressione d'un obbligo imposto dalla legge per la domanda di iscrizione per i soci lavoratori delle società a responsabilità limitata) non poteva avere (come erroneamente ritenuto dal giudicante) valore confessorio;

1.i. anche nelle leggi istitutive dei sistemi previdenziali per altre tipologie di attività lavorative, l'obbligatorietà dell'iscrizione è prevista solo ove l'attività svolta sia prevalente.

2. — Il ricorso è fondato.

3. — È da premettere che 3.a. la L. 8 agosto 1995, n. 335, art. 2, comma 26, dispone quanto segue: "A decorrere dal 1 gennaio 1996 sono tenuti all'iscrizione presso un'apposita gestione separata, presso l'I.N.P.S., e finalizzata all'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, i soggetti che esercitino, per professione abituale, ancorchè non esclusiva, attività di lavoro autonomo di cui al D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917, art. 49, comma 1, nonchè i titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui al citato Testo Unico, art. 49, comma 2, lett. a, e gli incaricati di vendita a domicilio..."; 3.b. la L. 23 dicembre 1996, n. 662, art. 1, comma 203, sostituendo la L. 3 giugno 1975, n. 160, art. 29, comma 1, dispone quanto segue:

"L'obbligo di iscrizione nella gestione assicurativa degli esercenti attività commerciali di cui alla L. 22 luglio 1966, n. 613 e successive modificazioni ed integrazioni, sussiste per i soggetti che siano in possesso dei seguenti requisiti: a. siano titolari o gestori in proprio di imprese che, a prescindere dal numero dei dipendenti, siano organizzate e/o dirette prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti la famiglia...; b. abbiano la piena responsabilità dell'impresa ed assumano tutti gli oneri ed i rischi relativi alla sua gestione...; c. partecipino personalmente al lavoro aziendale con carattere di abitualità e prevalenza; d. siano in possesso ... di licenze od autorizzazioni e siano iscritti in albi, registri o ruoli".

3.c. la L. 23 dicembre 1996, n. 662, art. 1, comma 208 dispone quanto segue: "Qualora i soggetti di cui ai precedenti commi esercitino contemporaneamente, anche in un'unica impresa, varie attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, sono iscritti nell'assicurazione prevista per l'attività alla quale gli stessi dedicano personalmente la loro opera professionale in misura prevalente; spetta all'I.N.P.S. decidere sull'iscrizione nell'assicurazione corrispondente all'attività prevalente".

4. — Sul piano letterale è da osservare che:

4.a. la prima disposizione (L. n. 335 del 1995, art. 2, comma 26) riguarda i soggetti che esercitino, per professione abituale, ancorchè non esclusiva, attività di lavoro autonomo; la L. n. 662 del 1996, art. 1, comma 203, riguarda gli esercenti attività commerciale; la L. n. 662 del 1996, art. 1, comma 208 della riguarda i lavoratori autonomi che esercitino contemporaneamente, anche in un'unica impresa, varie attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria;

4.b. questa terza disposizione disciplina una situazione più generale, che, pur riguardando gli esercenti attività commerciale, coinvolge lo svolgimento, anche nell'ambito d'una pluralità di imprese ("anche in un'unica impresa"), di attività assoggettabili ad ogni forma di assicurazione obbligatoria ("diverse forme");

4.c. nell'ampio spazio delineato dalla lettera di questa disposizione rientra anche la situazione disciplinata dalla prima disposizione (L. n. 335 del 1995, art. 2, comma 26): i soggetti che esercitino, per professione abituale, ancorché non esclusiva, attività di lavoro autonomo; anche a questi soggetti è pertanto applicabile l'indicato art. 1, comma 208: l'iscrizione nell'assicurazione prevista per l'attività alla quale essi dedicano personalmente l'opera professionale in misura prevalente.

5. — Da ciò, la funzione della disposizione: risolvere la pluralità (di attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria) in un unico rapporto assicurativo (l'assicurazione prevista per l'attività alla quale il soggetto dedica personalmente la sua opera professionale in misura prevalente), evitando, con il criterio della prevalenza, una duplicazione di rapporti assicurativi.

Il criterio unificante della "prevalenza" trova corrispondenza nei requisiti previsti, nell'ambito della stessa normativa (art. 1, comma 203), per l'iscrizione di coloro che esercitino attività commerciale (il carattere di abitualità e di prevalenza).

6. — Ogni attività che rientra nell'ampio spazio delineato dall'art. 1, comma 208 ("i soggetti di cui ai precedenti commi") resta assoggettata al criterio unificante della prevalenza: un obbligo di iscrizione, previsto dall'art. 1, comma 203 e non assoggettato a tale criterio non è ipotizzabile.

Di conseguenza, colui che chieda l'iscrizione nell'elenco degli esercenti attività commerciale ex L. 23 dicembre 1996, n. 662 (ove, peraltro, si presuppone che l'attività esercitata abbia il carattere della "prevalenza": comma 203), è assoggettato, nello svolgimento d'una pluralità di attività, al criterio della prevalenza.

7. — Il carattere della prevalenza, costituendo criterio unificante, è (in se stesso) negazione della compatibilità della pluralità di iscrizioni.

8. — Nei confronti dell'iscrizione prevista dalla L. 23 dicembre 1996, n. 662, art. 1, comma 203, "forma diversa di assicurazione obbligatoria" è anche quella disciplinata dalla "gestione separata" prevista dalla L. n. 335 del 1995, art. 2, comma 26.

Anche fra queste due forme di iscrizione sussiste incompatibilità.

9. — Il reiterato preoccupato riferimento, della sentenza impugnata, al "reddito" quale finalità della contribuzione e della disposta prevalenza, ed in particolare la ritenuta differenziazione fra la "situazione di coloro che svolgono due attività egualmente fonte di reddito" e "la posizione di coloro che lavorano all'interno di un'impresa la cui attività potrebbe determinare l'iscrizione sia alla gestione artigiani che a quella commercianti", non ha fondamento normativo (nè letterale nè funzionale).

Ed invero, come la prima, anche la seconda (ipotizzata) "situazione" (ove le attività con i conseguenti redditi si possono svolgere "anche" nell'ambito d'una pluralità di imprese) è costituita (a differenza di quanto negato dal giudicante) da "due attività egualmente fonte di reddito"; di conseguenza, "il pericolo d'una duplice contribuzione a fronte d'una sola fonte di reddito" non sussiste (sussiste invero la necessità - come il ricorrente riconosce, p. 13, di sommare i redditi).

10. — La dichiarazione (formulata dal B. nella richiesta di iscrizione nell'elenco degli esercenti attività commerciale ex L. n. 662 del 1996) di svolgere la sua attività con carattere di abitualità e prevalenza, in quanto domanda di iscrizione per i soci lavoratori delle società a responsabilità limitata, è adempimento d'un obbligo di legge (nè il suo oggetto è un fatto da far valere contro il dichiarante). Pertanto il suo ritenuto valore confessorio non sussiste.

11. — È da affermare quanto segue:

"In applicazione della Legge 3 giugno 1975 n. 160, art. 29, comma 1, come sostituito dalla L. 23 dicembre 1996, n. 662, art. 1, comma 203, colui che nell'ambito d'una società a responsabilità limitata svolga attività di socio amministratore e di socio lavoratore ha l'obbligo di chiedere iscrizione nella gestione in cui svolge l'attività con carattere di abitualità e prevalenza;nell'incompatibile coesistenza delle due corrispondenti iscrizioni, è onere dell'I.N.P.S. decidere sull'iscrizione all'assicurazione corrispondente all'attività prevalente".

12. — Il ricorso deve essere accolto. Con la Cassazione della sentenza, la causa deve essere rinviata a contiguo giudice di merito, che applicherà l'indicato principio (sub "10"), nel contempo provvedendo a regolare le spese del giudizio di legittimità.

(Omissis)

UNICITÀ DELL'ISCRIZIONE PREVIDENZIALE E PRETESA INCOMPATIBILITÀ DELLA GESTIONE DELL'IMPRESA CON LA PARTECIPAZIONE AL LAVORO AZIENDALE. L'INTERVENTO DELLA CASSAZIONE SUGLI OBBLIGHI CONTRIBUTIVI DEL SOCIO D'OPERA-AMMINISTRATORE DI S.R.L. DEL SETTORE TERZIARIO

1. — Con la sentenza n. 20886 del 5.10.2007 la Corte di Cassazione ha preso posizione sul problema degli obblighi contributivi del socio di s.r.l. del settore terziario che, oltre a lavorare nell'azienda sociale, svolga attività di amministratore per la società.

I termini della questione sono noti, ma è opportuno richiamarli brevemente: con l'art. 1 della legge 23.12.1996, n. 662, l'ambito della gestione speciale degli esercenti attività commerciali costituita in seno all'INPS ai sensi della legge 22.7.1966, n. 613 e successive modifiche ed integrazioni (c.d. gestione commercianti) è stato notevolmente ampliato. Tale estensione si è avuta sostanzialmente in due direzioni: sul piano oggetti-

vo, l'obbligo assicurativo verso tale gestione, dapprima limitato alle attività commerciali, è stato esteso a tutte le attività rientranti nel settore terziario di cui all'art. 49, comma 1, lett. d), della legge 8.3.1989, n. 88, con esclusione di quelle professionali ed artistiche (comma 202 dell'art. 1 cit.) (1); sul piano soggettivo tale obbligo, in precedenza limitato ai titolari di imprese individuali ed ai soci illimitatamente responsabili di società di persone (s.n.c. e s.a.s.), è stato esteso anche ai soci di s.r.l. (comma 203).

Poiché normalmente in tale ultimo tipo di società, soprattutto in quelle di dimensioni medio-piccole, il socio assume anche la carica di amministratore, e poiché l'art. 2, comma 26, della legge 8.8.1995, mediante rinvio all'art. 49, 2° comma, del D.P.R. 22.12.1986, n. 917) (2), prevede l'obbligo di iscrizione alla apposita gestione separata presso l'INPS, tra gli altri, di coloro che percepiscono compensi in qualità di amministratori di società, si è posto il problema della compatibilità dell'obbligo contributivo alla gestione commercianti con l'obbligo alla suddetta gestione separata per i soggetti che, oltre a prestare la propria attività di lavoro nell'azienda in qualità di soci d'opera, svolgano anche attività di amministratori in favore della società, percependo il relativo compenso.

2. — La posizione dell'INPS della compatibilità dei due obblighi assicurativi, in presenza, beninteso, dei rispettivi presupposti (3), è stata contestata da una parte della dottrina e della giurisprudenza, sostanzialmente sulla base di due tesi differenti: secondo una prima opinione rientrerebbe nei compiti dell'amministratore l'espletamento di ogni atto utile per la società, purché rientrante nell'oggetto sociale, anche se non riconducibile all'amministrazione in senso stretto, con la conseguenza che la prestazione d'opera del socio, che sia anche amministratore, troverebbe titolo in quest'ultima carica: l'unico obbligo contributivo al quale sarebbe tenuto il socio d'opera-amministratore sarebbe pertanto verso la gestione separata di cui all'art. 2, comma 36, della legge n. 335/95 (4); secondo altra tesi, lo stesso art. 1 della legge n. 662/96, al comma 208, espressamente prevederebbe la regola secondo la quale i soggetti destinatari dell'obbligo contributivo alla gestione commercianti, quando esercitino contemporaneamente varie attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria,

(1) Lo stesso articolo 1 della legge n. 662/96 reca altre disposizioni estensive dell'obbligo contributivo alla gestione commercianti. Precisamente, il comma 196 include tra i destinatari di tale obbligo i promotori finanziari che operano in veste di agenti o mandatari, mediante il richiamo ai soggetti iscritti all'albo di cui all'art. 5 della legge 2.1.1991, n. 1 (richiamo che oggi, a seguito dell'art. 66 del D.lgs. 23.7.1996, n. 415 e poi del D.lgs. 24.2.1998, n. 58, di approvazione del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, deve intendersi operato all'art. 31 di tale stesso T.U.); il comma 205 ricomprende tutti gli operatori che svolgono attività connesse al turismo previsti dall'art. 11 della legge 17.5.1983, n. 217; il comma 206 estende tale obbligo, in qualità di coadiutori, ai parenti ed affini entro il terzo grado dell'esercente l'attività commerciale che non vi siano già tenuti in base all'art. 3 della legge 22.7.1966, n. 613.

(2) A seguito della nuova numerazione introdotta dal D.lgs. 12.12.2003 n. 344, il riferimento è da intendersi all'art. 53 del D.P.R. n. 918/86.

(3) Circolari INPS n. 32 del 15.2.199, n. 25 del 7.2.1997 e n. 215 del 9.10.1998, reperibili nel sito internet dell'Istituto, www.inps.it.

(4) A. Campagna e G. Rodà ,"Amministratori e soci lavoratori di società a responsabilità limitata", in Guida Normativa il Sole 24 Ore n. 69/03, pag. 11. In giurisprudenza Tribunale di Parma, sent. 20.9.2004, n. 335, in Lavoro nella Giurisprudenza, 2005, 2, pagg. 163 e segg.; Corte d'Appello di Brescia sent. 22.10.2003, n. 245; Tribunale di Brescia, sent. n. 390 del 30.5.2002; Tribunale di Monza sent. 5.4.2002, n. 135, a quanto consta inedite.

devono iscriversi solo nell'assicurazione per l'attività alla quale gli stessi dedicano la loro opera professionale in misura prevalente. Ne conseguirebbe l'incompatibilità tra i due obblighi assicurativi, che andrebbe risolta in base al criterio della prevalenza (5): l'unico obbligo contributivo al quale è tenuto il soggetto che si trova in tale situazione va appunto individuato in base all'attività che risulti prevalente rispetto alle altre.

3. — Quest'ultima tesi, respinta dalla prevalente giurisprudenza di merito (6), è stata accolta dalla Corte di Cassazione con la sentenza che si annota.

Questi, in sintesi, i passaggi della decisione: l'art. 1, comma 208, della legge n. 662/96 si rivolge ai soggetti esercenti attività commerciale, che svolgano altresì, nell'ambito di una o più imprese, altre attività assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria; tra tali forme obbligatorie è ricompresa anche la gestione separata di cui all'art. 2, comma 26 della legge n. 335/95; ne deriva che anche per tali soggetti è applicabile il principio dell'unicità dell'iscrizione in ragione dell'attività prevalente di cui al citato comma 208.

Secondo la Corte la funzione di tale ultima disposizione è quella di risolvere la pluralità di attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria in un unico rapporto assicurativo, evitando, con il criterio della prevalenza, una duplicazione di rapporti assicurativi. Il criterio unificante della "prevalenza" trova corrispondenza nei requisiti previsti, nell'ambito della stessa normativa (art. 1, comma 203), per l'iscrizione di coloro che esercitino attività commerciale (il carattere di abitualità e prevalenza) (7).

I Giudici di legittimità, inoltre, confutano l'argomento, sostenuto dalla Corte di merito, secondo cui il suddetto comma 208 non riguarderebbe coloro che svolgono due attività fonte di diversi redditi (qual è appunto la situazione del socio-amministratore, titolare, rispettivamente del reddito da partecipazione, costituito dagli utili, e del com-

---

(5) G. Ferraù, in nota a Tribunale di Parma, sentenza 20.9.2004, n. 335, in Lavoro nella Giurisprudenza, 2005, 2, pagg. 163 e segg..

(6) Tribunale di Ravenna, sent. 29.6.2004, nn. 178 e 179, edite solo in massima in Guida al lavoro de il Sole 24 ore, n. 35, del 3.9.2005, con nota adesiva di D. Zavalloni; Corte d'Appello di Milano, sent. 6.10.2003, in Lav. e Giur. N. 4/2004, pag. 404; Tribunale di Verona sentt. 11.8.2004, n. 554 e 8.8.2003, n. 154, Tribunale di Milano, sent. n. 1425 del 10.5.2001, n. 992 del 25.2.2003; n. 3157 del 30.9.2004, n. 371 dell'8.2.2002; n. 778 del 25.3.2002; n. 886 del 25.3.2002; n. 2538 del 28.7.2004; n. 3411 del 30.11.2002; n. 652 del 5.3.2002; Corte d'Appello di Milano, sentenza n. 345 del 4.6.2002, tutte inedite per quanto consta.

(7) Tale disposizione, nel riformulare l'art. 29, I comma, della legge 2.6.1975, n. 160 dispone: *"L'obbligo di iscrizione nella gestione assicurativa degli esercenti attività commerciali di cui alla legge 22 luglio 1966, n. 613 e successive modificazioni ed integrazioni, sussiste per i soggetti che siano in possesso dei seguenti requisiti:*

a) siano titolari o gestori in proprio di imprese che, a prescindere dal numero dei dipendenti, siano organizzate e/o dirette prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti la famiglia, ivi compresi i parenti e gli affini entro il terzo grado, ovvero siano familiari coadiutori preposti al punto di vendita;

b) abbiano la piena responsabilità dell'impresa ed assumano tutti gli oneri ed i rischi relativi alla sua gestione. Tale requisito non è richiesto per i familiari coadiutori preposti al punto di vendita nonchè per i soci di società a responsabilità limitata;

c) partecipino personalmente al lavoro aziendale con carattere di abitualità e prevalenza;

d) siano in possesso, ove previsto da leggi o regolamenti, di licenze o autorizzazioni e/o siano iscritti in albi, registri o ruoli".

penso per l'attività di amministrazione della società), ma coloro che lavorano all'interno di un'impresa la cui attività potrebbe determinare l'iscrizione sia alla gestione artigiani che a quella commercianti, e ciò appunto per evitare che uno stesso reddito sia assoggettato a duplice imposizione contributiva.

Al riguardo la Suprema Corte osserva che anche in questa seconda situazione il pericolo di una duplice contribuzione a fronte d'una sola fonte di reddito non sussiste, perché i redditi derivanti da tali diverse attività andrebbero sommati e costituirebbero un unico reddito ai fini dell'unico obbligo contributivo.

4. — La soluzione offerta dalla Corte non può essere condivisa.

Essa, infatti, si sofferma esclusivamente sul dato letterale della norma suindicata, senza tenere in alcun conto il contesto normativo in cui la stessa disposizione va ad inserirsi.

Il legislatore, già all'indomani della istituzione dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie per gli esercenti attività commerciali (avvenuta con la legge 27.11.1960, n. 1397) aveva introdotto, con le relative disposizioni d'attuazione, una previsione dal tenore letterale assolutamente analogo a quello della norma in esame (art. 2 del D.P.R. 28.2.1961, n. 184 (8).

Ciò in quanto poiché era stata prevista una nuova categoria di lavoratori autonomi soggetti ad assicurazione obbligatoria, che andava ad affiancarsi a quelle previste dalla normativa vigente, cioè gli artigiani (legge 29.12.1956, n. 1533) ed i coltivatori diretti (legge 22.11.1954, n. 1136), poteva verificarsi che nei confronti di determinati soggetti sussistessero i requisiti previsti per l'iscrizione in più gestioni. In tal caso, per evitare un aggravio degli obblighi contributivi, ma anche una inutile duplicazione di tutela, il legislatore aveva stabilito la regola dell'unicità dell'iscrizione, da individuarsi sulla base dell'attività cui il soggetto si dedicava in misura prevalente.

Tale problema si era posto proprio a seguito della istituzione dell'obbligo assicurativo per gli esercenti attività commerciali, per via della presenza sul mercato di varie attività economiche nelle quali il commercio si associava alla produzione artigianale di determinati beni, o alla coltivazione diretta del fondo, e tali plurime attività potevano essere svolte da uno stesso soggetto all'interno di un'unica impresa, ovvero nell'esercizio di corrispondenti diverse imprese (si pensi, ad esempio, sotto il primo aspetto, alle trattorie, ai panifici, ecc. nei quali all'attività di produzione, tipicamente artigiana, si associa la somministrazione o la rivendita al pubblico, ovvero, sotto il secondo profilo, alla vendita dei propri prodotti agricoli svolta dal coltivatore diretto in un apposito esercizio commerciale, nel quale sono venduti anche altri generi alimentari, ecc.).

---

(8) L'art. 2 del D.P.R. n. 184/61 disponeva testualmente: *"gli esercenti piccole imprese commerciali e gli ausiliari del commercio considerati agli artt. 1 e 2 della legge, qualora esercitino contemporaneamente, anche in un'unica impresa, varie attività autonome assoggettabili distintamente a diverse forme di assicurazione obbligatoria contro le malattie, sono soggetti alla assicurazione prevista per l'attività alla quale gli stessi dedicano personalmente la loro opera professionale in misura prevalente.*

In caso di contestazioni circa la determinazione dell'attività personale prevalente di cui al precedente comma decide in via definitiva il Ministro per il lavoro e la previdenza sociale sentiti, a seconda della competenza, la Commissione centrale per gli elenchi nominativi degli esercenti attività commerciali, la sezione competente del Comitato centrale dell'artigianato e la Commissione centrale per il servizio di compilazione degli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli e per l'accertamento e riscossione dei contributi agricoli unificati".

Benché la norma, sulla base della formulazione letterale, sembrasse individuare come ipotesi normale quella dello svolgimento delle varie attività di lavoro all'interno di imprese diverse (9), il caso tipico della sua applicazione era dato, appunto, dalle attività "promiscue", ossia quelle attività prestate nell'ambito di un'unica impresa che, pur essendo unitarie, erano suscettibili di determinare l'iscrizione in diverse gestioni.

D'altro canto non poteva essere diversamente, se si tiene conto che la legislazione in materia non prevedeva l'assicurazione del lavoro autonomo in quanto tale, ma in quanto fosse prestato dall'esercente l'impresa (il piccolo imprenditore del commercio, l'imprenditore artigiano, il piccolo imprenditore agricolo dedito alla coltivazione diretta del fondo): ecco allora che la frase *"anche in un'unica impresa"* inserita nella disposizione in commento, conteneva il richiamo al presupposto che alle diverse attività di lavoro dovevano corrispondere diverse imprese esercitate dallo stesso soggetto, anche se le diverse attività potevano essere svolte pure all'interno della stessa impresa; ipotesi quest'ultima, come si è detto, più frequente dal punto di vista pratico.

In altre parole, con il suddetto inciso, il legislatore aveva voluto chiarire che la regola della unicità dell'assicurazione introdotta con la suddetta disposizione doveva sicuramente trovare applicazione nel caso di titolarità di più imprese e di prestazione di lavoro all'interno di ciascuna di esse, atteso che in mancanza di tale previsione sarebbe stata necessaria la plurima iscrizione, ma anche nel caso di svolgimento delle varie attività all'interno della stessa impresa; anche in quest'ultimo caso vi era il rischio di una plurima iscrizione, in quanto benché l'impresa fosse unica, ciascuna delle attività ivi svolte, in sé considerata, poteva determinare l'iscrizione alla gestione a cui era riconducibile, e la stessa norma serviva ad orientare la scelta verso l'unica gestione a cui l'iscrizione doveva essere eseguita.

Nei casi suindicati (più attività nell'esercizio di più imprese, più attività all'interno della stessa impresa), pertanto, in base alla norma in esame, il soggetto doveva iscriversi solo alla gestione corrispondente all'attività alla quale si dedicava in misura prevalente (10).

---

(9) La norma infatti prevedeva l'esercizio contemporaneo delle diverse attività *"anche in un'unica impresa"*, come se, appunto, normalmente tale esercizio contemporaneo dovesse avvenire in più imprese.

(10) In tal senso era la prassi amministrativa. Infatti, il Ministero dell'Industria, Commercio e Artigianato con circolare n. 1955/C del 19.1.1968 (pubblicata in Atti Ufficiali I.N.P.S., 1968, pag. 871), inviata alle Commissioni preposte alla gestione degli elenchi degli esercenti le attività commerciali, alle Commissioni Provinciali dell'artigianato ed agli Uffici Provinciali dei Servizi per i contributi agricoli unificati, preposti appunto alla tenuta degli elenchi di categoria la cui iscrizione determinava l'obbligo assicurativo contro le malattie, aveva indicato i criteri cui le suddette Commissioni dovevano ispirarsi per risolvere i casi dubbi, esplicando sia la nozione di prevalenza (da intendersi innanzitutto come tempo dedicato all'attività), sia dando disposizioni per specifiche fattispecie (esercizi pubblici, quali bar, ristoranti, ecc., da ritenersi iscrivibili alla Gestione commercianti, in quanto sull'attività di preparazione dei cibi prevale la componente commerciale della loro somministrazione al pubblico nel rispetto delle relative disposizioni, per gli esercizi ambulanti, salvo che contemporaneamente esercitino un mestiere artigiano, come gli ombrellai, i seggiolai, ecc., in quanto in questo caso sulla vendita della merce prevale la lavorazione artigianale svolta, ecc.). Lo stesso Ministero aveva previsto la costituzione presso le C.C.I.A.A. di appositi "Comitati per l'esame delle controversie sulla occupazione prevalente", composti pariteticamente da rappresentanti degli organi competenti alla tenuta degli elenchi e degli albi di categoria, disciplinando anche l'iter amministrativo da seguire per addivenire alla decisione ministeriale definitiva.

Sotto quest'ultimo profilo (plurima attività nell'esercizio della stessa impresa), si trattava di una soluzione analoga a quella individuata a proposito del problema dell'inquadramento dei datori di lavoro ai fini dell'adempimento degli obblighi contributivi.

Nel caso di più attività svolte dallo stesso datore di lavoro, l'inquadramento va disposto in relazione all'attività prevalente(11).

Sicché, così come il datore di lavoro che eserciti molteplici attività tra di loro connesse deve essere inquadrato e deve adempiere gli obblighi contributivi per il proprio personale in base all'attività prevalente, allo stesso modo il piccolo imprenditore-lavoratore autonomo che svolga diverse attività deve adempiere i propri obblighi contributivi in relazione all'attività svolta in misura prevalente.

Con l'art. 1, comma 208 della legge n. 662/96 il legislatore, tenuto conto dell'evoluzione dell'intero sistema (l'obbligo assicurativo è stato poi ricondotto all'assicurazione invalidità, vecchiaia e superstiti) (12), e la gestione delle posizioni degli iscritti ai fini previdenziali è stata assegnata all'INPS (13), nel momento in cui è andato ad individuare un nuovo settore d'attività a cui riferire l'obbligo assicurativo (in particolare, il settore terziario, con esclusione degli artisti e professionisti), proprio per risolvere il problema del possibile concorso di obblighi a carico di un medesimo soggetto, causato anche dalla suddetta estensione, ha ribadito il criterio dell'attività prevalente, "aggiornando" la formulazione della norma con la quale tale criterio era stato già precedentemente affermato (14).

---

(11) Salvo che tali attività siano svolte in modo separato ed autonomo, ed ad esse corrispondano distinte aziende e distinte imprese, in quanto in tal caso per ciascuna attività deve essere disposto un inquadramento ad hoc. Cfr., fra le tante, Cass. civ., sez. I, 2 dicembre 2004, n. 22609; sez. lav., 3 luglio 2003, n. 10537; sez. I, 21 giugno 2002, n. 9069; sez. lav., 23 luglio 2004, n. 13869; sez. I, 6 luglio 2004, n. 12323; sez. lav. 9 aprile 1998, n. 3686; sez. lav., 2 maggio 1997, n. 3773; sez. lav., 3 febbraio 1993, n. 1335; sez. lav., 7 marzo 1991, n. 2369; Tribunale Bergamo, 7 febbraio 1997, n. 10537/2003, 3 febbraio 1993, n. 1335, 24 aprile 1991, n. 4476, 6 aprile 1990, n. 2896, tutte reperibili nella banca dati on-line "Juris data" della Giuffrè Editore (www.iuritalia.com).

(12) Per gli esercenti attività commerciale con la legge 22.7.1966, n. 613, che individua i propri destinatari nei soggetti già tenuti all'assicurazione contro le malattie in base alla legge n. 1397/60, per gli artigiani, anch'essi inizialmente soggetti solo all'assicurazione contro le malattie, con la legge 4.7.1959, n. 453, e per i coltivatori diretti, mezzadri e coloni, con la legge 26.10.1957, n. 1047 e poi perfezionata ed integrata con la legge 9.1.1963, n. 9.

(13) Ciò è avvenuto per i commercianti con gli artt. 1 del D.L. 15.1.93, n. 6 conv. dalla legge 17.3.93, n. 63 e 5 del D.L. 23.2.95, n. 41 conv. dalla legge 22.3.95, n. 85, e per i coltivatori diretti con l'art. 19 della legge 23.12.94, n. 724, di soppressione dello S.C.A.U. e trasferimento delle relative strutture e funzioni allo stesso Istituto. La gestione della posizione degli artigiani è rimasta affidata alle commissioni provinciali dell'artigianato costituite ai sensi dell'art. 9 della legge 8.8.1985, n. 443, le cui determinazioni sono vincolanti anche agli effetti previdenziali, ex art. 1, comma 3, del D.L. n. 6/93 conv. dalla legge n. 63/93 cit..

(14) Non si fa quindi più riferimento all'obbligo assicurativo contro le malattie, ma a quello per l'invalidità, la vecchiaia ed i supersiti, non si prevede l'audizione, nella fase contenziosa, degli organi in posizione "apicale" rispetto a quelli preposti alla tenuta degli elenchi di categoria, ma si prevede l'audizione dei comitati amministratori delle relative gestioni pensionistiche, e si individua nell'INPS, e non più nel Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, l'ente deputato alla decisione definitiva.

Anche con tale disposizione il legislatore ha fatto riferimento ai soggetti tenuti all'obbligo contributivo verso la gestione commercianti, come anche risultanti per effetto dell'ampliamento dell'ambito di tale gestione contestualmente disposta, in quanto, da un lato, ha inteso contemplare i casi già rientranti e risolti dalla precedente disposizione (il settore terziario, infatti, abbraccia tutte le attività commerciali già considerate per la ricorrenza dell'obbligo contributivo alla gestione commercianti), e dall'altro proprio per i nuovi soggetti divenuti destinatari dell'obbligo contributivo si poteva porre il problema dello svolgimento di più attività, nell'esercizio di un'unica o di più imprese (ad esempio la prestazione di un servizio, rientrante nel settore terziario, associata alla sua produzione, rientrante invece nel settore artigiano), tali da determinare la necessità di iscrizione verso le corrispondenti gestioni.

L'art. 1, comma 208, della legge n. 662/96, come già l'art. 2 del D.P.R. n. 184/61, si riferisce dunque alle attività "omologhe", che si caratterizzano per uno stesso tipo di apporto professionale, e che differiscono unicamente per i diversi settori produttivi in cui sono inquadrabili (artigianato, terziario, agricoltura), siano esse svolte dal soggetto mediante l'esercizio di diverse (corrispondenti) imprese, siano esse svolte mediante l'esercizio di un'unica impresa.

Non può quindi convenirsi con la considerazione svolta nella sentenza in esame, secondo cui la *ratio* di tale norma, individuata dai Giudici di merito nell'esigenza di evitare una duplicazione d'imposizione contributiva nei casi di svolgimento di attività suscettibili di dar luogo all'iscrizione in diverse gestioni, non avrebbe fondamento perché in tal caso vi sarebbero due attività fonti di due diversi redditi.

Nel caso di svolgimento di più attività nell'esercizio di un'unica impresa, uno solo è l'obbligo contributivo ed una sola è la base imponibile (data dalla totalità dei redditi prodotti dall'attività dell'impresa), ciò è però possibile proprio in virtù della disposizione in esame, che, nello stabilire l'unicità dell'assicurazione applicabile, indica anche quale essa debba essere (quella corrispondente all'attività prevalente), ed in mancanza della quale ciascuna gestione potrebbe "pretendere" l'adempimento degli obblighi contributivi per l'attività a sé riconducibile.

Invero, il rapporto tra l'obbligo contributivo per l'attività di amministratore e quello per la prestazione d'opera in qualità di socio non è regolato dalla norma suindicata, ma come più in generale il rapporto dell'obbligo verso la Gestione Separata con ogni altra forma di tutela assicurativa obbligatoria - dalla stessa norma istitutiva di tale Gestione, che non solo non pone alcuna preclusione al riguardo, ma ne contempla la perfetta compatibilità.

Infatti, l'art. 2, comma 26, della legge n. 335/95, nel prevedere l'obbligatorietà dell'iscrizione alla predetta gestione benché l'attività che la determina non sia "esclusiva", lascia aperta la possibilità che se i soggetti da essa considerati svolgono anche altre attività lavorative, in presenza dei requisiti previsti, siano (obbligatoriamente) iscritti alle relative gestioni previdenziali, e ciò trova conferma nella normativa successiva, che differenzia la misura e l'ampiezza della contribuzione alla stessa gestione separata, a seconda se riguardi soggetti iscritti ad altre forme obbligatorie o

meno (15).

Il che, peraltro, è assolutamente in linea con le ragioni che hanno spinto il legislatore ad introdurre nell'ordinamento previdenziale la gestione separata: da un lato fornire tutela a figure professionali emergenti ed in via di crescente diffusione sul mercato del lavoro (i c.c. d.d. lavoratori parasubordinati e coloro che esercitano, con carattere di autonomia ed abitualità, professioni per le quali non sono istituiti albi o elenchi), dall'altro - sia per un principio di equità distributiva nell'ambito di un sistema pensionistico tendenzialmente universale fondato su un regime a ripartizione, sia per estendere la tutela assicurativa a soggetti che ne fruivano solo in parte - ricondurre a copertura previdenziale molte posizioni di lavoratori che svolgono incarichi che non risolvono il loro impegno lavorativo, la cui parte principale dà loro titolo ad iscrizione in gestioni assicurative obbligatorie previste per i lavoratori dipendenti o autonomi (16).

In altre parole, è nello spirito della stessa gestione separata concedere una tutela che può essere "complementare", in relazione a quella apprestata da altre gestioni alle quali il soggetto sia iscritto in ragione di altra attività lavorativa svolta, e questo dato oggettivo è stato completamente obliterato dalla Suprema Corte.

5. — Ma l'inammissibilità della conclusione fatta propria dalla sentenza in commento risulta anche sotto un diverso e più pregnante profilo.

L'art. 29, 1° comma, della legge 2.6.1975, n. 160, come riformulato dall'art. 1, comma 203, della legge n. 662/96, espressamente prevede, tra i requisiti dell'obbligo di iscrizione alla gestione commercianti, l'essere *"... titolari o gestori in proprio di imprese che, a prescindere dal numero dei dipendenti, siano organizzate e/o dirette prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti la famiglia ..."* (lett. a).

---

(15) L'art. 59, comma 16, della legge 27 dicembre 1997, n. 449 prevede che l'elevazione dell'aliquota della contribuzione pensionistica alla gestione separata, pari allo 1,50 per anno, fino al raggiungimento, a regime, dell'aliquota del 19% e l'aliquota aggiuntiva dello 0,5% per il finanziamento delle prestazioni per indennità di maternità, di malattia in caso di degenza ospedaliera e per assegno per il nucleo familiare contestualmente introdotte, riguardino solo i soggetti che non risultino già iscritti ad altre forme obbligatorie, mantenendo per i soggetti già iscritti ad altre gestioni il regime contributivo previgente. Da ultimo, l'art. 1, comma 770, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 ha fissato l'aliquota della contribuzione pensionistica per i soggetti che non risultino già iscritti ad altre forme obbligatorie nella misura del 23%, e per quelli titolari di altro rapporto assicurativo nella misura del 16%, e l'articolo 1, comma 79, della legge 24 dicembre 2007, n. 247, ha previsto per i soggetti non iscritti ad altre forme obbligatorie l'aumento dell'aliquota di un ulteriore punto percentuale per gli anni 2008, 2009 e 2010 (l'aliquota diviene quindi del 24% per l'anno 2008, 25% per l'anno 2009 e 26% per l'anno 2010), mentre per i già iscritti ad altre forme obbligatorie ha fissato l'aliquota nella misura del 17%.

(16) Ciò trova conferma nello stesso regolamento approvato con D.M. 2 maggio 1996, n. 282, recante la disciplina dell'assetto organizzativo e funzionale della gestione separata e del relativo rapporto assicurativo, in base al quale la contribuzione versata è utilizzabile in modo affatto eclettico e flessibile, potendosi "combinare" con quella versata presso altre gestioni, senza subire le particolari limitazioni previste per queste ultime (si vedano, in particolare, l'art. 3, che prevede per l'iscritto che possa far valere periodi assicurativi presso altre gestioni, la facoltà di chiederne il computo ai fini del diritto e della misura di un'unica pensione a carico della gestione separata, e l'art. 5 che prevede per gli iscritti, già autorizzati alla prosecuzione volontaria presso altre forme di previdenza obbligatorie, il diritto di proseguire la contribuzione volontaria ai fini della maturazione del diritto a pensione in tali forme, pur in costanza dell'adempimento degli obblighi contributivi verso la gestione separata).

Tale disposizione, quindi, nel richiamare, quale condizione per l'iscrizione alla gestione commercianti, la "gestione" dell'impresa, richiede espressamente che l'iscritto svolga anche attività di amministratore (17). Ciò, peraltro, è coerente con la qualità di (piccolo) imprenditore alla quale, come si è visto, la legge ricollega l'obbligo contributivo per l'attività di lavoro autonomo prestata.

È noto, infatti, che l'attività dell'amministratore si concreta, oltre che nel compimento di alcuni atti tipici riservati dalla legge (la redazione dei bilanci e della relativa relazione illustrativa, la partecipazione ai consigli di amministrazione, la delibera di aumento del capitale sociale, se previsto dall'atto costitutivo, la convocazione dell'assemblea dei soci nei casi previsti dagli artt. 2482bis e 2482ter c.c., ecc.; cfr. gli artt. 2475 e ss. c.c.), nella gestione della società, cioè nel compimento degli atti di esercizio dell'impresa rientranti nell'oggetto sociale (cfr. ancora l'art. 2475 c.c. cit.; v. pure l'art. 2380bis c.c. per le s.p.a.).

Riferire il comma 208 dell'art. 1 della legge n. 662/96 anche al caso del socio d'opera amministratore, significa pertanto contravvenire al disposto di cui all'art. 29, 1° comma, lett. a) della legge n. 160/75, atteso che, prevedendo quest'ultima disposizione, quale requisito dell'obbligo assicurativo alla gestione commercianti, (anche) l'amministrazione dell'impresa (di natura individuale o collettiva, come nel caso di società), non può evidentemente tale stessa attività essere ritenuta incompatibile con l'obbligo di cui è elemento costitutivo, al fine di individuare, in alternativa ed in rapporto di reciproca

(17) In contrario non potrebbe obbiettarsi che tale disposizione richiede che la gestione sia "in proprio", mentre nel caso di s.r.l., gli amministratori svolgono l'attività di gestione in nome e per conto della società. Infatti, come precisato dal Consiglio di Stato in funzione consultiva, il cui intervento è stato richiesto dal Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale (parere n. 926/98, a quanto consta inedito), la ratio dell'estensione dell'obbligo assicurativo disposta con la riformulazione dell'art. 29, 1°comma, della legge n. 160/75 è rinvenibile nell'esigenza di evitare che, grazie allo schermo societario, la prestazione del socio resa nell'impresa sia sottratta alla contribuzione previdenziale obbligatoria e, dunque, dall'esigenza di superare la preesistente disparità di trattamento tra i titolari di ditte individuali e i soci di società di persone, rispetto ai soci di società a responsabilità limitata, quando la loro attività prestata all'interno dell'azienda presenti le stesse caratteristiche. Anche in un tale caso, infatti, sussiste in termini effettivi e sostanziali uno svolgimento di attività lavorativa non diverso da quello ordinario, la cui diretta conseguenza è, in virtù del principio di tutela previdenziale, la costituzione del rapporto contributivo previdenziale obbligatorio. Ne consegue che *"l'espressione "titolari o gestori in proprio dell'impresa" non può essere intesa in senso formale, giacchè da quel punto di vista l'impresa ad altri non appartiene che alla società: e seguire un tale criterio proverebbe troppo, perché condurrebbe senz'altro alla vanificazione della innovazione stessa, che diverrebbe così priva di senso precettivo e inutiliter data. L'espressione va qui piuttosto intesa in senso sostanziale, rapportando l'impresa direttamente al socio lavoratore, prescindendo cioè dagli effetti del beneficio della separazione della responsabilità, in cui consiste la caratteristica della società di capitali: questa, per le ricordate ragioni, deve dunque essere considerata non rilevante per ciò che attiene all'individuazione del presupposto dell'obbligo contributivo"* (così il Consiglio di Stato nel parere cit. che ha concluso per la riferibilità dell'obbligo a tutti i soci di s.r.l., e non solo ai soci di s.r.l. unipersonali).

La personalità giuridica della s.r.l., con la conseguente separazione della responsabilità, e la conseguente imputazione allo stesso ente societario dell'attività gestoria prestata dai suoi organi amministrativi, deve essere considerata pertanto non rilevante, sia ai fini del requisito della titolarità dell'impresa, sia ai fini del requisito della gestione in proprio, "abbattendo" la struttura dello schermo societario e rapportando direttamente l'impresa al socio.

esclusione con quest'ultimo, l'obbligo assicurativo verso un'altra gestione.

In altre parole, l'amministrazione è elemento costitutivo sia dell'obbligo assicurativo verso la gestione commercianti (per il quale deve però coesistere con altri requisiti, primo fra tutti la partecipazione al lavoro aziendale con abitualità e prevalenza), sia dell'obbligo assicurativo alla gestione separata (per il quale però deve essere svolta a titolo oneroso e quindi a fronte di un compenso, che costituisce la relativa base imponibile); il riferimento, dunque, per il caso del socio-amministratore, all'art. 1, comma 208, della legge n. 662/96, è del tutto fuorviante ed inappropriato, oltre che contrario alla stessa disciplina della gestione commercianti.

6. — Peraltro anche le ulteriori considerazioni svolte dalla Cassazione non sono condivisibili.

E così, non può convenirsi sul fatto che la funzione dell'art. 1, comma 208 della legge n. 662/96 sia quella di risolvere la pluralità di attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria in un unico rapporto assicurativo, evitando, con il criterio della prevalenza, una duplicazione di rapporti assicurativi.

Infatti, tale norma non si riferisce a tutte le attività autonome assoggettabili a diverse assicurazioni obbligatorie, ma solo a quella degli esercenti attività commerciali che svolgano anche altre attività di lavoro (nella qualità, come si è visto, di titolari di altre imprese o della stessa propria impresa); e ciò, come si è detto, per la possibile connessione, sotto il profilo, per così dire, "merceologico" di tale attività con le altre previste per l'iscrizione alle corrispondenti gestioni previdenziali.

Se la suddetta disposizione avesse come finalità quella individuata dalla Corte, non conterrebbe la suddetta limitazione, e resta allora da spiegare come mai, ad esempio, essa non sia applicabile al caso del socio-amministratore di società artigiana (la quale, peraltro, a seguito delle modifiche apportate all'art. 5 della legge 8.8.1985, n. 443 dall'art. 13, 2° comma, della legge 5.3.2001, n. 57, può anche assumere la natura di s.r.l. con pluralità di soci), il quale è senz'altro tenuto, pertanto, alla iscrizione ad entrambe le gestioni (gestione artigiani e gestione separata).

Né è condivisibile l'affermazione dei Giudici di legittimità, secondo cui il ravvisato criterio unificante della "prevalenza", formulato nell'art. 1 comma 208, in quanto trova corrispondenza nei requisiti previsti, nell'ambito della stessa normativa (art. 1, comma 203), per l'iscrizione degli esercenti attività commerciale, è in sé stesso negazione della compatibilità della pluralità di iscrizioni.

A differenza di quanto ritenuto dalla Corte, che giunge a tale conclusione individuando una sorta di parallelismo nelle nozioni di "prevalenza" contenute nelle due disposizioni, tali stesse nozioni hanno un significato diverso.

La prevalenza della partecipazione al lavoro aziendale prevista ai fini dell'iscrizione alla gestione commercianti si riferisce all'apporto del soggetto all'attività della propria impresa; apporto che, rispetto all'organizzazione produttiva dell'azienda, deve appunto connotarsi per l'"impronta" del titolare, e della sua preminenza rispetto all'attività prestata da altri soggetti al suo interno.

L'impegno del titolare nell'azienda deve essere quindi diretto e personale, e caratterizzare la stessa attività dell'impresa nel suo complesso.

Diversamente, la prevalenza prevista dal comma 208 si riferisce alle varie attività svolte dal soggetto, nell'esercizio di una o più imprese, e postula un giudizio comparati-

vo tra tali attività, al fine di stabilire verso quale gestione ricorra l'obbligo contributivo.

D'altra parte, se la prevalenza della partecipazione aziendale fosse da intendersi nell'accezione individuata dalla Corte di Cassazione, cioè nel senso "soggettivo" di attività principale rispetto alle altre eventualmente svolte, la stessa disposizione di cui al comma 208 dell'art. 1 della legge n. 662/96 sarebbe del tutto inutile, in quanto già la prevalenza della partecipazione aziendale risolverebbe a priori, escludendola, ogni possibile ipotesi di concorso di altri obblighi per le ulteriori - per definizione minoritarie o marginali e comunque non prevalenti - attività svolte.

7. — Per le ragioni che si sono fin qui esposte, sarebbe auspicabile che la Suprema Corte rimeditasse la propria presa di posizione sulla questione, anche se, considerato che alla suddetta sentenza hanno fatto seguito altre conformi decisioni (18), essa può essere considerata espressione di un indirizzo che va consolidandosi - al quale verosimilmente si uniformerà la giurisprudenza di merito (19) - ed è difficile prevedere un'inversione di direzione sul punto.

Dando quindi per acquisito tale orientamento, si possono svolgere alcune brevi considerazioni conclusive.

Innanzitutto, la Cassazione, nello stabilire che l'incompatibilità dei due obblighi contributivi va risolta accertando l'attività prevalente, ha disatteso, seppure implicitamente, la tesi per la quale ai fini contributivi l'attività di amministratore è comunque prevalente su quella di socio d'opera.

La prevalenza dell'una attività rispetto all'altra va quindi verificata caso per caso, con riguardo alla singola fattispecie concreta.

Quanto al concetto di attività prevalente (la norma testualmente fa riferimento all'attività per la quale il soggetto svolge la propria "opera professionale" in misura prevalente), essa deve essere intesa quale attività alla quale il soggetto si dedichi in via preponderante rispetto alle altre. Occorre, pertanto, valutare l'impegno personale del soggetto dal punto di vista quantitativo (quindi come tempo dedicato all'attività), ma anche dal punto di vista qualitativo, avendo perciò riguardo al contenuto del suo apporto specifico ed al livello di fungibilità di quest'ultimo, con tutte le difficoltà però che, sotto questo aspetto, possono riscontrarsi per via dell'eterogeneità delle attività messe a confronto.

Dal punto di vista pratico, l'unicità dell'assicurazione applicabile determina la natura indebita dei versamenti contributivi eventualmente eseguiti anche per l'attività non prevalente: ciò potrà determinare dei rapporti di credito-debito, che peraltro vedono coinvolti soggetti diversi (l'INPS da un lato, e dall'altro per i versamenti alla gestione separata la società (20) e per quelli alla gestione commercianti il socio personalmente), ma sulla base dei quali è possibile ed opportuno definire le situazioni pen-

(18) Cass. sez. lav. 17.1.2008, n. 854 e 8 gennaio 2008, n. 149 in Giust. civ. Mass. 2008, 1; 22 febbraio 2008, n. 4676 in Guida al diritto 2008, 1765 (solo massima).

(19) Va peraltro segnalata la sentenza n. 460 del 23.11.2007 della Corte d'Appello di Brescia, inedita a quanto consta, che, nel decidere una questione analoga, si è consapevolmente discostata dalla sentenza della Corte di Cassazione in commento.

(20) Infatti, ai sensi dell'art. 1, 1°comma, del D.M. 2 maggio 1996, n. 281, di approvazione del regolamento recante modalità e termini per il versamento del contributo previsto dall'art. 2, comma 26, della legge n. 335/95, l'obbligo contributivo per gli amministratori ricade sulla società committente del rapporto di amministrazione, anche per la quota a carico dell'amministratore.

denti, una volta stabilita l'attività prevalente (21).

Infine, quanto allo scenario che con tale orientamento si viene a prospettare, non è difficile immaginare cosa potrà succedere: alle prevedibili richieste di cancellazione e rimborso da parte dei soggetti iscritti ad entrambe le gestioni, per le quali, al fine di stabilire quale dei due tipi di versamenti è stato eseguito indebitamente, si porrà comunque il problema di accertare l'attività prevalente, si accompagnerà verosimilmente una diffusa richiesta tendente alla "migrazione" dalla gestione commercianti alla gestione separata.

Infatti, nella attuale realtà economica, l'esercizio delle attività imprenditoriali, anche di natura commerciale, avviene sempre più frequentemente mediante la costituzione di piccole società di capitali (qual è appunto la s.r.l.), piuttosto che sotto forma di imprese individuali o società di persone, e lo stesso obbligo contributivo verso la gestione separata, in quanto privo di un minimale contributivo, ed ancorato, nell'*an* e nel *quantum*, ad un compenso sulla cui determinazione lo stesso interessato è in grado di influire notevolmente e spesso peraltro ispirato a ragioni diverse da quella di retribuire l'amministratore per l'attività prestata (22), meglio si adatta alle esigenze personali di ciascuno.

Non solo, ma, per questo abbrivio, non è insensato ipotizzare che anche i soci di società di persone (s.n.c. e gli accomandatari di s.a.s.), amministratori *ex lege* delle società cui partecipano (ex artt. 2257, 2293 e 2318 c.c.), potrebbero seguire questa strada, promuovendo - ove già non previsto - la deliberazione di un compenso in proprio favore, ed invocando la prevalenza della loro attività di amministratori, per iscriversi alla gestione separata invece di quella commercianti.

Ciò potrà determinare una rilevante riduzione della platea degli iscritti a tale ultima gestione, il che, atteso l'attuale sistema a ripartizione su cui si basa l'erogazione delle prestazioni previdenziali, potrebbe anche comportare problemi di carattere finanziario.

Quanto tutto questo rispondesse al disegno del legislatore del 1996, che pure voleva estendere l'ambito dei soggetti tenuti all'iscrizione alla gestione commercianti, è facile immaginarlo.

Rocco Maria Cama
Avvocato INPS

(21) Nel caso di versamenti indebitamente eseguiti alla gestione separata, in quanto l'attività prevalente è quella di socio d'opera, per l'estinzione degli eventuali debiti verso la gestione commercianti mediante tali versamenti sarà necessario che la società ceda al socio il proprio credito avente ad oggetto il loro rimborso, e così, al contrario, dovrà essere il socio a cedere alla società il proprio credito da rimborso nel caso di versamenti indebitamente eseguiti alla gestione commercianti, in quanto l'attività prevalente sia quella di amministratore.

(22) I compensi corrisposti agli amministratori, infatti, sono costi deducibili per la società ex art. 95 del D.P.R. 22.12.1986, n. 917, ed è noto che spesso le società ricorrono all'erogazione di compensi ai soci amministratori per attuare una forma di distribuzione indiretta degli utili e sfuggire così ad una più onerosa tassazione dei redditi d'impresa. Sulla illegittimità di tale prassi, e sui poteri dell'Amministrazione Finanziaria di rettifica delle dichiarazioni, anche se non ricorrano irregolarità nella tenuta delle scritture contabili o vizi degli atti giuridici compiuti nell'esercizio d'impresa, si veda Cass. sez. trib. 30.10.2001 n. 13478, in dir. e prat. Trib. 2002, 1, parte 2, pag. 21, con nota di Giuliani, nonché Comm. Trib. Prov. di Siena, sent. 17.7.2006, n. 35, inedita per quanto costa, secondo cui spetta agli uffici finanziari il potere di contestare la deducibilità di tali compensi, quando dall'analisi di bilancio risulti evidente una sproporzione tra costi ed utile d'esercizio.

I

Processo civile - Ricorso - Quesito di diritto dal quale non sia desumibile in via immediata l'errore di diritto che si assume compiuto - Ammissibilità - Esclusione (c.p.c. artt. 360 e 366 bis).

Corte di Cassazione, SS.UU., 05.02.2008, n. 2658 - Pres. Vittoria - Est. Amatucci - A.C.T.V. spa (Avv.ti Pafundi, Bianchini) - A. E. srl, VIAGGI D. M. snc (Avv. Visone).

A norma dell'art. 366 bis c.p.c. è inammissibile il motivo di ricorso per cassazione che si concluda con la formulazione di un quesito di diritto dalla sola lettura del quale non sia possibile comprendere l'errore di diritto che si assume compiuto dal giudice nel caso concreto e quale sarebbe stata la regola da applicare.

II

Processo civile - Ricorso - Motivi di violazione di norme di diritto e di difetto di motivazione che non contengono né si concludono con la formulazione di uno specifico quesito - Ammissibilità - Esclusione - Censura di legittimità costituzionale per eccesso di delega e limitazione del diritto di accesso alla giurisdizione - Infondatezza (c.p.c. artt. 360 e 366 bis).

Corte di Cassazione, Sez. Terza, 04.02.2008, n. 2652 - Pres. Est. Vittoria - M.D. (Avv. Gigante) - UNICREDIT BANCA spa (Avv. D'Ercole).

A norma dell'art. 366 bis c.p.c. è inammissibile il motivo di ricorso per cassazione per violazione di norme di diritto e per difetto di motivazione che non contenga né si concluda con la formulazione di uno specifico quesito, per tale intendendosi, nel caso del vizio ex *art. 360 n. 5 cpc, una sintetica esposizione del decisivo fatto controverso e delle prove, che si sostengono mal valutate o trascurate, nonché l'indicazione del processo logico attraverso il quale si sarebbe dovuti pervenire ad un diverso accertamento del fatto.*
L'art. 366 bis c.p.c. si sottrae al vizio di illegittimità costituzionale sia per eccesso di delega, in ragione dell'oggetto e delle finalità ispiratrici della delega stessa, sia per limitazione del diritto di accesso al giudice, non potendo considerarsi tale il mero obbligo di ridurre a sintesi il complesso degli argomenti critici sviluppati nell'illustrazione del motivo.

III

Processo civile - Ricorso - Motivo di difetto di motivazione - Chiara indicazione del fatto controverso e delle ragioni di insufficienza della motivazione non contenuta in una apposita parte riassuntiva del motivo, ma desumibile dalla sua illustrazione - Ammissibilità (c.p.c. artt. 360 e 366 bis).

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 20.12. 2007, n. 26927 - Pres. Ravagnani - Est. Toffoli - M.S. (Avv.Blasi) - INPS (Avv.ti Riccio, Valente, Giannico).

Non è viziato da inammissibilità il motivo di ricorso per cassazione per vizio di motivazione nel quale la chiara indicazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria ovvero le ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione, benché non contenuti in una apposita parte riassuntiva del motivo, siano desumibili dalla sua illustrazione; il tenore letterale dell'art. 366 bis c.p.c., non richiede, infatti, che le individuate esigenze di specificità e chiarezza nella formulazione del motivo di vizio di motivazione si concretizzino, come nel caso degli altri motivi di cassazione, in una specifica enunciazione conclusiva e sintetica.

I

Omissis

FATTO — Che il Collegio condivide, pur dopo la lettura della memoria depositata dalla ricorrente, le seguenti affermazioni di cui alla relazione ex art. 380 bis cod. proc., depositata dal relatore in data 1.10.2007:

"1. — A. s.p.a. ha proposto ricorso per cassazione avverso la decisione n. 5323 del 14.9.2006 del Consiglio di Stato (sesta sezione) che, in accoglimento dell'appello di A. E. s.r.l e VIAGGI D. M. s.n.c. (d'ora innanzi ATI EAC) avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Veneto, n. 2399 del 2003, a) ha annullato gli atti relativi ad una procedura negoziata, indetta da ACTV con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (D.Lgs. n. 158 del 1995, ex art. 24, lettera b), per il subaffidamento dei servizi automobilistici di trasporto di persone, a Mestre, dal 16 giugno 2002 al 31 dicembre 2003, di cui era risultata aggiudicataria A. LA LINEA s.p.a.. b) ha condannato ACTV al risarcimento dei danni in favore di A. E. nella misura di Euro 155.000,00 sul rilievo che, pur non potendo disporsi alcuna reintegrazione in forma specifica in ragione della discrezionalità del metodo di aggiudicazione prescelto dall'amministrazione, andavano tuttavia risarciti i danni da perdita di chance subiti da A. E., la cui elevata probabilità di aggiudicarsi l'appalto non si era concretizzata in ragione della rilevata illegittimità dell'attività dell'amministrazione, connotata anche dall'elemento della colpa (per essere stati violati i principi comunitari di trasparenza e parità di trattamento).

2. — Il ricorso è basato su due motivi, cui resiste con controricorso A. E., la cui illustrazione si conclude con la formulazione dei seguenti quesiti di diritto:

a) "le Sezioni Unite della Corte di Cassazione dicano se e accertino e comunque dichiarino che il Consiglio di Stato, nella sentenza impugnata, ha giudicato in totale carenza di potere giurisdizionale, ed in particolare che ha ritenuto la sussistenza della propria giurisdizione in tema di risarcimento del danno in assenza dei presupposti di legge, così come evidenziati dalla giurisprudenza di Codesta Corte ed invadendo la sfera della pubblica amministrazione nella sfera della sua discrezionalità tecnica";

b) le Sezioni Unite della Corte di Cassazione dicano se e accertino e comunque dichiarino che il Consiglio di Stato, nella sentenza impugnata, ha valicato i cd. limiti esterni della giurisdizione amministrativa nella misura in cui, valutando la probabilità di aggiudicazione dell'appalto oggetto del giudizio, ha compiuto un sindacato di meri-

to estraneo ai suoi poteri giurisdizionali di legittimità".

3. — Il primo motivo è inammissibile ai sensi dell'art. 366 bis cod. proc. civ., applicabile anche al ricorso proposto ex art. 362 cod. proc. civ. contro le decisioni dei giudici speciali per motivi attinenti alla giurisdizione (Cass., sezioni unite, 26 marzo 2007, n. 7258).

Tra le ragioni sottese alla norma introdotta dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, vi è quella di porre la corte in condizione di rilevare con precisione ed immediatezza la questione da risolvere.

Il legislatore, in linea con il disposto dell'art. 111 Cost., comma 2, (introdotto con Legge Costituzionale 23 novembre 1999, n. 2), s'è dimostrato consapevole che all'esaltazione (o al recupero) della funzione cd. nomofilattica della corte di cassazione non è estranea la considerazione del tempo entro il quale sopravviene la decisione ed ha a questo scopo dettato norme volte a rendere possibili percorsi procedimentali diversi in relazione al tipo ed alla difficoltà delle questioni sottoposte allo scrutinio del giudice di legittimità, cui è rimessa la scelta di incanalare il ricorso per la decisione in camera di consiglio ovvero in pubblica udienza e l'onere di predisporre i necessari strumenti organizzativi. Al fine di consentire che tale scelta possa essere compiuta senza inutile spreco di energie ed in tempi il più possibile rapidi e che, al contempo, il ricorrente possa egli stesso verificare se il ricorso effettivamente ponga questioni suscettibili di essere trasfuse in un quesito di diritto, ha poi dettato la norma di cui all'art. 366 bis cod. proc. civ., prevedendo che, nei casi di cui all'art. 360 c.p.c. nn. 1, 2, 3 e 4, l'illustrazione di ciascun motivo si deve concludere, a pena di inammissibilità, con la formulazione di un quesito di diritto.

Il quesito non può dunque consistere in una domanda che si risolva in una mera richiesta di accoglimento del motivo o nell'interpello della corte in ordine alla fondatezza della censura così come illustrata, ma deve costituire la chiave di lettura delle ragioni illustrate nel motivo e porre la corte di cassazione in condizione di rispondere al quesito con l'enunciazione di una regula iuris (principio di diritto) che sia, in quanto tale, suscettibile di ricevere applicazione in casi ulteriori rispetto a quello sottoposto all'esame del giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata.

A fini indicativi va detto che potrebbe apparire utile il ricorso ad uno schema secondo il quale sinteticamente si domandi alla corte se, in una fattispecie quale quella contestualmente e sommariamente descritta nel quesito (fatto), si applichi la regola di diritto auspicata dal ricorrente in luogo di quella diversa adottata nella sentenza impugnata. E ciò quand'anche le ragioni dell'errore e della soluzione che si assume corretta siano invece - come prescritto dall'art. 366 c.p.c., n. 4, - adeguatamente indicate nell'illustrazione del motivo, non potendo la norma di cui all'art. 366 bis cod. proc. civ. interpretarsi nel senso che il quesito di diritto possa desumersi implicitamente dalla formulazione del motivo, poiché una siffatta interpretazione si risolverebbe nell'abrogazione tacita della norma in questione (SS.UU. cit.).

Occorre insomma che la corte, leggendo il solo quesito, possa comprendere l'errore di diritto che si assume compiuto dal giudice nel caso concreto e quale, secondo il ricorrente, sarebbe stata la regola da applicare. In tema di ricorso per motivi di giurisdizione, in particolare, quale errore di diritto abbia indotto il giudice ad affermare (anche implicitamente) la propria giurisdizione, ovvero a negarla, e quale corretta soluzione in diritto avrebbe dovuto condurre ad una decisione diversa da quella adottata.

Nella specie, dal primo quesito sopra trascritto non è dato evincere perché, secondo il ricorrente, il consiglio di Stato avrebbe giudicato in totale carenza di potere giurisdizionale e, in particolare, quali siano i presupposti di legge che nel caso concreto difettavano e che devono invece ricorrere perché il giudice amministrativo abbia giurisdizione, in sede di annullamento dell'atto, anche in ordine alla domanda di risarcimento del danno che sia derivato al privato dall'attività amministrativa illegittima; neppure è dato cogliere la ragione per la quale, quando difettino i (non indicati) presupposti di legge, secondo il ricorrente "sia invasa la sfera della pubblica amministrazione nella sfera della sua discrezionalità tecnica".

Il quesito non evidenzia dunque in alcun modo l'esistenza di un'eventuale discrasia tra la criticata ratio decidendi (che il quesito non consente di cogliere) ed un qualche principio giuridico (non enunciato) che il ricorrente vorrebbe invece che fosse posto a fondamento di una decisone diversa. Non è, dunque, per gli effetti di cui all'art. 366 bis cod. proc. civ., un quesito di diritto.

4. — Il secondo motivo è manifestamente infondato, essendo prospettata la violazione dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo (per violazione della L. n. 205 del 2000, art. 6 e del D.Lgs. n. 80 del 1988, art. 33, come novellato dalla L. n. 205 del 2000, art. 7) nell'assunto che la valutazione della probabilità dell'aggiudicazione di un appalto comporti comunque un sindacato di merito sull'atto.

Così evidentemente non è quando, come nella specie, l'atto sia stato annullato per vizi di legittimità ed il giudice amministrativo abbia poi, ai fini della statuizione sul risarcimento derivato al privato dall'atto illegittimo (statuizione che non è contestato che possa adottare), apprezzato il grado di probabilità (chance) che egli avrebbe avuto di realizzare il suo interesse pretensivo (aggiudicazione dell'appalto invece aggiudicato ad altri): segnatamente se abbia specificamente chiarito - come ha fatto nella sentenza impugnata - che il risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione dell'appalto alla società ricorrente era precluso proprio dalle scelte discrezionali riservate all'amministrazione e, dunque, dalla impossibilità di prevedere con certezza quale sarebbe stato l'esito della nuova gara.

Il consiglio di stato, dopo aver annullato l'atto per ragioni di legittimità, lungi dal sindacare nel merito la scelta effettuata dall'amministrazione ha dunque determinato il danno nell'unico modo in tal caso possibile: appunto apprezzando il grado di probabilità (chance) che la società ricorrente avrebbe avuto in ordine all'aggiudicazione dell'appalto ad essa non aggiudicato e, sulla scorta di tale apprezzamento, procedendo ad una liquidazione equitativa.

5. — Il ricorso si presta dunque ad essere definito con ordinanza da pronunciarsi in camera di consiglio ai sensi dell'*art. 375 cod. proc.civ.*, nn. 1 e 5, col procedimento di cui all'art. 380 bis cod. proc. civ.".

DIRITTO — Che a tanto consegue il rigetto del ricorso con la declaratoria della giurisdizione del giudice amministrativo e con la condanna della società ricorrente alle spese del giudizio di legittimità a favore delle società resistenti (essendo stato l'unico controricorso depositato nell'interesse della A. E. s.r.l. e della Viaggi D. M. s.n.c.).

(Omissis)

II

Omissis

FATTO — 1. — È stata depositata in cancelleria, il 3.10.2007, la relazione prevista dall'art. 380 bis cod. proc. civ., di seguito riprodotta:

"1. - M.D. ha agito davanti al tribunale di Roma ed ha proposto in confronto della società Credito Italiano S.p.A. una domanda di risarcimento del danno. Ha sostenuto che di un assegno bancario da lui emesso su proprio conto corrente era stato levato il protesto per difetto di provvista liquida e ciò era stato causato dal comportamento della banca, non improntato a buona fede, e consistito nell'aver taciuto la circostanza che i fondi necessari sarebbero stati disponibili dal giorno successivo.

2. - Il tribunale prima e la corte d'appello poi hanno rigettato la domanda.

3. - La sentenza della corte d'appello è stata pronunziata il 14.3.2006.

4. - M.D. ne ha chiesto la cassazione con ricorso notificato il 28.2.2007. Vi ha resistito con controricorso notificato il 6.4.2007 la società Unicredit Banca S.p.a. succeduta nel corso del giudizio alla società Credito Italiano.

5. - Il ricorso contiene tre motivi. La cassazione vi è domandata, con ciascuno dei tre motivi, insieme, per i vizi di violazione di norme di diritto e per difetto di motivazione (art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5): col primo motivo è chiesta in relazione all'art. 1375 cod. civ., col secondo in relazione agli artt. 1341, 1342 e 1469 bis cod. civ. e ss., col terzo in relazione agli artt. 1375 e 2043 cod. civ.).

6. - Il ricorso è stato proposto per impugnare sentenza depositata dopo il 2.3.2006, data di entrata in vigore del D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40. Dispone l'art. 366 bis cod. proc. civ. - introdotto dall'art. 6, decreto - che nei casi previsti dall'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 1), 2), 3) e 4), l'illustrazione di ciascun motivo si deve concludere a pena di inammissibilità, con la formulazione di un quesito di diritto; stabilisce lo stesso articolo, che, nel caso previsto dall'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, l'illustrazione di ciascun motivo deve contenere, a pena d'inammissibilità, la chiara illustrazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assuma omessa o contraddittoria, ovvero le ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione.

6.1. - L'art. 366 bis c.p.c. - avuto riguardo alla funzione della norma - lo si deve interpretare nel senso che per ciascun punto della decisione ed in relazione a ciascuno dei vizi, corrispondenti a quelli indicati dall'art. 360 c.p.c., per cui la parte chiede che la decisione sia cassata, va formulato un distinto motivo di ricorso.

Perciò, quante volte la parte postula che il punto della decisione è stato deciso in modo erroneo - perché il fatto non è stato ricostruito in modo logico, mentre una volta che lo fosse stato in modo logicamente corretto, avrebbe poi dovuto essere anche diversamente deciso in diritto - il ricorrente, deve prima e separatamente fornire dimostrazione del vizio di motivazione e poi porre il diverso modo d'essere del fatto, da lui postulato, a base del quesito di diritto.

6.2. - Una formulazione appropriata del quesito di diritto, aderente alla sua funzione, richiede poi che la parte, rispetto a ciascun punto della sentenza investito da un motivo di ricorso, dopo avere riassunto di quel punto gli aspetti di fatto rilevanti ed averne indicato il modo in cui il giudice lo ha risolto o avrebbe dovuto risolverlo, esprima la

diversa regola di diritto sulla cui base il punto controverso andrebbe, invece, deciso.

La Corte, con la sentenza 26 marzo 2007 n. 7258 delle sezioni unite, ha d'altro canto affermato che la disposizione non può essere interpretata nel senso che il quesito di diritto si possa desumere implicitamente dalla formulazione del motivi di ricorso, perché una tale interpretazione si risolverebbe nell'abrogazione tacita della norma.

6.3. - Tutte le volte che la cassazione è chiesta per il vizio di difetto di motivazione, è infine necessario che a conclusione della sua illustrazione il motivo presenti una sintetica esposizione del decisivo fatto controverso e delle prove, che si sostengono mal valutate o trascurate, ed inoltre l'indicazione del processo logico attraverso il quale si sarebbe dovuti e non si sarebbe potuti non pervenire ad un diverso accertamento del fatto.

7. - Nel ricorso si sostiene che la banca avrebbe tenuto un comportamento contrario a buona fede; avrebbe mancato di riferire al notaio, che aveva poi levato il protesto, che la disponibilità di fondi si sarebbe determinata il giorno successivo; si sostiene ancora che la clausola, riprodotta sulla distinta di versamento di un suo assegno, per il modo in cui regolava il tempo in cui maturava la disponibilità dei relativi fondi, avrebbe avuto contenuto vessatorio; si sostiene, infine, che la corte d'appello avrebbe dovuto far ricadere sulla banca i danni che gli erano derivati dal protesto dell'assegno.

Tuttavia, né i motivi di violazione di norme di diritto né quelli di difetto di motivazione contengono o si concludono con la formulazione di uno specifico quesito.

8. - Applicando i principi indicati al punto 6, in base alle considerazioni del punto 7, il ricorso si presta ad essere esaminato in camera di consiglio per esservi dichiarato inammissibile".

2. — La relazione è stata comunicata al pubblico ministero e notificata agli avvocati delle parti.

3. — Il pubblico ministero non ha presentato conclusioni scritte. Le parti hanno ambedue presentato memorie.

DIRITTO — 1. — Il collegio, all'esito della discussione in camera di consiglio sulle memorie e la relazione, ha condiviso soluzione ed argomenti che nella relazione sono stati prospettati. Quanto alle considerazioni svolte nella memoria del ricorrente ha ritenuto di dover aggiungere le considerazioni che seguono.

2. — La corte, a sezioni unite, nella sentenza 1 ottobre 2007 n. 20603, ha già affermato che il complesso normativo costituito dall'art. 366 c.p.c., n. 4), art. 366 bis c.p.c. e art. 375 c.p.c.,n. 5) - nel testo che risulta dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 - deve essere interpretato nel senso che, in modo non diverso da quanto è prescritto per i motivi di ricorso di cui ai numeri da 1) a 4) dell'art. 360 cod. proc. civ., anche per quanto concerne i vizi di cui all'art. 360 c.p.c., n. 5), l'illustrazione del motivo deve essere accompagnata da un momento di sintesi, che ne circoscriva puntualmente i limiti in maniera da non ingenerare incertezze né in sede di formulazione del ricorso né in sede di valutazione della sua ammissibilità.

La norma, così interpretata, si sottrae d'altro canto a censura di legittimità costituzionale, sotto i diversi aspetti ai quali è fatto riferimento nella memoria. In primo luogo sotto l'aspetto della violazione degli artt. 76 e 77 Cost..L'onere imposto al ricorrente - di assumersi la responsabilità di delimitare con chiarezza il punto della decisio-

ne impugnato e con altrettanta chiarezza esporre l'itinerario critico capace di svelare l'errore di giudizio in cui il giudice di merito è incorso - è un onere che assolve ad una funzione decisiva per restituire la corte nella possibilità di esercitare le funzioni sue proprie, di uniforme applicazione del diritto. Esso perciò si inscrive non solo nell'oggetto della delega, che è una rinnovata disciplina del ricorso per cassazione, ma anche nelle sue finalità ispiratrici, per questa via sottraendosi al dubbio di legittimità costituzionale sotto l'aspetto in esame - è invero giurisprudenza costante della Corte Costituzionale che, ai fini della valutazione del vizio di eccesso di delega, l'esame della legge di delegazione deve essere condotto tenendo conto anche delle finalità ispiratrici della delega, per verificare se la norma delegata sia ad esse rispondente (Corte Cost. 14 luglio 2006 n. 285).

Vi si sottrae in secondo luogo sotto il profilo del contrasto - con gli artt. 24 e 111 Cost. ovvero con l'art. 117 Cost., comma 1, in rapporto all'art. 6, comma 1 della CEDU. Non implica, invero, una limitazione del diritto di accesso al giudice, il dato che, ad un giudizio di impugnazione, concepito in primo luogo come mezzo di verifica della legittimità della decisione e non come rinnovazione del giudizio sul fondo della controversia, corrisponda una disciplina del mezzo di esercizio del diritto, il quale oneri la parte non al rispetto di formalità estranee allo scopo del rimedio apprestato, ma all'osservanza di requisiti intrinseci alla sua funzione e tale è il requisito di contenuto- forma, che consiste nel ridurre a sintesi il complesso degli argomenti critici sviluppati nella illustrazione del motivo.

(Omissis)

III

Omissis

MOTIVI — La Corte d'appello di Roma con sentenza depositata il 25 maggio 2006, in riforma della sentenza di primo grado e facendo riferimento alle risultanze della c.t.u. espletata in appello, riconosceva il diritto di M.S. di percepire dall'Inps, dal giugno 2005, l'assegno ordinario di invalidità, oggetto di domanda subordinata.

La M. con ricorso per cassazione notificato il 19.9.2006 (ed iscritto al r.g. n. 25414/2006) censurava detta sentenza per violazione di legge e vizio di motivazione, osservando che in effetti il c.t.u. nel proprio elaborato scritto aveva espressamente affermato che nella specie risultavano concretizzati i requisiti di cui alla L. n. 222 del 1984, art. 2, e che la ricorrente doveva considerarsi inabile, sia pure con consolidamento delle relative condizioni solo dal maggio 2005, con diritto al relativo trattamento pensionistico; e che, d'altra parte, il giudice di appello era incorso in una evidente contraddizione, perché, mentre aveva dichiarato di condividere e fare proprie le motivazioni del consulente, aveva ritenuto che la consulenza evidenziasse solo le condizioni per il riconoscimento del meno favorevole trattamento dell'assegno ordinario di invalidità.

L'Inps resisteva con controricorso, limitandosi ad eccepire l'inammissibilità del ricorso per la mancata formulazione del quesito di diritto a norma dell'art. 366 bis c.p.c..

La M. notificava in data 8.11.2006 ulteriore ricorso, in cui, dedotta violazione

dell'art. 112 c.p.c., in riferimento all'art. 360 c.p.c., n. 3 e lamentata la già esposta contraddittorietà tra la motivazione della sentenza e l'effettivo contenuto della richiamata c.t.u., formulava in conclusione del motivo un quesito di diritto inerente al divieto per il giudice di attribuire alla parte un bene non richiesto o comunque di emettere una statuizione che non trovi corrispondenza nella domanda. L'Inps non si costituiva in relazione a questo ricorso.

In relazione al primo ricorso era depositata e notificata relazione ex art. 380 bis c.p.c., con cui si ipotizzava che, sotto il profilo dei denunciato vizio di motivazione, il motivo di ricorso fosse formulato con rispetto della prescrizione di cui all'art. 366 bis ed anche manifestamente fondato.

In relazione al secondo ricorso, la relazione ex art. 380 bis c.p.c., osservava la necessità della sua riunione con quello precedentemente proposto e che, in caso di ritenuta prevalenza del secondo ricorso, si sarebbe potuta ravvisare la idoneità e manifesta fondatezza del medesimo quanto al dedotto vizio di motivazione.

I due ricorsi in effetti devono essere riuniti, in quanto proposti contro la medesima sentenza.

Deve essere preliminarmente vagliata la ammissibilità del primo ricorso, in relazione al principio che l'ammissibilità di una seconda impugnazione, anche se proposta nei termini (tenuto presente a tal fine anche il termine breve, decorrente quanto meno dalla notificazione della prima impugnazione), è subordinata alla inammissibilità o improcedibilità della prima (cfr. Cass. 20912/2005, 15873/2006, 26319/2006, 3386/2007, 11870/2007).

Al riguardo deve rilevarsi che il vizio fatto valere dalla parte con il primo ricorso è riconducibile alla figura legale del vizio di motivazione di cui all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5,nell'accertamento dei fatti di rilievo medico-legale inerenti alla fattispecie costitutiva del diritto fatto valere. Infatti si lamenta che in sentenza, da un lato, si dichiari di prestare adesione agli accertamenti e alle valutazioni di cui alla esperita consulenza tecnica d'ufficio e, dall'altro, si pervenga a conclusioni in effetti contrastanti con quelle del consulente. Deve quindi verificarsi, dal punto di vista formale, se risulta rispettata la prescrizione dettata dall'art. 366 bis c.p.c., introdotto dal D.Lgs. n. 40 del 2006, art.6, con specifico riferimento al motivo di ricorso di cui all'art. 360 c.p.c., n. 5, cioè basato sulla deduzione di "omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio".

L'art. 366 bis c.p.c., che con riferimento ai motivi di ricorso di cui ai numeri 1), 2), 3) e 4) dell'art. 360 c.p.c., richiede che l'illustrazione di ciascun motivo si concluda a pena di inammissibilità con la formulazione di un quesito di diritto, relativamente al caso previsto dall'art. 360 c.p.c., n. 5, prevede che "l'illustrazione di ciascun motivo deve contenere, a pena di inammissibilità, la chiara indicazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria, ovvero le ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione". Questa prescrizione formale nella specie risulta rispettata, poiché il motivo di ricorso, considerata anche la sua sinteticità giustificata dalla semplicità della questione prospettata, indica chiaramente il fatto (sussistenza del grado di invalidità richiesto dalla L. n. 222 del 1984, art. 2, per il diritto alla pensione ordinaria di inabilità: assoluta e permanente impossibilità di svolgere qualsiasi attività lavorativa)

riguardo a cui è postulata la contraddittorietà di motivazione, sotto il profilo, pacificamente ammesso in giurisprudenza, del contrasto tra l'accertamento compiuto dal giudice e l'effettivo contenuto della prova su cui l'accertamento è basato.

Né si ritiene di condividere la tesi, argomentatamente enunciata da Cass. n. 16002/2007, secondo cui nella norma dell'art. 366 bis c.p.c. il requisito concernente il motivo di cui all'art. 360 c.p.c., n. 5, deve trovare attuazione in una parte del motivo che si presenti a ciò specificamente e riassuntivamente destinata.

Ai fini dell'interpretazione della seconda parte dell'art. 366 bis c.p.c., appare decisivo, in effetti, il tenore letterale della disposizione, che non richiede affatto che le individuate esigenze di specificità e chiarezza nella formulazione del motivo di vizio di motivazione si concretizzino, come nel caso degli altri motivi di cassazione, in una specifica enunciazione conclusiva e sintetica.

D'altra parte, appare evidente che la "chiara indicazione" degli elementi in questione non richiede necessariamente che essa sia contenuta in una apposita parte riassuntiva del motivo. Al contrario, può ritenersi che spesso tale tipo di esposizione sintetica sia scarsamente compatibile con le esigenze espositive di un motivo basato sul vizio di motivazione.

In effetti, per le questioni di diritto risponde alla loro natura e agli usi consolidati in materia la puntualizzazione delle relative tesi mediante la formulazione di un principio di diritto, il ricorso al quale è senz'altro utile nell'ambito di un ricorso per Cassazione al fine di evidenziare la sostanza e la finalità di argomentazioni che possono coinvolgere l'esame di norme e di orientamenti giurisprudenziali e dottrinali solo indirettamente pertinenti ai fini della questione direttamente rilevante nella controversia. Invece non sempre l'enunciazione di un vizio di motivazione relativo a questioni qualificabili come di merito ai fini del giudizio di cassazione può ricevere una chiara formulazione in forma riassuntiva, senza che si corra il rischio di indebite semplificazioni o schematizzazioni della questione prospettata, con pregiudizio della stessa chiarezza. Ciò può verificarsi, in particolare, quando nel giudizio deve farsi applicazione di norme che fanno riferimento a fattispecie non esattamente predeterminate e potenzialmente complesse, nel cui accertamento si intersechino in modi variabili accertamenti di eventi puntuali, accertamenti di complesse situazioni eventualmente concretizzatesi in un ampio arco temporale e valutazioni, necessarie ai fini della qualificazione giuridica della fattispecie, che siano ascritte dalla giurisprudenza al giudizio di fatto e quindi ritenute censurabili in cassazione sotto il profilo del vizio di motivazione (si pensi, nella materia lavoristica, a controversie implicanti accertamenti circa la natura subordinata di un rapporto di lavoro, o circa il diritto alla qualifica di dirigente d'azienda, o la sussistenza di una giusta causa di licenziamento, o il rispetto dell'art. 2087 c.c. sulla tutela dell'integrità fisica e della personalità morale del lavoratore).

Il ricorso in esame deve dunque ritenersi ammissibile. Lo stesso è anche fondato, non essendo in contestazione il denunciato, e precisamente indicato, vizio di motivazione.

Il ricorso proposto per secondo rimane assorbito.

La sentenza impugnata deve essere cassata con rinvio della causa per nuovo esame ad altro giudice che provvederà anche per le spese del giudizio di Cassazione.

(Omissis)

PRIME INTERPRETAZIONI GIURISPRUDENZIALI DELL'ART. 366 BIS CPC

Sin dall'entrata in vigore dell'art. 366 bis cpc (disposizione introdotta dall'art. 5 del D.L.vo n. 40 del 2.2.2006), la laconicità della formulazione normativa e, nel contempo, la rilevanza della sanzione prevista per il mancato rispetto delle prescrizioni ivi contenute (l'inammissibilità dell'impugnazione) hanno immediatamente attratto l'attenzione della dottrina, che non ha mancato di offrire approfonditi spunti di riflessione al fine di individuare i nuovi elementi del motivo di impugnazione di legittimità introdotti dalla riforma (1); ancor più grande appare, tuttavia, per gli operatori del settore, l'interesse per le prime concrete applicazioni della disposizione da parte della Corte di Cassazione (2).

È, d'altronde, intuitivo l'impatto che la norma appare idonea a produrre in chiave "deflattiva", al fine, cioè, di consentire una vera e propria scrematura preliminare dell'enorme mole di ricorsi per cassazione che vengono annualmente proposti (3), anche in relazione al disposto del rinnovato art. 375 n. 5 cpc, che imporrebbe alla Corte di provvedere con il rito camerale.

Il "quesito di diritto"

A due anni dall'entrata in vigore della norma, l'elaborazione giurisprudenziale riguardante il "quesito di diritto" previsto dal primo alinea dell'art. 366 bis cpc ha visto, innanzi tutto, la precisazione, da parte delle Sezioni Unite, secondo la quale, *"la prescrizione formale introdotta dalla norma in esame … non può essere interpretata nel senso che il quesito di diritto possa desumersi implicitamente dalla formulazione del motivo di ricorso, poiché una siffatta interpretazione si risolverebbe nell'abrogazione tacita della norma in questione, che ha introdotto, a pena di inammissibilità, il rispetto di un requisito formale che deve esprimersi nella formulazione di un* ***esplicito quesito di diritto tale da circoscrivere la pronuncia del Giudice nei limiti di un acco-***

(1) Si cfr. in particolare: PROTO PISANI, *Novità nel giudizio civile di cassazione*, in *F. It.*, 2005, V, 252; TARUFFO, *Una riforma della cassazione civile?*, in *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.*, 2006, 755; CARRATTA, *La riforma del giudizio in Cassazione*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 1105; G. ALPA, *Nuove regole per la redazione del ricorso per cassazione (art. 360 e 366 bis cpc)*, in *www.consiglionazionaleforense.it*; BALLETTI-MINICHIELLO, *Il nuovo contenuto del ricorso per cassazione*, in *Il nuovo giudizio di cassazione* a cura di Ianniruberto e Morcavallo, Milano, 2007, 197; R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale* in nota a: Cass. SS.UU. n. 7258/2007, Cass. SS.UU. n. 36/2007, Cass. Sez. III ord.za n. 27130/2006, Cass. Sez. Lav. n. 16876/2006 in *F. It.*, 2007, I, 1387; P.L. NELA, *Primi insegnamenti della Corte di Cassazione sulla inammissibilità del ricorso ai sensi dell'art. 366 bis cpc*, in nota a Cass. S.U. 5.1.2007 n. 36 e Cass. S.U. 26.3.2007 n. 7258, in questa rivista, 2007, 1992 e ss..

(2) Gli stessi iniziali commentatori della disposizione non avevano, infatti, potuto fare a meno di avvertire che le inammissibilità previste dall'art. 366 bis cpc assumono lo "*spiacevole sapore di vere e proprie tagliole per il legale sprovveduto"*; così PROTO PISANI, in *Novità nel giudizio civile di cassazione*, pag. 254, cit.

(3) Oltre 30.000 all'anno nell'ultimo quinquennio: si cfr. l'interessante tabella allegata a *Crisi della Cassazione: la (non più rinviabile) necessità di una scelta*, di A. PROTO PISANI in *F. It.*, 2007, V, 122.

***glimento o un rigetto del quesito formulato dalla parte**, quesito che deve trovare la sua collocazione a conclusione dell'illustrazione di ciascun motivo di ricorso che, da sola, non è perciò sufficiente ai fini del rispetto della norma in esame"* (così **Cass. SS.UU. 26.3.2007 n. 7258**) (4).

È partendo da tale premessa che la successiva elaborazione giurisprudenziale è pervenuta allo "schema" paradigmatico (sul quale si pretende che il "quesito" si modelli) oggetto dell'esplicito suggerimento contenuto nella pronuncia delle Sezioni Unite che qui si pubblica (5), schema che prevede che "*si domandi alla Corte se **in una fattispecie quale quella contestualmente e sommariamente descritta** nel quesito (fatto), si applichi la **regola di diritto auspicata** dal ricorrente **in luogo di quella diversa adottata nella sentenza impugnata**"*.

Per meglio intendere come la Corte di Cassazione sia pervenuta a tale suggerimento e quale ne sia l'effettivo contenuto, può essere utile l'esame di una selezione dei principi di diritto in precedenza espressi sull'argomento:

- *"Anche se l'art. 366 bis cpc … non contiene altre indicazioni, nondimeno il quesito di diritto proposto **non può essere unico per l'intero ricorso, ma deve essere formulato separatamente rispetto a ciascuna censura formulata**, come si ricava dall'indicazione dei singoli motivi riportata nel primo comma della norma e dall'espressione "ciascun motivo" che si legge nel comma 2 della stessa norma"* (così **Cass. Sez. III, 19.12.2006 n. 27130**).

- *"Il quesito di diritto deve essere formulato in modo tale che la Corte possa **rispondere semplicemente con un sì o con un no** alla sua vigenza e alla sua rilevanza. Ora, la formulazione di quesiti multipli rende probabile che il giudice si debba sostituire al ricorrente in una preventiva opera di semplificazione per procedere, poi, alle singole risposte, che potrebbero essere tra loro diversificate. Ne deriva che **il quesito multiplo è inammissibile perché richiede che l'attività della parte, di osservanza del suo onere di formulare il quesito di diritto, sia integrata con un intervento interpretativo della Corte, che sconfinerebbe facilmente nella manipolazione o nella correzione**. Inoltre, l'inammissibilità sarebbe ancor più evidente quando i quesiti sempli-*

---

(4) In parziale contrasto con i principi affermati dalle Sezioni Unite appaiono alcune pronunce della Sezione Lavoro:

- **Cass. Sez. Lav. 24.7.2006 n. 16876** ha, infatti, ritenuto che *"quando l'illustrazione dei motivi del ricorso per cassazione si concluda, o comunque sia accompagnata, dalla formulazione di un quesito di diritto, la Corte non è vincolata da questa formulazione, qualora essa non corrisponda, anche in parte, al vero contenuto del motivo ed alla sua illustrazione, la quale sia da sola sufficiente ad indicare e delimitare il tema della disputa; … infatti l'interpretazione degli atti processuali spetta al Giudice, coi soli limiti, imposti dall'art. 112 del codice di rito, del divieto di ultra ed extrapetizione nonché di omissione anche parziale della pronuncia"*;

- **Cass. Sez. Lavoro 25.9.2007 n. 19704** e **26.9.2007 n. 20155** hanno ritenuto la desumibilità del quesito - non specificamente formulato - dalle conclusioni, in fattispecie nelle quali *"il ricorso, avente ad oggetto il regolamento di competenza ai sensi dell'art. 47 cpc è tutto basato sull'interpretazione della normativa applicabile" e "le conclusioni prospettate dal ricorrente sono nel senso della declaratoria della competenza per materia del Giudice del Lavoro"*.

(5) Ciò che ne costituisce il precipuo motivo di interesse, atteso che, come si vedrà compiutamente in prosieguo, Cass. SS.UU. n. 2658/08 riproduce principi di diritto già contenuti in diverse precedenti pronunce.

ci, nei quali la Corte sciogliesse la complessità formulativa del quesito multiplo, richiedessero risposte differenziate" (così **Cass. Sez. Trib. 29.1.2008 n. 1906**) (6).

- *"Non può trattarsi di un quesito riassuntivo per tutti i motivi di diritto, ma ciascun quesito deve fare riferimento ad uno specifico motivo di censura; deve, inoltre, trattarsi pur sempre di un'intenzionale articolazione di interpello alla Corte sulla questione proposta e* ***non dell'argomentazione giuridica a sostegno della tesi prospettata, che invece rimane oggetto del contenuto del motivo"*** (così **Cass. SS.UU. 16.11.2007 n. 23732**) (7).

- *"La mancanza di conferenza del quesito rispetto al deciso può … comportare che da una parte la risposta allo stesso sia positiva per il richiedente, ma che essa sia priva di rilevanza nella fattispecie, in quanto il deciso attiene a diversa questione. Sotto questo profilo,* ***il ricorrente non ha interesse a proporre quel quesito dal quale non può trarre alcuna conseguenza concreta utile ai fini della causa. Il caso di quesito di diritto inconferente*** *va assimilato, quindi, all'ipotesi di mancanza del quesito, a norma dell'art. 366 bis cpc, con conseguente inammissibilità del motivo, applicando lo stesso principio già affermato da questa Corte in tema di motivi non attinenti al* decisum*"* (così **Cass. SS.UU. 21.6.2007 n. 14385**) (8).

---

(6) Si veda, invece, **Cass. Sez. Lav. 21.9.2007 n. 19560**, secondo la quale: *"L'****indebita frammentazione di un unico motivo (o di un'unica censura) in una pluralità di quesiti non porta di per sé all'inammissibilità*** *del motivo allorquando il giudice sia in grado di ridurre ad unità i quesiti formulati attraverso una interpretazione della lettura del contenuto del motivo (o della censura) che riesca agevole per la chiarezza del dato testuale e che non faccia sorgere, quindi, dubbi o perplessità. Fattispecie questa ben distinta da quella del* ***motivo complesso - in cui uno stesso motivo include diverse censure, aventi un proprio, specifico e ben delimitato oggetto - a fronte della quale la Corte di Cassazione è tenuta, nel caso di operata enunciazione di un unico quesito, a scindere lo stesso*** *alla luce della pluralità delle censure… In termini riassuntivi può affermarsi … che* ***il rapporto richiesto a sensi dell'art. 366 bis cpc tra motivo (o censura) del ricorso e quesito di diritto*** *- cui deve corrispondere l'enunciazione da parte della Corte di un corrispondente principio -* ***è assimilabile****, seppure con qualche approsimazione per la diversità della materia,* ***al rapporto corrente tra motivazione e dispositivo della sentenza*** *almeno per quanto attiene all'approccio interpretativo imposto alla Corte di Cassazione per decidere sull'ammissibilità del quesito, dovendo la decisione al riguardo parametrarsi sulla compatibilità e corrispondenza di esso con il motivo che lo sorregge, in termini analoghi a quelli che segnano la valutazione della corrispondenza tra motivazione e dispositivo della sentenza".*

(7) Conforme anche **Cass. Sez. II, 16.1.2008 n. 740**, che, nel ribadire la natura necessariamente esplicita del quesito, ha escluso che esso possa ritenersi *"formulato attraverso la mera proposizione di massime giurisprudenziali".*

(8) Conforme la precedente **Cass. SS.UU. 5.1.2007 n. 36**, che aveva rilevato che *"a norma dell'art. 366 bis cpc è inammissibile il motivo di ricorso per cassazione che si concluda con la formulazione di un quesito di diritto in alcun modo riferibile alla fattispecie e comunque assolutamente generico".*

Si cfr. anche:

- **Cass. Sez. I, 17.7.2007 n. 15949**, che ha riguardo ad un quesito che è stato ritenuto *"non avere attinenza né col giudizio, né col motivo formulato".*

- **Cass. Sez. Trib. 21.5.2007 n. 11682**, che ha ritenuto *"carente di interesse"* un quesito *"mancante di specificità rispetto al caso concreto".*

- **Cass. Sez. III, 20.2.2008 n. 4311**, che ha ritenuto *"inammissibile … il ricorso per cassazione nel quale il quesito di diritto si risolva in una* ***generica istanza di decisione sull'esistenza della violazione di legge*** *denunziata nel motivo".*

- *"Il quesito che il ricorrente è chiamato a formulare, per rispondere alle finalità della norma, deve essere tale da consentire l'**individuazione del principio di diritto che è alla base del provvedimento impugnato e, correlativamente, del diverso principio la cui auspicata applicazione ad opera della Corte di Cassazione sia idonea a determinare una decisione di segno diverso**. Se così non fosse, se cioè il quesito non risultasse finalizzato alla cassazione sul punto della sentenza impugnata, o comunque non apparisse idoneo a conseguire tale risultato, ciò vorrebbe dire o che esso non ha in realtà alcuna attinenza con l'impugnazione o con le ragioni che la sorreggono o che il ricorrente non ha interesse a far valere quelle ragioni. Nell'uno come nell'altro caso non potrebbe non pervenirsi alla conclusione della inammissibilità del motivo di ricorso. Nella fattispecie in esame il quesito … non risponde a tali requisiti, perché … si limita ad una **mera parafrasi della disposizione di legge applicata dal giudice di merito**, ma non evidenzia in alcun modo l'esistenza di un'eventuale discrasia tra la criticata* ratio decidendi *ed un qualche principio giuridico che il ricorrente vorrebbe invece fosse posto a fondamento di una decisione diversa"* (così **Cass. Sez. I, 22.6.2007 n. 14682**).

- *"Una formulazione appropriata del quesito di diritto, aderente alla sua funzione, richiede … che la parte, rispetto a ciascun punto della sentenza investita da un motivo di ricorso, dopo aver **riassunto di quel punto gli aspetti di fatto rilevanti ed averne indicato il modo in cui il giudice lo ha deciso, esprima la diversa regola di diritto sulla cui base il punto controverso andrebbe, invece, deciso"*** (**Cass. Sez. III, 28.9.2007 n. 20455**).

L'opzione interpretativa accolta dalle ultime due pronunce citate, che hanno ipotizzato la necessità dell'inserimento nel quesito della "*ratio decidendi"* della pronuncia impugnata e della contrapposizione ad essa del principio di diritto "auspicato", ha, poi, trovato accoglimento anche nelle più recenti pronunce delle Sezioni Unite; sempre sulla base di tale premessa, infatti, **Cass. SS.UU. 29.10.2007 n. 22640** ha rilevato che *"ove tale articolazione logico-giuridica mancasse, il quesito si risolverebbe in un'astratta petizione di principio, inidonea sia ad evidenziare il nesso tra la fattispecie ed il principio che si auspica venga affermato, sia ad agevolare la successiva enunciazione di tale principio ad opera della Corte in funzione nomofilattica ed ha ritenuto, nel caso concreto, inammissibile il quesito "in quanto non contiene alcun riferimento alla* ratio decidendi *della sentenza impugnata"*; negli stessi termini si è espressa, oltre alla pronuncia qui pubblicata per esteso (**Cass. SS.UU. 5.2.2008 n. 2658**), anche la immediatamente successiva **Cass. SS.UU. 14.2.2008 n. 3519**, che ha ribadito che *"Il quesito non può pertanto consistere in una mera richiesta di accoglimento del motivo o nell'interpello della Corte in ordine alla fondatezza della censura così come illustrata nello svolgimento dello stesso motivo, ma deve costituire la chiave di lettura delle ragioni esposte e porre la medesima Corte in condizione di rispondere ad esso con l'enunciazione di una* regula iuris *che sia, in quanto tale, suscettibile di ricevere applicazione in casi ulteriori rispetto a quello sottoposto all'esame del giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata. Ciò vale a dire che **la Corte di legittimità deve poter comprendere dalla lettura del solo quesito, inteso come sintesi logico giuridica della questione, l'errore di diritto asserita-***

mente compiuto dal Giudice e quale sia, secondo la prospettazione del ricorrente, la regola da applicare" (9).

Come si vede, da questa prima elaborazione giurisprudenziale, emerge la rilevazione (non sempre omogenea) di modalità di articolazione di tale nuovo elemento del ricorso per cassazione ritenute inidonee ad assolvere alla previsione di cui all'art. 366 bis cpc, nonostante l'assenza di qualsiasi prescrizione normativa ed esclusivamente in ragione del presunto "fondamento" della norma; in alcune pronunce, tale *"ratio"* è stata individuata nella esigenza di "*rendere più agevole la lettura del ricorso per cassazione e, quindi, la pronta identificazione delle questioni da risolvere, nella prospettiva di una decisione rapida, che non si attardi nella ricerca degli aspetti critici della decisione impugnata, che la parte interessata non abbia chiaramente illustrato"* (così la cit. **Cass. Sez. III, ord.za n. 27130/06**) (10), mentre in altre è stata ricondotta all'intento legislativo *"di porre **a carico del ricorrente** l'onere imprescindibile di collaborare alla funzione nomofilattica, mediante l'individuazione del punto di congiunzione tra la risoluzione del caso specifico e l'enunciazione del più generale principio giuridico cui il quesito è preordinato"* (così, tra le altre, le cit. **Cass. Sez. I, n. 14682/07; Cass. SS.UU. n. 3519/08; Cass. Sez. Trib. n. 1906/08**).

Nel tentativo di ricondurre ad omogeneità le citate elaborazioni giurisprudenziali, si può ipotizzarne una sintesi rilevando che l'orientamento che vi appare espresso è nel senso di ritenere necessario che ad ogni distinta censura per vizi *in iudicando* faccia seguito l'articolazione di un corrispondente "quesito di diritto" e che questo non possa consistere nel mero riassunto delle argomentazioni giuridiche sulle quali si fonda la censura o nella riproduzione della norma di legge della quale è invocata l'esatta applicazione ovvero, per converso, nella mera richiesta di accertarne la violazione ad opera della sentenza impugnata.

Il quesito si substanzierebbe, quindi, in un "quid pluris" rispetto alla enunciazione delle censure ovvero in una interrogazione, da rivolgere alla Corte, finalizzata alla enunciazione di un principio di diritto pertinente ai fini dell'annullamento della decisione impugnata.

La puntualizzazione del requisito della pertinenza impone di ribadire che, sempre alla luce del citato orientamento giurisprudenziale, il principio di diritto proposto con il quesito dovrebbe consistere in un criterio di interpretazione o di applicazione di una determinata norma di legge (ovvero di accordo o contratto collettivo nazionale di lavoro, a

(9) Conforme anche **Cass. Sez. I, 29.11.2007 n. 25004**, che ha dichiarato inammissibili alcuni quesiti sempre esclusivamente in ragione della *"mancata esplicitazione della* ratio decidendi *della sentenza impugnata"*.

(10) In analoghi termini si esprime la sentenza delle Sezioni Unite che qui si pubblica, che ha riguardo alla "*scelta di incanalare il ricorso per la decisione in camera di consiglio ovvero in pubblica udienza"* e ritiene che la norma di cui all'art. 366 bis cpc sarebbe stata dettata *"al fine di consentire che tale scelta possa essere compiuta senza inutile spreco di energie ed in tempi il più possibile rapidi e che, al contempo, il ricorrente possa egli stesso verificare se il ricorso effettivamente ponga questioni suscettibili di essere trasfuse in un quesito di diritto"*.

Un referente di tale esigenza può essere rinvenuto nella Relazione Ministeriale illustrativa al Decreto Legislativo n. 40/2006, ove, con riferimento sia all'art. 366 bis cpc, sia al primo comma dell'art. 366 cpc, si fa riferimento allo *"scopo di offrire alla Corte, nonché alla stessa parte resistente, un quadro che sia il più possibile immediato, completo ed autosufficiente"*.

seguito della modifica al n. 3 dell'art. 360 cpc), tale da poter astrattamente determinare il giudice del rinvio o la Corte stessa - nei casi nei quali quest'ultima possa decidere la causa nel merito - ad assumere una statuizione diversa da quella impugnata (ed ovviamente favorevole al ricorrente); inoltre, al fine di consentire al Giudice di legittimità, mediante il mero esame del quesito, di effettuare tale giudizio di pertinenza, all'indicazione del principio di diritto di auspicata applicazione andrebbe anteposta (o comunque contrapposta) l'enucleazione dell'errato principio di diritto applicato dal provvedimento impugnato (11).

Va, infine, ricordato che già la pronuncia delle Sezioni Unite n. 7258/2007, benchè avesse affrontato specificamente la sola tematica della desumibilità o meno dell'elemento in questione dal contesto del ricorso, ed avesse ritenuto inesistenti *"specifici requisiti di forma"* e, quindi, conforme alla prescrizione normativa (sotto il profilo formale) qualsiasi "quesito", purchè autonomamente e separatamente formulato, ne aveva, tuttavia, richiesto l'idoneità a "***segnare i confini della pronuncia del giudice"***, ovvero a circoscrivere la pronuncia con la quale viene accolta o denegata la cassazione della pronuncia di merito in termini di accoglimento o di rigetto del quesito stesso così come articolato. Tale principio sembrerebbe ormai così stabilmente accolto da aver consentito l'affermazione già citata, secondo la quale *"il quesito di diritto deve essere formulato in modo tale che la Corte possa rispondere semplicemente con un sì o con un no alla sua vigenza e alla sua rilevanza"* (12).

---

(11) Tra i vari requisiti del "quesito di diritto" enucleati dalla giurisprudenza citata, quello della individuazione a cura del ricorrente della "*ratio decidendi"* del provvedimento impugnato non può che apparire il più stridente con la assoluta mancanza di ogni previsione normativa e, nel contempo, anche il più formalistico, considerato che - salva l'ipotesi della ricorrenza di altra causa di inammissibilità, ovvero della carenza di "autosufficienza" - è indubbio che il ricorso debba comunque contenere nell'antefatto processuale o nell'illustrazione del motivo la sintesi, se non la riproduzione, della motivazione censurata. Ciò che rende palese che l'effettiva esigenza cui appare sottesa l'individuazione di tale elemento è costituita dall'interesse a procedere ad una valutazione *"prima facie"* semplificata della materia del contendere, che si vuole sia resa possibile dalla mera lettura del quesito.

Tuttavia, una volta esclusa ogni possibilità di sindacare, ai fini della ammissibilità, la maggiore o minore estensione del quesito, quale argomento potrebbe opporsi ad una sua articolazione che, per quanto attiene all'individuazione della *ratio decidendi* del provvedimento impugnato, si limiti a riprodurne integralmente il contenuto?

(12) Così la citata **Cass. Sez. Trib. n. 1906/2008**.

È indubbio che si tratti di affermazioni che sollevano non poche perplessità, apparendo di dubbia compatibilità con il consolidato orientamento della Corte di Cassazione in tema di interpretazione complessiva dei motivi di ricorso, orientamento che, nonostante anche l'art. 366 cpc vecchio testo sanzionasse con l'inammissibilità la omissione dell'elemento di cui al n. 4), si era consolidato nella massima secondo la quale *"l'omessa o erronea indicazione delle norme di diritto che si pretendono violate non comporta l'inammissibilità del ricorso, ove dal contenuto dei motivi e dagli argomenti addotti possano individuarsi ugualmente le norme o il principio di diritto che si assumono violati"* (cfr. tra le innumerevoli, Cass. nn. 495/1985; 2984/1987; 7886/1994; 4993/1995; etc.)

Pienamente in linea con tale orientamento appaiono, invece, come si è visto, i precedenti della Sezione Lavoro citati in nota 4), nonchè: **Cass. Sez. Lav. n. 19560/2007** (richiamata in nota 6), che ipotizza l'obbligo della Corte di effettuare la valutazione di ammissibilità del quesito anche *"attraverso una interpretazione della lettura del contenuto del motivo"* esercitando a tal fine una *"attività ricostruttrice o rettificatrice"*; **Cass. Sez. Lav. 4.12.2007 n. 25268**, che, in presenza di un quesito privo di riferimento alla situazione di fatto ed alla ratio decidendi della pronuncia impugnata, ha rilevato: *"Questa formulazione è incompleta e tuttavia non è inammissibile ex art. 366 cpc, poiché l'imperfezione non impedisce di comprendere la questione sottoposta alla Corte"*.

In conclusione, può osservarsi che, alla stregua della elaborazione giurisprudenziale sopra descritta, una volta sgombrato il campo dai difetti di più conclamata ed intuitiva evidenza - quali la articolazione di quesiti di mero stile (come "dica la Corte se la sentenza ha violato l'art….") o generici (meramente riproduttivi della norma o privi di ogni riferimento alla fattispecie concreta) o non conferenti con l'illustrazione del motivo di censura - il principale terreno di verifica dei profili di ammissibilità del quesito sembra riguardare la "pronunciabilità" da parte della Corte del principio proposto dal ricorrente, il suo grado di generalità ed astrattezza e la sua idoneità a determinare una decisione contrapposta rispetto a quella accolta dal giudice del merito.

Della "pertinenza" e dei requisiti, anche formali, preordinati alla sua valutazione (quale l'individuazione di contrapposte "*ratio decidendi"*), si è già detto; al riguardo, si è evidenziato che Cass. SS.UU. n. 14385/07 ha espressamente assimilato il *"quesito dal quale non si può trarre alcuna conseguenza concreta utile ai fini della causa"* ai *"motivi non attinenti al decisum",* ricordando che *"la proposizione, con il ricorso per cassazione, di censure prive di specifiche attinenze al* "decisum" *della sentenza impugnata è assimilabile alla mancata enunciazione dei motivi richiesti dall'art. 366 cpc n. 4, con conseguente inammissibilità del ricorso rilevabile anche d'ufficio (ex multis, Cass. 07/11/2005 n. 21490; Cass. 24/02/2004 n. 3612; Cass. 23/05/2001 n. 7046)"* (13).

Per quanto attiene alla "pronunciabilità", è evidente che, una volta acclarato che eventuali cause di intrinseca inammissibilità del quesito assumono rilevanza autonomamente sufficiente a determinare l'improponibilità del motivo di impugnazione, quale che sia il contenuto di quest'ultimo e, quindi, la sua propria ammissibilità e fondatezza, la prima verifica cui anche il quesito non potrà sottrarsi sarà quella relativa ai limiti del giudizio di legittimità.

La questione appare di concreta e decisiva rilevanza soprattutto a proposito di quei motivi di impugnazione ex art. 360 n. 3 cpc nei quali il giudizio di diritto appare più difficilmente distinguibile dal giudizio di fatto; si pensi, a mero titolo esemplificativo, alle censure che abbiano ad oggetto la violazione delle norme in materia di interpretazione dei contratti, relativamente alle quali, se, da un lato, la Corte di Cassazione tralaticiamente ripete che al giudice di legittimità non è consentito un riesame delle valutazioni compiute dal giudice d'appello nella ricostruzione del contenuto negoziale di una norma contrattuale, che si concreti nella mera difforme interpretazione di tale contenuto - ad es. in una differente individuazione della comune volontà dei contraenti - bensì soltanto la stretta verifica della patente violazione dei criteri ermeneutici e della adeguatezza della motivazione, è dall'altro indubbia l'esilità del confine tra tale verifica e la mera scelta -teoricamente preclusa- per una opzione interpretativa diversa rispetto a quella accolta dal Giudice del merito. Non è chi non veda come, in tali casi, un'articolazione del quesito che sembri voler spostare l'attività di giudizio della Corte dal mero accertamento della violazione del criterio ermeneutico, al risultato della propria opzione interpretativa, farà propendere per l'inammissibilità del motivo.

Più complesso e problematico appare il piano di valutazione del contenuto in termini di generalità ed astrattezza del principio di diritto al cui accoglimento il quesito deve tendere.

---

(13) Negli stessi termini si è espressa anche la più recente Cass. SS.UU. n. 22640/2007 citata in narrativa.

Al riguardo, va, infatti, segnalato che la asserita volontà di valorizzazione della dimensione nomofilattica della Corte di Cassazione (14) sembrerebbe all'origine dell'utilizzo di espressioni, quale quella di *"generale principio giuridico cui il quesito è preordinato"*, che si rinvengono, ad es., nella già citata Cass. Sez. I, n. 14682/2007 e nelle sentenze che l'hanno seguita, tra le quali Cass. SS.UU. n. 22640/2007 e n. 3519/2008.

Ove si potesse attribuire pienezza di effetti a tali espressioni, il principio di diritto assumerebbe il carattere di vera e propria "*regola di giudizio universalizzabile, vale a dire idonea a servire da criterio di decisione per soluzioni successive di casi identici o simili"* (15) e una siffatta interpretazione produrrebbe l'inevitabile conseguenza di imporre la formulazione del "quesito di diritto" mediante l'individuazione di veri e propri "principi generali", svincolati dal riferimento al caso concreto, anche se necessariamente idonei ad essere ad esso applicabili.

Deve, tuttavia, essere ricordato che il significato della formula "principio di diritto" sinora positivamente accolto, alla stregua del previgente art. 384 cpc, non si identifica affatto con quella sopra indicata, di "principio generale", bensì con quella di regola di giudizio enunciata allo scopo di vincolare la valutazione del giudice di rinvio e, quindi, come regola del caso concreto, come si può inequivocabilmente desumere anche dal copioso orientamento giurisprudenziale secondo il quale la Cassazione, allorquando cassa la sentenza ex art. 360 n. 3 cpc *"ordinando il rinvio, fissa il principio di diritto non in via meramente astratta, ma agli effetti della concreta decisione della lite"* (16).

Ove si ritenga che nulla è stato innovato dalla riforma a riguardo del contenuto precettivo del "principio" previsto dall'art. 384, non si potrà, quindi, non concludere che anche il "quesito di diritto" debba contenere la proposizione di un principio di diritto che costituisca la regola, sia pure generalizzabile, del caso concreto, del quale, pertanto, dovrà necessariamente contenere gli essenziali riferimenti fattuali (17).

---

(14) Volontà sicuramente ascrivibile alla riforma introdotta con la legge n. 80/2005 e con il d.l.vo n. 40/2006 e riscontrabile già solo nel disposto del nuovo art. 384 cpc, che impone alla Corte di enunciare il principio di diritto non solo quando la Corte accoglie il ricorso e cassa la pronuncia impugnata, ma ogni qualvolta decida il ricorso e, quindi, anche se lo rigetta, nonché - a differenza del passato - quando decida sui motivi fondati sui nn. 1, 2 e 4 dell'art. 360 cpc (ovvero quando decida questioni processuali) e persino quando decida sul motivo di cui al n. 5 del medesimo art. 360 cpc se *"risolve una questione di diritto di particolare importanza"*.

(15) Così EVANGELISTI e CANZIO, in *Corte di Cassazione e diritto vivente*, in *F. It.*, 2005, V, 287.

(16) Principio assolutamente pacifico: si cfr. tra le innumerevoli: Cass. 6.2.1999 n. 1070; Cass. 16.8.2001 n. 11144; Cass. 3.8.2002 n. 11650; Cass. 21.2.2007 n. 4096; etc.

(17) La necessità che il quesito sia relativo ad *"una fattispecie quale quella contestualmente e sommariamente descritta"* emerge dallo schema suggerito dalla sentenza delle Sezioni Unite qui pubblicata; anche Cass. Sez. III, 28.9.2007 n. 20455 (citata in narrativa) e la qui pubblicata Cass. Sez. II, 4.2.2008 n. 2652 hanno precisato che il quesito deve riassumere gli *"aspetti di fatto rilevanti"*.

In ordine a tale problematica, i limiti della presente nota consentono appena di evidenziare che, se il riferimento agli elementi fattuali concreti del *decisum* può apparire essenziale al fine di scongiurare il rischio di genericità del quesito nel caso in cui il vizio denunciato sia costituito da "falsa applicazione" di norma di diritto (censura che impone il giudizio sulla qualificazione giuridica degli elementi fattuali operata dal provvedimento impugnato ai fini della loro sussunzione nella fattispecie astratta prevista da una norma), tale esigenza, sotto il profilo logico, appare assai più sfumata nel caso di vizio di "violazione" di legge, che si risolve nella erronea affermazione in ordine all'esistenza (o inesistenza) o al contenuto astratto di una norma.

La "chiara indicazione del fatto controverso"e le "ragioni" di insufficienza della motivazione.

Dall'esame dei primi commenti dottrinari dell'art. 366 bis cpc si desume (sia pure indirettamente) l'opinione secondo la quale, con riferimento al nuovo requisito di ammissibilità costituito dalla "*chiara indicazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria, ovvero" dalle "ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione della sentenza impugnata la rende inidonea a giustificare la decisione"*, diversamente da quanto previsto nel primo alinea, la norma non impone una esigenza di autonoma formalizzazione di uno specifico elemento del ricorso (quale appare essere il "quesito di diritto"), bensì si limita a disciplinare il contenuto della parte illustrativa del motivo di impugnazione ex art. 360 n. 5 cpc (18).

A tale conclusione induce con immediatezza la contrapposizione tra i due alinea della norma e la indiscutibile differenza semantica tra i verbi *"concludere"*, riferito al solo quesito di diritto, e *"contenere"*, riferito al requisito in esame.

È, d'altronde, evidente che la previsione secondo la quale il quesito di diritto debba *"concludere"* l'illustrazione del motivo ex art. 360 n. 1,2,3 e 4 introduce un elemento di separazione tra tali due componenti del ricorso, già di per sé idoneo a palesare che il quesito costituisce un ingrediente ulteriore rispetto alla esplicitazione delle ragioni di censura.

Tale elemento di distinzione è ulteriormente avvalorato dalla intrinseca natura del quesito, ovvero dal fatto che esso consista in un interpello rivolto al Giudice (di per sé inessenziale ai fini della allegazione del vizio), tendente ad ottenerne uno specifico pronunciamento.

Al contrario, invece, prevedere che il motivo ex art. 360 n. 5 cpc debba *"contenere, a pena di inammissibilità"* la *"chiara indicazione del fatto controverso"* ovvero *"le ragioni"* della *"dedotta insufficienza della motivazione"* (rispetto alle quali si specifica che devono essere tali da rendere la decisione impugnata carente nel criterio logico), se, da un lato, costituisce la previsione di una autonoma causa di inammissibilità dell'impugnazione, dall'altro, appare la mera specificazione - per l'appunto - del prescritto **"contenuto"** dell'illustrazione del motivo, specificazione resa *non inutiliter* (rispetto al disposto dell'art. 360 n. 5 cpc) dalla prescrizione di **"chiarezza"** (ovvero inequivocità e specificità) della allegazione. Sempre su di un piano che potrebbe definirsi squisitamente logico-semantico, tale conclusione è avvalorata anche dal fatto che la norma indichi, quale oggetto della sua prescrizione di contenuto, anche le ***"ragioni*** *per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione"*, ovvero per l'appunto l'elemento costituito dalla illustrazione del motivo (ragioni è sinonimo di argomentazioni), elemento che, per comune esperienza degli operatori del settore, non sempre appare suscettibile di schematica sintesi.

In tal senso sembrerebbe esprimersi anche la Relazione Ministeriale al d.l.vo n.

(18) In Caponi, "Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale" (cit.) si rileva soltanto che *"l'art. 366 bis cpc non introduce l'onere di formulare il quesito di diritto in relazione al motivo previsto dall'art. 360, 1° comma, n. 5";* analogamente M. Taruffo, "Una riforma della cassazione civile" (pag. 783); negli altri commenti, significativamente, non si rinviene alcun esame della problematica relativa ad eventuali specifiche modalità di allegazione degli elementi previsti dal 2° alinea dell'art. 366 bis cpc.

40/2006, che, dopo aver affermato, con riferimento al "quesito di diritto", la "*necessaria esposizione di tale elemento*", in dichiarata contrapposizione a quest'ultima, ha rilevato che "*con riferimento al motivo di ricorso di cui all'art. 360, primo comma n. 5), non implicante un errore di diritto del giudizio di merito - fatta salva l'ipotesi, pressochè di scuola, della totale omissione della motivazione - né un relativo quesito da sottoporre alla Corte, l'**esigenza di una più puntuale determinazione e delimitazione del giudizio** della stessa è stata **invece** tradotta nella **previsione dell'obbligo che il ricorso contenga** la chiara indicazione del fatto controverso investito dalla omissione o contraddittorietà della motivazione, ovvero l'esposizione delle ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione*".

Passando all'esame della prima elaborazione giurisprudenziale in tema di applicazione del secondo alinea dell'art. 366 bis cpc, può affermarsi che essa ha visto emergere due indirizzi, che, con una certa approssimazione, potrebbero definirsi restrittivo e non.

Capostipite del primo indirizzo appare la pronuncia delle **SS.UU. n. 8089 del 2.4.2007**, che, senza argomentare sul punto, ha affermato che *"il ricorso ai sensi dell'art. 360 cpc n. 5, dopo la riforma, deve contenere un **momento di sintesi (omologo al quesito di diritto) che circoscriva puntualmente i limiti della censura**"*.

A tale pronuncia(19) hanno fatto seguito, conformandosi e più estesamente argomentando:

- **Cass. Sez. III, n. 16002 del 18.7.2007**, che, pur dando atto della diversità di formulazione tra i due alinea dell'art. 366 bis cpc, ha, tuttavia, ritenuto che, ai fini della conformità al disposto della norma, non sia sufficiente che la prescritta indicazione *"emerga comunque dall'esposizione, cioè sia estrapolabile all'interno della esposizione del motivo all'esito della sua completa lettura"* ed ha concluso, affermando che, *"nonostante la mancanza di riferimento alla conclusività, il requisito concernente il motivo di cui al n. 5 deve consistere in una **parte del motivo che si presenti a ciò specificamente destinata**, di modo che non è possibile ritenerlo rispettato allorquando solo la completa lettura della complessiva illustrazione del motivo riveli, all'esito di un'attività di interpretazione svolta dal lettore e non di una indicazione da parte del ricorrente deputata all'osservanza del requisito dell'art. 366 bis cpc, che il motivo stesso concerne un determinato fatto controverso riguardo al quale si assuma omessa, contraddittoria od insufficiente la motivazione e quali sono le ragioni per cui la motivazione in conseguenza è inidonea a sorreggere la decisione. La **"conclusività"**, dunque, nel senso della **presenza nel motivo di una parte specificamente destinata all'onere di indicazione, è da ritenere operante anche nel caso dell'art. 360 cpc n. 5**"*.

- **Cass. Sez. III, n. 20465 del 28.9.2007** che, dopo aver ripetuto le statuizioni sopra riprodotte, ha denegato la possibilità di "*assolvimento del requisito previsto da detta norma per attività induttiva da esercitarsi sull'illustrazione del motivo, mentre si è detto che **il requisito deve assumere una <u>specifica dimensione</u> di essa, che in sostanza ne consenta l'<u>immediata identificazione</u>**"*; tale pronuncia ha parimenti escluso che tale esigenza si ponga solo in presenza di motivazione insufficiente o contrad-

(19) Di *"sintesi logico-giuridica delle precedenti osservazioni"* parla anche Cass. Sez. Lav. 31.8.2007 n. 18381.

dittoria, atteso che "*anche la motivazione omessa (come quella contraddittoria) debbono essere criticate con l'indicazione delle ragioni che ne evidenziano la decisività ai fini di rendere inidonea la motivazione a giustificare la decisione" e, "una volta considerato che la motivazione omessa, cui allude l'art. 360 n. 5 cpc … deve riguardare un fatto controverso, appare chiaro che, per poter rilevare come vizio l'omessa motivazione su tale fatto deve rendere inidonea la motivazione sugli altri fatti considerati dal giudice di merito a giustificare la decisione, deve avere carattere decisivo"*.(20)

Tale opzione interpretativa appare essere ritenuta ormai definitivamente acquisita dalla (qui pubblicata) **Cass. Sez. III, 4.2.2008 n. 2652**, se nella stessa, senza in alcun modo argomentare, la Corte si è limitata ad affermare che *"tutte le volte che la cassazione è chiesta per il vizio di difetto di motivazione, è … necessario che* ***a conclusione*** *della sua illustrazione, il motivo presenti una sintetica esposizione del decisivo fatto controverso e delle prove, che si sostengono mal valutate o trascurate ed inoltre l'indicazione del processo logico attraverso il quale si sarebbe dovuti e non si sarebbe potuti non pervenire ad un diverso accertamento del fatto"*.

Per quanto attiene al contrapposto indirizzo, si rinviene un gran numero di pronunce che risultano aver proceduto alla verifica di ammissibilità del requisito in questione sulla base dell'esame della illustrazione delle censure, dichiarando espressamente o almeno mostrando di ritenere (21) che la prescrizione di cui al 2° alinea dell'art. 366 bis cpc, in ordine alla "chiarezza" della indicazione del fatto controverso o alla specificazione delle ragioni di insufficienza della motivazione, costituisca un connotato del motivo di impugnazione e non richieda una sorta di evidenza separata dalla arti-

---

(20) Conformi anche:

- **Cass. SS.UU. n. 20603** dell'**1.10.2007**, che riproduce quanto affermato dalla precedente n. 8089/2007 e **Cass. SS.UU. n. 23730 del 16.11.2007**, che, senza argomentare al riguardo, ha dichiarato inammissibile un ricorso con la motivazione che *"nessuno dei motivi relativi ai vizi ex art. 360 cpc n. 5* ***contiene una specifica parte - costituente un indispensabile e necessario requisito formale analogo all'altro concernente la formulazione del quesito di diritto - destinata alla "chiara indicazione" del fatto controverso ed alla illustrazione delle "ragioni" che rendono inidonea la motivazione*** *(in quanto insufficiente, contraddittoria o omessa) a giustificare la decisione"*;

- **Cass. Sez. II, 21.1.2008 n. 1223, Sez. III, 23.1.2008 n. 1475, Sez. III, 23.1.2008 n. 1477, Sez. III, 20.2.2008 n. 4309**, che ribadiscono che la prescrizione di cui al secondo alinea dell'art. 366 bis cpc consisterebbe *"in una parte del motivo a ciò specificamente destinata"* e che *"non è possibile ritenere rispettata la prescrizione normativa allorquando* ***solo la completa lettura della complessiva illustrazione del motivo riveli … che il motivo stesso concerne un determinato fatto controverso … e quali sono le ragioni*** *per cui la motivazione in conseguenza è inidonea a sorreggere la decisione"*.

(21) In tali termini si possono citare:

- **Cass. SS.UU. 30.7.2007 n. 16802**, che ha dichiarato inammissibile un motivo *"per difetto dei requisiti ex art. 366 bis cpc"*, osservando *"che i vizi di motivazione esposti non contengono una chiara indicazione dei difetti argomentativi in relazione al fatto controverso"*. Analoga motivazione si rinviene in Cass. SS.UU. 19.10.2007 n. 21864.

- **Cass. Sez. I, 9.10.2007 n. 21093 e n. 21094**, che, dopo aver preso in esame il contenuto illustrativo del motivo di impugnazione ha rilevato che *"non pare dubitabile, sulla base dell'illustrazione che precede dei motivi di impugnazione, che questi ultimi, di per sé stessi, rechino l'indicazione del fatto controverso e le ragioni della dedotta inidoneità della motivazione"*.

- **Cass. Sez. I, 16.10.2007 n. 21732,** che, premesso il contenuto della norma ora in esame, ha rilevato che *"nel caso in esame il ricorrente si limita a rilevare che la Corte di Appello ha adottato una "motivazione di stile"*, *incorrendo in tal modo in una formulazione astratta, priva di qualsiasi riferimento concreto alla motivazione della Corte d'Appello … ed adattabile, come tale, ad ogni censura che si prospetti per difetto di motivazione"*.

colazione delle censure, in termini che l'orientamento giurisprudenziale in precedenza citato sembrerebbe, invece, quasi ritenere di natura "grafica" o "topografica"(22).

Nell'ambito di tale indirizzo, di particolare interesse per l'aperto e dichiarato contrasto con l'orientamento che si è indicato come "restrittivo" appare la qui pubblicata **Cass. Sez. Lavoro 20.12.2007 n. 26927**, che ha dichiarato di non poter *"condividere la tesi, argomentatamente enunciata da Cass. n. 16002/2007, secondo cui nella norma dell'art. 366 bis cpc il requisito concernente il motivo di cui all'art. 360 cpc, n. 5, deve trovare attuazione in una parte del motivo che si presenti a ciò specificamente e riassuntivamente destinata"*, ritenendo *" ai fini dell'interpretazione della seconda parte dell'art. 366 bis cpc … decisivo … il* ***tenore letterale della disposizione, che non richiede affatto che le individuate esigenze di specificità e chiarezza nella formulazione del motivo di vizio di motivazione si concretizzino, come nel caso degli altri motivi di cassazione, in una specifica enunciazione conclusiva e sintetica****"* ed osservando che ***"la "chiara indicazione" degli elementi in questione non richiede necessariamente che essa sia contenuta in una apposita parte riassuntiva del motivo****. Al contrario, può ritenersi che spesso tale tipo di esposizione sintetica sia scarsamente compatibile con le esigenze espositive di un motivo basato sul vizio di motivazione,"* che, essendo *"relativo a questioni qualificabili come di merito ai fini del giudizio di cassazione", "non sempre … può ricevere una chiara formulazione in forma riassuntiva, senza che si corra il rischio di indebite semplificazioni o schematizzazioni della questione prospettata, con pregiudizio della stessa chiarezza."*

Ad avviso di chi scrive, l'orientamento accolto dalle Sezioni Unite n. 8089/2007 e specificamente argomentato soprattutto da Cass. Sez. III, n. 16002/07 e n. 20465/07 non è persuasivo; alla ricostruzione del contenuto dispositivo del secondo alinea dell'art. 366 bis cpc offerta da dette pronunce si oppone, infatti, l'inequivocità della formulazione normativa, che, come si è visto, dichiara di disciplinare il "contenuto" dell'illustrazione del motivo di impugnazione, elemento non superabile con gli argomenti fatti propri da tale indirizzo.

In particolare, l'affermazione (contenuta nelle pronunce n. 16002/07 e n.

- **Cass. Sez. Lav. 3.12.2007 n. 25208**, che, premesso il contenuto della norma in esame, ha rilevato che *"Tali requisiti non sono riscontrabili nell'atto contenente il ricorso principale, ove viene effettuata una commistione argomentativa tra violazione di norme di diritto e contraddittorietà della motivazione, con trattazione simultanea e scoordinata dei motivi,* ***senza la chiarezza e la specificità di trattazione richiesta dalla nuova norma****"*.

- **Cass. Sez. III, 22.1.2008 n. 1324** e **n. 1325**, che affermano l'inammissibilità del ricorso *"poiché la sua formulazione non soddisfa i requisiti stabiliti dall'art. 366 bis cpc"*, rilevando: *"In realtà il ricorrente censura soprattutto la motivazione della sentenza impugnata, ma il vizio di motivazione consiste nella esposizione di ragioni che avrebbero reso possibile una diversa valutazione delle prove, ma non ne dimostra una intrinseca contraddittorietà"*.

- Analogamente si pronuncia **Cass. Sez. III, 24.1.2008 n. 1483**, che rileva: *"I primi due motivi di ricorso risultano inammissibili, poiché la loro formulazione non soddisfa i requisiti stabiliti dall'art. 366 bis cpc. Il motivo di difetto di motivazione consiste nella esposizione di ragioni che avrebbero reso possibile una diversa valutazione delle prove, ma il ricorrente non dimostra una intrinseca contraddittorietà della sentenza, né individua prove che, non prese in considerazione, se lo fossero state avrebbero reso illogica la decisione assunta. In particolare, non risulta soddisfatta l'esigenza, imposta dall'art. 366 bis cpc, di chiarezza nella indicazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria, ovvero insufficiente a giustificare la decisione"*.

(22) V. in particolare la cit. Cass. Sez. III, n. 20465/2007.

20465/07) secondo la quale, se il 2° alinea dell'art. 366 bis si limitasse a disciplinare il "contenuto" dell'illustrazione del motivo di impugnazione si "*eliderebbe l'autonomia della norma dell'art. 366 bis cpc, per come sottesa dalla sua specialità ed anche dal rinvio che ad essa fa l'art. 366 cpc n. 4"*, non appare condivisibile, atteso che sembra confondere la esigenza di riconoscere al precetto una specifica efficacia dispositiva con quella di unificarne arbitrariamente il contenuto, nonostante la diversità di disciplina inequivocabilmente desumibile dalla pluralità delle disposizioni delle quali si compone e dalla diversità di espressioni usate, nonché la diversità delle stesse fattispecie processuali disciplinate (censure relative ad *errores in iudicando* e *ad errores in procedendo*).

Né l'interpretazione "non restrittiva" elide la efficacia integrativa della norma, poiché, come si è visto, anche così intesa, essa introduce in ogni caso nel giudizio di legittimità, oltre alla previsione di requisiti che non risultano presenti - se non in via di interpretazione - né nell'art. 360 n. 5, né nell'art. 366 cpc, anche la sanzione di inammissibilità per il suo mancato rispetto.

Ancor meno persuasivo, sia sotto il profilo della conseguenzialità logica, sia per la stessa difficoltà di attribuirgli uno specifico significato, appare, poi, sostenere che dalle esatte premesse secondo le quali l'art. 366 bis cpc "*pone delle specificazioni di contenuto rispetto all'identificazione del motivo di cui all'art. 360 cpc n. 5 ed alla sua indicazione nel ricorso per come prescritta dall'art. 366 cpc n. 4"* e prevede che *"il requisito deve essere contenuto nel motivo con una chiara indicazione"*, fa derivare, quale necessaria conseguenza, la conclusione *"che l'illustrazione del motivo di per sé non può coincidere con tale chiara indicazione, per la ragione che se l'illustrazione deve contenerla, la "chiara indicazione" ne rappresenta una specifica parte"* (23).

È, viceversa, indubbio, che una volta acclarato che il fatto controverso sul quale si assume cada il vizio motivazionale, proprio a sensi dell'art. 366 bis cpc, debba essere indicato "con chiarezza", ovvero inequivocabilmente e senza fumosità, ben può aversi anche una piena coincidenza tra tale allegazione e l'illustrazione del motivo, senza dover ipotizzare che la prima sia con la seconda in rapporto di parte al tutto.

L'assunto costituisce, inoltre, argomento inutilizzabile relativamente alla indicazione delle *"ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione"*; tale parte del precetto rende ancor più evidente che il secondo alinea della norma assume una funzione integrativa rispetto all'art. 366 n. 4 cpc e soprattutto all'art. 360 n. 5, in quanto specifica il contenuto della articolazione del motivo come individuato da tali norme più generali (24), ma, al pari di esse, cade sul medesimo oggetto, ovvero sulle argomentazioni poste a fondamento dell'impugnazione.

Infine, come già evidenziato, di quanto meno incerto contenuto precettivo appaiono formule quali: *"parte del motivo che si presenti a ciò specificamente destinata"* (così la cit. Cass. - Sez. IIIa n. 16002/2007) o *"requisito che deve assumere una specifica dimensione"* all'interno della illustrazione del motivo *"che in sostanza ne consenta l'immediata identificazione"* (così Cass. - Sez. IIIa n. 20465/2007).

(23) Così nelle suindicate pronunce n. 16002/07 e n. 20465/07).

(24) In particolare, rispetto al disposto dell'art. 360 n. 5 cpc, il secondo alinea dell'art. 366 bis cpc, laddove prescrive la indicazione delle *"ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione"*, fornisce una specificazione della nozione di "decisività" del vizio di motivazione.

Salvo che si intenda, con ciò, affermare che l'elemento in questione debba avere una sorta di evidenza "grafica", o essere delimitato da imprecisate formule sacramentali di individuazione, ovvero che debba coincidere con un "quesito di diritto" (consistere, cioè, nella stessa forma di "interpello" prevista per i vizi di violazione di legge), è indubbia la difficoltà di individuare il preciso significato e la portata, nella disciplina degli atti del processo, di tali formulazioni interpretative; "specifica parte" ben potendo essere considerata qualunque porzione dell'atto di impugnazione deputata all'illustrazione del motivo o anche il motivo nel suo complesso, se contengano una specificazione del contenuto in termini conformi al dettato normativo della disposizione in esame.

Se tale considerazione è logicamente ineccepibile, non può non conseguirne che, al fine di effettuare la verifica del rispetto della norma, il Giudice di legittimità non può sottrarsi a quell'esame della illustrazione del motivo di impugnazione che l'orientamento definito "restrittivo" sembrerebbe voler, a tali fini, declinare.

È, tra l'altro, indubbio che l'unico elemento che, secondo tale orientamento, sembrerebbe caratterizzare il requisito in esame, rispetto al mero conformarsi dell'illustrazione del motivo alle prescrizioni della norma, è la pretesa in base alla quale *"il requisito deve assumere una specifica dimensione"* della parte argomentativa, *"che in sostanza ne consenta l'immediata identificazione"* (così la citata Cass. n. 20465/07), con ciò intendendosi all'evidenza esigere che il motivo contenga una articolazione compressa e riassuntiva delle censure relative alla carenza motivazionale. E tanto, invero, espressamente afferma la (qui pubblicata) cass. Sez. II, 4.2.2008 n. 2652, che, come si è visto, dà ormai per principio acquisito che il motivo relativo ad un vizio di motivazione si *"concluda"* con una *"**sintetica** esposizione del decisivo fatto controverso e delle prove che si sostengono mal valutate e trascurate"*.

Non può, tuttavia, sottacersi l'impossibilità - se non sulla base di valutazioni rimesse al mero arbitrio dell'interprete - di fondare la valutazione della ammissibilità del motivo di impugnazione esclusivamente su di un giudizio che riguardi la natura sufficientemente riassuntiva dell'elemento in esame.

È forse la consapevolezza della inidoneità di un siffatto criterio che ha indotto alcune pronunce che hanno aderito all'orientamento "restrittivo" - tra le quali, anche la citata pronuncia della Terza Sezione qui pubblicata - a rompere gli argini della diversa formulazione dei due alinea della norma - o meglio a prescindere completamente da essa - e ad affermare puramente e semplicemente che, anche per la valida proposizione di motivi di impugnazione ex art. 360 n. 5, si richiede l'articolazione di … un "quesito di diritto" (25).

---

(25) Oltre alla qui pubblicata **Cass. Sez. III, 4.2.2008 n. 2652**, che conclude l'esame dei profili di inammissibilità ex art. 366 bis cpc del ricorso osservando che *"né i motivi di violazione di norme di diritto, né quelli di difetto di motivazione contengono o si concludono con la formulazione di uno specifico **quesito**"*, si cfr. anche:

- **Cass. Sez. III, 23.1.2008 n. 1474**, che contiene identica statuizione conclusiva;
- **Cass. SS.UU. 16.11.2007 n. 23736**, che, dopo aver dato atto che il primo, terzo e quarto motivo di impugnazione avevano ad oggetto vizi di motivazione ed aver indicato per ognuno di essi il rispettivo "fatto controverso" oggetto della censura, così dimostrando che tali fatti erano stati indicati "con chiarezza" quanto meno nell'illustrazione dei motivi, ha concluso affermando che *"la illustrazione di ciascun motivo deve essere conclusa, a pena di inammissibilità, con la formulazione del quesito di diritto"* e, rilevato che "*il ricorso non contiene i quesiti"*, ne ha dichiarato l'inammissibilità.

Il documentato rilievo che precede consente conclusivamente di osservare che ciò che emerge dalle descritte prime elaborazioni giurisprudenziali è un quadro interpretativo dell'art. 366 bis cpc ancora incerto ed in ordine al consolidarsi del quale è, allo stato, impossibile esprimere previsioni; esso involge, d'altronde, una norma che, per quanto riguarda il "quesito di diritto", si esaurisce in una formula definitoria e che, quindi, per la sua indeterminatezza, necessita di essere integralmente "riempita" dall'interprete (26), norma che, inoltre, ben si presta - anche nel secondo alinea - ad assolvere ad esigenze deflattive rispetto ad un processo, quale è quello di legittimità, che appare eufemistico definire "ingolfato".

Ne consegue il fondato timore che, nell'interpretazione ed applicazione di tale disposizione, l'adozione di criteri più o meno restrittivi finisca per rispondere a finalità di natura squisitamente pratica, anziché a quelle esigenze di "collaborazione nella funzione nomofilattica" che si indicano quale "ratio" della norma.

Filippo Maria Giorgi
Avvocato

(26) Tale profilo non appare preso in esame dalla qui pubblicata Cass. sez. III n. 2652/08 laddove ha respinto il sospetto di incostituzionalità dell'art. 366 bis cpc con riferimento alla effettività della garanzia di cui all'art. 111 Cost., questione che, peraltro, per la sua complessità, richiede un autonomo approfondimento che esula dai limiti della presente nota.

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Civili

Pensioni - Pensione di anzianità - Blocco dei pensionamenti e scaglionamento della decorrenza della pensione - Individuazione della normativa applicabile - Momento di proposizione della domanda amministrativa - Rilevanza.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 17.03.2008 n. 7146 - Pres. Mercurio - Rel. La Terza - PM Velardi - G. R. (Avv. Boer) - INPS (Avv. ti Riccio, Valente, Biondi).

In tema di pensione di anzianità, la domanda amministrativa costituisce, insieme alle altre condizioni di legge (come la cessazione del rapporto di lavoro e la provvista assicurativa e contributiva) requisito costitutivo del diritto alla pensione di anzianità, non potendo procedersi ad alcuna liquidazione di ufficio prima della domanda. Ne consegue che è alla data della domanda amministrativa che occorre far riferimento sia per verificare l'applicabilità del blocco dei pensionamenti, sia per determinare la decorrenza della pensione in relazione al sistema di ripartizione nel tempo previsto, attraverso il regime delle finestre, dalla legge n. 335 del 1995.

FATTO — Con la sentenza in epigrafe indicata il Tribunale di Roma rigettava la domanda proposta da G. R., il quale chiedeva che fosse accertato il suo diritto al godimento della pensione di anzianità dal primo gennaio 1996, avendo maturato i 35 anni di contribuzione ed avendo presentato domanda all'Inps il 31 agosto 1995.

Rilevava il Tribunale che, fino al 30 giugno 1995, non poteva essere erogata alcuna pensione di anzianità in forza del blocco disposto dall'art. 13 comma 1 della legge n. 724 del 1994, mentre, terminato dopo quella data il regime di sospensione, aveva ripreso vigore la disciplina precedente, giacché il D.L. 30 giugno 1995 n. 262, che differiva detto termine dal 30 giugno al 31 agosto 1995, non era stato convertito, e quindi, alla data di entrata in vigore della legge 335/95, di riforma delle pensioni, erano rimaste in vigore le disposizioni precedenti che regolavano la decorrenza delle pensioni di anzianità "ante riforma". Soggiungeva il Tribunale che, per accertare la disciplina applicabile alla pensione del ricorrente, occorreva stabilire il giorno a partire dal quale il trattamento doveva essere erogato. Ai sensi dell'art. 22 della legge 153/69 la pensione di anzianità decorre dal primo giorno del mese successivo a quello di presentazione della domanda e poiché il G. aveva raggiunto i requisiti di anzianità contributiva ed aveva cessato il rapporto di lavoro prima dell'entrata in vigore della legge 335/95, ma aveva presentato la domanda in data successiva, la sua pensione ricadeva nella sfera di

applicazione della legge 335/95 e quindi nel regime delle finestre da essa introdotto, art. 1 comma 29 legge 335/95, per cui la pensione decorreva, come sostenuto dall'Inps, dal primo ottobre 1996.

Avverso detta sentenza il G. propone ricorso affidato ad un unico motivo illustrato da memoria.

Resiste l'Inps con controricorso e ricorso incidentale condizionato.

DIRITTO — Va preliminarmente disposta la riunione dei ricorsi ex art. 335 cod. proc. civ.

Con l'unico motivo del ricorso principale si censura la sentenza per violazione dell'art. 13 comma 1 della legge 724 del 1994, dell'art. 1 comma 29 della legge 335/95 e dell'art. 11 delle preleggi, per avere conferito rilievo determinante alla data di presentazione della domanda di pensione (31 agosto 1998), mentre si dovrebbe applicare la legge vigente nel momento (anteriore) in cui il requisito contributivo e quello relativo alla cessazione del rapporto si erano perfezionati, di talché la sua pensione non rientrerebbe nel regime delle finestre introdotto dalla legge 335/95.

Con il ricorso incidentale condizionato si censura la sentenza per violazione dell'art. 3 del D.L. n. 262 del 1995 e dell'art. 1 comma 5 della legge 608/96, di conversione del D.L. 510/96, perché il blocco delle pensioni di anzianità, contrariamente a quanto affermato dalla sentenza impugnata, non sarebbe cessato al 30 giugno 1995, ma al 31 agosto 1995, quando era ormai entrata in vigore la legge 335/95.

Il ricorso principale non merita accoglimento, ancorché la sentenza impugnata abbisogni di alcune correzioni, che tengono conto degli esatti rilievi dell'Inps.

1. — Tutte le pensioni di anzianità, com'è noto, furono sospese ad opera della L. 23 dicembre 1994 n. 724, art. 13, comma 1, ossia dalla disposizione che ne aveva determinato il blocco. Il medesimo art. 13 indicava la fine del periodo di sospensione, prevedendo che "la sospensione opera fino alla data di entrata in vigore di specifico provvedimento legislativo di riordino del sistema previdenziale e comunque non oltre il 30 giugno 1995". Il termine del 30 giugno fu poi prorogato al 31 agosto 1995 ad opera del D.L. 30 giugno 1995 n. 262, che non venne convertito, ma i cui effetti furono fatti salvi dalla L. n. 608 del 28 novembre 1996, art. 1.

Peraltro la disposizione sul blocco, ossia L. n. 724 del 1994, art. 13, non sospendeva meramente "la decorrenza", ma sospendeva il diritto stesso alle prestazioni di anzianità A.G.O., essa recitava infatti: "A decorrere dal 1 gennaio 1995 nei confronti dei lavoratori dipendenti privati e pubblici, nonché dei lavoratori autonomi, è sospesa l'applicazione di ogni disposizione di legge, di regolamento, di accordi collettivi che preveda il diritto a trattamenti pensionistici anticipati rispetto all'età stabilita per il pensionamento - di vecchiaia, ovvero per il collocamento a riposo di ufficio in base a singoli ordinamenti".

2. — Va ancora rilevato che il tenore letterale della L. n. 724 del 1994, art. 13, sta a dimostrare che alla scadenza del blocco non vi sarebbe stata la "liberalizzazione" piena delle pensioni di anzianità, atteso che la stessa era stata collegata dal legislatore ad una precisa condizione, e cioè che entrasse in vigore una disposizione idonea ad assicurare un prefissato contenimento della spesa previdenziale. Si prevedeva cioè che le pensioni di anzianità, se non potevano essere definitivamente "bloccate", non potevano però "rivivere" tali e quali come prima del blocco. Ed infatti l'art. 13 c.c. recita:

"La sospensione opera fino alla data di entrata in vigore di specifico provvedimento legislativo di riordino del sistema previdenziale e comunque non oltre il 30 giugno 1995. Tale provvedimento, unitamente alla predetta disposizione di sospensione, dovrà essere idoneo ad assicurare effetti di contenimento: a) del saldo netto da finanziare: di almeno 1.748 miliardi per l'anno 1995...; b) del fabbisogno di cassa del settore statale: di almeno 5.107 miliardi per l'anno 1995....".

La legge n. 335 del 1995, art. 1, comma 3, dispone che "Le successive disposizioni determinano gli effetti finanziari di contenimento stabiliti dalla L. 23 dicembre 1994 n. 724, art. 13, comma 1". Ossia, la L. n. 335 del 1995, per sua stessa indicazione, costituisce lo specifico provvedimento legislativo di riordino del sistema previdenziale, che era idoneo a determinare gli effetti di contenimento della spesa, alla cui entrata in vigore la L. n. 724 del 1994 subordinava la cessazione del blocco dei pensionamenti di anzianità.

3. — Accadde però che la L. n. 335 del 1995 entrò in vigore nel mese di agosto 1995, e precisamente il 17 agosto, quando ormai il blocco dei pensionamenti era cessato, dopo la scadenza indefettibile del 30 giugno 1995, di talché si sarebbe avuta, dal primo luglio 1995, la completa reviviscenza delle pensioni di anzianità, ossia avrebbe ripreso pieno vigore il diritto alle pensioni di anzianità dell'AGO e dei pubblici dipendenti senza però il contenimento di spesa che era espressamente previsto dal citato art. 13 della L. n. 724 del 1994. È evidente che così si sarebbe verificato un enorme aggravio alla spesa previdenziale in conseguenza della immediata e simultanea decorrenza, al primo luglio 1995, di "tutte" le pensioni di anzianità che erano rimaste bloccate per anni.

4. — Per scongiurare questo pericolo, fu emanato il D.L. 30 giugno 1995 n. 262, il quale all'art. 3 provvide a spostare al 31 agosto 1995 il termine del 30 giugno 1995 che era stato fissato per la fine del blocco dalla L. n. 724 del 1994, art. 13. In tal modo il blocco medesimo avrebbe cessato di operare quando era già in vigore la L. n. 335 del 1995, la quale, proprio nel piano di contenimento della spesa, sottopose le pensioni di anzianità AGO e dei pubblici dipendenti che si erano "riespanse", al regime di decorrenza scaglionata (le cd. finestre) previsto dalla L. n. 335 del 1995, art. 1, comma 29.

5. — Il D.L. n. 262 del 1995 non è stato convertito, ma i suoi effetti sono stati fatti salvi dalla L. 28 novembre 1996 n. 608, art. 1 (di conversione del D.L. 510/96), e tra questi effetti rientrava la disposizione dell'art. 3 del D.L. 262 che prorogava il termine del blocco, disponendo la norma di salvezza che "Restano validi gli atti ed i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodotti ed i rapporti giuridici sorti sulla base del D.L. 30 giugno 1995 n. 262...". Gli effetti prodotti dal D.L. attengono proprio alla proroga del blocco al 31 agosto 1995, di talché il diritto ai trattamenti di anzianità si "riespande" sicuramente da quella data in poi, ma con l'applicazione della L. n. 335 del 1995, già entrata in vigore il 17 agosto precedente.

6. — Non è vero dunque, come afferma il Tribunale, che prima ancora della entrata in vigore della legge 335/95, avevano ripreso operatività le precedenti disposizioni in tema di pensioni di anzianità. Vero è invece che il loro blocco era cessato non al 30 giugno 1995, ma (in forza del D.L. n. 262 del 1995) al 31 agosto 1995, quando era ormai in vigore la L. n. 335 del 1995, risultando incongruo ipotizzare qualsiasi soluzione di continuità tra la cessazione del blocco di tutte le pensioni di anzianità,

obbligatorie e integrative, e l'operatività della L. n. 335 del 1995. (cfr. nello stesso senso Cass. n. 24718 del 24/11/2005), che scagliona nel tempo, attraverso il regime delle finestre, la decorrenza delle medesime pensioni.

7. — Ne consegue che, avendo il G. presentato la domanda di pensione di anzianità il 31 agosto 1995, e quindi nella vigenza della legge 335/95, trova applicazione il regime delle finestre da questa previsto, non potendosi dubitare che la domanda amministrativa costituisca, insieme alle altre condizioni come la cessazione del rapporto di lavoro e la provvista assicurativa e contributiva, requisito costitutivo del diritto alla pensione di anzianità, non potendo sicuramente procedersi ad alcuna liquidazione d'ufficio del trattamento prima dell'esercizio del diritto potestativo di richiederla, che è rimesso esclusivamente alla volontà dell'interessato. Prova ne è il fatto che la legge istitutiva, art. 22 legge n. 153 del 30 aprile 1969, ne stabilisce la decorrenza dal primo giorno del mese successivo alla presentazione della domanda, a differenza di quanto previsto per le pensioni di vecchiaia, le quali, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 155 del 23 aprile 1981, decorrono dal primo giorno del mese successivo al compimento dell'età pensionabile.

Il ricorso principale va quindi rigettato, con conseguente assorbimento di quello incidentale.

Nulla per le spese ex art. 152 disp. att. cod. proc. civ., non essendo applicabile, ratione temporis, il disposto dell'art. 42 comma 11 del D.L. 30 settembre 2003 n. 326, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 326.

(Omissis)

Pensioni - Pensione in regime internazionale - Liquidazione - Calcolo della pensione virtuale - Importo comprensivo della integrazione al minimo - Ammissibilità - Condizioni - Spettanza di detta integrazione ai sensi della legge italiana.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 06.02.2008 n. 2785 - Pres. Ciciretti - Rel. La Terza - PM Riello (diff) - INPS (Avv. ti Riccio, Valente, Preden) - P.C.

In tema di liquidazione della pensione di vecchiaia in regime internazionale - conformemente al principio enunciato dalla Corte di giustizia CE nella sentenza del 24 settembre 1998 (causa n. 132 del 1996), come chiarito dalla medesima Corte con la successiva sentenza del 21 luglio 2005 (causa n. 30 del 2004) - l'integrazione al trattamento minimo va computato nel calcolo della pensione virtuale solamente se detta integrazione spetti al lavoratore ai sensi della legge italiana.

FATTO — Con ricorso alla Corte d'appello di Roma del 28 maggio 2002 l'Inps impugnava la sentenza resa dal locale Tribunale del lavoro, con cui era stato accertato il diritto di P. C. ad ottenere le differenze del pro rata della pensione di anzianità in regime internazionale di cui era in godimento, partendo dall'importo virtuale comprensivo dell'integrazione al trattamento minimo, con conseguente condanna dell'Inps alle differenze sulla pensione. Nel contraddittorio con il P., la Corte d'appello adita, con la sentenza in epigrafe indicata, confermava la statuizione di primo grado, richiamandosi alla sentenza della Corte di Giustizia in causa S. contro Inps, la quale aveva interpretato l'art. 46 del regolamento comunitario n. 1408 del 2001 nel senso che l'ente assicurativo competente era obbligato a prendere in considerazione, per determinare l'importo teorico della pensione come base di calcolo del pro rata, un complemento destinato a raggiungere il trattamento minimo previsto dalla normativa nazionale.

Avverso detta sentenza l'Inps propone ricorso affidato ad un unico motivo, illustrato da memoria.

Il pensionato è rimasto intimato.

DIRITTO — Con il primo motivo si denunzia violazione e falsa applicazione dell'art. 8 della legge 153 del 1969, con riferimento agli artt. 10 bis, 46 e 50 del Regolamento Cee n. 1408/71, modificato dal Regolamento successivo n. 1247 del 1992, difetto di motivazione e violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., giacché dette disposizioni escluderebbero che il pro rata debba essere calcolato su una pensione virtuale integrata al trattamento minimo. Nella specie, essendo l'interessato titolare anche di altra pensione in Germania, il pro rata italiano avrebbe dovuto essere liquidato a calcolo, e non già con l'integrazione, essendo titolare di redditi superiori a quelli prescritti per averne diritto.

Il ricorso merita accoglimento.

La questione posta alla Corte consiste nello stabilire se nel calcolo della pensione virtuale sia o no computabile l'integrazione al minimo. Mentre resta estranea l'ulteriore questione relativa alla spettanza, una volta effettuati i calcoli di cui più oltre si dirà, dell'integrazione al minimo sul pro rata a carico dell'ente previdenziale italiano.

1. — Va sommariamente illustrato il sistema che l'ente o gli enti competenti devono seguire quando il lavoratore migrante chiede una prestazione che presuppone una determinata anzianità contributiva.

Il sistema è previsto dall'art. 46 del regolamento 1408 del 1971 e consta di più fasi: occorre procedere anzitutto al calcolo della prestazione "autonoma" così come disposto dal paragrafo uno, primo comma; si deve cioè calcolare se e quale sarebbe la misura della prestazione spettante presso il singolo stato senza procedere al cumulo dei periodi assicurativi compiuti presso altri Stati membri, essendosi constato che, in alcuni casi, la pensione liquidata autonomamente da uno di essi conduceva ad una prestazione di ammontare superiore rispetto a quanto conseguibile cumulando i periodi diversi.

Il secondo passaggio è la determinazione della pensione "virtuale", che si ottiene, attraverso una fictio iuris, e cioè cumulando (totalizzando) tutti i periodi di assicurazione compiuti nei diversi Stati membri, come se fossero stati compiuti presso lo stato cui viene chiesta la prestazione (ed infatti solo addivenendo alla somma dei vari periodi lavorativi, si evita che il lavoratore migrante mantenga meri "spezzoni" di contribuzione, ciascuno dei quali, essendo troppo breve, non gli darebbe diritto di conseguire pre-

stazioni presso nessuno degli stati presso cui ha lavorato). La pensione virtuale è calcolata da ciascun ente previdenziale, dopo avere unito i diversi periodi, sulla base delle proprie leggi nazionali.

Il terzo passaggio attiene al calcolo del pro rata: la somma dei periodi assicurativi serve per garantire all'interessato il conseguimento dell'anzianità assicurativa totale, ma poi ciascuna istituzione procede al calcolo dell'importo "effettivo" in proporzione al reale periodo di assicurazione compiuto presso il proprio stato. Ciascuna istituzione paga cioè solo la quota maturata presso il suo regime. È evidente infatti che all'applicazione del criterio della totalizzazione si accompagna necessariamente l'operatività del criterio del pro rata. Ed invero, in assenza di qualunque trasferimento di contributi, giacché ciascuno Stato conserva quelli di sua pertinenza, l'applicazione del solo principio della totalizzazione, condurrebbe alla erogazione di una prestazione non corrispondente alla misura dei contributi versati.

L'ultimo passaggio imposto all'ente previdenziale attiene al raffronto tra l'ammontare del trattamento che spetterebbe con la pensione autonoma, e cioè senza procedere alla totalizzazione, e quanto invece spetterebbe applicando la totalizzazione ed il pro rata, concludendo con l'erogazione con quello dei due che sia più favorevole all'interessato.

2. — Fatta questa premessa, si procede ad illustrare una questione sorta in relazione al calcolo della cd. pensione virtuale, di cui sopra si è fatto cenno.

La questione, che ha dato luogo ad un nutrito contenzioso, consiste nello stabilire se nel calcolo della pensione cd. "virtuale" sia o no computabile l'integrazione al minimo (restando estraneo l'ulteriore problema se spetti poi, una volta effettuati i calcoli, l'integrazione al minimo sul pro rata a carico dell'ente previdenziale italiano). Si tratta di interpretare l'art. 46 comma 2 lettera a) del regolamento Cee 1408 del 1971, che detta disposizioni per il computo della pensione di vecchiaia dei lavoratori che hanno effettuato periodi lavorativi sia Italia sia in altri Stati membri della UE, versando in ciascuno Stato i relativi contributi.

Il citato art. 46 recita *"L'istituzione competente calcola l'importo teorico delle prestazioni cui l'interessato avrebbe diritto se tutti i periodi di assicurazione e/o di residenza, compiuti sotto le legislazioni degli Stati membri alle quali il lavoratore subordinato o autonomo, è stato soggetto, fossero stati compiuti nello Stato membro in questione* ***e sotto la legislazione che essa applica alla data della liquidazione della prestazione...****"*.

Ne consegue che l'ente previdenziale competente, che nella specie era l'Inps, deve calcolare l'importo teorico, cumulando i vari periodi, ed applicando la legge nazionale, procedendo cioè al conteggio come se tutta la vita lavorativa dell'interessato si fosse svolta in Italia. Ove il medesimo interessato avesse davvero lavorato ininterrottamente nel nostro Stato, l'importo della pensione da calcolare al momento della liquidazione sarebbe stato privo dell'integrazione al minimo, qualora a quell'epoca il medesimo avesse goduto di redditi superiori a quanto prescritto per la concessione del beneficio (perché, com'è noto, ai sensi dell'art. 6 della legge 638/83, questo è condizionato alla titolarità di redditi inferiori ad una determinata misura).

3. — Ha rilevato la sentenza della Corte di cassazione n. 11068 del 2004 (1), che se tale è la regola, l'integrazione al minimo non può essere computata nell'importo virtuale della pensione sol perché questa va poi sottoposta alla procedura del pro rata, perché il citato art. 46 è chiaro nel prescrivere che il calcolo della prestazione virtuale

si fa alla stregua della legislazione nazionale, senza prevedere alcuna eccezione. Ossia, in caso di superamento dei limiti reddituali né la pensione reale, né quella virtuale possono essere incrementate dall'integrazione. Si è quindi affermato nella pronuncia citata che la pensione virtuale va calcolata con l'inclusione della integrazione al minimo, solo se, alla stregua della legge italiana, detta integrazione spetta, non già in caso di non spettanza per superamento dei limiti reddituali: se infatti l'interessato avesse sempre lavorato in Italia non vi sarebbero dubbi che, in presenza di redditi superiori ad un certo ammontare giammai gli spetterebbe l'integrazione.

4. — Questo indirizzo, che era stato disatteso da successive pronunzie della Corte di legittimità (cfr. n. 22558 del 01/12/2004 (2) e n. 17144 del 23 agosto 2005), è invece conforme a quanto affermato da ultimo dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 21 luglio 2005 nel procedimento C-30 del 2004. La questione decisa dalla Corte nella causa tra l'Inps e la signora K. atteneva proprio alla inclusione o meno della integrazione al minimo prevista dalla legge italiana ai fini dell'importo teorico della pensione, che va assunto ai fini del calcolo del pro rata della pensione. La pensionata, che godeva di redditi in misura superiore alla soglia prevista per il diritto alla integrazione al minimo, si era richiamata, a sostegno della pretesa, alla precedente sentenza della Corte di Giustizia del 24 settembre 1998, causa C-132/96, S. e P.. La Corte, con la citata decisione del 2004 citata, ha chiarito (e forse in parte corretto) la portata di quella precedente del 1998. Ed infatti ha affermato che l'art. 46 n. 2 lettera a) del regolamento 1408/71, con le successive modifiche, che detta le regole per il calcolo dell'importo teorico della pensione, deve essere interpretato nel senso l'Inps non è obbligato ad includere nel medesimo importo teorico la integrazione al minimo se questa, a causa del superamento del limite reddituale, avrebbe dovuto essere negata nel caso in cui la interessata avesse lavorato sempre in Italia. Ha spiegato la Corte che se la finalità del citato art. 46 del Regolamento è quella di garantire al lavoratore l'importo teorico massimo cui avrebbe avuto diritto se tutti i periodi di assicurazione fossero stati compiuti nello stato interessato e, nella specie, la pensionata, se fosse stata sempre assicurata in Italia non avrebbe avuto diritto all'integrazione per superamento del limite reddituale (il lavoratore non deve essere danneggiato, ma nemmeno lucrare del fatto di avere lavorato in diversi stati dell'Unione).

5. — Deve quindi essere affermato il principio per cui la pensione virtuale del lavoratore migrante va calcolata comprendendovi l'integrazione al minimo solo previo accertamento che l'interessato sia in possesso dei limiti reddituali previsti dalla legge italiana (ex art. 6 legge n. 638 del 1983 e successive modifiche), mentre se detto limite venga superato, la pensione virtuale va calcolata senza includervi la integrazione.

La sentenza impugnata va quindi cassata con rinvio alla medesima Corte d'appello di Roma, in diversa composizione, la quale, compiuto l'accertamento reddituale indicato, si atterrà al principio sopra enunciato.

Il Giudice del rinvio provvederà anche per le spese del presente giudizio.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2005, p. 458

(2) *Idem, idem*, p. 450

Pensioni - Pensione di anzianità - Trattamento percepito a seguito di licenziamento poi annullato da sentenza reintegratoria - Indebito - Sussistenza.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 25.01.2008 n. 1670 - Pres. Mattone - Rel. D'Agostino - PM Abbritti - D.F.N. (Avv. Morbiducci) - INPS (Avv. ti Riccio, Valente, Patteri).

La declaratoria d'illegittimità del licenziamento ricostituisce con effetto retroattivo la continuità giuridica del rapporto di lavoro; pertanto, il diritto al pensionamento del dipendente è travolto "ex tunc" *e l'interessato è esposto all'azione di ripetizione dell'indebito da parte dell'ente previdenziale.*

FATTO — Con ricorso al giudice del lavoro di Ancona D. F. N. conveniva in giudizio l'Inps ed esponeva quanto segue.

Aveva lavorato alle dipendenze della spa S. fino al 2.4.1993, data in cui era stato licenziato; successivamente aveva lavorato per la B. d. M. fino al 31.1.1997, data in cui si era dimesso ed aveva iniziato a percepire la pensione di anzianità; nel frattempo il licenziamento intimatogli dalla spa S. era stato dichiarato illegittimo con sentenza del Tribunale di Ancona del 25.9.2000, passata in giudicato; la S. era stata altresì condannata alla reintegrazione ed al pagamento di una indennità pari alla retribuzione globale di fatto dal recesso all'effettiva reintegrazione, oltre che al pagamento dei contributi previdenziali, ma egli aveva optato per l'indennità sostitutiva della reintegrazione; l'Inps con raccomandata del 5.3.2003 gli aveva comunicato che a seguito della sentenza del Tribunale di Ancona era venuto meno il suo diritto a percepire la pensione di anzianità dal 1.2.1997; pertanto la pensione già in godimento gli era stata revocata e sostituita con analoga prestazione con decorrenza 1.10.2000 (primo giorno del mese successivo alla cessazione effettiva del rapporto di lavoro stabilita dalla predetta sentenza); l'Inps gli aveva chiesto anche il rimborso della somma di euro 224.560,18 pari ai ratei di pensione non dovuti; tale pretesa dell'Istituto era però infondata sia perché dopo la data del licenziamento il rapporto di lavoro con la S. si era interrotto, avendo egli optato per l'indennità sostitutiva, sia perché a norma dell'art. 52 della legge n. 88/1989 l'indebito pensionistico non era ripetibile, in assenza di dolo del pensionato.

Tanto premesso chiedeva che fosse ordinato il ripristino della pensione di anzianità dal 1.2.1997 ed il ricalcalo della stessa tenendo conto dei contributi dovuti dalla S.

L'Inps si costituiva e resisteva alla domanda.

Il Tribunale con sentenza del 18.5.1005 respingeva il ricorso. La Corte di Appello di Ancona, con la sentenza qui impugnata, respingeva l'appello del pensionato.

La Corte territoriale osservava che a norma dell'art. 22 della legge n. 153/1969 presupposto per la concessione della pensione di anzianità è che l'assicurato non presti più attività lavorativa subordinata alla data della presentazione della domanda di pensione. Nel caso di specie la dichiarazione di illegittimità del licenziamento intimato dalla S. nel 1993 ha comportato la prosecuzione giuridica del rapporto di lavoro senza soluzione di continuità, a nulla rilevando in senso contrario che di fatto il dipendente non abbia svolto alcuna prestazione, con la conseguenza che alla data del 1 febbraio

1997 l'appellante non possedeva i requisiti per godere della pensione di anzianità.

Per la cassazione di tale sentenza D. F. N. ha proposto ricorso sostenuto da due motivi. L'Inps ha resistito con controricorso.

DIRITTO — Con il primo motivo denunciando violazione degli artt. 22 e 12 della legge 30 aprile 1969 n. 153, si censura la sentenza impugnata per aver affermato che a seguito della dichiarazione di illegittimità del licenziamento il rapporto di lavoro continua senza soluzione di continuità sicché il dipendente non ha diritto alla pensione di anzianità anche nel caso in cui non abbia effettuato alcuna prestazione lavorativa. Il ricorrente chiede pertanto alla Corte di stabilire se per le norme sopra citate il diritto alla pensione di anzianità sia escluso per coloro che percepiscano - pur in assenza di prestazione lavorativa - ex art. 18 legge n. 300/1970 una indennità a seguito di dichiarazione di illegittimità del licenziamento, o se il diritto alla pensione di anzianità sia escluso solo in conseguenza della prestazione di attività lavorativa e di riscossione di una retribuzione, cioè di un compenso legato sinallagmaticamente alla prestazione di lavoro.

Con il secondo motivo denunciando omessa ed insufficiente motivazione, si censura la sentenza impugnata per non aver considerato che l'art. 44 della legge n. 289/2002 ha abolito, sia pure per un periodo limitato, il divieto di cumulo tra pensione e retribuzione. Lamenta altresì che la Corte territoriale ha affermato che l'art. 52 della legge n.88/1989 è inapplicabile nella fattispecie in esame, senza tener in alcun conto le osservazioni dell'appellante in ordine alla mancanza di ogni prova che l'indebito era dovuto a dolo dell'interessato.

Il primo motivo di ricorso è infondato.

L'art. 22 della legge n. 153 del 1969 stabilisce che hanno diritto alla pensione di anzianità gli assicurati che, oltre ad avere i requisiti assicurativi e contributivi, "non prestino attività lavorativa subordinata alla data della presentazione della domanda di pensione".

Nella specie il ricorrente, alla data del 1 febbraio 1997, non svolgeva di fatto alcuna prestazione lavorativa subordinata, ma era in attesa della sentenza di primo grado relativa alla domanda di annullamento del licenziamento intimatogli dalla spa S. il 2 aprile 1993. Con sentenza del 25 settembre 2000, passata in giudicato, il Tribunale di Ancona dichiarava illegittimo il licenziamento e condannava la società a reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro ed a corrispondergli la retribuzione globale di fatto dalla data del recesso a quella dell'effettiva reintegrazione.

La giurisprudenza di gran lunga prevalente di questa Corte, dalla quale il Collegio non ha motivo di discostarsi, ha ritenuto che, per la disciplina posta dall'art. 18 legge n. 300/1970, il licenziamento illegittimo non è idoneo ad estinguere il rapporto di lavoro al momento in cui è stato intimato, determinando unicamente una sospensione della prestazione a causa del rifiuto del datore di lavoro di ricevere la prestazione stessa, con la conseguenza che la sentenza che dichiari illegittimo il licenziamento, ricostituisce con effetto retroattivo la continuità giuridica del rapporto di lavoro, sicché questo deve ritenersi mai interrotto (cfr. Cass. n. 14426/2000, Cass. n. 10515/1995, in particolare la motivazione della sentenza delle S.U. n. 12194/2002, resa in tema di indebitum perceptum e di compensatio lucri cum damno, dalla quale si evince che "la

sopravvenuta declaratoria di illegittimità del licenziamento travolge ex tunc il diritto al pensionamento e sottopone l'interessato all'azione di ripetizione di indebito da parte del soggetto erogatore della pensione").

A nulla rileva in senso contrario che dopo il licenziamento non sia stata effettuata alcuna prestazione lavorativa subordinata, atteso che il recesso illegittimo comporta il rifiuto del datore di lavoro di ricevere la prestazione ma non estingue il rapporto. Né importa che il lavoratore reintegrato con sentenza passata in giudicato abbia optato per l'indennità sostitutiva di cui al quinto comma dell'art 18 o che la retribuzione globale di fatto costituisca mero parametro per la determinazione del risarcimento piuttosto che un corrispettivo sinallagmatico de! lavoro effettivamente reso. Ciò che importa ai fini del divieto di cumulo tra pensione e retribuzione è la circostanza che il rapporto di lavoro subordinato sia da ritenere valido ed efficace al momento della domanda di pensionamento, restando irrilevante che sia mancata la prestazione per fatto addebitabile al datore di lavoro e che il lavoratore ottenga al posto della retribuzione un risarcimento a questa commisurato.

Il quesito posto dal ricorrente va dunque risolto nel senso che a norma dell'art. 22 della legge 30 aprile 1969 n. 153 il diritto alla pensione di anzianità è escluso per coloro che a seguito di sentenza dichiarativa della illegittimità del licenziamento si vedano ricostituito ex tunc il rapporto di lavoro, pur in assenza di prestazione lavorativa e di una retribuzione in senso proprio, contando la continuità giuridica del rapporto di lavoro piuttosto che la prestazione di fatto, resa impossibile dall'illegittimo rifiuto del datore di lavoro.

A questi principi si è correttamente attenuta la Corte di Appello di Ancona, per cui la sentenza impugnata si sottrae a tutte le censure mosse con il primo motivo di ricorso.

Parimenti infondato è il secondo motivo di ricorso.

Il giudice del gravame ha rilevato che con il secondo ed il terzo motivo di appello (relativi alla mancata considerazione, da parte del Tribunale, dell'art. 44 della legge n. 289/2002 - che ha abolito per un periodo di tempo limitato il divieto di cumulo - e dell'art. 52 della legge n. 88/1989 - che consente il recupero delle rate di pensione già corrisposte solo in caso di dolo dell'interessato) l'appellante si è limitato a reiterare le considerazioni già svolte in primo grado, "che il primo giudice aveva respinto con espressa argomentazione, non fatta oggetto di alcuna censura".

È noto che la specificità dei motivi di appello, richiesta dall'art. 342 c.p.c., esige che alle argomentazioni svolte nella sentenza impugnata vangano contrapposte quelle dell'appellante, per cui alla parte volitiva dell'impugnazione deve sempre accompagnarsi una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice, sicché il motivo di appello deve essere correlato al contenuto della statuizione impugnata e non può essere formulato con la mera riaffermazione della propria tesi difensiva (cfr. tra le tante Cass. n. 2217/2007, Cass. n. 23742/2004, Cass. n. 20987/2004).

Di questo principio la Corte di Appello ha fatto nella specie corretta applicazione.

Nel ricorso per cassazione il ricorrente non spiega in qual modo con i due motivi di appello in esame egli abbia preso in considerazione le argomentazioni del Tribunale e le abbia confutate e come di conseguenza sia errato il giudizio della Corte territoriale. Commettendo lo stesso errore, il ricorrente anche in questa sede si limita a ribadire

la propria buona fede e ad invocare l'applicabilità dell'art. 52 della legge n. 88/1989 senza alcuna correlazione con il dictum della sentenza che ha impugnato. Il motivo di ricorso, di conseguenza, deve essere respinto perché non attinente alla decisione che pretende impugnare.

Per tutte le considerazioni sopra volte il ricorso, dunque, deve essere respinto.

Nulla deve disporsi per le spese del giudizio di cassazione a norma dell'art. 152 disp att. c.p.c. nel testo anteriore a quello introdotto dall'art. 2 D.L. n. 269/2003, convertito in legge n. 326/2003, inapplicabile ratione temporis.

(Omissis)

Pensioni - Decadenza - Silenzio serbato sul ricorso amministrativo avverso un provvedimento di diniego di un beneficio pensionistico - Decorso del termine triennale di decadenza - Preclusione - Esclusione.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 07.12.2007 n. 25670 - Pres. De Luca - Rel. La Terza - P.M. Sepe - INPS (Avv. ti Riccio, Valente, Biondi) - R.A., G.S. (Avv. Boer).

Ove sul ricorso amministrativo proposto avverso un provvedimento di diniego di un beneficio pensionistico l'Istituto non abbia adottato alcuna decisione, con conseguente formazione del silenzio rigetto, la decorrenza del termine di decadenza, pur in mancanza del provvedimento di rigetto e nell'impossibilità di rendere l'informativa ex *art. 47 del d.P.R. n.639 del 1970, è stata parimenti prevista dal legislatore, con la disposizione di cui all'art. 4 d.l. n. 384 del 19 settembre 1992, convertito nella legge n. 438 del 1992 che, nell'abbreviare il relativo termine da dieci a tre anni, ha enunciato tre diverse decorrenze - "dalla comunicazione della decisione del ricorso amministrativo", "dalla data di scadenza del termine stabilito per la pronunzia della detta decisione", "dalla data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo computati a decorrere dalla data di presentazione della richiesta di prestazione" - solo nel primo caso presupponendo l'esistenza di un provvedimento di rigetto del ricorso, contemplando, negli altri due, la mancata adozione del provvedimento, pur comminando, ciononostante, la decadenza.*

FATTO — Con sentenza dell'8 marzo 2005 la Corte d'appello di Cagliari, confermava la statuizione resa dal locale Tribunale, con cui l'Inps era stato condannato a pagare a R. A., R. e S. G., eredi di G. F., la pensione di inabilità dal primo agosto 2001

fino alla data del decesso di quest'ultimo.

Il G. aveva presentato la domanda amministrativa il 30 novembre 1998 e l'Istituto gli aveva comunicato il rigetto con lettera del 14 aprile 1999; il G. aveva allora proposto il ricorso amministrativo il 28 aprile 1999, mentre, dopo il suo decesso avvenuto il 10 gennaio 2003, le aventi causa avevano proposto l'azione giudiziale il 7 maggio 2003; sulla base di questi elementi temporali l'Inps aveva eccepito la decadenza triennale, sostenendo che il ricorso giudiziario avrebbe dovuto essere proposto nel termine di tre anni e 120 giorni dalla presentazione del ricorso amministrativo; la Corte territoriale disattendeva la tesi dell'Istituto, sul rilievo che la decadenza di cui all'art. 4 della legge 438/92 non poteva maturare per il fatto che non vi era stato un provvedimento espresso di rigetto del ricorso amministrativo, ma vi era stata la formazione del silenzio rigetto e quindi la parte privata non era stata avvertita, come previsto dall'art 47 del DPR 639 del 1970, dei gravami che potevano essere proposti, nonché dei presupposti e dei termini per l'esperimento dell'azione giudiziaria.

Avverso detta sentenza l'Inps propone ricorso con un motivo.

Resistono gli eredi G. con controricorso illustrato da memoria.

DIRITTO — L'Istituto denunzia violazione o falsa applicazione dell'art. 47 del dpr n. 639 del 1970, come modificato dall'art 6 del DL 103/91, convertito in legge 166/91 e dall'art 4 del DL 384/92, convertito in legge 438/92 e difetto di motivazione perché risulterebbe dallo stesso tenore letterale del citato art. 47 che le indicazioni, che l'Inps è tenuto a dare, devono essere fomite con la comunicazione del provvedimento di diniego della prestazione adottato a seguito della domanda amministrativa e non con la comunicazione del provvedimento di rigetto del ricorso amministrativo, avverso il suddetto diniego.

Inoltre le disposizioni sulla decadenza di cui alla citata normativa del 1991 e del 1992 non sarebbero superabili in forza dell'ultimo comma dell'art. 47 del dpr 639 del 1970, dal momento che quest'ultimo non reca alcuna sanzione in caso di inadempimento dell'obbligo di indicazione sui ricorsi da proporre.

Il ricorso è fondato.

1. La sentenza impugnata ha fatto riferimento alla pronunzia di questa Corte n. 21595 del 15/11/2004 (seguita poi da Cass. n. 27672 del 2005) con cui si è affermato che:

"In tema di decadenza dall'azione giudiziaria per il conseguimento di prestazioni previdenziali, ai sensi dell'art. 47 d.P.R. n. 639 del 1970 (nel testo modificato dal D.L. n. 384 del 1992, convertito nella legge n. 438 del 1992), la mancanza di un provvedimento esplicito dell'INPS sulla domanda, oppure l'omissione nel provvedimento delle indicazioni prescritte dal comma quinto del detto articolo (precisazione dei gravami esperibili e dei termini per l'esercizio dell'azione giudiziaria), configurano un impedimento al decorso del termine di decadenza dalla scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo (computati a decorrere dalla data di presentazione della richiesta di prestazione)".

In detta sentenza si controverteva quindi sulla questione della decorrenza o no del termine di decadenza triennale nel caso di cd. silenzio rifiuto della prestazione, ossia nel caso in cui l'Istituto non avesse risposto alla domanda di pensione proposta dall'assicurato, per il quale, com'è noto (ai sensi dell'art. 7 della legge 11 agosto 1973 n. 533)

la richiesta si intende respinta a tutti gli effetti di legge quando siano trascorsi 120 giorni dalla data della domanda.

2. — La fattispecie esaminata dalla sentenza impugnata è, però, diversa, trattandosi del caso, non già di silenzio rifiuto della prestazione, ma di silenzio rigetto del ricorso amministrativo, dal momento che l'Istituto, con la lettera del 14 aprile 1999, aveva emesso un espresso provvedimento di diniego della domanda di pensione, avverso il quale, in data 28 aprile 1999, il G. aveva proposto il ricorso amministrativo, in relazione al quale l'Istituto non adottò mai una decisione espressa, con conseguente formazione, appunto, del silenzio rigetto del ricorso.

3. — Non si può invero ritenere che, in caso di mancata decisione espressa di rigetto del ricorso, con conseguente mancanza degli avvertimenti previsti dall'art. 47 del dpr del 1970, sia precluso il decorso del termine di decadenza triennale di cui all'art. 4 del DL 384/92, convertito in legge 438/92: in primo luogo perché l'obbligo di indicare i gravami che possono essere proposti, nonché i presupposti ed i termini per l'esperimento dell'azione giudiziaria, sono prescritti, dal citato art. 47, solo nella comunicazione del provvedimento adottato sulla domanda di prestazione. Recita infatti il citato art. 47: "L'Istituto nazionale della previdenza sociale è tenuto ad indicare al richiedente le prestazioni o ai loro aventi causa, nel comunicare il provvedimento adottato sulla domanda di prestazione, i gravami...".

Nessuna disposizione impone invece all'Istituto di fornire analoghe indicazioni nel provvedimento di rigetto del ricorso amministrativo.

Al contrario non è neppure prescritta, come obbligatoria, la emanazione di un provvedimento espresso in tal senso, giacché l'art. 46 comma 6 della legge 9 marzo 1989 n. 88 (Contenzioso in materia di prestazioni) si limita a prevedere che, trascorsi inutilmente novanta giorni dalla presentazione del ricorso, gli interessati hanno facoltà di adire l'autorità giudiziaria (formazione del cd. silenzio rigetto).

4. — Tuttavia, anche in questi casi, in cui manca il provvedimento di rigetto del ricorso, e quindi non è possibile rendere l'informativa di cui all'art. 47 del dpr del 1970, il legislatore ha parimenti previsto la decorrenza del termine di decadenza. Si tratta della disposizione di cui all'art. 4 DL n. 384 del 19 settembre 1992, convertito nella legge 14 novembre 1992 n. 438 il quale, nell'abbreviare il relativo termine da dieci a tre anni (art.4 DL n. 384 del 19 settembre 1992, convertito in legge 14 novembre 1992 n. 438), ha previsto che questo possa avere tre diverse decorrenze: o "dalla comunicazione della decisione del ricorso amministrativo"; oppure "dalla data di scadenza del termine stabilito per la pronunzia della detta decisione", oppure "dalla data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo computati a decorrere dalla data di presentazione della richiesta di prestazione". Solo nel primo caso si presuppone l'esistenza di un provvedimento di rigetto del ricorso, mentre negli altri due si contempla proprio l'ipotesi che nessun provvedimento sia stato adottato, eppure, ciononostante, la decadenza è stata comminata, per cui devesi ritenere che il suo decorso non sia stato per nulla condizionato alla informativa di cui al citato art. 47.

5. — Si consideri inoltre che il ricorso amministrativo non è obbligatorio per l'interessato, il quale può ben adire direttamente il giudice anche senza di esso, essendo sufficiente, per la procedibilità dell'azione giudiziaria, che siano decorsi i termini fissati per il procedimento: trascorsi i 120 giorni dalla domanda si ha la formazione del

silenzio rifiuto, onde all'interessato è sufficiente attendere ulteriori 180 giorni ex art 46 comma 5 della legge n. 88 del 1989, per avere direttamente ingresso alla fase giudiziale. Ed è evidente che in tutti Ì casi in cui il ricorso amministrativo non venga proposto, né il comitato provinciale, né alcun altro organo dell'Istituto potrà mai emettere alcun provvedimento e quindi neppure avvertire sui presupposti ed i termini per l'esperimento dell'azione giudiziaria (potendo anzi logicamente confidare che, se non ha proposto il ricorso amministrativo, l'interessato abbia accettato il rigetto della sua istanza). Ne consegue che, ove si escludesse il decorso della decadenza in caso di mancato espresso provvedimento di rigetto, si indurrebbe l'assicurato ad astersi dalla proposizione del ricorso amministrativo, al fine di sottrarsi ad ogni termine di decadenza.

6. — In ogni caso va sottolineato che né la citata legge del 1992, né quella anteriore, di cui all'art. 6 DL 29 marzo 1991 n. 103 convertito in legge primo giugno 1993 n. 166, hanno condizionato il decorso del termine di decadenza all'informativa di cui all'ormai remoto art. 47 del DPR del 1970, ancorché entrambe siano appositamente dirette ad inasprirne il regime. Al pari peraltro di un'altra decadenza introdotta di recente nell'ordinamento dall'art 42 comma 3 del DL 30 settembre 2003 n. 269, convertito in legge 24 novembre 2003 n. 326 (la cui efficacia è stata spostata al 31 dicembre 2004 ad opera dell'art 23 DL 355/2003, convertito nella legge 47/2004), per cui, in relazione alle prestazioni assistenziali, sono stati aboliti i ricorsi amministrativi e nel contempo è stata introdotta la decadenza dell'azione giudiziaria se non proposta entro sei mesi dal provvedimento amministrativo comunicato all'interessato, comunicazione nella quale non è previsto alcun obbligo di informativa sui modi e termini dell'azione giudiziaria.

7. — Né un tale obbligo sembra potersi ricavare dalla più recente legislazione in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi (legge 7 agosto 1990 n. 214, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15, e dall'art. 3 DL 14 marzo 2005 n. 35 convertito in legge 14 maggio 2005 n. 80, ed ulteriormente modificata dall'art. 13 comma 8 duodevicies della legge n. 40 del 2 aprile 2007, di conversione del DL n. 7 del 31 gennaio 2007).

7.1. — Come è noto, l'impatto concreto della suddetta normativa nei rapporti tra privati ed enti previdenziali è talvolta limitata dagli speciali principi che regolano la materia: l'esempio più evidente è dato dalla sostanziale svalutazione dell'obbligo di motivazione (Cass. n. 2804 del 24 febbraio 2003 (1)), e, più in generale dalle regole relative ai requisiti di forma- contenuto degli atti, che discende dalla concomitante operatività della disciplina del silenzio-rifiuto ex art. 7 legge 533/73, e dal principio generale per cui le controversie giurisdizionali previdenziali hanno direttamente ad oggetto i rapporti sostanziali, con conseguente sottrazione al sindacato giudiziario delle questioni attinenti alla legittimità formale e procedurale dei provvedimenti.

7.2. — Tuttavia non si dubita che le regole di cui alla legge 241/90, con le successive modifiche, rimangano pur sempre un punto di riferimento fondamentale per l'azione amministrativa, anche in materia previdenziale. Le deroghe espressamente previste per quest'ultima si trovano nell'art. 10 bis del testo novellato della legge 241/90, il quale esclude espressamente dall'obbligo di motivazione sul rigetto delle istanze "i procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte gestiti dagli enti previdenziali". Inoltre l'art. 20, esclude espressamente, dalla operatività della nuova regola del silenzio assenso, "i casi in cui la legge qualifica

il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza". Quanto alla comunicazione del mezzo di impugnazione consentito, le citate nuove disposizioni sul procedimento amministrativo prevedono sì un obbligo di indicazione dell'autorità e del termine cui è possibile ricorrere (art. 3 ultimo comma), ma va rilevato in primo luogo che, nell'ambito della previdenza, come è noto, non si tratta di impugnare il provvedimento amministrativo e quindi non sorge la necessità di indicazione del soggetto a cui ricorrere, che è sempre il giudice ordinario.

7.3. — Sembrano inoltre poco pertinenti i richiami fatti dalla sentenza impugnata alle pronunzie n. 86 del 1998 e n. 311 del 1994, interpretative di rigetto della Corte Costituzionale che, con riferimento specifico a procedimenti amministrativi preordinati alla riscossione di sanzioni pecuniarie ai sensi della legge n. 689 del 1981, ha affermato che l'art. 3, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, disponendo che "in ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere", contiene un principio di carattere generale. Dette pronunzie fanno infatti riferimento al provvedimento amministrativo emesso su domanda, non già alla diversa fattispecie, di cui alla presente causa, di decisione del ricorso amministrativo. Inoltre il principio affermato dalla Corte Costituzionale vale quando la posizione del privato è effettivamente incisa dal provvedimento amministrativo, e non quando, com'è in materia previdenziale, il provvedimento ha carattere meramente ricognitivo ed è data piena tutela all'interessato davanti ad un unico giudice, ossia il giudice ordinario, quale giudice del rapporto.

7.4. — In ogni caso l'obbligo della indicazione in tal senso vale, secondo la previsione del citato art. 3 della legge 241/90, per "ogni atto notificato al destinatario", espressione attraverso la quale si presuppone, necessariamente, l'esistenza di un atto da comunicare o da notificare all'interessato, mentre al di fuori di questo caso, nessuna norma di legge prescrive una comunicazione generica e svincolata da ogni procedimento, sulla esistenza di un termine di decadenza, che, peraltro, non potrebbe che riprodurre meramente il dettato normativo.

8. — La sentenza impugnata che non si è attenuta ai principi sopra enunciati sulla decorrenza del termine di decadenza triennale per la proposizione dell'azione giudiziale anche quando manchi il provvedimento espresso di rigetto del ricorso amministrativo per mancanza della informativa di cui all'art 47 del dpr 639/70, va quindi cassata.

Non essendovi necessità di ulteriori accertamenti - risultando dalla sentenza che il ricorso giudiziale, proposto il 7 maggio 2003 era tardivo, perché successivo alla maturazione del termine di decadenza triennale dal momento che la domanda amministrativa era stata proposta il 30 novembre 1998 - la causa può essere decisa nel merito con il rigetto della domanda di cui al ricorso introduttivo.

9. — Quanto infine al rilievo sollevato in controricorso, ma di cui invero non si trova traccia nella sentenza impugnata, sulla esistenza di un provvedimento espresso di rigetto del ricorso amministrativo da parte dell'Inps in data 13 marzo 2003, che avrebbe determinato la rimessione in termini, la tesi è errata, essendosi già affermato (Cass. n. 13276 del 6 giugno 2007 (2), n. 3592 del 20 febbraio 2006, n. 6018 del 21 marzo 2005) che: " In tema di decadenza dall'azione giudiziaria per il conseguimento di prestazioni previdenziali, l'art. 47 del D.P.R. 30 aprile 1970 n. 639 - come interpretato autenticamente, integrato e modificato dall'art. 6 del d.l. 29 marzo 1991 n. 103, convertito nella legge 1 giugno 1991 n. 166, e dall'art 4 del d.l. 19 settembre 1992 n. 384,

convertito nella legge 14 novembre 1992 n. 438 - individua nella "scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo" la soglia oltre la quale la presentazione di un ricorso tardivo, pur restando rilevante ai fini della procedibilità dell'azione giudiziaria, non consente lo spostamento in avanti del termine di decadenza; e tale principio va esteso all'ipotesi di tardivo provvedimento di rigetto nel merito da parte dell'istituto previdenziale. ".

Nulla per le spese dell'intero giudizio ex art. 152 disp. att cod. proc. civ., non essendo applicabile *ratione temporis*, il disposto dell'art. 42 comma 11 del DL 30 settembre 2003 n. 326, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 326.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2003, p. 158
(2) *Idem*, 2007, p. 684

Contributi - Pagamento indebito - Gestione artigiani - Computabilità agli effetti del diritto e della misura della prestazione - Esclusione - Fondamento.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 06.12.2007 n. 25488 - Pres. Sciarelli - Rel. Nobile - P.M. Destro - C.R. (Avv. Gabellini) - INPS (Avv. ti Riccio, Valente, Biondi).

Alla stregua dell'art. 7, ultimo comma, legge n. 463 del 1959, come sostituito dall'art. 12 della legge n. 613 del 1966, secondo cui "i contributi di cui alla presente legge, indebitamente versati in qualsiasi tempo, non sono computabili agli effetti del diritto alle prestazioni e della misura di esse e, salvo il caso di dolo, sono restituiti, senza interessi, all'assicurato o ai suoi aventi causa", l'espresso riferimento al versamento "in qualsiasi tempo" indica chiaramente che il legislatore ha inteso escludere l'applicabilità della sanatoria riguardante i contributi indebitamente versati "per i quali l'accertamento dell'indebito versamento sia posteriore di oltre 5 anni alla data in cui il versamento stesso è stato effettuato", di cui all'art. 8 del D.P.R. n. 818 del 1957, in ragione delle evidenti diversità esistenti con riferimento agli artigiani (ed ai lavoratori autonomi) i quali devono provvedere personalmente a costituire la loro assicurazione i.v.s. e a versare la relativa contribuzione, laddove i lavoratori dipendenti sono parte di un rapporto trilaterale, nel quale è il datore di lavoro il titolare dell'obbligo contributivo (e dell'eventuale diritto alla restituzione dei contributi). Tale differenza sostanziale rende manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del differente trattamento normativo in materia di indebito contributivo, in riferimento agli artt. 3 e 38 della Costituzione.

FATTO — Con sentenza n. 276 del 2002 il Giudice lavoro del Tribunale di Grosseto accertava il diritto di R. C. a fruire della pensione di anzianità dal 1-2-1999 e ad ottenere dall'INPS la restituzione di parte della contribuzione volontaria versata.

Con ricorso del 17-6-2003 proponeva appello l'Istituto contestando la decisione del primo giudice, che aveva ritenuto utilizzabile, in violazione dell'art 7 l. n. 463 del 1959, la contribuzione versata dal C. nel corso del 1970 alla gestione artigiani, in un periodo in cui sicuramente egli non svolgeva attività artigiana.

Si costituiva l'appellato chiedendo il rigetto del gravame e prospettando anche la incostituzionalità del citato art. 7, in quanto contenente un trattamento irrazionalmente difforme e deteriore per gli artigiani rispetto a quello delineato per i lavoratori dipendenti dal d.p.r. n. 818 del 1957.

La Corte d'Appello di Firenze, con sentenza depositata il 28-2-2005, in accoglimento dell'appello e in riforma dell'impugnata sentenza, rigettava la domanda del C. e dichiarava compensate le spese del doppio grado, ponendo a carico dell'INPS quelle di CTU come liquidate dal primo giudice.

In sintesi la Corte rilevava che al C. era stata liquidata la pensione di anzianità dal 1-11-1999 e che la controversia concerneva la decorrenza della pensione in quanto la stessa, secondo l'assunto attoreo, avrebbe dovuto essere anticipata al 1-2-1999, "ove l'INPS avesse considerato utilizzabili n. 39 contributi settimanali" che il C. aveva versato dal 1-4-1970 al 31-12-1970 alla gestione artigiani, allorquando egli non svolgeva più alcuna attività artigiana (avendo presentato denuncia in data 3-12-1969 di cessazione di attività di autotrasportatore, ed avendo iniziato la diversa attività di commerciante ambulante, con versamento di relativa contribuzione, alla gestione commercianti, a partire dal 1-1-1971).

In particolare la Corte territoriale osservava che "la speciale previsione del citato art. 7 esprime una consapevole scelta del legislatore, che non ha inteso riservare a questa categoria di lavoratori autonomi un trattamento analogo a quello previsto dall'art. 8 d.p.r. 26-4-1957 n. 818 per i lavoratori dipendenti", in tal modo considerando "le profonde differenze esistenti tra le due categorie, a cominciare dal particolare per cui l'artigiano, quale lavoratore autonomo, deve provvedere personalmente a costituire la sua assicurazione i.v.s. e versare la contribuzione, mentre il lavoratore dipendente è parte di un rapporto trilaterale, nel quale è il datore di lavoro il titolare dell'obbligo contributivo (e dell'eventuale diritto alla restituzione dei contributi)".

Così ritenuta manifestamente infondata la prospettata questione di illegittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3 e 38 Cost., la Corte di merito rilevava, inoltre, che erroneamente la sentenza di primo grado aveva "disposto il trasferimento della contribuzione indebita ad altra gestione, indicata come legittima destinataria dei contributi accreditabili nel corso dell'anno 1970", operazione divenuta possibile soltanto con l'entrata in vigore dell'art. 116, comma 20, legge n. 388 del 2000, "successiva alla vicenda in esame e alla stessa decorrenza della pensione di anzianità del C.".

Per la cassazione di tale sentenza ha proposto ricorso il C. con due motivi.

L'INPS ha depositato procura in calce al ricorso notificato e non ha svolto attività difensiva.

DIRITTO — Con il primo motivo il ricorrente, denunciando violazione dell'art. 7, comma 5, l. n. 463 del 1959 e dell'art. 8 l. n. 818 del 1957, deduce che "tale ultima norma

deve applicarsi in tutti i casi in cui sia sussistito un titolo, che abbia legittimato il pagamento dei contributi, ma il versamento sia stato effettuato ad una gestione diversa da quella dovuta, rimanendo esclusi tutti i casi in cui non sia sussistito alcun titolo o situazione lavorativa che abbia potuto legittimare l'accredito dei contributi". Tale interpretazione, secondo il ricorrente, "deve essere estesa anche all'art. 7, comma 5, della legge 463/59, poiché l'intento del legislatore era quello di precludere la costituzione di posizioni assicurative sulla base di titoli fittizi", e, in ogni caso, una diversa interpretazione, risulterebbe costituzionalmente illegittima, per violazione degli artt. 3 e 38 Cost., "nella parte in cui non consente ai lavoratori autonomi la sanatoria prevista per i contributi accreditabili nella assicurazione generale obbligatoria", giacché "senza alcuna plausibile giustificazione ...si verrebbe a favorire i lavoratori subordinati e non i lavoratori autonomi".

Il motivo è infondato.

L'art 7, ultimo comma, della legge 4-7-1959 n. 463, (concernente la estensione dell'assicurazione per la invalidità, la vecchiaia ed i superstiti agli artigiani e ai loro familiari), come sostituito dall'art 12 della legge 22-7-1966 n. 613 (riguardante la estensione della detta assicurazione agli esercenti attività commerciali ed ai loro familiari coadiutori e il coordinamento degli ordinamenti pensionistici per i lavoratori autonomi), prescrive che *"i contributi di cui alla presente legge, indebitamente versati in qualsiasi tempo, non sono computabili agli effetti del diritto alle prestazioni e della misura di esse e, salvo il caso di dolo, sono restituiti, senza interessi, all'assicurato o ai suoi aventi causa"* (sulla spettanza, peraltro, degli interessi *"dalla scadenza di un congruo termine"*, v. C. Cost. n. 417 del 1998).

L'espresso riferimento al versamento *"in qualsiasi tempo"* (così come la originaria esplicita previsione *"anche quando si riferiscono a periodi anteriori a quello contemplato dall'art. 8 del decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1957 n. 818"*), indica chiaramente che il legislatore ha inteso escludere, nella specie, la applicabilità della sanatoria riguardante i contributi indebitamente versati *"per i quali l'accertamento dell'indebito versamento sia posteriore di oltre 5 anni alla data in cui il versamento stesso è stato effettuato"*, di cui all'art. 8 del d.P.R. n. 818 citato. Ciò in ragione delle evidenti diversità esistenti con riferimento agli artigiani (ed ai lavoratori autonomi) i quali, come ha correttamente rilevato la Corte di merito, devono provvedere personalmente a costituire la loro assicurazione i.v.s. e a versare la relativa contribuzione, laddove i lavoratori dipendenti sono parte di un rapporto trilaterale, nel quale è il datore di lavoro il titolare dell'obbligo contributivo (e dell'eventuale diritto alla restituzione dei contributi).

Tale differenza sostanziale, peraltro, giustifica all'evidenza il differente trattamento normativo in materia di indebito contributivo, per cui manifestamente infondata appare la questione di illegittimità costituzionale sollevata con riferimento agli artt. 3 e 38 della Costituzione.

Peraltro, questa Corte ha avuto occasione di precisare che "la disposizione contenuta nell'art. 8 d.P.R, 26 aprile 1957 n. 818 ha carattere eccezionale e presuppone sempre, per la sua applicabilità, l'esistenza di un valido rapporto di assicurazione generale obbligatoria con l'INPS, onde la stessa non può essere invocata al di fuori della possibilità di istituire regolarmente o protrarre legittimamente un tale rapporto (presupponente a sua volta la sussistenza di un rapporto di lavoro assicurabile in detta forma), quando anche abbia avuto luogo per qualsiasi causa un versamento di contributi all'in-

dicato istituto" (v. Cass. 9-11-2001 n. 13919 (1), v. anche Cass. 15-4-2005 n. 7830).

La disposizione stessa, quindi, comunque non potrebbe trovare applicazione nella fattispecie, relativa al versamento di contributi nella gestione artigiani in un periodo nel quale la relativa attività era pacificamente già cessata.

Con il secondo motivo il ricorrente, denunciando violazione dell'art 116, comma 20, della legge n. 388 del 2000, deduce che erroneamente la Corte di Appello ha escluso la applicabilità di tale norma ratione temporis, non avendo la norma stessa fissato alcuna limitazione temporale.

Anche tale motivo è infondato, essendo siffatta argomentazione rilevante in senso contrario.

Infatti *"in conseguenza del principio generale di irretroattività della legge, dettato dall'art. 11 delle disposizioni preliminari del codice civile, l'eventuale retroattività di una legge o di altra fonte normativa di grado inferiore deve risultare da una espressa o quanto meno non equivoca dichiarazione del legislatore, dovendosi ritenere, in caso di incertezza, che la norma non disponga che per l'avvenire e non abbia quindi effetto retroattivo"* (v. Cass. 29-1-2003 n. 1379).

Legittimamente, quindi, la impugnata sentenza ha ritenuto non applicabile la norma in esame in quanto *"successiva alla vicenda in esame e alla stessa decorrenza della pensione di anzianità del C."*.

Il ricorso va pertanto respinto.

Infine non deve provvedersi sulle spese non avendo l'Istituto intimato svolto alcuna attività difensiva.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv. 2002, p. 451

Pensioni - Trattamenti a carico dell'E.N.P.A.L.S. conseguiti anche in virtù di contribuzione versata all'INPS - Miglioramenti *ex* art. 5 della legge n. 140 del 1985 e art. 3 della legge n. 544 del 1988 - Applicabilità - Esclusione.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 12.11.2007 n. 23477 - Pres. Ciciretti - Rel. Di Nubila -P.M. Matera - G. (Avv. Del Vecchio) - ENPALS (Avv. Franchi) - INPS (Avv. ti Riccio, Valente).

Alle pensioni erogate dall'ENPALS, quandanche ottenute in virtù di contribuzione versata prevalentemente all'INPS, non si applicano miglioramenti pensionistici previsti dagli articoli 5 della legge 15 aprile 1985 n. 140 e 3 della legge 29 dicembre 1988 n. 544, rientrando tale forma previdenziale fra quelle sostitutive del regime generale dei lavoratori dipendenti.

FATTO — 1. — Con ricorso depositato in data 16.7.1993, G. V. conveniva dinanzi al Tribunale di Brindisi l'E.N.P.A.L.S e l'INPS al fine di ottenere la ricostituzione della pensione di reversibilità in applicazione degli artt. 4 e 6 della Legge n. 140/1985. Il Tribunale accoglieva la domanda attrice. Proponeva appello la parte soccombente e la Corte di Appello di Lecce riformava la sentenza di primo grado cosi motivando:

- l'ENPALS ha carattere sostitutivo dell'assicurazione generale obbligatoria;
- la norma invocata dall'attrice riguarda unicamente le pensioni a carico dell'INPS, dato che l'art. 10 della Legge n. 140/1985 rinvia a successivi provvedimenti l'erogazione di benefici per le pensioni a carico di forme di previdenza sostitutive;
- né vale sostenere che gran parte della contribuzione era stata nella specie versata all'INPS, una volta stabilito che era stato scelto l'altro regime (ENPALS). Ha proposto ricorso per Cassazione C. V., deducendo due motivi. Resiste con controricorso l'ENPALS. Si è costituito anche l'INPS.

DIRITTO — 2.— Col primo motivo del ricorso, la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione, a sensi dell'art. 360 n. 3 CPC., degli artt. 4 e 10 della Legge n. 140.1985, 14 quater del Decreto Legge n. n. 663.1979 convertito con modificazioni nella Legge n. 33.1980.

3. — Con il secondo motivo del ricorso, la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione, a sensi dell'art. 360 n. 3 CPC., dell'art. 16 del D.P.R. n. 1420.1971 nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa punti decisivi della controversia, ex art. 360 n. 5 CPC.

4. — I due motivi vengono trattati congiuntamente nel ricorso per Cassazione: trascritte le norme di legge invocate, la ricorrente si duole che la Corte di Appello abbia considerato una pensione "a carico" di una gestione per il solo fatto che essa sia erogata da questo o quell'ente, senza considerare che nel caso in esame la pensione era stata conseguita con 31 anni di contribuzione presso l'assicurazione generale. Solo per convenzione tra enti detta pensione veniva erogata dall'ENPALS. Altrimenti, non sarebbe comprensibile perché tale ultimo ente abbia accordato il beneficio previsto dall'art. 14 quater ma abbia omesso di corrispondere le ulteriori maggiorazioni di cui all'art. 4 della Legge n. 140/1985. La pensione di cui trattasi è stata erogata sulla base di oltre 781 settimane di contribuzione.

5. — Prosegue la ricorrente evidenziando che ai sensi dell'art. 16 del D.P.R. n. 1420/1971 la domanda di pensione, per coloro che possono vantare contributi presso l'INPS e presso l'ENPALS, può essere presentata all'uno o all'altro degli enti predetti e dà diritto ad una unica prestazione previa totalizzazione dei contributi. La competenza a decidere appartiene all'ente presso il quale sono stati versati i contributi maggiori. Tale formulazione non consente di qualificare una pensione a carico dell'ENPALS se la contribuzione maggiore è stata effettuata presso l'INPS. In definitiva, secondo l'assunto della G., la pensione della quale l'interessata fruisce è formalmente una pensione ENPALS, ma sostanzialmente una pensione INPS.

6. — Il ricorso è infondato. Come deciso da questa Corte di Cassazione con sentenza 17.1.1996 n. 351, "i miglioramenti pensionistici previsti dagli artt. 5 della Legge n. Legge n. 140.1985 e 3 della Legge n. 544.1988 non si applicano alle pensioni *erogate* dall'ENPALS, rientrando tale forma previdenziale fra quelle sostitutive del regime

generale dei lavoratori dipendenti, per le quali l'art. 10 della menzionata Legge n. 140.1985 ha previsto un futura e separata rivalutazione dei trattamenti (effettivamente attuata con l'art. 1 del Decreto Legge n. 409/1990 convertito con modificazioni nella Legge n. 59.1991)". Quello che rileva, ai fini che qui interessano, non è la contribuzione ma l'erogazione da parte dell'ENPALS, onde il beneficio di cui all'art. 4 della Legge n. 140/1985 non può intendersi esteso ad una pensione ottenuta con una contribuzione (anche e prevalentemente) versata all'INPS, una volta che l'ente erogatore non si identifichi con l'INPS ma con l'ENPALS. L'art. 10 è chiaro nel senso che i benefici per le gestioni sostitutive sono rimessi ad una normativa da emanarsi successivamente ed in effetti emanata.

7. — Il ricorso, per i suesposti motivi, deve essere rigettato. Le spese del processo non sono ripetibili, attesa la natura della controversia.

(Omissis)

Contributi - Facoltà per i comandanti e i direttori di macchina della navigazione marittima di optare per l'iscrizione all'INPDAI - Esercizio - Condizioni - Preventivo conseguimento di una posizione assicurativa nell'INPDAI - Necessità - Fattispecie.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 03.10.2007 n. 20737 - Pres. Senese - Rel. La Terza - P.M. Matera (parz. conf.) - T. N. s.p.a. (Avv. Balletti) - INPS (Avv. ti Sgroi, Correra, Coretti) - INPDAI - P.E. ed altri.

L'art. 6, comma quindicesimo bis*, del D.L. n. 148 del 1993, convertito nella legge n. 236 del 1993, nella parte in cui consente transitoriamente ai comandanti e ai direttori di macchina della navigazione marittima di optare entro il 31 dicembre 1993 per "conservare" l'iscrizione all'INPDAI non può non essere riferita esclusivamente a coloro che, in base all'indirizzo giurisprudenziale prevalente prima dell'entrata in vigore della disposizione di interpretazione autentica in argomento (emanata proprio per imporre, con efficacia retroattiva, una diversa lettura della normativa di riferimento), avessero già conseguito una posizione assicurativa nell'INPDAI.*

FATTO — Con ricorso al Pretore di Napoli E. P., assumendo di essere direttore di macchina a bordo di navi Tirrenia, chiedeva fosse accertata la qualifica dirigenziale rivestita, con condanna della Tirrenia di Navigazione s.p.a. a riconoscergli tale qualifica anche ai fini della determinazione dei contributi, con ordine all'INPS di cancellare la sua posizione assicurativa dal regime generale dell'assicurazione obbligatoria e con

ordine all'INPDAI di iscriverlo presso di sé, attivando la procedura per il trasferimento della posizione assicurativa.

Alla domanda prestava adesione l'INPDAI, che chiedeva che la società fosse condannata a corrispondergli i contributi obbligatori, oltre interessi, rivalutazione monetaria e sanzioni, mentre la Tirrenia e l'Inps ne chiedevano il rigetto.

Il Pretore rigettava le domande, ma la statuizione veniva riformata dal locale Tribunale in sede d'appello che, con la sentenza in epigrafe indicata, dichiarava il diritto del P. alla qualifica di dirigente ai fini previdenziali di cui agli artt. 59 legge 659/67 e 3 legge n. 967/53 con decorrenza dal 16 dicembre 1982, condannava la Tirrenia al versamento dei contributi all'Inpdai, nonché a cancellare la posizione previdenziale presso PAGO e a trasferirla presso l'INPDAI.

Ha ritenuto il Tribunale che ai direttori di macchina dovesse essere riconosciuta la qualifica dirigenziale in ragione della preposizione ad un settore tecnico di fondamentale importanza per l'impresa. Tale qualifica era anche riconosciuta dal contratto collettivo corporativo del 1932 e derivava anche dal disposto dell'art 6, comma 15^ bis, della legge n. 236/1993.

Tale disposizione aveva natura interpretativa ed era applicabile anche ai giudizi pendenti; peraltro, lo stesso legislatore aveva previsto una deroga a tale principio, laddove aveva riconosciuto, ai dipendenti con qualifiche di comandante e di direttore di macchina, la facoltà di optare, entro il 31 ottobre 1993, per il regime previdenziale INPDAI. L'opzione esercitata dal ricorrente era valida, anche se per lui non si trattava di "conservare" quel regime, in quanto, pur essendo soggetto, come gli altri lavoratori marittimi facenti parte degli equipaggi e degli stati maggiori naviganti, al regime INPS, la legge aveva inteso tutelare la posizione di coloro che, secondo la disciplina previgente, come tale intesa quella risultante anche dal pacifico orientamento giurisprudenziale (diritto vivente) prima dell'emanazione della legge interpretativa, avrebbero dovuto essere iscritti obbligatoriamente all'INPDAI (onde illegittimo era il comportamento della Tirrenia che aveva iscritto tali lavoratori all'INPS).

Per la cassazione di questa sentenza ricorre la Tirrenia di navigazione con tre motivi, illustrati da memoria.

L'Inpdai ed i lavoratori sono rimasti intimati, mentre l'Inps ha depositato procura.

DIRITTO — Va preliminarmente dichiarato inammissibile il ricorso notificato dalla Tirrenia nei confronti dei lavoratori che sono risultati soccombenti nella sentenza impugnata, come precisati in dispositivo, giacché l'unico vincitore, nel grado d'appello, è risultato P. E., nei cui confronti il ricorso è quindi ammissibile.

Col primo motivo, la società deduce violazione ed errata applicazione, con riferimento all'art 12 delle "disposizioni sulla legge in generale", dell'art. 6, comma 15 bis, dell'art. 6 d. L 20 maggio 1993, n. 148 e della legge di conversione 19 luglio 1993, n. 236, nonché dell'art. 4, lett. a) ed i) della legge 26 luglio 1984, n. 413 e degli artt. 4 e 6 della legge 9 marzo 1989, n. 88. In ogni caso errata e contraddittoria motivazione. Sostiene che l'espressione "conservare" contenuta nella norma di interpretazione autentica di cui all'art. 15 bis d.l. 20 maggio 1993, convertito dalla legge 19 luglio 1993, n. 236, non avrebbe potuto intendersi, secondo il significato proprio della parola, che nel senso di salvaguardare una posizione già acquisita dal soggetto (l'iscrizione

all'INPDAI) e tale era, del resto, anche lo scopo della legge. Pertanto, di tale norma non avrebbe potuto avvalersi il P., che era stato sempre iscritto all'INPS.

Il motivo è fondato.

1. — Occorre partire dalla legge 26 luglio 1984, n.413 sul riordinamento pensionistico dei lavoratori marittimi, che ha abolito la gestione speciale dei marittimi, disponendo, all'art 4, che dal primo gennaio 1980 questi dovevano essere iscritti "esclusivamente" all'assicurazione sociale obbligatoria Inps. In particolare venivano comprese " le persone di nazionalità italiana o straniera che compongono, ai sensi di legge, l'equipaggio delle navi munite di carte di bordo o di documenti equiparati". La legge prescriveva quindi, in modo inequivocabile, la iscrizione all'Inps per tutto questo personale.

2. — Una parte della giurisprudenza ritenne però che i comandanti e i direttori di macchina dovessero essere iscritti aIl'Impdai, in forza dell'art. 3 della legge 15 marzo 1973 n. 44, che dettava norma integrative della legge 27 dicembre 1953 n. 967, sulla previdenza dei dirigenti industriali. Detta disposizione, infatti, nel determinare i soggetti iscritti all'Inpdai, annoverava i dirigenti delle aziende industriali, perché precisava dover essere quelli di cui ai punti 1) e 3) dell'art. 2195 codice civile, e giacché al punto 3) figurava la "attività di trasporto per terra, per acqua o per aria", si ritenne che anche il personale marittimo dirigenziale dovesse essere iscritto all'INPDAI, non considerando però che la citata legge 413/84, aveva sicuramente natura di legge speciale dal momento che operava solo per il settore marittimo, ed era anche successiva alla legge 44/73.

3. — Fu quindi per sopperire all'anomalia provocata dalla citata giurisprudenza che fu emanata la disposizione oggetto del giudizio.

Ed infatti l'art. 6, comma quindici bis del d.l. 20 maggio 1993, n. 148, introdotto dalla legge di conversione 19 luglio 1993, n. 236, dispone: L'espressione "equipaggio", di cui all'art. 4, secondo comma, lett. A) legge 26 luglio 1984, n. 413, e l'espressione "stato maggiore navigante" di cui al citato secondo comma, lett. i), devono intendersi comprensive, anche ai fini previdenziali, delle qualifiche di bordo di comandante e di direttore di macchina (...) I comandanti e i direttori di macchina (...) in servizio la data di entrata in vigore del presente decreto, possono optare, entro il 31 ottobre 1993, per conservare l'iscrizione all'Istituto nazionale di previdenza per i dirigenti di aziende industriali (INPDAI).

4. — Questa Corte con molteplici pronunzie (Cass. 2 maggio 1995, n. 4814, 24 gennaio 1998, n. 706, n, 15965 del 17 dicembre 2001) già ha posto in rilievo come non possa dubitarsi della natura interpretativa di questa norma, neppure in considerazione del contenuto della sua seconda parte, atteso anche il carattere transitorio di quest'ultima, riflettente, sia pure in contraddizione con l'efficacia retroattiva della prima, la finalità di salvaguardare, entro breve termine, speciali situazioni di fatto. Una disposizione deve infatti, qualificarsi di interpretazione autentica quando, fermo restando il tenore letterale della disposizione interpretata, ne chiarisca il significato, oppure ne privilegi una delle possibili interpretazioni, così imponendola ai giudici.

Il citato art. 6, comma quindici bis, nell'adottare l'espressione "devono intendersi", rende evidente il momento interpretativo circa il significato di una norma precedente, e il momento precettivo, consistente nella imposizione di quel significato particolare (Cass. primo aprile 1993, n. 2888; 13 febbraio 1993, n. 1823; 7 luglio 1992, n. 8237).

5. — Poiché è pacifico che il lavoratore ricorrente in primo grado, era iscritto all'INPS, lo stesso non avrebbe potuto neppure esercitare l'opzione (di fatto esercitata,

come risulta dalla sentenza del Tribunale) per conservare l'iscrizione all'INPDAI, opzione eccezionalmente attribuita a coloro che avessero già conseguito, una posizione assicurativa nelI'INPDAI, in conformità all'interpretazione giurisprudenziale invalsa, prima dell'entrata m vigore della disposizione legislativa di interpretazione autentica.

Il contrario convincimento del Tribunale, come risulta dall'esposizione in fatto che precede, pretende di fondarsi sul diritto vivente e cioè proprio su quell'orientamento giurisprudenziale che attribuiva ai direttori di macchina la tutela INPDAI e al quale il legislatore ha inteso porre rimedio interpretando, con forza di legge e con efficacia retroattiva, la normativa di riferimento.

6. — Ne può essere censurata (sotto il profilo della disparità di trattamento, ai sensi dell'art, 3 della Costituzione) la norma transitoria che ha previsto la possibilità di optare per il mantenimento della precedente iscrizione all'INPDAI soltanto per coloro che, proprio in forza del diverso orientamento giurisprudenziale, la avessero in precedenza conseguita e non anche per coloro che, se si fosse prestata adesione a tale orientamento, avrebbero potuto conseguirla, in quanto si trattava di una mera eventualità di fatto e non certo di una antecedente posizione di diritto, tanto che il legislatore ha inteso precludere l'attuazione di siffatta eventualità con l'emanazione della norma interpretativa, avente efficacia retroattiva, come sopra illustrato. D'altra parte, non sono neppure comparabili le rispettive posizioni di chi abbia, con l'iscrizione, già iniziato a contribuire nel più vantaggioso regime assicurativo dei dirigenti industriali e di chi abbia sempre contribuito al regime dell'assicurazione generale obbligatoria.

7. — Del resto, è proprio delle norme di diritto transitorio regolare discrezionalmente, eventualmente sanandole, speciali posizioni di fatto che l'introduzione delle norme medesime verrebbero a pregiudicare e tale discrezionalità del legislatore non è censurabile sotto il profilo costituzionale del principio di eguaglianza se non sul piano della ragionevolezza. Mentre, non appare affatto irragionevole sanare solo posizioni già acquisite e non legittimare anche quelle teoricamente acquisibili secondo l'indirizzo interpretativo invalso nella giurisprudenza prima della introduzione della norma di interpretazione autentica estendendo ad esse la facoltà di optare dell'interessato.

Dall'accoglimento del primo motivo del ricorso (restando assorbiti gli altri), deriva la cassazione della sentenza impugnata (che, pacificamente, non concerne la qualificazione come dirigenziale del rapporto di lavoro, ma attiene al solo regime previdenziale del rapporto medesimo) e, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, ai sensi dell'art 384 novellato c.p.c. con la reiezione delle domande del Finto concernenti il regime previdenziale del rapporto.

Le oscillazioni giurisprudenziali inducono alla compensazione delle spese dell'intero giudizio tra la Tirrenia ed il P., nonché tra la medesima società e gli enti previdenziali. Mentre, ai sensi dell'art 152 disp. att. cod. proc. civ. (non modificato, ratione temporis dall'art. 42 comma 11 del DL 30/09/2003 n.. 269, convertito nella legge 24/11/2003 n. 326), non si deve provvedere sulle spese dell'intero giudizio tra il P. e gli enti previdenziali. Va poi dichiarato inammissibile come già detto il ricorso proposto dalla Tirrenia nei confronti dei lavoratori soccombenti in appello, i quali non si sono costituiti, per cui non è necessario provvedere sulle spese.

(Omissis)

Contributi - Sgravi - Imprese operanti in circoscrizioni con rapporto tra iscritti alla prima classe delle liste di collocamento e popolazione residente in età da lavoro, superiore alla media nazionale - Requisiti per l'agevolazione contributiva - Ubicazione dell'impresa in una circoscrizione territoriale e residenza del lavoratore nella medesima circoscrizione - Necessità.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 28.08.2007 n. 18145 - Pres. Mattone - Rel. Cuoco - P.M. Destro - INPS (Avv. ti Coretti, Correra, Sgroi) - O.A. s.r.l. (Avv. ti Amerini, Carboni G., Carboni S.).

Il beneficio contributivo in favore delle imprese artigiane e di quelle operanti in circoscrizioni che presentino un rapporto tra iscritti alla prima classe delle liste di collocamento e popolazione residente in età di lavoro, superiore alla media nazionale, previsto dall'art 8, comma 2, l. 29 dicembre 1990 n. 407, può essere riconosciuto soltanto ove concorrano i due requisiti della ubicazione delle imprese nell'ambito territoriale indicato e della residenza dei lavoratori nella medesima circoscrizione; solo in tal modo la norma interpretata assume un significato coerente con la finalità di rendere occupati i disoccupati di quelle circoscrizioni particolarmente colpite dal fenomeno della disoccupazione, e non anche i disoccupati di altre zone.

FATTO — Con sentenza dell'8 gennaio 2002 il Tribunale di Grosseto dichiarò che la O. A. S.r.l. aveva diritto, in relazione al lavoratore C. C., a fruire delle agevolazioni previste dall'art. 8 comma 2 della Legge 29 dicembre 1990 n. 407.

Con sentenza del 13 aprile 2004 la Corte d'Appello di Firenze respinse l'impugnazione proposta dall'ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE (I.N.P.S.).

Il giudicante osserva che la lettera della predetta disposizione fa esclusivo riferimento alla circoscrizione in cui l'impresa opera. Ciò esclude che il luogo di residenza del lavoratore possa assumere rilevanza.

Sul piano della ragione normativa, poi, il beneficio è direttamente destinato a favorire non tanto il singolo disoccupato "quanto la competitivita dell'impresa nel mercato, attraverso l'abbattimento del costo del lavoro, quale condizione generalmente favorevole allo sviluppo dell'occupazione".

Per la cassazione di questa sentenza ricorre l'I.N.P.S., percorrendo le linee d'un unico motivo; la O. A. S.r.l. resiste con controricorso.

DIRITTO — 1. — Denunciando per l'art. 360 nn. 3 e 5 cod. proc. civ. violazione e falsa applicazione dell'art. 8 secondo comma della Legge 29 dicembre 1990 n. 407 nonché vizio di motivazione, il ricorrente sostiene che dalla lettera della norma ("l'impresa operante", e la "circoscrizione"), nonché dal suo stesso presupposto (l'elevato rapporto fra iscritti al collocamento e popolazione) e dalla sua conseguente funzione (ridurre tale rapporto), discende che il beneficio previsto dalla norma è condizionato anche alla residenza (del dipendente) nella circoscrizione.

"L'elemento della residenza del prestatore di lavoro deve integrare quello della sede operativa dell'impresa: questa deve operare non in un luogo qualsiasi bensì nel luogo con cui è messa in relazione con il prestatore; e la relazione non può avere altro significato che quello di creare lavoro in favore della popolazione residente nel territorio oggetto di indagine".

Questa interpretazione trova autorevole conferma in Cass. 6 settembre 2002 n. 13535 (1).

2. — Il ricorso è fondato. È da premettere che l'articolata normativa sui benefici contributivi ha l'obiettivo generale di favorire lo sviluppo d'un particolare territorio.

La territorialità (quale oggettivo legame con il territorio e potenziale fattore di sviluppo) è tuttavia riferibile al datore di lavoro (quale insediamento della struttura aziendale), al lavoratore (quale sua residenza) ed all'attività svolta dal lavoratore stesso.

2.a. — Fattore essenziale dello sviluppo è l'insediamento della struttura aziendale nel territorio cui il beneficio è diretto. Questo fatto favorisce gli investimenti produttivi (imprese stimolate ad operare), l'occupazione conseguentemente effettuata, l'opera poi realizzata, le attività (strumentali o conseguenti) di altre imprese coinvolte, e (più in generale) gli indiretti necessari scambi e servizi (per l'indicazione delle finalità, anche Cass. n. 2369 del 1997, che richiama Cass. Sez. Un. n. 5570 del 1988(2) e Corte Cost. 22 gennaio 1987 n. 12 (3)).

Elemento determinante, e pertanto costantemente richiesto per il beneficio, è l'insediamento dell'azienda nel territorio (anche come unità produttiva d'una più ampia impresa che operi altrove).

2.b. — Poiché un obiettivo del beneficio è generalmente il contributo all'occupazione dei lavoratori residenti nel territorio, la norma richiede spesso come elemento necessario al beneficio (oltre alla territorialità dell'azienda) questa residenza (in tal senso Cass. SS. UU. n. 753 del 1999 (4) ha interpretato la disposizione del testo unico approvato con D.P.R.6 marzo 1978 n. 218).

La residenza del lavoratore nel territorio (pur tendenzialmente connessa al luogo dell'insediamento della struttura aziendale ed all'attività svolta dal lavoratore) non è tuttavia un elemento necessario alle generali finalità del beneficio, in parte realizzabili anche con lavoratori non residenti, come talora espressamente previsto (art. 38 comma 5 della Legge 23 dicembre 1999 n. 488, che introduce questa possibilità, in tal senso estendendo, con decorrenza dal 1° gennaio 2000, il beneficio previsto dall'art. 59 del testo unico approvato con D.P.R. 6 marzo 1978 n. 218; per le situazioni anteriori a tale Legge, la giurisprudenza aveva ritenuto che il beneficio era subordinato alla residenza del lavoratore nel territorio: Cass. 18 febbraio 2004 n. 3194; Cass. SS. UU. n. 753 del 1999).

2.c. — Egualmente è a dirsi per il luogo ove l'attività del singolo lavoratore si svolge. Nei confronti d'una struttura aziendale insediata nel territorio e d'un lavoratore quivi residente, la localizzazione dell'attività del singolo lavoratore nel territorio beneficiato è elemento tendenzialmente connesso, e tuttavia non strettamente necessario allo sviluppo del territorio. Questo elemento, pertanto, è talora espressamente richiesto (art. 1 comma 8 del Decreto legge 22 marzo 1993 n. 71, convertito nella Legge 20 maggio 1993 n. 151; anche in giurisprudenza è stato ritenuto necessario per il godi-

mento del predetto beneficio: Cass. 28 novembre 2001 n.15046).

La giurisprudenza ha ritenuto necessario questo elemento anche per il godimento del beneficio previsto dall'art 59 del testo unico approvato con D.P.R. 6 marzo 1978 n. 218 (Cass. 25 marzo 1997 n. 2639).

2.d. — In tal modo, anche se lo sviluppo del territorio presuppone che quivi si attui l'insediamento della struttura aziendale, non è necessario che nel territorio il singolo lavoratore risieda e vi svolga la propria prestazione.

Di conseguenza il legislatore, nella permanente necessità dell'insediamento aziendale nel territorio "agevolato", può talora dare esclusivo rilievo, per il particolare aspetto di sviluppo che intende perseguire, alla residenza del lavoratore, anche ove l'attività del singolo prestatore si svolga altrove (tenendo tuttavia presente che, nell'ambito d'una struttura aziendale insediata nel territorio, questa eventualità è marginale).

Egualmente è a dirsi nella diversa ipotesi in cui il legislatore, per il particolare aspetto di sviluppo che intende perseguire, dia rilievo esclusivo al luogo in cui l'attività del lavoratore si svolge, anche ove questi non risieda nel territorio.

3. — Di questa articolata normativa è parte l'art 8 comma secondo della Legge 29 dicembre 1990 n. 407: "Per le imprese artigiane nonché per quelle operanti nelle circoscrizioni che presentano un rapporto fra iscritti alla prima classe delle liste di collocamento e popolazione residente in età da lavoro superiore alla media nazionale, la quota dei contributi previdenziali ed assistenziali è dovuta in misura fissa ...".

Questa Corte ha affermato che "requisito implicito ed ovvio" per il beneficio previsto da tale norma è che il lavoratore occupato sia residente nel territorio ove l'impresa opera; e solo con questa interpretazione "la norma assume un significato razionale e coerente allo scopo di rendere occupati i disoccupati di quelle circoscrizioni particolarmente colpite dal fenomeno della disoccupazione" (Cass. 6 settembre 2002 n. 13535).

Ed invero, l'analitico riferimento al rapporto fra iscritti e popolazione del territorio, esprimendo il fondante interesse e la ragione della norma, conferisce al rapporto la funzione di parametro del beneficio.

4. — È pertanto da affermare che condizione per il godimento del beneficio previsto dall'art 8 comma secondo della Legge 29 dicembre 1990 n. 407 è la residenza del lavoratore nella circoscrizione ivi indicata.

5. — Il ricorso deve essere accolto; e la sentenza deve essere cassata. E, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa, in applicazione dell'art 384 cod. proc. civ., deve essere decisa nel merito, con la reiezione della domanda proposta dalla Società (O. A. S.r.l).

Sussistono giusti motivi (il pregresso accoglimento della domanda in sede di merito) per disporre la compensazione delle spese dell'intero giudizio.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 2003, p. 283

(2) *Idem*, 1989, p. 99

(3) *Idem*, 1987, p. 655

(4) *Idem*, 2000, p. 135

Contributi - Sgravi - Beneficio contributivo *ex* art. 5 l. n. 185 del 1992 - Imprenditore agricolo in forma di società di capitali - Applicabilità - Esclusione - Fondamento.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 23.08.2007 n. 17934 - Pres. Senese - Rel. Amoroso - P.M. Velardi - S. I.I. A. s.r.l. - INPS (Avv. ti Sgroi, Fonzo).

Il beneficio contributivo di cui all'art 5 l. n. 185 del 1992, consistente nell'esonero parziale dal pagamento dei contributi previdenziali, non è applicabile alle società di capitali, presupponendo non solo la qualità di coltivatori diretti, mezzadri o coloni o imprenditori agricoli a titolo principale, ma anche l'iscrizione nella relativa gestione previdenziale riguardante, all'evidenza, le sole persone fisiche ed atteso, inoltre, il rilievo che all'art 12 l. n. 153 del 1975, recante l'originaria nozione di imprenditore agricolo a titolo principale, è stato introdotto, solo dall'art. 10 del d.lg. n. 228 del 2001, un comma ultimo che, "ex nunc", *ha esteso alle società la possibilità di assumere tale qualità, ove ricorrano determinati presupposti.*

FATTO — 1. — Con ricorso depositato in data 30.6.2000 la società S.I.P.L.A. (Società Industriale per l'Incremento Agricolo) s.r.l. adiva il Tribunale di Siracusa in funzione di giudice del lavoro ed esponeva di aver proposto all'INPS di Siracusa due separate istanze con le quali richiedeva di potersi avvalere dell'esonero contributivo parziale previsto dalla legge n. 185/92 per l'anno 1998 e 1999 e altra con la quale chiedeva di essere iscritta nella gestione degli imprenditori agricoli a titolo principale ai soli fini dell'esonero parziale ai sensi della medesima legge n. 185/92; di aver proposto successiva istanza del 26.1.2000 con la quale chiedeva di fruire del medesimo benefìcio per il periodo settembre 1998/settembre 1999.

Esponeva che l'INPS aveva rigettato la istanza per beneficiare dell'esonero parziale di cui alla legge n. 185/92, sostenendo la mancanza della qualità dì imprenditore agricolo a titolo principale.

Tanto premesso chiedeva accertarsi il proprio diritto ad essere iscritto nella apposita gestione previdenziale INPS e il conseguente diritto a beneficiare delle agevolazioni di cui alla legge n, 185/92 in presenza degli ulteriori requisiti da accertarsi.

2.— Il Tribunale di Siracusa con sentenza del 15,10.2002 rigettava la domanda sotto entrambi i profili.

3. — Avverso tale decisione proponeva appello la società articolando vari motivi di gravame e chiedendo l'accoglimento della domanda, in riforma della impugnata sentenza.

Instauratosi il contraddittorio nei confronti dell'INPS che anche in quel grado si costituiva chiedendo il rigetto dell'appello, la causa all'udienza del 30 ottobre 2003 veniva decisa come da dispositivo di cui ritualmente veniva data lettura.

Con sentenza del 30 ottobre - 28 novembre 2003 la Corte d'appello di Catania respingeva l'appello condannando l'appellante al pagamento delle spese di giudizio.

4. — Avverso questa pronuncia propone ricorso per cassazione la società con tre

motivi di impugnazione, illustrati anche da successiva memoria.

Resiste con controricorso l'INPS.

DIRITTO — 1. — Il ricorso è articolato in tre motivi.

Con il primo motivo di gravame lamenta la società ricorrente la erroneità della sentenza di secondo grado laddove ha ritenuto inammissibile la domanda volta all'accertamento della qualità di imprenditore agricolo a titolo principale per difetto dell'interesse ad agire.

Con il secondo motivo di ricorso la società lamenta la erroneità della sentenza di secondo grado laddove ha negato l'attribuzione del beneficio di cui alla legge n. 185/92, in base all'assunto che all'esonero parziale ivi previsto erano ammesse solo le persone fisiche, sulla scorta della formulazione dell'art. 5 della legge n. 185/92. Erroneamente la Corte d'appello ha ritenuto che la disposizione in questione non fosse compatibile con la figura dell'imprenditore persona giuridica.

Con il terzo motivo la ricorrente denuncia l'erroneo regolamento delle spese processuali.

2. — Il primo motivo del ricorso è inammissibile.

È vero - come ha ritenuto correttamente la Corte d'appello - che la giurisprudenza di questa Corte (Cass., sez. lav., 10 luglio 2002, n. 10039) ha già affermato che, il processo può essere utilizzato solo a tutela di diritti sostanziali e deve concludersi (salvo casi eccezionali) con il raggiungimento dell'effetto giuridico tipico, cioè con l'affermazione o la negazione del diritto dedotto in giudizio onde i fatti possono essere accertati dal giudice solo come fondamento di diritto fatto valere in giudizio e non di per sè e per gli effetti possibili e futuri che da tale accertamento si vorrebbero ricavare. Quindi (Cass., sez. lav., 26 marzo 2003, n. 4516) le azioni di mero accertamento sono proponibili, non contrastando con il principio della necessità dell'interesse ad agire, dettato dall'art. 100 c.p.c., solo qualora esse tendano all'accertamento della sussistenza di un diritto o di altra posizione soggettiva, nonché quando mirano all'accertamento di uno status, inteso come sintesi di un insieme normativo applicabile ad una determinata persona, dal cui riconoscimento derivi, sulla base di una norma di diritto, l'attribuzione al soggetto di determinati diritti, e non quando sono volte, come nel caso di specie, soltanto all'accertamento o alla contestazione di un fatto.

Ma nella specie la domanda della società, che allegava la ritenuta sussistenza dei presupposti di fatto per la sua qualificazione come imprenditore agricolo a titolo principale, era diretta ad un *petitum* specifico (iscrizione nei relativi elenchi per l'esonero contributivo parziale); e la Corte territoriale si è fatta carico di pronunciarsi in proposito, offrendo quindi comunque una risposta di merito alle prospettazioni difensive della ricorrente perché ha escluso che sussistessero i presupposti per tale rivendicata qualificazione (questione oggetto del secondo motivo di ricorso).

3. — Il secondo motivo del ricorso è infondato.

L'art 5 della legge 14 febbraio 1992 n. 185 prevede(va), prima dell'abrogazione ad opera del d.lgs. 29 marzo 2004 n. 99 che ha ridisciplinato la materia: "Alle aziende, singole o associate, condotte da coltivatori diretti, mezzadri o coloni, o da imprenditori agricoli a titolo principale, iscritti nella relativa gestione previdenziale, in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 3, comma 1, è concesso, a domanda, l'esonero parziale

del pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali propri e per i lavoratori dipendenti, in scadenza nei dodici mesi successivi alla data in cui si è verificato (l'evento. Il presupposto per il beneficio previdenziale è costituito non solo dalla qualità di coltivatori diretti, mezzadri o coloni, o da imprenditori agricoli a titolo principale, ma anche dalla iscrizione nella relativa gestione previdenziale, ossia dell'assicurazione per invalidità e vecchiaia ai coltivatori diretti, mezzadri e coloni (legge 26 ottobre 1957 n. 1047); assicurazione questa che all'evidenza riguardava solo persone fisiche, poi estesa si anche agli imprenditori agricoli a titolo principale dall'art. 13 legge 2 agosto 1990 n. 233, ma sempre sul presupposto che anch'essi fossero persone fisiche e non già società di capitali (alle quali certo non può essere riconosciuto un trattamento pensionistico).

Occorreva pertanto trattarsi di persona fisica, come del resto può inferirsi più in generale - al di là dello specifico beneficio dell'esonero contributivo parziale di cui è causa - anche dalla considerazione che nell'art 12 legge 9 maggio 1975 n. 153, che conteneva l'originaria nozione di imprenditore agricolo a titolo principale in attuazione delle direttive del Consiglio delle Comunità europee per la riforma dell'agricoltura, è stato introdotto - dall'art 10 d.lgs. 18 maggio 2001 n. 228 - un ultimo comma che *ex nunc* (senza efficacia retroattiva) ha esteso alle società la possibilità di assumere tale qualità quando ricorrono determinati presupposti (che peraltro nella specie non ricorrono perché neppure allegati, prima ancora che provati). Ciò conferma che in passato le società di capitali non potevano avere tale qualificazione ed in particolare non rientravano nella fattispecie del benefìcio contributivo di cui al cit. art. 5 legge n. 185 del 1992.

4.— Il terzo motivo di ricorso è manifestamente infondato avendo la Corte d'appello posto le spese processuali a carico della parte soccombente.

5. — Il ricorso, nel suo complesso, va quindi rigettato.

Alla soccombenza consegue la condanna della società al pagamento delle spese processuali di questo giudizio di cassazione nella misura liquidata in dispositivo.

(Omissis)

CORTE DI APPELLO
Sezioni Civili

Pensioni - Revoca prestazione di invalidità civile - Ratei percepiti successivamente alla data della visita di revisione - Ripetibilità.

Corte di Appello di Brescia - 15/23.11.07, n. 450 - Pres. e Rel. Nora - I.N.P.S. (Avv.ti Tagliente, Savona) - R. (Avv. Oldrini).

La revoca dei benefici assistenziali agli invalidi civili produce i suoi effetti dalla data della visita di revisione e, in caso di mancata sospensione delle prestazioni, gli ulteriori versamenti costituiscono pagamenti indebiti ripetibili dalla P.A.

FATTO e DIRITTO — Avverso la sentenza del 4 luglio 2006, con la quale il Tribunale gdl di Cremona, nella causa promossa da R. G. contro il Ministero del Tesoro e l'Inps, al fine di sentir dichiarare irripetibili i ratei percepiti nel periodo 11.10.2004-31.3.2005, per essere stata accertata l'insussistenza del diritto alla pensione di inabilità alla data del 23 febbraio 2005 e non alla data della visita di revisione (12.10.2004), ha accolto il ricorso, ha interposto appello l'Inps, censurando come erronea la pronuncia.

Radicatosi il contraddittorio con gli appellati e costituitasi la sola R., che ha chiesto confermarsi la sentenza, osserva la Corte, all'esito dell'odierna udienza di discussione, che l'appello è fondato.

La normativa di riferimento, pacificamente applicabile nella fattispecie, è data dalle disposizioni dell'art. 4, comma 3/bis legge n. 425/96 e dell'art. 5, comma 5 dpr n. 694/98, secondo cui la revoca dei benefici assistenziali agli invalidi civili produce i suoi effetti dalla data della visita di revisione e, in caso di mancata sospensione delle prestazioni, gli ulteriori versamenti costituiscono pagamenti indebiti, ripetibili dalla P.A..

Il principio, già ripetutamente affermato nella giurisprudenza di legittimità, è stato da ultimo ribadito da Cassazione, Sez. Lav., 4 febbraio 2004 n. 2056 (1), che, dopo aver ricordato che il diritto alle prestazioni assistenziali nasce dalla legge, quando si realizzano le condizioni da questa previste, cosicché il diritto viene meno nel momento in cui venga accertata la insussistenza delle condizioni cui la legge subordina la concessione della prestazione, ha statuito che le erogazioni effettuate dopo l'accertamento della insussistenza dei requisiti sono indebite e non si sottraggono alla regola generale dell'art. 2033 cod.civ., restando irrilevante il mancato rispetto delle norme che im-pongono all'amministrazione di attivarsi prontamente, sospendendo i pagamenti ed emanando il formale provvedimento di revoca entro

termini prefissati, concretizzandosi tali atti in meri atti di gestione del rapporto obbligatorio.

Tale pronuncia é espressamente invocata in appello dall'Inps, il quale se ne serve per sostenere che il momento dell'accertamento della insussistenza dei requisiti legittimanti coincide con la data della visita di revisione (nella specie, 12.10.04), pur a fronte della definizione della pratica, avvenuta, invece, il 23.2.05, per necessità istruttorie.

La tesi, come già in precedenza riconosciuto da questa Corte in situazione analoga, è fondata e, per convincersene, è sufficiente considerare che la convocazione dell'interessato per esser sottoposto a revisione da inizio al procedimelo di revoca del beneficio, il quale procedimento può, ma non deve necessariamente concludersi il giorno stesso della visita, ben potendo ravvisarsi la necessità di ulteriori approfondimenti medici di conforto. D'altra parte, come ben si legge nel verbale, in atti, è vero che esso reca la dicitura "definito il 23.2.05", tuttavia, esso reca anche, prima, la data del 12.10.2004 a dimostrazione che la Commissione Medica, nonostante abbia esaurito nel febbraio le sue indagini conoscitive tecniche e specialistiche, ne ha riportato i risultati alla data della visita iniziale, così significando che già in allora erano non più ravvisabili i requisiti di legge per la fruizione del beneficio.

Ulteriore conferma la si trae anche dal provvedimento di revoca della pensione, che, appunto, richiama il verbale della visita medica del 12.10.2004 e si dice che con tale visita è stata accertata l'insussistenza dei requisiti sanitari prescritti per continuare a fruire della pensione.

In contrario, non può farsi leva sull'affidamento dell'assistito nella legittimità dei pagamenti intermedi, perché la giurisprudenza, come pure la pronuncia della Cassazione in rassegna, ritiene che l'affidamento sulla definitività della attribuzione patrimoniale venga meno proprio con la convocazione alla visita di revisione impugnata sentenza deve essere, dunque, riformata "in parte qua", con dichiarazione di ripetibilità dei ratei in oggetto e reiezione della domanda, dell'assistito e con compensazione per giusti motivi delle spese processuali di ambo i gradi.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2004, p. 299

Prestazioni - Indennità di mobilità - Svolgimento di attività lavorativa autonoma - Incompatibilità.

Corte di Appello di Brescia - 22.03/08.06.2007, n. 128 - Pres. e Rel. Nora - R. (Avv. Di Cintio) - INPS (Avv.ti Tagliente, Imparato).

Lo svolgimento di attività lavorativa autonoma, suscettibile di redditività, fa cessare lo stato di disoccupazione e comporta il venir meno del diritto all'indennità di mobilità, pur mantenendosi il diritto del lavoratore a restare iscritto nelle liste di mobilità.

FATTO — Con sentenza del 16 marzo 2006, il Tribunale di Bergamo, nella causa promossa da R. A. contro l'Inps, al fine della declaratoria del suo diritto alla corresponsione dell'indennità di mobilità di cui alla legge n.223/91, sospesa dall'Istituto nell'agosto 2003, ha respinto la domanda.

Se ne duole con l'appello il ricorrente, che insiste nella pretesa.

Resiste l'Inps, che denuncia l'infondatezza del gravame.

All'odierna udienza di discussione, sentite la parti, la causa è stata immediatamente decisa, con pubblica lettura del dispositivo.

DIRITTO — La sospensione dell'indennità in oggetto è stata decisa dall'Inps in ragione del fatto che il R., fin dal 2002, aveva intrapreso una collaborazione autonoma con una società privata, venendo, cosi, a creare una situazione di incompatibiltà tra lo svolgimento dell'attività stessa e la percezione dell'indennità.

Il Tribunale ha ritenuto legittimo il provvedimento dell'Istituto, ma la decisione è contestata dall'appellante, il quale sostiene che nella legge, in particolare nel comma 6 dell'art.9 e nel comma 6 dell'art.8, non è sancita alcuna incompatibilità tra lo svolgimento di lavoro autonomo e l'iscrizione nelle liste di mobilità.

L'assunto è infondato.

Come già esattamente ricordato in sentenza e come da prevalente orientamento giurisprudenziale (Cass.Sez.Lav., 1 settembre 2003 n. 12757; 14 agosto 2004 n. 15890), gli articoli 7, 8 e 9 della legge 23 luglio 1991, n. 223 disciplinano l'istituto della indennità di mobilità, spettante, in presenza di determinati requisiti, ai lavoratori collocati in mobilità, come tali iscritti nelle apposite liste di cui all'art. 6. L'art. 7 dispone, al dodicesimo comma, che l'indennità di mobilità è regolata dalla normativa che disciplina l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione volontaria, in quanto applicabile, nonché dalle disposizioni di cui all'art. 37 della legge 9 marzo 1989, n. 88. La disposizione si spiega agevolmente con la considerazione che l'indennità di mobilità ha in buona parte sostituito quei trattamenti speciali di disoccupazione, più sostanziosi, già previsti per l'ipotesi di disoccupazione titolata, qualificata, cioè, dall'evento che l'ha determinata (un fatto inerente l'impresa o l'attività produttiva in genere).

L'art. 8, sesto comma, dispone che il lavoratore in mobilità ha facoltà di svolgere attività di lavoro subordinato, a tempo parziale, ovvero a tempo determinato, mantenendo l'iscrizione nella lista. Per le giornate di lavoro svolte i trattamenti e le indennità sono sospesi (comma sette).

L'art. 9 della legge regola poi la cancellazione dalla lista di mobilità.

II primo comma prevede cinque ipotesi di cancellazione (a, b, c, d e d bis, 1 quest'ultima lettera aggiunta dall'art. 2 del d.l. n. 299 del 1994, conv. nella legge

n. 451 del 1994). Si tratta di cancellazioni adottate come sanzione nei confronti di lavoratori che tengono comportamenti ritenuti non adeguati ed irrispettosi delle finalità della legge: rifiutino di essere avviati ad un corso di formazione autorizzato dalla regione, rifiutino l'offerta di un lavoro professionalmente equivalente, non accettino di essere impiegati in opere o servizi di pubblica utilità, non abbiano dato comunicazione, entro cinque giorni dall'assunzione, del lavoro prestato ai sensi dell'art. 8, sesto comma, non rispondano, senza un giustificato motivo, alle convocazioni dei competenti uffici ai fini di adempimenti connessi alla riqualificazione o alla rioccupazione. Il sesto comma dell'art. 9 dispone, poi, altre tre ipotesi di cancellazione dalle liste di mobilità, ipotesi che non presentano carattere sanzionatorio ma sono collegate a determinate evenienze: a) assunzione del lavoratore con contratto a tempo pieno e indeterminato; b) corresponsione dell'indennità di mobilità in unica soluzione, a seguito di domanda del lavoratore che si sia avvalso di tale facoltà per intraprendere un'attività autonoma o per associarsi in cooperativa, ai sensi dell'art. 7, comma 5; c) scadenza del periodo di godimento dei trattamenti e delle indennità. Il comma 5 dell'art. 9 dispone che, qualora il lavoro offerto ai sensi del comma 1, lettera b), sia inquadrato in un livello retributivo inferiore a quello corrispondente alle mansioni di provenienza, il lavoratore che accetti tale offerta ha diritto, per un periodo massimo di dodici mesi, alla corresponsione di un assegno pari alla differenza tra i corrispondenti livelli retributivi. Il comma 9 dell'art. 9 dispone, infine, che i lavoratori di cui all'art. 7, comma sei - lavoratori che, in determinate aree svantaggiate e in possesso di determinati requisiti di età e mobilità fino al pensionamento - hanno facoltà di cumulare contribuzione, abbiano ottenuto il prolungamento della indennità di mobilità con il reddito proveniente dall'attività di lavoro subordinato od autonomo svolta, nei limiti della retribuzione spettante al momento della messa in mobilità, rivalutata secondo gli indici Istat. Dall'esame delle norme ora compiuto emergono con chiarezza due elementi.

In primo luogo risulta evidente che le stesse si sono occupate di regolare la iscrizione e la cancellazione dalle liste di mobilità, in quest'ultimo caso diversificando cancellazioni per cosi dire sanzionatone (art. 9, primo comma) e cancellazioni cd. fisiologiche (art. 9, sesto comma).

Gli articoli in questione non si sono, invece, occupati della questione della compatibilita della indennità con lo svolgimento di altre attività (e della cumulabilità della indennità con i redditi provenienti da questa attività), se non in determinati casi (esattamente tre): a) per stabilire la sospensione della indennità per le giornate di lavoro svolte dai lavoratori assunti a tempo parziale o a tempo determinato (comma 7 dell'art. 8); b) per stabilire la corresponsione di un assegno integrativo mensile, per un periodo complessivo massimo di dodici mesi, per i lavoratori che abbiano accettato un lavoro inquadrato in un livello retributivo inferiore (comma 5 dell'art. 9); c) per stabilire il diritto, per i lavoratori di cui all'art. 7, comma sei, che svolgano attività di lavoro subordinato od autonomo, di cumulare l'indennità di mobilità con il reddito derivante da tali attività, entro il limite della retribuzione spettante al momento della messa in mobilità (art. 9, comma 9).

In secondo luogo, emerge, dalle riportate disposizioni, che la permanente iscri-

zione nelle liste non si lega, necessariamente, al diritto a percepire l'indennità di mobilità.

Ciò si spiega, come è stato evidenziato da Cass. n. 6679 del 15 maggio 2001, con il fatto che l'iscrizione nelle liste di mobilità ha funzioni ulteriori rispetto alla semplice identificazione degli aventi diritto all'indennità. Nella stessa lista, infatti, possono iscriversi i lavoratori posti in mobilità da imprese anche con meno di quindici dipendenti, che abbiano licenziato per riduzione, trasformazione o cessazione di attività o di lavoro, e tutti i lavoratori licenziati per riduzione di personale per i quali non è prevista indennità di mobilità (art. 4, primo comma, d.l. 20 maggio 1993, n. 148, convertito, con modificazioni, nella legge 19 luglio 1993, n. 236; art. 4, comma 17, d.l. 1 ottobre 1996, n. 501, convertito, con modificazioni, nella legge 28 novembre 1996, n. 608), nonché i lavoratori licenziati da imprese del trasporto marittimo in crisi (art. 6, comma sedici, del d.l. n. 148 del 1993 cit., che esclude l'applicabilità dell'art. 7 dello stesso d.l.). L'iscrizione nelle liste ha, oltre alla funzione di individuare, permanendo lo stato di disoccupato, gli aventi diritto alla indennità di mobilità, anche quello di incentivare la rioccupazione (prevedendo benefici in favore delle imprese che assumano gli iscritti: art. 8 del d.l. n. 148 del 1993 cit; garantendo il diritto di precedenza nella riassunzione presso il medesimo datore di lavoro entro un anno: art. 8 cit. e 15 legge n. 264 del 1949).

Ne consegue che la disciplina della compatibilita e cumulabilità della indennità di mobilità con lo svolgimento di attività lavorativa subordinata od autonoma, al di fuori delle limitate ipotesi sopra evidenziate, deve essere ricercata in altre norme.

Soccorre, a questo punto, la espressa previsione dell'art. 7, comma 12: "L'indennità prevista dal presente articolo è regolata dalla normativa che disciplina l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria, in quanto applicabile, nonché dalle disposizioni di cui all'art. 37 della legge 9 marzo 1989, n. 88 "I principi fissati in linea generale dall'art. 77 del R.D.L. 4 ottobre 1935, n. 1827 (sul "controllo della disoccupazione") e, in dettaglio, dagli artt. 52 e segg. del R.D. 7 dicembre 1924, n. 2270, sanciscono la cessazione del godimento della indennità nel caso in cui l'assicurato abbia trovato una nuova occupazione, o la sospensione della stessa in caso di svolgimento di lavori precari che non superino una determinata durata.

Lo svolgimento di una attività lavorativa autonoma fa cessare lo stato di disoccupazione involontaria e comporta il venir meno tanto del diritto alla indennità di disoccupazione quanto del diritto alla indennità di mobilità, anche se, in questo secondo caso, non viene meno il diritto del lavoratore a restare iscritto nelle liste di mobilità per il periodo in cui, ove fosse restato inoccupato, avrebbe avuto diritto a percepire la indennità. Né importa stabilire se trattasi di attività prevalente o non retribuita, perché ciò che conta è che essa sia suscettibile di redditività.

L'unica ipotesi in cui lo svolgimento di un'attività autonoma comporta la cancellazione dalle liste è quella in cui il lavoratore si sia avvalso della facoltà di percepire in unica soluzione l'indennità di mobilità.

L'impugnata sentenza deve essere, dunque, confermata, anche se con diversa motivazione, e l'appello respinto, con compensazione delle spese per giusti motivi.

(Omissis)

Processo civile - Controversie previdenziali - Art. 152 disp. att. c.p.c. - Compensazione delle spese per l'assicurato non abbiente soccombente in giudizio - Dichiarazione sostitutiva - Modalità.

Corte d'Appello di Genova - 21.09/04.10.2007, n. 984 - Pres. e Rel. Haupt - M. (Avv. Baessato) - INPS.

Per poter accedere al beneficio dell'esonero dalla condanna alle spese, previsto dall'art. 152 disp. att. c.p.c., l'assicurato soccombente in giudizio deve rispettare le modalità di comunicazione della propria condizione reddituale previste dalla norma dopo le modifiche apportate nel 2003, che prevedono la formulazione di apposita dichiarazione sostitutiva di certificazione contenuta nell'atto introduttivo del giudizio, con impegno a comunicare le variazioni di reddito eventualmente intervenute nel corso del giudizio.

FATTO — La sig.ra M. M. ha adito il Tribunale di Genova perché le venisse riconosciuto il diritto a continuare a percepire la indennità di accompagnamento che le è stata revocata a, seguito di visita di revisione.

Il Primo giudice, espletata CTU medico legale,. in conformità alle risultanze negative della stessa ha respinto la domanda e, compensate le spese di lite nella misura di 2/3 ha condannato la ricorrente al pagamento della restante frazione che è stata liquidata in complessivi € 500,00 a favore di ciascuno dei convenuti costituiti, Ministero dell'economia e delle Finanze e INPS.

Detta sentenza è stata gravata di appello nel capo relativo alle spese, dolendosi l'appellante che il primo giudice ha applicato i criteri generali previsti dall'art. 90 c.p.c. e non aveva considerato che la ricorrente aveva allegato al ricorso introduttivo una dichiarazione sostitutiva di atto notorio comprovante il non superamento del limite reddituale richiesto dall'art. 152 disp. att. c.p.c.

La decisione in punto spese andava comunque criticata anche facendo. applicazione delle regole generali di cui agli artt. 90 e seguenti c.p.c., tenuto conto delle condizioni di salute della ricorrente; da ultimo la sentenza era censurabile anche nell'ammontare della liquidazione che, tenuto conto della parziale compensazione comporta una somma complessiva di 3.000,00, eccedente le tariffe forensi.

Tutti gli appellati sono rimasti contumaci.

All'odierna udienza i difensori dell'appellante illustravano le proprie difese e la Corte pronunciava la presente sentenza dando lettura del dispositivo.

DIRITTO — Tutte le censure mosse alla sentenza impugnata sono infondate e l'appello deve pertanto essere respinto.

Con il primo motivo la sentenza è impugnata per non avere ritenuto la ricorrente non assoggettabile a spese ai sensi dell'art. 152 disp. att. c.p.c. avendo essa allegato al ricorso introduttivo una dichiarazione sostitutiva di atto notorio comprovante il non superamento del limite reddituale richiesto da detta norma.

Il motivo è infondato. Invero la norma richiamata al secondo periodo del primo

comma prescrive che: *"L'interessato che, con riferimento all'anno precedente a quello di instaurazione del giudizio, si trova nelle condizioni indicate nel presente articolo formula apposita dichiarazione sostitutiva di certificazione nella conclusioni dell'atto introduttivo e si impegna a comunicare, fino a che il processo non sia definito, le variazioni rilevanti dei limiti di reddito verificatesi nell'anno precedente";* nella specie quella dichiarazione non è stata formulata nelle conclusioni dell'atto introduttivo, ma è stata allegata al predetto atto una "autocertificazione sui redditi dell'esponente".

A detta dichiarazione del seguente tenore "dichiaro di non avere superato il limite di reddito di cui all'art. 152 delle disposizioni di attuazione cosi come modificato dall'art. 42 11° comma Decreto n. 296 del 2/10/2003", non può riconoscesi valore equipollente a quella prescritta dal ricordato art. 152; ciò non per una ragione di carattere meramente formale, ma perché vengono cosi eluse le modalità prescritte dall'art. 38 del D.P.R. 28/12/2000 n. 445 che prescrive al comma 3 che *"Le istanze e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà da produrre agli organi della amministrazione pubblica o ai gestori o esercenti di pubblici servizi sono sottoscritte dall'Interessato In presenza del dipendente addetto ovvero sottoscritte e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore"*; inoltre neppure vi è alcun richiamo *"alle sanzioni penali previste dall'art. 76, per l'ipotesi di falsità di atti e dichiarazioni mendaci ivi indicate"* che a norma dell'art. 48 deve essere inserito negli apposti moduli predisposti dalle singole amministrazioni.

Il legislatore ha ritenuto che tali formalità, identificazione, personale e richiamo delle responsabilità penali connesse, possano essere omesse allorché quella dichiarazione sia resa nelle conclusioni dell'atto introduttivo del giudizio; un atto cioè formato dal difensore che, per tale parte assolve le funzioni di pubblico ufficiale.

Inoltre la dichiarazione in atti è comunque carente del richiesto impegno a comunicare le variazioni rilevanti del limite di reddito.

Altresì infondato è il secondo motivo relativo alla mancata considerazione delle condizioni personali della ricorrente al fine dell'attribuzione delle spese. Infatti tale valutazione è stata compiuta dal primo giudice compensandola per 2/3.

Infine, è anche infondato il motivo circa l'eccessività della liquidazione, dovendosi considerare che i convenuti costituiti erano due e le spese sono state liquidate in favore di ciascuno di essi, cosicché la liquidazione dell'intero ammontare è pari a € 1.500,00 e non 3.000,00 come affermato dall'appellante.

Nulla sulle spese di questo grado, stante la contumacia dei convenuti.

(Omissis)

Prestazioni - Indennità di mobilità - Trasferimento residenza all'estero - Insussistenza diritto.

Corte di Appello di Milano - 26.09/30.10.2007, n. 985 - Pres. Castellini - Rel. Curcio - C. (Avv. Zanardi) - INPS (Avv. Mostacchi).

Il trasferimento di residenza all'estero comporta il venir meno del diritto all'indennità di mobilità, che presuppone l'iscrizione in apposita lista presso la Direzione Provinciale del lavoro nella cui circoscrizione il soggetto abbia e mantenga la propria residenza.

FATTO — A. C. ha proposto appello avverso la sentenza di cui in epigrafe che aveva respinto la sua domanda diretta ad ottenere la corresponsione dell'indennità di mobilità fino alla data di collocamento in quiescenza richiesto con decorrenza 1.12.2002, con condanna dell'lnps a corrispondergli gli importi relativi al periodo dall'8.4.2002 al 30.11.2002 e con diritto a mantenere l'indennità già percepita.

Il C. aveva dedotto che l'Inps nell'aprile 2002 aveva cessato la corresponsione dell'indennità di mobilità concessagli il 1°.12.98 in ragione del licenziamento per riduzione di personale posto in essere dall'A. e che con lettera del marzo 2004 aveva richiesto altresì la restituzione dei ratei percepiti sino al 2002, motivando la richiesta con la sua residenza in Romania e precisando che: "l'indennità di mobilità non poteva essere corrisposta in quanto nel periodo di riscossione della suddetta prestazione il ricorrente risultava espatriato e quindi non a disposizione del centro per l'impiego competente". Il C. aveva lamentato la illegittimità della decisione dell'istituto sostenendo di essere in possesso dei requisiti per avere l'indennità di mobilità, tra i quali non è annoverata la residenza in Italia, in base a quanto previsto dall'art.9 della legge n.223/2001, che disciplina le ipotesi di cancellazione dalle liste di mobilità e che nessun cenno fa alla residenza.

Aveva resistito l'Inps sostenendo che in base all'art. 7 comma 12 della legge n.223 citata le norme applicabili alla disciplina del trattamento di mobilità erano quelle di cui alla normativa sulla disoccupazione e che non risultando una regolare iscrizione nelle liste di collocamento, in quanto non residente in Italia, egli non avrebbe potuto godere della indennità in esame.

Il Tribunale ha accolto la tesi dell'Istituto rilevando che stante il richiamo di cui all'art 7 comma 12 della legge n.223/91, in base alla normativa che negli anni ha disciplinato l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione (R.D. n.1827 art.75, d.p.r. n. 818/57, art 8 legge n. 264/1949), l'iscrizione alla lista di collocamento era indispensabile per ottenere l'indennità di mobilità e che la mancata residenza in Italia, non consentendo l'iscrizione all'Ufficio di collocamento, rendeva impossibile il riconoscimento del diritto, non potendosi in realtà controllare lo stato di disoccupazione.

Ha proposto appello il C., lamentando la erroneità della decisione per non aver correttamente interpretato il primo giudice la normativa di cui all'art.9 della legge n.223 citata.

In particolare secondo l'appellante il primo giudice non avrebbe tenuto conto che il diritto alla indennità di mobilità scaturirebbe direttamente dall'iscrizione alla lista di mobilità essendo subordinato alla sola presentazione della domanda e della sua accettazione da parte dell'lnps e che tale iscrizione rimarrebbe stabile a meno che non si

verifichi una delle cause di cui all'art.9 legge citata che comportano la cancellazione, del tutto estranee alla sua condizione. Lamenta poi il C. che il tribunale abbia applicato la normativa relativa alla disoccupazione, non tenendo conto che il comma 12 dell'art.7 citato richiama tale disciplina solo "in quanto applicabile".

Ha resistito l'Inps chiedendo confermarsi a sentenza.

All'udienza del 21.9.2007 la causa è stata discussa e decisa come da dispositivo.

DIRITTO — L'appello non può trovare accoglimento.

L'appellante si duole che il primo giudice abbia ritenuto che presupposto indispensabile per avere diritto alla indennità di mobilità sia l'essere iscritto nelle liste dell'ufficio di collocamento presso gli uffici della circoscrizione dove si ha la residenza. Ritiene l'appellante che una simile affermazione non troverebbe fonte nella disciplina della legge n.223/91 che regola la fattispecie perché il comma 12 dell'art.7 si richiamerebbe alle norme che regolano l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione solo in quanto applicabili, laddove il diritto all'indennità di mobilità, che scaturisce dalla sola iscrizione alle liste di mobilità di cui all'art.7 comma 1°, viene meno solo nel caso di cancellazione da tale lista e per casi tassativi, tra i quali non è prevista la non residenza anagrafica nel territorio italiano e la mancata iscrizione nelle liste del collocamento.

L'assunto è infondato.

Come precisato in premessa dal primo giudice non è contestato tra le parti che il C., iscritto all'anagrafe dei cittadini italiani residenti all'estero (AIRE) nel periodo in contestazione - dal 99 al 2002 - risiedesse in Romania.

Che i lavoratori collocati in mobilità vengano iscritti in apposita lista presso la direzione provinciale del lavoro è previsto dall'art.6 comma 1 della legge n.223 citata.

Tale lista è rimasta in vigore, anche dopo la soppressione delle liste di collocamento ordinarie e speciali, stabilita dall'art. 1 bis inserito nel d.lgs. n. 181/2000 dal successivo decreto legislativo n.297/2002.

L'iscrizione al collocamento presupponeva la residenza nel territorio italiano (art.8 della legge n.264/49, come modificato dall'art.2 legge n. 51/61, che recita "chiunque aspiri ad essere avviato al lavoro alle dipendenze altrui deve iscriversi nelle liste di collocamento presso gli uffici della circoscrizione nella quale ha la propria residenza"). Tale obbligo, quanto meno sino alla soppressione della legge n. 264/49, è rimasto quindi in vigore per le liste di collocamento.

Ma già la disciplina legislativa introdotta nel 2000 (art.2 del d.lgs. n.181) aveva demandato alle regioni il compito della verifica dello stato di disoccupazione e dell'effettiva permanenza in tale stato ed individuato nei centri per l'impiego, quei "servizi competenti" tenuti a verificare l'effettiva persistenza della condizione di disoccupazione, provvedendo all'identificazione dei disoccupati e degli inoccupati di lunga durata.

Peraltro lo stato di disoccupazione, definito dall'art. 1 del citato d.lgs. n.181, doveva essere comprovato con la presentazione dell'interessato presso il servizio competente, nel cui ambito territoriale si trova il domicilio del medesimo, accompagnata da una dichiarazione, ai sensi della legge 4 gennaio 1968, n.15, e successive modifica-

zioni, attestante l'eventuale attività lavorativa precedentemente svolta, *nonché "l'immediata disponibilità" allo svolgimento di attività "lavorativa"*.

La normativa regolativa dello stato di disoccupazione, finalizzata ad un effettivo controllo della presenza e della permanenza delle condizioni per *poter usufruire dell'indennità di disoccupazione*, anche successiva a quella che ha ridisegnato e modificato il sistema del collocamento (legge delega n.144/99), deve ritenersi, quindi, certamente applicabile ai sensi del 12° comma dell'art.7 citato, anche alla fattispecie di cui è causa: si tratta pur sempre di norme che hanno lo scopo di controllare la regolare permanenza delle condizioni necessarie per continuare a riscuotere l'indennità di mobilità.

Quanto all'assunto dell'appellante circa la espressa previsione nell'ambito del solo articolo 9 delle cause che possono comportare la cancellazione dalle liste di mobilità e dunque la impossibilità di creazione di ulteriori ipotesi, non rientranti in quelle tassativamente previste, deve osservarsi che l'art.9 (come del resto anche l'art 4 del decreto Igs. n. 181/00, come modificato dal d.lgs. n.297/02, in punto di perdita dello stato di disoccupazione e quindi della relativa indennità) si riferisce non ad una condizione per accedere alla iscrizione e soprattutto per controllare in via preventiva la permanenza dello stato di disoccupazione, ma ai casi in cui eventi successivi facciano venir meno, in termini sanzionatori o per incompatibilità, il diritto alla indennità.

Che peraltro la normativa che disciplina l'erogazione delle prestazioni collegate allo stato di disoccupazione richieda necessariamente un collegamento del soggetto con il territorio dove è residente, può indirettamente ricavarsi, come osservato dalla difesa dell'Istituto appellato, anche dalla normativa europea: I'art.69 del regolamento n.1408/71 consente il mantenimento delle prestazioni di disoccupazione per un periodo massimo di mesi tre, nei casi in cui il lavoratore si rechi in un diverso Stato membro alla ricerca di nuova occupazione.

La sentenza deve pertanto essere confermata.

Le spese di lite vanno compensate, tenuto conto della natura della controversia.

(Omissis)

Processo civile - Rito lavoro - Principio di non contestazione - Effetti.

Processo civile - Controversia contributiva - Divergenza tra dichiarazioni assunte in sede ispettiva e dichiarazioni assunte in istruttoria - Presunzione di maggiore attendibilità delle dichiarazioni assunte in sede ispettiva.

Corte di Appello di Venezia - 20.11.07/25.01.2008, n. 663/07 - Pres. e Rel. Santoro - INPS (Avv. Attardi) - D. C. srl (Avv.ti Ralle, Rossi, Miazzi).

Ove, in una controversia contributiva, il ricorrente non contesti espressamente nella prima difesa utile i fatti dichiarati in sede ispettiva e dedotti in causa dal soggetto che li valorizzi a fini probatori può ritenersi superflua, in ossequio al principio giurisprudenziale di non contestazione, la loro conferma in sede giudiziale.

In caso di divergenza tra dichiarazioni rese in sede ispettiva e dichiarazioni rese in sede giudiziaria, nel caso in cui nessuna valida ragione sia dedotta e provata a giustificazione della divergenza, può ritenersi che maggior rilevanza ed attendibilità possano attribuirsi alle prime perché rese a pubblico ufficiale, con le relative conseguenze di legge per dichiarazioni false, con maggiore immediatezza e spontaneità rispetto ai fatti dichiarati.

FATTO — Con ricorso ex art. 22 legge 689/1981 depositato in data 6.8.1999 presso la sezione lavoro del Tribunale di Venezia la C. s.r.l. e D. D. opponevano l'ordinanza ingiunzione n. 358/198 emessa l'8.7.1999 con cui l'Inps di Venezia, sulla base di verbale di accertamento dell'Ispettorato del Lavoro dell'11.9.1998, ingiungeva loro di pagare, la prima quale obbligata solidale, il secondo quale responsabile, la somma di lire 3.262.000 a titolo di sanzione amministrativa.

Esponevano che a seguito di accertamenti eseguiti dall'Ispettorato del Lavoro in data 7 luglio 1998 nel cantiere della C. S.r.l. in Marghera (VE) presso la F. S.p.A., cui era seguito il verbale di accertamento in data 11-9-1998, l'I.N.P.S. aveva richiesto alla C. stessa il pagamento dei contributi e le somme aggiuntive relativamente ad alcuni (per la precisione 34) lavoratori, occupati presso le imprese B. di I. R., S.I. Servizi Industriali di G. M., S. s.r.l. ed A. A. s.c.ar.l, che, secondo gli ispettori, dovevano considerarsi alle dipendenze della stessa C. s.r.l. in forza del disposto della L. 1369/1960; sulla base di tale accertamento il Direttore della sede provinciale dell'INPS di Venezia aveva emesso ordinanza ingiunzione richiedendo il pagamento di sanzioni amministrative in relazione alla mancata regolarizzazione contributiva di tali dipendenti. La C. ed il D. obiettavano che l'ipotesi di intermediazione vietata di manodopera ai sensi della L. n. 1369/1960, sulla quale si fondava l'addebito, era in realtà insussistente: sostenevano che la C. stessa, operante come appaltatrice della F. per l'esecuzione di opere di carpenteria metallica, si era sempre avvalsa esclusivamente di propri dipendenti, con un proprio responsabile di cantiere, con attrezzature di sua proprietà, senza utilizzare, quindi, a nessun titolo, di manodopera dipendente da altre imprese; precisavano che parte delle opere commissionate dalla F. alla C. s.r.l. erano state da questa subappaltate alle ditte B. di I. R., S.I. Servizi Industriali di G. M., S. s.r.l. ed A. A., tutte dotate di una loro autonoma organizzazione imprenditoriale, di propri strumenti e macchine, di una loro direzione lavori; più precisamente tali imprese avevano sempre provveduto a pagare regolarmente i contributi per i loro dipendenti, tra i quali i lavoratori oggetto del verbale ispettivo in contestazione, mentre la C. mai aveva utilizzato tali dipendenti per l'esecuzione delle opere alla stessa affidate.

Tanto esposto, e rilevato, inoltre, il contrasto delle disposizioni di cui all'art. 1 Legge n. 1369/60 con le disposizioni comunitarie, in particolare con l'art 90 n. 1 del

Trattato CEE, secondo quanto statuito dalla Corte di Giustizia con la sentenza 11.12.1997 resa nel procedimento promosso da J. C. Coop. a r.l. n. C55/96 (assunto non più coltivato in questa sede) i ricorrenti concludevano per la revoca e l'annullamento dell'ordinanza ingiunzione opposta; in subordine contestavano l'entità delle sanzioni comminate (eccezione generica, non richiamata e coltivata in questa sede).

Si costituiva l'INPS chiedendo il rigetto dell'opposizione: rilevava che l'intermediazione illecita di manodopera era dimostrata dal fatto che il capo cantiere O. E., dipendente della C., aveva gestito i lavoratori come un'unica squadra, fornendo loro le attrezzature della C. stessa e provvedendo anche alla registrazione ed al controllo degli orari di lavoro; la s.r.l. opponente si era quindi avvalsa delle prestazioni di lavoratori formalmente assunti da altre ditte (appunto B. di I. R., S.I. Servizi Industriali di G. M., S. srl e A. A. s.r.l.), così incorrendo nella violazione dell'art. 1 legge 1369/1960.

Con riferimento al medesimo verbale di accertamento 11.9.1998 veniva radicata una seconda causa, promossa da C. con ricorso ex art. 24 D. Lgs.vo n. 46/1999 avverso la cartella esattoriale n. 113 2000 001275 1335, notificata il 28.8.2000, di pagamento di lire 550.230.730 a titolo di contributi omessi, sanzioni e somme aggiuntive relativamente ai lavoratori di B. di I. R., S.I. Servizi Industriali di G. M., S. s.r.l. e A. A. s.r.l. che si assumevano utilizzati in forza di intermediazione illecita di manodopera.

In tale giudizio la s.r.l. opponente, eccepita in via preliminare la decadenza di controparte, ex art. 25 D. Lgs 46/99, dal diritto di iscrivere a ruolo i pretesi crediti, nel merito svolgeva le medesime difese formulate nella causa di opposizione all'ordinanza ingiunzione, e concludeva in via principale per la dichiarazione di nullità o comunque annullamento dell'iscrizione a ruolo - cartella esattoriale; in via subordinata (con eccezione non richiamata in questa sede) per la riduzione delle pretese dell'Istituto in rapporto all'effettiva entità delle prestazioni lavorative dei singoli lavoratori e comunque con detrazione dalle pretese dell'Istituto dei contributi da questo percepiti dai datori di lavoro dei dipendenti cui si riferiva l'accertamento.

L'Inps contrastava l'eccezione di decadenza osservando che si trattava di premi non versati ed accertamenti notificati successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo; nel merito svolgeva le medesime difese formulate nella causa di opposizione all'ordinanza ingiunzione.

Le due cause - n. 1824/99 rg. di opposizione all'ordinanza ingiunzione n. 1907/2000 r.g. di opposizione alla cartella esattoriale - riunite, in contumacia della ESAMARCA, nella seconda causa convenuta unitamente all'Inps quale concessionaria della riscossione, venivano istruite attraverso l'acquisizione della documentazione offerta e prove orali; indi venivano discusse e decise all'udienza del 2.7.2004 con annullamento dell'ordinanza ingiunzione opposta nella causa n. 1907/2000 e dichiarazione di non debenza gli importi di cui alla cartella esattoriale opposta, n. 113 2000 001275 1335, con compensazione integrale tra le parti delle spese di lite.

Con ricorso ritualmente depositato l'ente soccombente per sé e la società cessionaria del credito proponeva appello avverso la sentenza chiedendo accogliersi le conclusioni in epigrafe riportate, rivolte alla riforma integrale della stessa, con conseguente rigetto delle opposizioni proposte in primo grado.

Si costituivano le parti appellate chiedendo rigetto dell'appello sulla questione di merito, senza richiamare (come già evidenziato) eccezioni preliminari o subordinate

effettuate e non decise (perché assorbite) in primo grado.

All'udienza del 20 novembre 2007 la controversia, discussa dai procuratori delle parti, era decisa come da separato dispositivo, letto in udienza.

DIRITTO — La sentenza di primo grado ha accolto nel merito le proposte opposizioni relative alle pretese dell'Inps, per contributi omessi e sanzioni aggiuntive quanto alla cartella esattoriale n. 113 2000 001275 1335 e per sanzione amministrativa quanto all'ordinanza ingiunzione, ritenendo indimostrato il presupposto essenziale dell'addebito contestato nel verbale di accertamento 11.9.1998, costituito dalla riconducibilità dell'utilizzo dei 34 lavoratori (molti dei quali di origine croata, come da lettura di cui all'allegato sub B del relativo verbale ispettivo) ad un'ipotesi di intermediazione di manodopera, per due periodi, decorrenti dal luglio al novembre 1997 e dall'aprile al giugno 1998.

In proposito, richiamata la normativa di causa, ha ritenuto che *"nel caso di specie gli indici rivelatori del carattere fittizio dei contratti di appalto in forza dei quali i 34 lavoratori formalmente assunti, in parte, da B. di I. R., in parte da S.I. Servizi Industriali di G. M., S. s.r.I. e A. A. s.r.l., avrebbero svolto attività lavorativa direttamente per la C. non sono stati adeguatamente dimostrati dall'Inps, sul quale incombe il relativo onere probatorio.*

Sulla base dell'istruttoria svolta risultano innanzitutto smentiti (o meglio non adeguatamente provati) i due assunti principali di tale ricostruzione, costituiti, il primo, dallo svolgimento da parte di E. O., dipendente della C., di funzioni di capo cantiere anche nei confronti delle squadre composte da operai delle suddette ditte, il secondo, dall'appartenenza a Comer medesima dei macchinari ed attrezzature utilizzati da tali squadre.

È al contrario emerso, in particolare dalla deposizione di D. I., che la C., ditta appaltatrice di lavori di carpenteria metallica da eseguire sulle navi in costruzione nello stabilimento F. di Marghera, ha affidato a ditte esterne, subappaltandola, l'esecuzione diparte di tali lavori.

Essendo richiesta da F., per il conferimento di appalti, una determinata consistenza (almeno 40 unità) dell'impresa appaltatrice, è in sostanza accaduto, secondo una prassi diffusa, che più ditte di medio- piccole dimensioni si sono accordate per suddividersi diverse fasi del lavoro commissionato: I'appalto è stato assunto da una di queste, ossia la C., che poi ha subappaltato alle altre (appunto B. di I. R., in parte da S.I. Servizi Industriali di G. M., S. s.r.I. e A. A. s.r.l.) varie parti del lavoro".

O. E., in sede di deposizione testimoniale all'udienza del 4.12.2001, precisato di non essere stato dipendente C. per tutta la durata dell'appalto in questione, ma soltanto dall'aprile 1998 e di avere svolto funzioni di capo-cantiere presso F., non ha saputo fornire indicazioni precise sulla proprietà delle attrezzature utilizzate dai dipendenti delle varie ditte che hanno collaborato con la C. stessa presso tale cantiere ("...non ho mai saputo a chi appartenesse I'attrezzatura che io fornivo ai lavoratori. Posso solo riferire che era registrata come C. s.r.I. ... ribadisco che non sapevo se le attrezzature appartenessero a C. o ad altre aziende"); ha precisato di essere stato l'unico ad interloquire con C. per la richiesta di materiale ed attrezzature.

Il teste V. C. ha riferito che i dipendenti della varie ditte sub appaltatrici, elencati nell'all. B al verbale ispettivo, hanno lavorato utilizzando macchinari ed attrezzature (trapani, flessibili, ecc,) appartenenti alla rispettiva datrice di lavoro, ad eccezione

delle attrezzature fisse del cantiere (quali gru, carri-ponte, ecc) messe a disposizione di tutte le squadre dalla F..

Il teste ha, altresì, precisato che tali dipendenti erano suddivisi in squadre ognuna munita di un caposquadra dipendente della rispettiva ditta; tali capisquadra erano a loro volta coordinati dalla C. per il tramite di E. O.; ogni ditta si occupava, a seconda delle rispettive competenze, di un distinto tipo di lavoro (chi delle tubazioni - chi delle scale, e così via) tra quelli oggetto dell'appalto da F. a C.; anche quest'ultima aveva in cantiere una sua squadra che utilizzava macchinari di sua (della C.) proprietà.

Il teste D. I., che ha riportato il sudescritto sistema di appalto e subappalti, ha confermato la deposizione di V. sia quanto al controllo dell'operato delle varie squadre da parte dei relativi capi squadra che quanto all'utilizzo da parte di ciascuna squadra di attrezzature e macchinari (saldatrici, smerigliatrici, ecc.) di proprietà della rispettiva ditta datrice di lavoro.

Ha ritenuto *che tali deposizioni prevalgono, per concordanza reciproca e precisione dei riferimenti, su quella del teste O., che, da un lato, sulla proprietà delle attrezzature ha fornito indicazioni imprecise e generiche, dall'altro ben può essersi riferito, quanto alla sua funzione di referente esclusivo della C. per la richiesta di attrezzature, alle necessità riguardanti la squadra C. e non a quelle di tutte le squadre del cantiere.*

Ha concluso *che, in senso inverso rispetto alla tesi dell'Inps, e quindi a favore della liceità dell'appalto, sono quindi riscontrati:*

- la diversificazione dell'attività prestata dai dipendenti delle ditte appaltateci rispetto alle mansioni svolte dai dipendenti C. essendosi gli stessi occupati di singoli, distinti, lavori (scale, tubazioni, ecc) a seconda del rispettivo settore di competenza;

- l'utilizzo da parte degli stessi di attrezzature e macchinari appartenenti alla rispettiva datrice di lavoro; l'esercizio da parte di ciascuna ditta, per il tramite dei capisquadra del potere direttivo, di controllo e coordinamento nei confronti dell'operato delle rispettive squadre di operai.

Nel ricorso d'appello l'ente soccombente, con varie argomentazioni, lamenta erronea valutazione delle risultanze istruttorie in ordine alla violazione della L. 1369/60, contestando che dalle stesse si possano trarre le tre conclusioni in fatto da ultimo sopra riportate, relative a diversità di attività tra lavoratori C. e lavoratori il cui rapporto è fonte di causa, proprietà delle attrezzature e degli strumenti di lavoro, direttive del capo cantiere della C., E. O., anche a dipendenti delle ditte sub- appaltatrici.

Gli appellati eccepiscono l'irrilevanza della prima circostanza in fatto e l'insussistenza delle altre due nei termini assunti dall'ente appellante.

Si può concordare con le parti appellate sull'irrilevanza della prima circostanza di fatto, ritenuta sussistente nella sentenza ed oggetto della prima doglianza dell'ente appellante (peraltro in modo condivisibile, per quanto di seguito esposto sulle altre due). Tale irrilevanza dipende dal contenuto e dall'interpretazione della legge 1369/60, riassumibile in modo schematico, atteso che sono ormai trascorsi oltre quaranta anni dall'approvazione della legge 1369/90 (applicabile alla fattispecie in esame solo ratione temporis, in seguito all'entrata in vigore del d.lgs.276/03 emanato ai sensi della L. delega nr.30/03), e che può parlarsi di giurisprudenza ormai consolidata, come desumibile, dall'assenza di rilevanti contrasti interpretativi tra le parti del presente procedimento.

L'interposizione vietata è definita in modo estremamente generico dal primo

comma dell'art. 1 della legge, la cui violazione è dedotta dall'ente appellante e per la cui interpretazione un dato significativo è costituito dal successivo terzo comma, in base al quale si presume illecito ogni appalto o sub- appalto anche per l'esecuzione di opere o servizi "ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine e attrezzature fomite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante".

Il rigore di tale disposizione è stato mitigato nel corso del tempo trascorso dalla promulgazione della legge dalla giurisprudenza la quale ha ritenuto che per presumere l'illiceità dell'appalto è necessario che il conferimento dell'appaltante sia di tale rilevanza da rendere del tutto marginale ed accessorio l'apporto dell'appaltatore (cfr. tra le tante Cass. 10858/96 (1); Cass.4585/94; Cass.1979/94; Cass.13015/93 (2)).

Oltre che in presenza degli elementi presuntivi indicati dal terzo comma dell'art.1, la giurisprudenza, ormai costante, ritiene che l'interposizione si verifica anche nella distinta ipotesi (che parte della dottrina ritiene riconducibile ad un'unica fattispecie interpositoria complessa) in cui risulti positivamente provata la mancanza in capo all'appaltatore di una gestione d'impresa a proprio rischio e di un'autonoma organizzazione, con la precisazione che il difetto di tali elementi, inerenti ex art. 1655 c.c. alla stessa nozione d'appalto, va valutato con riferimento alla prestazione in concreto affidata all'interposto (cfr. Cass. 11957/2000 in Riv. It. Dir. lav. 2001, II, 253; Cass. 5737/01; Cass. 8643/01 in Foro it. 2001, I, 3109).

A tal fine, è necessario verificare se il compenso per l'attività appaltata sia commisurato alle ore lavorate dai dipendenti dell'impresa appaltatrice o sia determinato in funzione dei risultati produttivi conseguiti, perché, nel primo caso, potrebbe dubitarsi che l'appaltatore abbia assunto su di sé il rischio - tipico d'ogni attività produttiva veramente autonoma - che l'operazione si riveli economicamente svantaggiosa (cfr. Cass. 11957/00, già citata, Cass. 6860/98 in Riv. It. dir. lav. l999, II, 259).

Inoltre, tenendo presente progressiva terziarizzazione del sistema economico con crescita della domanda di beni immateriali, di servizi a elevato contenuto tecnologico e di attività per la cui esecuzione non è richiesto quell'apprezzabile apporto di mezzi e capitali, tradizionalmente assunto come indice rilevatore della genuità dell'impresa appaltatrice, l'indagine deve essere integrata con riferimento, da un lato, all'esistenza di un genuino apporto, anche immateriale, dell'appaltatore costituito dalla sua capacità di organizzare i fattori produttivi in vista della produzione di un determinato servizio e dall'altro, alle modalità di gestione del rapporto di lavoro delineate dall'art. 2094 c.c., in modo da verificare a chi siano realmente subordinati i prestatori di lavoro nell'esecuzione dell'attività appaltata (cfr. Cass.5087/98 in Riv. it. dir. lav. l999, II, 252; Cass. 9144/97 in Giust. Civ. 1998, I, 3233).

La necessaria indagine in fatto derivante da quanto sopra, in base agli assunti di parte, è ristretta alla sussistenza delle due circostanze di cui si è scritto, in ordine alla quale le censure dell'ente appellante sulla valutazione delle risultanze istruttorie sono condivisibili.

In proposito, come da diversi accenni delle parti, una prima considerazione s'impone - oltre che sulla dibattuta questione del valore delle dichiarazioni rese in sede ispettiva - sul valore delle stesse in caso di divergenza con quanto dichiarato in sede giudiziaria, il che è rilevante limitatamente alle dichiarazioni rese da O. E., ritenute generiche e meno attendibili di altre nella sentenza appellata e sopra riprodotta nelle parti rilevanti in questa sede.

Circa il valore delle risultanze dei verbali ispettivi, è principio condivisibile quello in base ai quali gli stessi fanno piena prova, tino a querela di falso dei fatti che il pubblico ufficiale attesti essere avvenuti in sua presenza o dei fatti essere stati da lui compiuti, senza che tale fede privilegiata si estenda al contenuto intrinseco delle dichiarazioni a lui rese, per la cui piena valorizzazione - è necessaria conferma in sede giudiziaria (cfr., tra le tante, Cass. nr. 3525 del 22 febbraio 2005, Cass. nr. 17555 del 10 dicembre 2002; Cass. nr. 4608 dell'11 aprile 2000).

L'applicazione di tali principi giurisprudenziali, validi in linea generale, deve, però, avvenire, tenendo presente le peculiarità dei singoli fatti accertati, nonché la valutazione degli stessi alla luce della singola realtà processuale come derivante dalle posizioni e dagli assunti delle parti e tener conto, per esempio, della non contestazione nella prima difesa utile dei fatti dichiarati in sede ispettiva e successivamente dedotti in causa dal soggetto che valorizza gli stessi, potendosi in tal caso ritenere superflua la loro conferma in sede giudiziaria:

Sul valore della non contestazione nel rito del lavoro, si può richiamare Cass. S.U. 761/02 (pubblicata, tra le tante, in Foro.It. 2002, I, 2017 e in Mass. Giur. Lav., 2002, II, 812), per la quale per la preclusione contenuta nell'art. 416 c.p.c. la non contestazione di un fatto rende lo stesso pacifico, esonerando la parte dalla necessità di fornire la prova, non solo (come ammesso anche da giurisprudenza precedente) quando la parte l'abbia esplicitamente ammesso, o abbia impostato la propria difesa su argomenti logicamente incompatibili con il suo disconoscimento, o, ancora, rispetto ad una pluralità di fatti dedotti dalla controparte, si sia limitata a contestarne esplicitamente e specificatamente taluni soltanto, ma anche quando la non contestazione deriva da silenzio o contestazione generica.

Va precisato, inoltre, che valore privilegiato è, invece, da attribuirsi, oltre alla circostanza che la dichiarazione sia stata resa, anche a fatti documentati nel verbale che, in relazione alle modalità della loro percezione, sono suscettibili di conoscenza secondo criteri diretti ed oggettivi e la cui conoscenza non implica alcun margine d'apprezzamento da parte del verbalizzante. (cfr. Cass. S.U. nr. 12545/92 in Foro It, 1993, I, 2225), come può ritenersi avvenire, per esempio, per registrazione di retribuzioni inferiori ai minimi di legge riscontrate tramite esame documenti obbligatori per legge, periodi lavoro e quant'altro riscontrato documentalmente.

Infine, in caso di divergenza tra dichiarazioni rese in sede ispettiva e dichiarazioni rese in sede giudiziaria, come sempre ritenuto da questa Corte, (cfr. tra le prime, sentenza nr. 149/00 in Inf. Prev. 2001 nr. 6, 1319 e sentenza nr. 37/01, seguite da numerose successive decisioni nello stesso senso derivanti anche da considerazioni contenute in giurisprudenza della S.C., tra le quali si può richiamare Cass. 23229/04 (3)), **nel caso in cui nessuna valida ragione sia dedotta e provata a giustificazione della divergenza**, può ritenersi che maggiore rilevanza ed attendibilità possa attribuirsi alle prime perché rese a pubblico ufficiale (con le relative conseguenze di legge per dichiarazioni false) con maggiore immediatezza e spontaneità rispetto ai fatti dichiarati.

In ogni caso circostanze in detti verbali indicate o riferite e non sorrette da fede privilegiata, nonchè tutto il materiale raccolto dal verbalizzante e prodotto in giudizio devono passare al vaglio del giudice, il quale non può esimersi dalla valutazione complessiva di tutte le risultanze probatorie, offerte anche dai suddetti verbali suscettibili

di libero e prudente apprezzamento ex art. 116 cod. proc. civ. (cfr. Cass. 17555/02, già citata, cui può aggiungersi nello stesso senso Cass. 10128/03, Cass. 13449/04 e, per una rilevanza ancora maggiore, Cass. 3525/05).

Nel caso in esame le dichiarazioni dell'O. (sentito in sede ispettiva ben quattro volte, in data 14 gennaio 1998, 28 aprile 1998 e 1 e 7 luglio 1998) complessivamente valutate, contrariamente a quanto ritenuto nell'appellata sentenza, sono da ritenersi precise e probanti e neanche in netta contraddizione tra di loro, ivi comprese con quelle rese in sede giudiziaria.

Sentito una prima volta da ispettore del lavoro (All.2-1) ha dichiarato, tra l'altro, *"sono alle dipendenze della soc. N. E. G. s.r.l. dal 3 febbraio 1997, con mansioni di capo- cantiere per conto della stessa N. E. G. e della C., nonché controllore delle ditte sub- appaltatrici di queste due che attualmente sono l'A. A. s.c.a.r.l. e la S. s.r.l..*

A quanto mi risulta la ditta C., N. E. G. e la C. A. A. sono amministrate dal sig. D. D., mio datore di lavoro, mentre l'altra S. fa capo al sig. La M. E. In precedenza il personale della S. era in forza alla ditta B. che poi ha lasciato il posto alla S. I., prima di divenire S..

Sono io a provvedere al controllo ed alla registrazione degli orari di lavoro eseguiti da tutto il personale delle due s.r.l. e delle appaltatrici. In tale attività sono coadiuvato da dei capi- area.

Tutti i lavoratori che operano in questo cantiere fanno parte di una unica squadra nel senso che indistantemente vengano adibiti ai diversi lavori commissionati dalla F. alla C. e alla N. E. G..

Le attrezzature impiegate nell'esecuzione dei lavori sono di proprietà della C. o della N. E. G.. La S. non ha alcuna attrezzatura propria. Non so se ne possiede, comunque in cantiere non ne ha portate. Tutti i lavoratori sono da me gestiti come fossero dipendenti della C. o della N. E. G.. Anche i capi-squadra eseguono gli ordini da me impartiti. Complessivamente i lavoratori da me attualmente gestiti sono 34 in questo cantiere".

Sentito nuovamente dallo stesso ispettore del lavoro in data 28 aprile ha dichiarato (All.2-2) che, pur risultando all'inizio della sua attività a Marghera dipendente N. E. G. il suo *"compito era quello di sostituire il capo-cantiere operante della C. (M.)e di analizzare se la C. fosse in grado di eseguire i lavori appaltati nei tempi stabiliti"*.

Ha proseguito che dalla sua analisi è emersa la necessità di incrementare velocemente il numero dei lavoratori e che *"Per questo* ***motivo la C. decise di creare la cooperativa, che tuttora esiste: A. A.****. Oltre a questo, non essendo ancora sufficiente, di rivolgersi a E. L. M. che prima con la B. e poi con S. I. e infine con S. s.r.l. fornì e tuttora* ***fornisce il personale necessario****"*.

Sentito nuovamente il 1° luglio 1998 (All.2-3), oltre confermare le precedenti dichiarazioni, ha dichiarato ***"M. Z. è un procacciatore di lavoratori operante in Croazia per la C. essendo amico di D****. Lui non ha mai lavorato in cantiere. È venuto due volte. La prima per presentarmi un gruppo di 6-7 lavoratori che, essendo privi di permesso di soggiorno, tornarono indietro per rientrare in F. circa 15 giorni dopo e precisamente il 4 marzo 1998.*

Per quanto riguarda le attrezzature in cantiere faccio presente che la S. non ha ancora nulla e neppure la C. A. A.. ***Le attrezzature sono tutte della ditta C.****"*.

Sentito nuovamente il 7 luglio 1998 (All.2-4) ha dichiarato *"Faccio presente che*

la N. E. G. non ha mai sub- appaltato lavori ad altre ditte.

La ditta B., S.I., S., e A. A. formalmente hanno sempre lavorato per la C. s.r.l. pur se ***io ho sempre gestito il personale destinandolo in lavori sia della C. s.r.l. che della N. E. G.***

Inizialmente io ero dipendente della N. E, ma da quanto questa ha concluso i suoi lavori in F. sono passato alla C.

Posso precisare che la N. E. G. ha avuto nel cantiere una presenza marginale. Per fare una proporzione posso dire che in un anno e mezzo su circa 7000 ore di lavoro la N.E.G. ne ha fatturato solo 5000 circa".

Si può ritenere che tali dichiarazioni non siano state smentite in sede giudiziaria perché l'informatore, sentito come teste, dichiarata la titolarità formale del suo rapporto prima con la N. E. G., poi con la C. ed infine con la Coop. A. A., società tutte ***"facenti cupo a D. D., amministratore di C."***, ha confermato di aver svolto sempre le stesse mansioni di capo- cantiere in F. per tre anni, la pressoché totale corrispondenza dei lavoratori di cui all'elenco allegato al verbale con i lavoratori che lavoravano nel cantiere (circostanza, però, non in contestazione) pur dichiarando (come comprensibile) di non sapere precisare la decorrenza dei singoli rapporti (il che, non è in contestazione), di non sapere di chi fossero le attrezzature che lui forniva ai lavoratori, dichiarando, però, che ***"erano registrate come C. s.r.l"*** e che erano tutte da lui richieste all'amministratore, per il tramite di L. D., precisando anche che era lui a ***stabilire quali attrezzature e quali materiali fossero necessari alla squadra per lo svolgimento dei lavori, facendo ciò in qualità di capo-cantiere***.

Tali dichiarazioni non sembrano generiche ed in contraddizione con quelle rese in sede ispettiva che, in ogni caso, anche a ritenere sussistenti eventuali difformità, in mancanza di provata valida ragione di divergenza, dovrebbero prevalere in base all'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, con conseguente loro valorizzazione.

Circa la valutazione di evidenziati contrasti sulle dichiarazioni ed attendibiltà dei testi in ordine alle proprietà dei materiali e delle attrezzature utilizzati dai 34 lavoratori, il cui rapporto è fonte di causa, si ritiene che le dichiarazioni dell'O. possono ritenersi più attendibili rispetto a quelle valorizzate nella sentenza di primo grado (rese da V. e D. I.) perché quest'ultime provengono nel primo caso da dipendente (V.) addetto alla contabilità e nel secondo caso (D. D.) da zio di una parte in causa, con attività di commercialista e consulente del lavoro che, non presenti in cantieri, hanno potuto riferito di dati formali su intestazioni e titolarità dei sub- appalti, pacificamente dati per scontati.

Le dichiarazioni dell'O., inoltre, trovano conferma in quanto dichiarato in sede ispettiva D. P. D., operaio saldatore, formalmente dipendente B. e S. I., ed acquisite al procedimento (sub All.3-7-A), valorizzabili perché non contestate e, comunque, ex art. 116 c.p.c. che ha dichiarato ***"precisamente il nostro lavoro consisteva in sola manodopera*** **per la sistemazione delle parti costitutive delle cabine alloggi.**

A quanto mi risulta tutti i lavoratori delle ditte B. e S.L, facenti capo al L. M., erano soli prestatori di *manodopera.*

Non mi risulta che le due ditte in questione abbiano portato nel cantiere attrezzature o strumenti di lavoro.

Io in particolare ho usato saldatrici della ditta di Treviso e ho eseguito le disposizioni impartitemi da un capo cantiere della medesima ditta" (individuabili, in base agli atti, rispettivamente nella C. e in O.

Quanto sopra ritenuto determina l'operatività della presunzione di cui al citato terzo comma dell'art.1 della L.1369/60, il che di per sé è sufficiente all'accoglimento dell'assunto dell'ente previdenziale, avvalorato anche dalla possibilità di ritenere la sussistenza dell'effettiva subordinazione tecnico-produttiva di tutti i 34 lavoratori alla C., tramite il loro assoggettamento all'O., effettivo responsabile del cantiere per tutti, e non qualificabile (per quanto sopra riportato, ma anche in base ad ulteriori dichiarazioni, superfluo richiamare per l'operatività della valorizzata presunzione) certo mero coordinatore dei capi-squadra (anche loro a lui soggetti, come da dichiarazioni di informatori) e/o addetto al semplice rilevamento degli orari, come assunto dalle parti appellate.

Per completezza è da rilevarsi che quanto in premessa evidenziato dalle parti appellate su pagamento dei contributi da parte delle ditte ritenute fittizie sub-appaltatrici, oltre che irrilevante giuridicamente in base ad orientamento giurisprudenziale formatosi dal punto, non può essere sintomo di genuità dell'appalto e determinare una mera integrale duplicazione di contributi (non documentata nel caso in esame) verificandosi frequentemente creazione di soggetti tali da accedere a contribuzione agevolate, il che nel caso in esame potrebbe essersi verificato, per esempio, con la dichiarata "creazione" della S. C. A. A. da parte della società appellante.

È irrilevante, infine, l'accenno di cui all'ultima parte della memoria delle parti appellate, sulla durata del rapporto dell'O. non estesa a tutto il periodo di causa.

La circostanza, non dedotta originariamente in sede d'opposizioni di primo grado non essendosi formulata alcuna contestazione sul periodo (o meglio due periodi) di causa, ove sussitente, può ritenersi irrilevante per il carattere meramente formale della titolarità del rapporto O., come da sue dichiarazioni sopra riportate e sintomatiche di un collegamento societario, pur emerso in causa, anche se non oggetto di valorizzazione da parte dell'ente appellante che ha fondato le sue pretese su quanto accertato.

La ritenuta fondatezza di tali pretese, in primo grado rigettate per ritenuta mancanza di adeguata prova, determina l'accoglimento dell'appello e la riforma dell'appellata sentenza.

Spese del doppio grado, come liquidate in dispositivo, secondo il principio generale della soccombenza di cui all'art. 91 c.p.c.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1996, p. 1380

(2) *Idem*, 1994, p. 216

(3) *Idem*, 2004, p. 1089

Processo civile - Rito lavoro - Omessa tempestiva rinnovazione della notifica dell'atto introduttivo irritualmente notificato - Art. 291 c.p.c: applicabilità - Conseguenze: estinzione del giudizio.

Contributi - Commercianti - Obbligo contributivo soci di srl - Contemporanea iscrizione nella gestione separata *ex* art.2 L.335/95 - Criterio di prevalenza.

Corte di Appello di Venezia - 13.11/18.12.2007, n. 653 - Pres. Santoro - Rel. Sorgi - I.N.P.S. - SCCI spa (Avv. Tagliente) - B. (Avv. Belligoli).

Le disposizioni contenute nell'art. 291 c.p.c. in ordine alle conseguenze della mancata rinnovazione della notificazione dell'atto introduttivo nel termine assegnato dal Giudice, ed alla natura perentoria dello stesso, sono applicabili anche al rito del lavoro. Ne consegue che, in ipotesi in cui il ricorrente non abbia provveduto, nel termine assegnato, alla rinnovazione della notifica del ricorso introduttivo irritualmente presentato, il giudizio va dichiarato estinto ex *art. 307 c.p.c.*

L'iscrizione nella gestione assicurativa dei commercianti del socio di srl che presti attività lavorativa all'interno dell'impresa non è incompatibile con la iscrizione nella gestione separata ex *art. 2 c. 26 della L. n. 335/95 quale amministratore, poiché questa consegue alla percezione di altri redditi derivanti da distinta attività.*

FATTO — Con ricorso presentato al giudice del lavoro del Tribunale di Verona B. M. presentava opposizione avverso tre cartelle esattoriali emessa da Uniriscossioni s.p.a. su richiesta dell'Inps relativamente alla pretesa di pagamento di contributi nella gestione commercianti per gli anni 1999, 2000, 2001 avendo già versato quanto dovuto nella gestione separata ex art. 2, comma 26, L.335/95 e non essendo tenuto all'ulteriore versamento per il disposto dell'art. 1, comma 208, L.662/96 che escludeva la doppia iscrizione. I tre giudizi relativi alle singole cartelle venivano riuniti.

Si costituiva l'Inps chiedendo il rigetto del ricorso sul presupposto dell'assoluta legittimità della doppia iscrizione.

Quanto al fasc. n.770/2001 veniva chiesta l'estinzione del giudizio per nullità della notifica non essendo stati rispettati i termini concessi dal giudice per rinnovare la stessa. Sempre per lo stesso fascicolo 770/2001 e per un secondo, il n.344/2002, si chiedeva l'inammissibilità dell'opposizione per mancata impugnazione del ruolo. Inoltre nel fascicolo n.752/2003 si chiedeva la cessazione della materia del contendere per intervenuto integrale pagamento della cartella.

Nel giudizio si costituiva Uniriscossioni s.p.a. chiedendo il rigetto del ricorso.

Si registrava anche l'intervento volontario della società di cartolarizzazione SCCI s.p.a. con richiesta di rigetto del ricorso.

Il giudice di primo grado accoglieva le opposizioni annullando le cartelle opposte e compensando le spese di giudizio. Venivano rigettate tutte le questioni preliminari: la materia del fascicolo n.752/2003 non era cessata perché non c'era stata alcuna espressa rinuncia all'accertamento. Relativamente alla richiesta di estinzione del procedimento n.770/2001 secondo il giudice il termine perentorio dell'art. 291 c.p.c. non si applicava

al rito del lavoro. Nel merito il giudice aderiva alla lettura dell'art. 1, comma 2008, l.662/96 come regola che impone la scelta tra due iscrizioni e che rende non legittima la richiesta di doppia iscrizione da parte dell'Inps.

Avverso la sentenza presentava appello l'Inps, anche per la SCCI s.p.a., ripercorrendo le argomentazioni espresse in primo grado ed in particolare richiamando il ragionamento per il quale l'art. 1, comma 208 l. 662/96 non poteva applicarsi al caso di specie.

Si costituiva in giudizio B. M. chiedendo il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza di primo grado. Veniva richiamata a supporto delle proprie argomentazioni recente giurisprudenza della Corte di Cassazione sul punto favorevole alla tesi accolta in primo grado dalla sentenza della quale si chiedeva la conferma.

Non si costituiva in giudizio la società Uniriscossioni s.p.a.

All'udienza collegiale del 13/11/2007 la causa veniva discussa ed all'esito della Camera di Consiglio veniva letto il dispositivo.

DIRITTO — Ritiene la Corte che l'appello possa essere accolto e la sentenza di primo grado conseguentemente riformata.

B. M. in data 20/10/97 presentava domanda di iscrizione per l'assicurazione nella gestione speciale commercianti in forza della qualità di socio della s.r.l. B. di B. dichiarando di essere socio d'opera della società e di esercitare la propria attività con carattere di abitualità e prevalenza in favore della predetta società, della quale era consigliere delegato con poteri di ordinaria amministrazione. Dopo l'iscrizione i pagamenti erano effettuati fino alla prima rata del 1999 e il B. chiedeva la cancellazione retroattiva dagli elenchi per insussistenza dell'obbligo dell'iscrizione per essere già iscritto nella gestione autonoma quale amministratore della società.

Ritiene in primo luogo la Corte che possa essere accolto il motivo di appello relativamente all'estinzione del giudizio n. 770/2001 avanzata dall'Inps in primo grado, non accolta dal giudice e riproposta in appello. Il ricorso introduttivo di tale fascicolo era stato notificato con un chiaro errore e il giudice di primo grado aveva assegnato un termine per rinnovare la notifica non rispettato dalla parte ricorrente. L'Inps si era costituita allo scopo di richiedere l'estinzione del giudizio ex art. 307 c. 3, c.p.c. ma il giudice aveva ritenuto il termine ordinatorio non applicandosi nel rito del lavoro l'art. 291 c.p.c. essendo tale disposizione dettata esclusivamente per il rito ordinario.

Ritiene questa Corte di aderire all'orientamento della giurisprudenza della Corte di Cassazione differente che vede, al contrario, tale articolo 291 c.p.c. valido anche per il rito del lavoro (vedi per tutte Corte di Cassazione, n. 7360/2001) in un contesto generale di richiamo per il processo del lavoro alle regole in tema di nullità formali al giudizio di cognizione ordinaria espresso anche recentemente dalle sezioni unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 11353/2004 richiamata da parte appellante. Conseguentemente il procedimento n. 770/2001 deve essere dichiarato estinto in primo grado con conseguente conferma della cartella impugnata con tale procedimento.

Per quanto riguarda il secondo motivo di appello, quello relativo alla mancanza di opposizione all'iscrizione al ruolo esattoriale piuttosto che alla cartella ed al conte-

nuto della stessa, può ritenersi superabile considerando che i motivi utilizzati per l'opposizione che risultano quelli riguardanti il merito della vicenda alla base della contestazione dell'Inps sono gli stessi che avrebbero, comunque, portato ad opporsi all'iscrizione al ruolo e, conseguentemente, la distinzione non appare di fondamentale momento agli effetti della decisione.

La questione attinente al merito, cioè quella relativa alla doppia iscrizione, è stata già affrontata recentemente da questa Corte con la sentenza n. 284/2007.

L'art. 29 della l.160/75 recitava: "l'articolo 1 della legge 27 novembre 1960, n.1397 nel testo modificato dall'articolo 1 della legge 25 novembre 1971, n.1088, è sostituito dal seguente: *l'assicurazione contro le malattie prevista dalla presente legge è obbligatoria nei confronti dei soggetti che esercitano attività commerciali e turistiche, nonché degli ausiliari del commercio, in possesso dei seguenti requisiti:...*

b) abbiano la piena responsabilità dell'impresa ed assumano tutti gli oneri ed i rischi relativi alla sua gestione, tale requisito non è richiesto per i familiari coadiutori preposti al punto di vendita" con l'art. 1, comma 203 della l. 662/96 la norma è stata così sostituita:

b) abbiano la piena responsabilità dell'impresa ed assumano tutti gli oneri ed i rischi relativi alla sua gestione, tale requisito non è richiesto per i familiari coadiutori preposti al punto di vendita nonché per i soci di società a responsabilità limitata" l'art. 1, comma 208 l.662/96, prevede: "qualora i soggetti di cui ai commi precedenti esercitino contemporaneamente anche in un'unica impresa varie attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione ...sono iscritti nell'assicurazione prevista per l'attività alla quale gli stessi dedicano personalmente la loro opera professionale in misura prevalente".

L'art. 2, comma 26, l.335/95 recita: *"a decorrere dal 1 gennaio 1996, sono tenuti all'iscrizione presso una apposita gestione separata, presso l'Inps, e finalizzata all'estensione dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, i soggetti che esercitano per professione abituale, ancorché non esclusiva, attività di lavoro autonomo, di cui al comma 1 dell'articolo 49 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del presidente della repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni ed integrazioni, nonché i titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, di cui al comma 2, lettera a), dell'articolo 49 del medesimo testo unico e gli incaricati alla vendita a domicilio di cui all'articolo 36 della legge 11 giugno 1971, n. 426. sono esclusi dall'obbligo i soggetti assegnatari di borse di studio, limitatamente alla relativa attività".*

Nessuna incompatibilità è stata rilevata dalla Corte nel precedente ricordato con l'iscrizione nella gestione separata ex art. 2, comma 26°, l.335/95 che si riferisce alla percezione di un reddito per attività di lavoro autonomo: è evidente che si tratta di redditi diversi e sul punto non trova applicazione il principio della prevalenza di una o di altra attività perché il comma 208 dell'art. 1 della l. 662/96 si riferisce al medesimo reddito che un soggetto percepisce esercitando in una unica attività lavori di diversa natura (il classico esempio è quello dell'esercente attività di fornitura di servizi balneari per il quale l'attività di commercio e quella di artigiano sono contestuali e riferite al medesimo reddito e, conseguentemente, deve scegliersi una iscrizione in base alla pre-

valenza della natura di una attività rispetto all'altra).

Le due iscrizioni trovano fondamenti in presupposti diversi e si riferiscono a redditi distinti e conseguentemente la doppia iscrizione non costituisce una ipotesi prevista dall'art. 1 comma 208°, l. 662/96 richiamato in precedenza.

La Corte di Cassazione è intervenuta recentemente sull'argomento con la sent. n. 20886/2007. Secondo tale sentenza: *"il criterio della prevalenza, costituendo criterio unificante, è (in se stesso) negazione della compatibilita della pluralità di iscrizioni"*. Nella sentenza si è chiarito che la preoccupazione relativa al reddito diverso non ha fondamento chiarendo come sussista la necessità di sommare i redditi (per evitare che uno degli stessi non sia sottoposto al versamento contributivo). Il principio affermato dalla Corte di Cassazione è il seguente :*"colui che nell'ambito d'una società a responsabilità limitata svolga attività di socio amministratore e di socio lavoratore ha l'obbligo di chiedere l'iscrizione nella gestione in cui svolge l'attività con carattere di abitualità e prevalenza; nell'incompatibile coesistenza delle due corrispondenti iscrizioni è onere dell'Inps decidere sull'iscrizione all'assicurazione corrispondente all'attività prevalente"*.

Questa Corte ritiene però che detto principio non tenga conto di due elementi che lo contraddicono.

La cd. gestione separata ex art. 2 comma 26 l. 335/95 parla di professione abituale ancorché non esclusiva e, conseguentemente, non solo non esclude ma prevede espressamente la possibilità di una doppia attività. L'attività di amministratore di società, per la quale vale l'iscrizione alla gestione separata, attiene al rapporto organico e nulla ha, invece, a che vedere con quella commerciale che costituisce l'esercizio dell'oggetto sociale. Inoltre altre norme art. 16 comma 59 l. 449/97 e art. 45 d.l. 269/03 prevedono alimenti di aliquote contributive nel caso in cui la gestione separata sia l'unica alla quale il soggetto risulti iscritto, dimostrando la piena compatibilita con la doppia iscrizione.

Anche il criterio della prevalenza si ritiene che non risolva la questione. Il discorso relativo alla prevalenza dell'attività ed a relativo giudizio si riferisce all'ipotesi che si tratti di attività qualitativamente omogenee, quali quelle di artigiano e di commerciante, nel qual caso viene in soccorso tale valutazione. Si pensi ad esempio a chi gestisce uno stabilimento balneare che nella sua attività svolgerà sia lavoro artigianale che commerciale in contemporanea nella medesima veste. In questi casi, essendo per altro presente un unico reddito determinato dalla gestione dell'esercizio, il criterio della prevalenza e dell'unicità dell'iscrizione non solo ha un senso ma appare l'unico possibile. Nel caso in esame si parla, al contrario di attività assolutamente distinte e che danno vita a due redditi distinti e mai si è letto negli atti di parte appellata di concordare sulla necessità di sommare i redditi.

Quanto detto porta a ritenere ancora preferibile il criterio della possibile doppia iscrizione ricorrendone i presupposti di fatto e di diritto come nel caso di specie e a riformare la sentenza impugnata confermando le cartelle esattoriali opposte.

La complessità della materia e le difformità delle soluzioni giurisprudenziali determinano, per altro, a compensare le spese per entrambi i gradi di giudizio.

(Omissis)

Contributi - Ricongiunzione di contributi versati nell'AGO nella gestione dei lavoratori autonomi - Inammissibilità.

Corte di Appello di Venezia - 03.07/20.09.2007 n. 432 - Pres. Santoro - Rel. Sorgi - P. (Avv. Cornelio) - INPS (Avv. Attardi).

In tema di ricongiunzione delle posizioni assicurative, dalla disciplina relativa al cumulo di contributi accreditati nelle gestioni autonome e dell'a.g.o., si evince che il legislatore, nel delineare la disciplina della ricongiunzione (artt. 1 e 2 L. 7 febbraio 1979 n. 29, L. 2 agosto 1990 n. 233) ha preso in considerazione solo l'ipotesi della ricongiunzione presso l'assicurazione generale di contributi originariamente accreditati presso una delle gestioni speciali per i lavoratori autonomi e non l'operazione inversa.

FATTO — Con sentenza del giudice del lavoro del Tribunale di Venezia veniva rigettato il ricorso presentato da P. E. nei confronti dell'Inps per la ricongiunzione contributiva della propria pensione nella gestione dei lavoratori artigiani.

Il giudice aveva ritenuto che la normativa di riferimento cioè l'art. 1 della L.29/79 prevedesse la possibilità di ricongiunzione, per altro a determinate condizioni richiamate dalla normativa indicata, esclusivamente presso la gestione dell'assicurazione generale obbligatoria, circostanza confermata dal terzo comma del medesimo articolo che prevedeva i criteri di calcolo per la riserva matematica, cioè la quantificazione dell'onere necessario per la ricongiunzione, criterio concepibile solo nell'ipotesi di passaggio dalla gestione autonoma a quella dei lavoratori dipendenti. Inoltre faceva rilevare il primo giudice che nel 1979, epoca di emanazione della legge relativa alla ricongiunzione ricordata, la pensione liquidata nella gestione artigiani era calcolata secondo il sistema contributivo e non retributivo come avveniva per i lavoratori dipendenti e, conseguentemente, una eventuale ricongiunzione presso la gestione artigiani avrebbe dato risultati penalizzanti per l'assicurato.

Avverso la sentenza presentava appello il P. Secondo parte appellante la domanda richiamava l'art. 2 della legge n.29/79 e tale norma non era stata considerata in alcun modo dal giudice di primo grado. Richiamava parte della motivazione della sentenza impugnata, relativa al requisito dell'anzianità nelle gestioni, che non è dato rinvenire in detta motivazione. Si richiamava l'art. 112 c.p.c. Relativamente, poi, alla parte della sentenza che con riferimento alla richiesta di aggiornamento della posizione contributiva previdenziale del ricorrente rimandava all'impegno assunto dall'Inps di apportare le eventuali modifiche risultate necessarie poiché doveva valere nel caso in esame il silenzio rifiuto e, conseguentemente, la domanda doveva intendersi rigettata in sede amministrativa con il dovere del giudice di decidere sul punto.

Si costituiva in giudizio l'Inps chiedendo il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza di primo grado. La possibilità di ricongiunzione nella gestione artigiani era comunque esclusa con riferimento all'art 2 della L.29/79 che richiamava il quarto comma dell'art. 1 che prevedeva la necessità di iscrizione nei cinque anni antecedenti la domanda di pensione nella gestione dipendenti mentre il P. risultava iscritto in tale

periodo nella gestione autonomi. Sulla riliquidazione l'istituto comunicava che lo stesso era stato effettuato in data 28/9/2005 come da modello TE 08 inviato all'appellante. La domanda relativa a tale riliquidazione in primo grado doveva considerarsi comunque inammissibile perché meramente esplorativa.

All'udienza collegiale del 3/7/2007 la causa veniva discussa ed all'esito veniva letto il dispositivo.

DIRITTO — Ritiene la Corte che l'appello non possa essere accolto ma che la sentenza di primo grado debba essere confermata.

La questione all'esame riguarda la possibilità di ricongiunzione in un'unica gestione del complessivo periodo contributivo dell'assicurato ed in questo caso presso la gestione artigiani, che rientra nell'ambito della gestione lavori autonomi.

L'art. 1 della l. 29/79 recita "al lavoratore dipendente, pubblico o privato, che sia o sia stato iscritto a forme obbligatorie di previdenza sostitutive dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti gestita dall'inps o che abbiano dato luogo all'esclusione o all'esonero da detta assicurazione è data facoltà, ai fini del diritto e della misura di una unica pensione, di chiedere, in qualsiasi momento, la ricongiunzione di tutti i periodi di contribuzione obbligatoria, volontaria e figurativa presso le sopracitate forme previdenziali mediante la iscrizione nell'assicurazione generale obbligatoria e la costituzione in quest'ultima delle corrispondenti posizioni assicurative. A tal fine la gestione o le gestioni di provenienza trasferiscono alla gestione dell'assicurazione generale obbligatoria predetta l'ammontare dei contributi di loro pertinenza, maggiorati dell'interesse composto annuo del 4,50 per cento ai fini del calcolo dei contributi e dei relativi interessi, si applicano i criteri di cui all'articolo 5, quarto, quinto e sesto comma, della presente legge.

Qualora il trasferimento debba avvenire a carico dell'ordinamento statale, ivi compreso quello delle aziende autonome, i contributi di pertinenza del datore di lavoro sono calcolati con riferimento alle aliquote vigenti nella assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti.

Coloro che possono far valere periodi di assicurazione nelle gestioni speciali per i lavoratori autonomi gestite dall'inps e chiedono di avvalersi della facoltà di cui al primo comma, sono tenuti al versamento di una somma pari al cinquanta per cento della differenza tra l'ammontare dei contributi trasferiti e l'importo della riserva matematica calcolata in base ai criteri e alle tabelle di cui all'articolo 13 della legge 12 agosto 1962, n. 1338.

La facoltà di cui al primo comma può essere esercitata dai lavoratori autonomi di cui al comma precedente che possano far valere, all'atto della domanda, un periodo di contribuzione di almeno cinque anni immediatamente antecedente nell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti oppure in due o più gestioni previdenziali diverse dalla predetta assicurazione generale obbligatoria".

L'art. 2 della stessa normativa prevede: "in alternativa all'esercizio della facoltà di cui all'articolo 1, primo comma, il lavoratore che possa far valere periodi di iscrizione nell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti, ovvero in forme obbligatorie di previdenza sostitutive del-

l'assicurazione generale obbligatoria predetta o che abbiano dato luogo all'esclusione o all'esonero da detta assicurazione, ovvero nelle gestioni speciali per i lavoratori autonomi gestite dall'inps, può chiedere in qualsiasi momento, ai fini del diritto e della misura di un'unica pensione, la ricongiunzione presso la gestione in cui risulti iscritto all'atto della domanda, ovvero presso una gestione nella quale possa far valere almeno otto anni di contribuzione versata in costanza di effettiva attività lavorativa, di tutti i periodi di contribuzione obbligatoria, volontaria e figurativa dei quali sia titolare. Per i lavoratori autonomi restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 1, quarto comma".

Per i lavoratori autonomi in particolare la materia contributiva ed i rapporti tra le varie gestioni è stata trattata della L.233/90 che ha modificato il regime del cumulo, ha introdotto il sistema retributivo di calcolo come per i lavoratori dipendenti.

Il terzo comma dell'art. 16 della L.233/90 recita: "3. Resta ferma per l'assicurato la facoltà di avvalersi delle disposizioni di cui alla legge 7 febbraio 1979, n. 29".

Questo è il quadro normativo di riferimento. - La questione è stata affrontata e risolta in termini contrapposti da due sentenze della Corte di Cassazione, la n. 1246/2005 che ha escluso la possibilità di ricongiunzione presso la gestione speciale per lavoratori autonomi dei contributi versati all'AGO e la n. 5627/06 che l'ha ritenuta ammissibile.

L'esame dei ragionamenti giuridici alla base delle contrapposte decisioni potrà risultare determinante per la decisione.

Secondo Corte di Cassazione n. 1246/2005: "ai fini del conseguimento del diritto alla prestazione mentre i contributi versati nell'AGO si cumulano a quelli versati nelle gestioni speciali per i lavoratori autonomi ai fini della liquidazione della pensione nell'ambito di una delle gestioni speciali non avviene l'inverso poiché in relazione alla minore entità della contribuzione posta a carico del lavoro autonomo ai fini della liquidazione della pensione AGO è necessario che siano perfezionati tutti i requisiti indipendentemente dai contributi accreditati nelle gestioni speciali… l'esaminata disciplina relativa al cumulo dei contributi accreditati nelle gestioni autonome e nell'AGO ai fini della liquidazione della pensione in una gestione dei lavoratori autonomi e anche ai fini della misura della pensione lascia comprendere perché il legislatore nel delineare la disciplina della ricongiunzione dei periodi assicurativi che si è concretizzata nella L.29/79 abbia preso in considerazione solo l'ipotesi della ricongiunzione presso l'AGO di contributi originariamente accreditati presso una delle gestioni speciali per i lavoratori autonomi e non l'operazione inversa". Passando ad esaminare in particolare l'art. 2 della L.29/79 richiamato espressamente nei motivi di appello della presente causa la sentenza citata continua: "mentre l'art. 1 ha per finalità il trasferimento presso l'AGO a titolo gratuito delle copertura assicurative esistenti presso assicurazioni obbligatorie dei lavoratori dipendenti sostitutive, esclusive o esonerative - come ad esempio Enpals, Inpdap - nonché sulla base di presupposti restrittivi e a pagamento di coperture assicurative presso le gestioni speciali dei lavoratori autonomi gestite dall'Inps, l'art. 2 ha la finalità di assicurare a pagamento e sulla base di concorrenti presupposti più o meno restrittivi il trasferimento delle coperture assicurative esistenti presso l'AGO o presso le ricordate assicurazioni obbligatorie per il lavoratori dipendenti, o presso le menzionate gestioni speciali dei lavoratori autonomi ad una di dette gestioni obbligatorie per lavoratori dipendenti diverse dall'AGO... In effetti non è necessario prevedere

un'operazione di ricongiunzione presso una gestione degli autonomi di contributi accreditati presso l'AGO vista la loro commutabilità di diritto presso le gestioni speciali". Sempre secondo la ricordata sentenza tali conclusioni non sono contraddette dall'art. 16 della L.233/90, il cui testo è stato richiamato in precedenza, in quanto alla previsione del terzo comma non può attribuirsi alcun valore innovativo della disciplina delle ricongiunzioni contributive.

Secondo la sentenza n.5627/2006 della Corte di Cassazione la ricongiunzione è invece possibile sempre esaminando lo stesso panorama normativo e questo leggendo la L. 29/79 alla luce delle modifiche della materia introdotte della L.233/90. La sentenza parte dall'esame dell'art. 2 della L. 29/79 che: "disciplina un modello che lo stesso legislatore definisce come alternativo al primo, e cioè la possibilità di convogliare la contribuzione versata presso il Fondo lavoratori dipendenti dell'Inps, oppure quella versata nelle forme esclusive, sostitutive e esoneratile (cui sopra si è fatto cenno), oppure ancora quella versata presso le Gestioni Inps per i lavoratori autonomi (artigiani, commercianti, coltivatori diretti) in una unica gestione, la quale può essere: o quella in cui l'assicurato risulti iscritto all'atto della domanda, oppure quella ove risultino versati almeno otto anni. Mentre nel caso previsto dall'art. 1 la gestione accentratrice è l'AGO, nel caso previsto (in via alternativa) dall'art.2, la gestione accentratrice non viene precisata quanto alla natura, in particolare la norma non prescrive che debba trattarsi di una assicurazione per i lavoratori dipendenti, perché essa si individua come quella avente due requisiti: o che sia quella in cui l'interessato è iscritto al momento della domanda, oppure quella in cui sono stati versati almeno otto anni di contribuzione obbligatoria. Se tale è il tenore della legge, non sembra potersi escludere che la gestione accentratrice sia "anche" quella della preposta alla assicurazione Inps per i lavoratori autonomi, purché ricorrano le condizioni previste".

Esaminando le ragioni contrarie alla possibilità della ricongiunzione, inutile perché già vigente il cumulo di diritto in dette situazioni, la sentenza dichiara: "Questa tesi oltre a discostarsi dal tenore letterale della disposizione, come prima si è illustrato, non sembra tenere conto che con la L. n.29 del 1979 il legislatore ha inteso disciplinare in modo organico e unitario una materia variegata, che vedeva già il vigore di disposizioni che prevedevano il cumulo di contributi assicurativi, ma in maniera episodica e frammentaria... È vero poi che il cumulo secondo le speciali disposizioni delle gestioni degli autonomi che sopra si sono citate consentiva un risultato analogo a quello consentito dalla ricongiunzione: in entrambi i casi si avrebbe avuto diritto ad un'unica pensione, da liquidare esclusivamente secondo le regole dei lavoratori autonomi (commercianti, artigiani, coltivatori diretti), tenendo conto anche dei contributi AGO, ancorché nel caso del cumulo i contributi materialmente non venivano trasferiti e quindi non vi era necessità di versare la riserva matematica, mentre nel caso della ricongiunzione vi era reale trasferimento dall'AGO alla gestione autonoma ed il 50% della riserva matematica era a carico dell'assicurato.

Quindi non vi era tra i due istituti una esatta corrispondenza tale da dedurne che la disposizione del 1979 non aveva ragione di incidere nel sistema di cumulo precedente, ancorché sia indubbio che l'interessato poteva non avere convenienza a chiedere la ricongiunzione, potendo già, gratuitamente, ottenere la pensione come autonomo con il cumulo dei periodi AGO. Ma la considerazione della scarsa convenienza dell'i-

stituto della ricongiunzione non può condurre a negarne il diritto per l'assicurato, considerando, come detto, la portata ormai generalizzata di questa facoltà ed il limitato onere economico a carico dell'Istituto previdenziale". La sentenza prende poi in considerazione la L.233/90 che ha innovato profondamente, secondo l'interpretazione in esame, la materia al punto da rendere chiara anche l'interpretazione della normativa precedente. Tale legge modifica il cumulo gli conferisce effetti diversi da quelli propri della ricongiunzione: mentre prima si riceveva un'unica pensione da parte e con le regole proprie della gestione autonoma, adesso ciascuna delle gestioni, ossia quella AGO e quella dell'artigiano o del commerciante o del coltivatore diretto, erogano un prò rata corrispondente al periodo di iscrizione, si tratta cioè del meccanismo della totalizzazione vigente nel sistema comunitario dei lavoratori che hanno svolto periodi lavorativi in vari stati membri dell'Unione Europea. Si legge nella sentenza: "Va allora chiarita la differenza tra cumulo dei periodi assicurativi di cui all'art.16, comma 1 (che opera automaticamente) e ricongiunzione di cui al comma terzo (che opera invece a domanda): entrambi gli istituti comportano che periodi lavorativi svolti con iscrizione a diverse gestioni si sommano per fare acquisire l'anzianità assicurativa e contributiva necessaria per il diritto a pensione; ma, mentre con il cumulo di cui al primo comma del citato art. 16 - che resta virtuale, perché i contributi rimangono materialmente presso la gestione ove erano stati versati - ciascuna gestione eroga una quota corrispondente al periodo della propria iscrizione, ed il pensionato gode così di due prò rata, viceversa, con la ricongiunzione, i contributi passano materialmente dalla gestione ove erano stati versati alla gestione degli autonomi accentratrice, la quale eroga un'unica pensione commisurata all'intero periodo assicurativo. Pertanto, stante la diversità di effetti, cumulo e ricongiunzione non sono più equivalenti per l'assicurato. È ben vero che il terzo comma dell'art.16 si limita a fare richiamo alla L. n. 29 del 1979 e quindi non innova l'istituto della ricongiunzione, tuttavia, proprio questo rinvio, essendo effettuato nel mutato quadro normativo degli anni 90, conferma che la L. del 1979 consentiva di richiedere la ricongiunzione presso la gestione dei lavoratori autonomi".

Ritiene la Corte di non poter condividere questa seconda interpretazione della Corte di Cassazione considerando preferibile quella offerta dalla sentenza precedentemente ricordata.

Infatti non appare ipotizzabile una interpretazione della L. 29/79 alla luce della successiva normativa di cui alla L. 223/90 che, lungi dal contenere riferimenti interpretativi della precedente legge, contiene solo un rimando sic et simpliciter alla stessa determinando, semmai, un convincimento opposto di conferma di tale testo. Altro è dire che, una volta modificato il cumulo accostandolo alla c.d. totalizzazione, possono essere previsti meccanismi diversi ed alternativi che varrebbero sempre e dalla parte appellante.

Quanto alla possibile lettura dell'art. 2 della L. 29/79 inserita nel contesto normativo in cui è stata emanata non può che essere interpretata come prospettato dalla sentenza n.1246/2005 della Corte di Cassazione posto che nessuna utilità, ma al contrario una onerosità inutile, poteva derivare all'assicurato da una interpretazione diversa tale da consentire la ricongiunzione presso forme di previdenza autonome.

Questa interpretazione, per altro, prescinde dall'ulteriore motivo prospettato anche questo dalla difesa dell'istituto appellato, che porta a condividere la sentenza di

rigetto di primo grado relativa alla mancata sussistenza delle condizioni richieste dall'ultimo comma dell'art.1 della L.29/79 richiamate dall'art. 2 della stessa legge. Pacifico, infatti, che l'appellante non abbia quanto richiesto da tale norma e cioè: "La facoltà di cui al primo comma può essere esercitata dai lavoratori autonomi di cui al comma precedente che possano far valere, all'atto della domanda, un periodo di contribuzione di almeno cinque anni immediatamente antecedente nell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti oppure in due o più gestioni previdenziali diverse dalla predetta assicurazione generale obbligatoria" in quanto in tale ultimo periodo il P. è stato iscritto sempre in una gestione autonoma. Conseguentemente anche questo ulteriore dato formale, unitamente alla questione interpretativa prospettata, rende l'appello non accoglibile.

Relativamente all'aggiornamento della posizione contributiva previdenziale del ricorrente si rileva che lo stesso è stato realizzato come provato documentalmente dall'istituto che, per altro, ha bene evidenziato che la domanda relativa a tale riliquidazione in primo grado poteva, a stretto rigore interpretativo, considerarsi comunque inammissibile perché meramente esplorativa.

La natura della causa ed il periodo di proposizione della stessa determinano la compensazione delle spese del giudizio di secondo grado tra le parti.

(Omissis)

TRIBUNALI
Sezioni Civili

Prestazioni - Fondo di garanzia - Intervento - Pagamento oneri convenzionali pattuiti contrattualmente - Esclusione.

Tribunale di Bergamo - 13.12.2007, n. 1137 - Dott.ssa Troisi - D.M.R. e altri (Avv. Baschenis) - INPS (Avv. Collerone).

L'intervento del Fondo di Garanzia non prevede anche il pagamento, da parte dello stesso, sulla sorte capitale dovuta, degli interessi convenzionali pattuiti dalle 00.SS. in sede di contrattazione collettiva qualora il datore di lavoro paghi in ritardo od ometta di pagare le somme dallo stesso dovute.

FATTO — Con ricorso depositato il giorno 7.08.2006, D. M. R., D. G. G., D. M., M. A., M. O., P. E., P. S., P. G., P. D. P., P. G., R. A., R. D., S. G., S, R., S. M. G., S. A. L., S. C., T. E., T. A, B, Z. L., Z. D., Z. F.. G., instavano avverso il Fondo di Garanzia istituito presso l'INPS, domanda di pagamento di dettagliate somme di denaro a titolo di interessi convenzionali maturati sulle ultime tre mensilità.

A fondamento delle pretese sostenevano di aver lavorato, quali operai, alle dipendenze della società TINTORIA S. (che applicava il CCNL Industrie Tessili) sino all'anno 2001, che il datore di lavoro era stato dichiarato fallito giusta sentenza del Tribunale di Busto Arsizio nel 2002, che avevano quindi presentato domanda di insinuazione al passivo della procedura in relazione ai crediti maturati nel corso del rapporto di lavoro e che la domanda aveva avuto esito favorevole, poiché era stato riconosciuto in loro favore, in via privilegiata e in prededuzione l'importo relativo a ciascun credito maturato, oltre interessi calcolati al tasso convenzionale e la rivalutazione monetaria.

Narravano che avevano inoltrato domanda all'INPS per ottenere l'erogazione dal Fondo di Garanzia di cui all'art. 2 L.297/82 della liquidazione delle predette somme e che l'ente previdenziale aveva corrisposto l'importo capitale e gli interessi sul TFR, ma non gli interessi al tasso convenzionale sulle ultime tre mensilità.

Sostenevano che, allorché il datore di lavoro venga assoggettato a procedura concorsuale, il Fondo di Garanzia si sostituisce ad esso nell'adempimento dell'obbligazione relativa al pagamento al lavoratore di quanto dovuto a titolo di TFR e ultime tre mensilità unitamente agli accessori, realizzandosi un accollo cumulativo ex lege nella medesima obbligazione contributiva del datore di lavoro.

Sostenevano che era illegittima la decisione dell'Inps che aveva negato loro la corresponsione degli interessi convenzionali, previsti dal CCNL di settore, e, ritenuta sussistente un'ipotesi di accollo integrale da parte dell'Istituto previdenziale, concludevano chiedendo la condanna dell'Istituto convenuto al pagamento delle somme che ciascuno di essi vantava a titolo di interessi convenzionali maturati sulle ultime tre mensilità.

L'Inps, costituitosi tempestivamente in giudizio, resisteva alla domanda, sostenendo in particolare di non essere tenuto alla erogazione degli interessi contrattuali previsti dal CCNL Tessili (tasso ufficiale di sconto + 5%) alla luce di una corretta interpretazione della disciplina legislativa e della stessa normativa contrattuale.

L'Istituto concludeva chiedendo il rigetto del ricorso.

La causa veniva istruita con produzione documentale.

All'odierna udienza, sulle conclusioni rassegnate dalle parti la causa era discussa e decisa con sentenza, del cui dispositivo era data pubblica lettura.

DIRITTO — Il ricorso proposto da D. M. R., D. G, G., D. M., M. A., M. O., P. E., P. S., P. G., P. D. P., P. G., R. A., R. D., S. G., S. R., S. M. G., S. A. L., S. C., T. E., T. A. B., Z. L., Z. D., Z. F. G., è risultato infondato e pertanto deve essere rigettato.

I ricorrenti fondano la loro domanda sulle previsioni del CCNL Tessili, pacificamente applicato al rapporto. L'art. 47 del CCNL Tessili dispone che il pagamento della retribuzione deve avvenire entro sette giorni dalla maturazione della stessa e, che, qualora il datore ritardi oltre 10 gg., questi è tenuto a corrispondere interessi nella misura del 2% in più del tasso ufficiale di sconto. Se il ritardo supera i 30 gg. decorrono di pieno diritto interessi nella misura del 5% in più del tasso ufficiale di sconto. Nel caso in cui l'azienda ritardi il pagamento oltre 15 giorni il lavoratore può risolvere il rapporto di lavoro con diritto all'indennità sostitutiva del preavviso.

La direttiva della comunità Europea 987 del 1990 richiedeva agli Stati di adottare misure a tutela dei diritti dei lavoratori subordinati, in caso di procedure concorsuali e di insolvenza del datore di lavoro. La legge di attuazione 297/82 ha, allora, previsto l'istituzione presso l'INPS del Fondo di Garanzia per il Trattamento di Fine Rapporto (v. Art. 2 comma I), con funzione di accollo dei pagamenti a titolo di TFR, e previsione di un successivo meccanismo di recupero nei confronti del datore di lavoro e della procedura concorsuale, attraverso la surroga nei diritti e nel privilegio del lavoratore (v. art. 2, comma VII).

Successivamente, il decreto legislativo 27 gennaio 1992 n. 80, attuativo, a sua volta, della delega di cui all'art. 48 legge 29 dicembre 1990 n. 428, ha previsto l'intervento del medesimo Fondo, alimentato finanziariamente mediante aumento dei contributi già corrisposti al Fondo per il trattamento di fine rapporto, per i crediti di lavoro relativi agli ultimi tre mesi del rapporto, i quali, peraltro, sono garantiti entro un certo massimale, non sono compatibili con redditi alternativi ricevuti dal lavoratore nello stesso periodo, sono prescrittibili entro il breve termine di un anno, e comprendono gli accessori, decorrenti dalla data di presentazione della relativa domanda.

Orbene, la natura della prestazione resa dal Fondo deve qualificarsi come retributiva, data l'erogazione - è ben vero - di una assicurazione sociale ma attraverso il pagamento dello stesso TFR e delle stesse mensilità, in virtù di una "sostituzione" e mediante la previsione di una sostanziale responsabilità solidale dell'Istituto Previdenziale e del datore di lavoro. Si prova in tal modo che non viene corrisposta un'indennità o un beneficio, ma esattamente il medesimo emolumento retributivo differito, cui sarebbe tenuto il datore. D'altronde, secondo i principi generali dell'Istituto, l'accollo comporta, l'aggiungersi di un nuovo debitore al debitore principale, da escutersi eventualmente in via sussidiaria, con effetto di successione a titolo particolare nel debito e con persistenza delle garanzie e delle eccezioni annesse al credito originario.

Il discorso trova però un suo limite per quanto riguarda l'applicazione degli interessi convenzionali, in quanto il contenuto proprio dell'obbligazione che passa in capo al fondo è limitato dalle disposizioni legali.

A questo risultato conduce una serie di concorrenti argomentazioni.

Innanzitutto vale considerare che l'art. 429 c.p.c. ha cristallizzato la valutazione del danno che deriva al lavoratore da ritardo nei pagamenti delle retribuzioni e ha ritenuto satisfattivo il cumulo della rivalutazione con gli interessi legali.

La presunzione di soddisfazione di ogni danno vale tanto nel caso in cui si tratta di retribuzione, che si fonda su una assicurazione sociale.

Inoltre, le SS.UU. avevano dettato con la fondamentale sentenza n. 13991 del 2002 il seguente principio di diritto: "Il credito del lavoratore per il trattamento di fine rapporto e per gli emolumenti relativi agli ultimi tre mesi del rapporto non muta la propria natura retributiva quando, in forza della legge 29 maggio 1982 n. 297 e del D.Lgs. 27 gennaio 1992 n. 80, sia fatto valere nei confronti del Fondo di garanzia gestito dall'INPS per l'insolvenza o l'inadempimento del datore di lavoro, ed è quindi comprensivo, come di regola, degli interessi legali e della rivalutazione monetaria, restando inapplicabile il divieto di cumulo di tali accessori stabilito dall'art. 16, sesto comma, legge 30 dicembre 1991 n. 412".

Ancora, la previsione contrattuale di cui all'art. 47 CCNL ha carattere sanzionatorio, presupponendo un comportamento soggettivamente colposo ed inadempiente del datore di lavoro, fino a prevedere la risoluzione per giusta causa da parte del lavoratore qualora siano superati i 15 gg. di ritardo.

Essa, quindi, mostra di riferirsi al singolo rapporto tra datore di lavoro e lavoratore e opera una integrazione della reciproca relazione obbligatoria, in via sanzionatoria e in generale disciplinatoria.

Infine l'art. 2, primo e quinto comma, D.Lgs. 27 gennaio 1992 n. 80 stabilisce che per il pagamento degli emolumenti diversi dal trattamento di fine rapporto e inerenti agli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro gli interessi e la rivalutazione monetaria sono dovuti dalla data di presentazione della domanda e che il relativo diritto si prescrive in un anno. In ciò si è inteso mutare alcuni aspetti essenziali del debito originario del datore di lavoro, stabilendo in soldoni sia l'esonero dal pagamento degli interessi e della rivalutazione monetaria limitatamente al tempo antecedente alla domanda proposta dall'interessato, sia un termine breve di prescrizione, cosi determinando un apposito dettato normativo, che, limitando il credito del lavoratore, tiene conto degli interessi dell'Ente Pubblico erogante e della peculiarità del rapporto.

Dunque concludendo, per quanto il Fondo è, in linea generale, tenuto al medesimo debito retributivo del datore di lavoro, nel suo intero ammontare, non lo si considera obbligato agli interessi convenzionali, perché per interpretazione sistematica attraverso le varie disposizioni, si deve tener conto della soddisfazione del credito alimentare del lavoratore (attraverso il meccanismo dell'art. 429 c.p.c.), della natura dell'Ente Pubblico erogante e della peculiarità del rapporto.

Le domande vanno pertanto rigettate. La natura delle parti induce a compensare integralmente le spese di lite tra le parti.

(Omissis)

Contributi - Inquadramento - Rettifica - Affidamento - Irrilevanza.

Tribunale di Palermo - 29.09/29.12.2006, n. 3956 - Dott. Lo Bello - Gruppo Battellieri del Porto di Palermo soc. coop. a r.l. (Avv. Migliorino) - INPS, SCCI (Avv. Cola, Madonia).

Il consolidamento di una illegittima situazione di fatto non può equivalere a confessione né ad acquiescenza da parte dell'Ente previdenziale, tali da fondare un'aspettativa contra legem. *Correttamente l'Ente previdenziale può modificare il precedente inquadramento ove questo non risulti più aderente alla natura dell'attività svolta dall'impresa, ovvero sia frutto di errore in cui l'ente è incorso.*

FATTO — Con ricorso depositato in data 5 febbraio 2003 la società ricorrente indicata in epigrafe conveniva in giudizio l'INPS, chiedendo:

a) dichiararsi il proprio diritto al rimborso delle somme derivanti dall'applicazione della sentenza n. 261/61 della Corte Costituzionale a titolo di fiscalizzazione degli oneri sociali mai goduta e per l'effetto condannare parte convenuta al pagamento della somma di f. 385.139.509 maggiorata degli accessori dalla data della domanda giudiziale;

b) dichiarare l'illegittimità dell'applicazione retroattiva della revisione dell'inquadramento operata d'ufficio dall'Ente di previdenza e quindi non dovute le somme restituite a partire dal gennaio 1982, con relativa condanna alla restituzione della somma di f. 263.313.669;

c) dichiarare in subordine che per la contribuzione restituita a seguito dell'applicazione retroattiva dell'inquadramento disposto d'ufficio era intervenuta la prescrizione decennale e per l'effetto condannare l'INPS alla restituzione della somma di L 263.314.000, oltre accessori di legge.

A sostegno delle domande, premesso di esercitare attività di trasporto via mare di persone e merci, deduceva che a partire dalla sua costituzione era stata inquadrata nel settore industria, ramo trasporti, e successivamente, su richiesta, nel settore industria, ramo aziende armatoriali, lamentando che con decorrenza dal 16.5.1994 l'Istituto convenuto aveva disposto d'ufficio il mutamento dell'inquadramento nel settore industria trasporti, ramo attività ausiliarie del settore trasporti.

Osservava, in relazione alla domanda di cui al punto a), di avere chiesto - in seguito alla sentenza della Corte Costituzione - il rimborso entro i limiti della prescrizione delle somme precedentemente non conguagliate a titolo di fiscalizzazione degli oneri sociali, precisando che dopo il versamento della prima rata l'Istituto aveva sospeso il pagamento per la sussistenza di omissioni contributive.

Aggiungeva che con nota del 21.4.1994, pervenutale il 16.5.1994, l'INPS aveva comunicato di modificare con effetto retroattivo il precedente inquadramento, procedendo al contestuale annullamento delle tre posizioni contributive che frattanto essa opponente aveva chiesto ed ottenuto di aprire per ciascuno dei natanti di cui era dotato; evidenziava di avere quindi provveduto a restituire quanto conguagliato a partire dal

gennaio 1982 sino alla data di modifica dell'inquadramento, per poi contestarne in via amministrativa la retrodatazione ritenendola illegittima.

Ritualmente instauratosi il contraddittorio, resisteva in giudizio l'INPS in proprio e nella qualità di mandataria della S.C.CI. S.p.a., che eccepiva preliminarmente l'improcedibilità della domanda ai sensi dell'alt. 443 c.p.c. per l'omessa proposizione del ricorso amministrativo, contestando la fondatezza del ricorso del quale chiedeva il rigetto.

Precisava, in particolare, che la società ricorrente era stata inquadrata fin dall'inizio dell'attività nel ramo industria, settore attività ausiliarie, con il connesso obbligo del versamento dei contributi del SSN, di malattia e maternità e che in data 2.12.2001 aveva presentato tre distinte domande di iscrizione per attività di trasporti via mare con motobotti; aggiungeva che detti natanti erano stati inquadrati nel ramo industria trasporti marittimi, poiché nelle domande di iscrizione non era stato specificato che il personale imbarcato era quello già adibito ai servizi portuali per i quali vi era già un'iscrizione, e che una volta venuto a conoscenza di tale circostanza con lettera del 16.5.1994 aveva comunicato alla società ricorrente l'annullamento delle tre posizioni, restando confermato l'inquadramento nel ramo industria ausiliaria trasporti.

Sospesa per l'esperimento del ricorso amministrativo, la controversia veniva istruita documentalmente; indi, autorizzato il deposito di note, all'udienza del 29 settembre 2006 i procuratori delle parti discutevano la causa, che - sulle conclusioni di cui ai rispettivi atti difensivi - è stata decisa come da separato dispositivo.

DIRITTO — È documentalmente provato che:

la ricorrente è stata inquadrata fin dalla sua costituzione nel ramo industria, settore attività ausiliarie, con conseguente obbligo di versare all'INPS la contribuzione del SSN, di malattia e maternità (cfr. certificazione rilasciata dal reparto riscossione INPS);

- in data 12.12.1991 la società ha presentato all'INPS domanda di iscrizione di tre natanti in forza al gruppo, per l'applicazione delle norme assicurative e previdenziali nei confronti dei lavoratori ivi addetti;

- in accoglimento di dette istanze, l'INPS ha provveduto all'attribuzione a ciascuna motonave di un numero di matricola, con inquadramento nel ramo industria trasporti marittimi;

- con nota del 21.4.1994 l'Ente di previdenza ha annullato le tre posizioni attribuite ai natanti, confermando l'inquadramento dell'azienda al ramo industria trasporti - attività ausiliarie (cfr. provvedimento del 21.4.1994).

Orbene, osserva la difesa dell'Istituto che il provvedimento impugnato non rappresenterebbe una variazione di inquadramento dell'azienda, quanto piuttosto il mero atto di annullamento delle posizioni attribuite ai tre natanti, non correttamente inquadrate per l'errore indotto dalla omessa specificazione di una condizione rilevante, rappresentata dal fatto che il personale in essi impiegato era quello adibito ai servizi portuali già denunciati dall'opponente.

Ritiene di contro parte attrice che l'Ente di previdenza aveva conoscenza legale del fatto che il personale imbarcato fosse il medesimo di precedentemente iscritto alla matricola assegnata al Gruppo.

Tanto premesso, giova evidenziare che secondo il consolidato indirizzo del Supremo Collegio in forza del potere di autotutela spettante, in via generale, alle pubbliche amministrazioni, l'INPS è legittimato a compiere atti di verifica, di rettifica e di valutazione di situazioni giuridiche preesistenti, nonché ad annullare d'ufficio, con effetto *"ex rune"*, qualsiasi provvedimento che risulti *"ab origine"* adottato in contrasto con la normativa vigente; ne deriva che *"Correttamente l'INPS può modificare il precedente inquadramento ove questo non risulti più aderente alla natura dell'attività svolta dall'impresa, ovvero sia frutto di errore in cui l'Ente è incorso"* (cfr. Cass. civ. n. 9395/91 (1)).

Irrilevante, pertanto, è la qualificazione assegnata dal datore di lavoro che - trattandosi di materia sottratta alla sua disponibilità, perché destinata al perseguimento di un interesse pubblico sul quale non possono prevalere interessi individuali - non può pretendere il riconoscimento di benefici contributivi mediante un negozio in frode alla legge in mancanza dei necessari presupposti. Così analogamente il consolidamento di una illegittima situazione di fatto non può equivalere a confessione e men che meno ad acquiescenza da parte dell'Ente di previdenza, tali da fondare un'aspettativa *contro legem*.

Tale è la situazione verificatasi nella vicenda in esame: ed infatti a fronte dell'inquadramento attribuito alla ricorrente nel ramo industria, settore attività ausiliarie (circostanza, quest'ultima, non adeguatamente smentita dalla società), l'INPS ha erroneamente provveduto ad assegnare a tre natanti in forza al Gruppo l'inquadramento nel ramo industria trasporti marittimi, errore indubbiamente determinato dall'omessa comunicazione da parte della società di elementi decisivi, quali il precedente impiego dello stesso personale assegnato alle motonavi ai servizi portuali, per i quali vi era già un'iscrizione.

È evidente che l'effetto sperato dalla società configgerebbe con il dato normativo offerto dalla L. n. 413/84 che all'art. 6, lett. e), esclude l'applicabilità del sistema pensionistico dei lavoratori marittimi *"ai soggetti che in virtù del rapporto di lavoro esplicano contemporaneamente attività marittima con carattere accessorio rispetto all'attività principale; nei confronti dei medesimi continuano ad applicarsi le norme previdenziali concernenti il rapporto di lavoro principale"*.

Alla stregua delle osservazioni che precedono non può che reputarsi legittimo il provvedimento impugnato, con il conseguente rigetto del ricorso.

Va conclusivamente respinta l'istanza formulata da entrambi procuratori all'udienza di discussione del 29.9.2006 ai sensi dell'art. 89 c.p.c, trattandosi di frasi che ad avviso del decidente non superano i *"limiti di correttezza e civile convivenza entro cui va contenuta l'applicazione della difesa"*, come richiesto a tal fine dal Supremo Collegio (cfr Cass. civ. n. 2188/92), e rientrando all'opposto nella normale dialettica processuale.

La particolarità e complessità delle questioni trattate giustificano nondimeno l'integrale compensazione tra le parti del presente giudizio.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1992, p. 79

Prestazioni - Fondo di garanzia - Intervento - Condizioni - Cessazione rapporto di lavoro - Necessità.

Tribunale di Pistoia - 10.9.2007, n. 827 - Dott. De Marzo - INPS (Avv.ti Colella, Falso, Imbriaci, Zaffino) - S.I. (Avv. Bruni).

II Fondo di garanzia non può intervenire allorquando il rapporto di lavoro non sia cessato (Nel caso di specie il datore di lavoro fallito per il quale il lavoratore aveva lavorato, prima di fallire, aveva stipulato un contratto di affitto di ramo di azienda avente ad oggetto anche i rapporti di lavoro).

FATTO — Con ricorso depositato il 31 luglio 2007, l'INPS ha proposto opposizione avverso il decreto emesso dal Tribunale di Pistola il 13 luglio 2007 e notificato il 30 luglio 2007, con il quale gli era stato ingiunto il pagamento della somma di euro 9.564,42, oltre spese del procedimento. L'Istituto ha eccepito l'improponibilità della domanda dal momento che - avverso il rigetto dell'istanza presentata ex art. 2 l. 297/1982 la lavoratrice non aveva proposto il gravame amministrativo, costituente condizione di procedibilità ex art. 443 c.p.c. Nel merito, l'INPS ha contestato la pretesa, sottolineando che, in data 29 agosto 2005, ben prima della sentenza dichiarativa di fallimento del datore di lavoro P. M. (8 marzo 2006), quest'ultimo aveva affittato il ramo d'azienda alla P. Collection s.r.l., con il conseguente trasferimento del personale a far data dal 1° settembre 2005. Pertanto non era intervenuta alcuna cessazione del rapporto di lavoro.

Nel costituirsi in giudizio, la lavoratrice ha rilevato l'infondatezza dell'eccezione di improcedibilità, dal momento che l'INPS non aveva completato il procedimento scaturito dalla sua istanza nel termine di sessanta giorni previsto dall'art. 2 l. 297/1982. Nel merito, l'opposta ha dedotto che, secondo il più recente indirizzo della S.C., unico presupposto della pretesa del lavoratore nei confronti del Fondo di Garanzia di cui all'art. 2 l. 297/1982 è l'accertamento del credito nei modi specificati da quest'ultima disposizione. Inoltre, nel contratto di affitto di ramo d'azienda, P. M. aveva delegato per il pagamento delle competenze maturate presso di sé la P. Collection s.r.l. In definitiva, era stata pattuita la liquidazione immediata dei crediti dei lavoratori maturati alla data del 31 agosto 2005, che erano stati resi esigibili, come se il rapporto con il P. fosse a tale data effettivamente cessato.

DIRITTO — L'opposizione è fondata.

Non sussiste l'eccepita improcedibilità della domanda, perché nel sistema normativo delineato dall'art. 2 L. 297/1992, proprio il termine di sessanta giorni per la liquidazione delle somme richieste dal lavoratore rappresenta il momento oltre il quale, in caso di persistente inerzia dell'Istituto, è possibile ricorrere all'autorità giudiziaria.

Tuttavia, nel merito, la pretesa della lavoratrice è priva di qualunque fondamento.

L'art. 2 sopra citato comincia con il disporre che è istituito presso I'Istituto nazionale della Previdenza Sociale il "fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto" con lo scopo di sostituirsi al datore di lavoro in caso di insolvenza del medesimo nel

pagamento del trattamento di fine rapporto, di cui all'art. 2120 del codice civile, spettante ai lavoratori o loro aventi diritto (comma 1)

È dunque evidente che il primo e sostanziale presupposto che giustifica l'intervento dell'ente pubblico (e quindi l'impiego di risorse pubbliche) per fronteggiare in tempi ragionevolmente rapidi l'esigenza del lavoratore di poter disporre delle somme che non ha conseguito a causa dell'insolvenza del datore di lavoro, è proprio la cessazione del rapporto, quale che ne sia la causa (art. 2120 c.c.).

L'art. 2 sopra citato, inoltre, pone a carico del lavoratore l'onere di insinuarsi nel passivo del datore di lavoro (quando, come nella specie, quest'ultimo sia assoggettato alle disposizioni della legge fallimentare) e individua, ai fini della proposizione della domanda al Fondo, il termine dilatorio di quindici giorni decorrenti dal deposito dello stato passivo, reso esecutivo ai sensi dell'art. 97 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, ovvero dalla pubblicazione della sentenza di cui all'art. 99 dello stesso decreto, per il caso siano state proposte opposizioni o impugnazioni riguardanti il suo credito, ovvero dalla pubblicazione della sentenza di omologazione del concordato preventivo.

Tale onere di attivarsi all'interno della procedura fallimentare di accertamento dei crediti rappresenta, nel sistema normativo delineato dall'art. 2 cit.., condizione necessaria, al fine di consentire all'INPS, una volta che abbia versato al lavoratore le somme pretese, di surrogarsi di diritto al lavoratore o ai suoi aventi causa nel privilegio spettante sul patrimonio dei datori di lavoro ai sensi degli artt. 2751-bis e 2776 del codice civile per le somme da esso pagate.

È da escludere, in particolare, che l'accertamento operato in sede fallimentare possa vincolare l'INPS che è soggetto estraneo al procedimento di verificazione dello stato passivo.

Al riguardo, va rilevato che, alla stregua della disciplina applicabile *ratione temporis* lo stato passivo col decreto del giudice è depositato in cancelleria, affinchè i creditori possano prenderne visione (art. 91, comma 2 l. fall.). Sempre i creditori, inoltre, dispongono del rimedio dell'opposizione di cui all'art. 98 l. fall. Quanto alla possibilità di esperire il reclamo di cui all'art. 26 l. fall., va rilevato che l'INPS, sino a quando non abbia eseguito i pagamenti di cui all'art. 2 l. 297/1982, non è surrogato ai creditori e soprattutto può non avere alcuna contezza della procedura. Proprio quest'ultimo profilo rende evidente l'illegittimità costituzionale di un'interpretazione del sistema che, a dispetto del principio sancito dall'art. 24 Cost., rendesse vincolante per l'Istituto l'accertamento operato, senza la sua partecipazione.

Ciò posto, va rilevato che la scrittura privata del 29 agosto 2005 con la quale s'è realizzato l'affitto di ramo d'azienda commerciale tra il P. e la P. Collection s.r.l. è certamente antecedente alla data della dichiarazione di fallimento del P. (8 marzo 2006). Oggetto dell'affitto sono anche i rapporti di lavoro (art. 2, punto 5). Del resto, che il rapporto non sia cessato è ammesso dalla stessa parte opposta, quando afferma nella memoria di costituzione che, per effetto delle pattuizioni contenute in tale scrittura - e che verranno esaminate infra -, il credito per il t.f.r. era stato reso esigibile "come se il rapporto a detta data fosse stato effettivamente cessato".

Se così è, viene a mancare proprio il presupposto sostanziale indicato in principio della presente motivazione per far luogo all'intervento dell'INPS, ossia la cessazione del rapporto di lavoro cui si correla il sorgere del diritto al t.f.r.

Va aggiunto che le pattuizioni contenute nella scrittura privata da ultimo indicata, nel porre a carico del concedente P. le somme relative a t.f.r. maturato sino al 31 agosto 2005 (art. 2, punto 6) e nel prevedere che per realizzare la provvista necessaria si sarebbe provveduto ad utilizzare, a mezzo di delegazione di pagamento, le somme dovute come corrispettivo dell'affitto (art. 5), non incidono minimamente sulla sorte dei rapporti di lavoro (che continua con l'affittuario ex art. 2112, commi 1 e 5 c. c.), ma regolano, dal punto di visto economico, l'incidenza che i debiti pregressi del P. assumono nella determinazione del peso, per l'affittuaria, del canone di affitto. In realtà, poiché il rapporto di parte opposta non è affatto cessato, non meraviglia affatto che la P. Collection s.r.l. non abbia liquidato il t.f.r., come constata la stessa opposta al termine della sua memoria.

Va aggiunto, per completezza di motivazione, che le sentenze citate dall'opposta non hanno alcun rilievo ai fini del decidere, dal momento che all'esclusivo fine di individuare il *dies a quem* del termine di prescrizione della pretesa del lavoratore nei confronti dell'INPS, esse valgono a sterilizzare il tempo occorrente per l'accertamento del passivo, impedendo, in coerenza con l'art. 2935 c.c., che, pendendo la procedura di verificazione (ossia quando ex lege 297/1982 il diritto non può essere fatto valere), possa decorrere tale termine.

Le spese seguono la soccombenza. Tenuto conto della natura e del valore della controversia nonché delle questioni trattate, si liquidano come da dispositivo.

(Omissis)

Prestazioni - Indennità di disoccupazione - Presupposti - Inattività lavorativa involontaria - Sussistenza in caso di esercizio di lavoro autonomo - Esclusione.

Tribunale di Roma - II Sez. Lav. - 28.02.2008, n. 3188 - Dott. Boghetich - P. F.(Avv. Malandrino) - I.N.P.S. (Avv. Caruso).

La produzione di reddito (da lavoro autonomo) costituisce una situazione di fatto che esclude il presupposto dell'inattività lavorativa involontaria posto a base dell'intervento dell'assicurazione contro la disoccupazione involontaria che sopperisce allo stato di bisogno che (normalmente) si verifica all'atto della risoluzione del rapporto di lavoro.

FATTO — Con ricorso depositato il 27.3.2007 il ricorrente indicato in epigrafe adiva questo Tribunale lamentando la vantata ripetizione, da parte dell'Inps, per l'anno 2004, dell'indennità di disoccupazione già erogata nonché la mancata erogazione della

medesima indennità per l'anno 2005, nonostante la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 7, comma 3, decreto legge n. n. 86 del 1988 (ossia la prestazione di 151 giornate di attività lavorativa subordinata per l'anno 2004 e di 182 giornate per l'anno 2005). Chiedeva, pertanto, l'accertamento del diritto a percepire l'indennità di disoccupazione per l'anno 2005 e la condanna dell'INPS al pagamento della prestazione nonché l'accertamento della corretta erogazione dell'indennità per l'anno 2004 e l'accertamento della irripetibilità delle somme già riscosse. Con vittoria di spese ed onorari. Produceva documenti.

Radicatosi il contraddittorio, l'INPS eccepiva la titolarità, da parte del ricorrente, di una ditta individuale ed il possesso di partita IVA. Rilevata l'insussistenza del diritto alla disoccupazione a favore di lavoratori autonomi per il periodo decorrente dall'iscrizione alla data di cancellazione nella gestione separata e/o all'albo professionale, chiedeva il rigetto del ricorso con declaratoria di non debenza dell'indennità richiesta per gli anni 2004 e 2005.

All'udienza del 15.11.2007 parte ricorrente produceva documentazione fiscale concernente la modesta entità degli introiti percepiti a seguito dell'esercizio di attività di lavoro autonomo, produzione consentita in considerazione della necessità di replica a specifica contestazione di parte convenuta. All'odierna udienza, acquisite note delle parti ed esaurita la discussione, la causa è stata decisa.

DIRITTO — La domanda volta al riconoscimento del diritto alla riscossione della indennità di disoccupazione a requisiti ridotti per gli anni 2004 e 2005 non appare fondata ed il ricorso va, pertanto, respinto.

Rileva il ricorrente come unico requisito per l'insorgere del diritto preteso (trattandosi di lavoratore del settore dello spettacolo) è, ai sensi dell'art 7, comma 3, decreto legge n. 86 del 1988 (convertito in legge n. 160 del 1988), lo svolgimento di attività di lavoro subordinato per un numero minimo di giornate (78 giorni).

La sussistenza del suddetto requisito è circostanza pacifica tra le parti (prestazione di attività lavorativa, da parte del ricorrente, per 151 giornate nell'anno 2004 e per 182 giornate nell'anno 2005).

È necessario, peraltro, porsi il problema della compatibilità della corresponsione dell'indennità di disoccupazione in presenza di esercizio (o di potenziale esercizio desunto dall'iscrizione in una gestione separata o in un albo professionale) di attività di lavoro autonomo o parasubordinato da parte dell'istante: questo è, invero, il contenuto dell'eccezione proposta dall'Inps.

Ebbene, va considerato che l'indennità di disoccupazione a requisiti ridotti costituisce una applicazione estensiva (ossia a categorie di lavoratori tipicamente precari) dell'indennità di disoccupazione ordinaria: ciò è reso evidente dal tenore letterale dell'art 7 del decreto legge n. 86 del 1988 (che parla di *"indennità ordinaria di disoccupazione"*) e dalla collocazione della disciplina nell'ambito di un articolo che disciplina la misura dell'indennità di disoccupazione prevista dal regio decreto legge n. 1827 del 1935 (convertito nella legge n. 798 del 1936). La riduzione riguarda, infatti, esclusivamente i requisiti necessari per percepirla e, correlativamente, il numero di giornate coperte dall'indennità.

L'indennità (ordinaria) di disoccupazione involontaria è tipico strumento di inter-

vento di sicurezza sociale ed ha la precipua funzione di sopperire ad una situazione di crisi economica sopravvenuta consistente nella inattività che deriva dall'estinzione di un rapporto di lavoro.

L'istituto ha, quindi, lo scopo di consentire il mantenimento di un certo tenore economico che risultava garantito dallo svolgimento di attività lavorativa (di carattere subordinato).

Ebbene, l'iscrizione in una gestione separata e/o il possesso di partita IVA integra una presunzione di esercizio di attività lavorativa, in regime di autonomia o parasubordinazione, come è dimostrato, nel caso di specie, dal reddito prodotto nel 2005, pari a € 900,00, (cfr. dichiarazione redditi anno 2006, in atti). L'entità del reddito da lavoro autonomo prodotto non costituisce elemento significativo, dipendendo direttamente dalle capacità e dall'iniziativa del singolo lavoratore (la cui mancanza di perizia o di diligenza non può ricadere in senso negativo sull'ente previdenziale).

La produzione di reddito (da lavoro autonomo) costituisce una situazione di fatto che collide con il presupposto della inattività lavorativa posto a base dell'intervento di sicurezza sociale. Infatti, la funzione previdenziale dell'indennità di disoccupazione è quella di sopperire allo stato di bisogno che (normalmente) si verifica all'atto della risoluzione del rapporto di lavoro. Nel caso di esercizio di lavoro autonomo manca il presupposto costitutivo posto a fondamento dell'istituto ossia l'instaurarsi (a seguito di cessazione di rapporti di lavoro subordinato) di inattività lavorativa involontaria.

Da un punto di vista generale di conformità ai principi costituzionali, l'opzione ermeneutica esposta risulta rispettosa della *"ratio"* sottesa alla provvidenza previdenziale in esame che, alla stregua dell'art 38 Cost., induce a preferire soluzioni volte a riconoscere detta prestazione solo in presenza di effettivi bisogni, ed a rifuggire da soluzioni suscettibili di creare ingiustificate disparità di trattamento nell'area di quanti dette prestazioni rivendicano, quale quella che finirebbe per crearsi con riferimento ai requisiti per usufruire delle stesse, tra coloro che sprovvisti totalmente di mezzi di sostentamento chiedono detta prestazione e quanti, invece, avendo altre attività lavorative pretendono un perdurante godimento pur in presenza di mutate, e più favorevoli, condizioni reddituali.

Le spese di lite vanno compensate in ragione della complessità ed originalità della questione affrontata.

(Omissis)

Dismissione del patrimonio immobiliare degli enti previdenziali - Riduzione del prezzo di vendita - Art. 3, comma 20 legge n. 410/2001 e art. 1 legge n. 104/2004 - Manifestazione di volontà - Necessità - Manifestazione della propensione all'acquisto - Irrilevanza.

Tribunale di Roma - 22.11.2007, n. 22898 - Dott. Curatola - D'A. (Avv.ti D'Apollonio e Marzano) - INPS e SCIP (Avv.ti Collina, De Ruvo, Carcavallo, Ferrazzoli) - Ministero dell'Economia e delle Finanze (Avvocatura Distrettuale dello Stato).

Nell'ambito della procedura di dismissione degli immobili degli enti pubblici, affinché il conduttore acquirente possa beneficiare della riduzione del prezzo pagato, come previsto dagli artt. 3 comma 20 della legge n. 410/2001 e art. 1 della legge n. 104/2004, è irrilevante che lo stesso abbia inviato la risposta all'indagine conoscitiva effettuata dall'Ente proprietario - al fine di individuare gli immobili con forte propensione all'acquisto -, non qualificabile come manifestazione della volontà di acquisto.

FATTO — Con atto di citazione notificato il 21.10.2004, D'A. L. esponeva che:

A) aveva condotto in locazione sin dal 1974 l'appartamento sito in Roma, Via F. P. de Calboli n.60 int.2, di proprietà dell'I.N.P.S.;

B) il fabbricato era stato ricompreso nell'ambito della procedura di cartolarizzazione giusta decreto dell'Agenzia del Demanio del 31.5.2002 n.18768 ed era stato trasferito alla "S.C.I.P. S.r.l." con decreto del 21.11.2002;

C) in data 3.7.2003 l'I.N.P.S. aveva comunicato che lo stabile era stato posto in vendita con prelazione in favore dei conduttori;

D) con raccomandata del 7.7.2003 l'istante aveva comunicato la sua irrevocabile volontà di esercitare il diritto di opzione all'acquisto dell'intera proprietà dell'unità immobiliare;

E) il 3.10.2003 la S.C.I.P. S.r.l. aveva ceduto e trasferito le unità immobiliari facenti parte dello stabile ai legittimi assegnatari che avevano esercitato il diritto di opzione all'acquisto (al netto dei ribassi del 30% e dell'ulteriore 10% previsti dalla normativa vigente);

F) la legge n. 104/04 aveva disposto che il prezzo di vendita delle unità immobiliari ad uso residenziale oggetto di cartolarizzazione doveva essere determinato sulla base dei valori di mercato del mese di ottobre 2001; tale disposizione era applicabile anche agli immobili venduti prima della data di entrata in vigore della nuova normativa;

G) di conseguenza, con raccomandata del 7.7.2004 l'istante aveva chiesto il rimborso di quanto versato in eccedenza (pari a € 133.959,88).

Tutto ciò premesso, l'attore conveniva il giudizio il "Ministero dell'Economia e delle Finanze", l'"I.N.P.S," e la "S.C.I.P. S.r.l." affinchè venissero condannati al pagamento della predetta somma.

Costituitesi in giudizio, le parti convenute contestavano in fatto e in diritto la domanda proposta dal D'A.

Esaurita la fase istruttoria, all'udienza del 22.9.2006 le parti precisavano le rispettive conclusioni e la causa veniva trattenuta in decisione con assegnazione del termine di cui all'art.190 c.p.c.

DIRITTO — 1. — In primo luogo, deve essere respinta l'eccezione di difetto di

giurisdizione sollevata dal Ministero.

In effetti, in materia di dismissioni del patrimonio immobiliare degli enti pubblici la normativa succedutasi nel tempo ha previsto specifiche procedure ad evidenza pubblica per la selezione del contraente.

Dalla prima fase, di natura pubblicistica, caratterizzata dall'esercizio di poteri finalizzati al perseguimento di interessi pubblici (con correlate posizioni di interesse legittimo del privato) va distinta la fase successiva, di natura privatistica, nella quale la posizione dell'assegnatario assume natura di diritto soggettivo per l'assenza di qualsiasi apprezzamento discrezionale della Pubblica Amministrazione.

Nella fattispecie, il D'A. ha chiesto che venga accertato il proprio diritto al rimborso del maggior prezzo pagato per l'acquisto dell'appartamento, cosi come fissato dall'Ente sulla base dei parametri introdotti dalla legge.

Non vi è dubbio, quindi, che l'attore ha fatto valere una posizione giuridica avente natura di diritto soggettivo, per cui, applicando i principi generali, va affermata la giurisdizione del giudice ordinario, costituendo questione di merito l'accertamento della effettiva sussistenza del diritto azionato.

2 — Nel merito, la domanda proposta dalla parte attrice non appare fondata.

Com'è noto il programma di dismissione degli immobili, pubblici si è svolto attraverso un processo articolato e complesso, che ha avuto inizio con l'emanazione del D.Lgs 16 febbraio 1966 n.104.

L'art 6 di tale disposizione legislativa prevedeva:

a) un piano di alienazione, in cui inserire prioritariamente gli edifici con forte propensione all'acquisto da parte degli assegnatari;

b) un prezzo di vendita determinato dall'Ente proprietario sulla base del valore della rendita catastale, moltiplicato per 100;

c) l'esclusione dal piano di alienazione di talune categorie di immobili, tra cui quelli di pregio (art.1, comma 3 lettera b), oggetto di separata disciplina (legge 23 dicembre 1999 n. 488).

Successivamente, il prezzo di vendita delle unità immobiliari è stato fissato sulla base del prezzo di mercato, decurtato del 30% (legge 23.12.96 n.662) mentre un programma straordinario di dismissione è stato previsto dal D.L. n.79/97. convertito in Iegge n.140/97.

II DL. n.351/01 ha dettato nuove disposizioni in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico, prevedendo un sistema di cartolarizzazione.

In particolare, il predetto decreto ha statuito:

A) la costituzione di apposite società a responsabilità limitata alle quali trasferire i beni immobili;

B) il riconoscimento ai conduttori delle unità immobiliari ad uso residenziale di un diritto di opzione per l'acquisto in forma individuale e a mezzo di mandato collettivo, al prezzo determinato sulla base delle valutazioni correnti di mercato, diminuito del 30% (e di un ulteriore coefficiente in caso di acquisto collettivo);

C) l'alienazione con le modalità previste dal decreto, per gli immobili degli enti previdenziali pubblici non ancora venduti alla data del 31.10.2001.

D) l'alienazione al prezzo e alle altre condizioni indicate nell'offerta, per gli

immobili definitivamente offerti in opzione alla data di entrata in vigore del decreto (art. 3, comma 20).

La legge di conversione del decreto (legge n. 410/01) ha introdotto, però, una nuova disposizione all'art. 3, comma 20 disponendo precisamente quanto segue: *"Le unità immobiliari, escluse quelle considerate di pregio ai sensi del comma 13, per le quali i conduttori, in assenza della citata offerta in opzione, abbiano manifestato volontà di acquisto entro il 31 ottobre 2001 a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento, sono vendute al prezzo e alle condizioni determinati in base alla normativa vigente alla data della predetta manifestazione di volontà di acquisito"*.

La legge 24.4.2004 n.104, infine, ha dettato le seguenti disposizioni (art. 1): *"Il prezzo di vendita delle unità immobiliari ad uso residenziale, ai conduttori che abbiano manifestato, nelle ipotesi e con le modalità previste dal secondo periodo del comma 20 dell'articolo 3 del decreto-legge 25 settembre 2001 n. 351, convertito con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001 n. 410 e successive modificazioni, la volontà di acquisto entro il 31 ottobre 2001, è determinato, al momento dell'offerta in opzione e con le modalità di cui al comma 2, sulla base dei valori di mercato del mese di ottobre 2001"* (comma 1); *"Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche agli immobili venduti prima della data di entrata in vigore del presente decreto. Il rimborso per il maggior prezzo eventualmente pagato per le vendite già concluse è corrisposto ai relativi acquirenti dai soggetti originariamente proprietari degli immobili"* (comma 3).

3 — Passando all'esame del caso concreto, con il presente giudizio il D'A. ha dedotto di aver acquistato l'unità immobiliare con atto notarile del 3.10.2003 e ha chiesto l'accertamento del diritto al rimborso previsto dal citato art. 1, comma 3 della legge n. 104/04.

La stessa parte attrice ha rilevato di non aver manifestato la volontà di acquisto all'ente proprietario entro il 31.10.2001 come prescritto dalla legge n. 410/01 e dalla legge n. 104/04).

L'Ente, dal canto suo, ha comunicato la vendita dell'immobile con il diritto di prelazione in favore del conduttore con lettera del 3.7.2003.

Da ciò discende che alla data del 26.9.2001 non vi era stata alcuna offerta in opzione e che alla data del 31.10.2001 il conduttore non aveva espresso una valida manifestazione di volontà all'acquisto (presupposti previsti dall'art. 3, comma 20 della legge n. 410/01).

Al riguardo, nessuna rilevanza può assumere l'indagine conoscitiva sulla propensione all'acquisto e la conseguente lettera inviata il 24.8.1998 da P. M. A. (coniuge del D'A. e conduttrice dell'immobile).

In effetti:

1) l'atto dell'Ente proprietario diretto alla individuazione degli immobili con forte propensione all'acquisto da parte degli assegnatari non può ritenersi costitutivo di un vincolo giuridico per lo stesso Ente, non integrando l'inequivoca volontà di ricomprendere l'immobile tra quelli da inserire nel programma di dismissione (l'atto non costituiva una proposta contrattuale di vendita mancando una specificazione di tutte le condizioni di contratto nè il contratto avrebbe potuto essere perfezionato con la successiva manifestazione di volontà espressa dal conduttore, non qualificabile, a sua volta, come proposta di acquisto);

2) nel 1998, peraltro, l'immobile in oggetto non era stato ancora incluso in un piano di vendita; solo successivamente, con decreto del 31.5.2002. l'immobile è stato ricompreso nell'ambito della procedura di cartolarizzazione, in applicazione della legge n. 410/01.

In considerazione di' quanto sopra, si deve escludere che fattore possa vantare il diritto ad ottenere una riduzione del prezzo di vendita in forza delle disposizioni di cui all'art.3, comma 20 legge n.410/01 e all'art. 1 legge n.104/04.

4 — La parte attrice, in via subordinata, ha sollevato un'eccezione di illegittimità costituzionale "del combinato disposto di cui al comma venti dell'articolo 3 della legge n.410 del 23.11.2001 e dei commi 1 e 3 dell'articolo 1 della legge del 23.4.2004 n. 104, nella parte in cui subordinano il diritto al rimborso per il maggior prezzo eventualmente pagato per le vendite già concluse al preventivo invio, entro la data decadenziale del 31.10.2001, di una raccomandata a.r. contenente la manifestazione di volontà a rendersi" acquirenti, in relazione artt. 3 e 24 della Costituzione".

In sostanza, l'attore ha denunciato il fatto che una norma dello Stato pubblicata in Gazzetta Ufficiale in data 24.11.2001 abbia fissato un termine decadenziale per l'invio di una raccomandata a.r. (con la quale fissare il corrispettivo della compravendita) ad una data già scaduta (ossia al 30 ottobre 2001).

In effetti, con l'introduzione del comma 20 dell'art. 3 legge n. 410/01 il legislatore ha disposto che, per i contratti non ancora conclusi, il prezzo e le altre condizioni di vendita venissero determinati non sulla base della nuova normativa ma applicando le norme previgenti, limitatamente a due ipotesi;

1) unità immobiliari definitivamente offerte in opzione entro il 26.9.2001;

2) unità immobiliari per le quali i conduttori avessero manifestato formalmente la volontà di acquisto entro il 31.10.2001.

La scelta del legislatore di differenziare la disciplina nei cosi in cui l'offerta in opzione o la volontà di acquisto fossero già state cristallizzate in atti formali non appare censurabile, apparendo ragionevole e rientrando nella discrezionalità dello stesso legislatore.

Ciò che invece potrebbe risultare illegittima (se non ragionevole) è la fissazione di un termine intermedio (31.10.2001) precedente all'entrata in vigore della legge; tale fissazione, infatti, potrebbe creare un'ingiusta disparità di trattamento rispetto ai conduttori che avessero manifestato formalmente la volontà di acquisto dopo il 31.10.2001 ma prima dell'entrata in vigore della legge n. 410/01.

Nel caso in esame, però, quest'ultima questione non ha alcuna rilevanza, in quanto non risulta che il D'A. abbia comunicato all'Ente, nel predetto intervallo temporale, la volontà di acquistare l'immobile (la dichiarazione di illegittimità del termine previsto dal comma 20 dell'art.3 comporterebbe l'applicazione della normativa previgente a tutti i conduttori che avessero manifestato la volontà di acquisto prima dell'entrata in vigore della legge n.410/01, soggetti tra i quali non potrebbe comunque rientrare il D'A.).

In sede di giudizio sulla legittimità, peraltro, la Corte Costituzionale non potrebbe procedere alla fissazione di un termine diverso, rispetto a quello indicato dal legislatore.

La stessa Corte, infatti, ha precisato più volte che ''l'indicazione eventuale di un

altro termine, in mancanza di una soluzione costituzionalmente obbligata, presuppone l'esercizio di valutazioni discrezionali che esulano dalle funzioni della Corte", e che interferiscono nelle scelte discrezionali rimesse alla esclusiva competenza del legislatore (v. ordinanze nn.185/91, 273/05 e 233/07; "l'iniziativa assunta dal giudice rimettente e diretta sostanzialmente a sollecitare un intervento di questa Corte non meramente caduca torio, bensì di tipo manipolativo - creativo": in tal modo il rimettente "sollecita una operazione di riempimento dei contenuti della norma che ... si palesa comunque estranea, per il suo carattere apertamente creativo, ai poteri di questa Corte, rimanendo eventualmente affidata alla discrezionalità del legislatore").

Per tutte le considerazioni sopra esposte, l'eccezione di illegittimità costituzionale sollevata dall'attore deve essere ritenuta irrilevante e/o manifestamente infondata.

5 — La domanda proposta dal D'A. deve essere, quindi, rigettata.

La particolarità e la complessità delle questioni giuridiche trattate giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

(Omissis)

Prestazioni - Assegno straordinario a sostegno del reddito - Erogazione indebita - Applicabilità della disciplina in materia di indebito previdenziale - Esclusione.

Tribunale di Roma - 16/30.10.2007, n. 18956 - Dott.ssa Di Sano - M.P. (Avv. Boer) - INPS (Avv. Adimari).

La disciplina in tema di indebiti pensionistici non si applica qualora l'indebito afferisca alla fruizione dell'assegno straordinario a sostegno del reddito.

FATTO e DIRITTO — Con ricorso ritualmente notificato M. P. conveniva in giudizio l'Inps chiedendo al giudice di annullare l'indebito relativo agli anni anteriori l'ultimo, in via subordinata di operare la trattenuta sulla quota di pensione che supera il trattamento minimo nei limiti del 30%; di dichiarare in ogni caso illegittime le trattenute operate cautelativamente a partire dal dicembre 2006 e riconoscere il diritto al rimborso di € 4.917,00 risultanti dal conguaglio sull'anticipo preventivamente trattenuto, in applicazione della disciplina del divieto di cumulo per gli anni 2005-2006, vinte le spese da distrarsi. A sostegno della domanda esponeva: che era attualmente titolare di pensione VO n. 10063546 decorrente dall'1/4/05; che con lettera del 21/9/06 l'Inps aveva richiesto il rimborso della somma di € 51.468,42 percepita nel periodo 1/4/01-31/3/05 oltre il dovuto sulla precedente pensione VOCRED n. 100019 in quanto incumulabile, in ragione del 50%, anziché in ragione del 30% dei redditi di lavoro

autonomo; che aveva proposto ricorso amministrativo rimasto senza esito, In diritto eccepiva l'irrecuperabilità dell'indebito ai sensi dell'art. 13 2° c. legge n. 412/91; l'illegittimità originaria e sopravvenuta del decreto interministeriale n. 150/00.

Fissata l'udienza di discussione si costituiva in giudizio l'Inps contestando la domanda e chiedendone il rigetto.

Istruita con produzione documentale, autorizzato il deposito di note, la causa veniva discussa e decisa come da separato dispositivo pubblicamente letto.

Il ricorso è infondato e deve essere respinto.

M. P., dall'1/4/01 titolare del trattamento VOCRED n. 1000191 e dall'aprile 2005 di pensione VO 10063546, nel periodo 1/4/01-31/3/05 ha beneficiato dell'assegno straordinario a sostegno del reddito e contemporaneamente ha svolto attività lavorativa autonoma.

In base al DM 158/00, contenente il regolamento relativo all'istituzione del Fondo di solidarietà per il sostegno del reddito dell'occupazione e della riconversione e riqualificazione professionale del personale del credito, gli assegni straordinari di sostegno al reddito "sono cumulabili con i redditi da lavoro autonomo, derivanti da attività prestata a favore di soggetti diversi da quelli di cui al comma 1... nell'importo corrispondente al trattamento minimo di pensione del Fondo pensione lavoratori dipendenti e per il 50% dell'importo eccedente il predetto trattamento minimo".

Pertanto in base alla richiamata norma la richiesta avanzata dall'Inps di pagamento della somma di € 51.468,42, seguita al ricalcolo dell'assegno straordinario con l'applicazione della trattenuta per incumulabilità con il lavoro autonomo nella percentuale del 50%, appare legittima.

Il M. eccepisce l'irrecuperabilità dell'indebito per il periodo precedente l'anno 2005 invocando l'art. 13/2°c.l.n.412/91.

A disattendere l'eccezione è sufficiente il richiamo al testo della norma riferita esclusivamente alle "prestazioni pensionistiche", mentre l'assegno straordinario in questione rientra nella diversa categoria delle prestazioni a sostegno del reddito per come emerge chiaramente dalle disposizioni che hanno portato all'istituzione dello stesso nell'ambito della regolamentazione del Fondo in questione costituito con lo scopo di fornire alle aziende che applicano il ccnl del settore credito, sprovvisto di ammortizzatori sociali, uno strumento di supporto che favorisca il mutamento e il rinnovamento delle professionalità e realizzi politiche attive di sostegno del reddito (art. 2/28° e legge n.662/96, DM 477/97, ceni 28/2/98 sottoscritto dall'ABI e dalle OO.SS. e DM 158/00).

Il ricorrente eccepisce, altresì, l'illegittimità del Dm 158/00 laddove all'art 11/5° ha fissato l'incumulabilità dell'assegno straordinario di sostegno con i redditi da lavoro autonomo nella misura del 50% "anziché nella misura tempo per tempo vigente per i trattamenti in regime obbligatorio", senza però chiarire le ragioni di tale asserita illegittimità, risultando così l'eccezione assolutamente generica.

Il ricorrente eccepisce anche un'illegittimità "sopravvenuta" della stessa norma a seguito dell'entrata in vigore a decorrere dall'1/1/01 dell'art. 72/1° l. n. 388/00 che ha ridotto la percentuale del trattamento di anzianità incumulabile con redditi di lavoro autonomo al 30% o anche un'automatica modifica della stessa in ragione di tale modifica normativa (rispetto al precedente art. 59/14° c. l. n. 449/97).

La tesi non può essere condivisa poiché non considera la specificità del trattamento in questione, equiparandolo non condivisibilmente alla pensione di anzianità e neppure l'articolata disciplina che lo regola, nella quale alla fonte legale si affianca, integrandola, la fonte contrattuale recepita in un regolamento interministeriale che non contiene rinvii, nè diretti nè indiretti, alla normativa in materia di pensioni di anzianità, regolando autonomamente un istituto che ha diverse e peculiari finalità per come emerge dalla lettura complessiva della regolamentazione.

Per le esposte ragioni il ricorso va interamente respinto.

La natura della questione trattata giustifica la compensazione delle spese di lite.

(Omissis)

Contratti pubblici - Raggruppamento temporaneo di imprese - Affitto di ramo d'azienda di una delle società mandanti - Rapporti con l'amministrazione appaltante - Irrilevanza.

Tribunale di Roma - 01.02.2007, n. 2003 - Dott. Pontecorvo- 3i I.I.I. srl (Avv.ti Andrea e Nicola Saldutti) - INPS (Avv.ti Collina, De Ruvo, Carcavallo, Ferrazzoli) - F. S.p.A.(Avv. Salonia).

Quando l'ente pubblico conclude un contratto di appalto con un raggruppamento temporaneo di imprese, la capogruppo è l'unico soggetto legittimato a compiere ogni attività connessa o dipendente dall'appalto, nonché unico interlocutore dell'Amministrazione, restando le vicende interne delle imprese associate irrilevanti nei confronti dell'Amministrazione medesima.

FATTO — Con citazione ritualmente notificata la 3i I. I. I. s.r.l. ha rappresentato quanto segue.

Con contratto di mandato stipulato in data 5.11.1998 la G. 3 spa - già 3i I. I. I. s.p.a. - aveva costituito con la IBM spa. e la F. spa., quest'ultima in veste di mandataria, un raggruppamento temporaneo di imprese finalizzato all'esecuzione dei servizi di gestione e di sviluppo di un sistema informativo per conto dell'INPS.

Era, quindi, intervenuto in data 3 febbraio 1999 il relativo contratto di appalto, poi esteso (con nota del 31 dicembre 2003) fino al 30 dicembre 2006 nonché l'accordo integrativo del 16 gennaio 2004 che si era perfezionato tra la F. e la G. 3 spa.

Quest'ultima, poi, con contratto del 1 giugno 2004, aveva concesso alla parte attrice l'affitto del ramo di azienda che, come prontamente comunicato sia all'INPS che alla F., aveva incluso anche il contratto di appalto.

Successivamente la G. 3 spa, in forza della sentenza del 22 luglio 2004, era stata

dichiarata fallita.

Ciò premesso l'attrice ha lamentato che, nonostante si fosse perfezionata la rituale comunicazione concernente l'affitto di ramo d'azienda, la società mandataria aveva negato il subentro nel rapporto già intrattenuto con la società fallita mentre l'INPS, con nota del 6 agosto 2004, aveva diffidato la società attrice dal prestare qualsiasi ulteriore attività.

La società attrice, quindi, nel rilevare che le determinazioni assunte dalle controparti avevano comportato l'illegittima estromissione dal rapporto di appalto nonché determinato la risoluzione del contratto di affitto disposta dalla parte istante con lettera del 24 agosto 2004, ha chiesto che venga accertato l'inadempimento degli obblighi assunti in forza degli accordi di RTI e del contratto di appalto.

Sulla base di tale statuizione ha chiesto la condanna di entrambe le controparti al risarcimento dei danni subiti.

Si è costituita la F. - Consulenza e Applicazioni Informatiche spa. Gruppo Telecom Italia spa, eccependo in via preliminare l'incompetenza del tribunale adito per essere la controversia devoluta ad arbitri. A sostegno di tale tesi ha ricordato le clausole concordate in sede di stipula dell'accordo di raggruppamento e del contratto di appalto.

Nel merito ha ritenuto che il contratto di affitto di ramo di azienda intercorso tra la G. 3 e la 3i non fosse opponibile al Raggruppamento Temporaneo di Impresa e ciò anche alla luce dell'intervenuto fallimento della G. 3 che avrebbe determinato la sua automatica esclusione dal rapporto associativo e dal concorso all'esecuzione dell'appalto.

Ha inoltre evidenziato che il contratto di affitto di azienda era risolutivamente condizionato alla mancata ammissione della G. 3 alla procedura di concordato preventivo evento questo che si era di fatto verificato.

Nel ritenere, infine, l'infondatezza delle pretese risarcitorie ha concluso per il rigetto delle domande proposte nei propri confronti.

Si è costituito anche l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale eccependo il proprio difetto di legittimazione passiva. A supporto di tale tesi ha sostenuto che la mandataria e capogruppo F. era l'unica legittimata a tenere i rapporti con l'Amministrazione.

Nell'escludere, pertanto, che l'attrice avesse avuto un rapporto diretto con la committente ha ritenuto che ogni pretesa dovesse essere fatta valere nei confronti della capogruppo la quale, con specifico riferimento al merito della controversia, avrebbe assunto le proprie autonome determinazioni comunicando all'INPS che era sua intenzione eseguire direttamente le attività che non avrebbero potuto essere più svolte dalla società fallita.

Prodotti documenti la causa è stata trattenuta in decisione all'udienza in epigrafe indicata.

DIRITTO — È da ricordare che la giurisdizione e/o competenza si determinano sulla base della domanda. A tal fine, poi, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il cosiddetto *"petitum"* sostanziale che deve essere identificato non solo e non tanto in funzione della concreta statuizione che si chiede al giudice, ma anche e soprat-

tutto in funzione della *"causa petendi"*, ossia dell'intrinseca natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio come individuata dal giudice sulla base dei fatti allegati e del rapporto giuridico del quale essi sono manifestazione.

Nel caso concreto, quindi, è indubbio che le domande della parte attrice riguardano una responsabilità di natura contrattuale che trova il suo presupposto nell'accordo che ha dato vita al raggruppamento temporaneo di imprese e nel quale la parte attrice assume di essere subentrata in forza del contratto di affitto di ramo di azienda, (tale contratto aveva, in particolare previsto che l'istante dovesse subentrare nei contratti in corso di esecuzione tra i quali erano inclusi quelli che avrebbero dovuto essere eseguiti, a mezzo di partecipazioni a raggruppamenti temporanei di imprese).

Né a tal fine rileva la circostanza che la 3i I. I. I. s.r.l. fosse effettivamente subentrata nei rapporti già intrattenuti dalla G. 3. Ciò che rileva, infatti, è la prospettazione difensiva che ha portato la parte attrice a chiedere un risarcimento a titolo di responsabilità contrattuale fondata direttamente ed esclusivamente sul contratto di raggruppamento.

Del resto la fondatezza di una tale prospettazione costituisce il merito della controversia e dovrà, pertanto, essere valutata dal giudice competente (parte attrice al riguardo assume che debba applicarsi la disposizione di cui all'art. 2558 c.c. che consentirebbe il subentro dell'affittuaria d'azienda nelle obbligazioni assunte dalla G. in *bonis* la quale si era obbligata ad effettuare le prestazioni e le forniture oggetto della ripartizione concordata dalle imprese raggruppate).

Avuto riguardo ai principi appena espressi è da richiamare il contenuto dell'articolo 11 dell'accordo di regolamento interno concordato dalle imprese raggruppate nella parte in cui prevede che qualunque controversia insorta in ordine all'interpretazione, esecuzione e/o risoluzione dell'accordo deve essere deferita al giudizio di un collegio di tre arbitri che devono giudicare secondo diritto.

Tale norma contempla una clausola compromissoria liberamente concordata dalle parti ed esclude, quindi, la competenza del giudice ordinario in ordine alle domande proposte dalla 3i I. I.I. s.r.l. nei confronti della F. essendo la controversia devoluta alla competenza arbitrale e derivando l'inderogabilità di tale competenza dall'autonomia negoziale delle parti espressa nell'articolo 11 del contratto di appalto.

Né può dirsi che la F., nel chiedere al costituendo collegio arbitrale attraverso il proprio atto di nomina dell'arbitro (nomina questa sollecitata dalla parte attrice) che fosse dichiarata l'incompetenza del collegio arbitrale, abbia di fatto rinuncialo alla clausola compromissoria. Tali difese, infatti, sono destinate a trovare ingresso proprio nell'ambito del procedimento arbitrale e sono coerenti con la linea difensiva della F. la quale ritiene che la controparte non abbia titolo per poter invocare un inadempimento contrattuale non essendo la stessa subentrata nel contratto contenente la clausola arbitrale.

La domanda proposta nei confronti dell'INPS è, invece, inammissibile per quanto di ragione.

L'associazione temporanea è fondata su un rapporto di mandato con rappresentanza, gratuito ed irrevocabile che viene conferito da una o più imprese collettivamente ad altra impresa, definita capogruppo. Questa ultima, poi, in forza di tale atto

e per espressa disposizione di legge, è l'unico soggetto legittimato a compiere nei rapporti con l'Amministrazione ogni attività giuridica comunque connessa o dipendente dall'appalto (i cui effetti si producono direttamente nei confronti delle imprese mandanti fino all'estinzione del rapporto) ed è il solo interlocutore dell'Amministrazione appaltante restando, pertanto, la ripartizione dei lavori e del compenso affidata alla disciplina dei rapporti interni tra le imprese solidalmente obbligate.

Da ciò consegue che le vicende interne delle imprese associate non assumono alcun rilevo nei confronti dell'Amministrazione committente nè tanto meno determinano la nascita di un rapporto diretto tra l'Amministrazione e la nuova impresa associata con l'ulteriore conseguenza che l'eventuale subentro della parte attrice non potrebbe avere alcun effetto giuridico sull'assetto dei rapporti contrattuali nè farebbe venir meno la qualifica di mandataria dell'impresa capogruppo la quale pertanto continuerebbe la sua attività gestoria nella veste di unica interlocutrice della appaltante. Quest'ultima, poi, da parte sua, a fronte di tali vicende interne che potrebbero interferire esclusivamente su accordi perfezionatisi delle imprese riunite in piena autonomia, non potrebbe che limitarsi ad una mera presa d'atto.

Ove, poi, dovesse ritenersi ammissibile la domanda formulata nei confronti della committente nella parte in cui l'attrice contesta all'INPS di averla illegittimamente estromessa dall'appalto - e con ciò contestando un comportamento lesivo dell'Amministrazione appaltante che si sarebbe consumato direttamente in danno dell'impresa mandante - la stessa è, comunque, infondata per quanto di ragione.

Il comportamento contestato si sarebbe sostanzialmente concretizzato attraverso la nota 6 agosto 2004 a mezzo della quale l'Amministrazione - nel prendere atto di quanto ad essa comunicato dalla mandataria F. la quale avrebbe ravvisato l'esistenza della *"...fattispecie di cui all'art. 11 del DLgs 17 marzo 1995 n. 157..." - aveva rappresentato alla parte attrice di restare "in attesa che codesta società (la 3i) proceda con la F.... alle operazioni di subentro ... e si astenga. dal prestare qualsiasi ulteriore attività, anche all'interno della struttura di questo Istituto -".*

L'Istituto, pertanto, proprio nel rispetto della normativa che individua nell'impresa "capogruppo" l'unico soggetto legittimato a compiere, nei rapporti con l'Amministrazione, ogni attività giuridica connessa o dipendente dall'appalto, si era limitata attraverso la comunicazione stigmatizzata a prendere atto delle determinazioni assunte dalla capogruppo nell'ambito dei rapporti interni tra le imprese associate la quale le aveva comunicato che, alla luce dell'intervenuto fallimento della G. 3, avrebbe provveduto, sempre in qualità di capogruppo, all'esecuzione diretta del contratto essendo a ciò autorizzata in forza del potere alla stessa attribuito dall'art 11 del DLgs n. 157/1995.

È, in definitiva, escluso che l'INPS committente fosse chiamato a risolvere la situazione di conflitto in atto che riguardava problematiche relative ad un contratto rispetto al quale l'INPS era estraneo.

L'effettiva incertezza della lite giustifica l'integrale compensazione delle spese del giudizio tra le parti.

(Omissis)

Impiego pubblico - Dipendente INPS inquadrato in area B - Preteso esercizio di mansioni riconducibili ad area C - Attività impiegatizia di media autonomia e complessità - Differenze retributive - Insussistenza del diritto.

Tribunale di Viterbo - 02.10.2007/20.02.2008 n. 753/07 - Dott.ssa Passamonti - G. C. (Avv.ti De Paolis, Ermini) - INPS (Avv.ti Ricci, Scarlato).

L'attività impiegatizia, nella specie esplicata nell'ambito dell'ufficio pensioni-gestione pagamenti vari, in quanto consistente prevalentemente in adempimenti meccanizzati e contabili, relativi ad una delle tre fasi di cui si compone il processo assicurato pensionato,ed in quanto non coinvolgente poteri di iniziativa né responsabilità di moduli organizzativi, è compatibile con le incombenze di pertinenza del personale in area B del CCNL di categoria.

FATTO — Con ricorso in data 30 dicembre 2004 il Tribunale di Viterbo - Giudice del Lavoro, G.C. dipendente INPS - sede di Viterbo, con ultimo inquadramento nell'area A/2, premesso che dal 1989 a seguito di ristrutturazione organizzativa dell'INPS, aveva curato l'intero ciclo del processo produttivo, cui era stata addetta al Reparto Gestioni Pensioni- Settori Pagamenti Vari, non in sostituzione di altro dipendente, con funzioni in tutto rientranti nelle qualifiche C1 del CCNL vigente, chiedeva previa declaratoria del proprio diritto all'inquadramento superiore ed a percepire il corrispondente trattamento economico, la condanna dell'INPS al pagamento delle differenze retributive per tale ragione maturate dall'1.07.1998 al 31.03.2000, che quantificava in complessivi euro 6.668,13 oltre interessi e rivalutazione monetaria.

Resisteva l'INPS sollevando pregiudizialmente eccezioni di difetto di giurisdizione del giudice ordinario, e comunque di inammissibilità della domanda volta ad ottenere l'inquadramento nell'area superiore rivendicata ex art. 52 D. lgs. 165/2001 che replica il testo dell'art. 56 del d. lgs. n. 29/93, come sostituito dall'art. 25 del d. lgs. 387/1998, nel merito chiedendo comunque il rigetto della richiesta condanna dell'ente al pagamento della retribuzione corrispondente a detta area superiore, sostenendo che il ricorrente aveva svolte le mansioni proprie della sua qualifica, attendendo nell'ambito dei vari processi produttivi ad adempimenti relativi a singole fasi di essi. In subordine contestava nel *quantum* la richiesta di condanna in relazione all'erroneità dei conteggi di controparte e l'inammissibilità del cumulo di interessi e rivalutazione monetaria.

In istruttoria, acquisiti i documenti prodotti, è stata ammessa ed assunta la prova testimoniale dedotta dalle parti.

All'esito, udita la discussione, la causa è stata quindi decisa come al dispositivo in calce di cui si è data lettura, previo deposito di note scritte.

DIRITTO — In ordine alla domanda del pubblico impiegato volta ad ottenere, in relazione al preteso diritto all'inquadramento superiore, la condanna dell'ente di previdenza al pagamento di differenze retributive relative al periodo successivo

all'1.7.1998, l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice adito è infondata.

Al riguardo è sufficiente richiamare la giurisprudenza di legittimità che in maniera costante, anche nel caso in cui un lavoratore riferisca le sue pretese retributive ad un periodo in parte anteriore ed in parte posteriore al 30.06.1998, afferma che la competenza giurisdizionale va ripartita talchè mentre il giudice amministrativo in sede esclusiva ha giurisdizione sino a tale data, il giudice ordinario per contro in relazione alla successiva fase temporale (cfr. per tutte C. Cass. SS.UU.n. 1204/2000 e 1323/2000).

Nel caso in esame pertanto la limitazione della richiesta al solo periodo successivo alla data di riparto della giurisdizione, determina senza dubbio l'attribuzione della cognizione della controversia al giudice ordinario.

Non viene presa in esame inoltre, per la sua manifesta irrilevanza, la solo accennata questione di legittimità costituzionale in relazione alla quale parte istante non ha invero indicato alcun riferimento a norme costituzionali in ipotesi violate.

Va per contro ritenuta l'infondatezza della domanda di declaratoria del diritto all'inquadramento superiore rivendicate.

Come già previsto dall'art. 57 T.U.P.I., il d. lvo. n. 80/1998 (che l'ha abrogato all'art. 43 comma 1°) applicabile nella specie *ratione temporis* all'art. 56 laddove disciplinava l'attribuzione temporanea di mansioni superiori, stabiliva: che il prestatore di lavoro, per ragioni oggettive potesse essere adibito a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore nel caso di vacanza in organico per un periodo non superiore complessivamente a 12 mesi o in caso di sostituzione di altro dipendente assente, ipotesi nelle quali il quale il dipendente aveva diritto al trattamento previsto per le mansioni superiori svolte, e che al di fuori di questa ipotesi, era affetta da nullità l'assegnazione delle funzioni superiori pur mantenendo il lavoratore il diritto al trattamento relativo, disposizioni la cui applicazione era però differita al momento dell'attuazione mediante contrattazione collettiva onde fino a tale data in nessun caso lo svolgimento di mansioni superiori avrebbe comportato il diritto a differenze retributive e ad avanzamenti automatici.

Col d.p.r. 387/1998 veniva quindi introdotta la modifica, tutt'ora vigente, secondo la quale ferma restando nel resto detta disciplina, veniva riconosciuto in ogni caso il diritto del dipendente che aveva svolto mansioni superiori al relativo trattamento economico. In nessun caso pertanto può essere riconosciuto il diritto al superiore inquadramento richiesto e la relativa domanda non può trovare accoglimento.

Nel merito della domanda volta d ottenere la corresponsione di differenze retributive in relazione all'asserito svolgimento delle mansioni superiori, giova precisare secondo l'attuale definizione di cui al comma 3° dell'art. 52 del d. lvo n. 165/2001, come già puntualizzato da giurisprudenza precedente e pertanto da seguire anche nell'ipotesi in esame, che si considera tale *"...soltanto l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni"*. Parimenti del resto il comma 4° dell'art. 57 citato, non costituiva esercizio di mansioni superiori l'attribuzione di alcuni soltanto dei compiti propri delle mansioni disposta ai sensi dell'art. 56 comma 2°, ossia per lo svolgimento di *"compiti specifici non prevalenti della qualifica superiore, ovvero occasionalmente"*.

Dell'onere della prova non solo lo svolgimento concreto delle mansioni proprie della qualifica superiore, ma anche dette caratteristiche della prestazione dunque, era

gravato il ricorrente, che non è stato assolto.

Quanto alla definizione delle mansioni dell'area C che il ricorrente sostiene di aver svolto con le modalità sopra dette, la declaratoria contrattuale collettiva, per quanto di scarsa chiarezza nella differenziazione con l'area B, stabilisce quale elemento che appare dirimente, che *"il personale appartenente all'area opera strutturalmente nel processo produttivo ed è competente a svolgere tutte le fasi del processo"*, mentre quello appartenente all'area inferiore alla quale il ricorrente è stato retribuito, è inserito nel processo produttivo svolgendo: *"fasi o fasce di attività nell'ambito di direttive di massima e di procedure predeterminate attraverso la gestione delle strumentazioni tecnologiche. Valuta nel merito i casi concreti e interpreta le istruzioni operative. Risponde dei risultati secondo la posizione rivestita"*.

Nei limiti cronologici cui la domanda circoscrive l'accertamento, le risultanze istruttorie consentono di ritenere provato che il sig. C., addetto nel periodo in questione all'ufficio " Pensioni-Gestione pagamenti vari", ha svolto un'attività ricompresa in una sola "fascia" o "fase" del procedimento amministrativo, come affermano i testimoni escussi, anche di parte ricorrente, e si trae dalle dichiarazioni rese dallo stesso C. nell'interrogatorio libero reso.

La teste B., dirigente dell'ufficio cui era addetto il ricorrente, ha affermato che: "le funzioni svolte erano adempimenti contabili e consistevano: nei pagamenti delle pensioni con problematiche particolari (es. assegni divorzili, pignoramenti, ecc….); nella contabilizzazione delle risultanze contabili del recupero crediti; nella rettifica delle parti erariali (CUD); nel tenere i contatti con gli uffici pagatori in relazione ai pagamenti delle pensioni", e più precisamente "...la sua attività si pone alla fine di un procedimento ed è conclusiva, trattandosi di pagamento. Attualmente il procedimento è meccanizzato con un programma apposito sul quale vanno inserite le informazioni e i dati da estrapolare da parte dell'addetto".

Tenendo conto del fatto incontestato che il processo relativo ad assicurati - pensionati secondo l'organizzazione dell'ente di previdenza, è composto di tre "fasi" o " fasce": a) gestione delle posizioni assicurative degli iscritti in vista della successiva erogazione delle prestazioni; b) prima liquidazione delle prestazioni pensionistiche degli assicurati; c) ricostituzione delle predette prestazioni pensionistiche già in godimento degli assicurati, per fatti successivi alla prima liquidazione.

Se ne trae all'evidenza che il sig. C. si occupava della sola fase finale del procedimento, consistente in adempimenti contabili necessari a far luogo al pagamento delle pensioni in misura corretta allorché si verificassero eventi non seriali ed anomali nella loro gestione, ed anzi potendosi collocare l'attività svolta dallo stesso in un limitato segmento di una fase.

I testi B.e S. hanno confermato con le loro dichiarazioni la ristrettezza dell'ambito nel quale svolgeva le sue mansioni il ricorrente ove hanno riferito che questi: "... firmava la corrispondenza tra uffici pubblici o vero altre amministrazioni, ed anche verso gli stessi utenti" (teste S.). Il primo ha ricordato: "...mi chiesero di mandarlo lì perché c'era carenza di personale, per lui era un lavoro nuovo perché veniva dallo SCAU ed era già stato assegnato, presso l'INPS, ad altro settore di lavoro... c'erano già all'epoca i capi settore o i capi unità operativa a seconda del livello gerarchicamente superiore, sicché l'attività del C. come per gli altri, era controllata a due vagli successivi ... che è

addetto all'inserimento di questi dati li acquisisce da altro ufficio, può richiederne l'integrazione anche agli utenti, all'ufficio postale; non so se queste letterine istruttorie fossero firmate direttamente dall'operatore o invece dal capo reparto. L'istruttoria la faceva l'operatore". (teste B.)

Ancora quanto alla semplicità delle mansioni assegnate al ricorrente, oltre alle ulteriori testimonianze raccolte, ricorda il teste B. che vi è un sistema informatico per l'inserimento dei dati necessari a risolvere le pratiche e poi i dati vengono inviati al centro che provvede all'elaborazione con un apposito programma, e quindi il risultato viene inviato a questa elaborazione centrale". Del resto tale circostanza è affermata dallo stesso C. ove ha dichiarato: "l'attività che svolgo è in massima parte automatizzata. I programmi vengono messi in linea dalla Direz. Gen. INPS e per gli aggiornamenti provvediamo direttamente dal terminale su indicazione della stessa Direzione Gen.".

Per altro verso va esclusa ogni responsabilità decisoria attribuita per tali mansioni al ricorrente, come egli pure ammette: " Non ho mai posto in essere atti decisori", circostanza sulla quale anche senza considerare le conferme che si traggono dalle testimonianze, vi è dunque ammissione dell'interessato.

Precisava lo stesso ricorrente quanto all'interpretazione delle leggi, che "nel caso di sopravvenienza..., ci riunivamo col capo area e il capo ufficio per discutere e stabilire le linee di applicazione in particolare quanto alle circolari", mentre rammenta la teste B. che il C. non aveva colleghi subordinati nell'attività, dato che afferma come: "era l'unica persona preposta a questa attività".

Le funzioni assegnate al ricorrente nell'ambito di un segmento di una "fase",senza attività decisoria, o autonomia posto che l'attività è svolta a mezzo computer nei limiti prestabiliti di programmi software, si inquadrano chiaramente nella descrizione contrattuale collettiva dell'area B. In ordine a questa merita richiamare peraltro l'inciso, secondo il quale ai dipendenti appartenenti a detta area è anche assegnata la valutazione nel merito dei casi concreti e l'interpretazione delle istruzioni operative, ed alla luce di questa non può quindi condividersi la difesa di parte ricorrente laddove ritiene tali attività esplicazione dell'autonomia propria del superiore livello C.

L'accertamento svolto esclude dunque possa ritenersi l'inserimento strutturale nel processo produttivo, e tanto meno competenza in relazione a tutte le fasi del processo stesso: vi è per contro dimostrazione che le mansioni dallo stesso svolte sono state negli anni 1998-1999 perfettamente corrispondenti a quelle contrattualmente previste per l'area B.

L'infondatezza della domanda che da ciò deriva, esime da ulteriori accertamenti, e determinano l'integrale rigetto del ricorso.

In punto spese, la qualità delle parti ne consiglia l'integrale compensazione.

(Omissis)

CONSIGLIO DI STATO

Contratti pubblici - Gara pubblica - Aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - Capacità economico-finanziaria - Criterio di valutazione - Legittimità.

Consiglio di Stato, Sez. VI - 15.02.2008, n. 1734 - Pres. Barbagallo - Rel. Buonvino - Istituto di V. N. e D. Srl (Avv.ti Gualtieri e Larussa) - INPS (Avv.ti Collina, De Ruvo, Valente) - S. SpA (Avv. Garcea).

Il criterio della capacità economico-finanziaria dell'impresa partecipante ad una gara pubblica è legittimamente utilizzato per l'attribuzione del punteggio nella fase di valutazione dell'offerta, essendo indice della finalità ragionevolmente perseguita dall'Amministrazione, che è quella di attribuire un punteggio maggiore all'impresa che garantisca una più fondata sicurezza sull'ordinato svolgimento dell'appalto.

FATTO e DIRITTO — 1. — Con la sentenza appellata il TAR ha respinto il ricorso proposto dalla società odierna appellante per l'annullamento del bando-lettera di invito del 25 ottobre 2002 relativo all'appalto del servizio di vigilanza armata presso la sede provinciale e regionale di Catanzaro dell'Istituto intimato, dei relativi allegati e, in particolare, dell'allegato "G" concernente i criteri di aggiudicazione; ove occorra, del capitolato d'appalto, del verbale interno della Commissione del 26 novembre 2002 e del provvedimento di aggiudicazione del 3 dicembre 2002.

In particolare, l'Amministrazione intimata, con avviso del 20 marzo 2001, ha indetto una gara per l'affidamento del predetto servizio di vigilanza dei suoi uffici, relativamente al triennio successivo al 1° luglio 2001; la gara, annullata per effetto della sentenza del TAR n. 1663/2001 (confermata in appello con decisione n. 3638 del 3 luglio 2002), è stata rinnovata con bando-lettera di invito del 25 ottobre 2002 e si è svolta sulla base del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, articolato nei profili del prezzo più conveniente (50 punti), della capacità tecnica (30 punti) e della capacità economico-finanziaria (20 punti).

Per la società ricorrente i criteri summenzionati e la conseguente aggiudicazione dell'appalto all'impresa controinteressata erano da ritenere illegittimi.

Il TAR ha respinto il ricorso avendo ritenuto pienamente legittimi i criteri valutativi adottati dalla stazione appaltante.

2. — Per l'appellante la sentenza sarebbe erronea non essendo condivisibile il discorso di fondo che emergerebbe dalla stessa, secondo cui l'ampia discrezionalità dell'amministrazione giustificherebbe i criteri di aggiudicazione contestati in ricorso; al riguardo, sarebbe agevole evidenziare che la discrezionalità non potrebbe mai trasfor-

marsi in arbitrio ed ingiustizia, in quanto verrebbero, altrimenti, meno le fondamentali regole di comportamento che, imponendo alla P.A. imparzialità, trasparenza e coerenza, dovrebbero costituire i punti di riferimento intangibili dell'azione amministrativa; oltre a ciò, balzerebbe evidente l'ulteriore discrasia, collegata alla mancata differenziazione tra fase d'ammissione e fase di valutazione; sarebbe palese, infatti, che alcuni principi, validi per la prima fase, non sarebbero assolutamente attinenti alla successiva fase valutativa che, invece, essendo funzionalizzata a prendere in esame la capacità esecutiva della concorrente in relazione allo specifico appalto, non dovrebbe prendere in considerazione aspetti di carattere generale, ma dovrebbe necessariamente rifarsi a caratteristiche e peculiarità dell'impresa collegate concretamente alla gara in oggetto.

In sostanza, elementi quali il fatturato globale, i mezzi, il personale, se potrebbero espletare una funzione logica nell'ambito della fase di invito ed ammissione - stante la loro capacità di far conoscere le caratteristiche generali delle imprese,- nulla avrebbero a che vedere con la fase di valutazione delle offerte che, al contrario, dovrebbe verificare non più e non già la potenzialità astratta dell'impresa, bensì la capacità della medesima ad espletare quel concreto appalto nel rispetto delle modalità e delle condizioni imposte dalla stazione appaltante.

Con la conseguenza che non sarebbe corretto affermare - come fatto in sentenza - che in sede di valutazione la considerazione del fatturato globale o dei mezzi globali delle partecipanti non costituirebbe esercizio illogico dell'attività amministrativa, in quanto tale modo d'agire, in realtà, testimonierebbe una chiara devianza rispetto ai canoni di logicità ed imparzialità dell'azione amministrativa.

A questo punto, l'appellante si è limitata a riproporre integralmente i motivi svolti con il ricorso introduttivo di primo grado.

Nel costituirsi per resistere la società appellata insiste per il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza impugnata, ribadendo - nella forma dell'appello incidentale - le eccezioni da essa svolte in primo grado e le ragioni che avrebbero dovuto condurre pure al suo rigetto, che il TAR ha assorbito.

3. — L'appello è inammissibile.

Deduce, infatti, principalmente l'appellante che non sarebbe condivisibile quanto ritenuto dai primi giudici in merito al fatto che l'ampia discrezionalità dell'amministrazione giustificherebbe i criteri di aggiudicazione contestati in ricorso, mentre sarebbe agevole evidenziare che la discrezionalità non potrebbe mai scantonare in arbitrio ed ingiustizia, in quanto verrebbero, altrimenti, meno le fondamentali regole di comportamento che, imponendo alla P.A. imparzialità, trasparenza e coerenza, dovrebbero costituire i punti di riferimento intangibili dell'azione amministrativa; e che, oltre a ciò, balzerebbe evidente l'ulteriore discrasia, collegata alla mancata differenziazione tra fase d'ammissione e fase di valutazione; sarebbe palese, infatti, che alcuni principi, validi per la prima fase, non sarebbero assolutamente attinenti alla successiva fase valutativa che, invece, essendo funzionalizzata a prendere in esame la capacità esecutiva della concorrente in relazione allo specifico appalto, non dovrebbe prendere in considerazione aspetti di carattere generale, ma dovrebbe necessariamente rifarsi a caratteristiche e peculiarità dell'impresa collegate concretamente alla gara in oggetto.

Si tratta, invero, di censure generiche, che esprimono concetti di carattere generale non calati in modo puntuale nella concreta realtà del caso in esame, non tenendo

alcun conto, in particolare, di quanto ampiamente e diffusamente rilevato dal TAR a supporto del convincimento espresso in sentenza in merito alla piena correttezza dei criteri valutativi indicati nel bando di gara.

Nessuna puntuale contestazione viene mossa, in particolare, tra le altre, alle motivazioni contenute in sentenza secondo cui lo stesso contenuto del criterio in esame, attinente ad un profilo di ordine meramente economicistico, è indice della finalità ragionevolmente perseguita dall'Amministrazione con la sua introduzione, da ravvisarsi nell'attribuzione di un punteggio proporzionalmente maggiore (fino al massimo di 20 previsto per questa voce) a quella impresa che offrisse maggiore affidamento in termini di solidità economico-finanziaria e, quindi, garantisse una più fondata sicurezza di ordinato svolgimento del rapporto di appalto da costituire (sicurezza alla quale indubbiamente attentano quei fattori di debolezza economica che, compromettendo la stabilità dell'impresa, non possono non riflettersi sulla continuità del servizio da espletare; basti pensare - ha osservato il TAR - senza necessariamente formulare l'ipotesi estrema della decozione aziendale, suscettibile di innescare procedure fallimentari, alle turbative che il non puntuale pagamento delle retribuzioni alle maestranze provoca sulla regolare esecuzione dei rapporti contrattuali allacciati con soggetti terzi); nè a quella per cui nessun logico fondamento sembra invece possedere il nesso indissolubile che la parte ricorrente ritiene di dover instaurare tra il fatturato da valutare per i fini in discorso ed i ricavi conseguiti dalle imprese concorrenti nello svolgimento dei soli servizi identici a quello (di vigilanza) costituente oggetto dell'appalto aggiudicato dall'Amministrazione, derivando da esso una limitazione degli elementi suscettibili di valutazione ai fini della ricostruzione della capacità economica delle concorrenti che non può non apparire, alla luce della ratìo del criterio di valutazione in discorso come dianzi accertata, ingiustificata.

Si noti, poi, in particolare, come i primi giudici abbiano anche rilevato che neppure potrebbe contestarsi l'operato amministrativo perché avrebbe introdotto, nell'ambito dei criteri da osservare nella valutazione delle offerte, un profilo attinente alla idoneità soggettiva delle imprese concorrenti, più propriamente valutabile nella fase di ammissione delle stesse alla gara; e che, invero — hanno rilevato, ancora, i primi giudici - a prescindere dal fatto che siffatto profilo di censura non emerge dall'atto introduttivo - sì che di esso si tiene conto in via meramente incidentale e ad colorandum - non può non osservarsi, da un lato, che anche la maggiore solidità economica delle imprese si riflette, per quanto detto, sulla oggettiva vantaggiosità dell'offerta per l'Amministrazione (assicurando essa un più certo ed ordinato svolgimento del servizio), dall'altro lato, che la stessa tesi attorea (implicitamente fondata sul nesso tra fatturato ed esperienza acquisita dalle imprese nell'espletamento di servizi identici a quello *de quo*) non attenua, ma semmai accentua il momento "soggettivo" del criterio di valutazione in discorso.

Anche con riguardo a tali affermazioni fa difetto ogni puntuale censura, pur portando esse, da un lato, all'affermazione della piena validità dei criteri contenuti nel bando di gara, dall'altro all'affermazione della sostanziale inammissibilità della doglianza secondo cui la P.A. avrebbe introdotto, nell'ambito dei criteri da osservare nella valutazione delle offerte, un profilo attinente alla idoneità soggettiva delle imprese concorrenti, più propriamente valutabile nella fase di ammissione delle stesse alla gara; inammissibilità dovuta al fatto - peraltro, in questa sede d'appello incontestato e,

comunque, desumibile dalla semplice lettura dei motivi di ricorso e dei motivi aggiunti di primo grado - per cui essa era stata ventilata, per la prima volta, solo in sede di memoria difensiva non notificata.

Quanto alla riproposizione testuale dei motivi tutti di primo grado, essa è, poi, priva di rilevanza ai fini del decidere, in quanto (cfr., tra le tante, Consiglio Stato, Sez. VI, 29 gennaio 2007 n. 337; Sez. IV, 22 marzo 2007, n. 1389) nell'attuale sistema di giustizia amministrativa, il giudizio di primo grado non è un passaggio obbligato che il soggetto leso è costretto suo malgrado a percorrere pur di giungere innanzi al giudice di appello ed ottenere da questi la delibazione finale sulla fondatezza della pretesa, ma una fase essenziale e primaria del processo amministrativo nel corso del quale il giudice adito confronta le opposte tesi e dichiara quale va ritenuta fondata, per cui la parte soccombente, quando adisce il giudice di appello, non può limitarsi a riproporre i motivi di doglianza già dedotti e disattesi dal primo giudice, ma deve, anche indicare le ragioni per le quali le conclusioni, alle quali quest'ultimo è pervenuto, non possono essere condivise; con la conseguenza che l'appello non può ridursi alla mera rinnovata esposizione delle originarie censure senza scendere alla puntuale confutazione delle argomentazioni tutte addotte dai primi giudici a supporto dei convincimenti espressi in sentenza.

4. — Da ultimo, non coglie nel segno neppure il rilievo concernente l'asserita contraddittorietà della sentenza laddove, nella parte conclusiva, ha ritenuto che talun motivo di ricorso non ancora esaminato (e, in particolare, quello volto a contestare il sub-criterio relativo al personale) doveva essere dichiarato inammissibile - a prescindere dal suo concreto esame - per carenza di un'adeguata prova di resistenza.

Al riguardo, invero, il TAR ha ritenuto la censura inammissibile senza che, sul punto della rilevata carenza della prova di resistenza e della coerenza di un siffatto puntuale apprezzamento sia stata operata contestazione specifica alcuna; ne consegue che, per tale parte, la sentenza impugnata fa ormai stato tra le parti per difetto, sul punto, di ogni puntuale impugnativa; la declaratoria di inammissibilità del gravame, dichiarata, naturalmente, a monte della disamina della censura implica, peraltro, anche il materiale difetto di ogni apprezzamento, da parte del primo giudice, circa la sua fondatezza nel merito; con la conseguenza che la declaratoria di inammissibilità di cui si discute non può costituire utile parametro di valutazione della consistenza che il TAR avrebbe accordato alla censura anzidetta in quanto, appunto, non esaminata nel merito, ma solo nei suoi profili pregiudiziali relativi all'ammissibilità della stessa; né tale esame di merito può essere condotto in questa sede, dal momento che l'anzidetto profilo di inammissibilità dell'originario gravame non è stato fatto, come si ripete, oggetto di specifica impugnativa.

5. — Per le ragioni che precedono il presente appello va dichiarato inammissibile.

Quanto alle difese della società appellata, formulate nella forma dell'appello incidentale condizionato, esse costituiscono, in effetti, mera riproposizione di eccezioni e difese di merito il cui esame è stato assorbito dal TAR; il loro esame è, comunque, anche in questa sede da assorbire non essendo rilevante ai fini del decidere attesa la rilevata inammissibilità dell'appello.

Le spese del grado possono essere integralmente compensate tra le parti.

(Omissis)

Giudizio amministrativo - Sentenza del Consiglio di Stato - Reperimento di documenti decisivi che la parte non aveva potuto proporre in giudizio per causa di forza maggiore attestanti irregolarità contributiva di una società partecipante ad una gara di appalto - Prova della regolarità contributiva raggiunta in virtù di certificazione proveniente dall'INPS - Querela di falso - Mancata proposizione - Revocazione - Inammissibilità.

Consiglio di Stato, Sez. VI - 19.07.2007, n. 4057 - Pres. Ruoppolo- Est. Chiappa - S.T.A.R. (Avv. ti Conticiani, D'Innella) - C.A.L. (Avv.ti Sanino, Losa) - INPS (Avv.ti Coretti, Sgroi, Correra) - Provincia di Lodi - Regione Lombardia.

È inammissibile la revocazione della sentenza del Consiglio di Stato - proposta ai sensi dell'articolo 395 n. 3 c.p.c. - ove si adduca di avere reperito un documento non prodotto in causa attestante l'irregolarità contributiva di una società partecipante ad una gara di appalto qualora, nel corso del giudizio concluso con la sentenza di cui si chiede la revocazione, sia stata accertata la regolarità contributiva del medesimo soggetto con certificazione dell'INPS avverso la quale non sia stata proposta querela di falso.

FATTO e DIRITTO — 1. — Con bando di gara pubblicato sulla G.U. n. 4 del 7 gennaio 2003, la Provincia di Lodi indiceva una procedura ristretta per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei servizi di trasporto pubblico locale riferiti alla propria rete territoriale, per un periodo di sette anni e per una percorrenza minima pari a 7.142.863 bus/km, con un importo a base d'asta fissato in € 64.163.399,79. finanziato mediante trasferimento delle risorse a carico de! bilancio regionale.

In esito alla fase di prequalificazione, la commissione di gara con verbale in data 16 dicembre 2003, ammetteva a partecipare alla gara il Consorzio Autoservizi Lombardi (di seguito, CAL) per conto delle società consorziate e la costituenda ATI composta da Società Trasporti Automobilistici Regionali s.p.a. e da LINE s.p.a. (di seguito, ATI STAR/LINE).

La gara veniva aggiudicala all'ATI STAR/LINE con provvedimento impugnato dal Consorzio CAL.

Con sentenza n. 6511/2004 il Tar Lombardia ha ritenuto fondate le doglianze articolate dai CAL avverso gli atti della procedura limitatamente ai profili concernenti l'illegittimo ricorso al metodo del confronto a coppie ed alla fissazione dei criteri di valutazione in epoca posteriore alla conoscenza del merito tecnico delle offerte ed ha, invece, respinto il ricorso incidentale spiegato dall'ATI STAR/LINE al fine di depotenziare l'interesse dell'originaria ricorrente alla coltivazione del gravame in ragione della ricorrenza di cause che avrebbero dovuto condurre all'esclusione dalla medesima dalla procedura comparativa.

Con decisione n. 3843/2005 questa Sezione ha respinto i ricorsi in appello, proposti dall'ATI STAR-LINE e dalla Provincia di Lodi, dichiarando improcedibili gli

appelli incidentali del CAL.

La ATI STAR-LINE ha proposto ricorso per la revocazione della menzionata sentenza della Sezione.

L'Inps e il Consorzio CAL si sono costituiti in giudizio, chiedendo che il ricorso venga dichiarato irricevibile e inammissibile o che comunque venga respinto.

Con ordinanza n. 2668/06 questa Sezione ha respinto la richiesta di sospensione della sentenza, di cui si chiede la revocazione.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

2. — Con un primo motivo la ricorrente chiede la revocazione della sentenza ai sensi dell'art. 395. n. 3, c.p.c. (revocazione straordinaria) per aver reperito - dopo la pubblicazione della decisione - documenti decisivi. non prodotti nel giudizio concluso per cause non a lei imputabili.

Tali documenti consistono nella memoria difensiva depositata dalla SGEA Lombardia s.r.l. in data 30 marzo 2006 in altro giudizio pendente davanti al Tribunale civile di Milano e negli allegati atti.

Tali atti sarebbero utili per dimostrare l'irregolarità contributiva di una delle società del Consorzio CAL (la Sila Pavia s.r.l.) con particolare riguardo ai debiti ceduti dalla Sgea Lombardia srl alla Sila Pavia s.r.l..

Tali documenti sarebbero decisivi ai fini della definizione della controversia, in quanto:

a) alcuni atti condurrebbero ad escludere che il contenzioso tra Sgea Lombardia sr! e Inps riguardi i debiti previdenziali trasferiti alla Sila Pavia s.r.l.;

b) altri atti dimostrerebbero che tutti i debiti previdenziali sono stati cartolarizzati in capo alla Sgea Lombardia srI, compresi quelli oggetto di contenzioso.

Tali circostanze dimostrerebbero l'irregolarità contributiva della Sila Pavia s.r.l. in contrasto con quanto accertato con la sentenza, di cui si chiede la revocazione.

Il motivo di revocazione è inammissibile.

Con la sentenza n. 3843/05, questa Sezione ha esaminato la censura. proposta dall'odierna ricorrente, secondo cui il CAL. avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, perche una delle società consorziate (SILA Pavia s.r.l.) presentava, nel bilancio 2002. l'iscrizione di un debito di € 1.497.440 nei confronti dell'INPS per contributi previdenziali e di altro debito per € 312.1 13 nei confronti dell'amministrazione finanziaria.

In relazione a tale situazione contributiva, con atto del 12 maggio 2004 n. 126 l'Inps aveva certificato che la SILA Pavia s.r.l. è "al corrente con l'assolvimento degli obblighi di versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dalla data della sua costituzione, settembre 2002, a tutt'oggi", pur dando atto dell'esistenza di un contenzioso tra l'Inps e la Sgea Lombardia s.r.l, che aveva ceduto alla Sila Pavia il ramo di azienda afferente al trasporto pubblico.

La Sezione ha escluso la fondatezza delle censure sulla base delle seguenti motivazioni:

a) la stazione appaltante non può sindacare il merito di un fidefacente certificato INPS di regolarità contributiva;

b) il certificato INPS dà atto che parte dei debiti gravanti su SGEA forma oggetto di un contenzioso giudiziale, in guisa da escludere la ricorrenza del requisito della definitività che l'accertamento dell'irregolarità deve possedere per fungere da legittima

causa di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica;

c) anche la cartolarizzazione dei debiti a seguito della cessione pro soluto di parte dei crediti ad altra società non ne consente l'apprezzabilità nei termini della consolidata definitività di cui è detto;

d) in disparte la riconducibilità dei debiti di SILA s.p.a, al ramo di azienda ceduta e l'effettività della relativa traslazione. risulta decisiva la circostanza che la ditta SILA Pavia s.r.l sin dalla sua costituzione, abbia adempiuto agli obblighi previdenziali e assistenziali sulla stessa direttamente gravanti dalla data della sua costituzione (certificato INPS n. 126 del 12.5.2004), nel mentre le irregolarità ereditate per effetto della cessione del ramo di azienda, ove pure teoricamente apprezzabili, non risultano avere i caratteri della definitività e non sono stati oggetto di accertamenti da parte dell'INPS nei confronti della società a titolo di solidarietà passiva".

Rispetto a tale accertamento, innanzitutto non può essere invocato quale nuovo documento la semplice presentazione di una memoria, presentata in altro giudizio successivamente alla definizione della controversia.

Inoltre, anche con riferimento agli atti allegati alla memoria, si osserva che si tratta di documenti la cui mancata produzione in giudizio non dipende né da cause di forza maggiore né da fatto imputabile all'avversario.

Infatti, la ricorrente avrebbe potuto acquisire tali elementi, attraverso una richiesta di accesso all'Inps o tramite un ordine di esibizione dal parte del giudice.

Infine, si tratta di documenti che non possono assumere un valore decisivo al fine del decidere, in quanto la reiezione della censura da parte della Sezione si basa su almeno due autonome ragioni, non scalfite da tali atti:

a) il fatto che il certificato dell'Inps non possa essere sindacato nel merito dalla stazione appaltante (il che presuppone che l'attestazione della regolarità contributiva possa essere contestata solo con un procedimento che ne accerti la falsità);

b) la attribuzione di portata decisiva al fatto che la Sila Pavia s.r.l. abbia adempiuto agli obblighi previdenziali e assistenziali sulla stessa direttamente gravanti dalla data della sua costituzione, come attestato nel richiamato certificato.

In assenza della proposizione di una querela di falso in relazione al citato certificato, deve essere escluso che la questione della regolarità contributiva della Sila Pavia s.r.l. possa essere riaperta in sede di revocazione, peraltro in base ad atti che la ricorrente avrebbe potuto acquisire (direttamente o con ordine del giudice) nel corso dell'originario giudizio.

Così come deve essere escluso che tale questione possa essere in questa sede rivalutata sulla base dei documenti richiamati dalla ricorrente nell'istanza del 13-4-2007 di rinvio dell'udienza di discussione e relativi ad una presunta irregolarità contributiva della Sila con riferimento a periodi successivi allo svolgimento della gara (per tale ragione non è stata accolta la richiesta di rinvio dell'udienza).

3. — Con altri due motivi la ricorrente chiede la revocazione della sentenza ai sensi dell'art. 395 n. 4, c.p.c. per errore di fatto risultante da atti o documenti della causa.

L'errore di fatto consisterebbe nella supposizione di un fatto (regolarità contributiva della Sila Pavia s.r.l.). la cui verità sarebbe esclusa da atti processuali del giudizio concluso con la sentenza da revocare e. in particolare, dal bilancio della Sila

Pavia s.r.l,.

Altro errore sarebbe derivato dalla inesatta percezione del contenuto del certificato dell'Inps del 12-5-2006.

I due motivi sono irricevibili per tardività.

Infatti, nei casi di revocazione straordinaria, il termine di sessanta giorni per il ricorso per revocazione decorre dalla data in cui la falsità, sia stata scoperta da chi propone la revocazione, oppure dal giorno in cui sia stata riconosciuta o dichiarata, o il dolo sia stato scoperto, o il documento sia stato recuperato; purché in questi casi vi sia prova scritta da cui risulti il giorno della scoperta o del recupero (Cons. St., ad. plen., 23 marzo 1979 n. 14).

Invece, in caso di revocazione ordinaria, il termine per la revocazione di una sentenza notificata è di sessanta giorni e decorre dalla data di notificazione della decisione (Cons. Stato, V, 29 agosto 2006 n. 5048); ciò in considerazione del fatto che l'errore di fatto deve risultare dagli atti e dai documenti della causa ed è quindi immediatamente percebile fin dal momento di conoscenza della sentenza.

Nel caso di specie, la sentenza della Sezione n. 3843/05 è stata notificata in data 30 settembre 2005 e il ricorso per revocazione è stato (tardivamente) notificato in data 28 aprile 2006 e, quindi, ben oltre il termine di sessanta giorni.

4. — In conclusione, il ricorso per revocazione deve essere in parte dichiarato inammissibile e in parte irricevibile.

Alla soccombenza della ricorrente seguono le spese del presente giudizio nella misura indicata in dispositivo.

(Omissis)

CORTE DEI CONTI

Pensioni - Fondo speciale pensioni del personale delle Ferrovie dello Stato S.p.A - Pensione di reversibilità - Orfano maggiorenne nullatenente - Perdita del requisito della nullatenenza - Revoca della pensione - Effetti permanenti - Sussistenza - Diritto al ripristino al ripresentarsi dello stato di bisogno - Esclusione.

Corte dei Conti - Prima Sez. Giurisdizionale Centrale - 15.11.2007 n. 449 - Pres. David - Rel. Loreto - INPS (Avv.ti Biondi, Riccio, Valente) - S. (Avv. Milli) - INPDAP.

Non sussiste, al ripresentarsi dello stato di bisogno originario, il diritto dell'orfano maggiorenne al ripristino della pensione ordinaria di reversibilità già revocata in ragione del venir meno del requisito della nullatenenza.

FATTO — Con l'impugnata sentenza il giudice unico per le pensioni presso la Sezione Giurisdizionale per la Regione Liguria ha riconosciuto il diritto della signora S. P. a percepire il trattamento pensionistico di reversibilità quale orfana maggiorenne inabile del sig. S. G., a far tempo dal 1986, nonostante nei confronti della pensionata fosse già intervenuto provvedimento di revoca della prestazione in godimento a causa del superamento dei limiti di reddito previsti dall'art 85, secondo comma, del DPR 29 dicembre 1973 n. 1092.

Avendo la difesa della ricorrente documentato che il requisito della nullatenenza, che era venuto meno negli anni dal 1979 al 1985, era però rientrato entro i limiti di legge a partire dal 1986, il primo giudice ha riconosciuto il diritto dell'interessata a percepire il trattamento pensionistico di reversibilità a decorrere dal 1986 fino al 2004, nel presupposto che, nel caso di specie, la revoca del trattamento pensionistico dovesse essere intesa non come perdita irreversibile del beneficio, bensì come temporanea sospensione suscettibile di ripristino allorché l'interessato torni in possesso del requisito della nullatenenza.

Con il proprio gravame l'INPS ha eccepito:

- la violazione ed errata interpretazione degli artt 82, 85 e 86 del DPR 29 dicembre 1973, n. 1092, in quanto la lettura testuale delle norme che regolano la materia - gli artt. 82, 85 ed 86 del DPR n. 1092/1973 - non consente di dare risposta al problema in senso conforme all'impugnata decisione, dal momento che la stessa si pone in contrasto con il dato letterale dell'art. 86 già citato, che espressamente prevede, per il caso in cui le condizioni di nullatenenza vengano meno, la revoca e non la sospensione del trattamento pensionistico.

- eccesso di potere per errore nei presupposti di diritto e difetto di motivazio-

ne, poiché nessuna previsione ha operato il legislatore per il caso che, in un momento successivo alla revoca, le condizioni economiche dell'orfano maggiorenne inabile peggiorino fino ad integrare di nuovo il requisito della nullatenenza, ragion per cui il primo giudice non ha per nulla spiegato quali ragioni logico-giuridiche gli abbiano consentito di superare il dettato normativo, e addirittura di integrarlo, prefigurando la previsione e la disciplina di una fattispecie che non è stata assolutamente presa in considerazione dal legislatore, con conseguente violazione, da parte del primo giudice, delle disposizioni di legge richiamate e l'erronea valutazione dei presupposti di diritto.

La resistente S. P. ha depositato memoria di costituzione in data 20 settembre 2006, con il patrocinio dell'Avv. M. M., eccependo:

- la tardività dell'atto di appello dell'INPS, alla S. notificato il 31 marzo 2006 mentre la sentenza di primo grado è stata dalla medesima notificata all'INPS di SAVONA in data 24.01.2006; in ogni caso, chiede che l'appello dell'INPS sia dichiarato inammissibile o comunque respinto, con conferma della sentenza impugnata.

Con memoria in data 22 dicembre 2006 si è costituito il Ministero dell'Economia e Finanze, con il patrocinio dell'Avvocato dello Stato Giuseppe Nucaro, che ha insistito nella richiesta di accoglimento del gravame esperito

Alla odierna pubblica udienza l'Istituto appellante, con il patrocinio dell'Avv. Clementina Pulli ha argomentato a sostegno dell'appello, citando precedenti analoghi di questa sezione giurisdizionale, mentre l'Avv. Milli per la signora S. P., nel riportarsi agli atti scritti, ha chiesto il ripristino del trattamento pensionistico.

Considerato in

DIRITTO — Il Collegio deve preliminarmente darsi carico di esaminare l'eccezione di improcedibilità dell'appello per tardività della relativa notifica alla signora S. P.

Al riguardo si deve precisare che, in virtù dell'art. 1, comma 5 bis della L. n.19/1994, come introdotto dalla L. n. 639/1996, l'appello alle Sezioni Giurisdizionali Centrali della Corte dei Conti è proponibile "entro 60 giorni dalla notificazione o, comunque, entro un anno dalla pubblicazione della sentenza impugnata".

L'Amministrazione avrebbe, secondo l'appellata, notificato I'atto di appello al domicilio eletto di quest'ultima in data 31 marzo 2006, oltre il termine di sessanta giorni dalla notificazione della sentenza, avvenuto il giorno 24 gennaio 2006 e, quindi, tardivamente: di qui l'asserita inammissibilità o improcedibilità del ricorso.

L'eccezione non è fondata.

Rammenta infatti il Collegio che, secondo un orientamento consolidato della Corte Costituzionale, vige ormai nell'ordinamento, fra le norme generali sulla notificazione degli atti, il principio di scissione fra i due momenti di perfezionamento della notificazione, in virtù del quale, e relativamente alla funzione che sul piano processuale la notificazione è destinata a svolgere, deve distinguersi il momento in cui la notifica si deve considerare perfezionata *per il notificante* da quello in cui la stessa si perfeziona *per il destinatario*, di guisa che le norme in tema di notificazione di atti processuali vanno ora interpretate "senza necessità di ulteriori interventi da parte del Giudice delle leggi" nel senso che la notificazione si perfeziona nei confronti del notificante *al momento della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario* (giurisprudenza consolidata, cfr., per tutte, Corte Cost. sent. n. 477 del 2002; n. 28 del 2004; ordd. n. 132 del 26-28

aprile 2004; n. 153 del 13-25 maggio 2005; ord. n. 97 del 2004).

In particolare, la sentenza n. 477/2002 della Corte Costituzionale, nel dichiarare la illegittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 149 c.p.c. e 4, terzo comma, della legge 20 novembre 1982, n. 890 *"nella parte in cui prevede che la, notificazione si perfeziona, per il notificante, alla data di ricezione dell'atto da parte del destinatario anziché a quella, antecedente, di consegna all'ufficiale giudiziario"*, ha comportato l'effetto di considerare adempiute, dal notificante, le formalità della notificazione per gli incombenti che ineriscono strettamente alla vocatio in ius con la consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario.

Alla stregua della delineata costruzione osserva il Collegio che nella specie l'atto di appello risulta consegnato all'ufficiale giudiziario in data 22 marzo 2006, come dimostra il prospetto di presa in carico dell'atto con apposizione di numero di cronologico, data di accettazione, elenco spese, timbro e firma dell'ufficiale giudiziario procedente che risulta a tergo dell'originale dell'atto di appello.

Poiché alla indicata data del 22 marzo 2006, secondo la richiamata giurisprudenza della Consulta, deve ritenersi perfezionato nei confronti dell'Amministrazione notificante, con la consegna dell'atto d'appello all'ufficiale giudiziario, l'adempimento notificatorio, seguito dal deposito dell'atto medesimo presso l'Organo giurisdizionale adito nei successivi trenta giorni (12 aprile 2006), l'appello dell'INPS è da considerare tempestivo ai sensi dell'art. 1, co. 5 bis della L. n. 19/1994, come introdotto dalla L. n. 639/1996.

Nel merito, l'appello è (privo di fondamento). Fondato.

Come già precisato da conformi pronunce di queste Sezioni di appello (cfr. Sez. III Centr., n. 336/2006) giammai potrebbe competere al Collegio, che in materia pensionistica può solo risolvere questioni di diritto, la verifica dei presupposti di fatto integranti lo stato di nullatenenza e legittimanti, successivamente al venir meno di detta condizione, l'eventuale riattribuzione di un trattamento pensionistico a suo tempo sospeso. In ogni caso è da escludere che la disposta revoca della pensione di reversibilità possa determinare una sua temporanea sospensione fino al momento del possibile riacquisto dei requisiti soggettivi richiesti per averne diritto.

È pur vero che in qualche isolata pronuncia questa Sezione ha ritenuto che tale pensione di reversibilità determini una sorta di proiezione, oltre la morte, della funzione di mantenimento assolta in vita dal genitore e sia perciò rivolta a garantire al figlio la continuità di quei mezzi di sussistenza che egli non è più in grado di procurarsi autonomamente; ma è anche vero che se l'invocata ambulatorietà del trattamento può valere per le pensioni di guerra in forza della specifica disciplina che le governa, lo stesso principio non vale per gli altri trattamenti pensionistici.

Mette conto rilevare, in proposito, che il diritto degli orfani maggiorenni al trattamento pensionistico di reversibilità è subordinato al possesso, alla data della morte del dipendente o del pensionato dante causa, dei requisiti di nullatenenza, di convivenza a carico e di inabilità a proficuo lavoro; ed è altresì noto che qualora tali condizioni soggettive vengano meno, la pensione è revocata (art. 86, comma 2, T.U.1092/73).

Che a tale revoca debbano riconoscersi effetti definitivi e permanenti senza possibilità, quindi, di metterli nuovamente in discussione all'eventuale ripresentarsi dello stato di bisogno originario, è innanzitutto confermato dalla portata letterale del testo

normativo che, nel significato ad esso conferito dal rigore esegetico richiesto in materia previdenziale, non contempla l'ipotesi del riacquisto, sopravvenuto alla revoca, dei requisiti soggettivi dell'orfano e non autorizza pertanto il legittimo ripristino della situazione rimossa col provvedimento di ritiro.

Se fosse stato diverso l'intendimento del legislatore, la norma non avrebbe dovuto limitarsi ad individuare nel momento della morte del genitore la situazione di riferimento per la sussistenza dei requisiti che danno titolo al beneficio in questione, ma avrebbe dovuto estendere ad un alternativo contesto cronologico la possibilità di operare lo stesso riscontro.

Ma la legge nulla dice di tutto ciò.

Non solo, ma come hanno giustamente osservato i legali dell'Istituto appellante, il problema del disagio che colpisca un orfano già a suo tempo titolare di pensione di reversibilità poi revocata non è un problema di fronte al quale l'ordinamento rimane del tutto indifferente, perché sono in tal caso apprestate, come ben noto, altre provvidenze volte ad alleviare a titolo assistenziale la sua condizione di bisogno.

Pertanto l'appello deve essere conclusivamente accolto, con conseguente riforma della sentenza appellata.

(Omissis)

OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (1)

ELISABETTA BERGAMINI

Ricercatore di diritto internazionale
Università degli studi di Udine

SENTENZA DELLA CORTE (Seconda Sezione) 17 gennaio 2008

"Inadempimento di uno Stato - Artt. 18 CE, 39 CE e 43 CE - Normativa nazionale - Condizioni per la concessione di un aiuto per la costruzione o per l'acquisto di un alloggio a fini abitativi personali - Alloggio che deve essere situato sul territorio dello Stato membro interessato".

Nella causa C-152/05, avente ad oggetto un ricorso per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE, proposto il 5 aprile 2005, *Commissione delle Comunità europee*, rappresentata dai sigg. R. Lyal e K. Gross, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo, ricorrente, contro *Repubblica federale di Germania*, rappresentata dal sig. M. Lumma e dalla sig.ra C. Schulze-Bahr, in qualità di agenti, convenuta, LA CORTE (Seconda Sezione),

(omissis)

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1. Con il suo ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede che la Corte voglia dichiarare che, avendo escluso, all'art. 2, n. 1, prima frase, della legge sugli aiuti alla proprietà immobiliare (Eigenheimzulagengesetz), nella versione pubblicata nel

(1) I testi delle sentenze riportate nell'Osservatorio sono reperibili gratuitamente, in versione integrale, sul sito ufficiale della Corte di Giustizia delle Comunità europee, www.curia.eu.int. La versione elettronica è gratuita e non autentica. In caso di discordanza prevale la versione definitiva pubblicata nella *"Raccolta della giurisprudenza della Corte e del Tribunale di primo grado"*. La scheda relativa alla sentenza 21 febbraio 2008, *Klöppel* (C-507/06) è stata scritta da Alessandra Compassi, Dottoranda di ricerca in diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Udine.

BGBl. 1997 I, pag. 734, come modificata dalla legge di accompagnamento del bilancio 2004 (Haushaltsbegleitgesetz 2004, BGBl. 2003 I, pag. 3076; in prosieguo: l'"EigZulG"), i beni immobili situati in un altro Stato membro dal beneficio dell'aiuto alla proprietà immobiliare concesso alle persone integralmente soggette all'imposta sul reddito, indipendentemente dal fatto che queste ultime fossero in grado o meno di ottenere un aiuto analogo in tale altro Stato membro, la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 18 CE, 39 CE e 43 CE.

La normativa tedesca

2. Ai sensi dell'art. 1 della legge relativa all'imposta sul reddito (Einkommensteuergesetz), nella sua versione pubblicata nel BGBl. 2002 I, pag. 4210 (in prosieguo: l'"EStG"):

"(1) Le persone fisiche che hanno il proprio domicilio o la propria residenza abituale in Germania sono integralmente soggette all'imposta sul reddito. (…)

(2) Sono altresì integralmente soggette all'imposta sul reddito i cittadini tedeschi che

1. non hanno né domicilio né residenza abituale in Germania e

2. hanno un contratto di lavoro che li vincola ad una persona giuridica di diritto pubblico nazionale e che percepiscono di conseguenza uno stipendio che proviene da una cassa pubblica nazionale, nonché i loro familiari in possesso della cittadinanza tedesca o che non percepiscono redditi, ovvero percepiscono solo redditi esclusivamente imponibili in Germania. Ciò si applica solo alle persone fisiche che, nel Paese in cui hanno il loro domicilio, o la loro residenza abituale, sono unicamente soggette all'imposta sul reddito in misura equivalente all'assoggettamento parziale.

(3) Su loro domanda, anche le persone fisiche che non hanno né il domicilio né la residenza abituale in Germania possono essere integralmente soggette all'imposta sul reddito nei limiti in cui percepiscono redditi nazionali (…). Tale opzione si applica solo nel caso in cui i loro redditi durante l'anno civile siano soggetti per almeno il 90% all'imposta tedesca sul reddito, o i loro redditi non soggetti all'imposta tedesca non superino l'importo di EUR 6 136 per anno civile; tale importo dev'essere ridotto qualora ciò si riveli necessario ed adeguato, considerata la situazione nello Stato di residenza. (…)"

3. L'art. 1 dell'EigZulG prevede che le persone integralmente soggette all'imposta sul reddito ai sensi dell'EStG hanno diritto ad un aiuto alla proprietà immobiliare.

4. Ai sensi dell'art. 2, n. 1, prima frase, dell'EigZulG, tale aiuto è concesso in caso di costruzione o di acquisto di un alloggio in una casa in piena proprietà situata sul territorio tedesco o di un alloggio in piena proprietà situato sul territorio tedesco.

5. Ai sensi dell'art. 4 di tale legge, il diritto all'aiuto alla proprietà immobiliare sussiste solo per gli anni civili durante i quali il beneficiario utilizza il detto alloggio a fini abitativi personali. Anche l'occupazione a titolo gratuito dell'alloggio da parte di un familiare del beneficiario permette la concessione del detto aiuto.

Il procedimento precontenzioso

6. Con lettera di diffida 4 aprile 2000 la Commissione comunicava alla

Repubblica federale di Germania di nutrire dubbi sulla compatibilità dell'art. 2, n. 1, prima frase, dell'EigZulG con gli artt. 18 CE, 39 CE e 43 CE. La Repubblica federale di Germania rispondeva a tale lettera di diffida con lettera 30 maggio 2000.

7. Il 16 dicembre 2003, la Commissione inviava alla Repubblica federale di Germania un parere motivato, invitando quest'ultima a adottare le misure necessarie per conformarvisi entro un termine di due mesi a decorrere dalla sua ricezione. Non ritenendo soddisfacente la risposta delle autorità tedesche a tale parere, formulata con lettera 17 febbraio 2004, la Commissione ha deciso di proporre il ricorso in esame.

Sul ricorso

Sulla ricevibilità

8. La Repubblica federale di Germania fa valere che il ricorso è in parte irricevibile, in quanto nella sua lettera di diffida la Commissione ha preso in considerazione, impiegando l'espressione "contribuente tedesco", solo le persone di cittadinanza tedesca soggette all'imposta sul reddito. Di conseguenza, la Commissione non avrebbe potuto ampliare l'oggetto del ricorso alla situazione dei lavoratori aventi un'altra cittadinanza.

9. Al riguardo occorre ricordare che, se è vero che l'oggetto del ricorso proposto ai sensi dell'art. 226 CE è circoscritto dal procedimento precontenzioso previsto da tale disposizione e che, di conseguenza, la lettera di diffida, il parere motivato e il ricorso devono essere fondati su identici addebiti, tale esigenza non può tuttavia giungere fino ad imporre in ogni caso una formulazione perfettamente coincidente di tali atti, qualora l'oggetto della controversia non sia stato esteso o modificato (v., in tal senso, sentenza 18 luglio 2007, causa C-490/04, Commissione/Germania, Racc. pag. I-7509, punti 36 e 37).

10. Inoltre, il parere motivato deve contenere un'esposizione coerente e particolareggiata dei motivi che hanno condotto la Commissione alla convinzione che lo Stato membro interessato è venuto meno a uno degli obblighi che gli incombono ai sensi del Trattato CE. La lettera di diffida, invece, non deve necessariamente soddisfare requisiti di esaustività così rigidi, dato che non può che consistere in un primo e succinto riassunto degli addebiti. Nulla impedisce dunque alla Commissione di precisare nel parere motivato gli addebiti da essa già esposti in maniera più globale nella lettera di diffida (v. sentenza 9 novembre 1999, causa C-365/97, Commissione/Italia, Racc. pag. I-7773, punto 26).

11. Nel caso in esame, contrariamente a quanto sostenuto dalla Repubblica federale di Germania, non emerge dalla lettera di diffida che la Commissione abbia inteso circoscrivere l'oggetto della controversia alla situazione dei cittadini tedeschi.

12. Infatti, da un lato, al punto 3 della detta lettera, la Commissione fa riferimento, segnatamente, all'art. 1, n. 3, dell'EStG, che prende in considerazione, ai fini dell'assoggettamento all'imposta sul reddito, le persone fisiche che non sono domiciliate, né risiedono abitualmente, in Germania e che percepiscono redditi in tale Stato membro, indipendentemente dalla loro cittadinanza. Dall'altro, al punto 5 di tale lettera, la

Commissione precisa che, a suo avviso, in applicazione degli artt. 18 CE, 39 CE e 43 CE, l'esclusione delle persone che praticano la mobilità transfrontaliera dal beneficio dell'aiuto alla proprietà immobiliare è incompatibile con il principio della libera circolazione delle persone.

13. Poiché l'oggetto della controversia non è stato modificato o esteso e la lettera di diffida ha consentito di fornire alla Repubblica federale di Germania gli elementi necessari per la preparazione della sua difesa, occorre respingere l'eccezione di irricevibilità sollevata da tale Stato membro e dichiarare ricevibile il ricorso proposto dalla Commissione.

Nel merito

14. In via preliminare, si deve rilevare che, con lettera 4 gennaio 2006, la Repubblica federale di Germania ha informato la Corte dell'adozione, il 22 dicembre 2005, della legge che abroga l'aiuto alla proprietà immobiliare (Gesetz zur Abschaffung der Eigenheimzulage, BGBl. 2005 I, pag. 76).

15. A tal riguardo, è sufficiente ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, l'esistenza di un inadempimento dev'essere valutata in relazione alla situazione dello Stato membro quale si presentava alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato e che i mutamenti intervenuti in seguito non possono essere presi in considerazione dalla Corte (v., in particolare, sentenze 19 giugno 2003, causa C-161/02, Commissione/Francia, Racc. pag. I-6567, punto 6, e 18 luglio 2007, causa C-26/07, Commissione/Grecia, non pubblicata nella Raccolta, punto 6). Poiché è pacifico che tale legge che abroga l'aiuto alla proprietà immobiliare è intervenuta dopo la scadenza del detto termine, essa non deve essere presa in considerazione nell'ambito del ricorso in esame.

16. Emerge da una costante giurisprudenza che, se è pur vero che la materia delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono tuttavia esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario (v. sentenze 13 dicembre 2005, causa C-446/03, Marks & Spencer, Racc. pag. I-10837, punto 29; 26 ottobre 2006, causa C-345/05, Commissione/Portogallo, Racc. pag. I-10633, punto 10, e 18 gennaio 2007, causa C-104/06, Commissione/Svezia, Racc. pag. I-671, punto 12).

17. Si deve quindi verificare se, come sostenuto dalla Commissione, l'EigZulG e, in particolare, il suo art. 2, n. 1, prima frase, costituiscano una restrizione alla libertà di circolazione e alla libertà di stabilimento delle persone sancite agli artt. 18 CE, 39 CE e 43 CE.

18. L'art. 18 CE, che stabilisce in maniera generale il diritto per ogni cittadino dell'Unione europea di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri, trova un'espressione specifica negli artt. 39 CE, per quanto riguarda la libera circolazione dei lavoratori, e 43 CE, con riferimento alla libertà di stabilimento (v. sentenze Commissione/Portogallo, cit., punto 13; Commissione/Svezia, cit., punto 15, e 11 settembre 2007, causa C-318/05, Commissione/Germania, Racc. pag. I-6957, punto 35).

19. Occorre pertanto verificare, in primo luogo, se gli artt. 39 CE e 43 CE ostino

ad una normativa nazionale come quella dell'art. 2, n. 1, prima frase, dell'EigZulG, che subordina la concessione dell'aiuto alla proprietà immobiliare cui hanno diritto, ai sensi dell'art. 1 di tale legge, le persone integralmente soggette all'imposta sul reddito in Germania alla condizione che gli alloggi costruiti o acquistati da tali persone a fini abitativi personali siano situati sul territorio tedesco.

20. A tal riguardo, si deve rammentare che ogni cittadino di uno Stato membro - indipendentemente dal suo luogo di residenza e dalla sua cittadinanza - che abbia usufruito del diritto alla libera circolazione dei lavoratori o della libertà di stabilimento e che abbia esercitato un'attività lavorativa in uno Stato membro diverso da quello di residenza, rientra, a seconda dei casi, nella sfera di applicazione dell'art. 39 CE o in quella dell'art. 43 CE (v., in tal senso, sentenze 21 febbraio 2006, causa C-152/03, Ritter-Coulais, Racc. pag. I-1711, punto 31; 7 settembre 2006, causa C-470/04, N, Racc. pag. I-7409, punto 28, e 18 luglio 2007, causa C-212/05, Hartmann, Racc. pag. I-6303, punto 17).

21. Inoltre, l'insieme delle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle persone è volto a facilitare, ai cittadini comunitari, l'esercizio di attività lavorative di qualsivoglia natura in tutto il territorio della Comunità europea ed osta ai provvedimenti che potrebbero sfavorirli qualora essi intendano svolgere un'attività economica sul territorio di un altro Stato membro (v. sentenze 15 settembre 2005, causa C-464/02, Commissione/Danimarca, Racc. pag. I-7929, punto 34; Commissione/Portogallo, cit., punto 15; Commissione/Svezia, cit., punto 17, e 11 settembre 2007, Commissione/Germania, cit., punto 114).

22. Disposizioni che impediscano ad un cittadino di uno Stato membro di lasciare il suo Stato d'origine per esercitare il suo diritto di libera circolazione, o che lo dissuadano dal farlo, costituiscono ostacoli a tale libertà anche se si applicano indipendentemente dalla cittadinanza dei lavoratori interessati (v. citate sentenze Commissione/Danimarca, punto 35; Commissione/Portogallo, punto 16; Commissione/Svezia, punto 18, e 11 settembre 2007, Commissione/Germania, punto 115).

23. Nel caso di specie, l'art. 2, n. 1, prima frase, dell'EigZulG sfavorisce le persone integralmente soggette all'imposta sul reddito in Germania che fanno costruire o acquistano, a fini abitativi personali, un alloggio situato sul territorio di un altro Stato membro. Questa disposizione non consente a tali persone di beneficiare dell'aiuto alla proprietà immobiliare, mentre ne hanno diritto le persone che si trovano nella stessa situazione rispetto all'imposta sul reddito e che, in occasione della costruzione o dell'acquisto di un alloggio, decidono di mantenere o di fissare il loro domicilio in territorio tedesco.

24. Pertanto, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 64 delle sue conclusioni, la detta disposizione ha un effetto dissuasivo per le persone integralmente soggette all'imposta sul reddito in Germania che sono titolari del diritto alla libera circolazione derivante dagli artt. 39 CE e 43 CE e che intendono far costruire o acquistare un alloggio a fini abitativi personali in un altro Stato membro.

25. Ne consegue che, riservando il beneficio dell'aiuto alla proprietà immobiliare alle persone integralmente soggette all'imposta sul reddito in Germania alla condizione che l'alloggio costruito o acquistato a fini abitativi personali sia situato in territorio tedesco, l'art. 2, n. 1, prima frase, dell'EigZulG può ostacolare la libera

circolazione dei lavoratori e la libertà di stabilimento, quali garantite dagli artt. 39 CE e 43 CE.

26. Risulta tuttavia da una giurisprudenza consolidata che i provvedimenti nazionali in grado di ostacolare o rendere meno attraente l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato possono nondimeno essere giustificati qualora perseguano un obiettivo di interesse generale, siano adeguati a garantire la realizzazione dello stesso e non eccedano quanto è necessario per raggiungerlo (v., in particolare, citate sentenze Commissione/Portogallo, punto 24, e Commissione/Svezia, punto 25).

27. Nel caso di specie, la Repubblica federale di Germania fa valere che la condizione imposta all'art. 2, n. 1, prima frase, dell'EigZulG è giustificata dall'obiettivo consistente nell'incoraggiare la costruzione di alloggi sul suo territorio per garantirvi una sufficiente offerta immobiliare. Orbene, in ogni caso, tale condizione eccede quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito.

28. Infatti, l'obiettivo diretto a soddisfare la domanda di alloggi è ugualmente raggiunto se la persona integralmente soggetta all'imposta sul reddito in Germania sceglie di fissare il suo domicilio sul territorio di un altro Stato membro anziché sul territorio tedesco (v., in tal senso, citata sentenza Commissione/Portogallo, punto 35).

29. Risulta da quanto precede che l'art. 2, n. 1, prima frase, dell'EigZulG costituisce una restrizione vietata dagli artt. 39 CE e 43 CE, e che è fondata la censura della Commissione relativa ad un inadempimento degli obblighi che incombono allo Stato membro interessato in forza dei detti articoli del Trattato.

30. In secondo luogo, per quanto riguarda le persone integralmente soggette all'imposta sul reddito in Germania che non sono economicamente attive, questa stessa conclusione si impone per identità di motivi per quanto attiene alla censura fondata sull'art. 18 CE.

31. Si deve quindi constatare che, avendo escluso, all'art. 2, n. 1, prima frase, dell'EigZulG, gli alloggi situati in un altro Stato membro dal beneficio dell'aiuto alla proprietà immobiliare concesso alle persone integralmente soggette all'imposta sul reddito, la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza degli artt. 18 CE, 39 CE e 43 CE.

(omissis)

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara e statuisce:

1) Avendo escluso, all'art. 2, n. 1, prima frase, della legge sugli aiuti alla proprietà immobiliare (Eigenheimzulagengesetz), nella versione pubblicata nel 1997, come modificata dalla legge di accompagnamento del bilancio 2004 (Haushaltsbegleitgesetz 2004), gli alloggi situati in un altro Stato membro dal beneficio dell'aiuto alla proprietà immobiliare concesso alle persone integralmente soggette all'imposta sul reddito, la Repubblica federale di Germania è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza degli artt. 18 CE, 39 CE e 43 CE.

2) La Repubblica federale di Germania è condannata alle spese.

La sentenza qui in esame deriva dal procedimento di infrazione aperto dalla Commissione europea contro la Germania in relazione legge tedesca sugli aiuti alla proprietà immobiliare del 1997, modificata nel 2004, ai sensi della quale si attribuisce alle persone integralmente soggette all'imposta sul reddito un diritto all'aiuto per costruzione o acquisto di un alloggio (o casa) in piena proprietà che si trovi nel territorio tedesco, per il periodo di tempo in cui il beneficiario o un suo familiare (gratuitamente) utilizzino l'immobile a fini abitativi personali.

Il problema sollevato dalla Commissione europea era se tale normativa non rappresentasse un disincentivo all'esercizio della libera circolazione delle persone nel punto in cui non si prevede l'attribuzione di un tale aiuto nel caso di acquisto di beni immobili situati in un altro Stato membro.

Il diritto comunitario, infatti, vieta sia gli ostacoli diretti che quelli indiretti alla libera circolazione, all'interno dei quali può rientrare anche un regime fiscale di aiuti alla proprietà immobiliare che, essendo vincolato alla presenza dell'alloggio sul territorio nazionale, rende meno attraente per il lavoratore comunitario l'acquisto o la costruzione di un alloggio in uno Stato diverso (in generale sulla libera circolazione vedi Condinanzi M. Lang A. Nascimbene B., *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006).

La Germania pur riconoscendo la sussistenza dell'ostacolo invocava la disciplina sulle possibili giustificazioni per motivi imperativi di interesse generale, sostenendo che la misura dovesse ritenersi giustificata in base alla necessità di incoraggiare la costruzione di alloggi sul suo territorio per garantirvi una sufficiente offerta immobiliare. Tale argomentazione non viene accettata dalla Corte poiché si ritiene che pur rispondendo all'obiettivo indicato, la normativa nazionale non rispetti il principio di proporzionalità, ossia non sia l'unica scelta (e la meno restrittiva) possibile per raggiungere lo scopo prefissato.

Per questi motivi la Corte di Giustizia decide di far proprie le argomentazioni della Commissione e di condannare la Germania per infrazione degli artt. 18, 29, e 43 del Trattato CE, rispettivamente relativi alla libera circolazione dei cittadini in quanto tali, del lavoratori subordinati e del lavoratori autonomi. A nulla è valsa la comunicazione da parte della Germania di aver proceduto nel dicembre 2005 all'abrogazione dell'aiuto alla proprietà immobiliare. La Corte infatti ribadisce che l'esistenza dell'inadempimento deve essere valutata al tempo della scadenza del termine stabilito nel parere motivato, non potendosi quindi prendere in considerazione, da parte della Corte, le modifiche normative intervenute successivamente, che non fanno cessare l'oggetto del contendere (sul punto ci si permette di rinviare a quanto affermato nel commento alla sentenza 7 giugno 2007, Commissione c. Regno dei Paesi Bassi, causa C-50/06, in questa *Rivista*, Osservatorio dei mesi aprile-giugno 2007).

SENTENZA DELLA CORTE (Seconda Sezione)
21 febbraio 2008

"Diritto all'assegno austriaco per la cura dei figli - Periodi di riscossione di prestazioni familiari in un altro Stato membro non presi in considerazione - Regolamento (CEE) n. 1408/71".

Nel procedimento C-507/06, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dall'Oberlandesgericht Innsbruck (Austria) con decisione 30 novembre 2006, pervenuta in cancelleria il 13 dicembre 2006, nella causa tra *Malina Klöppel* e *Tiroler Gebietskrankenkasse*, LA CORTE (Seconda Sezione),

omissis

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione degli artt. 3 e 72 del regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento (CE) del Consiglio 2 dicembre 1996, n. 118/97 (GU 1997, L 28, pag. 1), come modificato dal regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 5 giugno 2001, n. 1386 (GU L 187, pag. 1; in prosieguo: il "regolamento n. 1408/71"), nonché dell'art. 10 bis del regolamento (CEE) del Consiglio 21 marzo 1972, n. 574, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento n. 1408/71, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento n. 118/97, come modificato dal regolamento (CE) della Commissione 27 febbraio 2002, n. 410 (GU L 62, pag. 17; in prosieguo: il "regolamento n. 574/72").

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia pendente tra la sig.ra Klöppel e la Tiroler Gebietskrankenkasse (cassa malattia territoriale del Tirolo) in ordine alla durata del periodo durante il quale l'interessata può beneficiare, in Austria, dell'assegno per la cura dei figli.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3. Ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 1408/71, rubricato "Parità di trattamento":

"1. Le persone che risiedono nel territorio di uno degli Stati membri ed alle quali sono applicabili le disposizioni del presente regolamento, sono soggette agli obblighi e

sono ammesse al beneficio della legislazione di ciascuno Stato membro alle stesse condizioni dei cittadini di tale Stato, fatte salve le disposizioni particolari del presente regolamento. (…)".

4. L'art. 4 del regolamento n. 1408/71, rubricato "Campo d'applicazione "ratione materiae"", recita: "1. Il presente regolamento si applica a tutte le legislazioni relative ai settori di sicurezza sociale riguardanti: (…) h) le prestazioni familiari (…)".

5. L'art. 72 del regolamento n. 1408/71, rubricato "Totalizzazione dei periodi assicurazione, di occupazione o di attività autonoma", dispone quanto segue: "L'istituzione competente di uno Stato membro la cui legislazione subordina l'acquisizione del diritto alle prestazioni al compimento di periodi di assicurazione, di occupazione o di attività autonoma tiene conto a tal fine, nella misura necessaria, dei periodi di assicurazione, di occupazione o di attività autonoma compiuti nel territorio di ogni altro Stato membro, come se si trattasse di periodi compiuti sotto la legislazione che essa applica".

6. Ai sensi dell'art. 10 bis del regolamento n. 574/72, intitolato "Norme applicabili quando il lavoratore subordinato o autonomo è soggetto successivamente alla legislazione di più Stati membri nel corso dello stesso periodo o parte di periodo": "Se un lavoratore subordinato o autonomo è stato soggetto successivamente alla legislazione di due Stati membri nel corso del periodo che separa due scadenze previste dalla legislazione di uno o dei due Stati membri in oggetto per la concessione delle prestazioni familiari, si applicano le seguenti norme: a) le prestazioni familiari a cui l'interessato ha diritto in quanto soggetto alla legislazione di ciascuno di questi Stati corrispondono al numero di prestazioni giornaliere dovute in applicazione della legislazione considerata. Se tali legislazioni non prevedono prestazioni giornaliere, le prestazioni familiari sono concesse al prorata della durata del periodo durante il quale l'interessato è stato soggetto alla legislazione di ciascuno Stato membro, in rapporto al periodo fissato dalla legislazione in oggetto; b) se le prestazioni familiari sono state corrisposte da una istituzione per un periodo in cui avrebbero dovuto essere corrisposte da un'altra istituzione, si procede a compensazione fra tali istituzioni (…)".

La normativa austriaca

7. L'art. 5 della legge 8 agosto 2001 relativa all'assegno per la cura dei figli (Kinderbetreuungsgeldgesetz, BGBl. I, 103/2001; in prosieguo: il "KBGG") dispone come segue: "1. Fatte salve le disposizioni che seguono, l'assegno per la cura dei figli è corrisposto al massimo fino al compimento del trentaseiesimo mese di vita del figlio. 2. Se solo un genitore percepisce l'assegno per la cura dei figli, quest'ultimo è corrisposto al massimo fino al compimento del trentesimo mese di età del bambino. Se anche il secondo genitore percepisce l'assegno per la cura dei figli, il diritto all'assegno è prorogato oltre il compimento del trentesimo mese per tutto il tempo in cui il secondo genitore chiede l'assegno per la cura dei figli, ma solo fino al compimento del trentaseiesimo mese del bambino. 3. L'assegno per la cura dei figli può essere percepito a turno dai due genitori, potendosi fare due cambi per ogni figlio (…)".

Causa principale e questione pregiudiziale

8. La sig.ra Klöppel, cittadina tedesca e dipendente del Land Nordrhein-Westfalen, risiede in Austria ed è impiegata come insegnante in un liceo che ha sede in Germania. Fino al 18 agosto 2004 ha risieduto in Germania dove, l'11 aprile 2004, è nata sua figlia. Il sig. Kraler, cittadino austriaco, compagno della sig.ra Klöppel e padre della bambina, dal 1° marzo 2004 si è trasferito al domicilio dell'interessata per aiutarla prima del parto e per prendersi cura della bambina dopo la nascita. A tal fine, il sig. Kraler ha beneficiato di un'aspettativa non retribuita da parte dell'Università di Innsbruck, suo datore di lavoro in Austria. Quanto alla sig.ra Klöppel, le è stata concessa un'aspettativa a tempo pieno e senza retribuzione dal 22 luglio 2004 al 10 aprile 2007.

9. A seguito della nascita della loro figlia, la sig.ra Klöppel e il sig. Kraler, che all'epoca risiedevano in Germania, hanno beneficiato dell'assegno per l'educazione dei figli erogato in tale Stato membro; il sig. Kraler ha percepito tale assegno tra l'11 aprile e l'11 agosto 2004.

10. Il 18 agosto 2004 la sig.ra Klöppel e il sig. Kraler, insieme alla figlia, si sono stabiliti in Austria, dove il sig. Kraler ha ripreso la sua attività professionale.

11. A partire da tale data e fino all'11 ottobre 2006, la sig.ra Klöppel ha beneficiato dell'assegno austriaco per la cura dei figli. La sua richiesta di prorogare il godimento di tale assegno fino al 10 aprile 2007 è stata respinta con decisione della Tiroler Gebietskrankenkasse del 3 maggio 2006. Tale diniego è fondato sull'art. 5, n. 2, del KBGG, il quale stabilisce che, quando solo un genitore percepisce l'assegno per la cura dei figli, quest'ultimo è corrisposto al massimo per 30 mesi dalla nascita del bambino, ma, se anche il secondo genitore percepisce detto assegno (o l'ha percepito), il diritto all'assegno può essere concesso per 36 mesi, e in tal caso i genitori percepiscono l'assegno a turno. Tuttavia, quando è stato esaminato il diritto della sig.ra Klöppel all'assegno per la cura dei figli per un periodo di 36 mesi, non è stato preso in considerazione il fatto che il sig. Kraler avesse percepito in Germania l'assegno per l'educazione tra l'11 aprile e l'11 agosto 2004.

12. La sig.ra Klöppel ha proposto ricorso contro tale decisione.

13. Il Landesgericht Innsbruck (Tribunale di Innsbruck) ha accolto la tesi della Tiroler Gebietskrankenkasse e ha respinto il ricorso della sig.ra Klöppel dichiarando che qeust'ultima aveva diritto all'assegno per la cura dei figli solamente per 30 mesi.

14. Poiché la sig.ra Klöppel ha impugnato tale decisione, l'Oberlandesgericht Innsbruck (Corte d'appello di Innsbruck) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: "Se l'art. 72 del regolamento (…) n. 1408[/71] (…), in combinato disposto con l'art. 3 di quest'ultimo regolamento e con l'art. 10 bis del regolamento (…) n. 574[/72] (…), debba essere interpretato nel senso che i periodi nei quali l'interessato beneficia di una prestazione familiare in uno Stato membro [nel presente caso in Germania, l'assegno federale per l'educazione (Bundeserziehungsgeld)] devono essere sottoposti allo stesso regime per quanto riguarda il diritto alla riscossione di un'analoga prestazione in un altro Stato membro [nel presente caso in Austria, l'assegno per la cura dei figli

(Kinderbetreuungsgeld)] e quindi devono essere assimilati a periodi di riscossione compiuti nel secondo Stato membro ai fini del diritto alla prestazione in quest'ultimo Stato, qualora durante tali periodi entrambi i genitori siano da qualificarsi come lavoratori subordinati ai sensi dell'art. 1, lett. a), punto i), del regolamento n. 1408/71".

Sulla questione pregiudiziale

15. Il giudice del rinvio rileva che, nella situazione della sig.ra Klöppel, i periodi di riferimento presi in considerazione per avere diritto all'assegno per la cura dei figli sono valutati diversamente a seconda che siano stati compiuti in Austria o in un altro Stato membro. Infatti, se il sig. Kraler si fosse preso cura della figlia in Austria e, a tale titolo, avesse percepito l'assegno per la cura dei figli in tale Stato membro, la sig.ra Klöppel avrebbe avuto diritto a pretendere il detto assegno per un periodo più lungo. È in questo contesto e dopo aver accertato che la situazione della sig.ra Klöppel rientra nella sfera di applicazione del regolamento n. 1408/71 che il giudice del rinvio chiede se le disposizioni di tale regolamento possano essere interpretate nel senso che i periodi di riscossione di assegni familiari in Germania devono essere assimilati ai periodi di riscossione di analoghi assegni in Austria.

16. Al riguardo occorre innanzi tutto rilevare che, come sostiene il governo austriaco, il diritto comunitario non pregiudica la competenza degli Stati membri a organizzare i propri regimi di previdenza sociale e che, in mancanza di un'armonizzazione a livello comunitario, spetta alla legislazione di ciascuno Stato membro stabilire i requisiti per la concessione delle prestazioni di previdenza sociale nonché l'importo e la durata delle stesse. Nell'esercizio di tale competenza gli Stati membri devono tuttavia rispettare il diritto comunitario e, in particolare, le disposizioni del Trattato CE relative alla libera circolazione dei lavoratori o anche relative alla libertà riconosciuta a ogni cittadino dell'Unione europea di circolare e di soggiornare sul territorio degli Stati membri (sentenza 23 novembre 2000, causa C-135/99, Elsen, Racc. pag. I-10409, punto 33).

17. Il principio di non discriminazione, come sancito all'art. 39, n. 2, CE e concretizzato, in materia di previdenza sociale dei lavoratori migranti, dall'art. 3, n. 1, del regolamento n. 1408/71, vieta non solo le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza dei beneficiari dei regimi di previdenza sociale, ma anche le discriminazioni dissimulate, di qualsiasi forma, che, pur fondandosi su altri criteri di riferimento, pervengano in concreto allo stesso risultato (v. sentenza 18 gennaio 2007, causa C-332/05, Celozzi, Racc. pag. I-563, punti 13 e 23).

18. Devono pertanto essere giudicate indirettamente discriminatorie le condizioni poste dall'ordinamento nazionale che, benché indistintamente applicabili secondo la cittadinanza, riguardano essenzialmente o in gran parte i lavoratori migranti nonché le condizioni indistintamente applicabili che possono essere soddisfatte più agevolmente dai lavoratori nazionali che dai lavoratori migranti o che rischiano di essere sfavorevoli, in modo particolare, per i lavoratori migranti (sentenza Celozzi, cit., punto 24).

19. Orbene, il rifiuto di prendere in considerazione, ai fini della concessione alla sig.ra Klöppel dell'assegno austriaco per la cura dei figli, il periodo durante il quale il compagno dell'interessata, sig. Kraler, ha beneficiato in Germania di un'analoga prestazione può pervenire a un risultato di questo tipo dal momento che, in genere, sono i lavoratori cittadini di altri Stati membri quelli che beneficiavano, prima di stabilirsi in Austria, di prestazioni familiari erogate in tali altri Stati.

20. Occorre rilevare che la Corte non dispone di elementi che le consentano di esaminare l'eventuale giustificazione di una simile differenza di trattamento a danno dei lavoratori migranti.

21. Giacché l'interpretazione dell'art. 3 del regolamento n. 1408/71 è sufficiente, di per sé, a fornire al giudice del rinvio gli elementi che gli consentono di risolvere la controversia ad esso sottoposta, non è necessario che la Corte proceda ad un'interpretazione degli artt. 72 del regolamento n. 1408/71 e 10 bis del regolamento n. 574/72.

22. Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la questione posta nel senso che l'art. 3, n. 1, del regolamento n. 1408/71 osta a che uno Stato membro rifiuti di prendere in considerazione, ai fini della concessione di una prestazione familiare quale l'assegno austriaco per la cura dei figli, il periodo di riscossione di un'analoga prestazione in un altro Stato membro allo stesso modo che se tale periodo fosse stato compiuto nel proprio territorio.

Sulle spese

23. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

L'art. 3, n. 1, del regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento (CE) del Consiglio 2 dicembre 1996, n. 118/97, come modificato dal regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 5 giugno 2001, n. 1386, osta a che uno Stato membro rifiuti di prendere in considerazione, ai fini della concessione di una prestazione familiare quale l'assegno austriaco per la cura dei figli, il periodo di riscossione di un'analoga prestazione in un altro Stato membro allo stesso modo che se tale periodo fosse stato compiuto nel proprio territorio.

* * * * *

La causa in oggetto riguarda l'interpretazione del regolamento 1408/71 (in *GUCE* L 149 del 5 luglio 1971) con riferimento particolare alla durata delle prestazioni familiari ed alla considerazione del periodo di riscossione di tali prestazioni sul territorio della Comunità europea. Tale regolamento è stato abrogato e sostituito dal regolamento 883/2004 (in *GUCE* L 166 del 30 aprile 2004), il quale entrerà in vigore nel 2009.

Il regolamento 883/2004 si pone quale obiettivo primario quello di assicurare piena tutela ai lavoratori così garantendo la libertà di circolazione delle persone e dovrebbe contribuire al miglioramento del loro livello di vita e delle loro condizioni d'occupazione. Il principio generale della parità di trattamento è di particolare importanza per i lavoratori che non risiedono nello Stato membro in cui lavorano, compresi i lavoratori frontalieri. L'art. 4 dispone: "Salvo quanto diversamente previsto dal presente regolamento, le persone alle quali si applica il presente regolamento godono delle stesse prestazioni e sono soggette agli stessi obblighi di cui alla legislazione di ciascuno Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di tale Stato".

Le disposizioni in materia di prestazioni di malattia, di maternità e di paternità assimilate sono state elaborate alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia. In particolare, in materia di prestazioni familiari il considerando 19 prevede che "In alcuni casi, possono beneficiare delle prestazioni di maternità e di paternità assimilate sia la madre che il padre e dato che, in quest'ultimo caso, tali prestazioni sono diverse dalle prestazioni parentali e possono essere assimilate a quelle di maternità *strictu sensu* in quanto sono erogate durante i primi mesi di vita del neonato, è opportuna una regolamentazione congiunta delle prestazioni di maternità e paternità assimilate" che, peraltro, sono espressamente menzionate alla lettera B) dell'articolo 3 del nuovo regolamento.

Il regolamento 1408/71 prevede che le prestazioni familiari e per figli a carico siano erogate secondo le regole vigenti nello Stato membro in cui il lavoratore subordinato o autonomo è impiegato. Anche se la famiglia od i figli abitano in un altro Stato membro, la prestazione deve essere pagata come se abitassero nello Stato in cui il lavoratore è impiegato, cioè nello "Stato competente". Ciò non vale qualora le prestazioni familiari vengano erogate anche a norma della legislazione dello Stato membro in cui i membri della famiglia abitano.

L'art. 6 del regolamento 883/2004 prevede espressamente la totalizzazione dei periodi contributivi, con ciò riflettendo lo stato di fatto e di diritto costruito dalla Corte di giustizia: "Fatte salve disposizioni contrarie del presente regolamento, l'istituzione competente di uno Stato membro, la cui legislazione subordina: l'acquisizione, il mantenimento, la durata o il recupero del diritto alle prestazioni, l'ammissione al beneficio di una legislazione, o l'accesso all'assicurazione obbligatoria, facoltativa continuata o volontaria o l'esenzione della medesima, al maturare di periodi d'assicurazione, di occupazione, di attività lavorativa autonoma o di residenza tiene conto, nella misura necessaria, dei periodi di assicurazione, di occupazione, di attività lavorativa autonoma o di residenza maturati sotto la legislazione di ogni altro Stato membro, come se si trattasse di periodi maturati sotto la legislazione che essa applica".

Ne deriva che la Corte, con la pronuncia annotata, ha assecondato, confermando il proprio convincimento, principi peraltro ormai già cristallizzati nelle disposizioni del

nuovo regolamento.

A titolo ricognitivo vale la pena di considerare come i giudici del Lussemburgo già in passato si siano occupati della tematica della totalizzazione dei contributi e, in particolar modo dei periodi da tenere in considerazione ai fini del calcolo delle prestazioni. Nel caso *Adanez-Vega*, in causa C-372/02, la Corte ha avuto modo di osservare che le istituzioni di uno Stato membro sono tenute, in virtù delle disposizioni di cui al regolamento 1408/71 a tenere in considerazione i periodi "contributivi" relativi alla permanenza del lavoratore dipendente od autonomo in altro Stato membro - sotto il profilo della qualificazione. Prima ancora, nel noto caso *Gottardo*, in causa C-55/00, la Corte, richiamando le previsioni dell'articolo 39 del Trattato, ha ri-affermato la necessità che gli enti previdenziali di uno Stato membro prendessero in considerazione le prestazioni erogate in altro Stato membro - qui in riferimento a pensioni di vecchiaia. Tuttavia, il tema degli assegni di maternità, sotto il profilo della durata delle prestazioni erogabili non è stato, sino ad ora preso in considerazione dalla Corte la quale, per risolvere la questione, ha richiamato il generale principio di non discriminazione di cui al secondo paragrafo dell'art. 39 del Trattato così come trasfuso nell'art. 3, n. 1, del regolamento 1408/71.

Il nodo centrale della questione, cioè quello dei periodi da prendere in considerazione ai fini dell'erogazione delle prestazioni, invece, è stato varie volte affrontato e, soprattutto, codificato nella legislazione di diritto derivato (prima nel regolamento 1408/71 ed ora, forse anche con maggiore incisività, nel regolamento 883/2004 perché è chiaramente previsto nel combinato disposto di cui agli artt. 4 sulla parità di trattamento e 6 sulla totalizzazione dei periodi - disposizioni comprese tra quelle a carattere generale, ovvero dedicate a tutte le categorie di prestazioni disciplinate nel titolo III del regolamento, in particolare prestazioni di malattia, maternità e paternità assimilate).

SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)
26 febbraio 2008

"Politica sociale - Direttiva 92/85/CEE - Misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento - Nozione di "lavoratrice gestante" - Divieto di licenziamento delle lavoratrici gestanti nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità - Lavoratrice licenziata quando i suoi ovuli, alla data della comunicazione del licenziamento, erano stati fecondati in vitro, ma non ancora trasferiti nel suo utero - Direttiva 76/207/CEE - Parità di trattamento fra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile - Lavoratrice sottoposta a un trattamento di fecondazione in vitro - Divieto di licenziamento - Portata".

Nel procedimento C-506/06, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dall'Oberster Gerichtshof (Austria) con decisione 23 novembre 2006, pervenuta in cancelleria il 14 dicembre 2006, nella causa *Sabine Mayr* contro *Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, LA CORTE (Grande Sezione),

(omissis)

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 2, lett. a), della direttiva del Consiglio 19 ottobre 1992, 92/85/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (decima direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1 della direttiva 89/391/CEE) (GU L 348, pag. 1).

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la sig.ra Mayr, ricorrente nella causa principale, e il suo ex datore di lavoro, la Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG (in prosieguo: la "Flöckner"), convenuta nella causa principale, in seguito al licenziamento della sig.ra Mayr da parte della Flöckner.

Contesto normativo

Normativa comunitaria

La direttiva 76/207/CEE

3. L'art. 2, n. 1, della direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, relativa

all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (GU L 39, pag. 40), dispone che "il principio della parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul [s]esso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia".

4. Il n. 3 del medesimo art. 2 enuncia che la direttiva 76/207 "non pregiudica le disposizioni relative alla protezione della donna, in particolare per quanto riguarda la gravidanza e la maternità".

5. Ai sensi dell'art. 5, n. 1, della direttiva 76/207:

"L'applicazione del principio della parità [di] trattamento per quanto riguarda le condizioni di lavoro, comprese le condizioni inerenti al licenziamento, implica che siano garantire agli uomini e alle donne le medesime condizioni, senza discriminazioni fondate sul sesso".

6. L'art. 34, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 5 luglio 2006, 2006/54/CE, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione) (GU L 204, pag. 23), ha abrogato la direttiva 76/207, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 23 settembre 2002, 2002/73/CE (GU L 269, pag. 15).

7. Tuttavia, le direttive 2002/73 e 2006/54 non si applicano ratione temporis ai fatti della causa principale.

La direttiva 92/85

8. Dal nono 'considerando' della direttiva 92/85 emerge che la protezione della sicurezza e della salute delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento non deve svantaggiare le donne sul mercato del lavoro e non pregiudica le direttive in materia di parità di trattamento tra uomini e donne.

9. Secondo il quindicesimo 'considerando' della medesima direttiva, il rischio di essere licenziate per motivi connessi al loro stato può avere effetti dannosi sullo stato fisico e psichico delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento e conviene prevedere un divieto di licenziamento.

10. Ai sensi dell'art. 2, lett. a), della direttiva 92/85, si intende per lavoratrice gestante "ogni lavoratrice gestante che informi del suo stato il proprio datore di lavoro, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali".

11. L'art. 10 della direttiva 92/85 è formulato come segue:

"Per garantire alle lavoratrici [gestanti, puerpere o in periodo di allattamento] ai sensi dell'articolo 2 l'esercizio dei diritti di protezione della sicurezza e della salute riconosciuti nel presente articolo:

1) gli Stati membri adottano le misure necessarie per vietare il licenziamento delle lavoratrici di cui all'articolo 2 nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità di cui all'articolo 8, paragrafo 1, tranne nei casi eccezionali non connessi al loro stato ammessi dalle legislazioni e/o prassi nazionali e, se del caso, a condizione che l'autorità competente abbia dato il suo accordo;

2) qualora una lavoratrice ai sensi dell'articolo 2 sia licenziata durante il periodo specificato nel punto 1), il datore di lavoro deve fornire per iscritto giustificati motivi

per il licenziamento;

3) gli Stati membri adottano le misure necessarie per proteggere le lavoratrici di cui all'articolo 2 contro le conseguenze di un licenziamento che a norma del punto 1) è illegittimo".

12. Ai sensi dell'art. 12 della direttiva 92/85:

"Gli Stati membri introducono nel loro ordinamento giuridico interno le misure necessarie per consentire a qualsiasi lavoratrice che si ritenga lesa dalla mancata osservanza degli obblighi derivanti dalla presente direttiva di difendere i propri diritti per via legale e/o, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali, mediante ricorso ad altre istanze competenti".

Normativa nazionale

13. L'art. 10 della legge sulla tutela della maternità (Mutterschutzgesetz; in prosieguo: l'"MSchG") è formulato come segue:

"1. Le dipendenti non possono essere legittimamente licenziate durante il periodo di gravidanza, né nei quattro mesi successivi al parto, purché abbiano informato il datore di lavoro della loro gravidanza o del parto.

2. Il licenziamento è altresì illegittimo quando il datore di lavoro è informato della gravidanza o del parto entro cinque giorni lavorativi a decorrere dalla comunicazione del licenziamento o dalla sua notifica in caso di licenziamento avvenuto per iscritto. La comunicazione scritta della gravidanza o del parto si considera avvenuta in tempo utile se spedita per posta nel detto termine di cinque giorni. Nel comunicare la sua gravidanza o il parto nel termine di cinque giorni, la lavoratrice deve contestualmente fornire certificato medico attestante la gravidanza o la presunta gravidanza o produrre il certificato di nascita del bambino. (…)".

14. In forza dell'art. 17, n. 1, della legge sulla riproduzione medicalmente assistita (Fortpflanzungsmedizingesetz; in prosieguo: l'"FMedG"), le cellule in via di sviluppo, vale a dire - ai sensi dell'art. 1, n. 3, dell'FMedG - gli ovuli fecondati e le cellule che ne derivano, possono essere conservate per un periodo massimo di dieci anni.

15. Ai sensi dell'art. 8 dell'FMedG, una fecondazione artificiale può essere eseguita solo con il consenso di entrambi i partner, tuttavia la donna può revocare il proprio consenso fino al momento del trasferimento delle cellule in via di sviluppo nel suo corpo.

Causa principale e questione pregiudiziale

16. La sig.ra Mayr lavorava per la Flöckner come cameriera dal 3 gennaio 2005.

17. L'8 marzo 2005, nell'ambito di un tentativo di fecondazione in vitro e a seguito di un trattamento ormonale di circa un mese e mezzo, era praticato alla sig.ra Mayr un prelievo follicolare. Il suo medico curante le prescriveva un congedo per malattia dall'8 al 13 marzo 2005.

18. Il 10 marzo 2005, nel corso di una telefonata, la Flöckner comunicava alla sig.ra Mayr che era licenziata con effetto dal 26 marzo 2005.

19. Con lettera in pari data, la sig.ra Mayr comunicava alla Flöckner che, nell'ambito di un trattamento di fecondazione artificiale, il trasferimento nel suo utero

degli ovuli fecondati era programmato per il 13 marzo 2005.

20. Secondo la decisione di rinvio, è pacifico che alla data della comunicazione del licenziamento della sig.ra Mayr, vale a dire il 10 marzo 2005, gli ovuli ad essa prelevati erano già stati fecondati con gli spermatozoi del suo partner e che quindi, a quella stessa data, sussistevano già ovuli fecondati in vitro.

21. Il 13 marzo 2005, vale a dire tre giorni dopo che la sig.ra Mayr era stata informata del suo licenziamento, due ovuli fecondati venivano trasferiti nell'utero di quest'ultima.

22. La sig.ra Mayr reclamava dalla Flöckner il pagamento dello stipendio e della quota corrispondente della sua retribuzione annuale affermando che il licenziamento comunicato il 10 marzo 2005 era giuridicamente inefficace in quanto, a partire dall'8 marzo 2005, data in cui era avvenuta la fecondazione in vitro dei suoi ovuli, trovava applicazione nei suoi confronti la tutela contro il licenziamento prevista dall'art. 10, n. 1, dell'MSchG.

23. La Flöckner respingeva tale richiesta in quanto al momento della comunicazione del licenziamento non sussisteva gravidanza.

24. Il Landesgericht Salzburg, investito della controversia in primo grado, accoglieva la domanda della sig.ra Mayr ritenendo che, conformemente alla giurisprudenza dell'Oberster Gerichtshof, la tutela contro il licenziamento prevista dall'art. 10 dell'MSchG decorresse dalla fecondazione dell'ovulo. Sarebbe quest'ultima, secondo tale giurisprudenza, a rappresentare il momento iniziale della gravidanza. Il Landesgericht Salzburg ha dunque ritenuto che si dovesse applicare lo stesso criterio nel caso della fecondazione in vitro e che, in caso di insuccesso del trasferimento dell'ovulo, la tutela contro il licenziamento cesserebbe comunque.

25. Tuttavia l'Oberlandesgericht Linz, giudice di appello in materia di diritto del lavoro e diritto sociale, annullava la sentenza del Landesgericht Salzburg e respingeva la domanda della sig.ra Mayr con l'argomento che, qualunque sia il momento della gestazione a partire dal quale si producono effettivamente le variazioni ormonali, una gravidanza isolata dal corpo della donna sarebbe impensabile e che, di conseguenza, nell'ipotesi di una fecondazione in vitro, la gravidanza inizierebbe soltanto dal momento del trasferimento dell'ovulo fecondato nel corpo della donna. Soltanto a partire da tale momento opererebbe pertanto la tutela della gestante contro la risoluzione del contratto di lavoro.

26. Tale sentenza pronunciata in appello ha formato oggetto di ricorso per "Revision" (ricorso per cassazione) dinanzi all'Oberster Gerichtshof. Secondo la giurisprudenza di quest'ultimo, la tutela garantita dall'art. 10 dell'MSchG interviene solo se, al momento del licenziamento, la gravidanza ha avuto effettivamente inizio. L'inderogabile finalità della tutela della maternità consisterebbe nel preservare la salute della madre e del bambino nell'interesse di questi ultimi e, nel caso della tutela contro il licenziamento, disciplinare o non disciplinare, nell'assicurare i mezzi di sussistenza della madre. L'esigenza di tutela per tutta la durata della modifica dello stato della donna sussisterebbe indipendentemente dal fatto che sia già avvenuto o meno l'impianto dell'ovulo fecondato nella mucosa uterina (altresì detto "annidamento") e il fatto che la prova della gravidanza sia o meno agevole da fornire è al riguardo privo di rilevanza. L'annidamento dell'ovulo fecondato nella mucosa uterina sarebbe, secondo l'opinione scientifica dominante, soltanto una fase, a partire dal concepimento, dello

stato di gravidanza in atto e non potrebbe essere scelto arbitrariamente, nel contesto della tutela contro il licenziamento, come momento di inizio della gravidanza.

27. Tuttavia, tale giurisprudenza dell'Oberster Gerichtshof relativa all'art. 10 dell'MSchG sarebbe fondata esclusivamente su casi di concepimento in utero, vale a dire di concepimento naturale. Tale giudice dichiara che si tratta della prima volta in cui è chiamato a pronunciarsi sulla questione di quale sia il momento a partire dal quale la gestante benefici della tutela contro il licenziamento prevista dall'art. 10 dell'MSchG nel caso di una fecondazione in vitro.

28. Ritenendo che la controversia di cui è investito richieda l'interpretazione di disposizioni comunitarie, l'Oberster Gerichtshof ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

"Se rappresenti una "lavoratrice gestante" ai sensi dell'art. 2, lett. a), prima frase, della direttiva [92/85] la lavoratrice che si sottopone ad una fecondazione in vitro, qualora al momento della comunicazione del licenziamento i suoi ovuli siano stati già fecondati con gli spermatozoi del partner, e si sia quindi già in presenza di embrioni in vitro, ma questi non siano stati ancora trasferiti nel corpo della donna".

Sulla questione pregiudiziale

29. Con tale questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 92/85 e, in particolare, il divieto di licenziamento delle lavoratrici gestanti disposto dall'art. 10, n. 1, di tale direttiva debbano essere interpretati nel senso che riguardano una lavoratrice che si sottopone a fecondazione in vitro qualora, al momento della comunicazione del licenziamento, la fecondazione dei suoi ovuli con gli spermatozoi del partner abbia già avuto luogo, e si sia quindi già in presenza di ovuli fecondati in vitro, ma questi non siano stati ancora trasferiti nell'utero della lavoratrice.

30. Occorre osservare, in via preliminare, che la fecondazione in vitro consiste nella fecondazione di un ovulo al di fuori del corpo della donna. Secondo la Commissione delle Comunità europee, tale operazione comprende diverse fasi quali, in particolare, la stimolazione ormonale delle ovaie finalizzata alla maturazione di più ovuli contemporaneamente, il prelievo follicolare, il prelievo degli ovuli, la fecondazione di uno o più ovuli con spermatozoi precedentemente preparati, il trasferimento dell'ovulo o degli ovuli fecondati nell'utero il terzo o il quinto giorno seguente il prelievo degli stessi, tranne nel caso in cui gli ovuli fecondati siano conservati mediante congelazione, e l'impianto.

31. Riguardo alla direttiva 92/85, occorre ricordare che il suo scopo consiste nel promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento.

32. In tale ambito, la Corte ha parimenti rilevato che lo scopo perseguito dalle norme del diritto comunitario sul principio di parità tra i sessi nel settore dei diritti delle donne gestanti o puerpere è quello di tutelare le lavoratrici prima e dopo il parto (v. sentenze 8 settembre 2005, causa C-191/03, McKenna, Racc. pag. I-7631, punto 42, e 11 ottobre 2007, causa C-460/06, Paquay, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 28).

33. Già prima dell'entrata in vigore della direttiva 92/85 la Corte ha stabilito che, in forza del principio di non discriminazione e, in particolare, degli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1,

della direttiva 76/207, una tutela contro il licenziamento dev'essere riconosciuta alla donna non solo durante il congedo di maternità, ma anche durante l'intero periodo della gravidanza. Secondo la Corte, un licenziamento durante tali periodi può riguardare solo le donne e costituisce quindi una discriminazione diretta basata sul sesso (v., in tal senso, sentenze 8 novembre 1990, causa C-179/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, Racc. pag. I-3979, punto 13; 30 giugno 1998, causa C-394/96, Brown, Racc. pag. I-4185, punti 16, 24 e 25; McKenna, cit., punto 47, nonché Paquay, cit., punto 29).

34. Proprio in considerazione dei rischi che un eventuale licenziamento fa gravare sullo stato fisico e psichico delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, ivi compreso il rischio particolarmente grave di spingere la lavoratrice gestante ad interrompere volontariamente la gravidanza, il legislatore comunitario ha previsto, ai sensi dell'art. 10 della direttiva 92/85, una protezione specifica per la donna sancendo il divieto di licenziamento nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità (v. sentenze 14 luglio 1994, causa C-32/93, Webb, Racc. pag. I-3567, punto 21; Brown, cit., punto 18; 4 ottobre 2001, causa C-109/00, Tele Danmark, Racc. pag. I-6993, punto 26; McKenna, cit., punto 48, e Paquay, cit., punto 30).

35. Occorre altresì rilevare che, nel corso di detto periodo, l'art. 10 della direttiva 92/85 non ha previsto alcuna eccezione o deroga al divieto di licenziamento delle lavoratrici gestanti, tranne nei casi eccezionali non connessi al loro stato e a condizione che il datore di lavoro fornisca per iscritto giustificati motivi per tale licenziamento (citate sentenze Webb, punto 22; Brown, punto 18; Tele Danmark, punto 27, e Paquay, punto 31).

36. È alla luce degli scopi perseguiti dalla direttiva 92/85, e più in particolare dal suo art. 10, che occorre stabilire se la tutela contro il licenziamento prevista da tale disposizione si estenda ad una lavoratrice che si trovi nelle circostanze di cui alla causa principale.

37. Orbene, tanto dalla formulazione dell'art. 10 della direttiva 92/85 quanto dallo scopo principale perseguito da quest'ultima, ricordato al punto 31 della presente sentenza, emerge che, per beneficiare della tutela contro il licenziamento riconosciuta da tale articolo, la gravidanza in questione deve aver avuto inizio.

38. Al riguardo si deve osservare che, pur essendo vero, come ha rilevato il governo austriaco, che il trattamento di fecondazioni artificiali e cellule in via di sviluppo costituisce un tema sociale particolarmente delicato in numerosi Stati membri, contrassegnato dalle molteplici tradizioni e sistemi di valore di questi ultimi, la Corte non è chiamata, con la presente domanda di pronuncia pregiudiziale, ad affrontare questioni di natura medica o etica, ma deve limitarsi ad un'interpretazione giuridica delle disposizioni rilevanti della direttiva 92/85, tenuto conto della formulazione, dell'economia e degli scopi di quest'ultima.

39. Orbene, dal quindicesimo 'considerando' della direttiva 92/85 emerge che il divieto di licenziamento previsto nel suo art. 10 ha lo scopo di evitare che il rischio di licenziamento per motivi connessi al loro stato possa avere effetti dannosi sulla condizione fisica e psichica delle lavoratrici gestanti.

40. È pertanto evidente, come ha peraltro rilevato il governo austriaco, che al fine di garantire la sicurezza e la tutela delle lavoratrici gestanti deve tenersi conto della prima data possibile di inizio della gravidanza.

41. Tuttavia, anche supponendo, nel caso di una fecondazione in vitro, che tale data coincida con il momento del trasferimento degli ovuli fecondati nell'utero della

donna, non è ammissibile, per ragioni relative al rispetto del principio della certezza del diritto, che la tutela istituita dall'art. 10 della direttiva 92/85 sia estesa al caso in cui, alla data della comunicazione del licenziamento, il trasferimento degli ovuli fecondati in vitro nell'utero della lavoratrice non sia ancora avvenuto.

42. Infatti, come emerge dalle osservazioni sottoposte alla Corte e dai paragrafi 43-45 delle conclusioni dell'avvocato generale, prima del trasferimento nell'utero della donna interessata, i detti ovuli fecondati possono, in taluni Stati membri, essere conservati per un periodo più o meno esteso; la normativa nazionale in questione nella causa principale prevede a tale proposito la possibilità di conservare gli ovuli fecondati fino a dieci anni. Di conseguenza, l'applicazione ad una lavoratrice della tutela contro il licenziamento sancita dall'art. 10 della direttiva 92/85 prima dell'impianto degli ovuli fecondati potrebbe avere l'effetto di concedere il beneficio di tale tutela anche qualora il trasferimento degli ovuli fecondati, per un qualsivoglia motivo, sia rimandato per diversi anni o addirittura si sia definitivamente rinunciato a un tale trasferimento e la fecondazione in vitro sia stata praticata come semplice misura cautelativa.

43. Tuttavia, anche se la direttiva 92/85 non è applicabile a una situazione come quella di cui alla causa principale, nondimeno la Corte, conformemente alla propria giurisprudenza, può prendere in considerazione norme di diritto comunitario alle quali il giudice nazionale non ha fatto riferimento nel formulare la propria questione (sentenze 12 dicembre 1990, causa C-241/89, SARPP, Racc. pag. I-4695, punto 8, e 26 aprile 2007, causa C-392/05, Alevizos, Racc. pag. I-3505, punto 64).

44. Nel corso del procedimento dinanzi alla Corte i governi ellenico e italiano, nonché la Commissione, hanno suggerito che, pur non essendo possibile inferire dalla direttiva 92/85 la tutela contro il licenziamento di una lavoratrice in una situazione come quella di cui alla causa principale, tale lavoratrice potrebbe eventualmente far valere la tutela contro la discriminazione fondata sul sesso riconosciuta dalla direttiva 76/207.

45. A tale proposito occorre ricordare che l'art. 2, n. 1, della direttiva 76/207 precisa che "il principio della parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia". Ai sensi dell'art. 5, n. 1, della medesima direttiva, "[l]'applicazione del principio della parità di trattamento per quanto riguarda le condizioni di lavoro, comprese le condizioni inerenti al licenziamento, implica che siano garantite agli uomini e alle donne le medesime condizioni, senza discriminazioni fondate sul sesso".

46. Come emerge dal punto 33 della presente sentenza, la Corte ha già stabilito che, in forza del principio di non discriminazione e, in particolare, degli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva 76/207, una tutela contro il licenziamento dev'essere riconosciuta alla donna non solo durante il congedo di maternità, ma anche durante l'intero periodo della gravidanza. Secondo la Corte, il licenziamento di una lavoratrice a motivo della sua gravidanza o per un motivo basato sostanzialmente su tale stato può riguardare solo le donne e costituisce quindi una discriminazione diretta basata sul sesso (v., in tal senso, citate sentenze Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, punto 13; Brown, punti 16, 24 e 25; McKenna, punto 47, nonché Paquay, punto 29).

47. Poiché la decisione di rinvio non indica le ragioni per le quali la Flöckner ha licenziato la sig.ra Mayr, spetta al giudice del rinvio determinare le circostanze rilevanti della controversia di cui è investito e, poiché il licenziamento della ricorrente nella

causa principale è intervenuto quando la stessa era in congedo di malattia per sottoporsi ad un trattamento di fecondazione in vitro, verificare se un siffatto licenziamento sia basato essenzialmente sul fatto che essa si sottoponesse a tale trattamento.

48. Qualora fosse questa la ragione del licenziamento della ricorrente nella causa principale, occorre determinare se essa valga indistintamente per i lavoratori dei due sessi o se, invece, sia valida esclusivamente per una delle due categorie.

49. La Corte ha già rilevato che, poiché i lavoratori dei due sessi sono esposti alle malattie nella stessa misura, se una lavoratrice viene licenziata per assenza dovuta a malattia nelle stesse condizioni di un lavoratore non vi è discriminazione diretta fondata sul sesso (v. citata sentenza Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, punto 17).

50. Certamente i lavoratori di entrambi i sessi possono avere un impedimento di carattere temporaneo ad effettuare il loro lavoro a causa dei trattamenti medici che debbano seguire. Tuttavia, gli interventi di cui trattasi nella causa principale, vale a dire un prelievo follicolare e il trasferimento nell'utero della donna degli ovuli prelevati immediatamente dopo la loro fecondazione, riguardano direttamente soltanto le donne. Ne consegue che il licenziamento di una lavoratrice a causa essenzialmente del fatto che essa si sottoponga a questa fase importante di un trattamento di fecondazione in vitro costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso.

51. Ammettere la possibilità che un datore di lavoro licenzi una lavoratrice in circostanze come quelle di cui alla causa principale sarebbe peraltro in contrasto con la finalità di tutela perseguita dall'art. 2, n. 3, della direttiva 76/207, qualora, ovviamente, il licenziamento si fondasse essenzialmente sul fatto del trattamento di fecondazione in vitro e, in particolare, sugli interventi specifici menzionati nel punto precedente che un siffatto trattamento comporta.

52. Di conseguenza, gli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva 76/207 ostano al licenziamento di una lavoratrice che, in circostanze quali quelle di cui alla causa principale, si trovi in una fase avanzata di un trattamento di fecondazione in vitro, vale a dire tra il prelievo follicolare e il trasferimento immediato degli ovuli fecondati in vitro nel suo utero, purché sia dimostrato che il licenziamento si fondi essenzialmente sul fatto che l'interessata si sia sottoposta a tale trattamento.

53. Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, occorre rispondere alla questione sottoposta che la direttiva 92/85 e, in particolare, il divieto di licenziamento delle lavoratrici gestanti previsto nell'art. 10, punto 1, di tale direttiva devono essere interpretati nel senso che non riguardano una lavoratrice che si sottopone a fecondazione in vitro qualora, al momento della comunicazione del licenziamento, la fecondazione dei suoi ovuli con gli spermatozoi del partner abbia già avuto luogo, e si sia quindi già in presenza di ovuli fecondati in vitro, ma questi non siano stati ancora trasferiti nell'utero della lavoratrice.

54. Tuttavia, gli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva 76/207 ostano al licenziamento di una lavoratrice che, in circostanze quali quelle di cui alla causa principale, si trovi in una fase avanzata di un trattamento di fecondazione in vitro, vale a dire tra il prelievo follicolare e il trasferimento immediato degli ovuli fecondati in vitro nel suo utero, purché sia dimostrato che il licenziamento si fondi essenzialmente sul fatto che l'interessata si sia sottoposta a tale trattamento.

(omissis)

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

La direttiva del Consiglio 19 ottobre 1992, 92/85/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento (decima direttiva particolare ai sensi dell'articolo 16, paragrafo 1 della direttiva 89/391/CEE), e, in particolare, il divieto di licenziamento delle lavoratrici gestanti di cui all'art. 10, punto 1, di tale direttiva devono essere interpretati nel senso che non riguardano una lavoratrice che si sottopone a fecondazione in vitro qualora, al momento della comunicazione del licenziamento, la fecondazione dei suoi ovuli con gli spermatozoi del partner abbia già avuto luogo, e si sia quindi già in presenza di ovuli fecondati in vitro, ma questi non siano stati ancora trasferiti nell'utero della lavoratrice.

Gli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, ostano al licenziamento di una lavoratrice che, in circostanze quali quelle di cui alla causa principale, si trovi in una fase avanzata di un trattamento di fecondazione in vitro, vale a dire tra il prelievo follicolare e il trasferimento immediato degli ovuli fecondati in vitro nel suo utero, purché sia dimostrato che il licenziamento si fondi essenzialmente sul fatto che l'interessata si sia sottoposta a tale trattamento.

* * * * *

Le nuove tecnologie ed i conseguenti problemi di bioetica rivestono negli ultimi anni un ruolo sempre più fondamentale nell'ordinamento giuridico sia internazionale che interno. La stessa Corte di Giustizia delle Comunità europee, nella sentenza Mayr qui in commento, si trova per la prima volta ad affrontare, seppur indirettamente, il problema dell'inizio della gestazione correlato ai trattamenti per la fertilità (per un primo commento vedo T.M. Moschetta, *La Corte di giustizia si pronuncia sul divieto di licenziamento delle lavoratrici in "attesa" di fecondazione assistita*, in Sud in Europa, n. 2/2008, reperibile su www.sudineuropa.net)

Nel caso di specie la Sig.ra Mayr aveva deciso di sottoporsi ad un trattamento di fecondazione in vitro, nell'ambito del quale aveva richiesto un congedo lavorativo per malattia di alcuni giorni durante i quali si sarebbe sottoposta al prelievo follicolare e al trasferimento nell'utero degli ovuli fecondati. Proprio durante tali giorni il suo datore di lavoro le comunica il licenziamento.

Il quesito interpretativo che si pone alla Corte, nell'ambito del giudizio nazionale nel quale la Sig.ra Mayr contestava l'illegittimità del licenziamento, è relativo alla possibilità di applicare in questo caso la normativa posta a tutela delle lavoratrici gestanti, derivante dalla direttiva 92/85/CEE (direttiva concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, in *GUCE* L 384 del 28 novembre 1992), pur posto che il licenziamento era intervenuto dopo la fecondazione, ma prima dell'impianto degli ovuli fecondati nel grembo della futura madre.

La Corte si trova quindi a dover valutare se la Sig.ra Mayr possa definirsi "gestante" ai fini dell'applicazione della particolare tutela posta in essere dalla direttiva: è sufficiente a tal fine l'esistenza degli embrioni o è necessario che tali embrioni risultano già trasferiti nell'utero?

La questione è risolta dalla Corte, in applicazione del principio di certezza del diritto, a favore della seconda soluzione. Infatti, se si ritenesse sufficiente l'esistenza di un embrione per la definizione della lavoratrice come gestante, la tutela prevista dalla direttiva potrebbe essere estesa temporalmente per un periodo eccessivamente lungo (la normativa austriaca, ad esempio, prevede la possibile conservazione dell'embrione per dieci anni) ricadendo così al di fuori degli obiettivi della direttiva che sono quelli di cautelare la donna in una fase particolarmente delicata che è quella che immediatamente precede e segue la maternità, nella quale si rende necessario garantire l'integrità fisico-psichica della donna. Inoltre, a prescindere da quelle che possono essere le valutazioni etiche sulla fecondazione in vitro, si deve tenere presente che la donna può scegliere di procedere su tale strada anche solo a scopo cautelativo per eventuali futuri problemi di infertilità. Non è detto, infatti, che tutti gli embrioni vengano successivamente impiantati, situazione che pone quesiti di bioetica che esulano dall'analisi della Corte di giustizia, ma che sono stati oggetti di vari casi di cronaca giudiziaria negli Stati membri dell'Unione europea che consentono tali trattamenti (cfr. ad esempio il caso deciso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, *Evans v. The United Kingdom*, application no. 6339/05).

D'altronde, come sottolineato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni, anche la Comunità scientifica internazionale sostiene questa interpretazione restrittiva, come si ricava, ad esempio, dalla dichiarazione adottata dalla Federazione Internazionale di Ginecologia e Ostetricia (FIGO) secondo la quale la "gravidanza comincia con l'impianto del *conceptus* nel seno materno e termina o con la nascita di un bambino o con un aborto".

Al fine di evitare situazioni di abuso della tutela offerta è quindi evidente che la Corte non può che concludere in senso negativo circa la possibile inclusione della Sig.ra Mayr nella nozione di lavoratrice gestante.

Ciò non significa però che una situazione come quella di specie debba essere ritenuta priva di tutele. La Corte infatti sceglie di seguire il suggerimento dell'Avvocato generale e di andare oltre il quesito così come formulato dal giudice di rinvio. Il fatto che non si possa applicare la direttiva 92/85 non esclude che la situazione possa essere comunque discriminatoria ai sensi della direttiva 76/207/CEE (direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione, alla promozione professionale e le condizioni di lavoro, in *GUCE* L 39 del 14 febbraio 1976). Un licenziamento che tragga origine dalla scelta di sottoporsi a un trattamento di fecondazione in vitro rappresenta, infatti, una discriminazione direttamente basata sul sesso ai sensi di tale direttiva, in quanto solo le donne possono scegliere di sottoporsi a tale trattamento. Quanto al merito della decisione, spetterà al giudice nazionale verificare se nel caso di specie il licenziamento della sig.ra Mayr si sia basato essenzialmente sul fatto che essa si era sottoposta a quel trattamento.

SEGNALAZIONI BIBLIOGRAFICHE

a cura di Claudia Ruperto

AA.VV. (a cura di FONZO Fabio, PANDOLFO Angelo, SGROI Antonino)
***La contribuzione previdenziale,* Giuffrè, 2008**

A distanza di dieci anni dal precedente studio in materia (F.D. MASTRANGELI e C.A. NICOLINI, *La contribuzione previdenziale*, UTET, 1997), il volume propone un inquadramento organico dell'intera tematica della contribuzione previdenziale, alla luce delle importanti modifiche intervenute negli ultimi anni, sia sul versante del diritto sostanziale, con la riforma della nozione di retribuzione imponibile, che processuale, derivante dalla estensione del sistema di riscossione mediante ruolo, tipico dei tributi, e le conseguenti implicazioni in tema di opposizioni alle pretese contributive degli Enti.

Introdotto da un saggio di Fabio FONZO sulla contribuzione nel sistema di finanziamento della previdenza Sociale (primo capitolo), il volume affronta il rapporto giuridico contributivo nella previdenza pubblica e privata, dalla determinazione dell'obbligo contributivo, al regime delle opposizioni in sede amministrativa e giudiziaria.

Il capitolo secondo, di Antonino SGROI e Maria Vittoria SIDARI, esamina la disciplina dell'inquadramento delle aziende, e ricostruisce la complessa evoluzione giurisprudenziale a margine dell'art. 49 della legge n. 88 del 1989.

Il capitolo terzo, di Gino MADONIA, Cosimo PUNZI e Simona TERSIGNI, analizza i diversi aspetti della determinazione della base imponibile, con particolare riguardo alla nozione di retribuzione imponibile ai fini contributivi, ed ai minimali contributivi, ed è completato dal capitolo quarto, di Simona TERSIGNI, su imponibile contributivo e lavoro all'estero.

Il capitolo quinto, di Giulia ARENACCIO, si occupa della cessione e cartolarizzazione dei crediti contributivi.

La tematica delle ispezioni e degli accertamenti - di recente riformata con il d. lgs. n. 124 del 2004 - è oggetto del capitolo sesto, di Angelo GUADAGNINO e Francesca FEDELE, mentre il sempre tormentato tema delle sanzioni connesse all'inadempimento contributivo, aggiornato con l'importante riforma del 2000, è affrontato da Mario INTORCIA e Adriano MORRONE nel settimo capitolo.

La riforma della riscossione coattiva, con l'introduzione del sistema della iscrizione a ruolo dei crediti contributivi, ed il nuovo regime di tutela del contribuente in sede amministrativa e giudiziaria, è oggetto dell'ottavo e nono capitolo: Pietro CAPURSO riassume i caratteri della riscossione coattiva dei crediti contributivi (capitolo ottavo), mentre Loretta ANGELINI e Stefania SOTGIA ricostruiscono il sistema dei ricorsi amministrativi e giudiziari in materia contributiva, con particolare attenzione ai giudizi di opposizione al ruolo ed alla cartella esattoriale (capitolo nono).

Chiudono l'opera il capitolo decimo, di Elisabetta ANGELINI e Arsenio TORTORA, che espone il regime contributivo dell'assicurazione sociale Inpgi, ed il capitolo undicesimo, di Michele FAIOLI, sull'inadempimento dell'obbligazione contributiva nella previdenza complementare.

a cura di Pietro Capurso

GARCEA Donatello, *Sanzioni e contenzioso contributivo*, Finanze Lavoro, 2008

Nel contesto di un crescente interesse per le problematiche giuridiche della contribuzione previdenziale, di cui è testimonianza il libro recensito *supra* da Claudia RUPERTO, il volume presenta una interessante panoramica delle questioni che afferiscono alla patologia del rapporto contributivo, ed in particolare al sistema sanzionatorio, come noto ontologicamente influenzato da finalità punitive ed al tempo stesso dissuasive.

Dopo aver tracciato, nella prima parte, le linee fondamentali della obbligazione contributiva, ponendo l'attenzione in particolare sulle questioni della base imponibile e dell'inquadramento aziendale, l'Autore passa ad esaminare i caratteri generali del regime sanzionatorio dell'inadempimento contributivo (parte seconda), e le singole sanzioni, distinte in privatistiche, le cc.dd. sanzioni civili (parte terza), e pubblicistiche, amministrative e penali (parte quarta), analizzate dal procedimento amministrativo di irrogazione della sanzione al contenzioso, amministrativo e giudiziario cui possono dar luogo, ed un ampio spazio è dedicato anche alle problematiche processuali. Adeguato spazio è riservato anche alle "forme alternative" di definizione del contenzioso, quali i condoni, le regolarizzazioni del lavoro sommerso e le più recenti procedure di stabilizzazione dei rapporti di collaborazione.

La quinta parte, infine, affronta le problematiche della riscossione mediante ruolo dei crediti contributivi, ed il regime delle opposizioni davanti alla Magistratura del lavoro.

In appendice un breve formulario con schemi dei ricorsi, amministrativi e giudiziari, più ricorrenti.

Di notevole interesse la tecnica di esposizione, organizzata su più livelli, con un testo base di agevole lettura ed immediata comprensione dei profili generali dei diversi istituti giuridici, affiancato da approfondimenti contenuti in riquadri graficamente evidenziati che consentono di non ostacolare la rapida ricerca del problema e che permettono all'Autore di fotografare lo stato dell'arte della giurisprudenza in materia, oltre che le principali determinazioni della prassi amministrativa, con richiami a circolari ministeriali e dell'Inps. Accurata anche la ricostruzione del dibattito dottrinale, che però forse richiederebbe (per le prossime edizioni) una bibliografia di riferimento alla fine di ogni capitolo.

Un'opera che, proprio per questa particolare impostazione, può essere utile sia per un primo approccio alla materia che come strumento di lavoro del professionista.