

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 Cost., 27 giugno 2008, sentenza n. 233 457**
Pensioni - Assegno sociale - Reddito rilevante ai fini della concessione - Cumulo dei redditi coniugali e computo della rendita INAIL percepita dal coniuge inabile.

- Corte Cass., Sez. Lavoro, 11 giugno 2008, sentenza n. 15515 462**
Pensioni - Pensione in regime internazionale e perequazione ai sensi dell'art 10, l. n. 160 del 1975 - Condizione del superamento del trattamento minimo - Somma di pro-rata italiano e pro-rata estero.

- Corte Cass., Sez. Lavoro, 23 maggio 2008, sentenza n. 13383 464**
Previdenza (Assicurazioni Sociali) - Contributi assicurativi - Classificazione dei datori di lavoro - Art. 3 comma 8, della legge n. 335 del 1995 - Omessa comunicazione dei mutamenti intervenuti nell'attività aziendale e equiparabilità all'ipotesi di inesatte dichiarazioni.

- Corte Cass., Sez. Terza, 21 marzo 2008, sentenza n. 7677 474**
Esecuzione forzata - Pignoramento di crediti di Enti e Istituti di Previdenza - Giudice competente - Individuazione - Criteri.

- Corte Cass., Sez. Lavoro, 27 luglio 2007, sentenza n. 16673 436**
Pensioni - Assicurazione facoltativa - Rivalutazione dei contributi - Effetti economici - Decorrenza dal gennaio 2001 - Fondamento.

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



GRAFICA PONTINA - Pomezia - Via Carlo Poma, 8

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

SOMMARIO N. 2/2008

INDICI		pag.	V
DOTTRINA			
CASSANO G.:	«Principi giurisprudenziali nell'affidamento condiviso»	»	299
NARDECCHIA G.B.:	«Gli accordi di ristrutturazione dei debiti»	»	365
VIGNERA G.:	«Principio di legalità ed esercizio della giurisdizione»		381
MARRONI B.:	«L'indebito previdenziale: una rassegna critica della giurisprudenza»		392
BELLINI G.:	«La responsabilità amministrativo-contabile e la nullità dei contratti assicurativi degli Enti pubblici per i propri amministratori, introdotta con la finanziaria 2008»		411
<hr/>			
NOTE A SENTENZA			
PALMERINI A.:	«Le incertezze della Corte dei Conti sull'accertamento della esposizione ad amianto»	»	432
PREDEN S.:	«Brevi osservazioni in tema di assicurazione facoltativa»	»	439
MASTRORILLI F.:	«Sulla esatta qualificazione giuridica delle prestazioni erogate dal Fondo di Garanzia e problemi di prescrizione»	»	450
<hr/>			
GIURISPRUDENZA			
CORTE COSTITUZIONALE - Sentenza		»	457
CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Civili		»	462
CORTE D'APPELLO - Sezioni Civili		»	493
TRIBUNALI - Sezioni Civili		»	533
TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI		»	567
CORTE DEI CONTI		»	422
OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (a cura di E. Bergamini)		»	569

- 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. 2/2008

<i>GIURISDIZIONE</i>	<i>NUMERO DECISIONE</i>	<i>DATA</i>	<i>PAG.</i>
<hr/>			
CORTE COSTITUZIONALE (Sentenza)	233/08	27.06.2008	457
<hr/>			
CORTE DI CASSAZIONE (Sezioni Civili)	15515/08	11.06.2008	462
	13383/08	23.05.2008	464
	12627/08	19.05.2008	471
	11010/08	05.05.2008	447
	7677/08	21.03.2008	474
	1809/08	28.01.2008	476
	1446/08	23.01.2008	479
	1444/08	23.01.2008	485
	1338/08	22.01.2008	487
	289/08	10.01.2008	489
	16673/07	27.07.2007	436
<hr/>			
CORTE DI APPELLO (Sezioni Civili)			
Brescia	174/08	10.04.2008	493
Brescia	112/08	06.03.2008	501
Brescia	445/07	08/17.11.2007	510
Catanzaro	45/07	16.05.06/19.01.2007	512
Milano	320/08	06/14.03.2008	517
Milano	99/08	06.11.07/18.01.2008	520
Milano	80/08	31.10.07/16.01.2008	521
Milano	25/08	27.11.07/07.01.2008	523
Venezia	713/07	11.11.07/04.04.2008	526
<hr/>			
TRIBUNALI (Sezioni Civili)			
Bergamo	884/07	18.10/10.12.2007	533
Como	405/07	11.12.07/14.01.2008	535
Cremona	123/07	09/13.11.2007	537
Forlì	59/08	24.04/27.06.2008	540
Messina	3421/07	25.09.2007	545
Trieste	1/08	30.10.07/04.01.2008	548
Venezia	890/07	25.10/07.11.2007	559
Viterbo	593/08	11.06.2008	563

<i>GIURISDIZIONE</i>	<i>NUMERO DECISIONE</i>	<i>DATA</i>	<i>PAG.</i>
T.A.R. Campania	1442/08	20.03.2008	567
<hr/>			
CORTE DEI CONTI			
Liguria	27/08	26.10.07/14.01.2008	422
Liguria	867/07	08/11/18.12.2007	422

INDICE ANALITICO N. 2/2008**CONTRATTI PUBBLICI**

- Esclusione dalla gara in seduta pubblica - Termine per ricorrere - Decorrenza - Fattispecie. (pag. 567)

CONTRIBUTI

- Cartella di pagamento - Notifica al socio già receduto da società di persone - Mancata comunicazione ai terzi del recesso - Ritualità notifica - Sussistenza - Tardività opposizione - Inammissibilità ricorso. (pag. 520)
- Collaborazione a progetto - Assenza di uno specifico progetto a programma di lavoro - Conversione sanzionatoria in lavoro subordinato - Presunzione assoluta. (pag. 548)
- Contratto di appalto e subfornitura - Differenze. (pag. 501)
- Farmacia - Collaboratore familiare - Attività lavorativa - Impresa familiare *ex art. 230 bis c.c.* - Continuità e prevalenza - Obbligo iscrizione Gestione Commercianti del titolare non attivo e del collaboratore - Sussistenza . (pag. 540)
- Gestione commercianti - Socio accomandatario di s.a.s. artigiana - Pretesa non prevalenza dell'apporto lavorativo dell'accomandatario - Irrilevanza - Obbligo contributivo - Sussistenza. (pag. 521)
- Interposizione illecita di manodopera - Decadenza *ex art.4 L. 1369/60* - Inapplicabilità al credito previdenziale. (pag. 501)
- Lavoratore *extra* comunitario - Restituzione contribuzione *ex art. 3 comma 13 L. 335/95* - Condizioni. (pag. 533)
- Opposizione a cartella - Contestazione del credito previdenziale - pregresso riconoscimento del debito con istanza di rateazione - Duplice sottoscrizione *ex art. 1341 C.C.* - Difetto di interesse ad agire. (pag. 523)
- Rinuncia all'eredità - Decreto ingiuntivo, non opposto, contro eredi - Opposizione degli eredi al precetto - Carezza di legittimazione passiva - Non sussiste.
Intervento in esecuzione immobiliare su beni del defunto - Mancata estromissione dalla procedura degli eredi rinuncianti - Interruzione prescrizione verso eredi - Sussiste. (pag. 563)

- Società per azioni a prevalente capitale pubblico costituita per la gestione di servizi pubblici essenziali - Obbligo contributivo CIGS, CIG e DS - Sussistenza. (pag. 493)
- Somministrazione di manodopera vietata e appalto lecito - Differenze. (pag. 501)

ESECUZIONE FORZATA

- Pignoramento di crediti di Enti e Istituti di Previdenza - Giudice competente - Individuazione - Criteri. (pag. 474)

FONDO DI GARANZIA

- Crediti per Tfr - Cedibilità - Legittimazione a richiedere il pagamento da parte di Società Finanziaria cessionaria - Sussiste. (pag. 447)

LAVORO (RAPPORTO DI)

- Qualificazione della natura autonoma o subordinata - Presenza di indici sintomatici configgenti - Prevalenza, ai fini qualificatori degli elementi provanti l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione imprenditoriale e la sua dipendenza economica - Subordinazione - Sussistenza. (pag. 526)
- Rapporto tra struttura sanitaria e medici - Prestazione autonoma - Esclusione. (pag. 512)

PENSIONI

- Amianto - Rivalutazione contributiva *ex l. n. 257/1992* - Assicurato Ipsema - Esclusione. (pag. 545)
- Assegno sociale - Reddito rilevante ai fini della concessione - Cumulo dei redditi coniugali - Computo della rendita INAIL percepita dal coniuge inabile - Questione infondata di costituzionalità. (pag. 457)
- Assicurazione facoltativa - Rivalutazione dei contributi - Effetti economici - Decorrenza dal gennaio 2001 - Fondamento. (pag. 436)
- Benefici per esposizione a fibre di amianto - Accertamento tecnico effettuato dall'Inail - Presupposto imprescindibile. (pag. 422)

- Benefici per esposizione a fibre di amianto - Accertamento tecnico effettuato dall'Inail - Vincolatività - Esclusione. (pag. 422)
- Costituzione di rendita vitalizia - Domanda del lavoratore all'INPS - Mancata allegazione e prova della impossibilità di ottenere la costituzione della rendita a carico del datore di lavoro - Inammissibilità. (pag. 510)
- Fondo elettrici - Determinazione dell'ammontare della pensione erogata con metodo retributivo - Art. 3, comma 2, d.lg. n. 562 del 1996 - Attribuzione dell'importo più favorevole - Criterio dell'80% della retribuzione pensionabile calcolato secondo le norme in vigore nell'assicurazione generale obbligatoria (A.g.o.) - Rinvio alla nozione di retribuzione vigente nella A.g.o. - Necessità. (pag. 484)
- Invalidità civile - Domanda giudiziale - Tempestività ricorso - Condizione di ammissibilità domanda - Decadenza per decorso di sei mesi dalla ricezione del verbale di visita. (pag. 537)
- Invalidità civile - Mancata specificazione della causa - Nullità ricorso. (pag. 535)
- Invalidità civile - Prestazioni economiche indebitamente erogate - Applicabilità delle norme deputate a disciplinare il settore delle prestazioni pensionistiche - Esclusione - Mancanza del requisito dell'incollocazione al lavoro - Conseguenze. (pag. 479)
- Pensione in regime internazionale - Perequazione ai sensi dell'art 10, l. n. 160 del 1975 - Condizione del superamento del trattamento minimo - Somma di pro rata italiano e pro rata estero - Rilevanza del pro-rata estero - Condizioni - Maturazione del relativo diritto - Necessità. (pag. 462)

PRESTAZIONI

- Assicurazione contro la disoccupazione - Lavori socialmente utili - Sussidio - Applicabilità delle disposizioni in materia di indennità di mobilità - Misura - Determinazione su base giornaliera - Corresponsione - Cadenza mensile - Fondamento. (pag. 471)
- Decadenza *ex art.* 4 d.l. n. 384 del 1992 - Termine - Decorrenza - *Dies a quo*. (pag. 487)
- Erogazione del TFR a carico del Fondo di Garanzia - Presupposti - Rapporto assicurativo - Lavoratore non iscritto agli archivi INPS - Credito contributivo prescritto per inerzia del lavoratore - Inoperatività Fondo di Garanzia. (pag. 559)
- Indennità di disoccupazione - Società cooperative di lavoro - Art. 24 l. n. 196 del 1997 modificato dall'art. 1 *quarter* della legge n. 176 del 1998 - Estensione del beneficio - Valore ricognitivo della nuova normativa - Domanda giudiziale - Decadenza - Decorrenza dei termini anteriormente all'entrata in vigore della legge - Sussistenza. (pag. 489)

- Indennità di malattia - Assenza ingiustificata del lavoratore a visita medica di controllo - Decadenza dal trattamento economico per i primi dieci giorni di assenza dal lavoro - Successiva visita ambulatoriale - Confermativa dello stato di malattia - Rilevanza - Fondamento. (pag. 476)

PREVIDENZA (ASSICURAZIONI SOCIALI)

- Contributi assicurativi - Soggetti obbligati - In genere - Classificazione dei datori di lavoro - Art. 3 comma 8, della legge n. 335 del 1995 - Omessa comunicazione dei mutamenti intervenuti nell'attività aziendale - Equiparabilità all'ipotesi di inesatte dichiarazioni - Sussistenza - Fondamento. (pag. 464)

PROCESSO CIVILE

- Opposizione a cartella - Deduzione di vizi formali della cartella - Inosservanza del termine *ex art. 617 C.P.C.* - Inammissibilità. (pag. 523)
- Opposizione a cartella *ex art. 24 D.Lgs 46/1999* - Difetto di motivazione della cartella - Insussistenza. (pag. 517)
- Riassunzione del giudizio a seguito sentenza dichiarativa di incompetenza territoriale - Produzione nuovi documenti - Difetto di tempestiva contestazione - Ammissibilità. (pag. 517)

GIUSEPPE CASSANO

Già Docente di Diritto Privato nell'Università Luiss di Roma

PRINCIPI GIURISPRUDENZIALI NELL'AFFIDAMENTO CONDIVISO

1. — Premessa

Con la Legge 8 febbraio 2006, n. 54 - recante “Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli” in Gazz. Uff. 1 marzo 2006, n. 50 - il legislatore ha segnato un cambiamento epocale nel diritto di famiglia.

La riforma che ha un ampio respiro (interessando sia profili di diritto civile, sia profili di diritto penale, sia profili di diritto processuale civile) secondo un giudizio pacifico ed unanime sia in giurisprudenza che in dottrina ha il suo **principio cardine** nella previsione che in via prioritaria l'affidamento della prole spetta ad entrambi i genitori, i quali mantengono l'operatività dei loro doveri verso i figli che, a loro volta, hanno diritto alla bigenitorialità. Sia la titolarità, sia l'esercizio della potestà genitoriale, secondo la nuova disciplina, fanno capo ad entrambi i genitori. (Tribunale Mantova, 31 agosto 2006).

La c.d. “bigenitorialità” per quanto certamente condivisibile traducendosi nel principio secondo cui i figli devono subire pregiudizio alcuno dalla separazione dei loro genitori e che questi ultimi devono continuare ad esprimere la loro “genitorialità come se nulla fosse accaduto” (FAZIO) si scontra con l'esperienza della quotidianità delle aule di giustizia che insegna come la rottura del vincolo matrimoniale renda estremamente difficile, se non addirittura spesso impossibile, intese tra i coniugi stessi.

E poiché la bigenitorialità, ovvero il cd. affido condiviso altro non è che “un comune progetto educativo” (FAZIO) e cioè un accordo che si protrae nel tempo, con la riforma questo accordo, che è la caratteristica fondamentale del matrimonio (art. 316, II, c.c.), viene richiesto anche nella fase della separazione personale che, come noto, presuppone una crisi coniugale.

A fondamento della riforma vi è dunque **l'affido condiviso, come regola, l'affidamento esclusivo come eccezione, l'esercizio da parte di entrambi i genitori della potestà sia in ordine alle decisioni di maggiore interesse per i figli (istruzione, educazione, salute), sia in ordine a quelle minori.**

Significativo è anche l'uso del termine “condiviso”, in luogo di “congiunto”, proprio della legge sul divorzio, che ben lascia intendere come tutto il provvedere riguardo ai figli debba essere improntato alla condivisione delle scelte da parte dei genitori.

2. — I provvedimenti riguardo ai figli. Affidato condiviso, operatività e casi di esclusione

Il legislatore della riforma ha previsto, attraverso la novella all'art. 155 c.c., che anche in caso di separazione personale dei genitori **il figlio minore abbia il diritto di mantenere con ciascuno di essi un rapporto equilibrato e continuativo, nonché di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.**

Può quindi parlarsi di un **principio di bigenitorialità**, con ciò ovviamente privilegiandosi l'interesse esistenziale del minore e prescindendosi, in particolare, sia dal rapporto patrimoniale tra i due ex coniugi, sia dagli aspetti economici riguardanti la vita del minore (per i quali si veda art. 155, IV, c.c.) (Corte di Cassazione, Sez. I, 18 agosto 2006, n. 18187).

Può in merito anche osservarsi come gli artt. 9 e 18 della Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo prevedano espressamente il "...diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori, a meno che ciò sia contrario all'interesse preminente del fanciullo". In senso sostanzialmente analogo dispongono anche la Dichiarazione di Ginevra sui diritti del fanciullo sottoscritta a Ginevra nel 1924, e la Dichiarazione dei diritti del fanciullo adottata dall'Assemblea Generale il 20 novembre 1959 e riconosciuta dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.

Il riconoscimento del diritto alla bigenitorialità, che è una finalità certamente intesa a preservare la serenità dei figli nella delicata, e spesso conflittuale, fase della separazione dei genitori è rimessa, quanto alla sua concreta attuazione nel caso di specie, **al prudente provvedere del giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi** il quale è tenuto ad adottare "i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa".

E nel suo provvedere il giudice valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori, oppure non potendo ciò concretamente attuarsi, stabilisce a quale di essi i figli sono affidati.

In materia di affidamento dei figli minori il giudice della separazione e del divorzio deve attenersi al criterio fondamentale - ... - rappresentato dall'esclusivo interesse morale e materiale della prole, privilegiando quel genitore che appaia il più idoneo a ridurre al massimo - nei limiti consentiti da una situazione comunque traumatizzante - i danni derivati dalla disgregazione del nucleo familiare e ad assicurare il migliore sviluppo possibile della personalità del minore. In tale prospettiva consegue, da un lato, che la stessa posizione del genitore affidatario si configuri piuttosto che come un "diritto", come un "munus", e che la stessa regolamentazione del c.d. "diritto di visita" del genitore non affidatario debba far conto del profilo per cui un tal "diritto" si configuri esso stesso come uno strumento in forma affievolita o ridotta per l'esercizio del fondamentale "diritto - dovere" di entrambi i genitori, di mantenere, istruire ed educare i figli, il quale trova riconoscimento costituzionale nell'art. 30, comma primo della Costituzione, e viene posto, dall'art. 147 cod. civ., fra gli effetti del matrimonio (Cass. 19 aprile 2002 n. 5714).

La questione dell'affidamento della prole è rimessa, in via esclusiva, alla valutazione discrezionale del giudice di merito, il quale, nel dare adeguatamente conto delle

ragioni della decisione adottata (secondo il parametro normativo di riferimento costituito dall'interesse del minore), esprime un apprezzamento di fatto non suscettibile di censura in sede di legittimità (Cass. 4 novembre 1997 n. 10791). (Corte di Cassazione, Sez. I, 4 gennaio 2005, n. 116; id. Corte di Cassazione, Sez. I, 27 giugno 2006, n. 14840)

Divenuto una regola, l'affidamento condiviso (v.: Tribunale di Catania, ordinanza 24 aprile 2006, secondo cui: "...alla luce della nuova normativa - nell'interesse dei minori, e non già nell'interesse del genitore - la regola è l'affidamento condiviso, mentre l'eccezione - giustificata da validi e comprovati motivi - è l'affidamento esclusivo ad uno solo dei genitori"), **non può ritenersi precluso di per sé dalla mera conflittualità esistente tra i coniugi**, giacché in tal caso finirebbe per avere solo un'applicazione residuale.

L'affidamento "esclusivo" (nel quale il coniuge non affidatario perde l'esercizio della potestà ordinaria - secondo una interpretazione sistematica delle norme che va al di là del dato meramente letterale come da questo Tribunale in altre occasioni rilevato) va quindi previsto in via di eccezione solo in presenza del manifestarsi di concrete ragioni contrarie all'interesse del minore (art. 155-bis) che lo giustifichino, quali in via esemplificativa - ... - la obiettiva lontananza del genitore, il suo stato di salute (specie psichica), l'insanabile contrasto con i figli, la sua anomala condotta di vita (ad esempio se detenuto o altro) -

Peraltro nell'ambito dell'affidamento condiviso in ipotesi di conflittualità o comunque di opportunità di programmazione l'intervento del giudice soccorrerà oltre a stabilire con quale dei genitori la prole debba prevalentemente convivere, a disciplinare i diversi tempi di permanenza e la "elasticità" o - viceversa - "rigidità" delle disposizioni impartite al riguardo verrà graduata caso per caso. (Tribunale di Catania, 12 luglio 2006, n. 2597)

Non è, cioè, la presenza del conflitto in sé che impedisce di adottare la soluzione dell'affidamento condiviso. Si tratta viceversa di valutare se sia percorribile o meno la via della corresponsabilizzazione dei genitori e dell'assunzione, da parte loro, di un compito genitoriale pieno, e quindi condiviso, nell'interesse dei figli che hanno diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori. Quando i genitori appaiono disponibili a porre davvero al centro delle loro preoccupazioni l'interesse dei propri figli, anche se il percorso può essere lungo e faticoso ovvero si renda necessario l'intervento di terzi mediatori, non solo si può ma si deve percorrere la strada dell'affidamento condiviso, oggi individuato dalla nuova normativa come la soluzione che il giudice deve prioritariamente valutare, salvo che l'interesse primario del minore non consigli nel caso concreto di adottare diverse soluzioni, avuto riguardo ai comportamenti posti in essere dai genitori e al pregiudizio che ne derivi ai figli; ritenuto che, venendo al caso in esame, vi siano i presupposti per disporre l'affidamento del minore a entrambi i genitori, non essendo emersi seri elementi ostativi ad un maggiore coinvolgimento del padre nelle decisioni che riguardano il figlio, non essendosi egli opposto al collocamento del minore presso la madre, con la quale da sempre convive, e preso atto che la madre del minore chiede sì l'affidamento a sé del figlio ma anche che il padre sia maggiormente responsabilizzato rispetto alla sua funzione genitoriale, accusandolo di essersi disinteressato del figlio in passato; ritenuto che, con riferimento

al concreto esercizio della potestà, le scelte educative di particolare rilevanza attinenti l'istruzione (ad esempio la scelta del tipo di scuola), l'educazione (compresa la scelta delle attività extrascolastiche) e la salute del minore stesso debbano essere assunte da entrambi i genitori che peraltro eserciteranno disgiuntamente la potestà con riferimento alle decisioni quotidiane di ordinaria amministrazione, scelte che verranno quindi adottate da ciascun genitore autonomamente durante il tempo che egli trascorrerà con il figlio. Avuto riguardo alla difficoltà di comunicazione tra i genitori e al grado di conflitto esistente, appare auspicabile che gli stessi si rivolgano ad un Centro di mediazione familiare, poiché può ipotizzarsi, quantomeno in una fase iniziale, un aumento della conflittualità dovendo necessariamente condividere le decisioni relative al figlio. (Trib. Minorenni Milano, 20 giugno 2006)

Si è anche detto in senso contrario: osserva il Collegio che sebbene l'art. 150 c.c. riconosca la legittimazione ad agire unicamente ai coniugi, purtuttavia l'esistenza di un preciso interesse dei minori a conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale - configurato ora dall'art. 155 c.c., come novellato dalla L. 54/2006, quale espresso diritto della prole - induca a far ritenere ammissibile, in relazione esclusivamente alla realizzazione di tale diritto, la possibilità di un intervento adesivo - nella specie rispetto alla domanda in tal senso formulata dalla madre della minore - da parte degli ascendenti per far valere e ottenere il riconoscimento dello specifico diritto della minore alla conservazione dei rapporti con gli stessi. Ciò considerato l'interesse degli ascendenti ad impedire che si ripercuotano negativamente nella propria sfera giuridica, quale effetto riflesso del mancato riconoscimento del corrispondente diritto dei minori, conseguenze dannose in caso di sconfitta della parte adiuvata (che è quanto caratterizza l'intervento adesivo dipendente: cfr. Cass. 7769/90; 12759/93; 4570/1988; 6431/81).

Ad avviso del Tribunale la nuova formulazione dell'art. 155 c.c. induce a ritenere che debba essere superato il precedente orientamento della Cassazione in base al quale oggetto del giudizio di separazione era unicamente l'accertamento della sussistenza dei presupposti della autorizzazione a cessare la convivenza coniugale e la determinazione degli effetti che da tale cessazione derivano nei rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi e nei rapporti dei coniugi stessi con i figli minori. Secondo la Cassazione ciò comportava come necessaria conseguenza della delimitazione dell'oggetto del giudizio l'attribuzione della legittimazione ad agire esclusivamente ai coniugi con esclusione di ogni possibilità di intervento in giudizio da parte di altri parenti (Cass. Sez. I, sent. n. 364 del 17-01-1996). Per contro secondo l'attuale disposto dell'art. 155 c.c. costituisce esplicitamente oggetto del giudizio di separazione il "diritto del minore" al mantenimento di rapporti significativi da parte del figlio non solo con i genitori, ma anche con gli "ascendenti e i parenti di ciascun ramo genitoriale". A fronte di tale previsione, secondo questo Tribunale, deve ritenersi ammissibile nel giudizio di separazione l'intervento degli ascendenti ai sensi dell'art. 105 II c.p.c., quali portatori di un proprio interesse - quello al mantenimento delle relazioni affettive e familiari, di rilievo costituzionale, in base agli artt. 2 e 29, come tale meritevole di protezione giuridica - per sostenere le ragioni fatte valere da una delle parti per l'attuazione del corrispondente e convergente diritto del minore. (Tribunale Firenze, 12 aprile 2006)

3. — Affidato condiviso, rapporti genitori figli

Emerge, da quanto fin qui detto, come il figlio minore, nell'attuale panorama normativo conseguente alla modifica dell'art. 155 c.c., vanti un diritto a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, ricevendo da entrambi cura, educazione istruzione (diritto che non può dirsi automaticamente "negato sol perché i tempi e le modalità di presenza dei figli presso il padre non coincidono con i desiderata della" madre, v. in tal senso: Corte di Appello di Potenza, decreto 13 febbraio 2007).

Se per il riconoscimento di tale diritto è necessario, come anticipato, che il giudice adotti i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa deve anche considerarsi che l'eventuale violazione di tale diritto "deve essere sanzionata e il diritto riconosciuto mediante prescrizioni o limitazioni che consentano di riequilibrare le relazioni mantenute fuori dai parametri appena detti" (Tribunale per i Minorenni di Catania, decreto 26 giugno 2006).

Come la giurisprudenza ha avuto modo di sottolineare l'affidamento del minore ad entrambi i genitori, **non fa conseguire tanto una parificazione circa modalità e tempi di svolgimento del rapporto tra il figlio e ciascuno dei genitori, quanto piuttosto "l'esercizio della potestà genitoriale da parte di entrambi i genitori e una condivisione delle decisioni di maggiore importanza"** (Tribunale di Bologna, 10 aprile 2006; si veda anche sempre nel senso che la potestà genitoriale viene esercitata da entrambi i genitori e, quindi, le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli Tribunale Messina, 5 aprile 2007 *cit.*).

Per l'ipotesi del disaccordo tra i genitori la decisione stessa è rimessa al giudice il quale, limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente.

La norma impone al giudice in caso di contrasto fra le parti, di dettare al riguardo precise e vincolanti modalità, demandando, se mai, la loro deroga, all'accordo, volta per volta, fra le parti, in correlazione all'eventuale emergere di particolari esigenze. (Corte di Cassazione, 9 settembre 2005, n. 17882)

Già da tempo la prassi giurisprudenziale, nel vigore della precedente normativa, ha messo in evidenza come l'affidamento congiunto si caratterizzava non per la parità dei tempi che il minore trascorre con l'uno o con l'altro genitore, (dual-residence) ma per la condivisione delle scelte educative e formative e per la pari partecipazione in termini qualitativi alla vita del minore. Per questo motivo già con riferimento al vecchio modello di affidamento congiunto si tendeva a scoraggiare la residenza alternata, stabilendo una domiciliazione privilegiata del minore (Tribunale di Varese 11 luglio 2005 in *Dir. e Giust.* n.36/2005 pg. 28; Tribunale di Messina 9 dicembre 2003 in *Giurisprudenza locale* 2004; cfr. anche Trib. Napoli 17 ottobre 1987 in *Dir. e Giust.* 1987, 984; Tribunale Napoli, 18 settembre 2003 in *Giur. napoletana* 2004, 63; Tribunale Venezia, 22 gennaio 2003 in *Famiglia e diritto* 2003, 241).

Analogamente il contenuto dell'affidamento condiviso, oggi, come già l'affidamento congiunto quale ricostruito dalla giurisprudenza, non comporta una impossibile convivenza del minore con entrambi i genitori, e neanche una sorta di affidamento

alternato: la ratio dell'affidamento condiviso sta invece nella maggiore responsabilizzazione dei genitori separati o divorziati i quali si impegnano a realizzare entrambi una linea comune nell'educazione del minore, linea comune che in prospettiva deve essere condivisa cioè stabilita di comune accordo, ma può anche, in fase transitoria, essere stabilita con prescrizioni dalla autorità giudiziaria. La sensibile differenza tra l'affidamento condiviso oggi e il precedente modello di affidamento congiunto sta in ciò che la legge vuole esso costituisca regola legale preferenziale, e quindi da adottare ogni qualvolta sia possibile e la normativa senza tuttavia definirne i caratteri, rimanda ad un'idea non di comunione ma di compartecipazione dei genitori nei compiti di cura e crescita del figlio.

Se è vero, come è stato sostenuto, e come pare anche a questo Collegio, che condividere significa "spartire insieme con altri" nell'affidamento condiviso ciascun genitore spartisce con l'altro la cura e i compiti educativi del figlio, ma non esercita congiuntamente all'altro la potestà.

Affidamento ad entrambi significa che ciascun genitore conserva l'esercizio della potestà che può anche essere disgiunto riguardo alla ordinaria amministrazione (comma III dell'art. 155 c.c.) salva la adozione concordata delle decisioni di maggiore interesse (ed in difetto il ricorso al giudice) e la convergenza della azione dei genitori e verso una medesima finalità educativa, anche questa in difetto di accordo indicata dal giudice, purché nella ragionevole valutazione prognostica che osservando le prescrizioni giudiziali si possa giungere ad un riequilibrarsi dei rapporti che restituisca ai genitori (entrambi) la capacità e la possibilità di svolgere il proprio ruolo, necessariamente duale, necessariamente in reciproca definizione dei limiti. Ed in questo senso è il precetto normativo che indica al giudice la regola legale preferenziale: ed il provvedimento del giudice è il momento in cui la norma giuridica trova concreta attuazione nella realtà dei fatti e pur se non può prescindere dalla concreta realizzabilità di ciò che ordina non può neppure passivamente conformarsi alla situazione di fatto rinunciando alla sua stessa essenza e finalità che è quello di indicare - e se il caso impone - un dover essere.

Muovendo da queste considerazioni si può quindi accantonare definitivamente le argomentazioni della precedente giurisprudenza di merito, peraltro non univoca sul punto, formatasi sull'art. 6 legge div. secondo la quale l'affidamento congiunto non era praticabile in presenza di conflittualità tra i coniugi, valutando invece se attraverso un percorso che può anche essere in tutto o in parte indicato di autorità si può giungere ad un contemperamento della conflittualità ovvero alla eliminazione dei fattori ostativi (sulla questione della conflittualità cfr. Corte d'appello di Trento ordinanza 15 giugno 2006; Tribunale di Catania 18 maggio 2006; Tribunale di Ascoli Piceno, decreto 13 marzo 2006; Corte d'appello di Bologna, decreto 17 maggio 2006; Tribunale di Messina ordinanza del 13 dicembre 2006). (Tribunale Messina, 5 aprile 2007)

Si può quindi affermare che l'affidamento condiviso, per espressa previsione di legge, sia oramai il criterio ordinario preferenziale dell'affidamento dei minori nelle situazioni di crisi e della convivenza familiare, con ciò **adottandosi una soluzione diametralmente opposta rispetto a quella previgente che privilegiava, come noto, l'affidamento monogenitoriale**, e rendeva residuale la possibilità di disporre l'affidamento congiunto o alternato.

L'attuale residualità dell'affidamento monogenitoriale emerge chiaramente dall'art. 155-bis c.c., il quale prevede la possibilità di affidare il figlio ad un solo genitore qualora l'affidamento (anche) all'altro sia contrario all'interesse del minore.

Peraltro, il provvedimento con cui si dispone l'affidamento condiviso, ispirato, come tutti quelli relativi ai figli, esclusivamente dall'interesse morale e materiale della prole, non può ovviamente essere inteso come una "sanzione" a carico del genitore che in precedenza godeva dell'affidamento esclusivo, oppure concretizzarsi nello svuotamento o ridimensionamento degli obblighi di cui agli artt. 147 e 148 c.c., che assumono rilievo centrale nel sistema, mentre il novellato 4° comma dell'art. 155 c.c. si limita, su un piano diverso ed in relazione alla crisi dell'unità familiare, ad esplicitare solamente il principio di proporzionalità, peraltro in maniera incompleta, perché riferito ai soli redditi, laddove la norma generale ancora la misura del concorso dei coniugi negli oneri alle rispettive sostanze e alla capacità di lavoro professionale e casalingo. (Tribunale di Messina, ordinanza 13 dicembre 2006)

Il Giudice determina, inoltre, i tempi e le modalità della presenza dei figli presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli.

Si è precisato da parte della giurisprudenza di legittimità: l'affidamento congiunto non può certo far venir meno l'obbligo patrimoniale di uno dei due genitori a contribuire, con la corresponsione di un assegno, al mantenimento dei figli in relazione alle loro esigenze di vita, sulla base del contesto familiare e sociale di appartenenza. Ne consegue che censurabile è la decisione in esame la dove ha erroneamente fatto derivare, come conseguenza automatica, dall'affidamento congiunto il principio che ciascun genitore provvede in modo diretto ed autonomo alle esigenze dei figli. (Corte di Cassazione, Sez. I, 18 agosto 2006, n. 18187)

Altro aspetto fondamentale, da porre certamente in rilievo, è l'obbligo per il giudice di prendere atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli **accordi intervenuti tra i genitori**. Infine, il giudice adotta ogni altro provvedimento, ritenuto utile nella specie, relativo alla prole.

4. — Il mantenimento economico della prole

Venendo al tema del mantenimento economico della prole, il legislatore ha previsto che, fatti salvi accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascun genitore provveda a ciò in **misura proporzionale** al proprio reddito.

È il giudice che stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare l'anzidetto principio di proporzionalità (sancito "con riferimento al complesso patrimoniale di ciascuno, costituito, oltre che dai redditi di lavoro o autonomo, da ogni altra forma di reddito o utilità, quali il valore dei beni mobili o immobili posseduti, o il prezzo ricavabile dall'alienazione di tali beni che, opportunamente reinvestito, potrebbe produrre nuovi profitti suscettibili di valutazione", v. in tal senso: Tribunale Salerno, 30 giugno 2006), da determinare considerando:

- 1) le attuali esigenze del figlio;
- 2) il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i

genitori;

3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore;

4) le risorse economiche di entrambi i genitori;

5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.

Si è previsto altresì che l'assegno sia automaticamente adeguato agli indici ISTAT in difetto di altro parametro indicato dalle parti, o dal giudice.

Infine, quando le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice può disporre un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi.

Per **calcolare l'assegno di mantenimento** occorre considerare secondo la Corte Suprema: il presumibile aumento del reddito dei dipendenti pubblici è stato valutato non da solo, ma in relazione all'ammontare del reddito dichiarato dal D. nel 2001; - il canone di locazione a carico della P. per le necessità abitative sue e del figlio riduceva il reddito a sua disposizione e, quindi, le sue "sostanze", parametro di riferimento, con quelle dell'ex coniuge, ai fini di determinazione dell'assegno per il figlio, a carico del genitore non affidatario (art. 148 c.c. in relazione alla L. 1 dicembre 1970, n. 898, art. 6); - la doglianza del D. per la mancata considerazione da parte del giudice della spesa da lui sostenuta per l'alloggio non è stata accompagnata dall'indicazione di quando ed in quali termini egli avrebbe sottoposto tale punto al giudice di merito; - l'aumento delle esigenze economiche del figlio non ha bisogno di specifica dimostrazione. essendo notoriamente legato alla crescita; - la detraibilità dal punto di vista fiscale, per il genitore affidatario, dell'assegno per il figlio non assume rilievo ai fini della determinazione dell'assegno, dedicato nella sua interezza a soddisfare i bisogni della prole; - il giudice non doveva determinare la quota di mantenimento del minore a carico della P., ma la misura del contributo a carico del genitore non affidatario, ai sensi della L. n. 898 del 1970, art. 6, comma 3; - il contributo per il mantenimento del figlio minore è determinato in una somma fissa mensile in funzione delle esigenze della prole rapportate all'anno (Cass. 17 gennaio 2001 n. 566) e quindi prescinde dalle modalità di visita o di soggiorno del figlio presso il genitore non affidatario, nè il D. ha precisato di aver dedotto dinanzi al giudice di merito specifici elementi che giustificassero la riduzione dell'assegno in alcuni periodi dell'anno. (Corte di Cassazione, sez. I, 03 agosto 2007, n. 17055)

Fondamentale in merito la recente decisione del Tribunale di Firenze, 3 ottobre 2007 in Famiglia e diritto, I/2008, 39 che per il calcolo della misura dell'assegno di mantenimento in favore del coniuge e del figlio **ha fatto applicazione di alcuni principi della statistica.**

Secondo il Collegio Giudicante occorre cioè tenere presente che **dalla separazione tra i coniugi deriva il formarsi di due nuovi nuclei familiari che, per quanto possibile, devono continuare a mantenere ciascuno il medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio.**

Ciò si realizza ove le fonti di reddito siano sufficientemente elavate e, ove così non sia, occorre comunque pervenire a statuizioni giudiziarie finalizzate al raggiungimento, sempre per ciascuno dei due nuovi nuclei familiari, di un tenore di vita **almeno**

analogo a quello goduto in costanza di matrimonio.

Per determinare quello che è stato definito il “giusto” quantum dell’assegno in parola la dottrina (MALTAGLIATI - MARLIANI) ha elaborato il modello cd. Mocam che partendo dal dato normativo, in una prospettiva di critica costruttiva, perviene a risultati interessanti ed innovativi che si riportano integralmente nel paragrafo 18 di questo testo. La giurisprudenza ha, da parte sua, precisato come **il genitore non affidatario non possa giovare di eventuali condizioni di favore esistenti nei rapporti tra l'affidatario ed il convivente more uxorio**: è da osservare che La L. n. 898 del 1970, art. 6, comma 9, e successive modifiche, come pure l’art. 55 c.c., comma 7, in materia di separazione, disponendo che i provvedimenti relativi all’affidamento dei figli ed al contributo per il loro mantenimento “possono essere diversi rispetto alle domande delle parti o al loro accordo, ed emessi dopo l’assunzione di mezzi di prova dedotti dalle parti o disposti d’ufficio dal giudice”, non soltanto operano una deroga alle regole generali sull’onere della prova, attribuendo a detto giudice poteri istruttori di ufficio per finalità di natura pubblicistica (con la conseguenza che le domande delle parti stesse non possono essere respinte sotto il profilo della mancata dimostrazione degli assunti sui quali si fondano e che i provvedimenti da emettere devono essere ancorati ad una adeguata verifica delle condizioni patrimoniali dei genitori e delle esigenze di vita dei figli esperibile anche in via officiosa), ma conferiscono altresì al medesimo giudice il potere di adottare, parimenti d’ufficio, i provvedimenti opportuni per il mantenimento del minore, onde siffatta adozione, segnatamente per quanto attiene alla determinazione del contributo cui il genitore non affidatario è tenuto in caso di divorzio o di separazione, non è governata dal principio della domanda, la necessità della quale non ricorre attese le preminenti finalità pubblicistiche relative alla tutela ed alla cura dei minori stessi (Cass. 4 maggio 2000, n. 5586; Cass. 22 novembre 2000, n. 15065; Cass. 24 febbraio 2006, n. 4205).

Per altro verso, poi, giova notare come il dovere di mantenere, istruire ed educare la prole, secondo il precetto di cui all’art. 147 c.c., impone ai genitori, anche in caso di separazione o di divorzio, di far fronte ad una molteplicità di esigenze dei figli, certamente non riconducibili al solo obbligo alimentare, ma inevitabilmente estese all’aspetto abitativo, scolastico, sportivo, sanitario, sociale, all’assistenza morale e materiale, all’opportuna predisposizione, fin quando la loro età lo richieda, di una stabile organizzazione domestica, adeguata a rispondere a tutte le loro necessità, senza che su tale obbligo incida l’eventuale prestazione di assistenza di tipo coniugale da parte del convivente / more uxorio del genitore affidatario, la quale può assumere rilievo solo per escluderne oppure ridurne lo stato di bisogno e, quindi, al fine di valutare l’esistenza e la consistenza del diritto all’assegno di mantenimento in capo allo stesso affidatario, onde la circostanza che quest’ultimo utilizzi le anzidette prestazioni del proprio convivente non assume rilievo allo scopo di circoscrivere la portata dell’obbligo di contribuire al mantenimento del figlio minore posto a carico del genitore non affidatario, il quale non può giovare di eventuali condizioni di favore esistenti nei rapporti tra l’affidatario ed il convivente medesimo, tenuto anche conto della precarietà di simili rapporti favorevoli, privi, come sono, di adeguata tutela giuridica (Cass. 24 febbraio 2006, n. 4203). (Corte di Cassazione, sez. I, 03 agosto 2007, n. 17043)

5. — L'affidamento ad un solo genitore e l'opposizione all'affidamento condiviso

Si è detto come il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi valuti prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori.

Deve qui meglio precisarsi come il medesimo giudice possa disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori, quando ritenga, con provvedimento motivato, che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore.

In ipotesi di affidamento monogenitoriale consegue, da un lato, che la stessa posizione del genitore affidatario si configuri piuttosto che come un "diritto", come un "munus", e che la stessa regolamentazione del c.d. "diritto di visita" del genitore non affidatario debba far conto del profilo per cui un tal "diritto" si configuri esso stesso come uno strumento in forma affievolita o ridotta per l'esercizio del fondamentale "diritto - dovere" di entrambi i genitori, di mantenere, istruire ed educare i figli, il quale trova riconoscimento costituzionale nell'art. 30, comma primo della Costituzione, e viene posto, dall'art. 147 cod. civ., fra gli effetti del matrimonio (Cass. 19 aprile 2002 n. 5714).

La questione dell'affidamento della prole è rimessa, in via esclusiva, alla valutazione discrezionale del giudice di merito, il quale, nel dare adeguatamente conto delle ragioni della decisione adottata (secondo il parametro normativo di riferimento costituito dall'interesse del minore), esprime un apprezzamento di fatto non suscettibile di censura in sede di legittimità (Cass. 4 novembre 1997 n. 10791). (Corte di Cassazione, Sez. I, 4 gennaio 2005, n. 116)

Si è ritenuto opportuno e rispondente all'interesse dei figli minori l'affidamento alla sola madre, alla quale erano stati provvisoriamente già affidati dal Presidente del tribunale e con la quale avevano vissuto a lungo (da circa 4 anni), avendo nella specie il padre dimostrato indifferenza all'ipotesi di un affidamento della prole anche in suo favore (Tribunale di Catania, 5 maggio 2006).

In altro arresto del medesimo Tribunale si legge: L'affidamento esclusivo può esser adottato quindi, in via di eccezione, solo in presenza del manifestarsi di concrete ragioni contrarie all'interesse del minore (art.155-bis) che lo giustifichino, quali in via esemplificativa, la obiettiva lontananza del genitore, il suo stato di salute psichica, l'insanabile contrasto con i figli, la sua anomala condotta di vita (ad esempio se detenuto o altro), ovvero ancora - secondo quanto da taluni ritenuto - il suo disinteresse e gli accordi espliciti o taciti in tal senso raggiunti dalle parti (in base alla lettera dell'art.155 c.c il giudice infatti "prende atto, se non contrari all'interesse dei figli degli accordi intervenuti tra i genitori" donde la norma va letta sganciandola dal successivo art.155 bis c.c. secondo cui deve valutarsi se il mancato affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore) (Tribunale di Catania, ordinanza 1 giugno 2006).

Non solo. **Ciascuno dei genitori può, in qualsiasi momento, chiedere l'affidamento esclusivo quando ritenga sussistere dette condizioni.** In tal caso, il giudice, se accoglie la domanda, dispone l'affidamento esclusivo al genitore istante, facendo salvi, per quanto possibile, i diritti del minore previsti dall'art. 155, I, c.c..

Ove, invece, la domanda risulti manifestamente infondata, il giudice può considerare il comportamento del genitore istante ai fini della determinazione dei provvedi-

menti da adottare nell'interesse dei figli, rimanendo ferma l'applicazione della disciplina in tema di lite temeraria (art. 96 c.p.c.).

È stato ben evidenziato, dalla giurisprudenza, come, in forza della sostituzione dell'originario art. 155 c.c. operata dall'art. 1, legge 8 febbraio 2006, n. 54, sia stata abrogata l'espressa previsione del comma 6 di tale norma, che autorizzava il giudice, ricorrendo gravi motivi, a collocare la prole presso una terza persona, ciò che consentiva, in presenza di legami affettivi di particolare intensità o di pregresse abitudini di vita del minore, di disporre che i figli restassero a vivere presso i nonni, quale modalità di esercizio dell'affidamento comunque inidonea a comprimere la posizione del genitore affidatario (Tribunale Salerno, 20 giugno 2006).

Di particolare interesse si appalesa l'individuazione dei parametri cui il giudice deve attenersi per la scelta, certamente delicata, tra affidamento condiviso oppure affidamento esclusivo.

Si sono in merito indicati tre indici fondamentali e, in particolare, **abitudini sessuali, valori morali e attività lavorativa** dei coniugi - genitori in conflitto tra loro.

Con riferimento alla **omosessualità** di uno dei genitori, si registra la decisione del Tribunale di Napoli (in data 28 giugno 2006) che ne evidenzia la irrilevanza rispetto alla decisione *de qua*.

Argomenta il Tribunale: La disamina che precede già è idonea a fornire una risposta univoca al quesito di partenza: ai fini dell'affidamento dei minori, prima ancora della valutazione dell'idoneità genitoriale, è di per sé irrilevante e giuridicamente neutra sia la condizione omosessuale del genitore di riferimento, sia la circostanza che questi abbia intrapreso relazioni omosessuali.

L'atteggiamento di ostilità, più o meno velata, nei confronti dell'omosessualità, nel settore in oggetto, è ormai frutto di meri stereotipi pseudoculturali, espressione di moralismo, e non di principi etici condivisi. Soprattutto non vi è, né può esservi, alla base di siffatta prevenzione, alcun fondamento normativo (ed è appena il caso di ricordare che in altri ordinamenti, anche nell'ambito dell'Unione europea, è ormai riconosciuto lo stesso matrimonio omosessuale).

Di contro, l'art. 3 Cost. protegge l'individuo da qualunque discriminazione legata all'orientamento sessuale; cfr. anche gli artt. 8 e 14 della convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, nonché la risoluzione del parlamento europeo dell'8 febbraio 1994 sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità.

Va anzi ribadito che siffatta neutralità della condizione e delle relazioni omosessuali di un genitore si pone in termini di ben maggior forza rispetto alle condizioni/condotte "border line", se non francamente illecite o "a rischio", sopra esaminate, e che pure di per sé non ostano al riconoscimento dell'idoneità genitoriale e all'affidamento.

L'omosessualità infatti, e beninteso, è una condizione personale, e non certo una patologia, così come le condotte/ relazioni omosessuali non presentano, di per sé, alcun fattore di rischio o di disvalore giuridico, rispetto a quelle eterosessuali.

L'omosessualità del genitore si pone - ai fini che qui interessano - in termini non diversi dalle opzioni politiche, culturali e religiose, che pure sono di per sé irrilevanti ai fini dell'affidamento.

Ciò è tanto più vero con riferimento a contesti socioculturali elevati, quale è quello delle parti, in cui le antiche prevenzioni verso l'omosessualità dovrebbero essere superate.

Beninteso, la relazione omosessuale del genitore potrà in concreto, vale a dire in casi specifici, fondare un giudizio negativo sull'affidamento o sull'idoneità genitoriale, solo allorquando (ma si tratta di ipotesi residuali, e non a caso la giurisprudenza rinvenuta non è recente) sia posta in essere con modalità pericolose per l'equilibrato sviluppo psico-fisico del minore.

Tanto però può affermarsi anche per una relazione eterosessuale. Possono richiarsi, anzi, alcuni precedenti giurisprudenziali, in cui la relazione extraconiugale (eterosessuale) del genitore è stata valutata negativamente quanto alle conseguenze sulla prole.

È il caso della madre affidataria convivente con partner che impone la sua personalità invadente (Trib. Velletri, 25 novembre 1977, Giur. Merito, 1979, 889), così come è stata ritenuta scorretta la condotta del genitore affidatario che cerca di spostare l'amore dei figli verso il proprio convivente (Cass. 12 febbraio 1971, n. 364, Foro It., Rep. 1973, voce Separazione di coniugi, n. 60); del pari suscita allarme - per i possibili riflessi negativi sulla prole - la relazione che si risolva in compagnie occasionali o nella frequenza di alberghi malfamati (Cass. 22 dicembre 1976, n. 4706, Dir. Fam., 1977, 113). Resta però fermo che - di per sé - la relazione extra e post coniugale di un genitore, omosessuale o eterosessuale, in linea di massima non è di pregiudizio per i figli (come confermato dalla presenza di numerose famiglie "ricomposte").

Cfr. così Trib. Parma 26 giugno 2005, Giur. Merito, 2006, 9, che non ha omologato la separazione consensuale che aveva previsto l'affidamento congiunto dei figli, in quanto - tra le clausole dell'accordo - era previsto che il padre, presso il quale i minori avrebbero risieduto in via privilegiata, in caso di impedimento a prendersi cura dei figli doveva rivolgersi solo alla moglie, con esclusione anche di baby sitter, impegnandosi i genitori anche a vedere e tenere con sé i figli senza la presenza di persone estranee alla famiglia. Il tribunale - sul presupposto del venir meno dell'obbligo di fedeltà nella separazione - ha così osservato che tali previsioni impongono di fatto al padre "di operare una scelta tra ricostituirsi una vita sentimentale extra moenia, e quindi esposto e sottoposto ai sotterfugi degli amanti clandestini e continuare una normale vita affettiva con i figli.

Che lo scopo della clausola sia quello di impedire qualsiasi occasione di incontro con persona di sesso femminile lo dimostra anche il fatto che ... si esclude la possibilità che il padre possa fare ricorso a baby sitter ne segue che "questa esasperata protezione del matrimonio può costituire un grave danno per i figli stessi, colpevolizzandoli per le scelte fatte dai genitori". (Trib. Napoli, 28 giugno 2006)

Se da un lato, quindi, può dirsi che valori ed abitudini siano in linea generale irrilevanti ai fini dell'opzione dell'affidamento condiviso **non altrettanto può dirsi nell'ipotesi in cui un genitore dimostri indisponibilità alla cura dei figli per ragioni lavorative.**

In merito, invero, si è ritenuto ostativo all'affidamento condiviso l'atteggiamento di disinteresse paterno (Tribunale di Catania, 5 maggio 2006 cit.).

Non può invece essere disposto l'affidamento condiviso quando sia il **minore a**

rifiutarlo in modo assoluto nutrendo avversità per uno dei genitori.

Con riferimento alla domanda di affidamento esclusivo da parte di I. B., osserva il Collegio che l'art. 155 c.c., come novellato dalla l. n. 54/2006, dispone che "Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale", stabilendo che "Per realizzare la finalità indicata dal comma 1, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole. La potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli". L'art. 155 bis c.c. stabilisce poi che "Il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore".

A fronte della recente modifica legislativa, e della chiara indicazione in favore dell'affidamento condiviso quale soluzione maggiormente idonea a realizzare l'interesse morale e materiale della prole, e della possibilità di disporre l'affidamento esclusivo solo ove l'affidamento condiviso sia contrario all'interesse del minore, deve preliminarmente riflettersi su quali siano i contenuti e presupposti che in concreto devono condurre all'adozione dell'una o dell'altra soluzione.

Sebbene il legislatore non abbia precisato il significato dell'espressione "affidamento condiviso" dal tenore della norma, che si riferisce ad un affidamento ad entrambi, alla cura, educazione ed istruzione che i minori hanno diritto a ricevere da entrambi, che esercitano paritariamente la potestà, e all'assunzione di comune accordo delle decisioni di maggiore interesse, si desume che con tale forma di affidamento il legislatore abbia inteso privilegiare un sistema in cui i genitori assumono eguali poteri e responsabilità nello sviluppo fisico e morale dei figli e nel rapporto educativo e condividono - almeno tendenzialmente - tutte le decisioni che li riguardano anche negli aspetti più minuti, rimanendo quindi attivamente partecipi della loro vita. Ciò comporta che i figli mantengono la stessa relazione con entrambi i genitori e crescono in conformità ad un unico e conforme progetto educativo, sia che risiedano presso un solo genitore, sia che risiedano, con alternanza (che andrà graduata e articolata compatibilmente con le esigenze dei minori), presso entrambi. Il legislatore, privilegiando siffatta forma di affidamento, ha inteso richiedere, ogni qual volta non vi siano specifiche controindicazioni, pur nella dissoluzione dello stato di convivenza dei genitori, una loro contestuale presenza, operativa e costruttiva della personalità dei figli, che assicuri loro la massima continuità relazionale ed ambientale possibile. In tal modo il legislatore ha inteso ridurre, nella maggiore misura possibile, l'impatto psicologico negativo

che la disgregazione del nucleo familiare comporta sempre, in misura pur differenziata, per i figli, richiedendo che i genitori, tra cui non esiste più affinità di sentimenti, comunione di intenti o aspirazioni a programmi da realizzare in comune, mantengano, o comunque ricostruiscano, la - ineliminabile - comune genitorialità nell'adempimento del compito inderogabilmente spettante ad entrambi della cura, della crescita fisica, psichica, culturale, affettiva e comportamentale dei figli. Ciò allo scopo di garantire ai figli il diritto alla bigenitorialità e l'effettiva possibilità di ricevere ascolto nelle scelte che li riguardano, mettendo i genitori qualitativamente sullo stesso piano, pur nel permanere di differenze quantitative (e all'occorrenza qualitative in punto di ordinaria amministrazione) da introdurre caso per caso, nella convinzione che il sistema migliore per abbattere o prevenire la conflittualità sia quello di eliminare discriminazioni.

È opportuno precisare che l'affidamento condiviso non comporta tuttavia la necessità di accordo su ogni scelta minuta, ricalcando piuttosto quanto avviene nelle famiglie unite in cui la temporanea assenza di un genitore non osta in alcun modo a ch  sia l'altro ad effettuare le scelte che di volta in volta sono richieste dallo svolgersi della vita quotidiana (come accade, ad esempio, allorch  il genitore che si rechi a prendere il figlio all'uscita dalla scuola dia l'assenso perch  accetti un invito a giocare da un amico, o a recarsi in pizzeria la sera con i compagni di scuola) ci  che presuppone un dialogo costruttivo sulle impostazioni di fondo della vita del minore, in carenza del quale il giudice potr  valutare la possibilit , prevista dallo stesso art. 155 c.c. che "limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice pu  stabilire che i genitori esercitino la potest  separatamente". (Trib. Firenze, 22 aprile 2006)

In tema di affidamento ad uno solo dei genitori (nella specie, al padre) si veda: Ci  posto, va detto che il 1  comma dell'art. 155 cod. civ., come modificato dalla legge n. 54/06, stabilisce che il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Ai sensi poi del combinato disposto del secondo e terzo comma del novellato art. 155 c.c., il giudice deve valutare "prioritariamente", e nell'interesse del figlio, l'affidamento del minore ad entrambi i genitori, affidamento al quale consegue non tanto una parificazione circa modalit  e tempi di svolgimento del rapporto tra il figlio e ciascuno dei genitori, quanto piuttosto l'esercizio della potest  genitoriale da parte di entrambi i genitori e una condivisione delle decisioni di maggiore importanza relative all'istruzione, all'educazione ed alla salute. In questi casi, se i genitori non raggiungono un accordo, la decisione   rimessa al giudice.

Limitatamente alle decisioni sulle questioni di ordinaria amministrazione, il giudice, invece, pu  stabilire che i genitori esercitino la potest  separatamente e non congiuntamente. In via generale, quindi, in assenza di contrarie indicazioni, il minore va affidato ad entrambi i genitori, che si dovranno impegnare nella predisposizione e attuazione di un programma concordato per l'educazione, la formazione, la cura e la gestione del figlio, nel rispetto delle esigenze e delle richieste del medesimo minore.

Il giudice, comunque, pu  disporre, ex art. 155 bis c.c., l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento

all'altro sia contrario all'interesse del minore.

Ebbene, nella fattispecie, appare rispondente all'interesse delle bambine disporre il loro affidamento esclusivo al padre, il quale risulta certamente più idoneo della madre ad assistere le figlie moralmente e materialmente, tenuto conto in particolare del fatto che le stesse sin dai primi giorni di vita hanno vissuto con il ricorrente, nonché della circostanza che la convenuta, come risulta anche dalla memoria di costituzione, si è allontanata spontaneamente dal nucleo familiare da più di due anni e dimora in altro distante comune. (Trib. Minorenni Catania, 23 maggio 2007)

Quanto ai **rapporti con gli ascendenti e alla questione della loro legittimità a ricorrere al giudice per la regolamentazione dei loro rapporti con i nipoti**, si veda: sebbene l'articolo 155 c.c. - nella nuova formulazione risultante dall'introduzione dell'articolo 1 della legge 54/2006 - si inserisca nel capo V- intitolato "dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi"- ciò nonostante, esso, al primo comma, contiene il riconoscimento, in capo al minore di un nucleo di specifici diritti che, per il loro carattere generale, esulano e prescindono dallo specifico contesto della crisi coniugale.

Affermare, infatti, che il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, il diritto di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi, e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale significa, da un lato, individuare gli obiettivi che il giudice della separazione deve perseguire nella regolamentazione delle vicende della crisi familiare, ma anche, dall'altro, riconoscere il contenuto di tali diritti come il necessario ed indispensabile presupposto per una crescita piena ed equilibrata di ogni minore, e indicare come valori fondanti la personalità (di un minore) l'apporto paritario dei genitori in tema di cura educazione ed istruzione, oltre che il mantenimento di un rapporto significativo con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.

Quindi, in altri termini, la norma, pur dettata con riferimento allo specifico momento della crisi familiare, riconosce al minore un nucleo di diritti insopprimibile, ed esprime la necessità di evitare, possibilmente, che la vicenda familiare si risolva in una menomazione all'aspirazione del minore ad un'esistenza piena, serena ed equilibrata.

È allora evidente che l'articolo 155 cc, richiamato da parte ricorrente, pone al centro dell'attenzione la figura del minore, rispetto al quale, le figure di riferimento per il suo percorso di crescita e formazione, non costituiscono che necessari strumenti per quello scopo.

Il che deve indurre, anche, a ritenere che laddove il legislatore ritiene significativo per un minore il rapporto con gli ascendenti, il riferimento a tali soggetti è solo strumentale rispetto all'obiettivo indicato: con la conseguenza che, se tale rapporto per il minore costituisca il contenuto di un diritto pieno ed assoluto, azionabile e tutelabile, nessuna tutela la norma appresta, invece, direttamente, per i soggetti che di quel percorso di crescita sono dal legislatore individuati come pedine.

Tale premessa rende ragione della inammissibilità dell'istanza. Invero, ritenere che l'articolo 155 cc individui e costituisca in capo agli ascendenti un diritto pieno, azionabile anche nei confronti dei genitori, affinché siano individuata le modalità attraverso cui realizzare ed attuare quel rapporto significativo che i minori, per l'equilibrio

della loro crescita, debbono tendenzialmente mantenere con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale, significa stravolgere completamente il significato ed il contenuto della norma, dettata, per qui che si è detto, non nell'interesse dei soggetti cui il minore ha diritto di rapportarsi, ma solo ed esclusivamente dei minori. (Trib. Napoli, 1 febbraio 2007)

Altra questione di diritto è data dalla possibilità, o meno, per la famiglia di negoziare autonomamente sia la scelta tra affidamento condiviso e esclusivo, sia la scelta dei tempi e dei modi della presenza dei figli presso ciascun genitore.

La soluzione non può prescindere dall'analisi del dato normativo che segna un profondo cambiamento nel passaggio dalla vecchia alla nuova normativa.

Ed invero, a fronte dell'art. 155 c.c. ante riforma che chiamava il giudice a "tener conto dell'accordo fra le parti" (VII comma), il nuovo art. 155 c.c. obbliga il giudice, come detto, a "prendere atto" degli accordi raggiunti tra i coniugi.

Oggi gli accordi genitoriali possono limitare il provvedere del giudice anche in considerazione del fatto che è venuto meno l'inciso secondo cui "i provvedimenti possono essere diversi rispetto alle domande delle parti o al loro accordo" (art. 155, VII, c.c. ante riforma).

6. — La revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli

I provvedimenti adottati dal giudice riguardo ai figli possono sempre essere oggetto di revisione. E cioè a dire, **i genitori hanno diritto di chiedere in ogni tempo la revisione sia delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli e di quelle concernenti l'attribuzione dell'esercizio della potestà su di essi, sia delle eventuali disposizioni relative alla misura e alla modalità del contributo.**

In proposito il Collegio ritiene di condividere l'ormai consolidato orientamento di questa Corte secondo il quale il decreto pronunciato dalla Corte d'appello in sede di reclamo avverso il provvedimento del tribunale in materia di modifica delle condizioni della separazione dei coniugi concernenti il mantenimento dei figli è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., avuto riguardo alla natura sostanziale di sentenza riconoscibile a siffatto decreto, in quanto incidente su diritti soggettivi, emesso a conclusione di un procedimento contenzioso, e pertanto caratterizzato dagli elementi della decisorietà e definitività, a prescindere dalla suscettibilità dello stesso ad essere oggetto di revisione in ogni tempo, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 155 cod. civ.. (Cass. 4.2.2005, n. 2348; Cass. 30.12.2004, n. 24265).

Quest'orientamento si fonda sul rilievo che l'applicazione delle forme camerali introdotta con la L. n. 331 del 1988, art. 1, se ha reso non più proponibile il ricorso ordinario per cassazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c. avverso la pronuncia della corte di appello, non ha inciso sulla natura contenziosa del procedimento, che si svolge nel pieno contraddittorio delle parti, titolari di confliggenti diritti soggettivi, e si conclude con un decreto che ha natura sostanziale di sentenza (così Cass. 18.10.1991 n. 11042).

Pertanto i provvedimenti concernenti il mantenimento ed i rapporti con i figli, in quanto incidano sui diritti/doveri dei genitori relativi all'aspetto economico, all'affidamento, alla vigilanza sulla loro istruzione ed educazione, alla possibilità di concorrere

alla adozione delle decisioni di maggiore interesse per la loro vita (art. 155 c.c., comma 3), hanno natura decisoria e definitiva, senza che tali aspetti di decisorietà e definitività, da riferire alla situazione esistente al momento della decisione, vengano meno per essere essi suscettibili di revisione in ogni tempo, ai sensi dell'art. 155 c.c., ultimo comma.

È costante l'orientamento giurisprudenziale che riconosce in via generale la proponibilità del ricorso straordinario per cassazione sia avverso i decreti emessi dalla corte di appello in sede di modifica delle condizioni della separazione personale, sia avverso quelli adottati successivamente al divorzio ai sensi della L. n. 898 del 1970, art. 9, come modificato dalla L. n. 74 del 1987, art. 13 (v., tra le tante, Cass. 31.10.2005, n. 21190; Cass. 4.9.2004, n. 17895; Cass. 24.9.2002 n. 13860; Cass. 4.1.2000 n. 11; Cass. 5.2.1997 n. 1084; Cass. 4.9.1996 n. 8064; Cass. 23.12.1994 n. 11116; Cass. 16.11.1993 n. 11326), non apparendo consentita, nell'ambito dell'unico decreto emesso all'esito del procedimento contenzioso di revisione, una distinzione, ai fini della individuazione dei rimedi esperibili, tra le disposizioni riguardanti il mantenimento, l'affidamento, i rapporti dei genitori con la prole e le altre misure adottate, a fronte della medesima incidenza su diritti soggettivi.

Ne consegue che avverso il decreto della corte di appello possono essere proposte, secondo il consolidato orientamento di questa Suprema Corte, unicamente censure di violazione di legge, mentre l'inosservanza dell'obbligo di motivazione è deducibile soltanto nelle ipotesi di mancanza assoluta della motivazione, ovvero di motivazione meramente apparente o perplessa o assolutamente illogica, tale da non consentire l'identificazione della ratio decidendi. Ed il ricorso straordinario per cassazione, nella materia "de qua", dev'essere escluso anche quando sia denunciata la difettosa valutazione della prova sull'entità del fatto nuovo, oggetto della domanda giudiziale, tendente alla modifica delle condizioni della separazione personale, da parte del giudice della vertenza, atteso che anche una tale doglianza si risolve in una censura che, per quanto lacunosa o inadeguata sia la motivazione contenuta nel provvedimento censurato, è inammissibile in sede di ricorso straordinario per cassazione (cfr. Cass. 16.5.2005, n. 10229). (Corte di Cassazione, sez. I, 28 agosto 2006, n. 18627)

7. — L'assegnazione della casa familiare e le prescrizioni in tema di residenza

Il fondamentale tema dell'assegnazione della casa familiare nella fase della crisi della famiglia trova la sua composizione, a livello normativo, nella disposizione positiva che attribuisce il godimento della casa stessa "tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli".

Dell'assegnazione il giudice terrà conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà.

Vi sono delle ipotesi in cui il diritto al godimento della casa familiare viene meno. **Si tratta, in particolare, del caso in cui l'assegnatario non abiti, o cessi di abitare stabilmente, nella casa familiare, o conviva more uxorio, o contragga nuovo matrimonio.**

Il provvedimento di assegnazione, come quello di revoca sono trascrivibili e

opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643 c.c..

Nel caso in cui uno dei coniugi cambi la residenza o il domicilio, l'altro coniuge può chiedere, se il mutamento interferisce con le modalità dell'affidamento, la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati, ivi compresi quelli economici.

La norma in esame segna, entro certi limiti, la consacrazione normativa di una opzione interpretativa facente capo alla giurisprudenza di legittimità.

Si consideri, in merito, come l'art. 155 c.c., *ante* riforma, al comma 4 prevedeva: "L'abitazione della casa coniugale spetta di preferenza, e ove sia possibile, al coniuge cui vengono affidati i figli".

Per una corretta applicazione di tale disposizione codicistica occorre rifarsi alla sentenza adottata dalla Corte di Cassazione, S.U., 23 aprile 1982, n. 2494.

Ivi si era affermato che tale norma avesse carattere eccezionale, attribuendo al giudice il potere di assegnare l'abitazione nella casa familiare al coniuge cui vengono affidati i figli, che non sia il titolare o l'esclusivo titolare del diritto di godimento (reale o personale) sull'immobile, e fosse dettata nell'esclusivo interesse della prole minorenni, con la conseguenza che essa non poteva essere ritenuta applicabile, neppure in via di interpretazione estensiva, al coniuge non affidatario.

La stessa sentenza rilevava che - avuto riguardo alla rubrica dell'art. 155 c.c. (provvedimenti riguardo ai figli) - la disposizione appariva diretta a regolare il caso in cui vi fossero figli minorenni, riguardo ai quali dovessero adottarsi i provvedimenti di cui ai commi 1 e 2, cosicchè il suo enunciato doveva essere interpretato in coerenza con tale oggetto e l'affidamento della prole ne costituiva pertanto il presupposto necessario.

Con la medesima pronuncia si era anche statuito che **l'abitazione nella casa familiare non poteva essere assegnata, in mancanza di figli minorenni, in forza dell'art. 156 c.c. in quanto tale articolo non conferisce al giudice il potere di imporre al coniuge obbligato al mantenimento di adempiervi in forma diretta e non mediante prestazione pecuniaria.**

Successivamente all'entrata in vigore della Legge n. 74/1987 - la quale all'art. 6, in materia di divorzio, ha disposto che "l'abitazione della casa familiare spetta di preferenza al genitore cui vengono affidati i figli o con il quale i figli convivono oltre la maggiore età" e "in ogni caso il giudice dovrà valutare le condizioni economiche dei coniugi e le ragioni della decisione e favorire il coniuge più debole" - la giurisprudenza di legittimità ha esteso anche riguardo alla separazione personale dei coniugi l'ammissibilità dell'assegnazione della casa familiare a favore del genitore con il quale convivono figli maggiorenni, non ancora economicamente autosufficienti, argomentando sulla base della identità di *ratio* rispetto all'assegnazione in caso di affidamento di figli minorenni.

Tra i molti arresti in tal senso si segnalano: Cass. civ., 6 aprile 1993, n. 4108; Cass. civ., 17 aprile 1994, n. 2524; Cass. civ., 12 gennaio 1995, n. 334; Cass. civ., 17 luglio 1997, n. 6557; Cass. civ., 11 maggio 1998, n. 4727; Cass. civ., 22 aprile 2002, n. 5857; Cass. civ., 28 marzo 2003, n. 4753; Cass. civ., 18 settembre 2003, n. 13736; Cass. civ., 6 luglio 2004, n. 12309.

In Cass. civ., s.u., 28 ottobre 1995, n. 11297 - assunta in ipotesi di assegnazione della casa coniugale in materia di divorzio - si è ribadita la precedente interpretazione

dell'art. 155, IV, c.c..

Tale interpretazione è stata fatta propria anche dalla Corte costituzionale con la sentenza 27 luglio 1989, n. 454 ed è stata ribadita, più di recente, da cass. civ., s.u., 21 luglio 2004, n. 13603 e da Cass. civ., 4 maggio 2005, n. 9253.

Con ciò è coerente il principio di diritto secondo cui in materia di separazione (come di divorzio) l'assegnazione della casa familiare, malgrado abbia anche riflessi economici, particolarmente valorizzati dalla Legge n. 898/1970, art. 6, comma 6, (come sostituito dalla Legge n. 74/1987, art. 11), essendo **finalizzata alla esclusiva tutela della prole e dell'interesse di questa a permanere nell'ambiente domestico in cui è cresciuta**, non può essere disposta a titolo di componente degli assegni rispettivamente previsti dagli artt. 156 c.c. e 5 della Legge n. 898/1970 allo scopo di sopprimere alle esigenze economiche del coniuge più debole.

Da ultimo, con riferimento alla novella del 2006, la Cassazione ha ribadito tale opzione interpretativa in quanto la nuova disposizione mostra di volere dare consacrazione legislativa, con il riferimento all'"interesse dei figli" in genere - e non più all'affidamento dei figli (minori) - proprio al consolidato orientamento giurisprudenziale di questa Corte, statuendo che "il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli" e che "dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici fra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà". (Corte di Cassazione, sez. I, 22 marzo 2007, n. 6979; v. Id.: Cassazione civile, sez. I, 24 luglio 2007, n. 16398)

Rappresenta una monade isolata oltre che un assunto criticabile, come in effetti è avvenuto in dottrina (QUADRI), la decisione assunta dalla giurisprudenza di merito secondo cui: L'istituto dell'assegnazione della casa coniugale, è stato ridisegnato rispetto a quello precedentemente vigente. Scomparso il "criterio preferenziale" costituito dall'affidamento dei figli minori o dalla presenza di figli maggiorenni conviventi, l'attribuzione dell'alloggio viene condizionato dall'interesse dei figli. Tale disposizione, pertanto, ad avviso di questo Collegio, non può escludere in via assoluta che in assenza di prole sia possibile l'assegnazione della casa.

Il fatto che la norma menzioni l'interesse dei figli come un criterio da valutarsi "prioritariamente", significa, cioè, che possono essere tenuti presenti altri criteri diversi da quelli legati all'affidamento dei figli, o alla loro convivenza con uno dei due coniugi, come ad esempio la debolezza economica o morale di un coniuge rispetto all'altro.

Il che vuol dire che, in assenza di figli, mentre non è possibile l'assegnazione a chi non è proprietario, nell'ipotesi di una casa in comproprietà, la stessa potrà essere assegnata solamente in base ad un criterio economico, per favorire la parte meno abbiente. Con la conseguenza che la disposizione che stabilisce che il diritto di godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio non può che riguardare ipotesi nelle quali il godimento è stato assegnato ad uno dei coniugi comproprietari in assenza di figli con esso conviventi. Infatti il "diritto di godimento" pare alludere ad una siffatta fattispecie ed una diversa interpretazione porterebbe a ritenere che tale norma contraddice se stessa nel momento in cui per l'assegnazione della casa familiare bisognerebbe tener conto del prioritario interes-

se dei figli, mentre tale interesse non dovrebbe invece neppure essere preso in considerazione nel caso di revoca dell'assegnazione. Deve poi sottolinearsi che le norme che hanno profondamente modificato il regime di affidamento dei figli, imponendo l'affidamento condiviso come la regola e l'affidamento ad un genitore l'eccezione possibile solo in presenza di determinati presupposti, non comporta automaticamente un regime nel quale il figlio minore non convive con alcuno dei genitori, ma "viaggia" costantemente da una casa di un genitore a quella dell'altro a periodi alterni. Tale ipotesi, a parere di questo Collegio contrasterebbe con la necessità di assicurare ai figli minori condizioni di vita il più possibile stabili e regolari anche in presenza di una separazione, in grado di garantire uno sviluppo armonico ed equilibrato della personalità ed un rapporto sereno ed equilibrato con entrambi i genitori.

Se tale non fosse l'interpretazione da dare alla normativa, inoltre, non avrebbe senso la norma che stabilisce l'assegnazione della casa coniugale tenuto conto del prioritario interesse dei figli, ma si sarebbe stabilito la possibilità di assegnazione della casa nell'interesse dei figli solo in presenza di affidamento esclusivo ad uno dei genitori. (Tribunale di Viterbo, 22 ottobre 2006)

È stata sollevata la questione di **legittimità costituzionale** con riferimento agli artt. 2, 3 e 30 Cost. della norma di cui al capoverso dell'art. 155-quater c.c. **nella parte in cui ricollega automaticamente all'inizio di un rapporto di convivenza more uxorio od alla celebrazione di nuove nozze la cessazione del diritto al godimento della casa coniugale in capo al genitore assegnatario, con esclusione di ogni valutazione discrezionale in capo al decidente.**

Si è detto espressamente: Preso atto, in primis, che il primo comma della norma sotto esame sancisce il principio secondo cui "il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli", in ciò ponendosi sul solco della ratio sottesa alla previgente normativa ed agli indirizzi giurisprudenziali formatisi sulla stessa, ravvisabile nell'esigenza di "preservare per quanto possibile e opportuno la continuità delle abitudini domestiche" (così Cass. 9 settembre 2002, n. 13065), di tal che particolare rilievo acquistano l'irrazionalità e la contraddittorietà insite nella scelta legislativa di sacrificare in modo pressoché automatico e perentorio l'interesse stesso che la norma si ripromette di tutelare in via primaria nell'ipotesi di celebrazione di nuove nozze o di inizio di una convivenza more uxorio da parte del genitore assegnatario;

Rilevato, infatti, che l'automatismo stabilito dalla nuova norma ("il diritto al godimento della casa familiare vien meno nel caso..." e non già "può venire meno") impedisce al giudicante ogni valutazione delle concrete circostanze del caso, nonché ogni bilanciamento tra l'interesse della prole a conservare il proprio habitat domestico e quello del coniuge non assegnatario a riacquistare la libera disponibilità del bene, ossia tra il diritto di valenza altamente personalistica dei figli ad usufruire dell'ambiente domestico con cui hanno instaurato un legame affettivo e quello prettamente patrimoniale del titolare di un diritto domenicale sull'immobile;

Osservato che la sottrazione al giudice di ogni margine di discrezionalità risulta a maggior ragione di dubbia opportunità e ragionevolezza alla stregua dell'applicabilità della norma anche in quei casi (come quello oggetto di contenzioso) in cui l'instaurazione del rapporto di convivenza more uxorio (ovvero la celebrazione delle nuove

nozze) risalga ad epoca anteriore all'entrata in vigore della normativa de qua, con il conseguente rischio di una destabilizzazione di consolidati vincoli affettivi tra la prole ed il nuovo compagno/coniuge del genitore assegnatario sorti nel contesto dell'habitat domestico, di tal che la nuova unione del genitore viene automaticamente e drasticamente "sanzionata" per il solo fatto della sua esistenza e non già nelle sole ipotesi in cui la stessa rechi disagio, se non pregiudizio ai figli;

Ritenuta la dubbia compatibilità della disposizione in questione rispetto, in primo luogo, all'art. 2 Cost., giacché la sfera personale del coniuge assegnatario viene a trovarsi gravemente ed ingiustificatamente pregiudicata sotto il profilo della libertà di contrarre matrimonio o di convivere more uxorio di fronte alla prospettiva sicura di perdere il godimento della casa coniugale, con la conseguente determinazione di un nocumento anche a carico dei figli;

Rilevata, altresì, l'esistenza di un possibile profilo di incostituzionalità della norma de qua rispetto all'art. 3 Cost., nel senso di introdurre un'inammissibile disparità di trattamento tra la prole di un genitore assegnatario che non abbia contratto nuove nozze o iniziato una convivenza e quella di un genitore che abbia optato per una nuova unione, in tal modo facendo gravare sui figli le conseguenze pregiudizievoli delle scelte esistenziali dei loro ascendenti;

Sottolineata, altresì, l'opinabile conformità della disposizione in esame rispetto al diritto dei figli costituzionalmente garantito dall'art. 30 ad essere mantenuti dai genitori, posto che proprio nella prospettiva dell'art. 155-quater c.c. l'assegnazione della casa familiare assurge ad una farina di contributo al mantenimento della prole. (Trib. Busto Arsizio, 20 ottobre 2006)

8. — Diritto alla bigenitorialità e trasferimento di residenza

Il tema dell'affidamento condiviso pone la questione giuridica del rapporto tra affidamento medesimo e diritto dei genitori a trasferire la propria residenza (ovvero, diritto di libero stabilimento). E cioè a dire, può ritenersi il trasferimento di residenza di uno dei due coniugi da una città ad un'altra, ovvero dall'Italia ad un altro Stato, rappresenti un impedimento alla statuizione e/o alla continuazione dell'affidamento condiviso?

Si tratta di un tema che, in verità, era già ben conosciuto nel sistema ante riforma che, come noto, si fondava sul principio opposto a quello attuale e cioè sull'affidamento monogenitoriale.

Il genitore affidatario era così ritenuto, poiché titolare esclusivo dell'esercizio della potestà, libero di trasferirsi da città a città, ma anche dall'Italia all'estero, portando con sé il figlio minore - convivente.

In questo senso si era espressa la Cassazione: È noto che in materia di affidamento dei figli il giudice deve attenersi al criterio fondamentale, posto dall'art. 155 comma 1 c.c., dell'interesse esclusivo della prole: nell'esercizio del potere attribuitogli dalla legge il giudice deve privilegiare quel genitore che appare il più idoneo a ridurre al massimo - nei limiti consentiti da una situazione comunque traumatizzante - i danni derivanti dalla crisi della famiglia e ad assicurare il migliore sviluppo possibile della

personalità del minore, in quel contesto di vita che risulti più adeguato a soddisfare le esigenze materiali, morali e psicologiche di cui egli è portatore.

Peraltro la circostanza che uno dei genitori risieda o intenda trasferirsi all'estero - pur indubbiamente rilevante ai fini dell'accertamento dell'interesse esclusivo della prole, che anzi in ipotesi siffatte comporta una più attenta e delicata valutazione - non vale a modificare il quadro normativo di riferimento, non sussistendo alcuna disposizione che vieti o comunque limiti l'affidamento dei figli ai genitori residenti all'estero, e costituendo anzi un diritto costituzionalmente garantito, come riconosciuto nella sentenza impugnata, quello di ogni cittadino di uscire dal territorio della Repubblica.

La Corte di Appello ha puntualmente applicato il principio fondamentale sopra richiamato, ritenendo, a seguito di un'approfondita valutazione comparativa della personalità e delle condizioni di vita individuale, familiare e sociale dei due genitori, che l'interesse del minore imponesse l'affidamento alla madre, in funzione della sua maggiore attitudine, in quanto donna ed in quanto non costretta a lavorare perché di agiate condizioni economiche, e tenuto conto della tenera età del bambino, a mantenere con questo un rapporto assiduo ed intenso. (Corte di cassazione, sez. I, 16 marzo 1991, n. 2817)

Gli orientamenti giurisprudenziali sul tema oscillano dalla posizione secondo cui il diritto alla bigenitorialità del minore comporta una drastica limitazione del diritto del genitore al trasferimento, alla posizione per la quale è sempre possibile il trasferimento ma ciò comporta l'affidamento monogenitoriale, dalla posizione per cui non può aversi affido condiviso in presenza di un trasferimento tale da compromettere in termini assoluti i rapporti tra genitore trasferitosi e figli, alla posizione secondo cui la distanza tra le abitazioni dei due genitori non preclude l'affidamento condiviso.

Nel primo senso si segnala la pronuncia secondo cui: la regola di bigenitorialità, come emerge dal nuovo testo degli artt. 155 ss c.c., non è infatti né un pretesto per l'arroganza maritale né un orpello privo di significato e di contenuti, come da taluni si è preteso e si pretende in questo primo periodo di applicazione della nuova disciplina, ma è un vero e proprio diritto del bambino, da tutelare e garantire come tale, anche d'ufficio; non a caso nella nuova normativa i provvedimenti del giudice adottati nell'esclusivo interesse della prole debbono essere diretti a "realizzare la finalità indicata dal primo comma" dell'art. 155 c.c. espressamente definita come diritto del bambino a "mantenere un rapporto equilibrato e continuativo" con ciascun genitore e non a caso il mutamento volontario di residenza ha effetti non solo economici o abitativi ma anche sull'affidamento. (Trib. Rimini, ord. 21 ottobre 2006)

La seconda opzione fa capo alla seguente decisione: l'affidamento condiviso presuppone la ripartizione di compiti e di responsabilità nella gestione del figlio tale da realizzare un bilanciamento delle sfere di competenza di ciascun genitore.

È necessario, quindi, che ciascun genitore operi direttamente per la cura del figlio e coordini con l'altro le varie fasi del progetto educativo, esplicitando le mansioni che ognuno è disposto a svolgere d'intesa con l'altro e i compiti specifici in una condizione tendenzialmente paritaria.

Nel caso concreto, l'intenzione - peraltro assolutamente legittima - della G. di trasferirsi a Taranto, non solo per essere vicina alla sua famiglia ma anche al fine di

continuare l'attività lavorativa già intrapresa, rende di fatto impossibile l'affidamento condiviso che presuppone divisione dei compiti, tempi e modalità di permanenza del minore presso ciascun genitore, gestione e cura del minore nella quotidianità. Poiché è incontestato che ad occuparsi materialmente del minore sia stata sempre la madre, per ragioni obiettive legate agli impegni di lavoro del padre, si ritiene senz'altro opportuno e rispondente all'interesse superiore del minore, tenuto anche conto della sua tenerissima età e quindi bisognevole in modo particolare delle cure materne, affidare lo stesso in via esclusiva alla madre, con facoltà per il padre di incontrarlo e di tenerlo presso di se a settimane alterne (...). (App. Bologna, dec. 28 dicembre 2006)

La terza opzione è propria di App. Torino 27 ottobre 2006 assunta in una vicenda in cui il padre per motivi di lavoro risiedeva in Cina.

Per l'ipotesi di residenza all'estero di uno dei genitori si veda, con riferimento al sistema normativo ante riforma, l'assunto della Suprema Corte secondo cui: Secondo quanto già ritenuto da questa Corte (Sez. I 16 marzo 1991 n. 2817), in materia di affidamento di figli di genitori separati - nella quale il giudice deve attenersi al criterio fondamentale, posto dall'art. 155, comma primo, cod. proc. civ., dell'interesse esclusivo della prole, privilegiando quel genitore che appare il più idoneo a ridurre al massimo i danni derivanti dalla crisi della famiglia e ad assicurare il miglior sviluppo possibile della personalità del minore - la circostanza che uno dei genitori risieda o intenda trasferirsi all'estero, pur se comporta una più attenta e delicata valutazione di tale interesse, non vale a modificare il quadro normativo di riferimento, non sussistendo alcuna disposizione che vieti o comunque limiti l'affidamento dei figli ai genitori residenti all'estero, ed essendo anzi costituzionalmente garantito al cittadino il diritto di uscire dal territorio della Repubblica (art. 16, ultimo comma, Cost.).

Ovviamente, l'affidamento del figlio ad un genitore residente all'estero rende più difficoltosi gli incontri con l'altro genitore, ma ciò non esclude da parte di quest'ultimo l'esercizio dei diritti-doveri menzionati dal ricorrente, cui fanno riferimento il secondo ed il terzo comma dell'art. 155 cod. civ.. D'altra parte, l'eventuale affidamento del minore al genitore residente in Italia, crea a sua volta gli stessi inconvenienti nei confronti del genitore residente all'estero.

La Corte di appello ha fatto corretta applicazione del principio già enunciato da questa Corte, ritenendo che il trasferimento della M. in Canada, ove conviveva con un altro uomo, non impedisse l'affidamento del minore alla madre, affidamento che era in atto da anni ed appariva pienamente conforme agli interessi morali e materiali del minore, tenuto conto delle risultanze della consulenza tecnica pedagogica effettuata in primo grado, la quale aveva fornito elementi di valutazione circa i rapporti intercorrenti tra il minore e ciascuno dei genitori. (Corte di Cassazione, sez. I, 17 febbraio 1995, n. 1732)

L'ultima cennata interpretazione giurisprudenziale può dirsi fare capo al Tribunale di Bologna secondo cui il trasferimento del padre **non è circostanza idonea a pregiudicare l'affidamento condiviso**.

Alcune settimane dopo il deposito degli scritti conclusivi è stata pubblicata la l. 8 febbraio 2006, n. 54 (in G.U., n. 50 del 1 marzo 2006) che ha dettato nuove disposizioni in materia di affidamento dei figli minori applicabili sia in sede di separazione che di giudizio divorzile (cfr. l'art. 4, 2° co., l. cit.). (...) oggi il giudice deve valutare "priorita-

riamente”, e nell’interesse del figlio, l’affidamento del minore ad entrambi i genitori, affidamento al quale consegue non tanto una parificazione circa modalità e tempi di svolgimento del rapporto tra il figlio e ciascuno dei genitori, quanto piuttosto l’esercizio della potestà genitoriale da parte di entrambi i genitori e una condivisione delle decisioni di maggiore importanza. Considerato che si verte in materia di diritti (del minore) indisponibili, che non sono emerse situazioni di pregiudizio per il minore o altre circostanze ostative all’applicazione della disciplina del c.d. affido condiviso (...), che - come pacifico in atti - il padre ha frequenti e regolari incontri col figlio ormai quindicenne, che i genitori vivono lontani e il figlio trascorre buona parte del tempo con la madre, l’accordo delle parti può essere oggi ricondotto nell’ambito della seguente regolamentazione: in assenza di contrarie indicazioni, il minore viene affidato ad entrambi i genitori, che si dovranno impegnare e collaborare nella predisposizione e attuazione di un programma concordato per l’educazione, la formazione, la cura e la gestione del figlio, nel rispetto delle esigenze e delle richieste del minore; viste le richieste dei genitori e considerato l’assetto di rapporti instauratosi dal tempo della separazione (dunque, da ben nove anni), è opportuno che il minore resti ad abitare con la madre; mentre le decisioni di maggior interesse per il figlio (relative all’istruzione, all’educazione e alla salute) vanno assunte dai genitori di comune accordo, tenendo conto delle capacità, dell’inclinazione naturale e delle aspirazioni del figlio, è opportuno nel caso di specie un esercizio separato della potestà da parte dei genitori limitatamente alle decisioni concernenti la quotidianità (...): tali decisioni saranno assunte dal genitore presso cui permane il figlio, e cioè dal genitore che in quel momento avrà con sé il figlio.

Già in sede di separazione consensuale era stato stabilito un ampio diritto di visita. Occorre considerare che da allora il padre si è trasferito in provincia di Bologna. È opportuno oggi, salvo diverso accordo dei genitori e nel rispetto delle esigenze di studio e svago del minore, porre comunque una regolamentazione minima circa modi e tempi degli incontri tra padre e figlio (v. il dispositivo), sulla falsariga di quanto concordato tra le parti in occasione della separazione consensuale: dovranno comunque essere considerate dai genitori le richieste del figlio, prossimo al compimento del quindicesimo anno. (Trib., Bologna 22 maggio 2006)

Da ultimo si veda il decreto del Tribunale dei Minorenni dell’Emilia Romagna, 6 febbraio 2007 che, intervenuto in una vicenda in cui il padre asseriva che l’intenzione della madre di trasferirsi a vivere con il figlio in altra città sarebbe stata pregiudizievole per quest’ultimo, ha preliminarmente ritenuto che la tutela in via di urgenza non è prevista dall’art. 317 bis c.c. (invocato dal ricorrente), bensì dall’art. 737 c.p.c. che disciplina i procedimenti in camera di consiglio.

Tuttavia, l’art. 336 c.c. prevede che il Tribunale possa, in caso di urgente necessità adottare, anche d’ufficio, i provvedimenti temporanei nell’interesse del figlio, quando procede a norma degli artt. 330 e 333 c.c., che disciplinano i casi di limitazione della potestà genitoriale qualora sussistano situazioni di pregiudizio per il minore.

Dal momento che il padre rappresenta comunque che la decisione materna possa sortire effetti pregiudizievole per il minore, appare allora possibile l’intervento del Tribunale, d’ufficio, affinché sia valutata la sussistenza di una condotta della madre pregiudizievole per il figlio, se del caso con intervento in via di urgenza. (Trib. Minorenni dell’Emilia Romagna, dec. 6 febbraio 2007)

Il tribunale ricostruisce poi la vicenda che vede un affidamento condiviso disposto ante riforma e passa poi alla disamina delle novità introdotte con la riforma del 2006: Il Tribunale osserva che le parti hanno voluto un affidamento condiviso in tempi nei quali esso era previsto solo dalla legge sul divorzio, quale eccezione alla regola generale che prevedeva l'affidamento monogenitoriale, soprattutto con riguardo ai figli di coppie di fatto di cui si occupa l'art. 317 bis c.c. Come è noto, nel marzo 2006 è entrata in vigore la legge n. 54 dell'8 febbraio 2006 sull'affido condiviso, che ha invertito la regola precedente, stabilendo che il giudice nel pronunciare la separazione e i provvedimenti relativi alla prole valuti prioritariamente la possibilità che i figli restino affidati a entrambi i genitori.

La legge non ha abrogato l'art. 317 bis c.c., a mente del quale potestà sul minore è esercitata dal genitore con il quale questi convive, ma ha previsto che la stessa legge si applichi anche ai figli di genitori non coniugati, oltre che, su istanza, ai procedimenti (pendenti e) già definiti, quale è appunto il presente.

In base al provvedimento del Tribunale, e anche secondo la ratio della nuova normativa al padre spetta un diritto di affidamento identico a quello spettante alla madre; pertanto, ciò che egli assume violato non è solo il diritto di visita (che comunque subirebbe stravolgimenti nel prospettato caso di un trasferimento del minore da Modena a Roma), ma proprio l'identico diritto-dovere di custodia che gli spetta in virtù degli accordi presi e accolti dal giudice, in epoca precedente alla normativa del 2006 ma senz'altro oggi, per il loro contenuto, in linea con quest'ultima. Il padre propone un intervento al Tribunale che presenta molte somiglianze con un ordine di rientro in un caso di sottrazione internazionale, equiparando di fatto il trasferimento della compagna col figlio ad un legal kidnapping in violazione del suo diritto di affidamento, e non solo di visita. Dal momento che si discute in questa sede di un caso di trasferimento in ambito nazionale e che i genitori sono affidatari congiunti del minore, occorre stabilire se il diritto di libertà sussistente in capo alla madre (come a chiunque) di trasferire la propria residenza e conseguentemente trasferire anche quella del figlio collocato presso di sé, sia un diritto assoluto o possa subire un limite nella mancanza di consenso manifestata dal genitore ugualmente affidatario del minore ma non collocatario; con la evidente conclusione, in un caso affermativo di costringere di fatto taluno in un luogo non più avvertito per qualche ragione come il proprio. Occorre precisare che fonti di diritto internazionale (come la Convenzione dell'Aja del 1980 di natura pattizia, ma anche il Regolamento CE 2201/2003 immediatamente esecutivo nel nostro ordinamento) prevedono che il "diritto di affidamento" comprenda "i diritti concernenti la cura della persona del minore, e in particolare il diritto di decidere riguardo al suo luogo di residenza" (art. 5 lett a) Conv. Aja 1980), e che in materia di affidamento congiunto "uno dei titolari della responsabilità genitoriale non può, conformemente a una decisione o al diritto nazionale, decidere il luogo di residenza del minore senza il consenso dell'altro titolare della responsabilità genitoriale".

In Italia la legge 54/2006 prevede all'art. 1 che per le decisioni di maggiore interesse la potestà genitoriale era amministrata congiuntamente, e che in caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice; prosegue, all'art. 2 (che ha introdotto l'art. 155 quater c.c.) che nel caso uno dei "coniugi" cambi la residenza o il domicilio l'altro coniuge può chiedere, se il mutamento interferisce con le modalità dell'affidamento, la

ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati.

L'interpretazione più razionale deve orientarsi nel senso che le statuizioni dell'art. 2 in materia di cambio di residenza non possono sconfessare quelle dell'art. 1 in materia di amministrazione congiunta della potestà in merito alle decisioni di maggiore interesse per il minore, pertanto, premesso che il cambio di residenza è senza dubbio una decisione di maggiore interesse per un minore e che l'affidamento di un minore comporta la facoltà di decidere e fissarne la residenza, in un'attuazione di affidamento condiviso. Il mutamento di residenza di cui parla l'art. 2 è quello eventualmente autorizzato dal giudice (cui il genitore dissenziente si sia rivolto per opporsi al trasferimento del genitore collocatario, e, che abbia deciso contemperando il diritto del genitore, pur collocatario del minore, di fissare la propria residenza ovunque, con quello del minore stesso a conservare un rapporto equilibrato, continuativo e significativo con ciascuno dei genitori e con le proprie famiglie di origine e ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi), ovvero quello deciso, liberamente, dal genitore non collocatario. Il giudice sarà nuovamente adito se il cambio di residenza implichi un mutamento delle modalità di affidamento. Pertanto, un regime di affidamento condiviso giudizialmente stabilito (su accordo delle parti o meno) nel pieno vigore della l. 54/06 e soprattutto della normativa internazionale, peraltro con rango superiore alla legge ordinaria, comporterà le sopraindicate conseguenze che rappresentano, è evidente, un notevole limite al diritto costituzionale sussistente in capo a chiunque di fissare la propria residenza in qualunque parte del territorio nazionale, se solo si è collocatari e affidatari congiunti di un minore: limite costituito dal prioritario e superiore interesse del minore alla bigenitorialità come è oggi intesa a livello culturale e giuridico.

Al riguardo si osserva che il consenso della madre all'accordo è stato dato *rebus sic stantibus* (così è anche espresso nell'accordo delle parti e nel provvedimento del tribunale), e che la madre con la propria decisione di trasferirsi ha manifestato che si sono modificati i presupposti di fatto che reggevano il suo consenso (per ragioni lavorative, se ella le rappresenterà, senz'altro degne di tutela; forse anche, o solamente, sentimentali ma ugualmente rilevanti in quanto attinenti alla esplicazione della propria personalità). (Trib. Minorenni dell'Emilia Romagna, dec. 6 febbraio 2007)

Il Tribunale passa poi a considerare quale criterio risolutivo della questione posta alla sua attenzione quello di contemperare diritti costituzionali ugualmente degni di tutela: **da un lato quello del minore alla bigenitorialità, dall'altro quello di ciascuno (nella specie la madre) a prendere decisioni personali e di lavoro e quindi cambiare residenza.**

Non necessariamente i due diritti sono incompatibili, come non necessariamente il cambio di residenza, se di certo modifica le modalità con le quali il padre frequenta il figlio, comporta, a mente dell'art. 2 stessa legge, un mutamento delle modalità di affidamento; occorre infatti tenere ben distinti i due termini e capire in questo caso fino a che punto sia ugualmente attuabile un regime di affidamento condiviso tra genitori che risiedono a 400 km di distanza.

Al riguardo, è bene precisare che tra i genitori sembra non esserci mai stato conflitto se non quello scaturito dalle recentissime vicende per cui è oggi procedimento; inoltre, e il dato è molto importante, la madre non ha al momento proposto ex art. 2 l. 54/06, in ragione del trasferimento a Roma, una modifica pro domo propria delle con-

dizioni di affidamento, chiedendo magari che esso, vista la distanza che verrà a crearsi, si trasformi, in monogenitoriale: evidentemente è allo stato sua intenzione mantenere quell'equilibrio di rapporti con l'ex compagno che si era già creato, confidando sulle possibilità in concreto e sul desiderio di quest'ultimo di essere presente nella vita del figlio.

In ogni caso, in giurisprudenza è stato ritenuto che il provvedimento di affidamento congiunto dei figli minori a entrambi i genitori può risultare conforme agli interessi degli stessi anche in presenza di conflitto (e, a fortiori, in caso di residenze distanti), particolarmente quando risulti essenziale per richiamare entrambi alla pariteticità del ruolo genitoriale.

Pertanto, non sarebbe in astratto irrealizzabile un regime di affidamento condiviso anche tra genitori residenti a 400 km di distanza. In definitiva, allora, e questo è il senso dell'intervento d'ufficio, del Tribunale al sensi degli artt. 333 e 336 c.c. sulla base in sostanza di una diversa qualificazione giuridica della richiesta del padre, occorre considerare esclusivamente le conseguenze, pregiudizievoli o meno, che si verrebbero a realizzare in capo al minore nel caso del prospettato trasferimento di residenza da Modena a Roma. La materia su cui decidere è scarsa, anche se si osserva che un trasferimento in un'altra città è nella vita di oggi un fatto così frequente da dovere essere considerato addirittura normale e non può, di per sé, essere considerato una violazione dei diritti del minore come stabiliti a livello di legge ordinaria italiana né dei diritti del fanciullo come stabiliti a livello internazionale; tanto più nel caso di specie, nel quale entrambi i genitori non sono privi di strumenti personali, intellettuali e finanziari (caratteristiche che forse non sostituiscono una rete amicale o parentale ma né compensano abbastanza bene l'assenza).

Al riguardo, il parere psichiatrico prodotto dal padre riporta conclusioni del tutto teoriche che possono calzare perfettamente alla personalità di A. come rivelarsi del tutto infondate a seguito di un'osservazione dei suoi vissuti e desideri. Per contro, e questo è praticamente l'unico elemento semi-oggettivo agli atti, perché si deduce dalla corrispondenza del difensore, una interruzione a metà anno della scuola è a parere del Tribunale negativa per una mente in crescita, se associata alla collocazione in un ambiente cittadino e abitativo completamente diversi, e al riguardo dovranno essere approfondite le ragioni che muovono la madre a un passo del genere con le modalità che il padre ha prospettato.

È pertanto impossibile, allo stato valorizzare a priori il diritto del minore o quello della madre senza aver istruito il procedimento, in quanto appare assolutamente necessaria, anche prima dell'audizione delle parti, una compiuta indagine in merito alle condizioni di vita del minore e lo stato dei rapporti che egli ha con i genitori, in maniera da stabilire se la madre dovrà o meno rinunciare all'affidamento o alla collocazione presso di sé del figlio per esercitare il proprio diritto di trasferirsi. (Trib. Minorenni dell'Emilia Romagna, dec. 6 febbraio 2007)

Nel sistema ante riforma la Cassazione aveva affermato: Del resto il criterio fondamentale cui il giudice deve attenersi, non solo nella scelta del genitore affidatario ma anche nella tutela della prosecuzione dei rapporti con il genitore non affidatario, è quello dell'interesse esclusivo del figlio posto dall'art. 155 comma 1 c.c., con la conseguenza che, risultata ispirata ad una tale primaria esigenza, la valutazione in concreto rientra nei

poteri discrezionali del giudice di merito, insindacabili in sede di legittimità se non per difetto di motivazione, difetto peraltro neppure dedotto con il ricorso in esame.

Per quanto riguarda la pari facoltà concessa contestualmente ai nonni, la mancanza di un'espressa previsione di legge non è sufficiente per precludere al giudice di riconoscere e regolamentare tali rapporti ovvero per considerare una tale possibilità solo "residuale" in quanto praticabile, come sostiene la ricorrente, unicamente in presenza di gravissimi motivi, non potendosi per ciò solo ritenere privi di tutela vincoli siffatti che affondano le loro radici nella tradizione familiare la quale trova il suo riconoscimento anche nella Costituzione (art. 29 Cost.).

Dovendo provvedimenti del genere essere ispirati sempre al precipuo interesse del minore e rientrando la tutela del vincolo affettivo e di sangue che lega nonni e nipoti nell'ambito di un tale interesse, da cui non può prescindere certamente un esercizio responsabile della patria potestà, consegue che il rifiuto del genitore può ritenersi giustificato solo in presenza di serie e comprovate ragioni che sconsiglino di assicurare e regolamentare i rapporti dei nonni con il minore.

L'affermazione della ricorrente va quindi ribaltata nel senso, non già che il diritto di visita possa essere riconosciuto eccezionalmente solo in presenza di gravissimi motivi che pregiudicano il rapporto con il genitore, ma viceversa che debba essere negato unicamente quando il rapporto dei nonni con il nipote appare pregiudizievole con il medesimo.

Questa Corte del resto ha già avuto modo di evidenziare la posizione non secondaria che i nonni assumono nell'ordinamento, nell'ambito della famiglia, desumibile dagli obblighi di ordine patrimoniale loro imposti dagli artt. 148 e 433 nn. 2 e 3 C.C. nonché dalla qualità di legittimari riservata, oltre al coniuge ed ai figli, anche agli ascendenti (Cass. 24.2.1981 n.1115).

Certamente nell'assicurare e nel regolamentare i contatti, il giudice non può spingersi fino al punto di restringere oltre misura i rapporti con il genitore affidatario cui compete prevalentemente l'educazione del minore, anche se in una tale valutazione devono escludersi dei criteri rigidi che non tengano conto sufficientemente della peculiarità delle situazioni. Ma, proprio alla presenza di una tale situazione particolare la Corte d'Appello ha fatto riferimento per giustificare la previsione non comune di contatti quotidiani, avendo sottolineato, sulla scorta delle relazioni degli assistenti sociali e di psicologi, i problemi personali cui la stessa madre affidataria deve far fronte, quale tossicodipendente, e gli effetti positivi per il minore riscontrati dall'assiduità dei rapporti con i nonni paterni. (Corte di Cassazione, sez. I, 25 settembre 1998, n. 9606)

In dottrina si ritiene che il genitore "collocatario o affidatario di un minore" sia soggetto comunque ad "alcune limitazioni alla libertà di trasferimento della propria residenza in ambito nazionale: ciò poiché, in base alla normativa interna sull'affidamento condiviso ed alle norme internazionali ..., l'esigenza prevalente è quella di garantire al minore, fin quando ciò sia possibile, il suo diritto alla bigenitorialità" (ASTIGGIANO).

In conclusione giova riportare una sentenza assunta dalla Massachusetts Supreme Judicial Court in data 10 luglio 2006 che ha riconosciuto la possibilità, per il giudice, di negare al genitore coaffidatario il diritto a trasferire la residenza dei figli quando ciò sia pregiudizievole per questi ultimi.

Discussione

Realmente l'affidamento congiunto si divide in due elementi: la condivisione della legal custody e la condivisione della physical custody. C.p. kindregan, Jr. & M.L. Inker, *Family Law and Practise* § 47 a pag. 395-396 (3° ed. 2002); Folberg, *Joint Custody* § 13.01 [2], in *2 Child Custody & Visitation Law and Practise* (2005), che cita *Pascale v. Pascale*, 140 N.J. 583, 595- 596 (1995) (Folberg). La condivisione della legal custody comporta "responsabilità reciproche e coinvolgimento di entrambi i genitori nelle decisioni più importanti relative al benessere del bambino comprese le decisioni sull'educazione, le cure mediche e lo sviluppo emotivo, morale e religioso del bambino". G.L. c. 208, § 31. Ciò è diverso dalla legal custody in via esclusiva che attribuisce ad uno solo dei genitori questi diritti e responsabilità. Id. La condivisione della physical custody comporta che "un bambino possa trascorrere periodi di tempo con e sia sotto la supervisione di ciascun genitore ... garantendo... frequenti e continui contatti con entrambi i genitori". G.L. c. 208, § 31. Ciò è diverso dalla physical custody in via esclusiva che generalmente comporta che i bambini risiedano con un solo genitore "a condizione di una ragionevole frequentazione con l'altro genitore". Id. Benché le General Laws prevedano che non ci sia presunzione sia a favore sia contro la condivisione ... dell'affidamento al momento del processo" G.L. c. 208, § 31, tale regime viene normalmente considerato appropriato solo quando le parti dimostrano una capacità ed un desiderio di cooperare in modo sereno e comunicare l'uno con l'altro per allevare i figli. Folberg, *supra* a § 13.06[1]; Gardner, *Joint Custody is not for everyone* 3, 66 (1982), ristampato in *Joint Custody and Shared Parenting* (J. Folberg, ed. 1984).

"Affidamento congiunto è sinonimo di assunzione di decisioni insieme e di comune desiderio di promuovere il preminente interesse dei figli. È comprensibile, pertanto, che l'affidamento congiunto sia consigliabile prima di tutto come una alternativa spontanea per genitori con rapporti equilibrati ed amichevoli e che si comportino in modo civile e maturo", *Braiman v. Braiman*, 44 N.Y. 2° ed 584, 589-590 (1978)... In modo da essere effettivo 'l'affidamento congiunto richiede ... una volontà e una capacità di collaborare per raggiungere una intesa sulle decisioni più importanti in un modo simile a quello proprio delle coppie sposate'.

Taussing & Carpenter, *Joint Custody*, 56 N.D.L. Rev. 223, 234 (1980). *Rolde v. Rolde*, 12 Mass. App. Ct. 398, 404-405 (1981).

La condivisione della physical custody in particolare comporta il dovere sostanziale di cooperazione tra i genitori. Tale sistemazione, per sua stessa natura, comporta la condivisione della responsabilità di coordinare in modo esaustivo una serie di dettagli della vita di tutti i giorni. E.E Maccoby & R.H. Mnookin, *Dividing the child: Social and Legal Dilemmas of Custody* 217 - 227 (1992). La condivisione della physical custody richiede la continua programmazione e suddivisione concordata dei compiti relativi all'accudimento ed al trasporto dei bambini tra le due abitazioni, e tra queste e la scuola, e le attività giovanili. Vedi, e.g., *id.* a 227 (laddove si parla di coordinamento tra i genitori delle regole da impartire ai bambini in due contesti familiari). Così incombe sul genitore, al quale sia stata attribuita la physical custody congiunta, la necessità di riconoscere che la efficacia di tale regime dipende dalla sua capacità e dalla sua volontà di

mettere su un piano subordinato le proprie esigenze personali. Fino a quando l'accordo sulla *physical custody* congiunta è in vigore, ciascun genitore necessariamente rinuncia ad un certo grado di discrezionalità in determinate scelte di vita, e.g., la scelta della residenza, che può incidere sulla praticabilità della *physical custody* condivisa. In questo caso, la madre intendeva trasferire i bambini dal Commonwealth, ed il padre, che condivide la *legal and physical custody* con lei, ha rifiutato di dare il proprio consenso. La madre ha chiesto così il permesso della Corte per trasferire i bambini. Le *General Laws c. 208, § 30*, prevedono che “un figlio minore di genitori divorziati che è nato o che ha risieduto per cinque anni nel Commonwealth e sul cui affidamento e mantenimento ha giurisdizione una Corte Successioni e Famiglia non dovrà ... essere trasferito fuori dal Commonwealth ... se minore dell'età per dare il proprio consenso, senza il consenso di entrambi i genitori, a meno che la corte ordini diversamente su dimostrazione della motivazione”. Le parole “su dimostrazione del motivo” significano solo che il trasferimento deve essere nel preminente interesse del bambino. *Yannas v. Frondistou - Yannas*, 395 Mass. 704, 711 (1985), che cita *Rubin v. Rubin*, 370 Mass. 857 (1976). Vedi *Welker v. Welker*, 325 Mass. 738, 746 (1950). “Il modello del miglior interesse del bambino è quello che si basa sui particolari bisogni e le circostanze concrete del singolo bambino in questione”. *Adoption of Vito*, 431 Mass. 550, 566 (2000). Assumendo che gli accertamenti del giudice non siano manifestamente erronei, noi rivalutiamo la sua determinazione del miglior interesse del minore solo in caso di abuso di discrezionalità. *White v. Laingor*, 434 Mass. 64, 68 (2001), che cita *Boulter - Hedley v. Boulter*, 429 Mass. 808, 811 (1999).

Quando la *physical custody* è condivisa, la valutazione del “miglior interesse” in relazione al trasferimento è sensibilmente diversa rispetto a quella delle situazioni in cui la *physical custody* è esclusiva. *American Law Institute's (ALI) Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations § 2.17 (1), (4) (c)* (2002). Si veda in re *Marriage of Burgess*, 13 Cal. 4th 25, 40 n. 12 (1996). In re *Marriage of Franciis*, 919 p. 2° 776, 786 n. 12 (Colo. 1996), superata in parte su altre motivazioni, in re *Marriage of Ciesluk*, 113 p. 3° 135, 138 (Colo. 2005); *Baures v. Lewis*, 167 N.J. 91, 116 (2001). Si veda anche *Richards, Children's rights v. Parents' rights: a proposed solution to the custodial relocation Conundrum*, 29 N.M. L. Rev. 245, 264 (1999) (lo standard per il trasferimento dovrebbe essere diverso nei casi in cui il collocamento spetta prevalentemente ad uno dei genitori rispetto a quelli in cui la *physical custody* spetta ad entrambi). Laddove la *physical custody* è condivisa, la propensione del giudice a soddisfare l'interesse del genitore di trasferirsi liberamente con i bambini è poca. *Terry, relocation: moving forward, or moving backward?* 15 J. Am. Acad. Matrimonial law. 167, 212, 213 (1998). Non molto diverso è il destino del genitore con l'affidamento esclusivo che pure è strettamente legato a quello del bambino; entrambi i genitori infatti hanno pari diritti e responsabilità con riguardo ai bambini. La rilevanza, rispetto all'interesse dei figli, della convenienza del genitore di trasferirsi fuori dal Commonwealth risulta di scarsa entità. Si veda *Wallerstain, To Move or Not to Move: Psychological and Legal Considerations in the Relocation of Children Following Divorce*, 30 Fam. L.Q. 305, 318 (1996) (“il genitore con una reale *physical custody* congiunta che propone un trasferimento dovrebbe avere l'onere di dimostrare che il trasferimento sia nel miglior interesse dei figli e non semplicemente un desiderio del

genitore che si trasferisce”). ALI Principles of the Law of Family Dissolution, supra a § 2.17 (1), (4) (c) si veda nota 10, supra) recentemente adottata da ALI, sostiene la tesi per la quale laddove “nessun genitore abbia esercitato in modo chiaramente maggioritario le responsabilità dell’affidatario”, l’effetto del trasferimento sul minore è un fattore rilevante nella determinazione del miglior interesse del minore stesso.

Laddove la *physical custody* è condivisa e nessun genitore dispone di una chiara maggioranza delle responsabilità genitoriali, l’interesse del bambino tipicamente “favorirà la salvaguardia dei rapporti del bambino con entrambi i genitori poiché entrambi sono, in un senso reale, indispensabili per lo sviluppo del minore.” Wallerstain, supra a 318. Il trasferimento in un luogo distante spesso impedisce “frequenti e continui” contatti con il rimanente coaffidatario. Si veda G.L. c. 208, § 31; Kindregan, *Family Interests in Competition: Relcation and Visitation*, 36 *Suffolk U.L. Rev.* 31, 36 (2002) (Kindregan). Cf. *In re Marriage of Seagondollar*, 139 *Cal. App.* 4° 1116, 1119 (2006) (trasferimento dalla California “necessariamente interferisce con la possibilità dell’altro genitore di avere frequenti e costanti contatti” con i bambini).

L’esercizio congiunto della *physical custody* può anche non essere ostacolato dal trasferimento fuori dal Commonwealth. In alcuni casi, infatti, la distanza tra i genitori, anche a seguito del trasferimento, può non aumentare di molto. In aggiunta, ci sono significanti differenze di tolleranza individuale degli affidatari e dei bambini. Wallerstain, supra a 320 (“i programmi di viaggio e le intese dovrebbero essere adeguati all’età, al temperamento, e ai desideri del bambino”). Cf. Kindregan, supra a 53 (mandare avanti e indietro i bambini tra le abitazioni “tramite aereo, bus, o treno ... estremamente disturbante per la vita sociale del bambino ed il suo sviluppo”). È una questione rimessa al giudice se, tenendo conto di tutte le circostanze, l’aumento del tempo in viaggio tra le diverse abitazioni e tra queste e la scuola provocato dal trasferimento, ed altri oneri imposti dalla distanza, danneggerà in modo significativo la possibilità di un genitore di esercitare le responsabilità esistenti, e in definitiva se il trasferimento è nel preminente interesse del bambino. Torniamo alla correttezza dell’ordine del giudice che ha negato il permesso alla madre di trasferire i figli. L’ordine si basa sulla considerazione del giudice per cui il preminente interesse dei figli sarebbe pregiudicato da questo trasferimento. Il giudice ha effettuato dettagliate considerazioni scritte nel senso che le loro attuali scuole erano migliori, che sradicare i bambini sarebbe stato difficoltoso per gli stessi, che il trasferimento avrebbe ridotto le cure da parte del padre a pregiudizio dei loro interessi, che il potenziale comportamento illecito da parte del figlio del nuovo marito della madre nell’abitazione della stessa propendeva contro l’aumento della *physical custody* della madre, e che qualsiasi vantaggio economico od altro del trasferimento a favore della madre era non chiaro. Da questo il giudice decise che non era nel preminente interesse dei bambini essere trasferiti a Bristol.

(...) La madre sostiene incidentalmente, senza citare precedenti direttamente rilevanti, che il rifiuto del giudice ad autorizzare il trasferimento dei bambini dal Commonwealth ledeva il suo diritto di libertà di movimento in conformità al Quinto e Quattordicesimo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti. Cf. *Saenz v. Roe*, 526 *U.S.* 489, 504 - 507 (1999) (incostituzionale insieme di restrizioni sul programma di eleggibilità). Al contrario, G. L. c. 208, § 30, non restringe il diritto della madre di trasferirsi, solo il suo diritto a trasferire i figli in conformità allo scopo ultimo della

legge. Il giudice qui decise che il trasferimento chiaramente non era finalizzato a realizzare il miglior interesse dei figli. Così, noi siamo convinti che l'opposizione al trasferimento della madre, secondo quanto previsto dalla g.l. grandi c. 208 par. 30, non violi la Costituzione. Si veda Gallup, 271 Mass. 252, 257-258 (1930). Si veda Kindregan, supra a 48 (diritto del genitore di trasferirsi con il figlio soggetto al potere dello Stato di realizzare il miglior interesse per il minore). (Massachusetts Supreme Judicial Court, 10 luglio 2006, in *Famiglia e Diritto*, 4/2007, 353 ss. con nota di VERONESI).

9. — Disposizioni in favore dei figli maggiorenni

Venendo ora alle disposizioni **in favore dei figli maggiorenni il legislatore ha previsto che il giudice, valutate le circostanze, possa disporre in favore di costoro, ove non ancora indipendenti dal punto di vista economico, il pagamento di un assegno periodico che, salvo diversa determinazione del medesimo giudice, è versato direttamente all'avente diritto.**

Quando i figli maggiorenni siano **portatori di handicap grave** (ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104) nei loro confronti troveranno integralmente applicate le disposizioni previste in favore dei figli minori.

Ci si è chiesti, a questo punto, quale sia il ruolo da assegnare nel processo al figlio maggiorenne. E cioè a dire, il legislatore ne impone la presenza nella lite tra i genitori?

Secondo alcuna dottrina la norma in esame, presupponendo che unico creditore sia solo il maggiorenne impone, di conseguenza, una sua domanda in tal senso perché gli sia accordato l'assegno. Da qui il logico corollario secondo cui deve esser consentito il suo intervento in giudizio per far valere i suoi diritti.

Ed in caso di inadempimento, unico legittimato ad agire in via esecutiva, o a far valere i rimedi si cui all'art.156 c.c. è il figlio maggiorenne.

Questa tesi non trova il favore di tutti ed è stata contrastata in giurisprudenza, sul rilievo secondo cui la volontà del legislatore non è quella di imporre sempre la presenza nel giudizio di separazione (o divorzio) dei figli maggiorenni.

In realtà la disposizione in esame introduce la peculiare possibilità per il giudice di emettere un provvedimento che, sul piano formale, è reso a favore di terzo in quanto non parte processuale del procedimento ma che è, comunque, il destinatario finale (avente diritto) degli effetti di quella decisione.

È avente diritto finale esattamente come lo è il minore, in quanto il dovere di provvedere al mantenimento in capo ai genitori (ex art.147 e 30 Cost.) è ovviamente sempre nei confronti dei figli e non cessa automaticamente con la maggiore età: il legislatore tuttavia ben può disciplinare il modo cui giungere all'adempimento di tale obbligazione.

Del resto lo stesso art. 155 quinquies, secondo comma, c.c. equipara espressamente ai figli minori i figli maggiorenni portatori di grave handicap in favore dei quali quindi può agire il genitore con essi convivente pur nel caso di handicap solo fisico in presenza del quale essi conservano intatta la loro autonoma capacità di agire in giudizio.

Non si versa quindi neanche, a ben vedere, in una ipotesi di c.d. sostituzione processuale (art. 81 c.p.c.) - con la quale si fa valere in giudizio un diritto altrui in nome proprio - in quanto se la condanna è a favore dell'altro genitore lo è iure proprio (e non quale sostituto); se è a favore del maggiorenne si esula dallo schema della sostituzione in cui il provvedimento è sempre formalmente nei confronti del sostituto.

Se il destinatario del pagamento è direttamente il maggiorenne v'è da chiedersi, però, a chi competerà la legittimazione per il pignoramento o quella per il versamento diretto (o il sequestro) ex art.156 c.c., ovvero per eventuali modifiche.

Sembra coerente ritenere che per le prime unico legittimato resti a questo punto il figlio stesso: solo che pendente iudicio, non essendo egli parte non potrà avanzare richieste al g.i. (può semmai ipotizzarsi una richiesta di versamento diretto da inoltrare al presidente del tribunale con l'art.148 c.c.).

Il legislatore, come si vede, ha lasciato incompiuta la disciplina rimettendo nelle mani dell'interprete tutte le problematiche di cui sopra. (Tribunale di Catania, 14 aprile 2006)

Vediamo di seguito alcuni interessanti e recenti arresti della giurisprudenza di merito: Ritiene il Collegio, in via esemplificativa e salvo l'esame del caso concreto, che la modalità di versamento diretto nei confronti della prole sia da preferirsi nell'ipotesi di figlio maggiorenne convivente ma non stabilmente dimorante con il genitore (come nella classica ipotesi dell'universitario fuori sede), ovvero in ipotesi di figlio maggiorenne di età adulta, in quanto tale auspicabilmente chiamando ad una corresponsabile gestione delle risorse finanziarie della famiglia, ovvero nell'ipotesi di esistenza di una consolidata prassi in tal senso. (Tribunale di Marsala, 26 febbraio 2007)

L'art. 155 quinquies c.c. nel testo introdotto dall'art.1 comma 2 della legge n. 54 del 2006, stabilisce che "Il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico.

Tale assegno, salva diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto".

La formulazione della norma lascia spazi vuoti che spetta all'interprete colmare per stabilire:

- Se legittimato a proporre la domanda sia solo il figlio maggiorenne o se persista, in base ai principi enucleati dalla elaborazione dottrina e giurisprudenziale antecedente la riforma, la legittimazione del genitore e, in relazione con tali questioni, se il figlio maggiorenne sia litisconsorte necessario nel giudizio di separazione e divorzio e se possa intervenire;

- Se raggiunta la maggiore età cessi l'obbligo di pagamento dell'assegno ex art. 155, comma 4°, c.c. stabilito dal giudice a carico di un genitore e a favore dell'altro quando i figli erano minorenni;

- Quali siano le circostanze che consentono di stabilire il pagamento dell'assegno al coniuge.

La soluzione interpretativa comporta notevoli conseguenze pratiche perché ipotizzando la legittimazione esclusiva del figlio alla richiesta dell'assegno, nell'attuale momento della vita economica in cui il conseguimento dell'indipendenza economica al 18° anno d'età è evento infrequente, si finirebbe con provocare non soltanto una proli-

ferazione di controversie, ma quel che é più grave, si creerebbe una fonte di gravi e forse insanabili contrasti tra il genitore chiamato in giudizio e il figlio, con ricadute in piena contraddizione con le dichiarazioni di principio sulla tutela della bigenitorialità e con le finalità che il legislatore ha dichiarato di volere raggiungere, di equilibrati e continuativi rapporti dei figli con entrambi i genitori, esigenza che certo non viene meno col raggiungimento della maggiore età del figlio.

Il collegio ritiene che la portata innovativa della norma sia meno radicale di quanto possa a prima vista apparire e che anche l'analisi della testo della legge induca a tale conclusione.

La prima parte del primo comma dell'art. 155 quinquies, citato, trova un senso solo ipotizzando la legittimazione concorrente - con quella del figlio - del genitore alla richiesta dell'assegno.

Diversamente non si spiegherebbe né la stessa disposizione, perché l'obbligo dei genitori di contribuire al mantenimento dei figli (art. 30 Costituzione; art.147, 148 c.c.) fino al raggiungimento dell'autonomia reddituale sussiste nella famiglia normocostituita e non subisce riduzioni per la separazione o per le altre vicende enunciate nell'art. 4 della legge n. 54 del 2006, e sarebbe stato assolutamente inutile ribadirlo, né si spiegherebbe il "può", perché al giudice non resta, proposta la domanda dal figlio, o di accoglierla o di rigettarla a seconda dell'esito dell'accertamento compiuto sulla disponibilità per il figlio stesso di redditi adeguati, al di fuori di ogni discrezionalità.

Ritiene il collegio che, invece, il legislatore ha inteso stabilire - con disposizione analoga a quella contenuta nell'art. 155 c.c. - quando le erogazioni da parte di un genitore in misura proporzionale ai suoi redditi non avvenga o quando appaia opportuno assicurare il versamento quantificato in una determinata somma di denaro da parte del medesimo, che lo stesso genitore sia onerato di versare l'assegno quantificato dal giudice.

La previsione, poi, come sistema ordinario, del versamento diretto "all'avente diritto" rafforza la conclusione a cui si è pervenuti:

Se la domanda, invero, può essere avanzata separatamente e con le forme ordinarie dal figlio e in tale ipotesi, certo il giudice non può, accogliendola, che disporre il pagamento in favore di lui, la disposizione dell'art. 155 quinquies c.c. trova ragione proprio nel consentire una condanna al pagamento in favore di un soggetto (il figlio) diverso di quello che ha avanzato la domanda (il genitore) e, come pure sembra, nell'ambito dei poteri ufficiosi spettanti al giudice in subiecta materia, anche d'ufficio quando neppure l'altro genitore abbia avanzato la domanda.

Nella scelta della preferenza del pagamento al genitore rispetto a quello al figlio maggiorenne, si farà di regola riferimento a diverse circostanze, quali la convivenza esclusiva con un genitore, il suo onere di provvedere entro termini prefissati a pagamenti per soddisfare bisogni del figlio, all'età del maggiorenne, alla maturità ed avvedutezza, sua e/o del genitore richiedente, nell'amministrazione delle proprie risorse.

Chiarita nel senso precisato la portata precettiva della norma, se deve ormai ritenersi che il figlio maggiorenne, come destinatario normale dell'assegno, possa intervenire, nei giudizi di separazione e divorzio, pur non essendone parte necessaria, sembra altrettanto certo che neppure ora il raggiungimento della maggiore età comporterà la cessazione dell'obbligo di pagamento dell'assegno all'altro genitore, ma solo, even-

tualmente, quando non sia stato diversamente disposto al momento della determinazione dell'assegno, avrà l'effetto che l'obbligato possa richiedere di pagare l'assegno direttamente al figlio divenuto maggiorenne. (Tribunale Trapani, 07 novembre 2006)

La permanenza della legittimazione del genitore separato, a richiedere all'altro genitore il pagamento dell'assegno per il mantenimento del figlio è condizionata dalla persistenza del requisito della coabitazione con il figlio divenuto ormai maggiorenne (cfr. Cass. I, 27/5/05, n. 11320; per analogo principio, per quanto concerne il rimborso pro-quota, cfr. Cass. I, 24/2/06, n. 4188);

ciò in quanto, appunto, il genitore a cui il figlio sia stato affidato durante la minore età, e con il quale continua, dopo che è divenuto maggiorenne, a coabitare, continua a sostenere le spese relative alla conduzione del nucleo familiare nel quale il figlio resta inserito, e quindi, nell'assenza di iniziativa del figlio (peraltro legittimato in proprio), nel genitore convivente permane la legittimazione attiva; viceversa, nel caso di cessazione della coabitazione, l'unico legittimato attivo resta il figlio ormai maggiorenne (in base all'art. 155 quinquies, 1° c., c.c., e "salva diversa determinazione del giudice");

l'art. 155 quinquies c.c., che pure ha introdotto la possibilità di emettere un provvedimento a favore di un terzo quando l'avente diritto non sia stato parte processuale del procedimento di separazione o di divorzio, non ha peraltro modificato il regime della legittimazione precedentemente applicato, nella giurisprudenza, sulla base dell'interpretazione dell'art. 155 c.c.; la nuova norma presuppone la legittimazione concorrente del genitore con quella del figlio maggiorenne non autosufficiente, che tuttavia si ritiene tuttora sussistente nei termini già elaborati dalla precedente giurisprudenza, pur nella nuova formulazione del menzionato art. 155 quinquies (Trib. Messina, I, 31/10/06; Trib. Catania, I, 24/4/06); dunque, per quanto concerne la richiesta di attribuzione o modificazione del contributo dopo il raggiungimento della maggiore età, l'elemento della coabitazione resta necessario presupposto della legittimazione attiva del genitore. (Tribunale Modena, 05 settembre 2007)

10. — Poteri del giudice, ascolto del minore, mediazione familiare

Prima che il giudice provveda all'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c. può assumere, come ad istanza di parte così d'ufficio, mezzi di prova.

Non solo. Il giudice **dispone l'audizione del figlio minore che abbia compiuto dodici anni di età e anche di età inferiore, ove capace di discernimento.**

Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c. per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli.

Con la novella del 2006 **si riconoscono le opportunità proprie dell'istituto della mediazione familiare.** È noto, in proposito il testo del secondo comma dell'art. 155-sexies c.c. secondo cui "Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'artico-

lo 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli”.

Con tale norma la mediazione è chiamata non più a ricostruire il legame tra i coniugi (come avviene invece ex legge 4.4.2001, n. 154) bensì a “negoziare un accordo su conflitti pratici” (HAYNES).

La norma è stata vista, nel suo complesso, in senso positivo quale ulteriore passo di avvicinamento della mediazione al sistema giudiziario (PUPOLIZIO).

Affidamento e mantenimento dei figli naturali, questioni processuali dopo la riforma del 2006. L'intervento della Suprema Corte

Una delle più interessanti questioni di diritto che si sono poste all'attenzione della dottrina, come della giurisprudenza, a seguito dell'entrata in vigore della Legge 8 febbraio 2006, n. 54 è rappresentata dall'esatta individuazione dell'**organo giudiziario competente a conoscere dei procedimenti di affidamento dei figli naturali e ad emanare i provvedimenti di carattere economico relativi al loro mantenimento.**

Nel sistema ante riforma il regime della competenza ad emanare i provvedimenti relativi ai figli naturali in caso di cessazione della convivenza more uxorio dei loro genitori era organizzato secondo **una regola di riparto che distingueva a seconda che la controversia riguardasse l'affidamento dei figli stessi o concernesse gli aspetti patrimoniali relativi al loro mantenimento.**

In assenza di una disposizione espressamente rivolta a disciplinare il procedimento di affidamento del figlio naturale, riconosciuto da entrambi i genitori, nel caso di rottura della convivenza tra costoro si era visto nell'art. 317 bis c.c. il referente normativo più immediato per giustificare l'intervento, sia pure eventuale e successivo, del giudice in materia (Cass. civ., s.u., 25 maggio 1993, n. 5847).

Tale norma oltre a prevedere che la potestà è esercitata congiuntamente da entrambi i genitori, qualora siano conviventi, e che, in caso di non convivenza, l'esercizio spetta al genitore con il quale il minore convive o, se il figlio non convive con alcuno di essi, al genitore che per primo lo ha riconosciuto conferisce anche al giudice ampi poteri di disciplinare in concreto l'esercizio della potestà nel modo che meglio corrisponde all'interesse del figlio. E tra questi poteri si è ritenuto compreso anche quello di disporre l'affidamento in occasione della crisi dell'unione di fatto e di prendere gli altri provvedimenti inerenti all'esercizio della potestà, all'educazione e all'istruzione, sul rilievo che la soluzione del conflitto tra i genitori e la definizione di linee sulle quali organizzare i loro rapporti dopo la cessazione della convivenza corrisponde ad un evidente interesse del figlio naturale, al pari di quanto accade in occasione della separazione e del divorzio.

In questa prospettiva, il richiamo, da parte dell'art. 38 disp. att. cod. civ., comma 1, dei provvedimenti contemplati dall'art. 311 bis cod. civ. tra quelli riservati alla competenza del tribunale per i minorenni, ha indotto la giurisprudenza a ritenere i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli naturali devoluti al tribunale specializzato.

La Cassazione ha anche statuito che competente a conoscere delle domande del

genitore naturale di affidamento del figlio minore e di regolamentazione del diritto di visita dell'altro genitore è il tribunale per i minorenni, mentre spetta al tribunale ordinario la competenza sulla domanda di contributo al mantenimento e di rimborso delle spese sostenute per il mantenimento del minore: competenza che, essendo di natura funzionale, è inderogabile, non trovando applicazione le norme sulla connessione (Cass. civ., sez. I, 8 marzo 2002, n. 3457; Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2002, n. 3898).

Secondo la Corte Costituzionale tale duplicità di regime non contrasta con il principio di eguaglianza e con la garanzia del diritto di azione (v. sentenze n. 23/1996, n. 451/1997, n. 166/1998).

La Legge n. 54 del 2006 che, come noto, contiene disposizioni sia sostanziali che processuali **non abroga espressamente nè dell'art. 38, I, disp. att. c.c. nè il richiamo, in esso contemplato, ai provvedimenti di cui all'art. 317 bis del medesimo codice.**

Da qui il compito di stabilire se l'attribuzione espressa, in forza del rinvio alla citata norma del codice contenuta nelle disposizioni di attuazione, alla competenza per materia del giudice specializzato in ordine ai procedimenti di affidamento dei figli naturali in caso di rottura della convivenza dei loro genitori, sia venuta meno per incompatibilità con la nuova disciplina dell'affidamento condiviso.

Sebbene poi le norme sulla competenza siano di stretta interpretazione, non può tuttavia escludersi che una modifica della relativa disciplina, ancorchè non espressamente formulata dal legislatore, possa ricavarsi dall'interprete con gli ordinari strumenti ermeneutici (Cass. civ., 28 aprile 2006, n. 10028).

Il quesito in esame è stato posto all'attenzione della Suprema Corte la quale in un suo recente intervento ha dapprima escluso che la novella del 2006 abbia avuto quale sua conseguenza l'abrogazione dell'art. 317 bis c.c..

È da escludere che la L. n. 54 del 2006, art. 4, comma 2, con il prevedere l'applicazione, ai procedimenti che riguardano i figli naturali, delle norme contenute in quella stessa legge, abbia abrogato la parte dell'art. 317 bis cod. civ. in cui si stabilisce che il giudice, nell'esclusivo interesse del figlio, può provvedere sull'affidamento in modo diverso rispetto ai criteri predeterminati dalla stessa norma, facendo venir meno - con il sostituire i provvedimenti di cui all'art. 317 bis cod. civ. con quelli adottabili ai sensi dell'art. 155 cod. civ. - il rinvio all'art. 317 bis contenuto nell'art. 38 disp. att., comma 1, così rendendosi applicabile anche a tali processi la competenza residuale del tribunale ordinario, stabilita dal medesimo art. 38, comma 2.

Come correttamente evidenziato dal Tribunale ordinario di Milano confliggente, la L. n. 54 del 2006, art. 4, comma 2, ha il significato di estendere - all'evidente fine di assicurare alla filiazione naturale forme di tutela identiche a quelle riconosciute alla filiazione legittima - i nuovi principi e criteri sulla potestà genitoriale e sull'affidamento anche ai figli di genitori non coniugati, senza incidere sui presupposti processuali dei relativi procedimenti, tra i quali la competenza.

L'art. 317 bis cod. civ. resta il referente normativo della potestà e dell'affidamento nella filiazione naturale, anche in caso di cessazione della convivenza dei genitori naturali, e non viene meno, agli effetti della competenza, il binomio costituito dall'art. 317 bis c.c., comma 2, e art. 38 disp. att. cod. civ., comma 1.

Piuttosto, la disposizione del codice sull'esercizio della potestà nella filiazione

naturale assume, per effetto della L. n. 54 del 2006, un nuovo volto, perchè - come è stato osservato in dottrina - si arricchisce dei contenuti oggetto di quella legge. Inserendosi nell'ambito dell'art. 317 bis cod. civ., la novella del 2006 detta una compiuta disciplina dei provvedimenti che il giudice specializzato ben poteva anche prima pronunciare nell'interesse del figlio, ma che in precedenza trovavano una regolamentazione minimale, esclusivamente affidata alla discrezionalità ed all'apprezzamento del giudice. Così, per un verso, la cessazione della convivenza tra i genitori naturali non conduce più alla cessazione dell'esercizio della potestà, perchè la potestà genitoriale è ora esercitata da entrambi i genitori, salva la possibilità per il giudice di attribuire a ciascun genitore il potere di assumere singolarmente decisioni sulle questioni di ordinaria amministrazione; per l'altro verso, le regole sull'affidamento condiviso guidano la discrezionalità del giudice specializzato nel valutare l'"esclusivo interesse del figlio" allorchè sia cessata la convivenza della coppia genitoriale, indicandogli di prendere in considerazione prioritariamente, affinchè il figlio naturale possa continuare a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, lo strumento che meglio assicura la condivisione delle responsabilità nella cura, nella crescita, nell'educazione e nell'istruzione del minore.

Questa interpretazione trova sostegno nella lettera della L. n. 54 del 2006, art. 4, comma 2: la quale, prevedendo l'applicazione delle nuove disposizioni anche "ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati", esprime chiaramente l'intenzione del legislatore di riferirsi ai procedimenti già esistenti aventi ad oggetto l'affidamento e l'esercizio della potestà sui figli naturali e, quindi, ai procedimenti di cui all'art. 317 bis cod. civ., rientranti nella competenza del tribunale per i minorenni. Tali procedimenti vengono richiamati per trapiantare in essi i nuovi principi e le nuove regole sull'affidamento condiviso, non già per modificarne i presupposti processuali.

Il novellato art. 155 cod. civ. non si è totalmente sovrapposto all'art. 311 bis cod. civ., là dove questo prevede l'intervento del giudice (anche) nella crisi della famiglia di fatto, perchè diversi sono i presupposti dell'intervento del giudice in ordine alla emanazione dei provvedimenti riguardo all'affidamento e al mantenimento dei figli, a seconda che si tratti di crisi dell'unione di fatto e di crisi della famiglia fondata sul matrimonio.

Nella separazione dei coniugi l'intervento del giudice è immancabile. La coppia non si scioglie, legittimamente, che a seguito di una pronuncia giudiziaria. Ugualmente, l'affidamento dei figli legittimi ed il loro mantenimento è deciso dal giudice. Anche in caso di separazione consensuale, il codice garantisce sempre un vaglio giurisdizionale volto a verificare che l'accordo dei coniugi relativamente all'affidamento e al mantenimento dei figli non sia in contrasto con l'interesse di questi.

Viceversa, nella crisi della coppia di genitori naturali "non sussiste questa inevitabile necessità di un intervento giudiziario":

non solo lo scioglimento della famiglia di fatto "avviene senza alcun intervento del giudice, essendo sufficiente, com'è logico, che i due si lascino", ma anche con riguardo all'affidamento e al mantenimento dei figli l'intervento del giudice è previsto come indispensabile soltanto nel caso in cui i genitori naturali, nella loro autonomia, non abbiano raggiunto tra loro un accordo (Cass., Sez. 1^a, 20 aprile 1991, n. 4273, cit.), salva in ogni caso la possibilità per i genitori non coniugati di rivolgersi congiun-

tamente al tribunale per i minorenni per la verifica della non contrarietà all'interesse dei figli di quanto tra loro concordato.

Tale diversità di presupposti non è incisa dalla novella.

Non può parlarsi, pertanto, di parziale abrogazione per incompatibilità dell'art. 317 bis cod. civ. (che avrebbe l'effetto di determinare, per trascinamento, la caduta del richiamo, agli effetti della competenza, contenuto nell'art. 38 disp. att. c.c., comma 1 e la riespansione della regola di chiusura dettata dal medesimo art. 38, comma 2), ma, al contrario, di riempimento del contenuto precettivo di tale disposizione. (Corte di Cassazione, sez. I, 03 aprile 2007, n. 8362)

Non condivisibile è, inoltre, sempre secondo l'argomentare della Suprema Corte la tesi, propria dal Tribunale per i minorenni di Milano, secondo cui la competenza del tribunale ordinario sarebbe imposta dall'applicazione, anche ai procedimenti relativi ai figli naturali, delle norme processuali contenute nella L. n. 54 del 2006, alcune delle quali (v. art. 708, IV, c.p.c.), presuppongono, per la loro applicabilità, che il processo si svolga, dinanzi al tribunale ordinario, nelle forme di cui agli artt. 706 e ss. del codice di rito, anzichè in quelle camerale, tipiche dei processi minorili.

Tale tesi, nel postulare una ricaduta sulla competenza per effetto delle norme sul rito, muove da un non condivisibile presupposto ermeneutico, il quale è alla base della ritenuta attrazione della competenza al tribunale ordinario: che cioè il legislatore, nel dettare le norme in materia di separazione dei genitori e di affidamento condiviso dei figli, abbia inteso disciplinare anche l'emanazione dei provvedimenti da pronunciarsi nei confronti dei figli naturali con il rito tipico del procedimento di separazione, estendendo ai procedimenti che li riguardano le norme concernenti la crisi della coppia coniugale e la sua gestione giudiziale.

Non v'è dubbio che alcune tra le norme processuali contenute nella L. n. 54 del 2006 siano applicabili anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati. Sono applicabili - e compatibili con la specialità del rito che governa il procedimento che si svolge dinanzi al tribunale per i minorenni - le norme: sui poteri istruttori del giudice, ivi compreso - per ciò che si dirà infra - quello di disporre, ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi; sui poteri di ascolto del minore; sui poteri del giudice del procedimento in corso, ai sensi dell'art. 709 ter cod. proc. civ., in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore o ostacolino il corretto svolgimento delle modalità di affidamento, di ammonire il genitore inadempiente, di infliggere una sanzione a suo carico, di disporre il risarcimento del danno in favore del genitore danneggiato dal comportamento dell'altro e di disporre analogo risarcimento in favore dello stesso minore.

Non sono applicabili le disposizioni del nuovo art. 708 c.p.c., comma 4, introdotte dalla L. n. 54 del 2006, art. 2, comma 1, sulla reclamabilità dell'ordinanza presidenziale, le quali presuppongono che un'ordinanza presidenziale vi sia stata e che quindi il processo si sia svolto nelle forme di cui agli artt. 706 e ss. cod. proc. civ. Come è stato osservato in dottrina, la L. n. 54 del 2006 è infatti priva di una valenza unificante sulla scansione dei procedimenti relativi alla coppia in crisi, e, nel richiamare, all'art. 4, comma 2, i procedimenti relativi ai figli dei genitori non coniugati, ha inteso far salve

anche le regole processuali che li governano, e i diversi presupposti applicativi dell'intervento del giudice, senza creare un modello processuale unico per i giudizi relativi all'affidamento.

Ciò si giustifica considerando - come già rilevato retro - i differenti ambiti dell'uno e dell'altro procedimento, quello di separazione tra coniugi e quello rivolto alla tutela del figlio nella cessazione della convivenza di fatto dei loro genitori: perchè mentre in presenza di persone unite in matrimonio l'intervento del giudice, con la separazione, è previsto dal legislatore per dare rilevanza alla crisi della coppia, non potendosi altrimenti allentare il legame giuridico che li unisce, e per disciplinare, in quella stessa sede, i rapporti tra i genitori e figli, la convivenza more uxorio può interrompersi immediatamente sulla base della semplice decisione unilaterale di ciascuno dei conviventi, sicchè tale rapporto può venir meno senza che il giudice intervenga in alcun modo, salvo, appunto, che per eventuali questioni relative ai figli naturali riconosciuti (Corte Cost., sentenza n. 451 del 1997, cit.).

Del resto, diversamente opinando, ove si ritenesse applicabile il rito speciale ex artt. 706 e ss. cod. proc. civ. ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, dovrebbe parimenti considerarsi applicabile il rito della separazione anche ai giudizi di nullità del matrimonio - pure richiamati dal citato art. 4, comma 2 -, i quali invece, secondo l'interpretazione corrente, sono soggetti al rito ordinario di cognizione civile. (Corte di Cassazione, sez. I, 03 aprile 2007, n. 8362)

La Corte passa poi a considerare come la dottrina più attenta da tempo segnalasse l'opportunità, de iure condendo, di una unificazione delle competenze in relazione alle vicende che riguardano l'affidamento e il mantenimento del figlio, a prescindere dalla condizione giuridica dei genitori tra loro.

Ciò non solo nell'interesse di una razionalizzazione del sistema e di una giustizia più accessibile, ma anche al fine di evitare che la diversità di competenza, e delle connesse scansioni procedurali, renda l'una forma di filiazione meno presidiata, sotto il profilo processuale, rispetto all'altra.

La L. n. 54 del 2006 - che pure significativamente estende i nuovi principi ai figli di genitori non coniugati, rendendo più precisa la normativa di settore anche al fine di rendere più sollecita la risposta giudiziaria in controversie così delicate (v. la relazione in Aula del deputato P.M. nella seduta del (...)) - non perviene all'unificazione delle competenze all'interno dei conflitti familiari: unificazione che, involgendo profili di politica legislativa, non si presta a formare oggetto di un dubbio di legittimità costituzionale (cfr. Corte Cost., sentenza n. 166 del 1998, punto n. 5 del Considerato in diritto).

Il Collegio si limita a registrare che il tema è affiorato nel dibattito parlamentare che ha accompagnato l'approvazione della legge sull'affidamento condiviso. Si è segnalato (nell'intervento in Aula della deputata L.C. nella seduta del (...)) che "esiste un'ingiusta discriminazione tra figli nati dal matrimonio, sottoposti alla giurisdizione del giudice ordinario che nella maggior parte dei casi non è un giudice specializzato, e figli nati fuori dal matrimonio, di cui si occupa il tribunale per i minorenni", sottolineandosi la necessità di porre fine, attraverso "apposite proposte emendative", "a questa discriminazione", attraverso la creazione di "un giudice unico per la famiglia e per i minori". Senonchè, l'emendamento a tal fine proposto (il n. 2.0350), volto a modifi-

care l'art. 38 disp. att. cod. civ. nel senso di attribuire la competenza al tribunale ordinario anche in ordine all'affidamento dei figli nati fuori del matrimonio, è stato ritirato dalla deputata presentatrice L.C., su invito formulato dal deputato relatore P.M. e su parere conforme del Governo, nella seduta del 7 luglio 2005 (Atti Camera - 14^a Legislatura - Discussioni - n. 652).

Una volta assodato che, per i procedimenti riguardanti l'affidamento del figlio naturale, è rimasta ferma la competenza del tribunale per i minorenni in forza dell'immutato rinvio all'art. 317 bis cod. civ. contenuto nell'art. 38 disp. att. cod. civ., si tratta di stabilire se la L. n. 54 del 2006 abbia o meno comportato un'innovazione rispetto alla precedente regola di riparto che, come si è visto retro, attribuiva la cognizione della controversie concernenti il contributo al mantenimento del figlio naturale al tribunale ordinario, anche in caso - come nella specie - di contestualità della domanda di natura patrimoniale con quella relativa all'affidamento.

Il Collegio ritiene che tale innovazione vi sia stata, e che, per effetto di essa, il tribunale per i minorenni, competente in ordine affidamento dei figli naturali, lo sia anche - contestualmente - a provvedere sul contributo al mantenimento di essi.

Ai sensi del novellato art. 155 c.c., comma 2, il giudice, quando provvede sull'affidamento dei figli minori, determina "altresì" la misura e il modo con cui ciascun genitore deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. In particolare, il comma 4 della medesima disposizione prevede che il giudice investito del procedimento stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità, da determinare considerando le attuali esigenze del figlio, il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori, i tempi di permanenza presso ciascun genitore, le risorse economiche di entrambi i genitori e la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.

La contestualità tra i provvedimenti sull'affidamento e quelli economici e l'intreccio delle relative statuizioni non costituiscono certo una novità allorchè si tratta di assumere i provvedimenti riguardanti i figli di genitori coniugati in crisi: il tribunale (ordinario) da sempre provvede ad emettere un'unica decisione recante tutti i provvedimenti (dall'affidamento, al mantenimento, alla casa familiare) relativi alla sorte dei figli minori.

Ha, una volta che gli artt. 155 e ss. cod. civ. concorrono a plasmare - per effetto della più volte ricordata L. n. 54 del 2006, art. 4, comma 2, - l'art. 317 bis cod. civ., quest'ultima disposizione si arricchisce di nuovi contenuti: non solo quindi - per quanto già evidenziato retro - dei nuovi principi sulla bigenitorialità, sull'esercizio della potestà genitoriale e sull'affidamento, ma anche della regola di inscindibilità della valutazione relativa all'affidamento da quella concernente i profili patrimoniali dell'affidamento. Il giudice specializzato, adito ai sensi dell'art. 317 bis cod. civ. e dell'art. 38 disp. att. cod. civ., è chiamato, nell'"interesse" del figlio, ad esprimere una cognizione globale, estesa alla misura e al modo con cui ciascuno dei genitori deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione, e quindi investente i profili patrimoniali dell'affidamento.

Da un punto di vista sistematico, tale soluzione non rappresenta una novità. Il giudice del reclamo della paternità o della maternità naturale, ai sensi dell'art. 277 c.c.,

comma 2, dà anche "i provvedimenti che stima utili per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione del figlio e per la tutela dell'interesse patrimoniale di lui". E proprio in forza di tale disposizione, questa Corte da sempre individua nel tribunale per i minorenni - il quale è competente, ai sensi del primo comma dell'art. 38 delle disposizioni di attuazione, a conoscere dell'azione per la dichiarazione di paternità o maternità naturale "nel caso di minori" - l'organo giurisdizionale investito del potere di emettere altresì i provvedimenti opportuni per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione dei minori stessi e per la tutela dei loro interessi patrimoniali, quali misure consequenziali ("effetti della sentenza", secondo la rubrica dell'art. 277 cod. civ.) alla pronuncia dichiarativa del rapporto di filiazione, perfino quando essi riguardino il tempo anteriore alla sentenza, come nell'ipotesi di rimborso pro quota delle spese di mantenimento in favore del genitore che le abbia sostenute per intero (ex multis, Sez. 1[^], 3 settembre 1994, n. 7629; Sez. 1[^], 30 giugno 2005, n. 14029).

E si tratta di soluzione interpretativamente da preferire, perchè maggiormente orientata alla realizzazione di principi espressi dalla Costituzione.

Da un lato il principio di eguaglianza - al quale si è ispirato il legislatore con la norma di estensione dell'art. 4, comma 2, contenuta tra le disposizioni finali - esige che i minori non ricevano dall'ordinamento un trattamento diseguale a seconda che siano nati da genitori coniugati oppure da genitori non coniugati. La giurisprudenza costituzionale invita l'interprete a considerare "il matrimonio non ... più elemento di discriminazione nei rapporti tra genitori e figli - legittimi e naturali riconosciuti - identico essendo il contenuto dei doveri, oltre che dei diritti, degli uni nei confronti degli altri": "la condizione giuridica dei genitori tra loro, in relazione al vincolo coniugale, non può determinare una condizione peggiore per i figli, poichè quell'insieme di regole, che costituiscono l'essenza del rapporto di filiazione e che si sostanziano negli obblighi di mantenimento, di istruzione e di educazione della prole, derivante dalla qualità di genitore, trova fondamento nell'art. 30 Cost. che richiama i genitori all'obbligo di responsabilità" (Corte cost., sentenza n. 166 del 1998, punto n. 3 del Considerato in diritto, in tema di assegnazione della casa familiare nell'ipotesi di cessazione del rapporto di convivenza *more uxorio*).

Ritiene il Collegio che vi sarebbe un trattamento peggiore per il figlio naturale ove le sue esigenze di tutela, in caso di crisi del rapporto di convivenza tra i suoi genitori naturali, ricevessero dall'ordinamento una risposta frazionata, con la perdita di quella valutazione globale (*tota regiudicanda perspecta*) che soltanto una cognizione estesa anche alle conseguenze patrimoniali dell'affidamento può assicurare.

Dall'altro lo sdoppiamento di competenze, con la necessità, per il genitore, di dovere separatamente adire un giudice diverso per la cognizione di una domanda, intrinsecamente connessa alle statuizioni che in concreto sono state date sulla potestà e sull'affidamento, comporterebbe un evidente sacrificio del principio di concentrazione delle tutele, che è aspetto centrale della ragionevole durata del processo. La costituzionalizzazione del principio di ragionevole durata del processo impone all'interprete una nuova sensibilità ed un diverso approccio ermeneutico, per cui ogni soluzione che si adotti nella risoluzione di questioni attinenti a norme sullo svolgimento del processo deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della sua coerenza logico concettuale, ma anche, e soprattutto, per il suo impatto operativo nella realizzazione di detto

obiettivo costituzionale. A tale riguardo non può non ricordarsi che, proprio muovendo da tale ricostruzione della valenza interpretativa, *hic et nunc*, dell'art. 111 Cost., recentemente le Sezioni Unite di questa Corte (sentenza 28 febbraio 2007, n. 4636) sono pervenute, innovativamente, a stabilire che "ove il lavoratore proponga, sulla base della esposizione dei medesimi fatti attinenti ad una stessa prestazione lavorativa, due domande in via alternativa, la cui decisione dipenda dalla qualificazione giuridica dei fatti emersi in causa, una principale, appartenente alla giurisdizione amministrativa (L. 23 ottobre 1960, n. 1369, ex art. 1, con ente pubblico ante 30 giugno 1998), ed una subordinata (ex art. 3 stessa legge) in cui l'ente pubblico viene evocato non come datore di lavoro ma come coobbligato al rispetto dei minimi retributivi, il principio di concentrazione delle tutele, insito nell'art. 111 Cost., impone di ritenere che il giudice amministrativo avente giurisdizione sulla domanda principale possa e debba conoscere di tutte le pretese originarie dalla situazione lavorativa dedotta". (Corte di Cassazione, sez. I, 03 aprile 2007, n. 8362)

Valga quindi il seguente principio di diritto: "La L. 8 febbraio 2006, n. 54 sull'esercizio della potestà in caso di crisi della coppia genitoriale e sull'affidamento condiviso, applicabile anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, ha corrispondentemente riplasmato l'art. 317 bis cod. civ., il quale, innovato nel suo contenuto precettivo, continua tuttavia a rappresentare lo statuto normativo della potestà del genitore naturale e dell'affidamento del figlio nella crisi dell'unione di fatto, sicchè la competenza ad adottare i provvedimenti nell'interesse del figlio naturale spetta al tribunale per i minorenni, in forza dell'art. 38 disp. att. cod. civ., comma 1, in parte qua non abrogato, neppure tacitamente, dalla novella. La contestualità delle misure relative all'esercizio della potestà e all'affidamento del figlio, da un lato, e di quelle economiche inerenti al loro mantenimento, dall'altro, prefigurata dai novellati artt. 155 e ss. cod. civ., ha peraltro determinato - in sintonia con l'esigenza di evitare che i minori ricevano dall'ordinamento un trattamento diseguale a seconda che siano nati da genitori coniugati oppure da genitori non coniugati, oltre che di escludere soluzioni interpretative che comportino un sacrificio del principio di concentrazione delle tutele, che è aspetto centrale della ragionevole durata del processo - una attrazione, in capo allo stesso giudice specializzato, della competenza a provvedere, altresì, sulla misura e sul modo con cui ciascuno dei genitori naturali deve contribuire al mantenimento del figlio" (Corte di Cassazione, sez. I, 03 aprile 2007, n. 8362; *id.* più di recente: Corte di Cassazione, sez. I, 25 settembre 2007, n. 19909).

Si veda anche in senso analogo: La L. 8 febbraio 2006, n. 54 sull'esercizio della potestà in caso di crisi della coppia genitoriale e sull'affidamento condiviso, applicabile anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, ha corrispondentemente riplasmato l'art. 317 bis c.c., il quale, innovato nel suo contenuto precettivo, continua tuttavia a rappresentare lo statuto normativo della potestà del genitore naturale e dell'affidamento del figlio nella crisi dell'unione di fatto, sicchè la competenza ad adottare i provvedimenti nell'interesse del figlio naturale spetta al tribunale per i minorenni in forza dell'art. 38 disp. att. c.c., comma 1, "in parte qua" non abrogato, neppure tacitamente, dalla novella. La contestualità delle misure relative all'esercizio della potestà e dell'affidamento del figlio, da un lato, e di quelle economiche inerenti al loro mantenimento, dall'altro, prefigurata dai novellati artt. 155 c.c. e segg., ha pertanto

determinato - in sintonia con l'esigenza di evitare che i minori ricevano dall'ordinamento un trattamento diseguale a seconda che siano nati da genitori coniugati oppure da genitori non coniugati, oltre che di escludere soluzioni interpretative che comportino un sacrificio del principio di concentrazione delle tutele, che è aspetto centrale della ragionevole durata del processo - una attrazione, in capo allo stesso giudice specializzato, della competenza a provvedere, altresì, sulla misura e sul modo con cui ciascuno dei genitori naturali deve contribuire al mantenimento del figlio. (Corte di Cassazione, sez. I, 20 settembre 2007, n. 19406)

Sul tema in esame si registra, da ultimo, l'intervento della Suprema Corte (v. sentenza 7 febbraio 2008, n. 2966) che dopo aver osservato come la legge n. 54 in esame sia applicabile anche all'ipotesi di procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati, ha precisato come, se da un lato la riforma abbia riplasmato l'art. 317 bis cod. civ., innovandolo nel suo contenuto precettivo, dall'altro lato tale disposizione codicistica continui a rappresentare lo statuto normativo della potestà del genitore naturale e dell'affidamento del figlio nella crisi dell'unione di fatto.

Ne consegue, argomenta ancora l'adito Supremo Collegio, come la competenza ad adottare i provvedimenti nell'interesse del figlio naturale spetti al Tribunale per i minorenni giusta l'art. 38, I, disp. att. cod. civ. in tale parte non abrogato, neppure tacitamente, dalla novella.

Si realizza in tal modo una uniformità di trattamento tra i minori **non distinguendo l'ordinamento giuridico a seconda che siano nati da genitori coniugati oppure da genitori non coniugati.**

11. — La responsabilità dei genitori. In particolare, l'ipotesi di responsabilità del genitore non affidatario per mancato esercizio del diritto - dovere di visita. La posizione della giurisprudenza *ante* novella del 2006

Il genitore non affidatario della prole che ometta di esercitare il c.d. diritto di visita, che costituisce lo strumento giuridico attraverso il quale garantire la sussistenza del rapporto tra i figli e genitore non affidatario, incorre in una ipotesi di responsabilità. Vediamone brevemente i contenuti avuto riguardo agli arresti della giurisprudenza.

In materia di affidamento dei figli minori il giudice della separazione e del divorzio deve attenersi al criterio fondamentale - posto, per la separazione, dal legislatore della riforma del diritto di famiglia, nell'art. 155 comma primo cod. civ. (che ha esplicitamente codificato un principio costantemente adottato in precedenza dalla giurisprudenza e dalla dottrina), e, per il divorzio, dall'art. 6 della legge n. 898/70 - rappresentato dall'esclusivo interesse morale e materiale della prole, privilegiando quel genitore che appaia il più idoneo a ridurre al massimo - nei limiti consentiti da una situazione comunque traumatizzante - i danni derivati dalla disgregazione del nucleo familiare e ad assicurare il migliore sviluppo possibile della personalità del minore. In tale prospettiva consegue, da un lato, che la stessa posizione del genitore affidatario si configuri piuttosto che come un "diritto", come un "munus", e che la stessa regolamentazione del c.d. "diritto di visita" del genitore non affidatario debba far conto del profilo per cui un tal "diritto" si configuri esso stesso come uno strumento in forma affievolita o

ridotta per l'esercizio del fondamentale "diritto - dovere" di entrambi i genitori, di mantenere, istruire ed educare i figli, il quale trova riconoscimento costituzionale nell'art. 30, comma primo della Costituzione, e viene posto, dall'art. 147 cod. civ., fra gli effetti del matrimonio. (Corte di Cassazione, sez. I, 19 aprile 2002, n. 5714)

In tema di separazione personale dei coniugi, il diritto del genitore non affidatario a mantenere vivo il rapporto affettivo con i figli, interessandosi anche della loro educazione e istruzione, essendo sempre finalizzato e subordinato al perseguimento dell'interesse dei minori, può essere legittimamente disciplinato dal giudice della separazione in modo da non recare pregiudizio alla salute psicofisica dei minori medesimi, anche prevedendo particolari cautele e restrizioni agli incontri, ovvero arrivando perfino a sospenderli del tutto se necessario. (Corte di Cassazione, sez. I, 17 gennaio 1996, n. 364)

Il coniuge separato ha, quindi, diritto di vedersi assicurata una sufficiente possibilità di rapporti con il figlio affidato all'altro coniuge, al fine di essere in grado di guadagnarsi l'affetto ed il rispetto del figlio stesso. Trattasi, però, di un **diritto** che, sia in dottrina (DE FILIPPIS) che in giurisprudenza (Cass. n. 6446/80) è ritenuto **non illimitato**, in quanto il giudice può disconoscerlo e, quindi, escluderlo, qualora ricorrano gravi e comprovate ragioni di incompatibilità del suo esercizio con la salute psico-fisica del minore.

Il diritto del coniuge separato di vedersi assicurata una sufficiente possibilità di rapporti con il figlio minore affidato all'altro coniuge... ed anche al fine di essere in grado di guadagnarsi l'affetto ed il rispetto del figlio stesso, ha carattere non assoluto, atteso che resta subordinato ai preminenti interessi morali e materiali del minore, sicché può essere limitato od anche disconosciuto dal giudice, ove ricorrano gravi e comprovate ragioni d'incompatibilità del suo esercizio con la salute psico-fisica del minore stesso. (Corte di Cassazione, sez. I, 13 dicembre 1980, n. 6446)

Il diritto di visita del genitore non affidatario, dunque, resta subordinato sempre al principio basilare in tema di affidamento che è l'interesse morale e materiale della prole.

La Suprema Corte, in passato, ha individuato nella esasperata conflittualità dei coniugi, emersa in sede di separazione, la causa di una possibile esclusione e/o limitazione del diritto di visita da parte del genitore non affidatario, poiché gli incontri ripetuti e frequenti del minore con quest'ultimo avrebbero potuto pregiudicare il suo sano sviluppo fisico e mentale.

In tema di provvedimenti riguardanti la prole di genitori separati, il diritto del coniuge non affidatario di vedersi assicurata una sufficiente possibilità di rapporti con il figlio (cosiddetto diritto di visita), in correlazione della sua potestà di controllarne l'educazione ed istruzione, se non può essere negato per considerazioni di tipo sanzionatorio attinenti alla responsabilità della separazione, né per mere valutazioni di opportunità relative al coniuge affidatario, è suscettibile di esclusione o limitazione alla stregua dei preminenti interessi del minore, alla cui tutela i suddetti provvedimenti devono essere essenzialmente rivolti, come nel caso nel quale i frequenti incontri del minore stesso con il genitore non affidatario, indipendentemente da un comportamento censurabile di quest'ultimo, possano implicare pregiudizio al suo sviluppo fisico e psichico (nella specie, in considerazione di una esasperata conflittualità esistente fra i coniugi) (Corte di Cassazione, sez. I, 9 maggio 1985, n. 2882).

La giurisprudenza ha inoltre avuto modo di affermare che il diritto di visita, anche se deve essere necessariamente subordinato al criterio guida del preminente interesse del minore, non può, tuttavia, essere escluso, se non in presenza di gravi e comprovati motivi: In tema di separazione personale dei coniugi, il diritto del genitore non affidatario dei figli a vedersi assicurata una sufficiente possibilità di rapporti con i minori affidati all'altro coniuge, per quanto non abbia carattere assoluto, essendo subordinato ai preminenti interessi dei minori, nondimeno non può essere del tutto escluso per un periodo più o meno lungo di tempo se non in presenza di gravi motivi, che non possano essere ricondotti unicamente alla pregressa condotta del genitore, occorrendo invece a tal fine aver riguardo anche e soprattutto all'impatto psicologico sui minori delle vicende dalle quali si fa derivare la sospensione del diritto di visita ed al conseguente pregiudizio psico-fisico per questi ultimi. (Corte di Cassazione, sez. I, 12 luglio 1994, n. 6548)

In tema di separazione personale dei coniugi, il diritto del genitore non affidatario a mantenere vivo il rapporto affettivo con i figli, interessandosi anche della loro educazione e istruzione, essendo sempre finalizzato e subordinato al perseguimento dell'interesse dei minori, può essere legittimamente disciplinato dal giudice della separazione in modo da non recare pregiudizio alla salute psicofisica dei minori medesimi, anche prevedendo particolari cautele e restrizioni agli incontri, ovvero arrivando perfino a sospenderli del tutto se necessario. (Corte di Cassazione, sez. I, 17 gennaio 1996, n. 364)

La visita del genitore affidatario, inoltre, non deve essere inteso soltanto alla stregua di un diritto, ma deve configurarsi anche come un dovere, il cui mancato esercizio può comportare la decadenza dalla potestà parentale, ai sensi dell'art. 330 c.c., e integrare gli estremi del reato di cui all'art. 570 c.p. (violazione degli obblighi di assistenza familiare).

L'esercizio della c.d. visita del non affidatario non è solo facoltà ma anche dovere, da inquadrare tra le posizioni dei componenti la famiglia e nella solidarietà che deve legarli nel gruppo, anche se i genitori siano separati o divorziati...il dovere dell'affidatario verso il figlio è un obbligo verso l'altro genitore, espressione della solidarietà negli oneri per i figli. (Corte di Cassazione, sez. I, 8 febbraio 2000, n. 1365)

Nell'ipotesi di separazione personale dei coniugi (o di divorzio), il genitore non affidatario della prole, oltre che il diritto, ha, al tempo stesso, il dovere/obbligo, categorico e primario, di visitare i figli e permanere con essi anche nei periodi, di regola coincidenti con le vacanze e con le festività, nei quali i figli stessi hanno il diritto di permanere con il genitore non affidatario per un, più o meno lungo, lasso continuativo di tempo. (Trib. Catania, 2.7.91).

Partendo, dunque, dalla considerazione che il c. d. diritto di visita è configurato anche come dovere per il genitore non affidatario, da svolgere nell'interesse della prole, il mancato adempimento dello stesso può comportare, *in primis*, una responsabilità nei confronti dei figli, e poi dare luogo anche ad una responsabilità nei confronti del coniuge affidatario, in quanto "espressione della solidarietà negli oneri per i figli" (Cass. civ., n. 1365/00).

È stato infatti riconosciuto un risarcimento del danno patrimoniale a favore del genitore affidatario di una figlia disabile, a titolo di rimborso per le spese

sostenute per l'assistenza della stessa nei giorni in cui il genitore non affidatario avrebbe dovuto tenerla presso di sé (Cass. n. 1365/00).

Per quanto attiene, invece, alla responsabilità del genitore non affidatario, assenteista, nei confronti del figlio, è necessario che questi abbia subito **un danno consistente per esempio nella lesione della sua serenità personale, o in un pregiudizio allo sviluppo della sua personalità ecc.** Insomma si dovrà verificare che tale comportamento abbia inciso in maniera negativa sul corretto sviluppo della personalità del figlio (FACCI).

Ovviamente non sarà possibile imputare al genitore non affidatario nessuna responsabilità qualora esista un rifiuto insuperabile da parte del figlio, ad intrattenere rapporti col genitore stesso. In tale ipotesi si potrà giungere anche ad una sospensione del diritto-dovere di visita a tempo indeterminato, proprio per salvaguardare l'interesse del minore ad una crescita serena ed equilibrata.

In tema di provvedimenti relativi alla prole, conseguenti alla dichiarazione di cessazione degli effetti civili del matrimonio, ed anche in base ai principi sanciti dalla Convenzione di New York del 20 novembre 1989, ratificata con legge n. 176 del 1991, la circostanza che un figlio minore, divenuto ormai adolescente e perfettamente consapevole dei propri sentimenti e delle loro motivazioni, provi nei confronti del genitore non affidatario sentimenti di avversione o, addirittura, di ripulsa - a tal punto radicati da doversi escludere che possano essere rapidamente e facilmente rimossi, nonostante il supporto di strutture sociali e psicopedagogiche - costituisce fatto idoneo a giustificare anche la totale sospensione degli incontri tra il minore stesso ed il coniuge non affidatario. Tale sospensione può essere disposta indipendentemente dalle eventuali responsabilità di ciascuno dei genitori rispetto all'atteggiamento del figlio ed indipendentemente anche dalla fondatezza delle motivazioni addotte da quest'ultimo per giustificare detti sentimenti, dei quali vanno solo valutate la profondità e l'intensità, al fine di prevedere se disporre il prosieguo degli incontri con il genitore avversato potrebbe portare ad un superamento senza gravi traumi psichici della sua animosità iniziale ovvero ad una dannosa radicalizzazione della stessa. (Corte di Cassazione, sez. I, 15.1.98, n. 317).

La sentenza su citata, si è visto, non esclude il ricorso al supporto di strutture sociali e psicopedagogiche, per superare la situazione di ostilità del minore, ma conclude affermando che, se essa non è facilmente rimuovibile, deve portare alla sospensione della facoltà di visita, a prescindere dal fatto che l'animosità sia stata determinata da comportamenti negativi del genitore.

Parte della dottrina (DE FILIPPIS, CASABURI), ritiene che la conclusione raggiunta dalla sentenza non possa essere elevata a principio generale, ma possa eventualmente essere valida soltanto per singoli casi. Resta, infatti nella convinzione che il rapporto tra figlio e genitore sia di fondamentale importanza per lo sviluppo psichico dell'adolescente e che assecondare la volontà del ragazzo di non frequentare il genitore può solo formalmente realizzare l'interesse dello stesso, ma lo nega invece da un punto di vista sostanziale. Ciò a maggior ragione se il coniuge non affidatario non abbia avuto comportamenti negativi e non sia una persona la cui personalità o stile di vita possano esercitare conseguenze negative sul minore.

Nello stesso periodo anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo affermava:

Anche se il genitore separato, divorziato, o, comunque, non convivente più con il partner e non affidatario della prole ha il diritto/dovere di visitarla, di permanere con essa e di mantenere costanti rapporti parentali, l'esercizio di tale diritto/dovere può essere, anche a tempo indeterminato, sospeso qualora la prole, a prescindere dai meriti o dai demeriti del genitore non affidatario, manifesti, nei confronti di quest'ultimo, anche in virtù dell'influenza esercitata da persone che la circondano, radicati, costanti sentimenti di rifiuto e di ripulsa, dovendosi riconoscere al diritto del minore alla serenità personale e familiare ed all'integrale suo benessere psicologico pozzività assoluta. (Corte eur. dir. uomo, 21 ottobre 1998).

Risultano ispirate al principio del rispetto della personalità del minore anche due pronunce del Tribunale catanese: Nel decidere in ordine alle modalità di esercizio del diritto di visita del genitore, non affidatario, il giudice della separazione deve tenere conto della volontà della prole adolescente (nella specie, di quindici e tredici anni), per cui, qualora essa abbia manifestato il rifiuto di incontrare il padre in giorni ed in orari prestabiliti, allegando di non voler subire l'ossessionante, continuo recriminare paterno contro la madre, il giudice non deve coartare la volontà della prole, ma deve disporre che gli incontri con il genitore non affidatario avvengano una volta al mese, ma nel giorno liberamente scelto dalla prole stessa. (Trib. Catania, 17 aprile 1996)

Qualora in un procedimento di separazione personale tra coniugi ravvisata l'opportunità di affidare al padre la figlia minore, ormai adolescente, sia necessario regolare il diritto di visita della madre, il giudice non può prescindere dalla particolare situazione psicologica della minore, il cui rapporto con la genitrice sia talmente difficile e conflittuale, fino all'aspezzazione, da indurre la minore a rifiutare gli incontri con la madre secondo modalità preordinate dal giudice e controllate dagli operatori sociali; allo scopo, pertanto, di evitare la radicalizzazione, forse irreversibile, di tale stato d'animo e di favorire, anzi, il recupero del rapporto parentale, nel rispetto della volontà della minore, va disposto che i suoi incontri con la madre avvengano, ma con le modalità prescelte solo dalla stessa minore. (Trib. Catania, 6 dicembre 1995).

12. — L'ipotesi di responsabilità del genitore affidatario che ostacola i rapporti con l'altro genitore. La posizione della giurisprudenza *ante* novella del 2006.

La responsabilità di un genitore nei confronti del figlio può sussistere anche nell'ipotesi in cui impedisca, ostacoli o comunque non agevoli i rapporti dello stesso con l'altro genitore, perpetrando il più delle volte la fattispecie di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice, prevista e punita dall'art. 388, comma 2, c.p. (Cass. pen., sez. V, 16.3.00, n. 4730).

Devesi innanzi tutto puntualizzare che, ai fini della sussistenza di reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice che concerna l'affidamento dei minori, il termine "elude" va inteso in senso ampio, essendo comprensivo di qualsiasi comportamento, positivo o negativo, che non esige scaltrezza o condotta subdola per evitare l'esecuzione del predetto provvedimento; se è vero che la semplice inattività, in genere, non integra l'elusione, non può disconoscersi che l'azione negativa dell'obbligato assume rilievo, ai fini della configurazione dell'illecito in esame ogni volta che il

relativo obbliga richieda, per essere adempiuto, una certa collaborazione da parte del soggetto cui è imposto, in difetto della quale, divenendo il provvedimento del Giudice difficilmente eseguibile, si ha elusione del provvedimento stesso. Nella specifica materia in esame, è di intuitiva evidenza il ruolo centrale che assume il genitore affidatario nel favorire gli incontri dei figli minori con l'altro genitore; e ciò a prescindere dall'osservanza burocratica del relativo obbligo imposto col provvedimento giurisdizionale. Ne consegue che il rifiuto di fatto opposto dal genitore affidatario alla richiesta - verbale o scritta - dell'altro genitore di esercitare il diritto di visita dai figli concreta l'elusione del provvedimento giurisdizionale che regola tale rapporto, proprio perché l'atteggiamento omissivo dell'obbligo finisce col riflettersi negativamente sulla psicologia dei minori, indotti così a contrastare essi stessi gli incontri col genitore non affidatario, proprio perché non sensibilizzati ed educati al rapporto con costui dall'altro genitore. (Cassazione penale, sez. VI, 18 novembre 1999, n. 2925)

Ai fini della sussistenza del delitto di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice che concerna l'affidamento di minori, il giudice di legittimità ripete in indirizzo costante che la condotta c.d. "elusiva" deve essere intesa con la maggiore larghezza, essendo essa comprensiva di qualsiasi comportamento, positivo o negativo, che non esige nè scaltrezza di sorta o subdole modalità per evitare l'esecuzione del predetto provvedimento, nè richiede che la pretesa di attuazione dell'ordine del giudice debba essere avanzata nei modi e nelle forme della minacciata esecuzione degli obblighi di fare, secondo la previsione del rito processuale civile, bastando anche il semplice rifiuto del soggetto obbligato alla istanza verbale o scritta del privato interessato. (Cassazione penale, sez. VI, 08 maggio 1996, n. 6042)

L'elusione del provvedimento del Giudice civile in materia di affidamento di minori non può prescindere dalla considerazione di fondo che oggetto del provvedimento medesimo è un obbligo di fare, che si riflette su un soggetto avente capacità giuridica (minore) e non già su una cosa mobile, che non è soggetto di diritti. Il destinatario del precetto di cui all'art. 388-2 c.p. non può non contemperare l'adempimento dell'obbligo di dare esecuzione al provvedimento del Giudice con l'interesse del minore a non subire passivamente e contro la sua volontà gli effetti del provvedimento medesimo, che direttamente lo coinvolge, e deve privilegiare il secondo, nella ipotesi in cui venga a determinarsi una situazione di conflitto col primo e non possa intervenire una opportuna modifica di questo.

La peculiarità dell'affidamento riguardante un minore incapace di agire, ma pur sempre dotato di capacità giuridica e titolare di un proprio diritto di libertà, infatti, comporta che, quando la persona - per l'età raggiunta (nella specie, 9 anni) e per quel "minimum" di consapevolezza intellettuale e volitiva acquisita - rifiuta le visite e gli incontri col genitore non affidatario e crea innegabili ostacoli all'attuazione del relativo provvedimento giudiziario, occorrerebbe ricorrere a mezzi di coazione fisica, con restrizione della libertà personale del minore e violazione dei diritti fondamentali della personalità "in nuce" del medesimo, trasformandolo in "oggetto" per finalità esecutive e restringendone l'inviolabile diritto di libertà in ragione della "condizione personale" dell'età che, alla stregua dell'art. 3 Cost., non può essere assunta a criterio di discriminazione. A tale coazione fisica non può darsi corso e il rifiuto categorico del minore, sufficientemente sviluppato psichicamente, integra un plausibile e giustificato motivo

che scrimina il rifiuto del destinatario del precetto ex art. 388-2 c.p. di dare esecuzione al provvedimento del Giudice civile concernente l'affidamento del minore medesimo. In sostanza, se il genitore affidatario di un figlio minore, pur obbligato - in tesi - a consentire il diritto di esercizio di visita da parte dell'altro genitore secondo le prescrizioni fissate dal Giudice, viene a trovarsi di fronte a una concreta situazione di difficoltà, determinata dalla mancata collaborazione o addirittura dalla resistenza del minore, per l'attuazione di quanto prescritto dal Giudice, lo stesso genitore affidatario, in quanto esercente - in via esclusiva - la potestà sul figlio (art. 155-3 c.c.) e in quanto obbligato a garantire la crescita equilibrata e serena dello stesso, ha, in ogni momento, il diritto - dovere di assicurare massima tutela all'interesse preminente del minore, ove tale interesse - in relazione alla fluidità che contraddistingue ogni situazione umana nella sua evoluzione - non sia stato preventivamente apprezzato e valutato dal Giudice, con la decisione di cui si esclude l'esecuzione. (Cassazione penale, sez. VI, 16 marzo 1999, n. 7077)

In un caso di qualche anno fa il Tribunale di Roma si è trovato ad esaminare il caso di una madre divorziata, cui era stata affidato il figlio, che sistematicamente e senza giustificate ragioni impediva all'altro genitore di intrattenere rapporti con il minore, contravvenendo, quindi alle specifiche disposizioni dettate dal giudice e in sede di separazione e in sede di divorzio.

Il genitore non affidatario, quindi, vista la situazione, si rivolgeva al Tribunale romano chiedendo la condanna della ex moglie al risarcimento del danno biologico e morale sia suo che del figlio minore, poiché il comportamento della donna aveva inciso "sulle loro proiezioni di vita, sul loro inserimento sociale, sulla tutela e conservazione della famiglia, sui loro rapporti affettivi, sui rapporti socio-culturali, sulle loro condizioni fisio-psichiche".

Il giudice investito ha ravvisato, pertanto, nel comportamento della moglie gli estremi del reato di "Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice", previsto all'art. 388 c.p., e ha riconosciuto al padre, ostacolato nel rapporto col figlio, il diritto al risarcimento del danno morale e del danno alla salute fisio-psichica (in realtà più che di danno biologico si tratta di danno esistenziale): ...laddove egli non possa, incolpevolmente assolvere i predetti suoi importanti doveri verso il proprio figlio, né soddisfare il suo diritto di conoscerlo, di frequentarlo e di educarlo, in ragione e in proporzione anche del proprio senso di responsabilità e del proprio prolungato, ma vano, impegno posto in essere per il soddisfacimento di detto diritto-dovere: circostanze tutte, queste, accertate nel caso di specie.

Sicché nella fattispecie è certamente ravvisabile e risarcibile - a mente degli artt. 2043, 2057 e 2059 c.c. in relazione all'art. 32 Cost. - il danno permanente biologico, oltre che morale, cagionato dalla P.R. alla persona del B.A., la cui esistenza ontologica, in termini di subito pregiudizio alle sue preesistenti condizioni fisio-psichiche, è provata *in re ipsa* e va comunque presunta ai sensi degli artt. 2727 e 2729 c.c., trattandosi di danno emergente che deriva dai prolungati turbamenti neuro-psichici, dal dolore, dalle ansie e dalla logorante angoscia in lui prodottisi per non aver potuto assolvere, non per la sua volontà, agli stringenti doveri verso il figlio, né soddisfare i suoi legittimi diritti di padre, con pregiudizievole riflessi anche sulla propria vita di relazione (nei rapporti parentali, speciali, ricreativi ecc.), menomazioni tutte fortemente incidenti

sulla salute fisio-psichica di un individuo anche in proiezione futura e, perciò, di concreta e permanente rilevanza biologica, per le quali, quindi, può essere fatta valere l'aspettativa riparatrice (Trib. Roma, 13.6.00).

Il risarcimento nei confronti del figlio, invece, riconosciuto in astratto, veniva negato in concreto, per difetto di *legitimatio ad processum* (Trib. Roma, 13.6.00).

Più recente, invece, è una pronuncia del Tribunale di Monza la quale ha evidenziato come **la compromissione sofferta dalla madre, nella sfera dei rapporti affettivi con il figlio minore (affidato al padre), attraverso l'interruzione di ogni apprezzabile relazione per un periodo di dieci anni - dovuto al comportamento del padre che non ha mai dato un reale contributo positivo all'evoluzione della relazione del figlio con la madre -, integri una lesione di un diritto personale costituzionalmente garantito, e rappresenti quindi un fatto costitutivo del diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali, sotto l'aspetto sia del danno morale soggettivo (patema d'animo), sia dell'ulteriore pregiudizio derivante dalla privazione delle positività derivanti dal rapporto parentale.**

Il genitore non affidatario che venga meno al fondamentale dovere, morale e giuridico, di non ostacolare, ma anzi di favorire la partecipazione dell'altro genitore alla crescita ed alla vita affettiva del figlio, è responsabile per il grave pregiudizio arrecato al diritto personale del genitore non affidatario alla piena realizzazione del rapporto parentale (nel caso di specie, l'organo giudicante ha condannato il genitore ostacolante a risarcire, a titolo di danno morale ed esistenziale, al genitore non affidatario la somma di € 50.000,00). (Trib. Monza, 5.11.04)

Ha diritto al risarcimento del danno il genitore non affidatario che non aveva potuto esercitare per lungo tempo il diritto di visita al figlio per effetto, oltre che di problemi personali dello stesso non affidatario, delle condotte ostruzionistiche del genitore affidatario. (Trib. Monza, 5.11.04).

In particolare, dunque, il Tribunale di Monza, con tale pronuncia - che costituisce una delle prime decisioni che riconoscono **la risarcibilità del danno non patrimoniale sofferto dal genitore non affidatario per gli ostacoli frapposti all'esercizio del diritto di visita da parte dell'altro genitore** - ha riconosciuto in capo alla madre il diritto ad essere risarcita in relazione ai turbamenti prolungati, al dolore, alle ansie prodottisi in lei per non avere potuto assolvere - non per sua volontà - agli stringenti doveri verso il figlio, né soddisfare i suoi legittimi diritti di madre a partecipare alla crescita ed alla vita affettiva del figlio (RAMACCIONI).

13. — Inadempienze e violazioni nell'affido condiviso. Analisi dell'art. 709 ter c.p.c.

Con la norma di cui all'art. 709 ter c.p.c. il legislatore ricomprende, senza particolari differenziazioni due procedimenti tra loro **profondamente diversi** (CASABURI): uno inerente alla "soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento", l'altro "in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento".

Nel primo caso il giudice "adotta i provvedimenti opportuni", nel secondo "può

modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente” applicare delle sanzioni.

Queste le sanzioni: 1) ammonire il genitore inadempiente; 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell’altro; 4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende.

Con riferimento alle sanzioni di cui ai punti 1 e 4, può essere reputata rispondente la finalità di deterrenza attribuita agli istituti.

Più problematica è la soluzione della questione con riferimento alle pronunce risarcitorie, alle quali non è estranea una finalità sanzionatoria.

Seconda una parte della dottrina (DE MARZO), la ricostruzione più coerente con la *voluntas legis* sembrerebbe essere quella che sottolinea la finalità punitiva delle misure risarcitorie, salvo poi comprendere quali siano i criteri di determinazione della somma dovuta.

Al fine di evitare sovrapposizioni delle domande risarcitorie che le parti possono autonomamente proporre, in relazione al pregiudizio all’esistenza e qualità del rapporto parentale, sembrerebbe necessario fare riferimento al solo criterio della gravità della condotta. In tal modo il risarcimento viene configurato come una pena privata che non si sovrappone alle ordinarie misure risarcitorie.

La tesi in verità andrebbe attentamente verificata **in quanto ci si potrebbe porre il problema dell’individuazione di un potenziale risarcimento del danno esistenziale, tipizzato nella norma *de quo* dal legislatore. Infatti, lo sconvolgimento delle abitudini o dei comportamenti che si sono stabiliti di seguire attraverso l’affido condiviso, certamente incidono su "quel non poter più fare, o essere costretti a fare diversamente", che altro non sono che il nocciolo duro del danno esistenziale.**

La tesi della pena privata porrebbe dubbi anche in relazione al dato letterale, in cui si menziona la facoltà del giudice di "risarcire" e non di "punire".

Il potere del giudice è quindi legittimato alle condizioni sostanziali e processuali proprie della responsabilità civile: ossia la domanda della parte interessata ex art. 112 c.p.c. e la sussistenza dei requisiti ex art. 2043 c.c., ossia il fatto doloso o colposo, il nesso di causalità ed il danno ingiusto.

Nel caso *de quo*,

a) il fatto doloso o colposo sarebbe costituito dalla violazione delle modalità dell’affidamento,

b) l’ingiustizia del danno

b1) per il minore, dal non essere mantenuto, istruito, educato, ossia trattato come figlio (secondo disposizioni peraltro non astratte, ma indicate nel provvedimento di affido);

b2) per l’altro genitore, dal non vedersi rispettati i ritmi e le modalità dell’affido concordate, e di vedersi quindi nuovamente alterati i propri ritmi di vita, colloquiali relazioni, sia in riferimento alle difficoltà di non poter vedere il proprio figlio, sia - dall’altro lato - di non poter organizzare il proprio tempo di vita, a seguito ad es. della scelta dell’altro genitore di non tenere presso di sé il proprio figlio.

Quello che è certo è:

a) che le ipotesi previste di risarcimento dei danni a carico del genitore inadempiente sono due: rispettivamente a favore del minore la prima, e dell'altro genitore la seconda, corrispondenti alla distinzione tra condotte che arrechino pregiudizio al minore e condotte che ostacolano il corretto svolgimento delle modalità di affidamento;

b) che l'applicazione della disposizione in esame presuppone l'esistenza di un provvedimento di affidamento della prole minore in caso di separazione, divorzio, annullamento del matrimonio o cessazione della convivenza *more uxorio* (LA VECCHIA).

Proseguendo inoltre nella tesi che tenderebbe a negare l'idea della pena privata deve aggiungersi che, se per le sanzioni pecuniarie il legislatore fissa un minimo e un massimo, non è agevole comprendere se il c.d. risarcimento del danno debba essere commisurato alla gravità della condotta del genitore inadempiente e in tale ipotesi, come sia possibile distinguere il risarcimento in favore del figlio da quello in favore dell'altro genitore, se non introducendo elementi di differenziazione legati alla posizione di questi ultimi, ossia all'incidenza di tale condotta sul loro patrimonio personale di sensibilità e di aspettative rispetto ad una normale relazione parentale (DE MARZO).

Ma con ciò si torna al *proprium* del risarcimento del danno non patrimoniale, nella species di danno esistenziale, come riparazione di un pregiudizio.

Ciononostante, sulla caratterizzazione del 2° comma dell'art. 709 ter come pena privata sembra propendere la prima giurisprudenza in tema.

L'applicazione di sanzioni ai sensi dell'articolo 709 ter c.p.c. trova il necessario presupposto di fatto nell'effettivo inadempimento agli obblighi oggetto della decisione giudiziaria ovvero in comportamenti lesivi degli interessi della prole, dovendo ritenersi che i poteri accordati al giudice dalla norma in esame siano, in linea di principio, subordinati alla suddetta inadempienza (definita "grave" dal secondo comma dell'art. 709 ter), o al compimento di atti pregiudizievoli, ovvero tali che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento. Si duole la resistente che il proprio ex marito si sarebbe reso colpevole di gravi inadempienze o di atti che comunque hanno arrecato un pregiudizio alle figlie minori e per l'effetto ne chiede la condanna al risarcimento dei danni nei confronti delle minori stesse (ovvero di una sola di esse) e di essa ricorrente in base a quanto disposto dal II comma dell'art. 709 ter c.p.c n. 2 e 3. Si tratta in concreto di verificare l'esistenza e la prova dei presupposti di applicazione delle sanzioni richieste ma, ancor prima è necessario ricostruire il significativo ruolo della norma introdotta solo di recente con la riforma di cui alla Legge 54 del 2006.

Ritiene il Collegio che la disposizione di cui all'art. 709 ter, II comma, c.p.c. dia vita ad una domanda dal contenuto latamente sanzionatorio di comportamenti gravemente inadempienti o pregiudizievoli nei confronti dei figli minori ovvero nei confronti dell'altro coniuge.

La norma è di difficile interpretazione in quanto pone alcuni importanti interrogativi. Innanzi tutto la natura giuridica di tale "responsabilità" del genitore che con il proprio comportamento scorretto arreca danni (da risarcire) ai minori ovvero all'altro coniuge. Si tratta di una responsabilità da violazione dell'affidamento che si pretende nelle relazioni parentali, anche in quelle in stato patologico, per cui trattasi di una conseguenza sanzionatoria da lesione di una aspettativa legittima, inerente alla relazione parentale.

Tale peculiare responsabilità, da poter definire anche da violazione dell'affidamento e degli obblighi di protezione scaturenti da relazioni parentali (il che si verifica particolarmente nel rapporto tra i figli minori ed il genitore ma non è aliena anche dalla relazione che intercorre tra coniugi separati) si caratterizza anche per gli evidenti profili pubblicistici, in quanto il Giudice può anche d'ufficio condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria in favore della Cassa delle Ammende. Sotto tale aspetto non può certamente nascondersi che la stessa responsabilità è stata introdotta, piuttosto che per ragioni strettamente riparatorie, specialmente per ragioni general - preventive, in quanto la minaccia della stessa potrebbe fungere da deterrente al commettere atti pregiudizievoli per i minori, ovvero inosservanti dei provvedimenti assunti in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o in ordine alle modalità dell'affidamento, travalicando il limite di un rapporto strettamente privatistico ed interpersonale all'interno del nucleo familiare, ed approdando così su di una sponda di rilevanza pubblicistica e di estrema tutela delle aspettative scaturenti da relazioni parentali.

In tale direzione si stempera anche la problematica dei criteri di accertamento e di quantificazione del danno da risarcire, potendosi individuare così percorsi di quantificazione semplificati in quanto rimessi alla determinazione del Giudice, in un'ottica più che equitativa forse meglio definibile dimostrativa o deterrente. (Trib. Vallo della Lucania, 7.3.07).

Ritiene il Collegio che tale conclusione ben si concilia sul carattere officioso di tale condanna sia a favore dei figli che dell'altro coniuge ovvero della Cassa delle Ammende e trova conferma nella indubbia necessità della presenza come parte del giudizio instaurato ex art. 709 ter c.p.c. del Pubblico Ministero, ovviamente nel caso esclusivo del coinvolgimento nella vicenda processuale di figli minori.

Va dunque sostenuta la tesi dell'introduzione nel nostro ordinamento di una figura di danni c.d. punitivi di derivazione dall'esperienza dell'ordinamento giuridico statunitense, i quali svolgono la chiara funzione pubblicistica della deterrenza e della punizione. Sanzione quindi irrogabile per il comportamento lesivo posto in essere all'interno del nucleo familiare sempre che ne ricorrano i presupposti: un comportamento dannoso imputabile al coniuge, nel presupposto di un precedente provvedimento riguardante il coniuge o la prole, ed emesso per effetto della separazione (o del divorzio).

La tesi si basa sulle seguenti argomentazioni: la natura volontaria della giurisdizione esercitata nell'ipotesi di domanda di cui all'art. 709 ter, II comma, c.p.c., mal si concilierebbe con la giurisdizione contenziosa imposta dalla natura della condanna al risarcimento dei danni causati all'altro genitore ed al minore; l'azione strettamente risarcitoria comporterebbe inoltre il rispetto del principio della domanda, con la conseguenza di ritenere che il minore dovrebbe necessariamente proporla prendendo parte al processo. Sostenere, viceversa, la funzione eminentemente sanzionatoria delle condanne previste dall'art. 709 ter, II comma, c.p.c. implica la possibilità per il Giudice di applicare le stesse d'ufficio, quindi anche a prescindere dalla domanda del coniuge danneggiato o del figlio minore; altro argomento a favore della tesi qui sostenuta, riguarda l'esigenza pratica di non appesantire il giudizio, introdotto con il ricorso ex art. 709 ter, II comma, c.p.c. con una istruttoria articolata e complessa, propria di un

accertamento pieno della responsabilità, di natura comunque contrattuale ovvero da lesione di relazioni familiari qualificate, e di un giudizio contenzioso, implicando viceversa, una più agevole indagine, nell'ottica di un riequilibrio equitativo dei rapporti familiari pregiudicati da comportamenti scorretti o lesivi delle aspettative sorte all'interno del nucleo familiare, la funzione più latamente sanzionatoria - deterrente - dimostrativa, della previsione di un risarcimento danni da parte dell'organo giudicante; del resto non vi è dubbio alcuno che la disposizione introdotta nel 2006 non ha una portata estensiva tale da poter ricomprendere ogni comportamento illecito posto dai soggetti implicati nella relazione familiare, così come è ben possibile immaginare una azione risarcitoria ordinaria proponibile dal figlio maggiorenne nei confronti del genitore.

In altre parole solo comportamenti riconducibili alla tutela di un interesse superindividuale (sia relativo al coniuge sia relativo al figlio minore) sono ricompresi in tale fattispecie ed in quanto tali agli stessi si ritiene poter dare una risposta in termini di sanzione civile ovvero di dimostrativa, rinviandosi ad una azione ordinaria la cognizione di altri comportamenti offensivi. (Trib. Vallo della Lucania, 7.3.07).

Ha esaltato la funzione punitiva della norma codicista in esame l'arresto della giurisprudenza di merito secondo cui deve essere condannato quel coniuge che trasferendo arbitrariamente la propria residenza costringa l'altro coniuge a percorrere diverse centinaia di chilometri per vedere i propri figli. La condanna è consistita nel risarcimento danni nei confronti di quest'ultimo (per una somma pari all'ammontare delle spese di viaggio ed alloggio), oltre al pagamento di cinquecento euro a titolo di sanzione pecuniaria amministrativa. Si è affermato espressamente:

rilevato che l'azione ex art. 709 ter c.p.c. può essere esperita nell'ipotesi di controversie in merito all'esercizio della potestà genitoriale e delle modalità dell'affidamento, riguardando comunque gli atti che arrechino pregiudizio al minore;

ritenuto che il ricorrente abbia allegato fatti attribuiti alla condotta dell'odierna resistente e asseritamente costituenti gravi inadempienze e ostacolo al corretto svolgimento delle modalità di affidamento, cosicché la predetta azione risulta correttamente instaurata;

rilevato che, ex art. 155 cc, le decisioni di maggiore interesse per i figli, anche in materia di istruzione, devono essere assunte dai genitori di comune accordo;

ritenuto, peraltro, che l'affidamento dei figli nella forma condivisa implichi la necessità che ogni decisione, anche non direttamente attinente all'ambito della norma sopra citata ma comportante un rilevante mutamento nella vita dei figli stessi, sia assunta quanto meno all'esito di un leale confronto tra i divergenti intendimenti dei genitori;

ritenuto che il trasferimento della residenza delle figlie da Pisa a Foggia, effettuato dall'odierna resistente con decisione oggettivamente qualificabile come arbitraria in quanto rispondente esclusivamente alle proprie esigenze, costituisca un mutamento avente le caratteristiche sopra indicate, nonché, incidendo sull'istruzione della minore in età scolare, anche una questione che doveva essere assunta in accordo con il ricorrente;

ritenuto che la predetta condotta costituisca quanto meno ostacolo al corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, con conseguente applicabilità dei rimedi ex art. 709 ter, comma 2, c.p.c.;

(...)

ritenuto, al fine di facilitare alle odierne parti l'acquisizione della consapevolezza in merito all'inaccettabilità che le decisioni relative ad aspetti rilevanti della vita delle minori siano assunte con modalità arbitrarie, che debba essere esercitato il potere di comminare la sanzione di cui all'art. 709 ter, comma 2, n. 4, c.p.c., in quest'occasione a carico dell'odierna resistente, da determinare in euro 500, stante l'oggettiva gravità dell'ostacolo frapposto al corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento;

ritenuto che, essendo pacifica la circostanza relativa all'avvenuto abbandono, da parte dell'odierna resistente, della casa familiare, si renda applicabile l'art. 155 quater c.c., con conseguente ordine di immediato rilascio e autorizzazione al ricorrente di provvedere alla trascrizione del provvedimento;

ritenuta l'inopportunità di adottare i provvedimenti di cui al secondo comma della norma sopra citata, in considerazione dell'avanzato stato dell'istruttoria sul merito della causa, il cui esito potrà consentire una valutazione maggiormente adeguata;

P.Q.M.

a) dispone che il ricorrente, con il rispetto dei desideri e degli interessi delle minori, possa tenere le figlie presso di sé in Foggia per almeno quattro ore ripetute in un massimo di due giorni alla settimana oppure, in mancanza, per il periodo dalle 10 alle 19 del sabato o della domenica di ogni settimana, con preavviso anche minimo all'odierna resistente;

b) dispone che l'odierna resistente si accoli l'onere delle spese di viaggio del ricorrente, determinate con riferimento alla tariffa aerea di classe economica o più favorevole, con partenza da Pisa o Firenze e arrivo alla destinazione possibile più vicina a Foggia, e delle spese di alloggio dello stesso albergo avente classificazione di seconda categoria, salvo congrua offerta alternativa;

c) condanna l'odierna resistente al pagamento, in favore della Cassa delle Ammende, della sanzione amministrativa di euro 500;

d) revoca l'assegnazione della casa familiare all'odierna resistente, ordinando a quest'ultima l'immediato rilascio in favore del ricorrente;

e) autorizza il ricorrente a provvedere alla trascrizione del provvedimento sub d). (Tribunale di Pisa, ord. 20 dicembre 2006)

Si registra ancora l'intervento del Tribunale di Messina (5 aprile 2007) che si appalesa di particolare interesse per l'interprete in quanto permette di fare il punto, tra l'altro, sulla esecuzione dei provvedimenti adottati dal giudice.

Sottolinea il Tribunale come in dottrina da più parti si sia dubitato che per questi provvedimenti possa parlarsi di esecuzione in senso proprio, preferendosi piuttosto utilizzare il termine attuazione (che peraltro è utilizzato dallo stesso legislatore nell'art. 6 della l. n. 898/1970 come modificato dalla l. n. 74/1987).

I provvedimenti in esame, poiché riguardano i minori, né possono dirsi provvedimenti di condanna in senso proprio (giacché non vi è una contrapposizione di interessi tra due parti ma tendono a realizzare un regolamento di vita nell'interesse prevalente di un terzo rispetto al soggetto obbligato), né implicano una specifica obbligazione da adempiere in modo predeterminato bensì dei comportamenti che, per quanto imposti dal giudice, necessitano comunque di una partecipazione personale ed emotiva delle parti stesse.

E quindi, secondo il Tribunale " ...più che di obbligazione in senso tecnico è forse

più adeguato parlare di un generale dovere di entrambi i genitori di attenersi a comportamenti soddisfattivi dell'interesse del minore e tra questi quelli che sono strumentali a garantire il mantenersi e consolidarsi di un adeguato rapporto con entrambi anche nella crisi coniugale: a questo fine i provvedimenti in materia di affidamento dettano modalità di concreta realizzazione di questo dovere, specificando i comportamenti cui attenersi”.

Venendo all'aspetto materiale della consegna del minore esso non è certo un comportamento soddisfacente di tutte le esigenze del minore. Ed invero, il genitore che consegna non effettua una mera *traditio* ma è tenuto ad una idonea preparazione psicologica ed emotiva del minore stesso, e, dal canto suo, il genitore ricevente deve provvedere per tutto il tempo in cui avrà con sé il minore alle esigenze di quest'ultimo connesse alla sua crescita, educazione ed istruzione.

Il minore non è quindi oggetto del provvedimento e degli obblighi imposti con esso ma è al tempo stesso il mezzo ed il fine. E cioè a dire: “è il mezzo nel senso che la esecuzione non può svolgersi senza di lui e deve tenere conto della sua eventuale resistenza, dovendosene in tal caso approfondire i motivi, è il fine nel senso che la esecuzione avviene principalmente nel suo interesse e quindi non può prescindere dalle sue effettive esigenze, ed il giudice deve - ogni qualvolta incontra resistenze o difficoltà nella esecuzione - porsi il problema se il provvedimento, anche se passato in giudicato, è tuttora, di fronte alla prova dei fatti, un provvedimento idoneo ad essere eseguito ed a realizzare gli interessi del minore. Il momento esecutivo costituisce quindi in un certo senso la pietra di paragone della bontà del provvedimento e cioè dell'idoneità di quel regolamento in precedenza predisposto a realizzare l'interesse del minore, ma anche il banco di prova della idoneità genitoriale”.

Per concludere il nostro argomentare giova un breve cenno al dictum della Corte d'Appello di Firenze (v. sezione feriale - decreto 29 agosto 2007) la quale focalizza l'importante aspetto della condanna del coniuge inadempiente rispetto ai provvedimenti del giudice.

Si è cioè precisato, da parte dell'adita Corte (con un provvedimento che, peraltro, ha avuto forte impatto mediatico), come il minore che si sia visto privato della frequentazione paterna, abbia diritto ad un risarcimento (nella specie liquidato in € 650,00) da depositarsi in un conto corrente con vincolo pupillare, senza necessità di specifica istruttoria sull'*an* e sul *quantum* trattandosi di danno da individuarsi *in re ipsa* e soggetto (in quanto danno non patrimoniale) a valutazione equitativa.

La Corte riconosce anche in capo al padre la sussistenza di un danno non patrimoniale risarcibile (nella specie liquidato equitativamente in € 350,00) per essersi quest'ultimo visto interdetta la possibilità di frequentare il figlio, di cui pure un provvedimento giurisdizionale aveva garantito la frequentazione.

14. — Le questioni processuali sottese all'art. 708 c.p.c.

Con la riforma in esame viene aggiunto un ultimo nuovo comma all'art. 708 c.p.c. prevedendosi espressamente: “Contro i provvedimenti di cui al terzo comma si può proporre reclamo con ricorso alla Corte d'appello che si pronuncia in camera di

consiglio. Il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione del provvedimento”.

In altre parole è possibile proporre reclamo innanzi alla Corte d'Appello avverso i provvedimenti presidenziali provvisori; allo stesso modo detti provvedimenti possono essere revocati o modificati dal giudice istruttore a norma dell'ultimo comma dell'art. 709 c.p.c. (ciò anche quando si tratti di provvedimenti adottati previo accordo tra i coniugi).

Da qui il problema di coordinare le due norme: **d'altronde come conciliare una reclamabilità (ex art. 708. u.c., c.p.c.) sottoposta a termine perentorio con una possibilità di richiesta non sottoposta a termini, né a forme, di revoca o modifica?** La dottrina vede la miglior soluzione interpretativa, tra le diverse opzioni che si sono proposte, in quella che limita i poteri di revoca, ovvero di modifica del Giudice istruttore alla sola opportunità di adeguare i provvedimenti presidenziali al mutare delle circostanze di fatto, ovvero ai nuovi risultati della fase istruttoria (CALABRÒ).

Se è vero che i provvedimenti di che trattasi hanno natura cautelare (v. Cass. civ., 12.6.2006, n. 13593) allora deve ritenersi condivisibile la scelta del legislatore del 2006 del rimedio del reclamo e “proprio per questo, però, dovrebbe escludersi la riproposizione tout court delle questioni esaminate dal Presidente, non apparendo concepibile una mera rivisitazione (pur da un diverso e superiore punto di vista) della materia trattata” (CALABRÒ).

La cognizione del Giudice di Appello deve essere limitata alle ipotesi di erronea interpretazione ed applicazione di norme di diritto, ovvero incongruenza manifesta degli adottati provvedimenti rispetto alle situazioni di fatto.

L'ordinanza presidenziale emessa ai sensi dell'art. 708 cod. proc. civ. è un provvedimento avente natura ed efficacia meramente incidentale nel processo di separazione personale, ed è fondato su ragioni di provvisorietà ed urgenza; è volto a dettare una regolamentazione dei rapporti tra i coniugi e nei confronti dei figli nella pendenza del giudizio, nel corso del quale è previsto lo svolgimento dell'attività istruttoria e nella cui decisione finale sono destinati ad essere assorbiti.

Questo carattere di delibazione necessariamente sommaria non muta in sede di reclamo.

Dunque in questa fase rilevano unicamente profili di erroneità dell'ordinanza presidenziale immediatamente rilevabili. (App. Bologna, decreto 17.5.2006).

Contro la decisione della Corte d'Appello sarà esperibile il rimedio di cui all'art. 111 C. (Cass. civ., 28 agosto 2006, n. 18627).

Quanto ad una possibile interpretazione estensiva o analogica dell'ultimo comma dell'art. 708 c.p.c. si veda: deve essere escluso che la disposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 708 cpc, come introdotta con legge n.54/2006, sia suscettibile di interpretazione analogica od estensiva ed applicabile anche ai provvedimenti adottati dal G.I. nella fase successiva a quella presidenziale. Tanto si trae, sia dal contenuto letterale della specifica previsione normativa (che richiama esclusivamente i “provvedimenti di cui al terzo comma”), sia la differenza intrinseca tra i detti provvedimenti, gli uni, quelli assunti dal presidente, provvisori e urgenti, e, gli altri, quelli emessi dal giudice designato per la trattazione della controversia, sempre revocabili e/o modificabili dalla stessa autorità giudiziaria precedente, a seguito di deduzioni o di doglianze delle parti,

di approfondimenti istruttori o del mutamento delle circostanze di fatto.

Ciò premesso deve, però, ritenersi che i provvedimenti emessi ai sensi dell'art. 709 ult. co. c.p.c. (come quelli emessi ai sensi dell'art. 709 ter c.p.c.) - di natura cautelare per essere adottati su istruzione sommaria, sempre revocabili e modificabili, provvisori poichè destinati ad essere assorbiti o cadutati dalla sentenza di merito - siano sempre impugnabili ex art. 669 terdecies c.p.c.; anche perchè, diversamente opinando, potrebbero profilarsi elementi di incostituzionalità in un sistema che prevede controlli pieni e penetranti di provvedimenti emessi in esito a fasi più brevi del processo (ordinanza presidenziale reclamabile, nella fase sommaria; sentenza finale, appellabile) e non anche nella fase di pertinenza del G.I., che è quella in concreto più lunga e più complessa. (App. Catania, 14 novembre 2007)

Se è vero che la riforma in esame ha risolto la questione del reclamo avverso l'ordinanza presidenziale è vero anche che essa ha **ignorato completamente gli omologhi provvedimenti del giudice istruttore.**

Sul tema si registra l'importante intervento della Corte di Appello del capoluogo pugliese la quale muove il suo argomentare da un interessante **excursus storico**: Prima delle riforme operate dalla l. 80/2005 (che ha sensibilmente innovato la disciplina dettata in tema di tutela cautelare) e dalla già citata l. 54/2006, benché la S.C., recependo la tesi chiovendiana affermatasi già prima della promulgazione del codice di rito del '40, avesse più volte affermato la natura cautelare dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole, la prevalente giurisprudenza di merito (non senza alcune significative eccezioni), chiamata a dare attuazione alla disciplina garantistica del procedimento cautelare uniforme ex artt. 669 bis ss. c.p.c., sul presupposto che i suddetti provvedimenti non fossero inquadrabili tra le misure cautelare, giunse a negare l'esperibilità del reclamo ex art. 669 terdecies, sostenendo che l'unico controllo previsto dal sistema fosse quello garantito dallo ius poenitendi (revoca e/o modifica).

Poiché la funzione cautelare di queste misure non era assolutamente contestabile, per raggiungere tale risultato ermeneutico si privilegiò il profilo strutturale (in base al noto assunto secondo cui la struttura di un istituto è esplicativa della sua funzione), fondando la negazione della natura cautelare dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole sulla base dei seguenti postulati: a) trattasi di misure volontarie perchè adottabili d'ufficio (e, quindi, sganciate dall'osservanza del principio della domanda); b) trattasi di provvedimenti riconducibili alla categoria di quelli meramente interinali anticipatori; c) trattasi di provvedimenti che sopravvivono all'estinzione del giudizio di merito (art. 189 d.a. c.p.c.) e, come tali, privi del requisito della strumentalità che caratterizza precipuamente la tutela cautelare.

Come ebbe a notare parte della dottrina, nessuno di quegli argomenti (che si ripetevano come una monotona litania in tutti i provvedimenti che negavano la natura cautelare delle misure in questione) si rivelava decisivo.

Non certo l'officiosità delle misure, in quanto, a prescindere dal fatto che non potevano ritenersi sottratti al principio della domanda i provvedimenti adottati nei confronti del coniuge bisognoso (per i quali, quindi, l'affermata natura volontaria non aveva ragion d'essere, posto che essi incidavano su un diritto soggettivo), sicuramente non andava dimenticato che il sistema, nella legge fallimentare, prevedeva l'esistenza di un sequestro conservativo pronunciabile d'ufficio dal giudice delegato e avverso il

quale, senza esitazioni, la Corte costituzionale (sent. 148/1996) affermò l'esperibilità del reclamo al collegio, da tutti individuato nel rimedio ex art. 669 terdecies c.p.c.

Quanto poi alla locuzione "provvedimenti interinali-anticipatori", un evidente deficit di riflessione teorica aveva impedito di accorgersi che quella formula linguistica non spiegava alcunché, posto che tale definizione si attaglia perfettamente anche ai provvedimenti cautelari anticipatori, quelli, cioè, per dirla con Calamandrei, chiamati a neutralizzare il *periculum da tardività* (laddove le misure conservative sono destinate a scongiurare il *periculum da infruttuosità*): in altre parole, i provvedimenti cautelari anticipatori sono interinali perché provvisori, anticipatori, in quanto tendono a garantire (in parte o in tutto) una tutela analoga a quella definitiva.

Probabilmente, all'insorgere di questo equivoco concorse anche una carenza di memoria storica, dal momento che si era dimenticato che lo schema concettuale "tutela interinale-anticipatoria" era sorto in un determinato momento storico per reagire all'abuso del ricorso alla tutela urgente innominata ex art. 700 c.p.c. (che, se da un lato contribuiva all'attuazione del principio costituzionale dell'effettività della tutela giurisdizionale, dall'altro, a causa della sua rudimentale disciplina, non si rivelava in sintonia con il rispetto di garanzie fondamentali, quali il diritto di difesa, di cui il potere di impugnare costituisce una naturale esplicazione).

Sicché, in un tale contesto ermeneutico, la nozione di tutela interinale-anticipatoria consentì a parte della dottrina processualciviltistica di ricondurre al suo interno anche i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. (oltre che quelli ex art. 708 c.p.c.) e di affermarne, *pour cause*, la caducazione in caso di sentenza di primo grado di rigetto della domanda (la valenza politica di tale operazione interpretativa è di tutta evidenza se solo si consideri che nello stesso torno di tempo altra parte della dottrina, affrontando il problema della durata e stabilità dei provvedimenti d'urgenza, era giunta a ritenere applicabile la disciplina dei sequestri, consentendo l'ultrattività dei primi anche alla sentenza di primo grado o di appello di rigetto della domanda, purché non ancora passata in giudicato).

Apparentemente più serio si rivelava l'argomento esegetico ex art. 189 d.a. c.p.c., dal momento che l'ultrattività dei provvedimenti sembrava porsi in irrimediabile contrasto con la loro natura cautelare, in quanto si era soliti ritenere che essa smentisse il dato della strumentalità (che, come è noto, viene vista come momento indefettibile della tutela cautelare).

Senonché, anche in questo caso sarebbe bastata una più accurata indagine positiva per porre in discussione tale postulato.

Innanzitutto, perché, se si fossero confrontate le uniche ipotesi di ultrattività di provvedimenti sommari previste dal codice di rito del '40 (art. 189 d.a. e art. 653, 3° comma, c.p.c.), ci si sarebbe accorti che, mentre nel secondo caso l'ultrattività preludeva alla stabilità del giudicato (almeno secondo l'opinione unanime della giurisprudenza), nel primo non era a perfetta tenuta, in quanto, pur sopravvissuti all'estinzione del giudizio di merito, i provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole erano revocabili e modificabili in caso di instaurazione di un nuovo processo di separazione (e, dopo il 1970, anche di divorzio).

Inoltre, occorre tener conto che la strumentalità non è un elemento ontologico, bensì un requisito positivo, destinato ad assumere mutevoli fisionomie a seconda delle

concrete scelte effettuate dal legislatore.

Non a caso, dopo la promulgazione del codice del '40, uno dei più autorevoli studiosi (che alla nuova legge processuale aveva dedicato il più seguito dei commentari) ebbe modo di affermare che la strumentalità non era requisito indispensabile della tutela cautelare.

Affermazione difficilmente contestabile se si tiene conto che il codice di rito del '40 (sino alle modifiche apportate dalla novella 353/1990) prevedeva l'ultrattività delle misure cautelare più tipiche (cioè i sequestri) anche alle sentenze di rigetto della domanda di primo o secondo grado, purché non ancora passate in giudicate.

A riprova di ciò sovengono le recenti riforme del 2003 (rito societario) e del 2005 (rito ordinario), all'esito delle quali l'ultrattività è diventata requisito normale delle misure cautelari anticipatorie, senza che nessuno dubiti della loro connotazione e della possibilità di sottoporle a reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c.

In un quadro di tal fatta appare chiaro che proprio dopo le riforme del 2003 e 2005 la tesi dei "negazionisti" (di coloro, cioè, che negano l'esperibilità del reclamo cautelare contro i provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole) era destinata a soccombere, in quanto fondata su un argomento (quello dell'ultrattività) non più idoneo a giustificare la conclusione proposta. (Corte appello Bari, 22 agosto 2007)

Il Collegio barese muove poi talune **critiche alla riforma del 2006** giudicata "non impeccabile": In particolare, per quel che concerne il controllo dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole, la questione si pone nella misura in cui si è previsto testualmente il reclamo alla corte d'appello per quelli pronunciati dal presidente del tribunale, mentre nulla si dice per le omologhe misure del g.i.

Come era facile prevedere, l'infelice formulazione legislativa ha ridato vigore alla tesi dei "negazionisti", i quali, non senza la preoccupazione di eventuali "sfondamenti del contenzioso" che la nuova normativa potrebbe comportare, hanno tentato di ridurne la portata, affermando che l'esperibilità del reclamo è ammissibile soltanto contro le misure presidenziali, non anche avverso quelle del g.i.

A tal fine si è fatto ricorso all'abusato canone ermeneutico, secondo cui "ubi lex voluit dixit".

È appena il caso di notare che, ove si pretenda di risolvere sul piano meramente esegetico un problema di tal fatta, occorrerà poi farsi carico degli eventuali profili di incostituzionalità conseguenti a tale operazione ermeneutica, perché diventa inevitabile spiegare perché i provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole, se adottati dal presidente, sono reclamabili, mentre diventano inimpugnabili se pronunciati dal g.i., senza che ciò comporti una lesione del principio di ragionevolezza scrutinabile ex art. 3 Cost.

Forti di questo abbrivio, si può ritenere che, ad onta di quanto ancora sostenuto da parte della dottrina e della giurisprudenza, i provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole costituiscono misure tipicamente cautelari.

Sul piano funzionale perché destinate a scongiurare il periculum da tardività, in quanto la rilevanza (anche sotto il profilo dei valori costituzionali) degli interessi in gioco non tollera che la crisi della famiglia possa restare priva di tutela immediata ed impone il tempestivo intervento del giudice.

Dal punto di vista strutturale perché, come si è detto in precedenza, l'officiosità

(di parte) delle nostre misure non è ostativa al riconoscimento della loro natura cautelare; mentre l'ultrattività è oggi caratteristica comune di tutti i provvedimenti cautelari anticipatori.

È sommaria l'istruttoria (tanto del presidente quanto del g.i.), come avviene nel procedimento cautelare uniforme; le misure sono revocabili e modificabili, in nome dell'adeguamento alle emergenze probatorie; le stesse, infine, sono provvisorie, in quanto destinate ad essere assorbite o caducate dalla sentenza di merito.

In altre parole, i provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole presentano tutti gli indici che sembrano caratterizzare la tutela cautelare. Il fatto, poi, che abbiano ricevuto una disciplina specifica, non significa negarne la natura cautelare, ma soltanto porsi il problema dell'applicabilità parziale della normativa dettata in tema di procedimento cautelare uniforme, giusta la clausola di compatibilità prevista dall'art. 669 quaterdecies c.p.c.

In questa prospettiva, dovrà convenirsene, la natura cautelare investe tanto le misure presidenziali, quanto quelle del g.i., anche perché non c'è ancora nessuno che sia riuscito a spiegare che i nostri provvedimenti cambiano natura per il sol fatto di essere stati pronunciati dall'uno o dall'altro organo.

D'altronde, a riprova di quanto detto, molto plasticamente l'art. 709, ult. comma, c.p.c. dispone che i provvedimenti temporanei ed urgenti assunti dal presidente possono essere revocati o modificati dal g.i.: il che inequivocabilmente significa che presidente e g.i. operano sulla stessa materia.

Rebus sic stantibus, la risposta dei "negazionisti", nella misura in cui poggia sostanzialmente solo sull'argomento esegetico, finisce per incorrere in vistose censure di incostituzionalità.

Peraltro, poiché ormai da tempo i giudici di palazzo della Consulta ammoniscono che la strada per la Corte costituzionale è praticabile solo in caso di esito negativo dell'interpretazione costituzionalmente orientata, si tratta ora di verificare se tale percorso sia possibile nella vicenda in esame.

Il primo punto da cui prendere le mosse è la stessa natura dei provvedimenti presidenziali e di quelli del g.i.: il che impone inevitabilmente di ritenere che, previsto il controllo per i primi nelle forme del reclamo, altrettanto si debba garantire alle parti anche per i secondi.

A questo punto si tratta di accertare se il problema sia risolvibile con l'applicazione analogica dell'art. 708, 4° comma, c.p.c. (e, quindi, reclamo alla corte d'appello anche contro le misure del g.i.), ovvero l'affermata natura cautelare di tutti i provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole determini la risposta fisiologica del sistema con il ricorso all'applicazione di disposizioni della disciplina del procedimento cautelare uniforme.

Il primo corno dell'alternativa, come non ha mancato di far notare parte della dottrina e della giurisprudenza, lascia del tutto insoddisfatti perché non tiene conto che la previsione del reclamo alla corte d'appello appare piuttosto una peculiarità dettata dalla posizione ordinamentale del presidente del tribunale e del possibile metus reverenziale che potrebbe contribuire ad offuscare la terzietà dell'organo di controllo (il problema si pone anche nei tribunali divisi in sezioni, nei quali il presidente di tribunale è solito delegare ai presidenti di sezione le udienze presidenziali).

Sicché la previsione dell'art. 708, 4° comma, lungi dall'affermare l'assoggettabilità a controllo delle sole misure presidenziali, molto più semplicemente si limita ad incidere sull'organo di controllo in considerazione della posizione ordinamentale di quello che ha pronunciato i provvedimenti.

Pertanto, una volta che tale ratio viene meno, è evidente che la risposta va trovata nell'affermata natura cautelare: di qui, nelle ipotesi di provvedimenti del g.i., il reclamo ex art. 669 terdecies.

Si dice che ad escludere la natura cautelare dei provvedimenti presidenziali sarebbe lo stesso art. 708 c.p.c., laddove richiama le forme camerali per il reclamo al collegio.

L'argomento non prova nulla, visto che, per esplicita previsione legislativa (art. 669 terdecies, 3° comma, c.p.c.), il reclamo cautelare è assoggettato alla disciplina del procedimento in camera di consiglio, senza che tale rilievo depotenzi la natura delle misure sottoposte a controllo.

Nè è corretto sostenere che, nei casi di provvedimenti del g.i., il sistema non soffre di deficit di tutela in quanto la mancanza del reclamo è ovviata dal fatto che dette misure sono pur sempre revocabili e modificabili.

Anche tale argomento è del tutto irrilevante perché non tiene conto innanzitutto che tutti i provvedimenti cautelari, pur revocabili e modificabili, sono pur sempre assoggettati a reclamo: il che significa che ci si muove su piani di tutela differenziati, soprattutto in considerazione del fatto che l'alterità dell'organo di controllo garantisce in maniera ottimale il diritto di impugnazione, corollario indefettibile del diritto di difesa.

In secondo luogo, così opinando, non si considera che proprio l'ordinanza presidenziale, oltre ad essere reclamabile, è anche revocabile e/o modificabile (art. 709, ult. comma, c.p.c.).

C'è infine un ulteriore argomento che evidenzia ancor di più l'insostenibilità della tesi che afferma l'impossibilità di un controllo da parte di un organo "terzo".

I processi di separazione e divorzio si caratterizzano per la presenza di tre fasi: quella presidenziale, di natura solo sommaria; quella governata dal g.i., in cui si mescolano tanto sommarietà quanto cognizione piena, a seconda dei provvedimenti che l'organo è chiamato ad emettere; infine quella decisoria, regolata secondo il consueto schema del processo ordinario.

Orbene, la durata maggiore del processo è determinata proprio dalla fase che si svolge davanti al g.i., in quanto quella presidenziale normalmente si risolve in una udienza, mentre quella decisoria, decorsi i termini per gli scritti difensivi, dovrebbe concludersi entro sessanta giorni dalla scadenza dei termini per le repliche delle parti (art. 275, 1° comma, c.p.c.).

Ne deriva che, mentre i provvedimenti resi all'esito delle fasi più brevi del processo sono assoggettati a controlli pieni e penetranti (l'ordinanza del presidente è reclamabile, oltre che revocabile e modificabile, la sentenza è soggetta al più garantistico dei mezzi di impugnazione: l'appello), quelli pronunciati dal g.i. nel corso di una fase la cui durata occupa quasi l'intero giudizio, al di là della parvenza di controllo rappresentato dallo *ius poenitendi*, accedendo alla tesi dei "negazionisti", sarebbero inimpugnabili: il che significa accentuare ulteriormente la tendenza (non certo in sinto-

nia con i valori del giusto processo) a rendere il g.i. un monarca assoluto ed incontrollabile (proprio in una materia in cui la rilevanza e delicatezza delle situazioni sostanziali coinvolte richiederebbero la predisposizione di un accurato sistema di garanzie per le parti). (Corte appello Bari, 22 agosto 2007)

L'aver accertato che i provvedimenti del giudice istruttore possono essere controllati secondo le modalità di cui all'art. 669 terdecies c.p.c. non esaurisce l'indagine dell'adito Collegio che invero prende posizione **sulle modalità di definizione di questo procedimento di reclamo instaurato davanti a un giudice incompetente**: Parte di quella giurisprudenza che ha optato per la reclamabilità ex art. 669 terdecies c.p.c. delle misure adottate dal g.i., si è espressa per la pronuncia di inammissibilità del reclamo proposto davanti alla corte d'appello; altri giudici di merito, riprendendo uno spunto dottrinario elaborato all'indomani dell'entrata in vigore della l. 54/2006, hanno ritenuto applicabile l'art. 50 c.p.c., garantendo in tal modo la prosecuzione del giudizio.

Le differenze pratiche tra le due soluzioni sono vistose, giacché solo la seconda garantisce la conservazione degli effetti della domanda, consentendo che, una volta riassunto davanti al giudice ad quem, il reclamo possa sfociare nella pronuncia di merito (invece, in caso di pronuncia di inammissibilità, riproposto il reclamo davanti al giudice indicato competente, da un lato, potrebbe essere preclusa la tempestività del ricorso per decorrenza del termine; dall'altro, nulla impedirebbe al secondo giudice di disattendere il dictum del giudice a quo e, ritenendosi a sua volta incompetente, di dichiarare inammissibile nuovamente il reclamo: tale ultimo inconveniente non si configura se si applica l'art. 50 c.p.c, in quanto il secondo giudice, se non condivide l'opinione del primo, trattandosi di ipotesi di incompetenza inderogabile, è costretto a sollevare il conflitto in cassazione ai sensi dell'art. 45 c.p.c.).

La seconda soluzione (quella, cioè, che garantisce la continuazione del processo con l'applicazione dell'art. 50 c.p.c.) appare a questa corte preferibile, in quanto, a differenza della prima, si rivela rispettosa del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost.

Inoltre, la soluzione che si privilegia appare in sintonia con le recenti evoluzioni del sistema in tema di *translatio iudicii* in caso di pronuncia declinatoria di giurisdizione.

In tali ipotesi, infatti, la S.C. (v. S.U. 4109/2007), sperimentando la strada dell'interpretazione costituzionalmente orientata, è giunta ad affermare l'automatica continuazione del processo ex art. 50 c.p.c. in caso di pronuncia declinatoria di giurisdizione da parte del giudice amministrativo (a favore di quello ordinario).

È pur vero che la Corte costituzionale (sent. 77/2007) ha ritenuto non del tutto condivisibile tale orientamento, negando l'applicazione diretta dell'art. 50 c.p.c.; è altresì innegabile, però, che i giudici della Consulta hanno dichiarato l'incostituzionalità del sistema nella parte in cui, avvenuta la pronuncia declinatoria di giurisdizione, non sia garantita la conservazione degli effetti della domanda in caso di instaurazione del giudizio davanti al giudice ritenuto fornito di giurisdizione.

Ora, se si è pervenuti a tali risultati in tema di pronunce declinatorie di giurisdizione, non si capisce perché identica sorte del processo non debba essere garantito allorché la continuazione del giudizio consegue ad una pronuncia declinatoria di com-

petenza (l'argomento logico basato sull'a fortiori non dovrebbe lasciar adito a dubbi in proposito).

Tra l'altro, tale risultato dovrebbe essere possibile anche in considerazione del fatto che l'art. 50 c.p.c. fa parte delle disposizioni generali sul processo civile, di quella normativa, cioè, capace di espansione non vincolata dai limiti di specifici modelli processuali.

In definitiva, alla stregua dei rilievi svolti, questa corte si ritiene incompetente a giudicare il reclamo indicato in epigrafe, affermando per contro la competenza, ex art. 669 terdecies c.p.c., del tribunale di Foggia, davanti al quale il giudizio dovrà essere riassunto nel termine indicato in dispositivo. (Corte appello Bari, 22 agosto 2007)

15. — La riforma e le novità di diritto penale

L'art. 3 della legge n. 54/2006 detta "disposizioni penali" prevedendo espressamente che "in caso di violazione degli obblighi di natura economica si applica l'articolo 12-sexies della legge 1° dicembre 1970, n. 898".

A sua volta l'art. 12 sexies recita "Al coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione dell'assegno dovuto a norma degli articoli 5 e 6 della presente legge si applicano le pene previste dall'art. 570 del codice penale".

La norma codicistica richiamata, come noto, ha una struttura piuttosto complessa punendo al primo comma "Chiunque, abbandonando il domicilio domestico, o comunque serbando una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie, si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla potestà dei genitori o alla qualità di coniuge" e, al secondo comma, chi 1) malversa o dilapida i beni del figlio minore o del coniuge; 2) **fa mancare i mezzi di sussistenza ai discendenti di età minore, ovvero inabili al lavoro, agli ascendenti o al coniuge, il quale non sia legalmente separato.**

È a quest'ultimo passo della norma che, ai fini del nostro argomentare, occorre fare riferimento. Ivi si punisce il fatto di far mancare i mezzi di sussistenza ovvero i beni primari: "si tratta dunque di un **minus** rispetto al concetto di mantenimento in senso stretto" (KING).

È sufficiente, in proposito, rammentare che, quando la condotta violatrice dell'art. 570 c.p., si espliciti nell'omettere da parte di un genitore la prestazione dei mezzi di sussistenza ai figli minori o inabili, il reato sussiste anche quando l'altro genitore provveda in via sussidiaria a corrispondere ai bisogni della prole;

nè può avere alcun rilievo l'eventuale convincimento del genitore inadempiente di non essere, in quella situazione, tenuto all'assolvimento del suo primario dovere, traducendosi lo stesso convincimento in errore sulla legge penale, non scriminante, ai sensi dell'art. 5 c.p., non ricorrendo nella specie un'ipotesi di ignoranza scusabile di una norma, tra l'altro, corrispondente ad un'esigenza morale universalmente avvertita, (cfr., ex plurimis, Sez. 6, 9 gennaio 2004, Bencivenga, e 10 dicembre 1991, Signorelli; Sez. 5, 26 aprile 1995, De Padua).

A parte il fatto che questa Corte ha reiteratamente affermato il principio, in base al quale, in riferimento all'art. 570 cpv. c.p., n. 2, la minore età dei discendenti, destinatari dei mezzi di sussistenza, rappresenta "in re ipsa" una condizione soggettiva del

loro stato di bisogno, con il conseguente obbligo per i genitori di contribuire al di loro mantenimento, assicurando ad essi tali mezzi di sussistenza, (cfr. Sez. 6, 2/5/2007 n. 20636, Cerasa, e 15/01/2004, n. 715, Pisano). (Cassazione penale, sez. VI, 01 ottobre 2007, n. 37978)

In presenza di figli minori lo stato di bisogno dell'avente diritto al mantenimento genitoriale, da reputarsi presunto, non è caducato dal fatto che alla somministrazione dei mezzi di sussistenza provveda l'altro genitore (Cass. Sez. 6, sent. 12.11.2002 n. 57, Scasciamacchia, rv. 222972: "Ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 570 c.p., comma 2, n. 2, l'obbligo di assicurare i mezzi di sussistenza ai figli minori di età grava su entrambi i genitori e permane indipendentemente dalle vicissitudini dei rapporti coniugali, nè l'assolvimento del predetto obbligo da parte di uno dei genitori esenta in alcun modo l'altro"; Cass. Sez. 6, sent. 26.3.2003 n. 26725, D'Onofrio, rv. 225875: "In tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare, la mancata corresponsione dell'assegno per il mantenimento del figlio minore stabilito in sede di separazione dei coniugi integra la fattispecie di cui all'art. 570 c.p., in base alla presunzione semplice che il minore sia incapace di produrre reddito proprio"). (Cassazione penale, sez. VI, 02 maggio 2007, n. 30150)

L'art. 12-sexies cit., a sua volta, con riferimento ai soggetti divorziati, richiama quoad poenam, l'art. 570 c.p. punendo chi si sottrae alla corresponsione dell'assegno di mantenimento stabilito a favore dell'altro coniuge, ciò senza dover verificare il venire meno dei mezzi di sussistenza.

Qui si innesta l'art. 3 della legge n. 54 in esame che, come anticipato, punisce la "violazione degli obblighi di natura economica", ovvero devono intendersi **gli obblighi di natura economica disposti in favore dei figli minorenni, maggiorenni (se titolari di assegno di mantenimento), di coppie di fatto (v. art. 4 legge n. 54/2006), di genitori separati, di genitori divorziati.**

La norma ha cioè il "pregio di equiparare la posizione dei figli di fronte alla tutela che l'ordinamento appresta per il caso di omesso versamento (in tutto o in parte) dell'assegno di mantenimento stabilito a loro favore da un giudice" (KING).

GIOVANNI B. NARDECCHIA

Magistrato in Como

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI

Sommario: 1. - Natura giuridica ed inquadramento sistematico dell'istituto. 2. - I presupposti del ricorso. 3. - Legittimazione e competenza interna. 4. - Tribunale competente. 5. - L'accordo. La forma. 6. (segue) - La natura giuridica. 7. (segue) - Il contenuto. 8. - Il regolare pagamento dei creditori estranei. 9. - La relazione dell'esperto e la sua responsabilità. 10. - Il procedimento. La pubblicazione nel registro delle imprese. 11. (segue) - Il giudizio del tribunale. 12. - Gli effetti. 13. (segue) - L'esenzione da revocatoria. 14. - Consecuzione di procedure: la conversione in fallimento.

1. — Natura giuridica ed inquadramento sistematico dell'istituto

L'art. 182 bis l.f., disposizione che per la prima volta attribuisce rilevanza giuridica in materia concorsuale agli accordi stragiudiziali, prevede che il debitore possa depositare con la dichiarazione e la documentazione di cui all'articolo 161 l.f., un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un esperto sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

La relazione illustrativa al d.l. 35/2005 non chiariva se la fattispecie in esame avesse una sua autonomia o fosse piuttosto una particolare ipotesi di concordato preventivo, in quanto, a tale proposito, si limitava ad affermare che "il concordato diviene lo strumento attraverso il quale la crisi dell'impresa può essere risolta anche attraverso accordi stragiudiziali che abbiano a oggetto la ristrutturazione dell'impresa".

A favore della tesi autonomista militano alcuni dati testuali: la rubrica del novelato titolo III (Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione) e quella del Capo V (Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo. Degli accordi di ristrutturazione di debiti) in cui gli accordi di ristrutturazione sono chiaramente indicati come "cosa" diversa dal concordato, nonché il disposto dell'art. 67 terzo comma, lett. e), l.f., ove concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione sono considerati separatamente, come dimostra l'inserimento nel corpo della disposizione della congiunzione "nonché".

Secondo una diversa interpretazione gli accordi di ristrutturazione integravano una particolare modalità del concordato preventivo. Opinione fondata sul fatto che l'art. 182 bis l.f. è comunque ubicato nell'ambito della procedura di concordato pre-

ventivo e, soprattutto, che il debitore può depositare l'accordo di ristrutturazione esclusivamente con la documentazione di cui all'art. 161 l.f..

La stragrande maggioranza degli interpreti che sino ad ora hanno affrontato la questione è orientata nel ritenere che gli accordi di ristrutturazione abbiano una loro autonomia e non siano quindi una sorta di "piccolo concordato" (1).

Ad identiche conclusioni è giunta la giurisprudenza, anche se lo scarso numero di

(1) FABIANI, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art.182-bis l. fall.*, in *Foro It.*, 2006, I, 2564 ss.; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2007, p. 888 ss.; PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, p. 12 ss.; AMBROSINI-DE MARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, p. 184; FORTUNATO, *L'incerta riforma della legge fallimentare*, in *Corriere giur.*, 2005, p. 597; Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182bis legge fallim.) e gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore*, in *Dir fall.*, 2005, I, p. 857 ss.; JORIO, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria*, in *Fall.*, 2005, p. 1457 ss.; GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 1170 ss.; CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 918 ss.; FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n.80/2005*, in questa *Rivista*, 2005, p. 1448 ss.; NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, p. 25 ss.; NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in questa *Rivista*, 2006, p. 669 ss.; PACCHI PESUCCI, *La nuova disciplina del concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione. Approvazione, omologazione, esecuzione e chiusura (artt. 177-182; art. 182-bis, co. 1)*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare-Atti del convegno di Lanciano del 10 e 11 giugno 2005*, (a cura) di S. BONFATTI, G. FALCONE, Milano, 2005; ZOCCA, *Accordi di ristrutturazione, piani di risanamento e relazioni del professionista*, Milano, 2006, p. 6; SANTANGELI, *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006, p. 777 ss.; PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in questa *Rivista*, 2006, p. 129ss.; CARAMASCHI, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2006, n. 3, p. 51; BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare*, in www.ilcaso.it; TEDESCHI, *MANUALE DEL NUOVO DIRITTO FALLIMENTARE*, Padova, 2006, p. 573; TERRANOVA, *La nuova disciplina delle revocatorie fallimentari*, in *Dir. fall.*, 2006, I, p. 282; ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006, p. 352; RINALDI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il diritto fallimentare riformato. Commento sistematico*, (a cura) di G. SCHIANO DI PEPE, Padova, 2007, p. 662; DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la "meno incerta" via italiana alla "reorganization"?*, in questa *Rivista*, 2007, p. 706; INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2007, n. 6, p. 923 ss.; *contra*, prima del D.Lgs. n. 169/2007, FERRO, *Art.182-bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2005, n. 24 p. 56; VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 871 ss.; SANDULLI, *Gli accordi di risanamento e i piani di ristrutturazione*, relazione tenuta al convegno Synergia formazione, Milano, 8 marzo 2006; VIVALDI, *Il nuovo concordato*, in G. FEDERICO, R. VIVALDI, *La riforma del concordato e della revocatoria fallimentare*, Rimini, 2005, p. 69; PEZZANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis legge fallimentare: una occasione da non perdere*, in *Dir. fall.*, 2006, II, p. 674 ss.; D'AMORA, *Note esegetiche sul nuovo concordato preventivo e le procedure di ristrutturazione dei debiti*, in www.ipsoa.it/ilfallimento, 2005, p. 10 ss.; VALENSISE, *Art. 182-bis*, in *La riforma della legge fallimentare*, (a cura) di A. NIGRO e M. SANDULLI, Torino, 2006, II, p. 1088 che ritiene di inquadrare l'istituto "quale peculiare sottospecie semplificata o, *rectius*, accelerata di concordato preventivo nella quale da un lato, viene deprocedimentalizzata ... la fase di contatto con i creditori, ... dall'altro, mediante vaglio dell'autorità giudiziaria, deve essere assicurato l'integrale pagamento dei creditori che vi rimangono estranei".

decisioni edite rende il dato non ancora particolarmente significativo (2).

Interpretazione che ha trovato un ulteriore conforto con il D.Lgs. n. 169/2007 che ha introdotto uno specifico strumento di protezione temporanea del patrimonio del debitore da azioni esecutive e cautelari.

Novità che sarebbe stata del tutto superflua ove il debitore dopo il deposito dell'accordo avesse potuto fruire del generale effetto protettivo previsto dall'art. 168 l.fall.

Gli accordi di ristrutturazione sono dunque un istituto autonomo, distinto dal concordato preventivo, anche se rimane aperta la questione se esso sia, o meno, catalogabile nell'ambito delle procedure concorsuali vere e proprie.

Questione che lungi dall'esaurirsi in una pur interessante disquisizione teorica ha delle rilevanti conseguenze pratiche.

Si pensi, ad esempio, alla possibilità di applicare all'accordo, qualora lo si consideri una procedura concorsuale a tutti gli effetti, la disciplina dettata dall'art. 111 ultimo comma l.f. che attribuisce natura prededucibile a tutti i debiti sorti "in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge".

Con la conseguenza che, ad esempio, alla luce dell'ampia dizione della norma, che parla di spese sorte "in occasione" della procedura, godrebbero indifferentemente della prededuzione tutti i debiti sorti successivamente all'omologa dell'accordo, a prescindere dalla verifica della sussistenza di un rapporto funzionale tra l'obbligazione contratta ed il buon esito della procedura.

2. — I presupposti del ricorso

Con riferimento al presupposto soggettivo si deve trattare di un imprenditore commerciale non escluso dal fallimento. Considerazione del tutto condivisibile in quanto l'istituto è sicuramente approntato per il debitore/imprenditore commerciale, come evidenziato dal fatto che l'effetto più rilevante previsto dal legislatore è proprio l'esenzione da revocatoria per gli atti posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato.

(2) In giurisprudenza a favore della tesi dell'autonomia dell'istituto si sono espressi Trib. Bari 21 novembre 2005, in *Fall.*, 2006, p. 169 ss. con commento di PRESTI, *L'art. 182-bis al primo vaglio giurisprudenziale*; in *Dir. fall.*, 2006, II, p. 536 ss., con nota di CAIAFA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: natura giuridica e giudizio di omologazione*; in *Foro it.*, 2006, I, 263 ss., con nota di FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla "reorganization"*; in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 207 ss., con nota di JEANTET, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la privatizzazione dell'insolvenza*, Trib. Brescia 22 febbraio 2006, in *Fall.*, 2006, p. 669 ss., con nota di NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Trib. Roma 4 ottobre 2006, in *Fall.*, 2007, p. 187 ss., con nota di PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi d'impresa e ruolo del giudice*; Trib. Milano 23 gennaio 2007, in *Fall.*, p. 702 ss. con nota di DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la "meno incerta" via italiana alla "reorganization"?*; *contra* in giurisprudenza sembra porsi Trib. Milano 21.12.2005, in *Fall.*, 2006, p. 669 ss. dato che i giudici meneghini applicando in via analogica alla fattispecie sottoposta al loro esame l'art. 184 l.f. hanno evidentemente ritenuto gli accordi di ristrutturazione una sottospecie del concordato preventivo.

La norma non prescrive l'iscrizione al registro delle imprese, anche se la successiva previsione della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese fa implicitamente ritenere necessaria la sussistenza di tale requisito.

Con riferimento al presupposto oggettivo l'originaria formulazione dell'articolo non indicava alcun requisito oggettivo.

Coloro i quali negavano la natura autonoma dell'istituto ricollegavano coerentemente il presupposto d'accesso a quanto prescritto dall'art. 160 l.f. per il concordato preventivo.

Il rinvio all'art. 161 l.f. veniva inteso come un richiamo al contenuto del ricorso ed, appunto, ai suoi presupposti, primo fra tutti quello di una domanda depositata da un imprenditore in stato di crisi.

Sempre secondo questa impostazione “gli accordi di ristrutturazione abbracciavano la coincidente, amplissima, casistica di difficoltà economico-finanziaria dello “stato di crisi” di cui all'art. 160 l.f., una nozione che comunque esige uno sbarramento rispetto al mero declino economico”.

Secondo una diversa opinione la natura prettamente contrattuale e non concorsuale dell'istituto, ne giustificava il ricorso anche a fronte di un generico interesse alla ristrutturazione aziendale dell'imprenditore, quale che fosse la sua crisi.

La questione pur avendo apparentemente una rilevanza pratica marginale, (dato che appare poco plausibile che un imprenditore che non si trovi in “crisi” si sottoponga per mere finalità di ristrutturazione aziendale ai rischi che comporta la pubblicità negativa comunque derivante dalla pubblicazione dell'accordo, a fronte della naturale difficoltà per il mercato di distinguere la portata e gli effetti di una denunciata situazione di difficoltà di provvedere al regolare pagamento dei propri debiti) assume una qualche importanza in sede di omologa, si incentra sulla necessità di valutare o meno, quale condizione procedurale d'accesso, se l'imprenditore si trovi, quanto meno, in stato di crisi ai sensi dell'art. 160 l.f.

Con il D.Lgs. n. 169/2007, in vigore dal 1 gennaio 2008, è stato introdotto un presupposto oggettivo d'accesso, esplicitamente equiparato a quello previsto dall'art. 160 l.f. per il concordato preventivo e quindi identificato con lo “stato di crisi”.

Stato di crisi che ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 160 l.f., aggiunto a seguito dell'approvazione dell'art. 36 del decreto legge c.d. “milleproroghe” approvato dal consiglio dei ministri del 22.12.2005, comprende anche lo stato di insolvenza.

3. — *Legittimazione e competenza interna*

L'iniziativa è affidata in via esclusiva al debitore e ciò anche se si considera l'istituto un “piccolo concordato” in quanto soltanto dopo la dichiarazione di fallimento vengono meno le ragioni di tutela del principio di libertà economica, garantito dalla stessa carta costituzionale, che impediscono che l'accesso alla procedura sia possibile anche ad iniziativa dei creditori.

Ove si consideri l'istituto un concordato semplificato, ovvero si ritenga che, per le società, il richiamo all'art. 161 l.f. riguardi anche l'individuazione dell'atto interno

deliberativo, la legittimazione alla presentazione della proposta è regolata dal novellato art. 152 l.f., secondo cui la proposta e le condizioni del concordato nelle società di persone devono essere approvate dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale, e nelle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative, sono deliberate dagli amministratori, a differenza di quanto previsto dalla disciplina precedente secondo cui nelle società di capitali e nelle cooperative dovevano essere approvate dall'assemblea straordinaria, salvo che tali poteri fossero stati delegati agli amministratori.

Qualora si ritenga che l'istituto abbia natura autonoma e non rientri nell'alveo delle procedure concorsuali, deve ritenersi che l'adozione dell'accordo rientri nei poteri dell'organo amministrativo.

Nelle società di persone la competenza spetta ai soci e la decisione deve essere adottata nelle forme e con le maggioranze prescritte dalle norme statutarie in tema di amministrazione straordinaria.

4. — Tribunale competente

Qualora si prediliga l'impostazione autonomista tribunale competente sul procedimento sarà quello nel cui circondario è ubicata la sede legale della società, essendo la natura negoziale e non concorsuale dell'istituto indifferente all'eventuale scarto tra sede legale e sede effettiva ed agli eventuali mutamenti avvenuti nell'anno antecedente al deposito del ricorso.

In caso contrario Tribunale competente sarebbe quindi quello fissato dall'art. 161 l.f. nella procedura di concordato preventivo, con la conseguenza che il trasferimento della sede avvenuto nell'anno precedente al deposito del ricorso non rilevarebbe ai fini della individuazione della competenza, dato che il legislatore ha fissato una presunzione assoluta di 1 anno ai fini dell'individuazione della "sede della crisi" (presunzione evidentemente collegata al pregresso insorgere dello stato d'insolvenza, che tuttavia non trova più alcuna giustificazione alla luce del fatto che il periodo sospetto per la revocatoria fallimentare "ordinaria" è stato portato a 6 mesi). L'ubicazione della sede legale è in ogni caso (a prescindere dalla natura giuridica che si attribuisce all'istituto) determinante per l'individuazione della competente camera di commercio.

5. — L'accordo. La forma

La norma non richiede particolari formalità, se non evidentemente l'utilizzo della forma scritta, dato che l'accordo deve essere pubblicato nel registro delle imprese e poi depositato in tribunale.

Diverse considerazioni devono essere svolte con riferimento alle formalità che devono assistere le manifestazioni di consenso dei creditori.

Secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale la successiva pubblicazione nel registro delle imprese impone che l'autenticità delle sottoscrizioni sia certificata da

un soggetto terzo, dotato di tale potere (3).

Interpretazione rigorosa e formalista contrastata da parte della dottrina che, nell'intento di semplificare al massimo la procedura, ne esalta la natura prevalentemente privatistica, ritenendo che ogni questione circa la veridicità dell'adesione del singolo creditore debba essere riservata alle contestazioni dei soggetti che si oppongono all'omologazione dell'accordo (4).

Qualora il debitore si avvalga della transazione fiscale prevista dall'ultimo comma dell'art. 182-ter l.fall., l'obbligo di autenticazione potrebbe comunque riguardare esclusivamente i creditori "privati", gli unici effettivi sottoscrittori dell'accordo, dato che, ai sensi della richiamata norma, l'assenso espresso dai soggetti deputati ad esprimere la volontà dell'erario equivale a sottoscrizione dell'accordo di ristrutturazione.

Il ricorso deve essere accompagnato dalla documentazione di cui all'art. 161 l.f. e quindi da:

- a) un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;
- d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

L'art. 182bis l.f. non richiede più, dopo il decreto correttivo, la produzione di una dichiarazione: disposizione che appariva un improprio riferimento all'art. 161 l.f. che prevede, oltre al deposito della suddetta documentazione, quello di un piano contenente le previsioni di cui alle lettere a), b), c) d) dell'art. 160, salvo che la si volesse intendere come una dichiarazione/attestazione dell'avvenuto raggiungimento dell'accordo.

In riferimento all'elenco dei creditori sub. b) non è prevista alcuna suddivisione in classi, a differenza di quanto si legge nell'art. 160, comma 1 lett. c) recante condizioni per l'ammissione alla procedura.

Omissione giustificata dalla natura dei rapporti tra il debitore ed i creditori dato che nella fase propriamente stragiudiziale, nella quale avviene la rinegoziazione della situazione debitoria, egli ha la massima libertà in ordine alla definizione dei rapporti al fine di ottenere un sufficiente numero di consensi, mentre nella fase giudiziale egli deve assicurare il regolare pagamento di tutti i creditori estranei, a prescindere dalla natura o collocazione dei loro crediti, della distinzione tra chirografari e privilegiati.

(3) Tale formalità è stata richiesta esplicitamente da Trib. Bari 21 novembre 2005 cit. dato che nel provvedimento si rileva criticamente che "l'accordo di ristrutturazione risulta depositato....senza l'autentica delle sottoscrizioni dei creditori" ed implicitamente da Trib. Roma 7 luglio 2005, in *Il nuovo diritto delle società*, 2005, n. 24, p. 47, nel quale si legge che "le adesioni sono state depositate in mera fotocopia, mentre è necessario il deposito in forma tale da rendere certa l'adesione dei creditori". Negli stessi termini da ultimo Trib. Udine 22 giugno 2007 in corso di pubblicazione su *Fall.*, secondo cui dalla mancata autenticazione delle sottoscrizioni degli aderenti all'accordo deriverebbe, la mancanza di un requisito procedurale d'accesso: quello relativo alla necessità che l'accordo di ristrutturazione dei debiti sia stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti.

(4) In questi termini PROTO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 133, TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit. p. 577.

Pur non essendo prescritto è comunque di tutta evidenza che il debitore può validamente stipulare un accordo che preveda la suddivisione dei creditori in classi senza alcun limite, classi che possono non riprodurre la distinzione creditori privilegiati/creditori chirografari.

Unitamente al ricorso ed alla suddetta documentazione deve essere infine depositata una relazione redatta da un esperto sull'attuabilità dell'accordo "con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei". La disposizione nulla dice circa le modalità di raccolta del consenso: sulla necessità o meno, cioè, che l'accordo sia contenuto in un unico documento ovvero il debitore possa depositare tanti singoli accordi.

L'esigenza di valorizzare la genuinità della manifestazione di volontà dei creditori, il fatto che tale consenso debba essere informato fa propendere per la necessaria unicità del documento. Le prime esperienze giunte al vaglio dell'autorità giudiziaria evidenziano come si vada invece affermando una diversa prassi: quella del deposito di una pluralità di accordi, delle singole pattuizioni intervenute con i vari creditori.

6. (segue) — *La natura giuridica*

Diversa questione è quella relativa alla natura giuridica di tale pattuizione.

Dall'esame dei primi provvedimenti giurisprudenziali editi non sembra essersi ancora formata sul punto un'interpretazione unitaria, tanto che l'accordo è definito ora "un contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria" ovvero, più genericamente, come un "contratto plurilaterale con comunione di scopo".

Questione che lungi dall'avere un mero interesse teorico, presenta evidenti riflessi pratici nel caso di invalidità di una o più manifestazioni di consenso.

Nei contratti plurilaterali con comunione di scopo infatti, ai sensi degli articoli 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c., l'essenzialità o meno della prestazione assume valore sia con riferimento alla validità del contratto che alla sua successiva risoluzione.

7. (segue) — *Il contenuto*

L'espressione utilizzata "ristrutturazione dei debiti" appare ben diversa dall'ampia formula utilizzata nel 160 l.f. per descrivere il contenuto possibile della proposta concordataria (che non sembra aver alcun limite, se non quello del consenso dei creditori), e sembra avvicinarsi, se non coincidere con il vecchio concordato finanziario, con il già ricordato *pactum de non petendo* (5).

(5) Secondo Trib. Milano 23 gennaio 2007, cit. l'istituto è assimilabile, appunto, al "*pactum de non petendo*"; negli stessi termini Trib. Bari, 21 novembre 2005, cit., secondo il quale "la più comune operazione di ristrutturazione dei crediti consiste in una moratoria nel pagamento dei debiti scaduti ovvero in una modifica dei termini contrattuali del debito originario, identificandosi così sostanzialmente in un *pactum de non petendo*". In dottrina FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla "reorganization"*, cit., p. 265, per il quale, "sebbene la norma non vi faccia neppure implicito riferimento, questo accordo presuppone verosimilmente anche un *pactum de non petendo* (verosimilmente) condizionato all'omologazione".

Formula, quella del *pactum de non petendo*, che racchiude in realtà convenzioni di contenuto assai diverso tra loro.

Convenzioni che vanno dalla mera dilazione di pagamento che non modificando il termine di esigibilità del credito non incide sul decorso degli interessi né sul diritto ad esigere l'adempimento (il creditore si espone, al più, all'eventuale risarcimento dei danni per violazione della convenzione) salvo che il patto preveda un'espressa rinuncia temporanea all'azione (che, se proposta sarebbe inammissibile) alla vera e propria modifica dei termini di scadenza che impedisce il decorso degli interessi ex art. 1282 c.c. e, ovviamente preclude ogni possibilità al creditore di chiedere l'adempimento della prestazione in quanto il credito non è (più) esigibile.

Ristrutturazione che ora può riguardare anche i debiti fiscali dato che, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 182-ter l.fall. "Il debitore può effettuare la proposta di cui al primo comma anche nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-bis".

La transazione fiscale si inserisce nella fattispecie e presuppone la ricerca di un separato accordo tra amministrazione finanziaria e debitore che precede la stipula dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-bis. l.fall.

Transazione fiscale che non può avere ad oggetto i debiti di natura previdenziale, dato che essi non rientrano nell'ambito di applicazione della norma.

Ferma restando, ovviamente, la possibilità dell'INPS di aderire all'accordo di ristrutturazione con rinuncia, totale o parziale, al credito derivante dall'applicazione delle sanzioni.

Adesione che seguirà le forme proprie di qualsiasi creditore, con la conseguenza che il soggetto legittimato ad esprimere la volontà dell'ente previdenziale dovrà materialmente sottoscrivere l'accordo di ristrutturazione, non potendosi egli valere dello speciale procedimento di adesione previsto nell'art. 182 *ter* per i debiti fiscali.

Non vi sono comunque ostacoli a che l'accordo contenga ulteriori pattuizioni, preveda, ad esempio, l'erogazione di nuova finanza da parte dei creditori quando la ristrutturazione dei debiti sia finalizzata alla prosecuzione dell'attività d'impresa.

L'accordo infatti, attraverso la ristrutturazione dei debiti, può perseguire sia finalità di riequilibrio della situazione finanziaria ed economica dell'impresa in una prospettiva di continuazione dell'attività, sia finalità esclusivamente liquidatorie (6).

8. — *Il regolare pagamento dei creditori estranei*

L'art. 182 bis parla di regolare pagamento dei creditori estranei, formula che lascia pochi dubbi in ordine al fatto che essi debbano essere soddisfatti secondo le modalità

(6) In questi termini anche VALENSISE, *Art. 182-bis*, cit., p. 1093; secondo ROVELLI, *Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182-bis l.fall.*, cit., p. 597, il legislatore ha utilizzato la formula "accordo di ristrutturazione dei debiti" nel presupposto di una ragionevole prospettiva di reversibilità dell'insolvenza, ma, a ben vedere, anche di liquidazione alternativa all'apertura di una procedura concorsuale; da ultimo vedi INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, cit., p. 929.

previste nel titolo costitutivo dell'obbligazione, ovvero in mancanza, dalla legge (7).

L'esplicito riferimento al "regolare pagamento dei creditori estranei" implica che tutti i creditori che non aderiscono all'accordo devono essere pagati integralmente, secondo le scadenze concordate, mentre i debiti scaduti devono essere onorati immediatamente.

Un ulteriore e forse decisivo dato testuale a favore dell'interpretazione proposta si rinviene dalla lettura della relazione illustrativa al decreto correttivo in cui si fornisce una sorta di interpretazione autentica della norma secondo la quale "nulla è stato cambiato quanto alla necessità che i creditori estranei all'accordo vedano il loro credito pagato in modo regolare, ossia per l'intero ed alla scadenza".

L'idoneità dell'accordo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei costituisce il nucleo caratterizzante la relazione redatta da un esperto sull'attuabilità dell'accordo stesso.

9. — *La relazione dell'esperto e la sua responsabilità*

Con il d.l. n. 35/2005 è stata introdotta nell'ambito del diritto fallimentare la figura dell'esperto, che nel concordato preventivo deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, negli accordi di ristrutturazione l'attuabilità del piano, nel piano di risanamento la ragionevolezza del piano.

Nuova figura professionale che era caratterizzata da un'irragionevole disparità dei requisiti richiesti nelle diverse ipotesi introdotte dal legislatore: il professionista dell'art. 161 l.f. doveva possedere i requisiti del novellato (e non ancora entrato in vigore) art. 28 l.f., l'estensore dell'attestato dei piani di risanamento richiamava l'art. 2501bis, quarto comma c.c., mentre l'esperto degli accordi di ristrutturazione non doveva possedere alcuna specifica qualità professionale.

(7) In giurisprudenza Trib. Bari 21 novembre 2005, cit. secondo cui "il pagamento dei creditori estranei all'accordo non può essere postergato entro e non oltre il termine di sessanta mesi dalla data di omologazione del concordato (rectius dell'accordo di ristrutturazione), ben al di là della scadenza naturale dei crediti vantati ed in ragione della loro naturale esigibilità, in mancanza comunque di garanzie in ordine al puntuale adempimento"; Trib. Roma 4 ottobre 2006, cit., secondo cui per regolare pagamento dei creditori non aderenti deve intendersi quello "da effettuarsi alle scadenze concordate e in forma integrale"; Trib. Milano 23 gennaio 2007, cit., secondo cui i creditori non aderenti al piano devono essere pagati "per intero ed alle pattuite scadenze ed ove il loro credito fosse già liquido ed esigibile, hanno diritto di ottenere il pagamento immediatamente". In dottrina in questi termini PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit. p. 32; TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit. p. 579; secondo FABIANI, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182-bis l. fall.*, cit., p. 2565, che pure concorda sul fatto che per i creditori estranei l'omologazione dell'accordo non dovrebbe mutare in nulla la regolazione del rapporto obbligatorio, il dato testuale non sarebbe decisivo in quanto "regolare" vuol dire anche "conforme a criteri di proporzione e simmetria", termine che potrebbe richiamare anche il fatto che il pagamento debba avvenire in misura proporzionata e simmetrica a quello di chi ha partecipato all'accordo. Negli stessi termini DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti. La "meno incerta" via italiana alla "reorganization"?*, cit., p. 708, il quale correttamente sottolinea altresì che "essendo di norma stipulato non un unico accordo, ma una pluralità di accordi differenziati in funzione delle diverse situazioni debitorie, difetterebbe comunque un univoco termine di riferimento per stabilire quale sia il trattamento da riservare ai creditori estranei.

Diversificazione priva di ogni giustificazione, anche alla luce del fatto che tali nuove funzioni, alle quali fanno da inevitabile contraltare nuove responsabilità connesse all'inevitabile espandersi della tutela risarcitoria, avrebbero richiesto una nuova figura di professionista, dotato di una maggiore indipendenza rispetto al cliente debitore, di quella "imparzialità" che il delicatissimo ruolo di verificatore ed attestatore della fattibilità, attuabilità o ragionevolezza del piano richiede.

Il legislatore nel decreto correttivo ha posto rimedio a tale irragionevolezza precisando i requisiti che deve possedere il professionista chiamato a redigere una relazione sull'attuabilità dell'accordo.

Come recita la relazione illustrativa si è deciso di "uniformare i requisiti previsti dall'art. 182-bis, dall'art. 67, comma terzo, lett. d) e dall'art. 161 prevedendo, in considerazione del fatto che si tratta di una attività avente un contenuto marcatamente tecnico contabile, che il professionista incaricato debba possedere, anche in questo caso, oltre le caratteristiche contemplate dall'articolo 28, lett. a) e b) del r.d., anche l'iscrizione nel registro dei revisori contabili.

Pur non essendo prescritto esplicitamente pare logico ritenere che l'esperto dovrà farsi garante anche della veridicità dei dati aziendali, dato che essi costituiscono l'indeffettibile presupposto del giudizio di fattibilità dell'accordo.

Più precisamente pur non essendo prescritto un obbligo di attestazione, l'esperto dovrà comunque verificare la veridicità dei dati aziendali per poter formulare compiutamente e correttamente il suo giudizio valutativo.

Il profilo della responsabilità dell'esperto appare particolarmente delicato, tenuto conto che da esso può derivare un qualche temperamento all'inevitabile minor tutela causata ai soggetti coinvolti nella crisi d'impresa dal vuoto normativo sui requisiti professionali dell'esperto medesimo.

Responsabilità contrattuale nei confronti della società ed extracontrattuale nei confronti dei creditori estranei e di quelli aderenti all'accordo, salvo che questi ultimi abbiano affidato l'incarico all'esperto congiuntamente al debitore.

Nel primo caso la problematica si incentrerà probabilmente sull'applicabilità o meno alla fattispecie dell'art. 2236 c.c. (che esclude la responsabilità per colpa lieve "se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà") con la conseguente attenuazione della responsabilità che esso comporta.

In caso di fallimento la problematica si incentra sulla legittimazione del curatore.

La fattispecie presenta evidenti analogie con l'abusiva concessione del credito in quanto anche nel caso di specie la responsabilità si incentra essenzialmente nella colposa o dolosa protrazione dell'attività d'impresa e quindi nella necessità di risarcire i danni causati al fallito ed ai terzi dalla ritardata dichiarazione di fallimento.

Parimenti traslabili in questa sede sono tutte le questioni relative al *quantum* risarcitorio che sono state affrontate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in tema di abusiva concessione del credito, fermo restando, ovviamente che la responsabilità dell'esperto dovrà essere calibrata e suddivisa con tutti gli altri partecipi dell'accordo che abbiano anch'essi dolosamente e colposamente concorso alla produzione del danno.

Infine va esclusa la responsabilità penale dell'esperto ex art. 64 c.p.c. in quanto egli non è un consulente tecnico del giudice.

10. — Il procedimento. La pubblicazione nel registro delle imprese

Ai sensi dell'art. 182-bis l'accordo deve essere pubblicato nel registro delle imprese.

Deve ritenersi comunque che si tratti di un adempimento pubblicitario da effettuarsi a domanda di parte e che sia un caso di deposito per l'iscrizione (anche in considerazione del valore costitutivo che l'iscrizione nel Registro delle Imprese assume in ordine alla produzione di effetti dell'accordo stesso) e che soggetto legittimato/obbligato alla relativa domanda indirizzata all'ufficio camerale sia l'amministratore della società o il titolare dell'impresa individuale interessata, a seconda dei casi.

Evidente appare la necessità di dare pubblicità tanto all'accordo quanto alla relazione dato che dalla pubblicazione dell'accordo decorre il termine di trenta giorni per i creditori e gli altri interessati che vogliono opporsi all'omologazione dell'accordo medesimo. Diritto d'impugnazione che sarebbe leso ove non si consentisse ai terzi interessati di avere adeguata ed immediata conoscenza dell'attuabilità dell'accordo, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

11. (segue) — Il giudizio del tribunale

I creditori ed ogni altro interessato possono proporre opposizione entro trenta giorni dalla pubblicazione.

Legittimati all'impugnazione sono sicuramente i creditori estranei all'accordo ai fini del loro regolare pagamento, anche con riferimento ai tempi ed alle modalità dello stesso, elemento temporale che si presenta particolarmente delicato non essendo previsto un termine di durata massima dell'esecuzione dell'accordo. Il profilo dell'attuabilità dell'accordo potrebbe includere tra i legittimati all'opposizione anche i creditori aderenti, poiché, ad esempio convinti del contrario da successivi riscontri.

Il riferimento generico ad "ogni altro interessato", presuppone comunque una preventiva verifica, caso per caso, dell'interesse giuridico prospettato dall'opponente (tra i vari soggetti interessati all'opposizione possono rientrare, a titolo esemplificativo, posizioni giuridiche soggettive non aventi ancora natura di diritti di credito liquidi ed esigibili; posizioni giuridiche di garanzia del debitore; creditori dei creditori aderenti che vedrebbero ridursi la propria garanzia patrimoniale; soci illimitatamente responsabili della società proponente per l'impossibilità di fruire dell'esdebitazione ex art. 184 l.f.; dipendenti dell'impresa proponente che potrebbero veder lesi i propri diritti dall'accordo ...etc.).

Il termine di trenta giorni per proporre opposizione è di natura perentoria sia in considerazione della natura riservata ai termini di impugnazione, sia avuto riguardo alle esigenze di certezza e celerità del procedimento.

La scelta del rito camerale, evidenziata dall'espresso richiamo contenuto nell'art. 182-bis, comma 3, appare corretta ed in linea con l'esigenza di celerità e speditezza del giudizio.

Per nulla condivisibile appare, al contrario, la disciplina concreta dettata per tale giudizio, o meglio, l'assenza di ogni disciplina.

Ove si consideri l'istituto come una sottospecie del concordato preventivo dovrà quindi essere assunto come modello di riferimento quello dettato dall'art. 180 l.f.

Ove, al contrario, si privilegi la natura autonoma degli accordi saranno applicabili alla fattispecie le scarse disposizioni dettate dagli articoli 737 ss. c.p.c. in tema di disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio.

Né d'altra parte pare ammissibile l'applicazione al procedimento di uno dei diversi riti camerale introdotti con il D. Lgs. n. 5/2006.

Le norme dettate in tema di disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio si riducono, in estrema sintesi, a statuire che il procedimento è introdotto con ricorso e che il tribunale, assunte (sommariamente) informazioni, decide con decreto.

L'assenza di una sufficiente disciplina del processo di omologazione pone seri dubbi in ordine alla capacità di tale giudizio di rendere effettiva la tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche sostanziali coinvolte.

Con la conseguenza che sarà necessario prevedere un modello che precostituisca gli atti ed tempi del processo.

La forma della domanda è, come detto, quella del ricorso, da depositarsi presso la cancelleria del tribunale.

Una volta acclarato che la forma dell'atto introduttivo del giudizio è quella del ricorso al tribunale, né l'art. 182 bis l.f., né le richiamate disposizioni del codice di rito nulla dicono in ordine alle modalità di costituzione delle parti, alla possibilità di introdurre eccezioni non rilevabili d'ufficio, alla previsione di eventuali memorie con mezzi istruttori, alla loro assunzione.

Ai sensi del terzo comma dell'art. 182 bis l.f. il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato.

Il tribunale dovrà in primo luogo vagliare la sussistenza dei presupposti, delle condizioni procedurali di accesso elencate dal primo comma, tra cui il raggiungimento della percentuale del 60% dei crediti rispetto al passivo complessivo del debitore.

Tra le condizioni procedurali di accesso rientra sicuramente la prova dell'avvenuto deposito dell'accordo presso il registro delle imprese (indipendentemente dalla necessità che esso preceda o meno il deposito in tribunale), nonché, ovviamente, la competenza del tribunale adito e la qualità di imprenditore commerciale del debitore istante.

Controllo preventivo dell'organo giudiziario che ha ad oggetto anche la verifica del deposito della relazione dell'esperto e della documentazione prevista dal richiamato art. 161 l.f. e quindi della relazione patrimoniale aggiornata, dello stato analitico di attivo e passivo, dell'elenco dei diritti dei terzi, del valore dei beni e dei crediti particolari dei soci illimitatamente responsabili.

In questo vaglio preliminare il tribunale dovrà verificare anche l'esistenza del requisito oggettivo d'accesso, la necessità cioè che il debitore si trovi, quantomeno, in uno stato di crisi.

Un ulteriore profilo preliminare è, come detto, quello relativo alla necessità che l'accordo di ristrutturazione dei debiti sia stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti.

Dalla stessa formulazione letterale della norma risulta chiaro che la percentuale del consenso va valutata sul capitale e non sul numero dei creditori, con la conseguenza che l'accordo potrebbe essere quindi perfettamente valido ed efficace anche se stipulato con un solo creditore.

Soglia che deve essere calcolata con riferimento all'intera massa debitoria, senza

alcuna distinzione tra creditori privilegiati e creditori chirografari ovvero tra creditori muniti di titolo esecutivo e creditori che ne siano sprovvisti.

Da ultimo va esaminato quale sia il fulcro del vero e proprio giudizio di omologazione.

Omologazione sempre necessaria a prescindere dalla presenza di opposizioni o meno, così come medesimo, in entrambi i casi è l'oggetto della cognizione.

La verifica delle condizioni di omologabilità dell'accordo costituisce il contenuto necessario dell'accertamento demandato al tribunale.

Il tribunale può e deve accertare d'ufficio la sussistenza delle condizioni per l'omologa in quanto "l'idoneità" dell'accordo costituisce un fatto costitutivo della domanda depositata dal debitore.

Tale decreto ha contenuto vincolato, nel senso che il tribunale può omologare o meno l'accordo, ma non può modificarne i termini o apporre nuove o diverse condizioni.

Una volta accertata la sussistenza dei presupposti, delle condizioni procedurali di accesso elencate dal primo comma ed il raggiungimento della percentuale del 60% dei crediti rispetto al passivo complessivo del debitore, il tribunale passa ad affrontare il momento decisivo che caratterizza la fase dell'omologa: quello diretto a sindacare l'attuabilità dell'accordo con particolare riferimento al soddisfacimento integrale dei creditori estranei.

Il tribunale con un giudizio prognostico *ex ante* dovrà valutare l'attuabilità dell'accordo tenuto conto del fatto che il successivo inadempimento del debitore cristallizzerebbe, con l'esenzione da revocatoria prevista dall'art. 67 secondo comma, lett. e) degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione, dell'accordo omologato, una situazione non più rimediabile, a scapito dei creditori estranei, pur se privilegiati.

In tale prospettiva è stato quindi sottolineato che il tribunale deve in ogni caso "valutare il merito del ricorso e soffermarsi con attenzione sulla concreta attuabilità del piano intesa come il rispetto coerente degli accordi prospettati sulla base delle concrete prospettive di realizzo, basandosi su un ragionevole grado di monetizzazione, con particolare attenzione alla posizione dei creditori estranei all'accordo".

Giudizio sull'attuabilità dell'accordo che deve essere necessariamente e logicamente preceduto da un esame sulla sua analiticità.

L'accordo deve essere infatti sufficientemente dettagliato da consentire un (successivo ed eventuale) adeguato giudizio in ordine alla riferibilità all'accordo medesimo degli atti posti in essere in sua esecuzione ai fini della loro esenzione dall'azione revocatoria.

Nel silenzio della norma e quindi di una diversa disposizione a riguardo, deve ritenersi che il provvedimento finale abbia la forma del decreto motivato, così come previsto dall'art. 737 c.p.c.

Il decreto del tribunale è reclamabile alla corte di appello ai sensi dell'articolo 183 l.f., in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese.

In caso di rigetto dell'omologazione (sia per carenza delle condizioni procedurali d'accesso che per motivi di merito attinenti alla non attuabilità dell'accordo) il tribunale non potrà di certo dichiarare contestualmente il fallimento, stante la non necessaria coincidenza del presupposto oggettivo tra le due procedure.

Sarà comunque necessario un nuovo accertamento sulla sussistenza o meno dello stato d'insolvenza, procedimento che può essere iniziato o meno d'ufficio a seconda che si consideri l'accordo un concordato semplificato ovvero un istituto autonomo e, quindi,

del residuo spazio che si attribuisce al tribunale di dichiarare il fallimento d'ufficio in presenza dell'insolvenza accertata nel corso di una procedura concorsuale "minore".

12. — *Gli effetti*

L'accordo acquista efficacia con la pubblicazione nel registro delle imprese.

Pubblicazione, termine tecnico da intendersi come detto, deposito per l'iscrizione, che costituisce il momento di efficacia dell'accordo con riguardo ai creditori che vi abbiano prestato adesione.

Con la conseguenza che gli eventuali effetti protettivi in esso previsti (ad esempio la temporanea rinuncia alle azioni esecutive) sono destinati ad operare a far data dal deposito dell'accordo. Secondo una diversa opinione gli effetti del secondo comma dell'art. 182 l.f. sono quelli dell'esonerazione da revocatoria, con la conseguenza che la successiva omologazione permette di estendere gli effetti protettivi dell'esenzione non solo agli atti, pagamenti e garanzie posti in essere successivamente, ma anche a quelli anteriori, purché effettuati dopo la pubblicazione.

In quest'ottica il significato della norma dovrebbe quindi essere inteso nel senso che, in mancanza di omologa, gli effetti, prodotti sin dalla pubblicazione, non possono essere conservati, attribuendosi così al diniego di omologa efficacia risolutiva.

La mancanza di uno strumento di protezione del patrimonio del debitore costituiva una delle principali ragioni del sinora scarso successo dell'istituto.

Il legislatore ha posto rimedio a tale inconveniente introducendo uno strumento di protezione del patrimonio del debitore dalle azioni esecutive e/o cautelari.

Come si legge nella relazione accompagnatoria del D.Lgs. n. 169/2007 "alla norma è stato aggiunto un comma, che sancisce, nelle more del procedimento omologatorio e comunque per un tempo non superiore a sessanta giorni, la sospensione *ope legis* degli atti esecutivi e delle azioni cautelari sul patrimonio del debitore".

La protezione automatica del patrimonio del debitore, la cui attuazione prescinde da una domanda di parte (8), risulta funzionale all'attuazione dell'accordo e, in particolare, alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

Il divieto di iniziare azioni cautelari, esecutive e fallimentari ha carattere generale, così come l'effetto sospensivo delle azioni in corso.

Il concetto di "azioni esecutive" deve essere inteso in senso lato e quindi esteso a tutti i provvedimenti "anche" di natura esecutiva come la sentenza dichiarativa di fallimento che, a prescindere dalle diverse definizioni fornite dalla dottrina in ordine alla sua natura (9), determina automaticamente lo "spossessamento" del fallito da tutti i

(8) In questi termini FERRO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*; in *La legge fallimentare* (a cura di) M. FERRO, II, Padova, 2008, pp. 369-370 secondo cui "la pubblicazione dell'accordo nel registro imprese funge così da unico requisito cognitivo da cui scaturiscono per i terzi effetti impeditivi alle azioni"; BONFATTI-CENSONI, *Le disposizioni correttive ed integrative della riforma della legge fallimentare, Manuale di diritto fallimentare, Appendice*, Padova, 2008, p. 103; contra per la necessità di un'istanza da parte del debitore VIRGINTINO, *La riforma delle procedure concorsuali*, II, Napoli, 2007, p. 422.

(9) Sull'argomento vedi DIMUNDO, *Il giudizio di dichiarazione di fallimento*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani, Torino, 2000, p. 216.

suoi beni, con effetti assimilabili a quelli di un pignoramento universale.

Con la conseguenza che nel periodo di sessanta giorni dal deposito dell'accordo non potrà essere depositato il ricorso per la dichiarazione di fallimento; qualora l'istruttoria prefallimentare sia già iniziata non sarà consentita l'emissione dei provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio dell'impresa previsti dall'art. 15 l.fall. né il compimento di altra attività, neppure istruttoria né, tanto meno, sarà possibile dichiarare il fallimento del debitore.

Si è voluto in questo modo ovviare ad una delle questioni che maggiormente potevano avere reso poco conveniente la presentazione di un accordo di ristrutturazione, al fine di rendere più agevole l'utilizzazione di un istituto che non ha avuto, ad oggi, la diffusione auspicata.

13. (segue) — *L'esenzione da revocatoria*

Ai sensi del novellato art. 67 comma 3, lett. e) non sono soggetti all'azione revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato ai sensi dell'articolo 182-bis l.f.

Non tutti gli atti posti in essere dal debitore in crisi dopo l'omologazione dell'accordo godono quindi dell'effetto protettivo previsto dalla norma, ma soltanto quelli direttamente esecutivi dell'accordo medesimo.

Esenzione collegata all'omologa del tribunale: il legislatore ha voluto ancorare al decreto emesso al termine del giudizio l'irreversibilità dei pagamenti eseguiti in forza dell'accordo, ad un decreto, si badi bene non ancora definitivo, dato che avverso la decisione del tribunale è sempre proponibile il reclamo alla corte d'appello ex art. 183 l.f.

Secondo una diversa impostazione l'esenzione riguarderebbe tutti gli atti esecutivi dell'accordo successivi al deposito presso il registro delle imprese con la conseguenza che l'omologazione avrebbe, a tali fini, un effetto retroattivo, in quanto assicurerebbe un regime di immunità dalla revocatoria anche ad atti, pagamenti e garanzie anteriori al giudizio.

Un'ulteriore problematica è quella relativa all'ampiezza di tale esenzione, sia con riferimento alle azioni che agli atti oggetto di tale esenzione.

Il generico richiamo del comma 3 dell'art. 67 l.f. all'"azione revocatoria" (a differenza del successivo comma 4 della medesima norma che, al contrario, afferma esplicitamente che "le disposizioni di questo articolo" non si applicano alle altre ulteriori fattispecie ivi previste) ha fatto ritenere a taluno che tale esenzione non sia limitata all'azione revocatoria ex art. 67 l.f., ma estesa ad ogni azione revocatoria, fallimentare od ordinaria, proseguita o proposta dal curatore fallimentare.

Con riferimento al diverso profilo, quello dell'individuazione degli atti sottratti all'azione revocatoria, l'ampia e generica espressione utilizzata lascia intendere che tutte le operazioni volte all'esecuzione dell'accordo omologato rientrino in tale esenzione, e ciò a prescindere dal beneficiario finale dell'atto, godendo di tale beneficio anche i soggetti che non hanno partecipato all'accordo, primi fra tutti i creditori estranei.

I pagamenti eseguiti dal debitore prima dell'omologa sono sottratti alla nuova

condizione di esonero dell'art. 67 comma 3, lett.e) l.f.

A fronte dell'evidente difficoltà che tale previsione può comportare in termini di aggravamento della crisi determinato da un arresto temporaneo delle relazioni commerciali e finanziarie, vi è chi ha intravisto un possibile rimedio, volto a garantire protezione agli atti precedenti all'omologazione posti in essere in funzione del superamento della crisi d'impresa, nella saldatura di tale rimedio con l'esenzione prevista dall'art. 67, comma 3, lett.d).

14. — Consecuzione di procedure: la conversione in fallimento

In caso di successivo fallimento, qualora si privilegi, come pare preferibile, la natura contrattuale dell'istituto non è possibile riconoscere un collocamento in predeuzione alle obbligazioni assunte nel corso degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Soluzione che si giustifica in primo luogo perché nell'accordo introdotto dall'art. 182 bis l.f. manca un'espressa finalizzazione della procedura alla prosecuzione dell'attività.

Tale riconoscimento va negato anche perché il procedimento non prevede alcuna forma di sorveglianza sull'attività d'impresa in epoca successiva all'omologazione dell'accordo.

Con la conseguenza che la tutela dei crediti sorti nel corso dell'esecuzione dell'accordo omologato dovrà essere affidata alla previsione di adeguate garanzie non soggette all'eventuale successiva azione revocatoria.

Ben diversa si presenterebbe la situazione, come detto, ove si considerasse l'istituto come un piccolo concordato o, comunque, come una procedura concorsuale a tutti gli effetti, dato che in questo caso la fattispecie ricadrebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 111 ultimo comma l.f. secondo cui sono considerati debiti prededucibili quelli "sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge".

Riguardo all'eventuale retrodatazione del termine del c.d. "periodo sospetto" in caso di successivo fallimento, va ricordato come tale effetto era ricollegato al concetto di consecuzione di procedure (diverse procedure concorsuali che si susseguono nel tempo a carico del medesimo imprenditore integranti una medesima crisi economica di diversa gradazione) che rappresentavano più fasi di un procedimento unitario destinato al soddisfacimento dei creditori con rispetto della par condicio creditorum.

Il differente presupposto oggettivo tra l'accordo ex art. 182bis l.f. ed il fallimento non rende più possibile la retrodatazione al deposito o all'omologa dell'accordo del periodo sospetto ai fini della revocatoria in caso di successivo fallimento.

D'altra parte non pare possibile né una valutazione del presupposto oggettivo (crisi o insolvenza) in sede di omologa dell'accordo né la successiva sentenza di fallimento (a differenza di quanto previsto dal codice di commercio) può individuare il momento, diverso, in cui sia sorta l'insolvenza.

GIUSEPPE VIGNERA

Magistrato

PRINCIPIO DI LEGALITÀ ED ESERCIZIO DELLA GIURISDIZIONE

Sommario: 1. - *Il principio di legalità quale fondamento primario della riserva di legge ex art. 111, 1° comma, Cost.* 2. - *Orientamento postulante il carattere assoluto della riserva di legge in questione.* 3. - *Esame critico dell'impostazione suindicata: carattere relativo della riserva di legge in discorso.* 4. - *Conclusioni.*

1. — Il principio di legalità quale fondamento primario della riserva di legge ex art. 111, 1° comma, Cost.

Innovato dall'art. 1 l. cost. 23 novembre 1999 n. 2 (1), l'art. 111, 1° comma, Cost. attualmente stabilisce: *“La giurisdizione si attua mediante il giusto processo*

(1) L'art. 111 Cost. nella sua formulazione originaria constava di tre commi.

Il 1° comma, più esattamente, divisava (e divideva ancora) la garanzia della motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali (su tale garanzia v. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, 1997, 191 ss.).

Il 2° comma, a sua volta, assicurava (e continua ad assicurare) l'esperibilità del ricorso (c.d. straordinario) in Cassazione contro le sentenze ed i provvedimenti sulla libertà personale (sulla funzione di tale mezzo d'impugnazione, sul suo oggetto e sui motivi deducibili con esso v. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 205 ss.).

Il 3° comma, infine, fissava (e continua a farlo) i limiti (*“per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”*) del ricorso in Cassazione avverso le decisioni delle Supreme magistrature amministrative (Consiglio di Stato e Corte dei Conti) [BERLATI, *“Limiti esterni” della giurisdizione amministrativa e ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato*, in *Arch. civ.*, 1997, 241 ss.; MARINO, *Corte di cassazione e giudici “speciali” (Sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 14 ss.].

L'art. 1 l. cost. 23 novembre 1999 n. 2 (*Inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione*) ha lasciato immutato il testo dei commi predetti, dei quali è cambiata solamente la collocazione nell'ambito dell'art. 111 Cost., (diventandone, rispettivamente, i commi 6°, 7° e 8°) a seguito dell'aggiunta di cinque nuovi commi allo stesso articolo.

Di questi nuovi commi, il 3°, il 4° ed il 5° si riferiscono esclusivamente al processo penale (le norme attuative di questa parte della riforma costituzionale sono state date con la l. 1° marzo 2001 n. 63).

Il 1° ed il 2° di tali commi, invece, attesa la loro formulazione in termini generalissimi, riguardano qualsiasi procedimento giurisdizionale.

Infatti, il nuovo 1° comma dell'art. 111 Cost. stabilisce che *“la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”*.

Il nuovo 2° comma, a sua volta, prevede che *“ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”*.

regolato dalla legge" (2).

Atteso l'indiscusso ed indiscutibile carattere onnicomprensivo della sua formulazione, codesta disposizione (al pari di quella contenuta nel 2° comma) è destinata ad influenzare la struttura di ogni procedimento giurisdizionale (3) concretamente modellato dal legislatore ordinario: penale, civile, amministrativo, contabile o tributario che esso sia (4).

(2) Sulle "imprecisioni od incertezze semantiche" caratterizzanti le disposizioni costituzionali del 1999 v. le perspicue osservazioni di COMOGLIO, *Il 'giusto processo' civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 702, 739-740, il quale esattamente rileva (tra l'altro) che la giurisdizione "non si 'attua', ma semmai 'si esercita' o viene 'esercitata' dai giudici che ne siano titolari, come è possibile argomentare dall'art. 1 c.p.c."

(3) Il concetto di "procedimento" e quello di "processo" verranno da noi usati promiscuamente, poiché non ci sembra fondata su dati normativi positivi la loro distinzione incentrata sulla mancanza nel primo e sulla presenza nel secondo del contraddittorio tra le parti [per tale distinzione v. specialmente FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 861 ss. (cui nei decenni successivi hanno fatto seguito innumerevoli altri scritti dello stesso autore, che appare superfluo menzionare per la sostanziale ripetitività dei concetti espressi); e PICARDI, *La dichiarazione di fallimento dal procedimento al processo*, Milano, 1974, 133 ss., 154 ss.].

Codesta distinzione, invero, appare anzitutto inficiata da un'intrinseca artificiosità, essendo del tutto nominalistica: ben si potrebbero, infatti, invertire le definizioni (riconoscendo al "procedimento" e negando, invece, al "processo" la peculiarità strutturale del contraddittorio *inter partes*) senza che ne derivino conseguenze applicative (per tale saggia obiezione v. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 822 ss.).

La distinzione stessa, poi, si rivela assolutamente inutile dal punto di vista pratico, considerato che nel diritto positivo è possibile riscontrare (da un lato) procedimenti giurisdizionali senza contraddittorio (come, per esempio, quello monitorio in senso stretto); e (dall'altro lato) procedimenti non giurisdizionali aventi struttura dialettica (i c.d. procedimenti amministrativi contenziosi o quasi-contenziosi, sui quali v. *ex multis* BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 126, 138 ss.; GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 379 ss.): anzi, per effetto degli artt. 7-10 l. 7 agosto 1990 n. 241, la dialetticità integra attualmente un requisito coesenziale alla stessa nozione giuridica di procedimento amministrativo (v. per tutti CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, 2, Milano, 2001, 1291 ss., secondo cui oggi "il principio del giusto procedimento, e con esso il principio del contraddittorio, è inderogabile in procedimenti che si concludono con provvedimenti afflittivi della sfera giuridica del privato").

Sulla tendenza ad esaltare l'utilizzazione del metodo partecipativo pure nell'ambito del procedimento legislativo v., infine, PATRONO, *Procedimento legislativo*, in *Nov. dig. it., Appendice*, V, Torino, 1984, 1343 ss.

Conclusivamente, pertanto, appare corretto affermare che "l'unico dato certo, che abbia rilievo per l'interprete del diritto positivo, ... par quello che tale diritto non usa la parola 'processo' per definire procedimenti che non siano giudiziari, più precisamente ove non operi il giudice, e la riserva, prevalentemente, a quei procedimenti giudiziari, le cui funzioni sono giurisdizionali necessarie" (MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 7).

(4) Sul punto v. esemplificativamente BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 479, 483-484, secondo cui anzi ai canoni del giusto processo devono attenersi pure "la giurisdizione privata, ossia l'arbitrato (rituale), e la giurisdizione straniera, perché esse hanno ormai assunto nel nostro ordinamento piena ed autonoma rilevanza nel momento in cui il legislatore ha statuito l'efficacia del lodo arbitrale e della sentenza straniera a prescindere da ogni atto di ricezione del giudice pubblico" (v. per l'arbitrato gli artt. 823, 4° comma, 827, 2° comma e 828, 1° e 2° comma, c.p.c.; e per le sentenze straniere l'art. 64 l. 31 maggio 1995 n. 218).

Qualsiasi processo giudiziario, pertanto, per essere qualificato conforme alla Costituzione oggi deve essere [oltreché “giusto”: coerente, cioè, con quei valori di civiltà giuridica espressi o condivisi dalla collettività (5)] “regolato dalla legge”.

Malgrado le apparenze, la riserva di legge in materia processuale così divisa non rappresenta una vera novità, dovendosi essa considerare estrinsecazione di quel principio di legalità, che a sua volta “costituisce la ‘grande regola’ dello Stato di diritto” (6).

In virtù di tale principio (di legalità), infatti, tutti i titolari di un pubblico potere [giudici e ... pubblici ministeri compresi (7)] sono tenuti “all’osservanza delle regole, delle procedure e dei termini stabiliti dalla legge” (8).

Stupisce non poco, perciò, il fatto che [nell’intento di annichilire la valenza innovativa della disposizione costituzionale *de qua* e delle altre divise dal nuovo art. 111 Cost. (9)] sia stato scritto: “l’esistenza di una riserva di legge riguarda i rapporti tra

(5) Sul punto rinviamo a VIGNERA, *Il “giusto processo” nell’art. 111, comma 1, Cost.: nozione e funzione*, in *Informazione prev.*, 2003, 979, 983 ss.

(6) Così icasticamente Corte cost. 2 novembre 1996 n. 379, in *Foro it.*, 1997, I, 370.

Sul tema v. pure CARLASSARE, *Legge (Riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 11, secondo la quale la “discrezionalità ... in uno Stato di diritto non può essere assoluta e trasformarsi in arbitrio, ma deve essere previamente disciplinata dalla norma legislativa per garantire ai singoli un eguale trattamento ... e per assicurare l’effettività del controllo giurisdizionale sugli atti emanati. Ma ciò è quanto, precisamente, richiede il generale principio di legalità cui, in uno Stato democratico di diritto, non si può non riconoscere valore generale”.

Sui nessi tra principio di legalità e Stato di diritto v. (pure per ulteriori informazioni bibliografiche) GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Digesto civ.*, X, Torino, 1993, 497, 498 [il quale evidenzia in particolare che, “laddove il principio di legalità vale nei confronti dei poteri esecutivo e giurisdizionale, abbiamo a che fare con uno stato di diritto (senza ulteriori specificazioni);, laddove il principio di legalità si estende anche al potere legislativo, abbiamo a che fare con uno stato costituzionale di diritto”].

(7) Di “assoggettamento del pubblico ministero al principio di legalità processuale” parla *ex professo* Corte Cost. 23 maggio 2003 n. 178, in *Foro amm. CDS*, 2003, 1521.

(8) Corte Cost. 18 dicembre 2001 n. 415, in *Fisco*, 2002, 4.

Sui nessi e le mutue implicazioni tra principio di legalità e riserva di legge v. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, cit., 11 (“La riserva di legge relativa, creazione dottrinale e giurisprudenziale, è stata lo strumento indispensabile per consentire che, all’interno di precise direttrici fissate dal Parlamento, potesse esercitarsi, con l’emanazione di atti normativi e non normativi, la necessaria discrezionalità degli altri organi investiti di potere. Discrezionalità che, certo, in uno Stato di diritto, non può essere assoluta e trasformarsi in arbitrio, ma deve essere previamente disciplinata dalla norma legislativa per garantire ai singoli un eguale trattamento e per assicurare l’effettività del controllo giurisdizionale sugli atti emanati. **Ma ciò è quanto, precisamente, richiede il generale principio di legalità cui, in uno Stato democratico di diritto, non può non riconoscersi valore generale. Quindi in definitiva la riserva di legge - limitata a pochi, più delicati e significativi oggetti - sarebbe forse da intendersi, come ritiene la migliore dottrina, sempre assoluta: solo - e compiutamente - dalla legge quegli oggetti hanno da essere disciplinati**”: il grassetto è nostro); nonché le pregevoli e “sempiterni” considerazioni di CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *L’ordinamento costituzionale italiano (Le fonti)*, Padova, 1975, 52 ss., spec. 54-56.

(9) Per questa riduttiva interpretazione dell’art. 111, 1° e 2° comma, Cost. v. CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Civinini e Verardi, Milano, 2001, 13 ss.

In senso critico v. VIGNERA, *Il “giusto processo” nell’art. 111, comma 1, Cost.: nozione e funzione*, cit., 981 ss.

potere legislativo e gli altri poteri dello Stato legittimati ad emanare norme giuridiche, particolarmente il potere esecutivo ... Ma la riserva di legge non riguarda (non può riguardare) i rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario, posto che nel nostro sistema il giudice non è fonte formale di regole generali ed astratte, ma è l'organo chiamato a concretizzarle" (10).

Tale singolarissima affermazione non ha alcun fondamento.

Dal punto di vista storico, per cominciare, chi l'ha fatta non ha probabilmente considerato che il "giusto processo regolato dalla legge" ex art. 111, 1° comma, Cost. rappresenta la "variante" (non solo linguistica, ma anche ... garantistica) del *due process of law* (11), di notoria matrice anglosassone (è persino pedante ricordarlo).

Orbene!

"L'espressione 'due process of law' non si trova nella Magna Charta. Ciò nondimeno, le radici di tale principio sono già visibili in quel documento che per primo, nel 1215, intervenne a restringere il potere del sovrano inglese di agire legibus solutus. Difatti, quel documento, passato alla storia come 'la carta delle libertà', così disponeva nel suo XXXIX articolo: 'Nessun uomo libero sarà (da noi sovrano) catturato e/o imprigionato, o privato dei suoi beni, oppure esiliato, o in qualunque altro modo rovinato, né noi lo perseguiremo o lasceremo che venga perseguito, salvo che mediante il legittimo giudizio (lawful judgment) dei suoi pari e/o in conformità della legge del regno'. Nello stabilire il dovere del sovrano di procedere 'mediante la legge del regno' (by the law of the land), traduzione del latino 'per legem terrae', la Magna Charta poneva il sovrano stesso, ovverosia lo Stato, nella condizione di dover osservare le procedure legittime al fine di infliggere una qualunque sanzione nei confronti di un individuo. Le radici del principio di giustizia ivi contenuto possono così scorgersi nel riferimento al requisito della 'legittimità' (lawfulness), inteso appunto nel senso di un giudizio legittimamente pronunciato a seguito delle acconce procedure e nel rispetto delle leggi del regno. Questa idea del procedimento legittimo (lawful) o giusto (fair) venne poi trasfusa nelle prime costituzioni statali, rappresentando l'antecedente diretto della frase 'due process of law' quale oggi si legge nella Costituzione degli Stati Uniti d'America" (12).

Oltre a misconoscere il fatto che il *due process of law* nasce proprio come garanzia processuale (avente ad oggetto il *lawful judgment*, tale essendo a sua volta soltanto quello determinato *by the law of the land*) e, quindi, in definitiva come garanzia di una vera ... "riserva di legge in materia processuale", anche dal punto di vista giuridico l'opinione qui avvertata si rivela disinvolta perché:

A) "se pure è vero che la riserva di legge, principalmente per ragioni storiche, è

(10) CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, cit., 18.

(11) Cfr. VASSALLI, *Il giusto processo: la genesi e la storia*, in *Il giusto processo*, 2002, 149, 151-152: "Mi sembra difficile negare che nell'era moderna la locuzione in discorso ripete le proprie origini soprattutto dal diritto anglosassone, prima inglese e poi americano, dove l'espressione *due process*, o anche l'espressione *due process of law*, risale indietro nei secoli fino all'inizio del presente millennio e trova particolare sviluppo presso i giuristi del secolo XIV, mantenendosi peraltro come principio vivo ed operante fino ai nostri giorni".

(12) RE, *Due process of law*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, I (i grassetti sono nostri).

Sulla matrice processuale del *due process of law*, v. pure VASSALLI, *Il giusto processo: la genesi e la storia*, cit., 152; VIGORITI, *Due process of law*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1991, 228.

stata tradizionalmente studiata nell'ottica dei rapporti tra competenza normativa del legislativo e competenza normativa dell'esecutivo, è altresì vero che, nell'impostazione odierna, essa vale anche nei confronti del potere giurisdizionale" (13);

B) più esattamente, essa (opinione) si rifà a quel vetusto e "screditato" (14) modo di vedere, "che riduce la riserva di legge a semplice criterio di ripartizione delle competenze fra la legge e le altri fonti del diritto" (15): ormai da tempo, invece, è stato messo in evidenza come la riserva di legge riguardi (non solo le relazioni tra organi, ma) pure le relazioni tra atti (16) perché, "se la previsione costituzionale di una riserva significa **obbligo** per il legislatore di disciplinare una materia, di non lasciarla riempire da altri, la riserva stessa è egualmente violata sia quando vengano attribuiti poteri normativi a fonti diverse, sia quando la legge, anziché regolare completamente la materia, la lasci praticamente sfornita di disciplina, limitandosi a generiche indicazioni o al conferimento di poteri discrezionali. In tali casi la norma, non previamente posta in modo completo dalla legge del Parlamento (né da alcuna altra fonte) è creata dall'organo (amministrativo o giurisdizionale) nel momento dell'applicazione" (17).

Se, infine, (per pura e remotissima ipotesi) fosse davvero esatto che "l'esistenza di una riserva di legge riguarda i rapporti tra potere legislativo e gli altri poteri dello Stato legittimati ad emanare norme giuridiche", ci saremmo posti la seguente domanda: è più esatto affermare che "il richiamo alla necessità di un processo 'regolato dalla legge' è totalmente inutile" (18)? oppure è più corretto sostenere che proprio l'art. 111, 1° comma, Cost. ha determinato il (definitivo, solenne e formale) superamento di quella vetusta concezione?

Ci sembra superfluo esplicitare la nostra risposta.

(13) Così BALDUZZI-SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1207, 1215.

Analogamente CARLASSARE, *Legge (Riserva di)*, cit., 1990, 5 (le cui parole al riguardo riporterebbero tra poco nel testo); GUASTINI, *Legge (riserva di)*, in *Digesto pubbl.*, IX, Torino, 1994, 163, 168 ["Il legislatore può non disciplinare affatto la materia riservata, ma - se decide di disciplinarla - ha l'obbligo di disciplinarla 'compiutamente' o 'integralmente', così da non lasciare spazio all'intervento di fonti subordinate alla legge e, più in generale, da non lasciare margini di discrezionalità agli organi (amministrativi e giurisdizionali) dell'applicazione"].

Sulla valenza generale del principio di legalità e sulla sua applicabilità (anche) all'attività giurisdizionale, infine, v. pure FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 659, 660, dove al riguardo si richiama altresì il principio della subordinazione del giudice alla legge (art. 101, 2° comma, Cost.).

(14) Così GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., 498 ["... tradizionalmente, il principio di legalità è riferito non ai pubblici poteri in genere, ma specificamente al potere esecutivo. Ciò sottintende un modo di vedere risalente, secondo cui il problema della garanzia dei diritti nei confronti del legislativo e del giudiziario, semplicemente, non si pone ... Questo modo di vedere è oggi screditato. Nella cultura giuridica contemporanea si sono affermate: per un verso, la teoria secondo cui i diritti dei cittadini traggono origine non dalla legge, ma dalla costituzione, sicché si pone il problema di garantire i diritti conferiti dalla costituzione anche nei confronti del legislatore (di qui la rigidità delle costituzioni contemporanee e i controlli di legittimità costituzionale sulle leggi); per un altro verso, la teoria secondo cui la funzione giurisdizionale non è riducibile a 'meccanica' applicazione della legge, ma involge invece ampi margini di discrezionalità, quanto meno di discrezionalità amministrativa"].

(15) CARLASSARE, *Legge (Riserva di)*, cit., 4.

(16) V. CARLASSARE, *Legge (Riserva di)*, cit., 1-2, 5.

(17) CARLASSARE, *Legge (Riserva di)*, cit., 5.

(18) Così conclude CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, cit., 19.

2. — Orientamento postulante il carattere assoluto della riserva di legge in questione

Tanto precisato, si rileva adesso che per alcuni studiosi la dizione normativa qui considerata impone oggi una rigida predeterminazione legislativa delle modalità di svolgimento del giudizio: così chiaramente postulando che l'art. 111, 1° comma, Cost. faccia del processo giurisdizionale l'oggetto di una riserva di legge assoluta, la quale comporta “*esclusione dalla materia che ne forma oggetto, oltre che di normazione regolamentare - ad eccezione soltanto (stando all'opinione preferibile) - dei regolamenti di stretta 'esecuzione' della legge - anche di concreti provvedimenti discrezionali*” degli organi preposti alla sua applicazione, “*solo ammettendosi interventi 'vincolati' alla legge, che ne costituiscano necessaria applicazione*” (19).

In tale prospettiva si sostiene che i procedimenti a contenuto contenzioso (20) devono necessariamente uniformarsi al modello del processo ordinario di cognizio-

(19) Codesta definizione di riserva di legge assoluta è stata mutuata da CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., 52-53.

Sulla distinzione tra riserva di legge assoluta e riserva di legge relativa v. esemplificativamente CARLASSARE, *Legge (Riserva di)*, cit., 5: “*Nelle materie coperte da riserva di legge relativa si attenuerebbe il rigore dell'esclusione degli interventi non provenienti da fonte legislativa: del tutto vietati (quando non siano di 'mera esecuzione') laddove la Costituzione dispone una riserva assoluta, sarebbero invece, qui, consentiti, purché la legge abbia disciplinato la materia in modo 'sufficiente', e comunque idoneo a circoscrivere la discrezionalità di chi è autorizzato ad intervenire*”.

Sulla matrice dottrinarie e giurisprudenziale della distinzione (“*che non trova alcuno specifico fondamento nel testo costituzionale*”), sull'incostante applicazione fattane dalla Corte Costituzionale, sulla difficoltà di qualificare esattamente le diverse riserve poste dalla Costituzione e sulla recente tendenza della Consulta a relativizzare (per così dire) tutte le riserve di legge (compresa quella in materia penale ex art. 25, 2° comma, Cost.) v. BALDUZZI-SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1216-1217, testo e nota 47; nonché CARLASSARE, *Legge (Riserva di)*, cit., 6-8; e GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., 169 ss.

(20) Richiami dottrinari sulla nozione di procedimento di natura contenziosa (o decisoria) ci appaiono superflui alla stregua del “diritto vivente” rappresentato dall'ormai stabilizzata giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di ricorso “straordinario” ex art. 111 Cost.

Ravvisata inizialmente in uno dei possibili contenuti indicati dall'art. 279, 2° comma, c.p.c. (così Cass. sez. un. 30 luglio 1953 n. 2593, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1953, VI, 204) ed identificata successivamente con l'incidenza su posizioni di diritto soggettivo o status (v. esemplificativamente Cass. 14 gennaio 1981 n. 322; Cass. 13 aprile 1981 n. 2182; Cass. 3 giugno 1981 n. 3598, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1318; Cass. 12 ottobre 1982 n. 5241; Cass. 27 marzo 1985 n. 2151, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 265; Cass. 2 dicembre 1992 n. 12861, *ivi*, 1993, I, 1, 1694), la decisorietà da circa venti anni tende ad essere stabilmente intesa come *risoluzione di una controversia* (o conflitto o contestazione o lite) *in ordine a diritti soggettivi o status* (cfr. *ex plurimis* Cass. sez. un. 23 ottobre 1986 n. 6220, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1616; Cass. sez. un. 21 gennaio 1988 n. 424 e Cass. 3 dicembre 1987 n. 8974, entrambe in *Foro it.*, 1989, I, 504; Cass. sez. un. 10 giugno 1988 n. 3931, *ivi*, 1988, I, 1858; Cass. 2 agosto 1990 n. 7708; Cass. 24 aprile 1991 n. 4527, in *Foro it.*, 1991, I, 3107; Cass. 4 dicembre 1991 n. 13009, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 882; Cass. 9 dicembre 1991 n. 13221, in *Foro it.*, 1992, I, 2760; Cass. 26 aprile 1994 n. 3942, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1260; Cass. sez. un. 1° marzo 1995 n. 2317, in *Foro it.*, 1996, I, 3462; Cass. 22 gennaio 1996 n. 461, *ivi*, 1996, I, 2836; Cass. 18 maggio 1996 n. 4620, *ivi*, 1996, I, 2376; Cass. 4 settembre 1996 n. 8063, in *Famiglia e diritto*, 1997, 39; Cass. 22 ottobre 1997 n. 10379; Cass. sez. un. 2 aprile 1998 n. 3387; Cass. 23 febbraio 1999 n. 1548; Cass. 10 novembre 1999 n. 12463; Cass. 16 giugno 2000 n. 8226; Cass. 6 dicembre 2004 n. 22789, in *Guida al diritto*, 2005, 3, 72; Cass. 26 giugno 2006 n. 14742, in *Arch. locazioni*, 2007, 1, 81).

ne (21) o, comunque, a quello di un processo a cognizione piena (22), le cui forme *de iure condito* sono le sole ad essere - per l'appunto - predeterminate dalla legge.

Conseguentemente, è stata in particolare (e specialmente) messa in discussione la legittimità costituzionale del procedimento in camera di consiglio ex artt. 737 ss. c.p.c. [c.d. rito camerale o "volontario" (23)], in cui forme, termini e modalità di attuazione del contraddittorio sono lasciate pressoché integralmente alla determinazione discrezionale del giudice (24).

3. — *Esame critico dell'impostazione suindicata: carattere relativo della riserva di legge in discorso*

L'impostazione suindicata si espone a diverse obiezioni.

In primo luogo, non si comprende perché quello imposto dall'art. 111, 1° comma,

Giustamente, pertanto, è stato scritto: "*Decisorio non è qualunque provvedimento comunque incidente su diritti, ma soltanto quello che ha risolto una controversia in atto tra contrapposte posizioni di diritto soggettivo o di status, assumendo il contenuto tipico (di accertamento, di condanna, costitutivo) della sentenza. Costituiscono indici della presenza di tale carattere, descritto talvolta anche come idoneità al giudicato: a) una domanda di tutela su diritti soggettivi; b) una conseguente attività cognitiva decisoria del giudice; c) un provvedimento conclusivo avente contenuto decisorio, che cioè abbia accertato la volontà di legge nel caso concreto*" (CIVININI, *Provvedimenti camerali: orientamenti giurisprudenziali in tema di ricorribilità in Cassazione ex art. 111, 2° comma, Cost.*, in *Foro it.*, 1984, I, 2884, 2856).

(21) LANFRANCHI, "*Pregiudizi illuministici*" e "*giusto processo*" civile, in *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, a cura di Lanfranchi, Torino, 2001, 1 ss.

Lo stesso autore, nondimeno, in altri scritti ha affermato non esser necessario che la cognizione si svolga nelle forme di quella ordinaria, essendo sufficiente che la medesima (cognizione) abbia strutture "*articolate in un contraddittorio, in una istruttoria probatoria, in un accertamento giudiziale ... pieni, approfonditi per l'appunto, non sommari*", LANFRANCHI, *Sulla tutela dei diritti nel fallimento*, Milano, 1982, 44 ss.

(22) PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 241, 242-243.

Costui, peraltro, ha in altra sede precisato che l'essenza della cognizione piena è costituita non dal "*grado di razionalità dell'accertamento logico compiuto dal giudice*", ma "*dalla predeterminazione legale del modello di processo*" (PROTO PISANI, *Appunti sul valore della cognizione piena*, in *Foro it.*, 2002, 65-66); e che il problema della predeterminazione legislativa riguarda pure l'assetto di quei procedimenti (non propriamente contenziosi) comunque incidenti su diritti soggettivi o *status* (quali, ad esempio, quelli sulla potestà genitoriale) (PROTO PISANI, *Garanzia del giusto processo e tutela degli interessi dei minori*, in *Questione giustizia*, 2000, 467 ss.).

(23) Quest'ultima qualificazione trova - com'è noto - la sua ragion d'essere nel fatto che attraverso il procedimento in discorso si esercita normalmente la c.d. giurisdizione volontaria (o non contenziosa): alla quale va riconosciuta "*integrale giurisdizionalità*" (MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 20) per le ragioni magistralmente evidenziate da MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 1985, 17 ss. 54 ss.

(24) Così (sulla scia della dottrina ricordata nelle due note precedenti) l'ordinanza di rimessione di App. Genova 20 dicembre 2000, *Famiglia e diritto*, 2001, 304.

La *quaestio legitimitatis* è stata, peraltro, dichiarata inammissibile da Corte cost. 30 gennaio 2002 n. 1, *Foro it.*, 2002, I, 3302.

Cost. per le controversie in ordine a diritti soggettivi o *status* debba essere *sempre e solo* il giudizio *ordinario* di cognizione, posto che “*regolati dalla legge*” possono essere *pure* altri modelli processuali a cognizione piena [i c.d. processi a rito speciale, quale ad esempio quello del lavoro (25)] (26).

In secondo luogo, poi, postulare l'inesistenza di una cognizione piena nel procedimento camerale a contenuto decisorio (27) significa equivocare tra “deformalizzazione della cognizione” (caratterizzante il rito camerale) e “sommarietà della cognizione” stessa (fenomeno estraneo, invece, al procedimento camerale allorché esso abbia natura contenziosa) (28): di guisa che la conformità del rito “volontario” all'art. 111, 1° comma, Cost. va verificata prescindendo dalla natura della relativa attività cognitiva, potendo quest'ultima essere (bensì informale, ma) piena.

In terzo luogo, risulta difficile capire perché l'esigenza di una predeterminazione legislativa delle forme processuali sia stata connessa solamente ai procedimenti a con-

(25) Per la distinzione tra *procedimenti speciali di cognizione non sommaria* (i quali divergono sotto qualche aspetto dalla disciplina del procedimento ordinario di cognizione) e *procedimenti di cognizione non sommaria a rito speciale* (che hanno una strutturazione particolare e diversa da quella del processo ordinario di cognizione, suggerita dalla specialità della situazione sostanziale sulla quale incidono) v. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 1995, 169 ss.; TOMMASEO, *Appunti di diritto processuale civile. Nozioni introduttive*, Torino, 1993, 19 ss.

(26) Coerente con tale impostazione appare Corte Cost. 14 dicembre 1989 n. 543, in *Foro it.*, 1990, I, 366: “*In proposito va sottolineato che, in ogni caso ..., è da escludere che ogni rito processuale diverso da quello ordinario possa, di per sé, essere considerato in contrasto con l'art. 24 Cost., e ciò perché quest'ultimo rito non costituisce, come sembrerebbe invece ravvisarsi nella prospettiva del giudice a quo, l'unico ed esclusivo strumento di attuazione della garanzia costituzionale*”.

Del resto, *neppure* nel sistema giuridico anglo-americano la clausola del *due process of law* si è concretizzata nella garanzia ad una certa forma di processo: come fa notare VIGORITI, *Due process of law*, cit., 232.

(27) Così, invece, sostanzialmente fa Lanfranchi negli scritti ricordati alla nota 21.

(28) Al riguardo v. sempre Corte Cost. 14 dicembre 1989 n. 543, cit., nella cui motivazione si legge che il procedimento camerale non solo “*non appare in contrasto con la garanzia costituzionale del diritto alla difesa dal momento che risulta assicurato il principio del contraddittorio per la generale applicabilità dell'art. 101 c.p.c.*”, ma soprattutto che quello stesso procedimento “*è caratterizzato ... da una fase istruttoria solo eventuale e comunque più rapida, in quanto non formale, purché, quando si tratta di giurisdizione contenziosa, siano osservati i principi sulla prova propri di essa*” (il grassetto è nostro).

Nello stesso senso, con riferimento alla fase camerale del procedimento per dichiarazione di fallimento, Corte cost. 23 dicembre 2005 n. 460, in *Foro it.*, 2006, 3, 1, 639: “*... la fase dell'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento assume certamente 'valore impugnatorio con contenuto sostanziale di revisio prioris instantiae': non soltanto la sentenza dichiarativa di fallimento, ove non opposta, è idonea a passare in giudicato, non soltanto le condizioni che legittimano il provvedimento sono oggetto di rivalutazione in sede di opposizione, ma proprio la gravità delle conseguenze (non di rado irreversibili) derivanti dalla dichiarazione di fallimento rende evidente come la 'sommarietà' della cognizione camerale vada intesa nel senso non già di 'parzialità' o 'superficialità', bensì di 'deformalizzazione'. Ove ciò non fosse - se, cioè, la dichiarazione di fallimento potesse seguire ad una cognizione parziale o incompleta, nella quale gli elementi utilizzabili dal giudice per la decisione non fossero assunti nel (sia pur non formalizzato) contraddittorio delle parti (ed in primis del fallendo) - la disciplina legislativa, che consente effetti tanto rilevanti e potenzialmente definitivi, sarebbe di più che dubbia costituzionalità*”.

tenuto contenzioso e non anche, invece, a quelli di volontaria giurisdizione *stricto sensu* (29), a quelli esecutivi ed a quelli cautelari: i quali, al pari dei giudizi contenziosi, hanno sicuramente natura giurisdizionale (30) e, pertanto, rientrano anch'essi a pieno titolo nella previsione *ex art.* 111, 1° comma, Cost. [che si riferisce a qualsiv-

In argomento v. pure Cass. 4 ottobre 2005 n. 19354 (in tema di equa riparazione per durata irragionevole del processo), nella cui motivazione si legge: “*la formulazione dell'art. 3, quinto comma, della legge n. 89 del 2001 non esclude che i mezzi di prova attraverso i quali ricostruire i fatti rilevanti ai fini del decidere siano, e restino, quelli ‘tipici’ di ogni procedimento il quale, come accade in materia di equa riparazione, pur articolandosi nelle forme della camera di consiglio (art. 3, quarto comma, della già citata legge n. 89/001), non realizzi un'espressione di giurisdizione volontaria (così da rendere possibile al giudice di assumere informazioni sui fatti in modo tendenzialmente libero e di ricorrere a mezzi di prova anche ‘atipici’), ma abbia per oggetto un conflitto di posizioni tra le parti applicato a diritti soggettivi, ovvero costituisca l'espedito normativo per dare vita ad una forma processuale semplificata ed alternativa rispetto a quella ordinaria, ma volta a finalità di accertamento e/o di condanna che sono analoghe od identiche, onde dal catalogo delineato dagli artt. 2699 e seguenti c.c. e dagli artt. 191 e seguenti c.p.c., ivi comprendendo, quindi, altresì la prova testimoniale, le parti e la corte di appello (quest'ultima nell'esercizio dei suoi poteri ufficiosi) possono attingere senza limitazioni particolari, tanto più in un caso, come quello di specie, in cui le norme sul procedimento di equa riparazione, contenute nel richiamato art. 3 della legge n. 89/2001, non recano alcuna esplicita disposizione in contrario*”.

Mette conto sottolineare come da codesta motivazione si desuma inequivocabilmente che:

a) nei procedimenti camerali (tanto a contenuto contenzioso, quanto di volontaria giurisdizione *stricto sensu*) il giudice ha sempre il potere “*di assumere informazioni sui fatti in modo tendenzialmente libero e di ricorrere a mezzi di prova tipici o atipici*”;

b) nei procedimenti camerali di natura contenziosa (oltre al suindicato potere officioso) esiste pure il diritto delle parti ai mezzi di prova tipici;

c) nei procedimenti camerali non contenziosi, invece, alle parti ... non va riconosciuto tale diritto!

(29) Cfr. Cass. sez. un. 2 aprile 1998 n. 3387, cit.: “*In tema di tutela dei minori, i provvedimenti che limitino od escludano la potestà dei genitori naturali, ai sensi dell'art. 317 bis c.c., che pronuncino la decadenza dalla potestà sui figli o la reintegrazione in essa, ai sensi degli art. 330 e 332 c.c., che dettino disposizioni per ovviare ad una condotta dei genitori pregiudizievole ai figli, ai sensi dell'art. 333 c.c., o che dispongano l'affidamento contemplato dall'art. 4, comma 2 l. 4 maggio 1983 n. 184 (che richiama il citato art. 330 c.c.), ancorché resi dal giudice di secondo grado in esito a reclamo, non sono impugnabili con ricorso per cassazione a norma dell'art. 111 Cost., in quanto, pur riguardando posizioni di diritto soggettivo, chiudono un procedimento di tipo non contenzioso, privo di un vero e proprio contraddittorio, non statuiscano in via decisoria e definitiva su dette posizioni, stante la loro revocabilità e modificabilità per motivi sia sopravvenuti che preesistenti, e si esauriscono pertanto in un governo di interessi sottratti all'autonomia privata, senza risolvere un conflitto su diritti contrapposti*”.

Conf. *ex multis* Cass. sez. un. 23 ottobre 1986 n. 6220, in *Foro it.*, 1987, I, 3278; Cass. 9 giugno 1987 n. 5022; Cass. 27 novembre 1987 n. 8825; Cass. 23 dicembre 1987 n. 9640; Cass. 3 luglio 1990 n. 6776; Cass. 11 giugno 1997 n. 5226; Cass. 20 marzo 1998 n. 2934; Cass. 15 ottobre 1999 n. 729, in *Giur. it.*, 2000, 1150; Cass. sez. un. 25 gennaio 2002 n. 911, in *Famiglia e diritto*, 2002, 367; Cass. sez. un. 15 luglio 2003 n. 11026, *ivi*, 2004, 165; Cass. 16 gennaio 2004 n. 542, in *Guida al diritto*, 2004, 8, 52; Cass. 20 ottobre 2004 n. 20498.

Non sono poche: eppure tutte queste decisioni sono curiosamente pretermesse da TOTA, *Tutela camerale dei diritti e giusto processo*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1476, 1485-1486, la quale, nell'annotare adesivamente Corte Cost. 30 gennaio 2002 n. 1, cit., postula (erroneamente) la ricorribilità per cassazione *ex art.* 111 Cost. del decreto camerale emesso dal giudice del reclamo in tema di dichiarazione di decadenza dei genitori dalla potestà sui figli a norma dell'art. 330 c. c. (invocando come precedenti conformi Cass. 7 novembre 1985 n. 5404 ed altre “obsolete” pronunce).

(30) V. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 17 ss., 54 ss.

glia processo “attuativo della giurisdizione” (31)].

Ritenere che la dizione “*regolato dalla legge*” ex art. 111, 1° comma, Cost. equivalga a “*rigida predeterminazione legislativa delle modalità di svolgimento del giudizio*”, infine, significa assegnare corrvivamente ed apoditticamente un carattere *assoluto* alla riserva di legge *de qua*: il che appare non solo non corretto dal punto di vista metodologico (32), ma soprattutto assolutamente sterile dal punto di vista applicativo, posto che “*la Corte Costituzionale mostra la tendenza inquietante a degradare a riserve relative anche certe riserve che in precedenza erano considerate assolute (specialmente, la riserva di cui all’art. 25, 2° comma, Cost.)*” (33).

Alla stregua di quest’ultima considerazione è - a nostro avviso - preferibile evitare di scrivere pagine (più o meno eleganti, ma) destinate ad essere sicuramente “cestate” dalla Corte Costituzionale e riconoscere senz’altro il carattere relativo della riserva di legge in questione (34).

Il chiaro autore, com’è noto, pur distinguendo tra *funzioni giurisdizionali costituzionalmente necessarie* [che, cioè, “*il legislatore è vincolato ad istituire e ad attribuire ai giudici*” e che a suo avviso sono: a) la tutela dei diritti e degli interessi legittimi; b) la cognizione, positiva o negativa, e la punizione dei reati] e *funzioni non necessariamente giurisdizionali* (che, cioè, “*possono o no, a discrezione del legislatore, essere affidate ai giudici*”), afferma che, ove queste ultime “*siano affidate a giudici ordinari, l’interprete non può dubitare che, salvi casi eccezionali, la scelta del legislatore sia per la giurisdizionalità, dato il principio generale della giurisdizionalità di ogni provvedimento di magistrato ordinario*” (pag. 17). Tale principio, a sua volta, viene individuato nell’art. 102, 1° comma, Cost., dal quale si desume che “*ai magistrati ordinari non spettano altre funzioni che quelle giurisdizionali, onde si deve qualificare giurisdizionale, o, se si preferisce, denominare processo, ogni procedimento il cui atto finale sia di magistratura ordinaria ...; a tale principio si potranno rinvenire eccezioni là dove l’effetto dell’atto predetto non abbia il ... carattere di attuazione puramente oggettiva dell’ordinamento, cioè là dove, in sostanza, il giudice o i giudici non operino come tali, ma come organi dello Stato-persona giuridica (o dell’amministrazione in senso lato) o comunque come soggetti inquadrati in uno degli apparati burocratici e autoritari dello Stato medesimo (si pensi, ad esempio, ai poteri disciplinari e di ordine interno attribuiti ai capi degli uffici giudiziari, e alle decisioni in materia di nomine agli uffici giudiziari che spettano al Consiglio superiore della magistratura)*” (pag. 55).

Nello stesso senso v. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 3 ss.; DENTI, *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 325 (il quale, peraltro, muove dalla premessa che “*il legislatore costituente, più che definire in che consista l’esercizio della giurisdizione, si è preoccupato di garantirne la correttezza mediante la fissazione di una serie di principi*”); LA CHINA, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 19, Torino, 1985, 3 ss., spec. 7 ss.; PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 393, spec. 395 ss., 407 ss.; VERDE, *Profili del processo civile. Parte generale*, Napoli, 1991, 47.

(31) V. nota 2.

(32) Invero, “*il carattere della riserva di legge, chiuso o aperto alla possibilità che la legge stessa mandi ad atti subordinati le valutazioni necessarie per la messa in atto concreta delle scelte qualificanti la materia che essa legge ha operato, dipende dalle specifiche norme costituzionali che prevedono le varie riserve, secondo la loro interpretazione testuale, sistematica e storica*” (Corte Cost. 27 novembre 1998 n. 383, in *Cons. Stato*, 1998, II, 1622).

(33) Così GUASTINI, *Legge (riserva di)*, cit., 170, nota 35.

Al riguardo v. pure *supra*, nota 19, parte conclusiva.

(34) Conf. COMOGLIO, *Il ‘giusto processo’ civile nella dimensione comparatistica*, cit., 744 ss.,

Qualificati scrittori, del resto, hanno dimostrato “*che tutte le riserve sono relative, salvo poi verificare, di volta in volta, quali sono i margini di discrezionalità che la legge può validamente lasciare agli organi deputati alla sua applicazione (siano essi amministrativi o giurisdizionali)*” (35).

4. — Conclusioni

Senonché, pur ritenendo che quella ex art. 111, 1° comma, Cost. sia una riserva di legge *relativa*, appare comunque in contrasto con essa il procedimento (non disciplinato, ma semplicemente) “abbozzato” dagli artt. 737 ss. c.p.c.

Tale normativa, invero, lascia all’organo giurisdizionale una discrezionalità praticamente ... *sconfinata* e, conseguentemente, la sua incompatibilità con l’art. 111, 1° comma, Cost. risulta assai dubbia, non essendo rinvenibile negli artt. 737 ss. c.p.c. *neppure* quella disciplina di principio che regoli gli aspetti essenziali della materia, in modo da circoscrivere la discrezionalità del giudice nell’esercizio dei suoi poteri (36).

La dimostrazione di questo assunto merita, peraltro, specifiche considerazioni, che ci riserviamo di fare *funditus* in altra occasione.

il quale, dopo avere affermato che “*il carattere ‘giusto’ del ‘processo’ si rafforza in modo equilibrato con una ‘riserva di legge’ relativa*”, ritiene la stessa “*circoscritta alla predeterminazione ex lege delle sole condizioni o componenti essenziali, sancite nell’art. 111, 2° comma*”: ma tale “*circoscrizione*” ci sembra riduttiva, altrettanto essenziali essendo (per esempio) le condizioni ex art. 24, 1° e 2° comma, Cost.

(35) BALDUZZI-SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1218.

Nello stesso senso è sostanzialmente orientata la Consulta: v. tra le più recenti Corte Cost. 20 maggio 1996 n. 157, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2486; Corte Cost. 4 gennaio 2001 n. 7; Corte Cost. 27 luglio 2001 n. 323; Corte Cost. 29 gennaio 2005 n. 66, in *Foro it.*, 2005, I, 1307; Corte Cost. 24 febbraio 2005 n. 105; Corte Cost. 25 marzo 2005 n. 125, in *Dir. pen. e processo*, 2005, 548; Corte Cost. 30 ottobre 2006 n. 352; Corte Cost. 14 giugno 2007 n. 190; Corte Cost. 26 ottobre 2007 n. 350.

(36) In questo modo abbiamo parafrasato la definizione di “riserva relativa” data da CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., 53, la quale è sostanzialmente recepita dalla Consulta (v. per esempio Corte Cost. 29 luglio 1982 n. 161, in *Giur. Cost.*, 1982, I, 1402; Corte Cost. 5 febbraio 1986 n. 34, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 22; Corte Cost. 5 maggio 1988 n. 507, in *Foro it.*, 1988, I, 2098; Corte Cost. 9 marzo 1989 n. 102, in *Giur. Cost.*, 1989, I, 536).

BEATRICE MARRONI

Avvocato

**L'INDEBITO PREVIDENZIALE:
UNA RASSEGNA CRITICA DELLA GIURISPRUDENZA**

Sommario: 1. - Introduzione. 2. - Evoluzione storica della disciplina nel settore privato. 3. - La disciplina transitoria nell'intervento delle leggi finanziarie. 4. - L'indebito pensionistico nel settore pubblico. 5. - Il sottosistema dell'indebito previdenziale nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità. 6. - Riflessioni conclusive e spunti critici.

1. — INTRODUZIONE

Si parla di indebitto oggettivo, in generale e come noto, quando vi è stato un pagamento senza giustificazione causale, sia per l'assenza originaria della causa giustificativa del pagamento, sia per il venir meno della causa originariamente esistente.

In base ai principi comuni civilistici, il pagamento dell'indebito è fonte di un'obbligazione di restituzione, la quale costituisce il presupposto del diritto alla ripetizione dell'indebito, disciplinato dall'art. 2033 c.c., che rappresenta un'azione restitutoria a carattere personale tra il *solvens* ed il destinatario del pagamento (1).

L'art. 2033 c.c., nel sancire il diritto alla ripetizione di ciò che si è indebitamente pagato, riconosce al creditore l'ulteriore diritto agli interessi dal giorno del pagamento o da quello della domanda, a seconda che l'*accipiens* fosse in malafede oppure in buona fede, salva la dimostrazione del maggior danno *ex art.* 1224, comma 2, c.c..

In materia d'indebito previdenziale - d'indebito, cioè, che sorge nelle ipotesi di prestazioni erogate in tutto o in parte *sine titulo* dagli enti previdenziali - la disciplina generale, o meglio comune, di cui all'art. 2033 c.c. incontra una serie di significative limitazioni operative.

L'ordinamento previdenziale ha, infatti, posto nel tempo una serie di principi e di disposizioni speciali che si discostano nettamente dalla citata regola civilistica ordinaria, e che risultano direttamente ispirati ai peculiari criteri solidaristici che permeano la materia, nell'ottica dell'art. 38 della Costituzione.

La *ratio* delle speciali disposizioni - e quindi della deviazione rispetto al regime comune - è invero, in generale, come si vedrà meglio in seguito, quella di garantire al

(1) Sull'indebito si veda, in generale, G. ANDREOLI, *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1939; A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, Padova, 2004.

titolare di prestazioni previdenziali che abbia già percepito e destinato una somma costituzionalmente diretta al soddisfacimento delle proprie esigenze di vita e familiari, una garanzia speciale ed una tutela rafforzata (2).

In ragione di dette esigenze di tutela, la disciplina speciale, derogatoria di quella codicistica, ha un campo di applicazione oggettivo limitato, riguardando l'assicurazione generale obbligatoria e le gestioni sostitutive e integrative della stessa, ed è, comunque, limitata alle prestazioni pensionistiche pubbliche (3).

Stante la natura eccezionale, insuscettibile come tale di interpretazione analogica, invero, la disciplina di specie, nei suoi aspetti generali, non si applica a prestazioni di altra natura o, meglio, a prestazioni aventi natura previdenziale ma non pensionistica come, ad esempio, gli assegni familiari, il trattamento speciale di disoccupazione, le integrazioni salariali, ordinarie e straordinarie. Per tali prestazioni - pertanto - la regola è, in linea di principio, la ripetizione giuridicamente fondata sull'art. 2033 c.c., con la precisazione che per le prestazioni previdenziali non pensionistiche - ove corrisposte dall'INPS - sono esclusi gli interessi di mora in restituzione (4).

Dall'esame complessivo della normativa di specie, e in forza dei principi, anche costituzionali, che la sottendono ed ispirano, emerge quindi la sussistenza, in ambito previdenziale, di regole ampiamente derogatorie della previsione generale in materia di indebitato o, meglio - anticipando l'utilizzo della efficace espressione della stessa giurisprudenza costituzionale - di un vero "microsistema" o "sottosistema", autonomo e dotato di proprie regole (e quindi forse più che derogatorio), che riguarda gli indebiti derivanti da errori sia sull'*an* che sul *quantum* del trattamento pensionistico erogato, pienamente valido ed operante - se pur con le distinzioni che si esamineranno - tanto nel settore privato che in quello pubblico.

2. — EVOLUZIONE STORICA DELLA DISCIPLINA NEL SETTORE PRIVATO

La disciplina in materia d'indebito pensionistico - l'unico in cui, come appena visto, si manifesta appieno la deviazione rispetto alla disciplina generale - è caratterizzata da un'articolata successione di interventi legislativi.

Nel settore privato, la deroga rispetto al principio generale della normale ripetibilità dei pagamenti indebiti è stata introdotta, come noto, con la previsione di cui all'art. 80, comma 3, r.d. 28 agosto 1924 n. 1422. Con tale previsione si escluse la possibilità di ripetizione per gli indebiti pensionistici conseguenti ad errori dell'ente contenuti nel provvedimento di assegnazione portato a conoscenza dell'interessato, trascorso un anno dall'avvi-

(2) Si veda per tutti M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2005, 178 ss.

(3) L'ipotesi particolare di indebita erogazione dell'integrazione al minimo che, come noto, è componente autonoma del trattamento pensionistico complessivo, è disciplinata da una propria normativa, l'art. 6, comma 11 *quinquies* del d.l. 12 settembre 1983 n. 463 (convertito nella legge 11 novembre 1983 n. 638) la quale consente il recupero anche in deroga ai limiti posti dalla speciale disciplina in esame.

(4) Art. 69, legge 30 aprile 1969 n. 153. Per le prestazioni INAIL, in particolare, vale una norma *ad hoc*, essendo la disciplina contenuta nell'art. 55, comma 5, legge 9 marzo 1989 n. 88. Al riguardo si veda A. DE MATTEIS, S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2005, 603 ss.

so allo stesso della avvenuta assegnazione della pensione e salvo il dolo del percipiente.

La norma - tra le prime a imprimere un forte tratto di specialità alla disciplina previdenziale nel nostro ordinamento - ha rappresentato il punto di riferimento generale in materia per un lungo tratto, sin quando il legislatore è intervenuto sulla citata normativa, ampliando sensibilmente l'area dell'irripetibilità delle erogazioni pensionistiche indebite.

Detta area è stata, infatti, modificata in senso estensivo con l'entrata in vigore dell'art. 52, legge 9 marzo 1989 n. 88 (recante la ristrutturazione dell'Inps e dell'Inail), che ha tacitamente abrogato la disposizione del 1924 citata, introducendo la regola dell'irripetibilità assoluta delle somme indebitamente erogate dagli enti previdenziali per errore, di qualsiasi natura, nel pagamento della prestazione, senza distinzione tra errori di fatto, di calcolo o di diritto (al cui interno può senz'altro ricomprendersi anche il ritardo con cui l'istituto accerta la sussistenza dei limiti reddituali (5)), salvo dolo dell'*accipiens* (6). La norma ha inoltre ampliato l'ambito applicativo del regime speciale in esame, essendo state espressamente ricomprese in esso la pensione sociale e le forme di previdenza sostitutive e integrative del regime generale.

Con tale previsione, "regola di civiltà giuridica, espressione di una interpretazione evoluta dei rapporti sociali" (7) - che sancisce la totale irripetibilità delle somme erogate, qualunque sia stata la ragione dell'errore e qualunque sia stato il provvedimento sul quale essa abbia inciso (8) - il legislatore non pone più limite alcuno al divieto di ripetizione di somme da parte degli enti erogatori, salvo il solo caso del dolo.

Per tal via, viene così fissato il principio per il quale l'eliminazione delle conseguenze dell'errore da cui un provvedimento amministrativo può essere affetto nel suo contenuto ontologico di rappresentazione falsa di una realtà fenomenica, deve avvenire senza pregiudizio di chi, involontariamente, ne sia stato il beneficiario.

L'ottica è - chiaramente - quella della preminente tutela della situazione socio-soggettiva del pensionato, in considerazione della particolare rilevanza della ripetizione dell'indebito sulla conservazione di beni essenziali per il pensionato stesso, risultando altrimenti pregiudicato quel minimo vitale che le leggi ordinarie, in conformità agli artt. 36 e 38 della Costituzione, assicurano a tutti i lavoratori pensionati che traggono il proprio sostentamento dai redditi pensionistici.

Alla descritta, generalizzata, regola di irripetibilità delle somme previdenziali, sono stati tuttavia posti dei limiti con la successiva emanazione dell'art. 13, legge 30 dicembre 1991 n. 412 (legge finanziaria per il 1992).

(5) In tale senso A. SANTORO, *La ripetizione dell'indebito previdenziale nuovamente al vaglio della Corte Costituzionale*, nota a Corte Costituzionale, 24 maggio 1996 n. 166, in *Riv. Giur. Lav.*, 1996, II, 282.

(6) Per un'ampia disamina generale della disposizione, si veda P. BOER, *Commento alla legge 9 marzo 1989 n. 88 (art. 52)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, Padova, 1990, 772 ss..

(7) Così Cass., 14 novembre 1989 n. 4805, in questa Rivista, 1989, 1708 e in *Riv. Dir. lav.*, 1990, II, 467, con nota di G. CASSATA, *La ripetizione di indebito nelle prestazioni delle assicurazioni generali obbligatorie prima e dopo l'emanazione della legge 9 marzo 1989 n. 88*.

(8) Corte Costituzionale, 31 luglio 1990, n. 383, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 824 con nota di O. MANZI, *L'art. 52, l. n. 88 del 1989 in tema di irripetibilità delle prestazioni pensionistiche non dovute: una norma di civiltà*; Cass., 13 ottobre 1990 n. 10061, in *Riv. Giur. Lav.*, 1991, III, 198 con nota di R. MAFFEI, *Indebiti pensionistici e azioni di ripetizione*.

Con norma di “asserita” (9) interpretazione autentica della disposizione dell’art. 52 della legge n. 88 del 1989, l’art. 13 della legge n. 412 del 1991 ha infatti stabilito che il suddetto principio d’irripetibilità degli indebiti INPS operi solo in presenza di determinate condizioni, ovvero in relazione a somme corrisposte in base ad un formale provvedimento definitivo, del quale sia stata data espressa comunicazione all’interessato e che risulti viziato da errore di qualsiasi natura, imputabile all’ente erogatore, salvo che l’indebita percezione sia dovuta a dolo dell’interessato.

Per quanto riguarda, in particolare, le prestazioni condizionate, nel diritto o nella misura, alla situazione reddituale del pensionato, la norma pone due principi fondamentali nel sistema dell’indebito previdenziale.

Da un lato, infatti, viene attribuita una specifica posizione “attiva” al pensionato nel segnalare all’Istituto previdenziale i fatti incidenti sulla propria posizione pensionistica, che non siano già conosciuti dall’ente.

Dall’altro la norma in esame pone l’obbligo, in capo all’ente medesimo, di procedere annualmente alla verifica delle situazioni reddituali dei pensionati e di provvedere, entro l’anno successivo, al recupero dell’eventuale indebitato.

L’omessa od incompleta segnalazione, da parte del pensionato stesso, di fatti incidenti sul diritto o sulla misura della pensione goduta, che non siano già conosciuti dall’ente competente, consente infatti la ripetizione delle somme indebitamente percepite.

Al contempo, vengono fissati all’INPS un termine annuale per la verifica delle situazioni reddituali dei pensionati incidenti sul diritto o sulla misura alla prestazioni pensionistiche ed un ulteriore termine di un anno per l’eventuale recupero di quanto corrisposto indebitamente.

3. — LA DISCIPLINA TRANSITORIA NELL’INTERVENTO DELLE LEGGI FINANZIARIE

A tale quadro normativo si è infine aggiunta una disciplina transitoria, che ha modulato la ripeteribilità dell’indebito pensionistico a seconda del reddito del percipiente.

In particolare, con la previsione di cui all’art. 1, commi 260-265, legge 23 dicembre 1996 n. 662 (Misure per la razionalizzazione della finanza pubblica), il legislatore

(9) La Corte Costituzionale, con la sentenza 10 febbraio 1993 n. 39, in *Foro it.*, 1993, I, 1766, risolvendo i termini della controversia circa il valore meramente interpretativo ovvero propriamente “novativo” della disposizione in commento, ha chiarito come la stessa non abbia natura meramente interpretativa bensì propriamente innovativa, ed ha così dichiarato incostituzionale la norma in esame nella parte in cui prevedeva l’applicazione della disciplina da essa stabilita ai rapporti sorti prima della sua entrata in vigore, o comunque pendenti alla medesima data. Per effetto di detta sentenza, l’ambito di operatività della disposizione del 1991 si è, pertanto, ristretto ai soli indebiti erogati dopo la sua entrata in vigore. Sull’ambito temporale di applicazione dell’art. 80, r.d. n. 1422 del 1924, dell’art. 52, l. n. 88 del 1989 e dell’art. 13, l. n. 412 del 1991, v. F. MUZI, *Ancora sui limiti di ripeteribilità dell’indebito previdenziale: i casi dell’indebita erogazione del trattamento minimo e del trattamento pensionistico integrativo*, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 1102, nonché P. SORDI, *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e l’indebito previdenziale*, nota a *Cass.*, SS.UU., 3 febbraio 1995 n. 1315; *Cass.*, SS.UU. 22 febbraio 1995 n. 1965; *Cass.*, SS. UU. 22 febbraio 1995 n. 1967, in *Riv. Giur. Lav.*, 1995, II, 530 ss.

ha introdotto, relativamente agli indebiti formati sino al 31 dicembre 1995, una disciplina, con effetto retroattivo e in via transitoria, “di carattere globalmente sostitutivo di quella previgente” (10) che, in caso di indebita percezione di prestazioni pensionistiche, di trattamenti di famiglia nonché di rendite a carico degli enti pubblici di previdenza obbligatoria - quindi senza la distinzione tra i vari tipi di pensione, quale invece prevista all’art. 52 l. n. 88 del 1989 citata - “aggancia” la possibilità di ripetizione al reddito del pensionato, salvo il caso di dolo, che determina in ogni caso la ripetibilità per intero dell’indebitato.

A questa normativa ha fatto seguito la previsione dei commi 7 e 8 dell’art. 38 della legge 28 dicembre 2001 n. 448 (legge finanziaria per il 2002), i quali hanno sostanzialmente esteso - limitatamente, tuttavia, alle sole prestazioni erogate dall’INPS - l’operatività del descritto meccanismo, in virtù del quale l’irripetibilità (o la limitata ripetibilità) viene ancorata al dato oggettivo e neutrale dell’ammontare del reddito, agli indebiti sorti fino a tutto il 2000.

In ordine al rapporto temporale tra le due discipline in esame per gli indebiti pensionistici maturati anteriormente al 1° gennaio 1996, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza del 7 marzo 2005 n. 4809, risolvendo il contrasto esistente - questione variamente risolta dalla giurisprudenza di legittimità in favore, talvolta, della previsione di cui alla legge n. 662 del 1996, talaltra, delle disposizioni di cui alla legge n. 448 del 2001 (11) - hanno recentemente precisato che, ai fini della ripetibilità degli indebiti erogati prima del 1° gennaio 1996, rilevano entrambe le normative censurate, non sussistendo prevalenza esclusiva di una disciplina sull’altra (12).

È chiaro come l’efficacia retroattiva delle disposizioni in commento, che dettano un regime di ripetibilità, seppur limitata, abbia posto diversi dubbi di legittimità costitu-

(10) Così Cass., Sez. Un. sentenza 17 marzo 1997 n. 2333 in *Riv. Giur. Lav.*, 1997, II, 536, chiamata a comporre il contrasto giurisprudenziale creatosi a seguito dell’entrata in vigore della disposizione in esame in ordine all’ambito temporale di efficacia della stessa e, in particolare, in ordine al fatto se essa disciplinasse solo termini e modalità della restituzione una volta che l’obbligazione restitutoria fosse stata accertata in forza della disciplina vigente alla data del pagamento indebitato, ovvero se detta nuova previsione dovesse applicarsi, indipendentemente dalle ipotesi di sanatoria già operate, a tutte le prestazioni indebite percepite entro il 31 dicembre 1997. In termini piuttosto critici, P. BOER, *L’indebitato previdenziale e la Legge n. 662/1996*, in nota alla sentenza in commento, *ivi*, 542, per il quale l’interprete chiamato a pronunciarsi in tema di indebitato avrebbe dovuto effettuare una doppia verifica: la prima sulla scorta delle norme “permanenti” (art. 60 R.d. n. 1422 del 1924, art. 52 l. n. 153 del 1969 e art. 13 legge n. 412 del 1991), al fine di verificare se l’obbligazione restitutoria sussistesse o meno e la seconda - eventuale e limitata all’ipotesi dell’esito positivo della prima verifica - al fine di verificare la sussistenza delle condizioni per il recupero alla luce delle disposizioni introdotte dalla citata legge del 1996. Detti rilievi sono stati tuttavia disattesi e l’orientamento giurisprudenziale del 1997 è stato confermato da Cass., Sez. Un., 21 febbraio 2000 n. 30, in *Riv. Giur. Lav.*, 2000, II, 571, con nota di P. BOER, *L’indebitato previdenziale nella giurisprudenza della Cassazione* e in *Giust. Civ.*, 2001, I, 493, con nota di F. DI MAIOLO, *Ancora in materia di indebitato previdenziale*.

(11) Cfr., ad esempio, Cass., 22 settembre 2004 n. 19020, in *Lav. Giur.*, 2005, 38, e Cass., 20 giugno 2003 n. 9902, in *Foro It.*, 2004, I, 1082.

(12) Cass., Sez. Un., 7 marzo 2005, n. 4809 in questa Rivista, 2005, 205. Per gli indebiti originati prima del 1.1.1996, pertanto, la verifica reddituale deve essere compiuta innanzitutto alla luce dei limiti di cui alla l. n. 662 del 1996 e, in subordine, in caso di titolarità di importo maggiore a questi, a quelli di cui alla l. 448 del 2001.

zionale delle stesse, sotto il profilo di un'irrazionale e ingiustificata disparità di trattamento (lesiva dell'art. 3 Cost.) tra i casi in cui, prima dell'entrata in vigore delle disposizioni in commento, l'ente previdenziale avesse agito per il recupero di indebiti anteriori al 1° gennaio 1996 e fosse intervenuta una dichiarazione di non ripetibilità ai sensi della previgente disciplina, e i casi in cui, a parità di ogni altra circostanza, il recupero non fosse stato ancora promosso al momento dell'entrata in vigore di dette norme.

Sul punto, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 1 del 2006, pronunciandosi su due distinte (ma connesse) questioni di costituzionalità, ha sostanzialmente recepito i principi espressi dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza appena citata, ed ha così dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 260 e 261, della legge 23 dicembre 1996 n. 662 e dell'art. 38, commi 7 e 8, della legge 28 dicembre 2001 n. 448, sul dirimente presupposto della natura temporanea, transitoria e quindi temporalmente limitata della disposizione in esame (13).

La Corte, in particolare, ha ritenuto che la sostituzione del regime di tutela dell'affidamento del pensionato con un altro criterio, diverso e sotto certi aspetti meno favorevole, seppur parimenti orientato, trovasse infatti sufficiente giustificatezza nel carattere straordinario ed eccezionale dell'intervento legislativo.

Proprio i caratteri di eccezionalità, straordinarietà e temporaneità delle disposizioni in esame hanno quindi acquistato rilevanza ostativa ad una declaratoria di illegittimità costituzionale sotto il profilo denunciato, sfuggendo allo stesso sindacato di legittimità costituzionale (14).

Per gli stessi motivi, ovvero per la natura eccezionale e transitoria delle previsioni in esame, la attuale rilevanza delle stesse è venuta sostanzialmente meno una volta superato il campo di applicazione temporale previsto, con conseguente piena reviviscenza dei principi e delle regole di cui all'art. 13 legge n. 412 del 1991 che, ad oggi, costituisce la normativa a regime in materia di indebitto previdenziale nel settore privato.

4. — L'INDEBITO PENSIONISTICO NEL SETTORE PUBBLICO

In aderenza alla tradizionale (e solo in parte superata) dicotomia dell'ordinamento lavoristico e previdenziale italiano, anche in materia d'indebito vi è diversità di disciplina tra prestazioni destinate ai lavoratori del settore privato e quelle del pubblico impiego, pur sussistendo in entrambi i casi - come si dirà in appresso - la medesima *ratio* (15).

Per il settore pubblico, in particolare, la normativa di riferimento è data dall'art. 206 del d.p.r. 29 dicembre 1973 n. 1092 ("Testo Unico recante norme sul trattamento di quiescenza dei dipendenti civili e militari dello Stato"), giusta il quale, quando, in conseguenza di revoca o modifica del provvedimento di attribuzione del trattamento pensionistico di

(13) Corte Costituzionale, 9 gennaio 2006 n. 1, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2006, 2, 346 con nota di C. RUPERTO, *I limiti alla ripetibilità del pagamento indebitto*.

(14) Cfr. C. Ruperto, *op. cit.*, 358.

(15) Per una disamina delle più significative pronunce della giurisprudenza contabile in materia si veda A. CATURANO, *L'indebito pensionistico nella più recente giurisprudenza della Corte dei Conti*, in *La Nuova Rassegna*, 1998, 11, 1236 e ss. e, più di recente, Id., *La ripetizione dell'indebito nella valutazione del giudice pensionistico*, *ivi*, 2004, 2296 e ss..

quiescenza, risulti l'indebito pagamento di rate di pensione o di assegni o di indennità, il percipiente può esercitare la *soluti retentio* di quanto ricevuto, purché la revoca o la modifica non siano rese necessarie in seguito all'accertamento del fatto doloso.

L'art. 3, comma 1°, della legge 7 agosto 1985 n. 428, interpretando autenticamente la citata previsione, ha precisato che l'irripetibilità deve intendersi applicabile solo nel caso in cui venga modificato o revocato il provvedimento definitivo di pensione con altro provvedimento formale. La stessa disciplina sostanziale si applica, poi, alle pensioni di guerra: l'art. 11 della legge n. 656 del 1986 richiama, infatti, l'appena citata previsione normativa, e stabilisce l'irripetibilità laddove l'indebito non derivi da inosservanza di obblighi di comunicazione prescritti da norme di legge e sia dimostrata la buona fede.

Per quanto attiene, invece, i trattamenti pensionistici provvisori - previsti nel settore pubblico al fine di evitare qualsiasi soluzione di continuità nel passaggio dalla fase di erogazione di trattamenti retributivi a quella di erogazione di trattamenti pensionistici - l'art. 162 del d.p.r. n. 1092 del 1973 citato, ammette espressamente il recupero dell'eventuale indebito formatosi, prevedendo la possibilità di conguaglio al momento della liquidazione del trattamento definitivo.

La normativa in materia di indebito nel settore pubblico è, pertanto, essenzialmente incentrata sulla natura del trattamento, definitivo o provvisorio, con disciplina nettamente diversa - sostanziale irripetibilità tranne per l'ipotesi di dolo, ovvero incondizionata ripetibilità - a seconda che l'indebito si sia formato in un caso o nell'altro.

Tale linearità normativa, tuttavia, spesso non ha trovato e, a volte, continua a non trovare analogia evidenzia nella pratica, sia con riferimento agli stessi trattamenti provvisori, in presenza di determinate circostanze, sia con riferimento ad altre prestazioni che, *stricto sensu*, non appartengono né all'una né all'altra fattispecie.

Dovendosi infatti escludere la possibilità di estensione analogica della previsione di favore contenuta nel citato art. 206 t.u. n. 1092 del 1973 fuori dell'ambito di applicazione sopra delineato - in quanto disposizione speciale - è, infatti, da chiedersi se in tali fattispecie residui un margine di rilevanza, ai fini della irripetibilità di quanto percepito indebitamente, per la buona fede dell'*accipiens*, ovvero se questa, al di fuori della fattispecie dei trattamenti definitivi, divenga del tutto irrilevante.

La questione del recupero dell'indebito erroneamente corrisposto su trattamento pensionistico provvisorio - in particolare per l'ipotesi, molto frequente nella pratica, in cui il regime di provvisorietà si sia protratto per un notevole lasso di tempo senza dar luogo all'emissione del provvedimento definitivo di pensione e al successivo conguaglio - è stata spesso all'attenzione della giurisprudenza contabile la quale, anche a Sezioni Riunite, ha fornito puntuali indicazioni su alcuni profili particolarmente problematici.

È infatti vero che, per i trattamenti provvisori, esiste una disposizione che ammette espressamente la possibilità di conguaglio - e quindi di recupero - al momento della liquidazione del trattamento definitivo, ma è altrettanto vero che l'erogazione del trattamento, pur provvisorio, spesso si protrae per un lasso di tempo così notevole, da ingenerare nel percettore la convinzione della effettiva spettanza di quelle somme, con conseguente affidamento sulle stesse e consumazione per le proprie esigenze di vita e familiari.

Al tradizionale orientamento per il quale, anche al di fuori dei casi in cui l'art. 206 t.u. citato sia applicabile, il recupero di maggiori somme erroneamente corrisposte a titolo di trattamento di quiescenza non può comunque prescindere dalla valutazione della

buona fede del percipiente (16), è seguito, a distanza di dieci anni, quello - opposto - per il quale, al di fuori di detti casi, non sussiste la possibilità per il giudice di attribuire rilievo alla buona fede del percettore per somme erroneamente corrisposte dall'amministrazione su trattamenti provvisori, pur se sia decorso un notevole lasso di tempo (17).

La provvisorietà della pensione eliminerebbe pertanto in radice ogni questione, escludendo e, comunque, rendendo giuridicamente irrilevante la ricorrenza dello stato di buona fede, ovvero dell'affidamento nel comportamento dell'ente erogatore.

Tale lettura, se pur indubbiamente aderente al dato normativo, lascia spazio a qualche perplessità, per il contrasto tra la previsione astratta della norma e la concreta realtà in cui essa opera, che non sembra prendere in considerazione.

Se, infatti, la previsione di incondizionata ripetibilità dell'indebito originatosi su un trattamento provvisorio, senza possibilità di rilievo per la buona fede del percettore ha, in generale, una propria evidente ragion d'essere, lo stesso sembra non potersi automaticamente affermare quando detta erogazione si protragga per anni e la provvisorietà divenga, in tal modo, patologica.

In tali fattispecie dovrebbe pertanto ammettersi la possibilità di una lettura diversa della norma, fondata sulla buona fede, che non finisca per addossare al pensionato - senza peraltro che vi abbia contribuito in alcun modo - le conseguenze di una provvisorietà che al percettore potrebbe non essere apparsa più tale.

E ciò innanzitutto in forza dei principi generali della materia, quali delineati all'inizio, ma anche della stessa *ratio* della specifica previsione dei trattamenti provvisori, la quale è di favore per l'*ex* dipendente, e che invece, con una lettura strettamente limitata al dato testuale, rischia di risultare allo stesso alquanto sfavorevole.

Sul punto, deve invero evidenziarsi come, se pur sotto profili diversi rispetto a quelli appena rilevati, la questione del decorso del tempo sui trattamenti provvisori sia stata oggetto di una recente apertura, da parte della giurisprudenza contabile, verso il superamento della negazione in radice della possibilità di irripetibilità dell'indebito per i trattamenti provvisori.

Le Sezioni Riunite della Corte dei Conti, chiamate proprio a comporre il contrasto giurisprudenziale circa l'incidenza del decorso del tempo sulla possibilità di recupero dell'indebito originatosi in tali fattispecie, fornendo una pronuncia "interpretativa" dell'art. 162 del d.p.r. n. 1092 del 1973, hanno infatti dettato un importante principio, con particolare riferimento all'affidamento del percipiente nella legittima attività dei pubblici poteri e, soprattutto, ai tempi di conclusione del procedimento pensionistico interinale (18).

Osservando come le norme in materia non contengano la previsione di un termine finale entro il quale deve concludersi il procedimento pensionistico provvisorio con l'adozione del provvedimento definitivo, la magistratura contabile ha rilevato come, tuttavia, ogni possibile carenza in punto di delimitazione temporale del potere della pubblica amministrazione in merito sia stato colmato con le disposizioni della legge n. 241 del 1990, collocatesi pertanto quale integrazione precettiva.

Con la citata legge, e in particolare con l'art. 2 della stessa, invero, è stato normati-

(16) Corte dei Conti, Sezioni riunite, 8 febbraio 1989 n. 77/C, in questa Rivista, 1989, 1123.

(17) Corte dei Conti, Sezioni riunite, 14 gennaio 1999 n. 1/QM, in *Riv. Corte Conti*, 1999, 1, 35.

(18) Corte dei Conti, Sezioni Riunite, 7 agosto 2007 n. 7, in *Diritto&Giustizia*, 2007.

vamente introdotto il principio della generalizzata certezza dei tempi dell'azione amministrativa e, quindi, l'obbligo per l'amministrazione di concludere il procedimento con un provvedimento espresso entro un limite temporale certo e oggettivamente predeterminato.

Su questi presupposti si fonda, da un lato, l'affidamento oggettivo e qualificato del pensionato nella durata dei procedimenti che lo riguardano, nella coerenza e nella stabilità dell'azione dell'amministrazione nella erogazione del trattamento e, dall'altro, un limite certo - in capo all'amministrazione stessa - alla possibilità di concludere il procedimento di accertamento e di recupero di indebitato oltre il confine temporale fissato, dovendosi così escludere la possibilità di esercizio del potere di recupero alla scadenza di detto limite.

In assenza di dolo dell'interessato, il principio della generalizzata certezza dei tempi dell'azione amministrativa deve pertanto orientare l'interpretazione dell'art. 162 d.p.r. n. 1092/73.

Conseguentemente, non potrà essere più effettuato il recupero dell'eventuale indebitato formatosi su un trattamento pensionistico provvisorio, decorso il termine fissato per l'emanazione del provvedimento definitivo sul trattamento di quiescenza, stante il consolidamento della situazione esistente, fondato sull'affidamento riposto nell'Amministrazione (19).

Con tale sentenza la giurisprudenza contabile, pur non sciogliendo il nodo circa il rilievo da riconoscersi alla buona fede del percipiente nell'ambito dei trattamenti provvisori - vertendo la questione in esame su una questione diversa - ha pertanto individuato nel decorso del termine di cui all'art. 2 l. 241/90, previsto dalla legge ovvero fissato dalla stessa amministrazione, il limite alla possibilità di recupero dell'indebitato anche nell'ipotesi di trattamento provvisorio, in ossequio alla necessità di tutela dell'affidamento qualificato del pensionato e, prima ancora e più in generale, dell'affidamento nella situazione giuridica.

In merito a tale aspetto deve sottolinearsi come la stessa finalità possa, in un certo senso, riconoscersi - se pur con le ovvie distinzioni del caso e se pur sul punto la giurisprudenza contabile, specie recente, non sia univoca - alla disposizione di cui all'art. 9 legge n. 428 del 1985 (20), che fissa in un anno il termine per le revisioni dei pagamenti delle spese fisse disposti mediante procedure automatizzate, e sulla cui scorta si può ritenere che le relative liquidazioni abbiano carattere provvisorio fino allo spirare del periodo previsto per la revisione, con le conseguenze che seguono.

Deve infatti ritenersi che ove la revisione di detti pagamenti non avvenga entro il termine di un anno, il provvedimento provvisorio disposto mediante procedure automatizzate diventi definitivo, o comunque debba essere equiparato ad un provvedimento definitivo, con conseguente applicazione del regime di irripetibilità previsto dall'art. 206 del T.U.

(19) Merita ricordare che anteriormente alla entrata in vigore delle norme di cui alla legge n. 241 del 1990 non vi era alcun margine di rilievo di detta circostanza, ritenendosi che il pensionato fosse ben a conoscenza del regime di provvisorietà del trattamento e della possibilità di un conguaglio a debito. Cfr. anche Corte Costituzionale, 21 luglio 1988 n. 846, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2347.

(20) Sul punto cfr. C. RUPERTO, *L'indebitato previdenziale alla luce dell'attuale sistema ordinamentale* (Nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 15.5.2003 n. 266), in *Questa Rivista*, 2003, 5, 1236, la quale, a pag. 1242, sottolinea come tale modifica abbia avuto lo scopo di elidere la disparità di trattamento fra dipendenti pubblici e privati passibile di censura costituzionale

n. 1092 del 1973 per i provvedimenti definitivi, modificati o revocati con altro provvedimento formale soggetto a registrazione, e quindi con preclusione della possibilità di recupero delle somme indebitamente corrisposte, salvo il dolo dell'interessato (21).

Le perplessità sopra evidenziate con riferimento alla esclusione in radice di qualsivoglia rilievo della buona fede in materia di trattamenti provvisori - la quale, se pur possa condurre a dei risultati pratici che rischiano di essere a volte paradossali, ha pur tuttavia un valido fondamento normativo - acquistano ben maggiore consistenza in relazione alle altre fattispecie che, come si è anticipato, non costituiscono propriamente ipotesi né di trattamenti provvisori né di trattamenti definitivi, come i trattamenti di reversibilità.

Per tali prestazioni, invero, la questione della rilevanza o meno dello stato soggettivo della buona fede del percettore si pone con profili diversi ed ulteriori rispetto a quelli esaminati per i trattamenti provvisori.

Se infatti, da un lato, anche l'ipotesi dei trattamenti di reversibilità esula dal campo di applicazione oggettivo di cui all'art. 206 t.u. citato - stante che la concessione (*rectius*, la liquidazione) di detto trattamento non richiede alcun provvedimento formale, risolvendosi in una semplice determinazione percentuale del trattamento fruito in vita dal *de cuius* - dall'altro, proprio per tale motivo, la fattispecie in esame esula anche dall'art. 162 t.u. citato.

Non sembra pertanto corretto ritenere che per tali prestazioni valga in sostanza il regime di incondizionata ripetibilità - che, come visto, è stato normativamente stabilito solo per i trattamenti provvisori - in conseguenza del mero fatto che essi non rientrano nella previsione di cui all'art. 206 citato.

Ed ancora, sotto un diverso profilo, non sembra neppure che a tali fattispecie possa ritenersi riferibile quel mutamento giurisprudenziale in punto di buona fede esaminatosi con riferimento alle ipotesi di indebito sui trattamenti provvisori.

Il richiamo è, in particolare, alla contrapposizione tra l'orientamento tradizionale per il quale - anche al di fuori dei casi in cui l'art. 206 d.p.r. n. 1092 del 1973 sia applicabile - il recupero di maggiori somme erroneamente corrisposte a titolo di trattamento di quiescenza non può comunque prescindere dalla valutazione della buona fede del percipiente, e quello più recente per il quale - al di fuori di detti casi - non sussiste invece alcuna possibilità per il giudice di attribuire rilievo alla buona fede del percettore.

Con riferimento ai trattamenti di reversibilità sembra infatti che la distonia tra le due pronunce sia in realtà più apparente che effettiva, ove si consideri che mentre la seconda pronuncia risulta specificamente attinente all'ipotesi del trattamento provvisorio di pensione, la prima sentenza sembra invece regolare una fattispecie generale.

Mentre, pertanto, da un lato deve escludersi che la pronuncia del 1999 possa riferirsi

(21) In tal senso Corte dei Conti, Sez. Giur. Reg. Liguria, 4 dicembre 1997 n. 1059, in *Riv. Corte Conti*, 1998, 1, 186; Corte dei Conti, Sez. III Pens. Civ., 25 gennaio 1991 n. 64432, in *Riv. Corte Conti*, 1992, 5, 154, che ammette la ripetizione delle maggiori somme erogate qualora la revisione dei pagamenti avvenga entro il termine di un anno. *Contra* Corte dei Conti, Sez. Giur. Reg. Sicilia, 27 maggio 1991 n. 157, in *Riv. Corte Conti*, 1991, 3, 164, che ritiene sempre possibile il recupero dell'indebito entro il termine prescrizione di dieci anni. Nel senso di escludere l'applicazione generalizzata dell'art. 206 T.U. 1092/73 in caso di superamento del termine annuale di cui all'art. 9 T.U. citato, riguardando tale previsione solo la revisione dei pagamenti delle spese fisse disposti con procedura automatizzata, Corte dei Conti, Sez. Giur. Lombardia, 15 ottobre 2003 n. 1166, in *Riv. Corte Conti*, 2003, 5, 135.

anche alle ipotesi di indebiti originatisi su trattamenti di reversibilità (22) (stante che questi non costituiscono fattispecie di trattamenti provvisori), e deve parimenti escludersi che da ciò derivi automaticamente la ripetibilità dell'eventuale indebitato (stante che non vi è una disposizione che espressamente la prevede, come invece per i trattamenti provvisori), dall'altro sembra che resti senz'altro pienamente applicabile a tali fattispecie il principio espresso dalla sentenza n. 77 del 1989 - ovvero la rilevanza della buona fede dell'*accipiens* - per il fatto che tale pronuncia ha portata generale e si riferisce a tutte le ipotesi di indebitato diverse dall'art. 206 t.u. n. 1092 del 1973 ma, altresì, diverse dal peculiare caso del trattamento provvisorio, come, appunto, quelle di indebitato originatisi sul trattamento di reversibilità.

Conseguentemente, il recupero delle maggiori somme corrisposte su tali trattamenti dovrebbe incentrarsi sulla valutazione della buona fede del pensionato. In tali ipotesi, in applicazione del principio di tutela dell'affidamento delle prestazioni previdenziali, dovrebbe pertanto escludersi la possibilità di recupero allorché, usando la diligenza media, l'errore dell'amministrazione non fosse stato facilmente riconoscibile dall'interessato.

Dall'esame delle previsioni normative in materia nel settore pubblico e delle più significative pronunce della magistratura contabile, emerge quindi come le disposizioni che qui ci occupano, al di là delle specifiche ipotesi che sono chiamate a regolare (che, come visto, risultano essere molto più articolate rispetto al settore privato), si fondano in generale sull'analoga esigenza di tutela dell'affidamento incolpevole del pensionato sulla legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione, definitivi o emanati oltre il termine previsto.

Anche tali previsioni assicurano pertanto in linea generale, se pur con presupposti e modalità variamente modulati, ai percettori di buona fede del settore pubblico, il particolare regime di *soluti retentio* esaminato per il settore privato.

A questi si applica inoltre il disposto di cui all'art. 1, commi 260 e seguenti della legge n. 662 del 1996, sopra esaminata, che concerne, in generale, e come appunto visto, trattamenti previdenziali erogati dagli enti pubblici di previdenza obbligatoria.

Quanto ai rapporti tra le due normative, deve ritenersi che, nell'ambito temporale d'applicabilità della norma speciale e transitoria del 1996, le stesse siano entrambe valide ed operanti. L'applicabilità del citato art. 206, infatti, risulta limitata ai casi in cui, pur non sussistendo i presupposti reddituali di cui al comma 260 dell'art. 1, l. n. 662 del 1996, siano presenti i requisiti oggettivi (i. e., revoca o modifica del provvedimento definitivo di pensione) e soggettivi (assenza di dolo) necessari ad escludere la ripetibilità dell'indebito pensionistico (23).

Non risulta applicabile, per contro, la successiva disposizione di cui all'art. 38, commi 7 e 8, della legge 28 dicembre 2001 n. 448 che, come già precisato, fa riferimento alle sole prestazioni erogate dall'INPS.

La Corte Costituzionale ha recentemente escluso che tale limitazione si ponga in contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, per (asserita) ingiustificata disparità di trattamento di situazioni sostanzialmente analoghe, con-

(22) Come invece è stato spesso ritenuto dalla giurisprudenza contabile. Si veda, ad esempio, Corte dei Conti, sez. giur. reg. Lazio, 4 giugno 2003 n. 1152, in *Riv. Corte Conti*, 2003, 3, 276.

(23) In tal senso Corte dei Conti, sez. giur. reg. Lombardia, 5 agosto 2004 n. 1091, in *Riv. Corte Conti*, 2004, 4, 144.

cludendo per la manifesta infondatezza della questione (24).

Oltre a richiamare i principi caratterizzanti l'intervento legislativo in esame, espressi nella propria sentenza n. 1 del 2006, sopra citata, il Giudice delle leggi ha ribadito la sostanziale diversità tra i due sistemi previdenziali - quello pubblico e quello privato -, rammentando che detta diversità rende impossibile porre comparazioni, specie sotto il profilo del rispetto del principio di uguaglianza, tra discipline derogatorie a carattere eccezionale e transitorio e con effetti unicamente retroattivi, quali quelle oggetto di pronuncia. Per gli indebiti pagamenti effettuati dall'INPDAP, pertanto, la possibilità di ripetizione è condizionata dalla situazione reddituale del pensionato limitatamente a quelli effettuati sino al 31 dicembre 1995.

Fuori da questo limite temporale, la normativa di riferimento è, invece, in linea di principio, tranne per la specifica ipotesi dei trattamenti provvisori, quella di cui al citato art. 206 del T.U. n. 1092 del 1973 che, come visto, limitatamente ai provvedimenti definitivi, condiziona il recupero al dolo "positivo" o "commissivo" dell'*accipiens*.

A tali principi normativi, che sostanzialmente accomunano settore privato e pubblico, si sono aggiunti, nel tempo, quelli direttivi dettati dalla giurisprudenza, anche e soprattutto costituzionale.

L'insieme di entrambi, come si vedrà, compone le regole del sottosistema dell'indebito previdenziale, così come delineato nella preminente ottica di tutela della particolare situazione di bisogno sociale del pensionato e della specifica incidenza che la ripetizione dell'indebito ha, potenzialmente, sulla conservazione di beni "esistenziali", oggetto di speciale garanzia costituzionale.

5. — IL SOTTOSISTEMA DELL'INDEBITO PREVIDENZIALE NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E DI LEGITTIMITÀ

Dall'esame complessivo di tutta la normativa delineata emerge quindi come, nell'ambito in esame, il legislatore abbia dato corpo ad un vero "microsistema" o "sottosistema", dotato di proprie regole, e che riguarda gli indebiti derivanti da errori sia sull'*an* che sul *quantum*. Tale regime, è stato non solo riconosciuto rispondente ad un ragionevole e legittimo esercizio della libertà di scelta spettante al legislatore ordinario, bensì avallato *ex art.* 38 Cost. dalla giurisprudenza, anche costituzionale, la quale ne ha specificato i principi caratterizzanti.

Il Giudice delle leggi ha infatti sottolineato come, dal contesto della disciplina sia delle pensioni private che delle pensioni pubbliche, emerga un principio direttivo del sistema dell'indebito previdenziale, in base al quale, diversamente dalla generale regola codicistica di incondizionata ripetibilità dell'indebito, trova applicazione la specifica regola, propria appunto di tale sottosistema, che esclude la ripetizione in presenza di una determinata situazione di fatto.

Detta situazione, seppur variamente articolata, ha come minimo comune denominatore la non addebitabilità al percipiente dell'erogazione non dovuta (25).

(24) Corte costituzionale, 28 aprile 2006 n. 178, in *Giur. cost.*, 2006, 2.

(25) Corte costituzionale, 14 dicembre 1993, n. 431 in *Foro it.*, 1994, I, 332, con nota di L. CARBONE, *Gli indebiti previdenziali nella recente giurisprudenza*.

In base alla pronuncia appena citata, in particolare, dall'insieme del quadro normativo risulta una pluralità di scelte possibili in ordine alla puntuale configurazione della fattispecie preclusiva della ripetizione nel settore considerato. Tali scelte, tuttavia, al di là della loro concreta modulazione, si basano tutte sul medesimo principio, che circola all'interno dei plurimi settori previdenziali, e cioè che la ripetizione non ha luogo quando l'erogazione, risultata non dovuta, non sia addebitabile al percipiente.

La Corte Costituzionale ha quindi individuato, alla luce dell'art. 38 della Costituzione, un principio di settore che esclude la ripetizione delle somme non dovute, radicando nell'affidamento dei pensionati l'irripetibilità di trattamenti pensionistici indebitamente percepiti in buona fede e destinati al soddisfacimento dei bisogni alimentari propri e della famiglia.

Con una successiva pronuncia del 1996, il Giudice costituzionale è nuovamente intervenuto sulla specifica materia in esame, precisando come detto principio sia stato espresso in termini negativi, e perciò bisognosi di specificazione (26).

In particolare, secondo la Corte, ove dalla normativa speciale emerga una lacuna di previsione, questa autorizza l'interprete ad operare una riduzione teleologica - funzionale, cioè, alla *ratio legis* - della disposizione, introducendo una corrispondente eccezione conforme a detto principio direttivo.

Nel caso di specie, la Corte ha delineato tale principio in una fattispecie di indebito per superamento dei limiti di reddito in materia di integrazione al minimo che, come accennato all'inizio, è regolata da una normativa speciale che consente il recupero delle somme erogate in eccedenza, senza limiti e condizioni.

La *ratio* di tale normativa, precisa la Corte, è costituita dalla fisiologica sfasatura temporale tra il momento in cui la pensione deve essere erogata e il momento in cui il superamento del limite reddituale può essere accertato.

Da questo deriverebbe l'impossibilità di configurare un errore dell'ente quale presupposto del diritto di ripetizione. Ne consegue, da un lato, l'inapplicabilità delle norme che regolano, incentrandola sull'errore, la fattispecie dell'indebito previdenziale e, dall'altro, la configurazione di una disciplina specifica che ammette incondizionatamente il recupero.

Poiché ciò avviene anche qualora, sopravvenuta per l'Istituto la possibilità di verificare il superamento del limite reddituale dell'anno precedente, la protratta ignoranza delle condizioni ostative alla erogazione si risolva comunque in una falsa percezione della realtà, la Corte ravvede nella normativa una lacuna di previsione. Da tale vuoto normativo il Giudice delle leggi, in applicazione dei principi sopra esposti, argomenta che, secondo un criterio di ragionevolezza, la ripetéibilità cessa là dove l'ente previdenziale abbia continuato il pagamento del trattamento, pur avendo la disponibilità delle informazioni necessarie per l'accertamento del reddito del pensionato ovvero, tra l'altro, quando entrambe le pensioni sono pagate dall'ente stesso, che quindi è in condizione di conoscere se e quando l'importo sia aumentato oltre il limite di reddito stabilito.

La Corte conclude, perciò, dettando un altro importante principio, in merito ai tempi tecnici necessari perché i dati disponibili siano effettivamente acquisiti

(26) Corte Costituzionale, 24 maggio 1996, n. 166 in *Lavoro giur.*, 1996, 747, con nota di S. COSTANTINI, *Ripetizione di trattamenti minimi indebitamente erogati*.

dall'Istituto e immessi nei circuiti delle verifiche contabili. La valutazione di detti tempi, invero, spetta al giudice, avuto eventualmente riguardo ai termini indicati dall'art. 13, comma 2, l. n. 412 del 1991. Detta norma, infatti, se pur non applicabile *ratione temporis* al caso concreto, è comunque utilizzabile, secondo la Corte, come criterio di orientamento (27).

Con particolare riferimento a tale elemento, ovvero alla durata nel tempo dell'indebita erogazione in rapporto alla conoscenza o conoscibilità, da parte dell'ente, degli elementi della prestazione, la coeva giurisprudenza di legittimità esplica ulteriormente i principi del sottosistema.

In diverse fattispecie concrete, distinte ma accomunate dal protrarsi nel tempo della prestazione poi risultata non dovuta, la Suprema Corte ha, infatti, precisato che l'indebito è assistito dal regime speciale se l'indebita erogazione si sia protratta per un periodo di tempo eccessivo. Tale periodo, in particolare, viene ritenuto tale qualora si protragga oltre un anno dal momento in cui l'ente ha avuto disponibilità delle informazioni necessarie per l'accertamento dell'entità degli importi dovuti al pensionato, o quando dette informazioni siano comunque conoscibili dall'ente, facendo uso della diligenza richiestagli dalla sua qualità di soggetto erogatore della prestazione (28).

Dall'esame di tali pronunce si evince dunque come, anche per la giurisprudenza di legittimità, il suddetto termine annuale risulti rilevante non solo in caso di diretta applicabilità del disposto dell'art. 13, 3 comma, l. 412 del 1991, ma anche in difetto delle condizioni per un suo immediato richiamo. La Corte di Cassazione, pertanto, si pone sulla stessa linea interpretativa tracciata dal Giudice costituzionale, stabilendo che, in difetto di diretta applicabilità del disposto dell'art. 13, 3 comma, l. 412 del 1991, tale termine è determinabile desumendo dalla citata previsione normativa un parametro di valutazione per la fissazione - in via di equitativa composizione di contrapposti interessi e salva l'incidenza da riconoscere alle peculiarità del caso - di un termine di uguale misura (29).

6. — RIFLESSIONI CONCLUSIVE E SPUNTI CRITICI

Dall'esame della disciplina in materia di indebito pensionistico svolto nelle pagine precedenti, della sua evoluzione storica e dei principi fondamentali che la caratterizzano, emerge come - se pur con condizioni e modalità talvolta diverse in ciascun settore previdenziale o in particolari circostanze temporali - l'indebito di specie sia regolato da proprie regole, le quali, colte nella loro *ratio* - e quindi al di là delle citate diversità

(27) Sottolinea il particolare carattere innovativo della pronuncia soprattutto con riferimento a tale profilo, che permette di impedire che il protrarsi dell'inerzia colpevole dell'istituto erogatore si tramuti in un danno economico per il pensionato A. SANTORO, *La ripetizione dell'indebito previdenziale nuovamente al vaglio della corte costituzionale* (Nota a Corte cost., 24 maggio 1996, n. 166), cit.

(28) Cfr., ad esempio, Cass., sez. lav., 10 dicembre 1996 n. 11008, in *Foro it.*, 1997, I, 80; Cass., sez. lav., 10 dicembre 1996 n. 11006, in *Mass.*, 1996.

(29) Cfr. Cass., 10 dicembre 1996, n. 11009, in *Foro it.*, 1997, I, 79, in riferimento ad una fattispecie di indebito formatosi su una pensione integrata al trattamento minimo per superamento del limite di reddito.

settoriali o temporali contingenti - sono riconducibili ad un unico sistema, o meglio, utilizzando lo stesso linguaggio della Corte Costituzionale, costituiscono un vero e proprio “sottosistema” autonomo (e quindi più che una semplice deroga ai principi generali) il cui fulcro è costituito, essenzialmente, dalla non addebitabilità al percipiente della percezione delle maggiori somme.

La disciplina dell’indebito pensionistico ha, infatti, come si è visto, la funzione di dare specifica attuazione ai principi di cui all’art. 38 della Costituzione, in considerazione della natura alimentare del reddito pensionistico, destinato al soddisfacimento dei bisogni ordinari della vita, che impone una corretta ponderazione degli interessi in questione, al cui esito - ricorrendo la citata condizione di non addebitabilità - l’interesse dell’ente al recupero non può non risultare recessivo.

Esauritesi le condizioni temporali di applicabilità delle disposizioni transitorie del 1996 e del 2001, e quindi anche dei particolari criteri da queste dettati, sono tornati ad avere piena applicazione le specifiche disposizioni normative sopra esaminate - e quindi l’art. 13 legge n. 412 del 1991 per il settore privato ed essenzialmente (ma, come visto, non esclusivamente) l’art. 206 d.p.r. n. 1092 del 1973 per quello pubblico - e i principi cardine del sottosistema, esplicitati dalla giurisprudenza, i quali complessivamente costituiscono la disciplina a regime dell’indebito previdenziale pensionistico.

Come si è visto, entrambe le normative ancorano e condizionano, sostanzialmente, l’irripetibilità dell’indebito su trattamenti pensionistici definitivi alla non ricorrenza, in capo all’*accipiens*, dell’elemento psicologico del dolo ovvero, in generale, alla non volontarietà dell’evento, con l’ulteriore previsione - espressamente solo per la normativa relativa al settore privato salvo quanto si dirà - dell’obbligo, in capo al pensionato, di segnalare all’Istituto previdenziale i fatti incidenti sulla propria posizione pensionistica, che non siano già conosciuti dall’ente e quello, in capo all’ente medesimo, di procedere annualmente alla verifica delle situazioni reddituali dei pensionati e di provvedere, entro l’anno successivo, al recupero dell’eventuale indebito.

In realtà si è visto come quelli appena esposti costituiscano dei veri e propri principi caratterizzanti l’intero sistema dell’indebito previdenziale, e quindi non siano strettamente riferiti al solo sistema privato, costituendo dei parametri di valutazione e di orientamento cui ricondurre l’esame della singola fattispecie, sia nel settore privato che pubblico.

Da un lato, infatti, i termini annuali di cui all’art. 13, comma 2, legge n. 412/91, in aderenza a quanto esplicitato dalla stessa Corte Costituzionale e confermato dalla giurisprudenza di legittimità, sono termini che costituiscono un criterio di orientamento, il quale va al di là dell’applicazione della specifica normativa al caso concreto.

Sul punto deve rammentarsi come i descritti limiti temporali alla verifica delle condizioni reddituali del pensionato ed all’azione di recupero dell’ente siano stati peraltro “stigmatizzati”, se pur con le ovvie distinzioni del caso, dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee con la sentenza del 19 giugno 2003 nella causa C34/02 (30).

(30) Sulla pronuncia, in generale, S. GIUBBONI, *Problemi applicativi del Regolamento n. 1408/71 in tema di parità di trattamento previdenziale in Italia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, III, 13 ss, spec. 19-20.

Quella contenuta all'interno del testo della legge n. 412 del 1991, in ordine ai tempi per il controllo e per il recupero dell'eventuale indebito, costituisce in effetti, come si è notato, una regola procedurale (31) che, per il suo fondamento di razionalità sostanziale, deve senz'altro trovare applicazione generale e, quindi, con specifico riferimento a quanto d'interesse, sia nel settore privato che in quello pubblico.

Dall'altro, anche la previsione per la quale il pensionato ha l'obbligo di segnalare all'Istituto previdenziale i fatti incidenti sulla propria posizione pensionistica - che non siano già conosciuti dall'ente stesso - si ritiene costituisca un valido parametro di valutazione per entrambi i settori previdenziali, in virtù dei fondamentali principi espressi dal Giudice delle leggi.

Per il sistema privato, in cui trova applicazione diretta, tale principio è stato recentemente puntualizzato dalla Suprema Corte, la quale ha espressamente ribadito come debba escludersi la possibilità di ripetizione delle somme in caso di omessa o incompleta segnalazione da parte del pensionato di fatti incidenti sul diritto o sulla misura della pensione goduta, nell'ipotesi in cui tali fatti siano già conosciuti, o siano comunque nella disponibilità dell'Ente previdenziale (32).

Con tale sentenza la Suprema Corte ha pertanto confermato in sostanza il principio, che discende dal citato art. 13 della legge n. 412 del 1991, per il quale la conoscenza o la conoscibilità, da parte dell'I.N.P.S., della situazione reddituale del pensionato, fa venir meno l'obbligo, in capo al pensionato medesimo, di comunicare i redditi, stante che tale fatto preclude in radice ogni possibilità di recupero, prescindendosi dallo stato di buona o mala fede in capo al pensionato stesso.

Detta ricostruzione, invero, risulta dalla lettura della norma di cui all'art. 13 l. 412 del 1991, ma anche da un'adeguata valutazione ed applicazione del fondamentale principio in materia che esclude la ripetizione in tutti i casi di non addebitabilità al percipiente della indebita erogazione, secondo l'insegnamento dalla Corte Costituzionale.

Può quindi affermarsi che, nel settore privato, vi è stata una compiuta acquisizione del percorso logico e dei principi di settore espletati all'esito di detto percorso dalla Corte Costituzionale, in relazione alla normativa in materia di indebito.

Non sembra invece che vi sia stato analogo esito nel settore pubblico, rinvenendosi talvolta pronunce che prescindono completamente dai punti di arrivo della giurisprudenziale costituzionale, e che risultano difficilmente giustificabili, specie in alcune ipotesi, sia con riferimento al dato letterale che su un piano sistematico.

Se infatti, pur con le perplessità sopra evidenziate in riferimento alla non rilevanza dello stato di buona fede, può effettivamente apparire dubbio che i principi di settore delineati dalla Corte Costituzionale siano applicabili con automaticità anche nel regime di provvisorietà della liquidazione del trattamento di quiescenza, per la natura di tale trattamento e per la presenza di una norma che consente espressamente la ripetizione senza limiti e condizioni (33), non può tuttavia ritenersi che essi non

(31) Così S. COSTANTINI, *La Corte di Giustizia si pronuncia sugli indebiti pensionistici*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2004, 1, 345; sulla pronuncia in esame si veda altresì R. MAFFEI, *Tendenze evolutive in tema di indebito pensionistico fino alle novità introdotte dalla Corte di Giustizia*, in *Lav. Giur.*, 2004, 1, 42.

(32) Corte di Cassazione, sez. lav., 19 marzo 2007 n. 6437, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2007, 543, con nota di A. GARLATTI.

(33) Lo nega espressamente Corte dei Conti, Sezioni Riunite, sentenza n. 7/2007/QM, *cit.*

possano trovare applicazione piena e coerente in altre ipotesi di indebito originatosi in tale settore.

A ciò conduce innanzitutto la stessa giurisprudenza costituzionale sopra esaminata che, come visto, ha espressamente ritenuto esistente, tanto nel settore privato che in quello pubblico, il sottosistema autonomo dotato di proprie regole, se pur variamente modulato nei due settori.

Per altro verso, esclusi i trattamenti provvisori per i motivi che si sono esposti, non sembrano sussistere ragioni di merito su cui fondare un'automatica e generalizzata esclusione dell'intero settore pubblico dall'applicazione delle regole del settore.

Deve pertanto ritenersi che i principi del "sottosistema", quali sopra descritti, sussistano e siano altresì pienamente applicabili anche nel settore pubblico.

Quindi, innanzitutto, nelle ipotesi di trattamenti definitivi - sui quali, peraltro, potrebbero concretamente incidere in modo limitato, essendo in sostanza espressamente esclusa la ripetibilità - ma anche, e forse soprattutto, i principi del sottosistema devono ritenersi applicabili nei casi di indebito originatosi dalla percezione di quei trattamenti che, con particolare riferimento formale alla loro natura, non rientrano pienamente né in quelli provvisori né in quelli definitivi.

In tali ipotesi risultano infatti dirimenti, stante l'assenza di disposizioni normative in merito.

Per detti ultimi trattamenti - e quindi, come detto, per i trattamenti di reversibilità - non solo deve ritenersi che il fulcro del sistema sia costituito dalla buona fede, in forza della pronuncia n. 77/C del 1989, tutt'oggi pienamente riferibile a tali fattispecie per le ragioni che precedentemente sono state esposte, ma anche, e più in generale, che gli stessi siano direttamente ed integralmente regolati dai principi di settore espressi dalla Corte Costituzionale.

In disparte il profilo della generale omessa comunicazione di fatti incidenti sul diritto o sulla misura delle prestazioni in esame, che si ritiene debba essere risolto caso per caso, non sembra pertanto qui condivisibile quell'orientamento della giurisprudenza contabile che si attesta sulla ripetibilità incondizionata dell'indebito anche quando i dati siano in possesso dell'amministrazione, escludendo così che tale evenienza rappresenti un limite alla possibilità del recupero, come invece avviene nel settore privato.

In forza dell'insieme dei citati principi di settore, anche per i trattamenti di reversibilità del settore pubblico, analogamente a quanto avviene per il settore privato, si dovrebbe infatti escludere la possibilità di ripetizione nel caso in cui l'ente previdenziale (nella specie, quindi, l'INPDAP), sia a conoscenza della situazione reddituale del pensionato, o abbia comunque la disponibilità di detti dati, come ad esempio avviene quando paga entrambe le pensioni.

Atteso infatti che detta fattispecie non è disciplinata da alcuna previsione normativa specifica, dovrebbe innanzitutto operarsi un richiamo all'intera previsione dell'art. 13 l. 412/91, la quale (come peraltro già avvenuto in altre ipotesi), potrebbe costituire un valido parametro di riferimento anche fuori dal campo di applicazione della normativa stessa.

Ed invero, se si ritiene sussistere, anche in capo al pensionato *ex* pubblico dipen-

dente, un generale obbligo di comunicare i redditi rilevanti ai fini della misura del trattamento, e su tale presupposto si ammette l'incondizionata possibilità di recupero nel caso di mancate comunicazioni (34), dovrebbe parimenti ammettersi che, per le stesse ragioni, sussista anche la limitazione della possibilità di recupero per l'ipotesi in cui questi siano già conosciuti dall'ente erogatore.

La stessa conclusione è peraltro, in ogni caso, confermata e rafforzata dalla lettura costituzionale dei principi in materia e, innanzitutto, dal principio di settore che esclude la ripetizione in tutti i casi in cui l'indebita erogazione non sia addebitabile al percettore, espressamente riconosciuto dalla Corte Costituzionale con la pronuncia del 1993, sia per le pensioni private che per quelle pubbliche.

Ma tale lettura trova conferma anche in virtù dell'ulteriore principio esplicitato dalla successiva pronuncia del 1996 - qui pienamente sovrapponibile - per il quale la ripetibilità cessa nel caso in cui l'ente abbia continuato il pagamento del trattamento pur avendo la disponibilità delle informazioni necessarie per l'accertamento del reddito del pensionato (come in effetti avviene quando l'istituto paga entrambe le pensioni), in forza di un'interpretazione teleologica di una lacuna di previsione che, per la Corte, nella sentenza richiamata, ha autorizzato l'interprete ad introdurre una corrispondente eccezione addirittura in una fattispecie di indebitto, come quella oggetto di pronuncia, in cui la normativa stessa ammetteva il recupero senza limiti e condizioni.

L'esclusione del recupero dell'indebito in tali ipotesi, pertanto, non discende dall'applicazione analogica dell'art. 206 d.p.r. n. 1092 del 1973, ma dall'applicazione dei principi delineati dalla Corte Costituzionale.

Tali principi, propri e caratterizzanti il sottosistema previdenziale per entrambi i settori, privato e pubblico, dovrebbero quindi condurre necessariamente a rivedere, in quest'ultimo, il regime dell'indebito originatosi nelle ipotesi dei trattamenti di reversibilità, nel caso in cui l'ente erogatore abbia la conoscenza e/o la conoscibilità della situazione reddituale del pensionato facendo uso della diligenza richiesta dalla sua qualità di soggetto erogatore della prestazione.

Mal si comprende, pertanto, la giustificazione concettuale e sistematica di decisioni che, nel settore pubblico, si limitano a dichiarare la totale ripetibilità dell'indebito, senza procedere all'accertamento della conoscenza e conoscibilità, in capo all'ente medesimo, di tutti gli elementi necessari alla corretta liquidazione del trattamento che rappresenta l'eccezione che esclude la ripetizione, come invece avviene nel settore privato.

Non solo, infatti, per i motivi esposti, tale lettura rischia di essere, più che restrittiva, in contrasto con le regole del sottosistema ampiamente esaminato, ma rischia altresì di condurre ad una ingiustificata disparità di trattamento tra i titolari di analoghe prestazioni dei due settori a parità di condizioni e specularmente, per ovvi motivi, anche tra i due maggiori enti previdenziali.

Disparità che non sembrano giustificabili né con il generico riferimento alla astratta diversità e peculiarità dei due settori - stante che non sembrano sussistere,

(34) C. Conti, Sez. Giur. Reg. Lazio, 5 febbraio 2001 n. 645, in *Riv. Corte Conti*, 2001, 1, 222; C. Conti., Sez. Giur. Reg. Sicilia, 8 ottobre 2004 n. 3002, in *Riv. Corte Conti*, 2004, 5, 245.

in riferimento alla fattispecie in esame, quelle ragioni che talvolta permettono di superare esiti difformi tra i due settori - né quei caratteri di eccezionalità e straordinarietà della disciplina, che sovente hanno costituito i limiti al sindacato di legittimità costituzionale tra i due sistemi, sotto il profilo del rispetto del principio di uguaglianza.

GESUELE BELLINI

Cultore di diritto del lavoro
presso l'Università dell'Insubria

**LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVO-CONTABILE E LA NULLITÀ
DEI CONTRATTI ASSICURATIVI DEGLI ENTI PUBBLICI PER I PROPRI
AMMINISTRATORI, INTRODOTTA CON LA FINANZIARIA 2008**

Sommario: 1. - Linee ispiratrici della novella sulla nullità dell'assicurazione dell'ente pubblico. 2. - Cenni storici della responsabilità amministrativo-contabile. 3. - Gli operatori coinvolti. 4. - Gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativo-contabile. 5. - L'elemento psicologico. 6. - Il danno economico. 7. - Nesso di causalità. 8. - Cause di esclusione della responsabilità. 9. - L'ambito di applicazione oggettivo delle disposizioni di cui alla finanziaria 2008: gli enti pubblici. 10. - L'ambito di applicazione soggettivo: gli amministratori. 11. - Ambito di applicazione temporale e sanzioni.

1. — Linee ispiratrici della novella sulla nullità dell'assicurazione dell'ente pubblico

Con l'entrata in vigore della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Finanziaria 2008) è tornato di viva attualità l'argomento della responsabilità amministrativa e contabile e, in particolare, è stato affrontato il problema della legittimità o meno dei contratti di assicurazione stipulati dagli enti pubblici per i propri amministratori.

In pratica, costituiva un fenomeno diffuso che gli enti pubblici assicurassero i propri amministratori per gli eventuali rischi derivanti dallo svolgimento di compiti istituzionali connessi alla loro carica, accollandosene il premio; in questo modo, in caso di accertata responsabilità di quest'ultimi, l'assicurazione rimborsava l'ente coinvolto.

Più volte la magistratura contabile aveva sollevato il problema della illegittimità di questa pratica (1) affermando la sussistenza della illiceità della causa in questi contratti, sulla base della considerazione della natura sanzionatoria della condanna derivante dalla responsabilità amministrativa.

(1) Corte dei Conti, sez. Giurisdiz. Siciliana, 14-06-2007, n. 185; Corte dei Conti, Sez. Giurisd. per la Lombardia n. 942 del 10.05.2002; Corte dei Conti, Sez. Giurisd. per l'Umbria n. 553 del 10.12.2002; Corte dei Conti, Sez. Giurisd. per la Puglia n. 95 del 07.02.2004, Corte dei Conti, Sez. Giurisd. per il Friuli Venezia Giulia n. 489/EL/00 del 19 ottobre 2000, Corte dei Conti, Sez. Giurisd. Siciliana n. 3471/2005 del 4.10.2005, Corte dei Conti, Sez. Giurisd. Siciliana n. 3054/2006 del 25.10.2006.

La giurisprudenza contabile, al riguardo, si è più volte pronunciata, affermando la sussistenza di una lesività per l'erario della copertura assicurativa a carico del bilancio dell'ente dei rischi da responsabilità amministrativo-contabile degli amministratori e dei funzionari dell'amministrazione locale.

Il danno all'erario, secondo un consolidato orientamento (2), sarebbe sempre ricollegabile alla superfluità ed inutilità della spesa scaturente dalla copertura dei rischi da responsabilità amministrativo-contabile.

Inoltre, sussisterebbe anche una irragionevolezza sul piano logico, ancor prima che giuridico, in quanto, in virtù dell'applicazione del principio costituzionale di efficienza e buona amministrazione, non sarebbe giustificabile dotare di un'assicurazione l'amministratore, fornendogli una immunità patrimoniale per i danni cagionati all'amministrazione da un suo agire funzionale gravemente colposo. Tali costi, invero, sarebbero sopportati dall'ente locale, cioè dal primo creditore dell'obbligazione di buona ed efficiente amministrazione ricadente sull'amministratore e da questi non adempiuta con la consumazione della condotta gravemente colposa, fonte di danno all'erario (3).

Con la legge n. 244 citata, il legislatore ha recepito questi indirizzi giurisprudenziali del giudice contabile, stabilendo dunque all'art. 3, comma 59, che *“è nullo il contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicuri propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile. I contratti di assicurazione in corso alla data di entrata in vigore della presente legge cessano di avere efficacia alla data del 30 giugno 2008. In caso di violazione della presente disposizione, l'amministratore che pone in essere o che proroga il contratto di assicurazione e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo”*.

La novellata disciplina, comunque, a parte le argomentazioni della giurisprudenza su richiamate, muove altresì dalle difficoltà pratiche affrontate, spesso insuperabili, ma necessarie, per giungere alla condanna per danno erariale, di dedurre dal complessivo oggetto del contratto di assicurazione la parte di premio relativa alla copertura dei rischi derivanti dalla responsabilità amministrativo-contabile, rispetto ad altri rischi in cui può incorrere l'agente della pubblica amministrazione, tra cui *in primis* di quello della responsabilità civile verso terzi (4).

Impedimento questo aggravato dalle compagnie di assicurazioni le quali erano solite mantenere costante il costo della polizza anche in caso di rinuncia o di mancata richiesta da parte dell'ente di beneficiare delle garanzie offerte.

Alcune decisioni della Corte dei Conti, invero, in presenza di tali elementi ed in mancanza di un'apposita normativa, avevano in talune ipotesi escluso la sussistenza del danno erariale (5), mentre in altre occasioni avevano ritenuto non accertabile l'elemento soggettivo della colpa grave, presupposto necessario per la configurabilità della

(2) Corte dei Conti, Sez. I, 29/11/1990, n. 254.

(3) Corte dei Conti, Sez. giurisd. per la Regione siciliana n. 734 del 4 marzo 2008.

(4) Corte dei Conti, Sez. Riunite, n.707/A del 5 aprile 1991.

(5) Corte dei Conti, Sez. Giur. d'Appello per la Regione Sicilia, n. 185 del 14 giugno 2007.

responsabilità amministrativa e contabile (6).

Siffatta difficoltà di circoscrivere i presupposti della responsabilità contabile e del conseguente danno erariale ha rappresentato la ragione ispiratrice dell'intervento del legislatore il quale, con l'emanazione dell'art. 3, comma 59, citato, ha voluto dissipare ogni dubbio sposando l'orientamento ormai consolidato del giudice contabile e perciò escludendo, a pena di nullità, l'assicurabilità da parte dell'ente del rischio della responsabilità amministrativa-contabile per i propri amministratori.

Orbene, prima di affrontare gli aspetti critici di tale dettato normativo, appare utile riassumere la materia della responsabilità amministrativa e contabile riguardante gli operatori della pubblica amministrazione.

2. — Cenni storici della responsabilità amministrativo-contabile

Può succedere che il pubblico impiegato nell'esercizio delle sue funzioni provochi conseguenze dannose direttamente o indirettamente, per colpa o dolo, a terzi e/o alla stessa amministrazione.

Nel primo caso si parla di responsabilità civile, la cui disciplina rimane nell'ambito del diritto comune, applicandosi dunque la normativa della responsabilità c.d. aquiliana, di cui all'art. 2043 cc.

Nella seconda ipotesi è prevista un'altra forma di responsabilità, denominata amministrativa, caratterizzata dalla peculiare disciplina di tutela che le è affidata, quanto relativamente all'esercizio dell'azione di responsabilità medesima tanto in ordine alla giurisdizione, all'attribuzione esclusiva della Corte dei Conti (7).

In termini pratici, la responsabilità amministrativa è quella forma di responsabilità patrimoniale in cui possono incorrere i pubblici funzionari, tra cui i dipendenti e gli amministratori dello Stato o degli Enti locali, per violazione, colposa o dolosa, delle disposizioni inerenti agli obblighi di servizio, causando, pertanto, un danno all'amministrazione (8).

Dalla responsabilità amministrativa si distingue quella contabile solo per il fatto che quest'ultima grava su coloro che, normativamente o di fatto, hanno a che fare con il maneggio di danaro o altri beni e valori della pubblica amministrazione (9).

Originariamente la responsabilità amministrativa-contabile era disciplinata in maniera unitaria per effetto della legge n. 800 del 1862; successivamente con l'emanazione del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440 (legge di contabilità generale dello Stato) si distinsero autonomi giudizi di responsabilità amministrativa da un lato e di responsabilità di conto dall'altro.

Con l'introduzione del sistema operativo previsto dall'art. 82 del d.lgs 6 maggio 1948, n. 655, concernente l'approvazione del testo unico delle leggi sulla Corte dei Conti, la responsabilità amministrativa ha finito per assorbire le ipotesi di responsabi-

(6) Corte dei Conti, Sez. Giur. per la Regione Sicilia, n. 2541 del 26 settembre 2007.

(7) CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, 1997, pag. 142.

(8) MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVARESI MONACO, SCOCA, *Diritto amministrativo*, Monduzzi, 1998, pag. 2130.

(9) MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVARESI MONACO, SCOCA, *Ibidem*, pag. 2131.

lità previste dall'art. 81 della stessa legge, che secondo una storica tradizione erano assimilate alle responsabilità contabili propriamente dette (10).

Con l'avvento della Repubblica, la Costituzione italiana all'art. 103, comma 2, ha attribuito la giurisdizione esclusiva della Corte dei Conti "alle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge".

Questa disposizione ha generato non pochi contrasti tra i sostenitori di un'interpretazione conservativa, secondo cui l'ambito di giurisdizione era quello limitato dalla legislazione previgente e i sostenitori di una tesi estensiva che includeva tutta la materia della contabilità pubblica.

Il contrasto si placò con l'affermazione da parte della stessa Corte Costituzionale che la locuzione "nelle materie di contabilità pubblica" deve intendersi "tendenzialmente generale (11), e pertanto il proprio ambito non può limitarsi a situazioni regolate in modo specifico, ma si ammise l'estensione della giurisdizione della Corte dei Conti alla generalità dei dipendenti pubblici, con la limitazione degli amministratori degli enti pubblici economici (12).

Un ulteriore contrasto di indirizzi coinvolse la questione della competenza relativamente ai giudizi di responsabilità dei dipendenti pubblici quando abbiano questi causato un danno ad amministrazioni diverse da quelle di appartenenza (13).

Al riguardo, la diatriba si compose con l'emanazione del decreto legge n. 543 del 1996, convertito in legge n. 639 del 1996, che ha ammesso la competenza anche per tale ambito della Corte dei Conti.

Riguardo l'ambito soggettivo della responsabilità amministrativo-contabile vanno ricordate le seguenti normative, attualmente in vigore, che hanno fatto rientrare l'attribuzione della competenza della Corte dei Conti: l'art. 19 della legge n. 3 del 1957, che ha riconosciuto la giurisdizione sugli impiegati dello Stato; l'art. 8 della legge n. 70 del 1975, che ha compreso i dipendenti del parastato; l'art. 31 della legge 335 del 1976, che ha incluso gli amministratori e i dipendenti delle Regioni; l'art. 28, della legge n. 761 del 1979, che ha ricompreso i dipendenti e gli amministratori delle aziende sanitarie; infine l'art. 58 della legge n. 142 del 1990, trasfuso nell'art. 93 del d.lgs n. 267 del 2000 (testo unico degli enti locali) che ha riconosciuto la completa ed unica competenza alla Corte dei Conti anche per le responsabilità degli amministratori degli enti locali (14).

Attualmente, pertanto, dopo i copiosi interventi legislativi che più volte hanno ridisegnato l'istituto, può ormai affermarsi, salvo alcuni casi espressamente previsti (15), che la Corte dei Conti rappresenta il giudice naturale della responsabilità amministrativo-contabile.

(10) Un ulteriore elemento che rafforzerà la confluenza della responsabilità contabile in quella amministrativa avverrà con l'entrata in vigore degli artt. 18 e 19 dello statuto degli impiegati civili dello Stato.

(11) Corte Costituzionale n. 773/1988; Corte di Cassazione SS.UU. n. 2616/1968; Corte di Cassazione SS.UU. n. 363/1969.

(12) Corte di Cassazione SS.UU. n. 6178/1983.

(13) COLAGRANDE, CUONZO, GATTAMELATA, GIGLI, LEMMO, PONICE, ROMANO, SCICHILONE, *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, 1997, Cedam, pag. 303, 304, 305.

(14) Il precedente sistema prevedeva la competenza, in talune ipotesi, anche del giudice ordinario.

(15) Per es. in materia di danno ambientale l'art. 18 della legge n. 349 del 1986 attribuisce la giurisdizione al giudice ordinario.

3. — Gli operatori coinvolti

In linea di principio risultano assoggettabili alla responsabilità amministrativa e contabile tutti i soggetti che sono legati alla pubblica amministrazione da un rapporto qualificato, e cioè da un rapporto di servizio.

Pertanto, si può affermare che la responsabilità amministrativo-contabile oltre a coinvolgere i soggetti incardinati presso la pubblica amministrazione in virtù di un rapporto di impiego, si estende anche a tutti coloro che abbiano partecipato al concreto svolgimento dell'attività amministrativa, anche se tale attività sia risultata meramente occasionale del servizio (16).

Pertanto, a titolo meramente esemplificativo, si possono citare i dirigenti generali, i pubblici funzionari dello Stato, degli enti locali e degli enti pubblici, gli agenti incaricati della riscossione delle entrate, il personale civile e militare retribuito dall'amministrazione, ecc.

Qualche precisazione deve essere fatta riguardo la responsabilità di quegli operatori pubblici che abbiano svolto attività di controllo, di consulenza, o che abbiano fornito pareri nel corso di un procedimento amministrativo il cui esito è sfociato in un provvedimento lesivo degli interessi finanziari dello Stato.

Al riguardo, per ciò che concerne l'attività di controllo, si è affermato un indirizzo giurisprudenziale secondo cui si esclude la responsabilità a carico dei funzionari preposti al controllo istituzionale degli atti procedurali, atteso che l'esercizio di tale attività comporterebbe un'azione di mero accertamento, in posizione di assoluta indipendenza rispetto al provvedimento oggetto di verifica, e, dunque, di estraneità nei confronti del suo procedimento formativo (17).

Riguardo l'attività di consulenza e la fornitura di pareri nel corso di un procedimento si rilevano due posizioni contrastanti.

Un primo indirizzo esclude la responsabilità amministrativa nell'ipotesi di manifestazione di pareri favorevoli circa la legittimità di atti comprendenti impegni di spesa attuati da organi di vertice, ovvero nell'ipotesi di attività di consulenza esterna (18).

Secondo un diverso orientamento, invece, sussiste la responsabilità degli amministratori nella circostanza che abbiano espresso parere favorevole in ordine alla legittimità di delibere approvate ed attuate senza il relativo impegno contabile (19).

4. — Gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativo-contabile

Si è visto come la responsabilità amministrativo-contabile può ricadere unicamente nei confronti di quei soggetti legati da un rapporto di servizio con la pubblica amministrazione.

(16) CERULLI IRELLI, *Ibidem*, pag. 142.

(17) Corte conti, sez. Riunite, 27-06-1969, n. 96; Corte conti, sez. I, 12-05-1975, n. 35.

(18) Corte conti, sez. Riunite, 12-12-1996, n. 77; Corte conti, sez. App. I, 21-07-1997, n. 154; Corte conti, sez. Giurisdiz. Puglia, 29-03-1999, n. 24.

(19) Corte conti, sez. Giurisdiz. Calabria, 04-11-1994, n. 46.

È stato precisato che per la sussistenza di tale rapporto non è necessario l'esercizio di funzioni pubbliche ma è sufficiente lo svolgimento di un'attività ad essa imputabile.

Da ciò si rileva che una prima condizione necessaria per la costituzione della responsabilità di che trattasi è avere un rapporto di servizio con l'amministrazione o comunque svolgere funzioni pubbliche.

È altresì necessario che si concreti una violazione dei doveri d'ufficio ovvero degli obblighi caratterizzanti il rapporto.

Un ulteriore elemento costitutivo è la presenza dell'elemento psicologico, il dolo o la colpa, del soggetto agente.

Infine, altri elementi necessari sono il danno e ovviamente il nesso di causalità tra quest'ultimo ed il fatto.

A ben vedere si tratta dei medesimi elementi che ricorrono in presenza della responsabilità civile, di cui però vanno evidenziate opportune precisazioni.

5. — *L'elemento psicologico*

Con riferimento all'elemento soggettivo, l'art. 1, comma 1, della legge n. 20 del 1994, come modificato dalla legge n. 639 del 1996, limita la responsabilità dell'agente alle sole ipotesi di dolo o colpa grave.

Si tratta, in realtà, di una disciplina finalizzata ad una maggior efficienza dell'attività amministrativa, basata sul fatto che il timore di incorrere in responsabilità possa rallentare l'azione amministrativa (20).

In realtà, va fatto rilevare che la colpa riveste un ruolo centrale nella teoria generale e nell'inquadramento dell'illecito in tutti i campi dell'ordinamento giuridico (21).

Nella responsabilità amministrativo-contabile la colpa risulta dunque rilevante quando raggiunge una certa intensità, da connotarsi come grave, che si avvicina quasi al dolo (22), e pertanto, distinguendosi da quella lieve.

Al riguardo, è stato affermato che la misura della colpa grave va riferita al comportamento dell'amministratore medio, fornito di un bagaglio di conoscenze, se pur non necessariamente specialistiche, ma in ogni caso qualificate, che agisce nel rispetto del dovere di diligenza (23).

Parte della dottrina (24) e della giurisprudenza (25) definiscono la colpa grave "una metafora", nel senso che non va vista come deroga al principio della colpa lieve ma bensì come una espressione figurata indicante la forma di colpa "che si accerta in

(20) PASQUALUCCI, SCHLITZER, CAPONE, DELLA VENTURA, DI STEFANO, LUPI, *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Giuffrè, 2002, pag. 65.

(21) SCIASCIA, *La nozione di colpa grave tra i principi di diritto comune e configurazione autonoma*, in *Atti dei convegni di studi di scienza dell'amministrazione*, Giuffrè, 2006, pag. 379.

(22) SCIASCIA, *Ibidem*, pag. 394.

(23) Corte dei Conti, Sez. app. II, sentenza 11 aprile 2000, n. 129.

(24) MADDALENA, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa alla luce della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, n. 5, 1999, pag. 399.

(25) Corte dei Conti, Sez. I, 7 agosto 2000, n. 253/A.

base ai canoni di prevedibilità ed evitabilità del danno (26)”.

Tuttavia, la giurisprudenza maggioritaria (27) è dell’avviso che la “colpa grave si fonda sull’evidente e marcata trasgressione degli obblighi di servizio o di regole di condotta, che sia *ex ante* ravvisabile dal soggetto e riconoscibile per dovere d’ufficio e si concretizzi nell’inosservanza del minimo di diligenza richiesto nel caso concreto o in una marchiana imperizia, superficialità e noncuranza e non sussistano oggettive ed eccezionali difficoltà nello svolgimento dello specifico compito d’ufficio”.

Per quanto invece concerne il dolo, diversamente dal suo inquadramento nella responsabilità penale in cui si connota nell’elemento diretto a cagionare l’evento, nella responsabilità amministrativo-contabile per l’opinione dominante si identifica con l’inadempimento consapevole del soggetto di non adempiere ai propri obblighi di servizio (28).

Pertanto, l’indirizzo ormai consolidato del giudice contabile ritiene di assegnare al dolo la natura contrattuale, da intendersi quale proposito sciente di non adempiere all’obbligazione (29).

6. — Il danno economico

L’elemento oggettivo della responsabilità amministrativa-contabile sta nel concretizzarsi di un danno erariale.

Esso è inteso in termini civilistici nel danno emergente, caratterizzato dalla perdita subita, e dal lucro cessante, inteso come il mancato guadagno.

Inizialmente, il danno erariale veniva inquadrato nella fattispecie di natura esclusivamente patrimoniale, che riguardava, cioè, la diminuzione del patrimonio dello Stato.

Attualmente, è invece ormai consolidata l’ammissione del danno non patrimoniale, e dunque la sua risarcibilità, caratterizzato, tuttavia, da aspetti peculiari che lo differenziano dal danno civilistico.

Invero, qui non si tratta di valutare le conseguenze di lesioni biologiche di una persona, ma quelli scaturenti dalla lesione di beni giuridici immateriali, quali il prestigio, l’immagine della pubblica amministrazione, ecc. (30).

È di tutta evidenza che il danno non patrimoniale, al contrario del danno patrimoniale, è insuscettibile di essere provato nel suo preciso ammontare e pertanto la relativa quantificazione potrà essere realizzata con criteri equitativi (31).

Riguardo la risarcibilità del danno cagionato, in punto di responsabilità amministrativo-contabile, il legislatore ha introdotto la sussistenza di un potere riduttivo in capo alla Corte dei Conti, che potrà dunque disporre la risarcibilità parziale del danno da parte dell’agente.

(26) PASQUALUCCI, SCHLITZER, CAPONE, DELLA VENTURA, DI STEFANO, LUPI, *Ibidem*, pag. 67.

(27) Corte dei Conti, SS.UU. 21 maggio 1998, n. 23.

(28) Corte dei Conti, sez. I giurisd., 26.05.1998, n. 149/A.

(29) Corte dei Conti, SS.UU. 18 settembre 1996, n. 58.

(30) DE BELLIS, *Danno pubblico e potere discrezionale*, 1999, pag 57.

(31) Corte di Cassazione, SS.UU. 4 gennaio 1980, n. 2.

Invero, in base agli artt. 83, 52 e 19, rispettivamente del r.d. 2440/1923, r.d. 1214/1934 e d.p.r. 3/1957, è stata prevista per il giudice contabile la possibilità che egli possa porre a carico dei responsabili tutto il danno accertato o parte di esso.

Ciò dovrà però essere il risultato di una valutazione complessiva del comportamento del soggetto, tenuto conto delle circostanze nelle quali esso ha agito ed al grado di influenza che ha avuto nella causazione del danno.

Si può, pertanto, affermare, sintetizzando le diverse posizioni assunte dalla dottrina e giurisprudenza sul fondamento e sulla "ratio" del potere riduttivo, che pur riconoscendo alla responsabilità amministrativa una natura fondamentale patrimoniale, il giudizio amministrativo contabile, accanto all'esigenza riparatoria, deve perseguire, per espresso dettato normativo, anche esigenze più squisitamente sanzionatorie (32).

7. — *Nesso di causalità*

In assenza di apposite e specifiche norme di legge, la materia relativa al nesso di causalità è stata costruita dalla giurisprudenza contabile che si è sovente richiamata ai criteri di cui agli artt. 41 e ss. del codice penale.

L'indirizzo che ormai si è affermato è quello che si basa sul principio della causalità adeguata, in cui, cioè, viene effettuata una valutazione ex ante diretta a far emergere se la causa è stata o meno idonea a produrre l'evento dannoso, escludendosi però la sussistenza del nesso eziologico quando il danno sia il risultato di un evento straordinario od eccezionale.

Tale orientamento in alcune circostanze è stato integrato con la disposizione di cui all'art. 24, comma 2, del codice penale, in base al quale le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento (33).

Tuttavia, va ricordato che in altre ipotesi è stata respinta la teoria dell'equivalenza delle cause a favore della c.d. condotta costitutiva, che cioè è collegata direttamente all'evento lesivo (34).

8. — *Cause di esclusione della responsabilità*

Nel campo della responsabilità, prevalentemente amministrativa, la giurisprudenza ha individuato delle ipotesi in cui, pur sussistendone i presupposti ha dato rilevanza ad altri elementi con funzione di attenuanti o esimenti, determinanti l'esclusione della responsabilità.

Tra gli esempi che si possono citare, quello di maggior rilevanza è la sussistenza di un errore scusabile che, viziando la volontà del pubblico dipendente, lo induce a sbagliare e a commettere un atto illegittimo.

(32) Corte dei Conti, sez. Basilicata, sentenza 26.04.2007, n. 61.

(33) Corte dei Conti, sez. Toscana, 26 agosto 1999, n. 1007.

(34) Corte dei Conti, sez. Sicilia, 6 luglio 1998, n. 237.

In particolare, la casistica più copiosa si riscontra nell'attività provvedimentale posta in essere dai funzionari pubblici.

Al riguardo, è opinione consolidata il fatto la mera illegittimità di un provvedimento amministrativo non assume di per sé l'idoneità a costituire un elemento di colpa per l'autore (35).

Un'ulteriore situazione in cui sussiste l'esenzione di responsabilità è quando il pubblico impiegato agisce in virtù di un ordine che era obbligato ad eseguire, ferma restando la responsabilità del superiore che ha impartito l'ordine (36).

Non sussiste, altresì, la responsabilità dell'agente quando lo stesso in quanto parte di un organo collegiale, a seguito dell'adozione di una delibera illegittima e lesiva per gli interessi erariali vota in senso contrario, facendo verbalizzare i motivi del suo dissenso (37).

Sono esclusi dalla responsabilità anche gli organi politici, in caso di atti rientranti nella competenza di uffici tecnici o amministrativi, che in buona fede hanno approvato le decisioni assunte da questi ultimi ovvero ne abbiano consentito l'esecuzione (38).

Un'altra condizione di esclusione della responsabilità che merita di essere annoverata, che la dottrina e la giurisprudenza hanno inteso evidenziare è quando gli amministratori, tramite procedure irregolari, cioè ponendo in essere delle violazioni dei doveri d'ufficio, adottano spese necessarie ed indifferibili (39).

In tali ipotesi, si ritiene che l'amministratore possa essere giustificato almeno sotto il profilo della responsabilità.

Per ciò che concerne il danno, in tale ultima ipotesi, è stato affermato che questi non è provocato dall'amministratore che compie irrispettivamente la propria attività in quanto le spese necessarie ed urgenti vanno a soddisfare esigenze primarie e pertanto si pongono al vertice delle priorità (40).

9. — *L'ambito di applicazione oggettivo delle disposizioni di cui alla finanziaria 2008: gli enti pubblici*

Affrontati gli aspetti più generali della responsabilità contabile ed amministrativa, si può ritornare ad esaminare la disciplina contenuta all'art. 3, comma 59, della finanziaria 2008.

(35) DI BENEDETTO, *Diritto amministrativo: giurisprudenza e casi pratici*, Maggioli, 1999, pag. 870.

(36) In pratica, il dipendente ritenendo l'ordine palesemente illegittimo dovrà farne rimostranza ai sensi dell'art. 17 del T.U. n. 3/1957, ma se l'ordine è rinnovato per iscritto, lo si deve eseguire salvo che l'atto ordinato non sia vietato dalla legge.

(37) In base all'art. 1, comma 1-ter, della legge n. 20 del 1994, la responsabilità si estende esclusivamente a coloro che abbiano espresso voto favorevole.

(38) SCHIAVELLO, *Responsabilità contabile formale e amministrativa*, Jovene, Napoli, 1987, pag. 150.

(39) SCHIAVELLO, *Rischio e responsabilità per deviazione delle attribuzioni d'ufficio*, Napoli, 1967, pag. 194.

(40) SCHIAVELLO, *Responsabilità contabile formale e amministrativa*, Jovene, Napoli, 1987, pag. 100.

Un primo elemento di incertezza riguarda l'ambito di applicazione di tale norma; il comma citato si riferisce genericamente all'"ente pubblico".

È risaputo che l'inquadramento degli "enti pubblici" non è stato mai agevole nella disciplina del diritto amministrativo, a parte il caso dell'esplicita definizione normativa.

Invero, in caso di assenza di un'espressa previsione di legge, si ricorda come in passato siano stati elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza diversi modelli tendenti a identificare degli indici sintomatici della pubblicità dell'ente, tra i quali, per esempio, il fine pubblico perseguito, la presenza di poteri pubblici, il godimento di una posizione di supremazia ecc.

Secondo l'indirizzo prevalente (41), tuttavia, l'elemento da ritenersi decisivo ai fini del riconoscimento della pubblicità di un ente deve ricercarsi nel regime giuridico dello stesso, cioè nel complesso di norme e di principi che ne disciplinano l'esistenza e l'attività, nonché nell'inserimento dell'ente nella struttura della pubblica amministrazione.

In base a questo orientamento, costituiscono indici sintomatici di riconoscimento della natura pubblica di un ente il sistema di controllo pubblico, la partecipazione, il potere direttivo ed il finanziamento dello Stato, ecc.

Anche questi criteri di qualificazione della pubblicità di un ente risultano non completamente esaustivi ed efficaci quando gli enti medesimi sono soggetti aventi personalità giuridica privata che comunque svolgono attività di rilevanza pubblica.

Al riguardo, premesso che la dottrina prevalente (42) è ormai dell'opinione che non vi sia incompatibilità tra un soggetto privato con modello societario e l'ente pubblico, l'aspetto più problematico è stato nel determinare la misura in cui la struttura di organismo societario sia tale da poterlo ricondurre nell'alveo dell'organismo pubblico.

In merito, la giurisprudenza ha affermato che in tali ipotesi deve farsi ricorso al criterio della pubblicità sostanziale, fondato sul dato sostanziale relativo, sul piano strutturale, all'esercizio da parte dei poteri pubblici di un'influenza dominante sulla proprietà e, sul piano funzionale, al fine della gestione di un servizio pubblico.

Dunque, premesse le difficoltà suesposte per l'individuazione della pubblicità di un ente e atteso che la normativa in esame si riferisce alla responsabilità amministrativa e contabile presso gli enti pubblici, diventa indispensabile stabilire un elemento determinante per individuare l'ambito di applicazione oggettiva della fattispecie.

Al riguardo, può essere utile e forse esaustivo individuare siffatto ambito di applicabilità percorrendo il ragionamento dal lato del controllo e del giudizio sulla responsabilità amministrativo-contabile.

Secondo quest'ultimo ragionamento, si può concludere che l'ambito di applicazione oggettiva dell'art. 3, comma 59, riguarderebbe tutti gli enti, indipendentemente dalla forma giuridica, quindi anche societaria, che sono sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti.

(41) CERULLI IRELLI, *Ibidem*, pag. 130.

(42) MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVARESI MONACO, SCOCA, *Ibidem*, pag. 672.

10. — L'ambito di applicazione soggettivo: gli amministratori

La norma in argomento, nell'individuare i soggetti la cui copertura assicurativa sia prevista da un contratto sanzionato da nullità a seguito dell'entrata in vigore della disposizione stessa, fa riferimento agli "*amministratori... che svolgono compiti istituzionali connessi con la loro carica*"; quindi trattasi degli amministratori che ricoprono una carica e questo sembrerebbe escludere i pubblici dipendenti dell'ente interessato.

Attesa la pacificità del dato normativo, non parrebbe infatti che la disposizione su richiamata potesse ritenersi estensibile anche nei confronti dei dipendenti e dirigenti pubblici.

Non si specifica, invece, se la carica debba essere elettiva o meno e, pertanto ciò dovrebbe essere influente; quindi i soggetti coinvolti potrebbero essere individuati ad esempio, nell'ambito degli enti locali, nel sindaco, negli assessori, nel segretario comunale, nel presidente di provincia, ecc.

Si badi bene però la norma colpisce - sanzionandolo con la nullità - il contratto tra l'ente pubblico e la compagnia assicurativa, ma lascia aperto il campo alla legittimità di altre forme assicurative.

Sarebbe ovviamente del tutto legittima l'assicurazione effettuata direttamente dall'amministratore dell'ente, ma anche del pubblico impiegato, che voglia tutelarsi del rischio di responsabilità amministrativa e contabile nell'esercizio delle sue funzioni, e quindi se ne accoli direttamente il relativo premio.

Parimenti, sembrerebbe legittima anche la condizione in cui sia l'ente stesso a stipulare l'assicurazione a favore del terzo amministratore o dipendente, non assumendosene il premio ma addebitandolo a quest'ultimo.

11. — Ambito di applicazione temporale e sanzioni

Quanto all'ambito temporale, la normativa in argomento opera delle distinzioni in base alla data di stipulazione del contratto di assicurazione.

Invero, la disposizione di cui all'art. 3, comma 59 della finanziaria 2008 è operante per i nuovi contratti ma non anche per quelli già in vigore alla data del 1° gennaio 2008, i quali, per espressa previsione, cesseranno di avere efficacia solo dal 30 giugno 2008.

La norma, inoltre, dispone che in caso di violazione, il soggetto agente che stipula o che proroga il contratto di assicurazione, nonché il beneficiario della copertura assicurativa sono obbligati al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel medesimo contratto.

Si tratta di una sanzione alquanto severa che ha la finalità di palese deterrente e mira a scoraggiare la condotta di eventuali operatori non osservanti le disposizioni in argomento e, al contempo, a riaffermare con forza i principi di responsabilità dell'amministratore pubblico.

NOTE A SENTENZA**I**

Pensioni - Benefici per esposizione a fibre di amianto - Accertamento tecnico effettuato dall'Inail - Presupposto imprescindibile.

Corte dei Conti Liguria - sentenza 08.11/18.12.2007, n. 867 - Giud. Dr. Cominelli - C. (Avv. Salernitano) - INPDAP.

La certificazione INAIL costituisce un presupposto imprescindibile per acquisire i benefici in questione, e non può essere sostituita da accertamenti istruttori.

II

Pensioni - Benefici per esposizione a fibre di amianto - Accertamento tecnico effettuato dall'Inail - Vincolatività - Esclusione.

Corte dei Conti Liguria - sentenza 26.10.2007/14.01.2008, n. 27/08 - Giud. Dr. Pastorino Olmi - B. (Avv. Lasagna) - INPDAP.

L'accertamento della effettiva esposizione ultradecennale all'amianto effettuata dall'INAIL non ha valore vincolante, sicché - ove la suddetta dichiarazione si manifesti affetta da vizi logico - argomentativi o si ponga in conflitto con altre risultanze agli atti, il giudicante può disporre l'espletamento di consulenza tecnica d'ufficio, atteso che tale facoltà non è preclusa al giudice contabile.

I

FATTO — Il ricorrente presta lavoro dipendente presso l'Azienda Ospedaliera "Villa Scassi" di Genova, in qualità di operatore tecnico con mansioni di lattoniere (V livello retributivo).

Avendo operato in contatto con ambienti e impianti contenenti amianto, egli presentava all'INPDAP domanda del 18 luglio 1998, tesa ad ottenere il riconoscimento dei benefici previdenziali per i lavoratori esposti all'amianto, ai sensi dell'art. 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992 n. 257 e successive modifiche.

L'INPDAP non dava corso alla domanda, non essendo la stessa corredata da certificazione INAIL attestante l'esposizione.

L'interessato aveva infatti presentato all'INAIL domanda di accertamento del periodo di esposizione all'amianto, ma tale istituto si era espresso negativamente con nota del 13 agosto 2001.

Con ricorso del 23 dicembre 2002, il sig. C. impugnava il diniego dell'INPDAP.

Nel gravame si argomenta in merito alla sussistenza, in capo all'interessato, dei requisiti per l'accesso ai benefici previdenziali per i lavoratori esposti all'amianto, previsti dalla citata normativa; si produce ampia documentazione tecnica e amministrativa, e si chiede consulenza tecnica d'ufficio per accertare l'esposizione all'amianto.

L'INPDAP, nella propria memoria, ha sostenuto la legittimità del proprio operato, e chiesto che venga dichiarato il difetto di giurisdizione della Corte dei Conti, essendo il ricorrente tuttora in servizio, ovvero che il gravame venga respinto.

All'odierna udienza la d.ssa Paola Martini, per l'INPDAP, ha concluso come in atti.

DIRITTO — Preliminarmente, questo Giudice deve prendere in esame la sussistenza della propria giurisdizione in relazione al caso in esame.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite si era pronunciata in sede di regolamento preventivo di giurisdizione (n. 207 del 1° aprile 1999), escludendo la giurisdizione della Corte dei Conti nella materia de qua, qualora la domanda dei benefici di cui si tratta fosse stata proposta da lavoratori in attività di servizio.

Tuttavia, le stesse SS.UU., con più recente pronuncia (n. 23733 dell'8 novembre 2006), hanno affermato che la giurisdizione della Corte dei Conti sussiste anche nel caso in cui la controversia sia relativa ad un beneficio pensionistico, pur se chiesto da lavoratore ancora in attività.

In ottemperanza a tale orientamento, questo Giudice deve pertanto pronunciarsi nel merito, respingendo l'eccezione proposta dall'INPDAP.

Occorre dunque procedere, in primo luogo, ad una attenta lettura della normativa in questione, al fine di determinare quali siano i presupposti, richiesti dalla legge, per poter usufruire dei benefici di cui si tratta.

L'art. 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992 n. 257 e successive modifiche, testualmente recita: "Per i lavoratori che siano stati esposti all'amianto per un periodo superiore a dieci anni, l'intero periodo lavorativo soggetto all'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall'esposizione all'amianto, gestita dall'INAIL, è moltiplicato, ai fini delle prestazioni pensionistiche, per il coefficiente di 1,25".

L'art. 18, comma 8, della legge 31 luglio 2002 n. 179, a sua volta dispone: "Le certificazioni rilasciate o che saranno rilasciate dall'INAIL sulla base degli atti d'indirizzo emanati sulla materia dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali antecedentemente alla data di entrata in vigore della presente legge sono valide ai fini del conseguimento dei benefici previdenziali previsti dall'art 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257, e successive modificazioni".

Infine l'art. 47 del decreto-legge 30 settembre 2003 n. 269, convertito con legge 24 novembre 2003 n. 326, dopo avere indicato al comma 3 i livelli di esposizione all'amianto necessari per usufruire dei benefici pensionistici, precisa al comma 4: "La sussistenza e la durata dell'esposizione all'amianto di cui al comma 3 sono accertate e certificate dall'INAIL".

Il decreto interministeriale del 27 ottobre 2004, di attuazione del sopra citato art. 47, ha disciplinato la procedura con cui l'INAIL deve provvedere agli accertamenti.

Tanto la formulazione letterale delle norme sopra riportate, quanto la complessiva disciplina ricavabile dall'insieme delle stesse, inducono questo Giudice a condividere l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la certificazione INAIL costituisce un presupposto imprescindibile per acquisire i benefici in questione. Essa ha natura di requisito non sostituibile con accertamenti peritali d'ufficio o di parte, non diversamente da quanto avviene per la certificazione del titolo di laurea nel caso di riscatto del periodo di studi ai fini pensionistici: tale certificazione non può essere sostituita da accertamenti istruttori; sarà semmai il rifiuto espresso o implicito del rilascio da parte dell'Università a poter essere impugnato innanzi al T.A.R., trattandosi di un atto amministrativo.

Occorre infatti considerare che la valutazione dell'INAIL non è un atto endoprocedimentale come il parere di un organo di consulenza (ad esempio, l'avviso della Commissione Medica Ospedaliera, o del Comitato per le pensioni privilegiate ordinarie, in merito alla dipendenza da causa di servizio di un'infermità), ma rappresenta l'atto amministrativo (di accertamento) che è manifestazione esterna e definitiva di una delle funzioni istituzionali dell'Ente dal quale proviene (Ente che gestisce l'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall'esposizione all'amianto).

Del resto, il citato art. 47 del decreto-legge n. 269/2003 dispone, al comma 5: "I lavoratori che intendano ottenere il riconoscimento dei benefici... devono presentare domanda alla Sede INAIE di residenza entro 180 giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto interministeriale di cui al comma 6 (di attuazione), a pena di decadenza del diritto agli stessi benefici".

Tale dizione costituisce la conferma più esplicita della insostituibilità della certificazione INAIE ai fini de quibus.

Nel senso sopra argomentato, si è già espressa più volte la giurisprudenza (Sezione Liguria, nn. 108 e 109 del 5 febbraio 2007, e n. 171 del 20 febbraio 2007; Sezione Campania, nn. dal 605 al 613 del 5 aprile 2007).

Non ignora questo Giudice che si rinvengono in giurisprudenza anche pronunce difformi da quelle sopra ricordate, ma per le motivazioni già esposte, non le ritiene condivisibili, in attesa che le Sezioni centrali d'appello, ed eventualmente le Sezioni Riunite in sede di questione di massima, possano determinare l'affermarsi di un orientamento univoco.

Alla luce delle considerazioni illustrate, il ricorso non può trovare accoglimento, non ricorrendo nel caso in esame la sussistenza dell'imprescindibile presupposto della certificazione INAIE di esposizione all'amianto per un periodo superiore a dieci anni.

Sussistono adeguati motivi per disporre la compensazione delle spese di giustizia.

(Omissis)

II

FATTO — Con il ricorso all'esame, depositato presso la segreteria di questa Sezione in data 2.12.2002, il sig. B. P. ha rappresentato di aver prestato attività lavorativa presso la ditta OMSAV s.r.l. (già Italsider e Nuova Italsider) dal 19.9.1969

all'8.11.1996, in qualità di operaio presso il reparto carpenteria e di essere sempre stato a contatto con prodotti contenenti amianto in ambiente morbigeno.

L'interessato riferisce di aver presentato domanda all'INAIL di attestazione dei periodi di esposizione all'amianto secondo le procedure stabilite dalla circolare n. 252 del 23.11.1995.

L'Istituto tuttavia non provvedeva a quanto sopra osservando, nella comunicazione in data 16.3.2000, che: *"La certificazione concernente l'esposizione al rischio amianto non può essere rilasciata da questo Istituto in quanto manca il curriculum professionale rilasciato dal datore di lavoro e, sulla base degli accertamenti effettuati dalla nostra consulenza tecnica, non sussistono elementi certi che possano indurre ad esprimerci positivamente"*.

Si precisa che dopo la cessazione del rapporto di lavoro con l'OMSAV, l'interessato era stato assunto presso l'Azienda Speciale Tutela Ambiente di Savona, ottenendo la ricongiunzione degli anni di servizio prestati in precedenza ai sensi dell'art 2 della legge n. 29 del 1979.

Pertanto, il sig. B. aveva proposto domanda di collocamento a riposo all'INPDAP, con richiesta di applicazione dei benefici previdenziali previsti per i lavoratori esposti all'amianto ai sensi dell'art. 13, comma 8, della legge 27.3.1992 n. 257.

In data 1.4.2004 veniva conferita al ricorrente la pensione ordinaria diretta di anzianità (36 anni di contributi versati), liquidata con il sistema retributivo, ma senza i benefici di cui alla sopra citata normativa, che l'INPDAP non aveva riconosciuto, attesa la mancanza della certificazione INAIL.

Con il ricorso in epigrafe il sig. B. ha lamentato la mancata attribuzione da parte dell'INPDAP dei benefici in questione, in quanto risulterebbe oggettivamente accertata la presenza di amianto nell'ambiente di lavoro ove l'interessato ha prestato servizio (OMSAV di Savona).

Sostiene al riguardo il ricorrente che il beneficio della rivalutazione è subordinato alla sola condizione che i lavoratori interessati siano stati esposti all'amianto per un periodo superiore a dieci anni, senza che la legge preveda alcuna prova qualificata della sussistenza del requisito suddetto, tanto che ne la mancata dichiarazione (ovvero il diniego) del datore di lavoro, ne la mancata dichiarazione (ovvero il diniego) dell'INAIL, sono ostativi all'accertamento che in questa sede si chiede, atteso che tale requisito può essere provato attraverso l'espletanda attività istruttoria.

Con deposito in data 4.2.2003, l'INPDAP ha trasmesso il fascicolo amministrativo, unitamente a relazione dell'Ufficio contenzioso, nella quale viene evidenziato che l'Istituto non ha competenza valutativa in merito all'accertamento dei requisiti sanitari e tecnici per l'applicazione dei benefici di cui all'art 3, comma 8, della legge n. 257/1992. Si osserva poi nella relazione che la dichiarazione negativa in data 16.3.2000 dell'INAIL, entrando nel merito di una valutazione tecnica sulla effettiva esposizione all'amianto, esaurisce la discrezionalità dell'INPDAP in ordine alla concessione o meno del beneficio richiesto e che, pertanto, appare necessaria la chiamata in giudizio dell'INAIL. Nel merito, l'Amministrazione evidenzia poi che un consolidato orientamento giurisprudenziale ha escluso l'applicabilità del beneficio in questione ai lavoratori non appartenenti ad industrie produttrici obbligate a cessare l'attività amiantifera, atteso che la finalità dell'invocata legge è quella di sostenere i lavoratori

destinati a perdere il posto di lavoro in conseguenza della soppressione delle lavorazioni dell'amianto e non va intesa come mero strumento finalizzato ad incrementare i trattamenti pensionistici erogati.

Con memoria depositata l'11.1.2007 si è costituito l'INPDAP, ribadendo nella sostanza i contenuti già esposti nella relazione di cui sopra e insistendo per la chiamata in causa dell'INAIL.

In data 12.1.2007 l'Avv. Rita Lasagna ha depositato memoria integrativa nell'interesse del ricorrente, con la quale ha in primo luogo riaffermato la legittimazione passiva dell'INPDAP. Per quanto riguarda l'accertamento dell'esposizione all'amianto, il difensore di parte ha osservato che non vi è alcuna disposizione di legge che prescriva che l'accertamento demandato all'INAIL in sede amministrativa abbia valore costitutivo, ma, anzi, tale valore deve pacificamente escludersi in applicazione dei principi generali secondo cui la certificazione che proviene dall'ente pubblico è liberamente valutabile in sede di giudizio.

Per quanto riguarda l'effettiva esposizione del ricorrente al rischio amianto, la difesa ha depositato la relazione redatta dal dott. Pietro Meschi ex direttore dello stabilimento Italsider s.p.a. di Savona, nella quale vengono ampiamente illustrate le lavorazioni che si espletavano presso i suddetti impianti, i quali ora risultano in stato di abbandono. L'Avv. Lasagna ha messo in evidenza come, dalla lettura della relazione, emerga che il reparto presso il quale era impiegato il ricorrente (reparto di carpenteria) fosse soggetto ad un elevato rischio di esposizione, certamente superiore ai coefficienti previsti dagli artt. 24 e 31 del D.Lgs. 277/91. A conferma di quanto sopra, il difensore ha depositato altresì copia della consulenza tecnica d'ufficio disposta dalla Corte d'Appello di Torino in relazione a cause aventi ad oggetto identiche fattispecie (stesso stabilimento, stesse mansioni, stesso reparto in cui operava il sig. B.), che sono state definite con il riconoscimento agli ex colleghi del sig. B. dei benefici previdenziali per cui è causa.

All'udienza del 22 gennaio 2007, con ordinanza n. 101/2007 depositata il 7.5.2007, questo giudice, preso atto che la certificazione negativa rilasciata dall'INAIL era motivata in termini di lacune documentali (assenza del curriculum professionale rilasciato dal datore di lavoro) e di mancanza di elementi certi circa la presenza di fibre di amianto, riteneva di richiedere al suddetto Istituto di esprimere le proprie valutazioni tecniche in merito alla documentazione acquisita al presente giudizio (in particolare la relazione del dott. Moschi e il curriculum dell'interessato), che in base agli atti non risultava essere stata visionata dall'Istituto all'atto del rilascio della certificazione.

In data 12.6.2007 l'INAIL di Savona, in ottemperanza alla suddetta ordinanza, faceva pervenire il parere n. SV - XIV - 00647 del 17.2.2004 emesso dalla Consulenza Tecnica Accertamento Rischi Professionali sulla base degli elementi tecnici forniti dalla relazione del dott. Pietro Meschi. L'Istituto osservava poi che, dal curriculum professionale redatto da Fintecna s.p.a. relativo ai periodi lavorativi del ricorrente presso la ditta OMSAV s.r.l., risulta che il medesimo, sia pure con qualifiche diverse, ha sempre operato nel reparto Carpenteria CMC, per il quale, con riferimento al suddetto parere, era escluso il rischio di esposizione all'amianto.

All'odierna udienza l'Avv. Lasagna ha insistito per l'accoglimento del ricorso.

Considerato in

DIRITTO — Prima di affrontare il merito della controversia appare utile un breve riepilogo del quadro normativo di riferimento.

Il beneficio della rivalutazione dell'anzianità contributiva a favore dei lavoratori esposti al rischio amianto è stato introdotto dall'art. 13, comma 8, della legge 27.3.1992 n. 257. Tale norma, come modificata dal d.l. 5.6.1993 n. 169, convertito in legge 4.8.1993 n. 271, così dispone: *"Per i lavoratori che siano sfati esposti all'amianto per un periodo superiore a dieci anni, l'intero periodo lavorativo soggetto all'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall'esposizione all'amianto, gestita dall'INAIL, è moltiplicato, ai fini delle prestazioni pensionistiche, per il coefficiente di 1,5"*.

La predetta disciplina è stata modificata dall'art. 47 del d.l. 30.9.2003 n. 269, convertito con modificazioni nella legge 24.11.2003 n. 326, che ha stabilito, con decorrenza dal 1° ottobre 2003, la riduzione del coefficiente di rivalutazione del servizio da 1,5 a 1,25 nonché l'applicabilità del predetto moltiplicatore al solo fine della determinazione delle prestazioni pensionistiche e non anche a quello della maturazione del diritto a pensione (comma 1).

La nuova normativa ha poi individuato come beneficiari delle disposizioni di cui al comma 1 i lavoratori che per un periodo non inferiore a 10 anni sono stati esposti all'amianto, stabilendo altresì che ai predetti fini ha rilievo una esposizione nella concentrazione media annua non inferiore a 100 fibre/litro come valore medio su otto ore al giorno (comma 3). Va osservato che con quest'ultima disposizione il beneficio viene esteso anche ai lavoratori non coperti da assicurazione obbligatoria gestita dall'INAIL, superando così la preclusione presente nella previgente disciplina.

Viene poi previsto che la sussistenza e la durata dell'esposizione all'amianto di cui al comma 3 sono accertate e certificate dall'INAIL (comma 4) e si introduce un termine di decadenza entro il quale i lavoratori interessati, compresi quelli a cui è stata rilasciata certificazione INAIL prima del 1° ottobre 2003, devono presentare la relativa domanda alla competente sede dell'INAIL (comma 5). Tale termine è fissato in 180 giorni dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del decreto attuativo previsto dal successivo comma 6 e, pertanto, va individuato nella data del 15 giugno 2005.

La nuova disciplina (comma 6 bis) fa comunque *"salve le previgenti disposizioni per i lavoratori che abbiano già maturato, alla data di entrata in vigore del presente decreto, il diritto di trattamento pensionistico anche in base ai benefici previdenziali di cui all'art. 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257 ..."*.

Va infine segnalato che il comma 132 della legge n. 350 del 24.12.2003 (legge finanziaria 2004) ha stabilito: *"In favore dei lavoratori che abbiano già maturato, alla data del 2 ottobre 2003, il diritto al conseguimento dei benefici previdenziali di cui all'art. 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257, e successive modificazioni, sono fatte salve le disposizioni previgenti alla medesima data del 2 ottobre 2003. La disposizione di cui al primo periodo si applica anche a coloro che hanno avanzato domanda di riconoscimento all'INAIL o che ottengono sentenze favorevoli per cause avviate entro la stessa data. Restano valide le certificazioni già rilasciate dall'INAIL ..."*.

Premesso quanto sopra, va preliminarmente osservato che nessun elemento testuale o sistematico emergente dalla riferita normativa sembra poter avvalorare l'ec-

cezione di difetto di legittimazione passiva sollevata dall'INPDAP. Il suddetto Istituto, infatti, è il soggetto cui è demandata la liquidazione e la gestione delle pensioni dei pubblici dipendenti ed è dunque competente all'applicazione dei benefici e delle rivalutazioni previste dalla legge sui relativi trattamenti. Nella fattispecie, poiché il sig. B. è passato alle dipendenze di Ente Pubblico (Azienda Speciale Tutela Ambiente di Savona), provvedendo alla ricongiunzione ai sensi dell'art. 2 della legge n. 29 del 1979 degli anni di servizio prestati in precedenza nel settore privato, il trattamento pensionistico gli è stato liquidato dall'INPDAP (determinazione n. SV012004000086 dell'11.3.2004), sicché è logico che all'eventuale riliquidazione della pensione debba provvedere lo stesso Istituto.

D'altra parte, il fatto che, ai fini dell'applicazione dei benefici pensionistici in questione, sia stata richiesta certificazione all'INAIL (risultata poi negativa), non è ragione sufficiente a legittimare la chiamata in causa di quest'ultimo Ente. In effetti, l'accertamento demandato dalla legge all'INAIL si estrinseca attraverso un procedimento dal quale resta escluso l'Istituto Previdenziale, chiamato al riconoscimento del beneficio della maggiorazione dell'anzianità contributiva.

Si deve poi considerare che, nella fattispecie, la certificazione (negativa) dell'INAIL è stata emessa in data 16.3.2000, cioè in epoca anteriore alle modifiche apportate alla normativa di riferimento dall'art. 47 del d.l. 30.9.2003 n. 269, convertito con modificazioni nella legge 24.11.2003 n. 326, che ha stabilito, al comma 4, che la sussistenza e la durata dell'esposizione all'amianto vadano accertate e certificate dall'INAIL. Ora, poiché il comma 132 della legge n. 350 del 24.12.2003 ha fatto salve le disposizioni previgenti, ben possono trovare applicazione al caso in esame le considerazioni espresse dalla Corte di Cassazione (cfr. sentenza n. 8937 del 19.6.2002), secondo cui: *“Allorché il lavoratore chieda in giudizio l'accertamento del diritto alla rivalutazione del periodo lavorativo nel quale è stato esposto all'amianto, ai sensi dell'art. 13, comma 8, della legge n. 257 del 1992 (come modificato dall'art. 1, comma 1, del d.l. n. 169 del 1993, conv. con modificazioni nella legge n. 271 del 1993), l'unico soggetto legittimato a stare in giudizio è l'ente previdenziale, che è il solo soggetto tenuto ad operare la rivalutazione, atteso che ...la stessa disposizione - diversamente da quella contenuta nel comma 7 del medesimo art. 13 relativa ai lavoratori che abbiano contratto malattie professionali - non prescrive l'assolvimento di alcun incombente da parte dell'Inail (quale la "documentazione" dell'avvenuta esposizione all'amianto); pertanto, se pure l'Istituto assicurativo sia intervenuto nel procedimento amministrativo (od anche in quello contenzioso) - nell'ambito di una domanda intesa all'attribuzione del predetto accredito contributivo - per attestare, quale soggetto fornito di specifica competenza tecnica, l'esposizione a rischio del lavoratore - ciò non comporta che il relativo accertamento (rilevante ai soli fini probatori) assuma carattere pregiudiziale e vincolante e valga a far assumere allo stesso Istituto la veste di soggetto passivo della domanda del lavoratore, non avendo la richiamata disciplina apportato alcuna innovazione rispetto al principio generale secondo cui la legittimazione alla causa è connessa alla titolarità del rapporto sostanziale”*.

Alla luce delle sopra riportate considerazioni va quindi respinta l'eccezione di difetto di legittimazione passiva dell'INPDAP e l'istanza di chiamata in causa

dell'INAIL.

Va ora dato conto dell'ulteriore osservazione dell'INPDAP, che ha messo in evidenza come, secondo cui un consolidato orientamento giurisprudenziale, vada esclusa l'applicabilità del beneficio di cui al comma 8 dell'art. 13 della legge n. 257 del 1992 ai lavoratori non appartenenti ad industrie produttrici obbligate a cessare l'attività amiantifera, atteso che la finalità dell'invocata norma è quella di sostenere i lavoratori destinati a perdere il posto di lavoro in conseguenza della soppressione delle lavorazioni dell'amianto e non va intesa come mero strumento finalizzato ad incrementare i trattamenti pensionistici erogati.

Al riguardo si riconosce che la riferita disposizione di legge, come già affermato dalla Corte di Cassazione (cfr. *ex multis* Sez. n. 7407, 28.7.1998) è sicuramente intesa "a sostenere i lavoratori perdenti il posto di lavoro a causa della soppressione della lavorazione dell'amianto, attraverso una supervalutazione dei periodi assicurativi idonea a consentire o facilitare il conseguimento della pensione di anzianità o di vecchiaia" e, come ribadito dalla Corte costituzionale (cfr. Corte cost. n. 437, 31.12.2002), ha come principale funzione quella "di permettere ai lavoratori coinvolti nel processo di dismissione delle lavorazioni comportanti l'uso dell'amianto di ottenere il diritto alla pensione".

Nulla autorizza però a sostenere che la finalità sopra riferita sia anche l'unica voluta dal legislatore, ben potendo la medesima coniugarsi con altre, quali quella di compensare la maggiore probabilità di contrarre malattia connessa all'esposizione "qualificata" all'amianto, il cui rischio, come è noto, permane elevato anche a distanza di parecchi anni dalla cessazione dell'attività.

In ogni caso, ormai l'orientamento della Corte di Cassazione in materia di applicabilità del beneficio di cui all'art. 13, comma 8, della legge n. 257 del 1992, è talmente chiaro e pacifico che non possono più sussistere dubbi al riguardo. In recenti sentenze (Cass. Civ., 9 dicembre 2002, n. 17528. Cfr., *ex plurimis*, Cass. Civ. 26 febbraio 2003, n. 2932; 17.1.2005, n. 757) la Suprema Corte ha infatti stabilito: "il beneficio previsto dall'art. 13, comma 8, va riconosciuto ai lavoratori che abbiano conseguito la pensione di anzianità, o di vecchiaia, ovvero di inabilità con decorrenza successiva alla entrata in vigore della legge n. 257/92, giusta il principio per cui la prestazione si liquida in base alle disposizioni vigenti (e, quindi con i vantaggi dalle stesse ritraibili) al momento di acquisizione del diritto. Costoro, pur avendo maturato i requisiti richiesti anche senza la prevista maggiorazione, possono tuttavia giovare per migliorare la prestazione, opportunamente comunicando all'ente previdenziale l'avvenuta esposizione all'amianto alle condizioni previste dalla legge; si asterranno dalla richiesta solo coloro che, avendo già raggiunto il massimo di prestazione conseguibile, ossia i 40 anni di contribuzione, non riceverebbero alcun giovamento dall'applicazione della legge".

Si soggiunge che anche la giurisprudenza di questa Corte è ormai prevalentemente orientata nel senso sopra indicato, come risulta dalle sentenze n. 67 e 69 in data 6.3.2006 della Sezione Prima centrale d'Appello e dalla recente sentenza n. 486 in data 8.6.2006 di questa Sezione giurisdizionale per la Liguria.

A questo punto, l'ultimo e decisivo nodo da sciogliere ai fini della definizione, del presente giudizio rimane quello relativo all'accertamento dell'effettiva esposizione

ultradecennale all'amianto del ricorrente.

Ritiene al riguardo questo giudice che la dichiarazione con la quale l'INAIL non ha riconosciuto tale circostanza (comunicazione in data 16.3.2000) non abbia valore vincolante, ma sia liberamente valutabile in sede di giudizio, tanto più che, nella fattispecie, trattasi di atto emesso in epoca anteriore all'introduzione della disposizione (4° comma dell'art. 47 del d.l. 30.9.2003 n. 269) che ha stabilito che la sussistenza e la durata dell'esposizione all'amianto vadano accertate e certificate dall'INAIL.

Pertanto, ove la suddetta dichiarazione si manifesti affetta da vizi logico - argomentativi o si ponga in conflitto con altre risultanze agli atti, ben può il giudice disporre l'espletamento di consulenza tecnica d'ufficio, atteso che tale facoltà è stata riconosciuta al giudice contabile da ultimo con sentenza delle Sezioni Riunite n. 10/2007/QM in data 22.11.2007.

Nel caso in esame, l'atto con il quale l'INAIL non ha riconosciuto l'esposizione ultradecennale all'amianto del ricorrente, si presenta carente sul piano istruttorio. In effetti, il diniego della certificazione viene motivato, tra l'altro, con la mancanza del curriculum professionale rilasciato dal datore di lavoro, senza però svolgere alcuna attività finalizzata alla sua acquisizione. Sul piano logico, poi, il provvedimento si rivela alquanto "perplesso", affermando che *"non sussistono elementi certi che possano indurci ad esprimerci positivamente"* che sarebbe come dire che non si è in grado di stabilire se vi sia stata o meno esposizione all'amianto. Più che una certificazione negativa appare l'ammissione dell'impossibilità di formulare un giudizio.

Anche la nota tecnica in data 17.2.2004 di CON.T.A.R.P. Liguria, trasmessa dall'INAIL in ottemperanza all'ordinanza istruttoria n. 101/2007, non sembra contenere elementi di chiarezza tali da consentire il superamento degli evidenziati aspetti di perplessità.

Con tale documento, il Consulente dell'INAIL prende in esame la relazione del dott. Meschi, già direttore dello stabilimento Italsider s.p.a. (poi OMSAV) di Savona, nella quale vengono descritte le lavorazioni e i vari tipi di reparti in cui le medesime si svolgevano, con specifico riferimento all'esposizione ad amianto dei lavoratori ivi impiegati.

A proposito del reparto in cui operava il ricorrente, cioè Carpenteria e Costruzioni meccaniche (indicati anche come reparti E.S.E.2, L.M.U. e R.S.C.), il dott. Meschi (pag. 26 della relazione) riferisce che *"L'amianto veniva, nelle sue varie forme (amiantite, ferodo, baderne, trecce, nastri, teli, fogli, guaine tubolari, soffiotti, coperte, ecc.), ampiamente utilizzato nella costruzione dei manufatti sopra descritti. Questi materiali contenenti amianto venivano impiegati comunemente e continuamente: - nelle operazioni di ossitaglio ... - nelle operazioni di saldatura ... - nella costruzione degli organi di arresto di carri siluro, carri ferroviari, ecc ... - nelle coibentazioni e nell'isolamento delle parti meccaniche installate su carri, carrelli, vagoni... - nelle guarnizioni degli elementi di collegamento delle tubazioni e delle valvole ... - nelle operazioni di trattamento termico in forno per separare l'uno dall'altro i pezzi da trattare in modo da evitare incollamenti nel forno. Inoltre, durante la lavorazione meccanica di macchina, di manufatti o di loro componenti, si effettuava la rimozione di parti di amianto poste a protezione di fori, filettature e l'asportazione di incrostazioni*

superficiali di amianto causate dalle vicissitudini termiche subite dal materiale. Non è superfluo sottolineare che a molti lavoratori di altri stabilimenti o società sono stati concessi i benefici previsti dalla legge specifica sull'amianto proprio perché operavano o intervenivano su manufatti costruiti nello stabilimento di Savona".

Con riferimento alle sopra riportate considerazioni, la nota tecnica di CON.T.A.R.P. Liguria ammette che *"per il personale coinvolto nelle operazioni di carpenteria, da quanto scritto nella relazione emerge come sicuramente alcuni lavoratori potrebbero essere stati esposti in maniera considerevole ad inalazione dei fibre d'amianto aerodisperse"*, ma precisa tuttavia che *"ulteriori considerazioni circa il superamento o meno del limite di 100 fibre/litro non sono al momento possibile"*.

Ora, il profondo stato di incertezza che trapela dalle sopra riferite considerazioni del Consulente dell'INAIL, che non è stato in grado, neppure in via presuntiva, di affermare o escludere la sussistenza delle condizioni che danno diritto al beneficio, legittimerebbe sicuramente il licenziamento di consulenza tecnico-ambientale d'ufficio, come è stato anche subordinatamente chiesto da parte ricorrente.

Sennonché, nella particolarità del caso in esame, detto incombente istruttorio produrrebbe una inutile duplicazione di attività tecnico-consulenziale, atteso che nel corso dei procedimenti n. 952, 953 e 954/2003 avanti la Corte d'Appello di Torino, riguardanti identica pretesa formulata da ex colleghi di lavoro del ricorrente, è stata disposta consulenza tecnica d'ufficio volta ad accertare il livello di esposizione all'amianto dei lavoratori.

Il Consulente tecnico all'uopo incaricato, dott. Emanuele Lauria, in quella sede, è stato in grado di indicare, con ragionevole certezza, la concentrazione di fibre di amianto a cui ciascun ricorrente è stato esposto nell'ambito dell'attività svolta presso i vari reparti dello stabilimento OMSAV.

Per quanto riguarda i lavoratori che hanno prestato servizio presso il reparto Carpenteria con le stesse mansioni e durante lo stesso periodo in cui operava il sig. B., il Consulente ha evidenziato il superamento della concentrazione di 0,1 ff/cc.

Pertanto, tenuto conto della sostanziale identità delle posizioni, tale conclusione può essere applicata anche al ricorrente.

Alla luce delle sopra esposte considerazioni il ricorso va accolto e va quindi riconosciuto il diritto dell'interessato alla riliquidazione del trattamento pensionistico in godimento, previa rivalutazione dell'anzianità lavorativa, mediante l'applicazione del coefficiente di 1,5 relativamente al periodo dal 19.9.1969 all'8.11.1996, come prestato con esposizione qualificata all'amianto.

Su tutte le somme da corrispondere all'interessato in esecuzione della presente sentenza, in conformità dei principi affermati dalle Sezioni Riunite della Corte dei Conti con sentenza n. 10/2002/QM del 18 ottobre 2002, spetta a far data dal collocamento a riposo e dalla scadenza di ciascuna rata debitoria, la maggior somma tra quanto dovuto per rivalutazione monetaria - ex art. 150 disp. att. c. p. c. - e per interessi legali.

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese.

(Omissis)

LE INCERTEZZE DELLA CORTE DEI CONTI SULL'ACCERTAMENTO DELLA ESPOSIZIONE AD AMIANTO

Ad oltre un anno di distanza dalla decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che ha definitivamente stabilito la giurisdizione della Corte dei Conti in materia di benefici pensionistici derivanti dall'esposizione ad amianto ex art. 13 comma 8 Legge 257/92 e successive modificazioni e integrazioni (n.23733 del 8.11.2006), le pur recalcitranti Sezioni Giurisdizionali della Corte dei Conti cominciano a pronunciarsi nel merito della questione.

Tuttavia, il Giudice delle pensioni non sembra tenere in gran conto l'esperienza maturata nella materia dalla magistratura del lavoro né recepire i principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità, affrontando quindi le varie questioni con soluzioni (diverse da Sezione a Sezione ma anche da Giudice istruttore a Giudice istruttore) già da tempo superate dalla Suprema Corte.

Il ritardo con il quale le varie Sezioni si sono avviate ad esaminare il problema "amianto" è senz'altro in parte dovuto al notevole arretrato giacente presso gli uffici ma soprattutto alla consapevolezza dei Giudici riguardo alle difficoltà procedurali e sostanziali di un contenzioso che necessita, inevitabilmente, di valutazioni di fatto e quindi di istruttoria.

È noto, infatti, che la Corte dei Conti è prevalentemente un giudice amministrativo portato a ragionare in termini di legittimità formale degli atti e poco abituato ad entrare nel merito della valutazione delle circostanze di fatto. E ciò, malgrado le innovazioni introdotte dalla Legge n.205 del 2000 consentano al Giudice Unico delle Corti dei Conti di procedere in autonomia all'istruttoria della causa ed alla sua decisione, ammettendo i mezzi di prova necessari articolati dalle parti ex art. 2697 Cod. Civ. o disposti d'ufficio ex art. 421 c.p.c., secondo i principi dell'oralità e della concentrazione che presiedono allo svolgimento del processo del lavoro.

Nel nuovo giudizio di primo grado innanzi al Giudice Unico delle pensioni introdotto con l'art. 5 della citata Legge 205/2000, infatti, anche il sistema probatorio è stato regolamentato attraverso l'applicazione in via principale delle norme del rito del lavoro attraverso l'esplicito richiamo agli articoli 420/421 C.p.c., la cui notoria "*vis expansiva*" può portare anche all'applicazione in via analogica delle altre norme non espressamente richiamate.

La Corte dei Conti Sezioni Riunite, con sentenza n.10/2007/QM del 22.11.2007, ha confermato tale impostazione riconoscendo al giudice contabile anche la facoltà di disporre consulenza tecnica d'ufficio che, come è noto, costituisce oggi strumento essenziale per l'accertamento del livello di esposizione all'amianto e quindi, in conclusione, del diritto al beneficio previdenziale *de quo*.

Ormai costretti, per effetto della citata sentenza Cass. SS.UU. 23733/2006, ad esaminare le domande di applicazione dell'art 13 comma 8 della legge 257/92 e successive modifiche con riguardo ai dipendenti della P.A. o, in ogni caso, a lavoratori con posizione pensionistica costituita presso l'INPDAP, finora i Giudici della Corte dei Conti hanno comunque trovato il modo per evitare di entrare nel merito respingendo o accogliendo i ricorsi sulla base di argomentazioni puramente formali.

In particolare, le pronunce delle Corti regionali si sono differenziate soprattutto in relazione all'esistenza di una specifica certificazione attestante l'esposizione ad amianto rilasciata dall'INAIL.

Di qui varie ipotesi:

- In presenza della dichiarazione INAIL di riconoscimento dell'esposizione all'amianto, la Corte dei Conti riconosce, in linea di massima, il diritto alla rivalutazione contributiva anche a coloro che abbiano proposto la domanda dopo il collocamento in pensione (questione sulla quale si incentrava il rifiuto dell'ente previdenziale INPDAP di procedere alla maggiorazione dell'anzianità assicurativa).

- Per quanto riguarda, invece, i lavoratori (o i pensionati) assicurati INPDAP che non hanno ottenuto la certificazione INAIL, le Sezioni Regionali della Corte manifestano qui le maggiori difficoltà ad accettare il nuovo ruolo di Giudice "del lavoro" con i connessi doveri e poteri istruttori in punto accertamento di fatto.

È così che i soggetti assicurati presso l'INPDAP - rispetto ai lavoratori iscritti alla Gestione INPS - si ritrovano pregiudicati nel loro diritto dai tempi, dalle incertezze e dalle differenti scelte processuali di una Corte dei Conti in evidente "crisi di identità".

Di particolare interesse è la situazione che si è creata presso la Corte dei Conti della Liguria dove la sezione composta da quattro magistrati è letteralmente spaccata in due.

Una parte della sezione si è orientata nel senso della indispensabilità della certificazione INAIL, ritenuta l'unica prova valida della situazione di esposizione all'amianto; pertanto, in assenza di tale documentazione, respinge il ricorso senza procedere ad alcuna istruttoria optando per *“condividere l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la certificazione INAIL costituisce presupposto imprescindibile per acquisire i benefici in questione. Essa ha natura di requisito non sostituibile con accertamenti peritali d'ufficio o di parte, non diversamente da quanto avviene per la certificazione del titolo di laurea nei casi di riscatto del periodo di studi ai fini pensionistici: tale certificazione non può essere sostituita da accertamenti istruttori; sarà semmai il rifiuto espresso o implicito del rilascio da parte dell'Università a poter essere impugnato innanzi al TAR, trattandosi di un atto amministrativo. Occorre, infatti, considerare che la valutazione dell'INAIL non è un atto endoprocedimentale come il parere di un organo di consulenza (ad esempio l'avviso della Commissione Medica Ospedaliera, o il Comitato per le pensioni privilegiate ordinarie, in merito alla dipendenza da causa di servizio di un'infermità), ma rappresenta l'atto amministrativo (di accertamento) che è manifestazione esterna e definitiva di una delle funzioni dell'Ente dal quale proviene (Ente che gestisce l'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall'esposizione ad amianto). (...) Alla luce delle considerazioni illustrate, il ricorso non può trovare accoglimento non ricorrendo, nel caso in esame la sussistenza dell'imprescindibile presupposto della certificazione INAIL di esposizione ad amianto per un periodo superiore a dieci anni”* (sent.n.867/2007 del 18.12.2007).

Ecco dunque trovato il modo di rigettare la domanda senza entrare nel merito. Questa impostazione, preferita dalla giurisprudenza maggioritaria delle Sezioni Giurisdizionali a livello nazionale, suggerisce la necessità di impugnare la certificazione INAIL negativa o il mancato rilascio della certificazione da parte dell'ente accerta-

tore davanti il Giudice Amministrativo.

Tale soluzione, tuttavia, è stata esclusa dallo stesso Giudice Amministrativo che si è già espresso dichiarando il proprio difetto di giurisdizione nella materia con la seguente motivazione: “Riguardata la vicenda dal punto di vista processuale, ne deriva - per giurisprudenza costante - che ‘la giurisdizione del Giudice ordinario e quella del Giudice amministrativo vanno accertate in base al petitum sostanziale, identificato non solo in funzione della concreta statuizione richiesta, ma soprattutto in funzione della causa petendi ossia dell’intrinseca natura della posizione in giudizio, individuata dal Giudice con riguardo alla sostanziale protezione ad essa accordata dall’ordinamento’; tutto ciò ‘senza che la giurisdizione del Giudice ordinario possa essere esclusa in favore di quella del Giudice amministrativo per il solo fatto che con la domanda venga denunciata l’illegittimità degli atti amministrativi, potendo tale circostanza condurre alla verifica in via incidentale della loro legittimità da parte del Giudice ordinario ed eventualmente alla loro disapplicazione ai sensi dell’art. 5 L. 20.03.1865 n. 2248 all. E’ (cfr. tra le tante Cass. S.S.U.U. 27.11.1998 n. 12059; Consiglio di Stato V sez. 5.6.97 n. 592). Pertanto, nella specie, la giurisdizione va declinata vertendosi in materia previdenziale e di assicurazione obbligatoria inerente a posizioni di lavoro privato”. (TAR LAZIO sez III bis 18.3.2002).

Nel caso esaminato dal Tar Lazio la giurisdizione viene declinata a favore del Giudice del lavoro trattandosi di lavoratori del settore privato, va da sé che nel caso del lavoratore pubblico la giurisdizione spetterebbe alla Corte dei Conti; è quindi evidente come la suddetta impostazione ermeneutica comporti per gli assicurati INPDAP una situazione di denegata giustizia non potendo, di fatto, rivolgersi ad alcun Giudice: il cane si morde la coda.

Orientamento diametralmente opposto è quello seguito da altra parte della Sezione Ligure che qui si vuole segnalare come meritevole di grande attenzione poiché rappresenta il primo esempio di decisione nel merito a seguito di istruttoria condotta secondo le regole del rito del lavoro (acquisizione delle prove documentali, eventuale escussione dei testi, ammissione di consulenza tecnica, ecc.).

In particolare: in merito all’accertamento dell’effettiva esposizione ultradecennale all’amianto la Sezione si è espressa nel senso che “la dichiarazione con la quale l’INAIL non ha riconosciuto tale circostanza non abbia valore vincolante, ma sia liberamente valutabile in sede di giudizio, tanto più che, nella fattispecie, trattasi di atto emesso in epoca anteriore all’introduzione della disposizione (4° comma dell’art. 47 del d.l. 30.9.2003 n.269) che ha stabilito che la sussistenza e la durata dell’esposizione ad amianto vadano accertate e certificate dell’INAIL. Pertanto, ove suddetta dichiarazione si manifesti affetta da vizi logico-argomentativi o si ponga in conflitto con altre risultanze agli atti, ben può il giudicante disporre l’espletamento di consulenza tecnica d’ufficio, atteso che tale facoltà è stata riconosciuta al giudice contabile da ultimo con sentenza delle Sezioni Riunite n.10/2007/QM in data 22.11.2007. (sent.n.27/2008 dell 4.1.2008)

Tale impostazione risulta conforme a quanto ancora recentemente affermato dalla Suprema Corte con sentenza n.3095 del 13.2.2007 nella quale si precisa: “*all’accertamento giudiziale in questione non è di ostacolo il mancato rilascio delle dichiarazioni che, in punto di durata e di intensità di esposizione all’amianto, l’Inail e il datore di*

lavoro sono chiamati ad effettuare nel corso della procedura amministrativa stabilita in sede congiunta da Inps, Inail e Ministero del lavoro e parti sociali, già esplicitata nella circolare Inps n.304 del 1995, ed in corso di causa recepita nell'art. 18 comma 8 della legge 31 luglio 2002 n.179. (...) La Corte ha tuttavia ritenuto che l'assolvimento delle menzionate incombenze non assume carattere vincolante in ordine ai fatti attestati, che possono sempre formare oggetto di contestazione o di diverso accertamento" (sentenza n.27/2008 della Corte Conti Ligure).

Concludendo, malgrado quest'ultima apprezzabile apertura, gli assicurati INP-DAP continuano ad essere penalizzati - oltre che sul piano dei tempi del giudizio davanti alla Corte dei Conti e del mancato recupero delle spese di giudizio sostenute, in caso di soccombenza dell'ente previdenziale convenuto - anche con riguardo alla procedura di accertamento del loro diritto di contenuto identico a quello dei lavoratori iscritti alla Gestione INPS.

Si auspica che, entro breve tempo, possa giungersi ad una pronuncia in sede di Appello o che le Sezioni Riunite vogliano dirimere il contrasto con una decisione in sede di questione di massima che ponga fine alla situazione di incertezza ed alla varietà di soluzioni fino ad oggi adottate con evidente disparità di trattamento.

Alessandro Palmerini
Avvocato in Genova

Pensioni - Assicurazione facoltativa - Rivalutazione dei contributi - Effetti economici - Decorrenza dal gennaio 2001 - Fondamento.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 27.07.2007, n. 16673 - Pres. Sciarelli - Rel. Morcavallo - P.M. Patrone - G.R.C. (Avv.ti Rinaldi, Collida) - INPS (Avv.ti Sgroi, Fonzo).

In tema di assicurazione facoltativa di vecchiaia, disciplinata dalla legge 4 aprile 1952 n. 218, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 141 del 1989, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 29 di detta legge nella parte in cui non prevede un meccanismo di adeguamento dell'importo nominale dei contributi versati dal giorno della sua entrata in vigore, il legislatore con l'art. 69, comma 5, della legge 23 dicembre 2000 n. 288 ha previsto che i contributi versati all'assicurazione facoltativa a partire dall'1 gennaio 1952 e fino al 31 dicembre 2000 "sono rivalutati, per i periodi antecedenti la liquidazione della pensione e secondo l'anno di versamento", sulla base di coefficienti predeterminati. Con tale nuova disciplina il legislatore ha disciplinato anche per il passato la rivalutazione dei contributi versati all'assicurazione facoltativa e i relativi effetti, espressamente limitando alle rate di pensione maturate a partire dal gennaio 2001 l'incidenza della prevista rivalutazione dei contributi.

FATTO — G.R.C., con ricorso depositato il 20.7.1998, chiedeva al Pretore di Cuneo la condanna dell'Inps ad adeguare l'importo nominale dei contributi da lei versati presso l'assicurazione facoltativa di vecchiaia e a corrisponderle le conseguenti maggiori somme sui ratei della rendita di cui fruiva dal marzo 1995. Il giudice unico del Tribunale di Cuneo con sentenza pronunciata il 26.10.1999 e depositata il 28.10.1999 accoglieva il ricorso e condannava quindi l'Inps ad adeguare l'importo nominale dei contributi e a corrispondere alla G. le maggiori somme dovute.

La sentenza era appellata dall'Inps, che ne chiedeva l'integrale riforma. La Corte d'appello di Torino, con sentenza pronunciata il 13.2.2001 e depositata il 22.3.2001, accoglieva parzialmente l'impugnazione. Preliminarmente riteneva infondata l'eccezione di inammissibilità dell'appello, formulata sulla base del rilievo che l'Inps in primo grado aveva riconosciuto di dovere adeguare i contributi e aveva unicamente contestato la debenza, sulle differenze dei ratei arretrati, della rivalutazione monetaria. Al riguardo la Corte di merito dava rilievo al fatto che l'Inps, pur avendo sostenuto di avere già eseguito l'aggiornamento dei contributi, aveva concluso chiedendo il rigetto della domanda e che, mentre chi agisce in giudizio ha l'onere di provare i fatti costitutivi del diritto vantato, le difese svolte dall'Inps nel ricorso in appello non configuravano delle eccezioni nuove, inammissibili ex art. 437 c.p.c., ma si risolvevano in una attività difensiva consentita anche in appello. Nel merito accoglieva parzialmente l'impugnazione.

Infatti, rilevato che, in relazione alla sentenza della Corte Costituzionale n. 141 del 1989, non sussisteva più un vuoto normativo preclusivo dell'adeguamento dei contributi e delle pensioni, come sostenuto dall'Inps, in quanto l'adeguamento dei contri-

buti in questione era stato disciplinato della L. n. 388 del 2000, art. 29, comma 3, limitava il conseguente adeguamento della pensione al periodo decorrente dal 1 gennaio 2001, sulla base dell'espressa previsione in tal senso della disposizione citata. Contro questa sentenza la G. ha proposto ricorso per Cassazione affidato a tre motivi. L'Inps ha resistito con controricorso.

In esito alla discussione del ricorso, questa Corte con ordinanza n. 16754 depositata il 24 agosto 2004 ha sollevato questione di legittimità costituzionale della L. n. 388 del 2000, art. 69, comma 5, nella parte in cui, in relazione alla disposta rivalutazione dei contributi versati nella assicurazione facoltativa, prevede la decorrenza solo dal gennaio 2001 degli aumenti dei relativi trattamenti pensionistici, anche in relazione alle situazioni giuridiche attinenti agli arretrati di pensione che, alla data di entrata in vigore della legge, non erano consolidate in senso negativo per l'assicurato.

In esito alla pronunzia della Corte Costituzionale, la discussione del ricorso è stata nuovamente fissata per l'odierna udienza.

DIRITTO — Il primo motivo denuncia violazione dell'art. 437 c.p.c. Si deduce che l'Inps in primo grado si era limitato a sostenere che l'adeguamento richiesto era già stato effettuato e a chiedere il rigetto della domanda e che quindi dovevano essere qualificate come eccezioni nuove, non ammissibili in appello, le difese svolte dall'istituto nel giudizio di impugnazione.

Il secondo motivo denuncia violazione della L. 4 aprile 1952, n. 218, art. 29, comma 3, anche alla luce della L. 23 dicembre 2000, n. 388, art. 69, comma 5. Si censura la sentenza impugnata nella parte in cui la Corte di merito ha ritenuto che non si poteva procedere all'adeguamento richiesto prima dell'entrata in vigore della L. n. 388 del 2000: in realtà l'Inps avrebbe dovuto disporre l'adeguamento nominale dei contributi riferendosi a un criterio di calcolo desumibile dal sistema previdenziale, e, in concreto, a quello basato sui coefficienti di cui alla L. n. 297 del 1982, art. 3, di generale applicazione per la rivalutazione di retribuzioni e redditi ai fini della liquidazione delle pensioni e recepito anche dalla L. n. 388 del 2000, art. 69 cit..

Il terzo motivo denuncia violazione della L. 23 dicembre 2000, n. 388, art. 69, comma 5. Si sostiene che il Giudice di merito non avrebbe dovuto escludere la maturazione di incrementi pensionistici prima della data indicata da detta disposizione, osservandosi al riguardo che la limitazione temporale determina un ingiusto arricchimento per l'ente erogatore e una limitazione del corrispettivo dovuto all'assicurato per il sacrificio sopportato con il versamento dei contributi, oltre che una discriminazione tra titolari di rendite anteriori o posteriori al gennaio 2001.

Il primo motivo non è fondato.

Come accertato nella sentenza impugnata, l'Istituto nel costituirsi in giudizio, pur deducendo di avere eseguito la rivalutazione dei contributi, ha comunque chiesto il rigetto della domanda attorca;

ciò vale ad escludere la configurabilità di una cessazione della materia del contendere e di una qualunque limitazione del potere-dovere del Giudice di accertare il fondamento giuridico della pretesa azionata. Né, peraltro, tale limitazione poteva scaturire dall'applicazione dell'art. 437 c.p.c, comma 2, poiché il divieto di nuove eccezioni previsto da tale disposizione si riferisce alle eccezioni in senso stretto e non alle

mere difese, quale deve ritenersi la deduzione di infondatezza della domanda alla stregua del contesto normativo; quest'ultimo, peraltro, era mutato dopo il giudizio di primo grado, con l'entrata in vigore della legge n. 388 del 2000, sicché la valutazione dello *jus superveniens* e della sua incidenza sulla controversia costituiva un preciso dovere del giudice a prescindere dall'eccezione del convenuto.

Infondati sono anche il secondo e il terzo motivo, da esaminare congiuntamente in ragione della loro intima connessione logico - giuridica.

È opportuno ricordare che la Corte Costituzionale, con la sentenza 21 marzo 1989 n. 141, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della citata L. n. 218 del 1952, art. 29, comma 3, nella parte in cui non prevede un meccanismo di adeguamento dell'importo nominale dei contributi versati dal giorno della sua entrata in vigore in poi.

Sottolineava la Corte Costituzionale che anche l'assicurazione facoltativa era ispirata a fini di previdenza, perché svolgeva la funzione di assicurare una pensione mediante versamenti volontari a lavoratori non compresi nell'obbligo di assicurazione e anch'essi appartenenti alle categorie meno abbienti, e di consentire ai lavoratori soggetti all'obbligo di aumentare la propria pensione.

Osservava che la funzione previdenziale si era mantenuta anche in seguito e in particolare all'atto dell'emanazione della disposizione allora impugnata. Quest'ultima (L. n. 218 del 1952, art. 29) aveva considerato il fenomeno della svalutazione monetaria fino alla data della sua entrata in vigore (anche se aveva limitato la disposta rivalutazione, secondo dati parametri, ai contributi versati nell'assicurazione facoltativa a tutto l'anno 1947). Ad avviso della Corte costituzionale, proprio la mancata considerazione anche per il futuro del fenomeno della svalutazione, già in atto, nell'ambito di un sistema correlante le prestazioni all'importo dei contributi (tanto più in una normativa che di tale fenomeno si dava carico per il passato), e la conseguente mancata adozione di un congegno di rivalutazione per gli anni successivi all'entrata in vigore della legge stessa, inficiavano la norma impugnata di irragionevolezza.

Infatti, "avuto riguardo al fine previdenziale perseguito dall'assicurazione facoltativa (omogeneo, del resto, rispetto a quello perseguito dalla assicurazione obbligatoria), l'omissione oggetto di censura rende la norma stessa non rispondente al fine medesimo sotto il profilo dell'effettività, in esso naturalmente implicito ed attuato per le categorie degli assicurati obbligatoriamente".

Il legislatore è intervenuto a disciplinare la materia, a seguito della pronuncia adottata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 141 del 1989, solo con la L. 23 dicembre 2000, n. 388, art. 69, comma 5, il quale, con riferimento al passato, ha previsto che i contributi versati all'assicurazione facoltativa in questione a partire dal 1 gennaio 1952 e fino al 31 dicembre 2000 (e similmente i contributi versati a titolo di "mutualità pensione" di cui alla L. 5 marzo 1963 n. 389) "sono rivalutati, per i periodi antecedenti la liquidazione della pensione e secondo l'anno di versamento, in base ai coefficienti utili ai fini delle retribuzioni pensionabili, di cui alla L. 29 maggio 1982, n. 297, art. 3, e dal 1 gennaio 2001 decorrono gli aumenti dei relativi trattamenti pensionistici".

Analogo peraltro è la disciplina prevista per il futuro - eccettuata, naturalmente, la limitazione di decorrenza degli aumenti pensionistici -, in quanto è stabilita dal 1 gennaio 2001 la rivalutazione annuale dei contributi con le stesse modalità.

Il chiaro tenore della complessiva disposizione dell'art. 69, comma 5, di cui la

prima parte è rivolta a porre rimedio per il passato alla mancata previsione della rivalutazione dei contributi e la seconda a fissare una nuova disciplina per il futuro, impone di ritenere che legislatore, con una norma retroattiva, abbia esaurientemente disciplinato anche per il passato la rivalutazione dei contributi versati all'assicurazione facoltativa e i relativi effetti, espressamente limitando alle rate pensionistiche maturate a partire dal gennaio 2001 l'incidenza della prevista rivalutazione dei contributi.

La pronuncia del Giudice di appello appare quindi esattamente fondata sull'assetto normativo conseguente all'entrata in vigore della L. n. 388 del 2000, art. 69, comma 5. In relazione a detta disposizione, e particolarmente per la parte in cui essa esclude per il periodo anteriore al gennaio 2001 gli incrementi pensionistici derivanti dalla rivalutazione dei contributi, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 3 del 2007 susseguente alla rimessione degli atti relativi alla presente controversia, ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità della norma, in riferimento agli artt. 3 e 38 Cost, osservando che la predetta limitazione degli incrementi di pensione al solo periodo successivo al gennaio 2001 è adeguatamente controbilanciata dal vantaggioso coefficiente di rivalutazione adottato e dall'estensione del periodo coperto dalla rivalutazione, sicché, in relazione alla sentenza n. 141 del 1989 che non imponeva specifiche modalità di attuazione del principio dell'adeguamento del valore nominale dei contributi, il legislatore ha attuato una ragionevole applicazione di quel principio, in un ambito generale di politica economica improntata al controllo delle disponibilità finanziarie idonee a sorreggere il sistema della previdenza.

Esclusa, pertanto, alla stregua delle suddette considerazioni del giudice delle leggi, la incostituzionalità della norma correttamente applicata nella sentenza qui impugnata, le censure della ricorrente non possono trovare accoglimento.

In conclusione, il ricorso deve essere rigettato.

Non occorre provvedere sulle spese del giudizio, in applicazione dell'art. 152 disp. att.c.p.c. (nel testo anteriore alle modifiche introdotte dal D.L. n. 269 del 2003, convertito in L. n. 326 del 2003, non applicabili nella fattispecie *ratione temporis*).

(Omissis)

BREVI OSSERVAZIONI IN TEMA DI ASSICURAZIONE FACOLTATIVA

Sommario: 1. - La fattispecie. 2 - I destinatari dell'assicurazione facoltativa. 3 - Le prestazioni dell'assicurazione facoltativa. 4. - Considerazioni conclusive.

1. — *La fattispecie*

Con la sentenza in epigrafe la Suprema Corte ha ritenuto infondata la pretesa della pensionata volta ad ottenere la riliquidazione, con decorrenza 1995, del tratta-

mento di vecchiaia a carico dell'assicurazione facoltativa di cui agli articoli 85 e seguenti del Regio decreto-legge 4 ottobre 1935, n. 1827 a seguito della rivalutazione dei contributi accreditati nella medesima assicurazione.

A detta decisione la Corte di Cassazione è pervenuta osservando che la materia controversa è attualmente disciplinata dall'articolo 69, comma 5, della legge 23 dicembre 2000 n. 388 il cui chiaro disposto da un lato effettivamente prescrive l'adeguamento al mutato potere di acquisto della moneta dei contributi già versati nell'assicurazione facoltativa dal 1° gennaio 1952, ma dall'altro lato fissa inequivocabilmente la decorrenza degli effetti economici della ripetuta rivalutazione a far data solo dal 1° gennaio 2001.

Questo assetto normativo rappresenta, tuttavia, l'esito di una complessa evoluzione.

E difatti nell'originario tessuto del Regio decreto legge 4 ottobre 1935, n. 1827 il calcolo degli importi dei trattamenti in questione, impostato sul criterio della c.d. capitalizzazione, avveniva prendendo in considerazione il valore meramente nominale dei contributi versati nel corso degli anni. Va da sé che le prestazioni così liquidate risultavano di assai modesto ammontare, poiché paramtrate su valori monetari non più attuali a causa dell'incidenza dell'inflazione.

Il primo intervento normativo finalizzato a neutralizzare gli effetti della svalutazione mediante l'applicazione di meccanismi di rivalutazione dell'importo dei contributi si rinviene nell'articolo 29 della legge 4 aprile 1952 n. 218. Ed invero, solo per le pensioni da liquidare successivamente alla entrata in vigore della ripetuta legge (1), fu previsto l'adeguamento della pregressa contribuzione mediante l'applicazione di coefficienti variabili.

Tuttavia detto meccanismo di aggiornamento del valore dei versamenti risultava utilizzabile esclusivamente in relazione ai contributi corrisposti sino al dicembre 1947 giacché, per espressa previsione normativa, quelli versati dal 1° gennaio 1948 in poi continuavano ad essere *"computati alla pari"*.

Proprio l'esclusione di ogni forma di rivalutazione della contribuzione accreditata in epoca successiva al 1947 indusse la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 141/1989 (2), a dichiarare la illegittimità dell'articolo 29 della legge 4 aprile 1952 n. 218 *"nella parte in cui non prevede un meccanismo di adeguamento dell'importo nominale dei contributi versati dal giorno della sua entrata in vigore in poi"*. Ad avviso della Consulta la norma in esame doveva ritenersi inficiata da irragionevolezza poiché il legislatore, preso atto della necessità di neutralizzare gli effetti negativi prodotti dalla svalutazione monetaria sui trattamenti previdenziali corrisposti agli assicurati facoltativi, aveva nondimeno introdotto un correttivo idoneo a spiegare effetti solo per il passato, senza che fosse invece previsto alcun analogo congegno di aggiornamento dei trattamenti liquidati sulla base della contribuzione accreditata successivamente al 1952.

L'intervento della Corte Costituzionale ha convinto quindi il legislatore, seppure solo nel corso dell'anno 2000 (e dopo una serie di decreti legge non convertiti), a discipli-

(1) Ai titolari di pensioni già in essere alla data di entrata in vigore della legge 218/1952 sarà poi concessa, in forza dell'articolo 14 della legge 12 agosto 1962, n. 1338, *"la facoltà di optare fra il trattamento in atto goduto e quello derivante dall'applicazione nei loro riguardi del metodo di liquidazione previsto dai primi tre commi dell'art. 29 della citata L. 4 aprile 1952, n. 218"*.

(2) In *Foro It.*, 1990, I, 2450, con nota di V. Ferrari ed in *Inf. Prev.*, 1989, pag. 771 segg.

nare *ex novo* la fattispecie. Pertanto in virtù del menzionato articolo 69, comma quinto, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 è stata disposta, per il futuro, la rivalutazione - in base ai criteri di cui all'articolo 3 della legge 29 maggio 1982, n. 297 - dei contribuiti confluiti alla assicurazione facoltativa dal 1° gennaio 2001 in poi e, per il passato, la rivalutazione - in applicazione delle stesse regole di cui alla legge 297/1982 - dei contributi versati dal 1° gennaio 1952 al 31 dicembre 2000 nell'assicurazione facoltativa medesima e la decorrenza a far data dal gennaio 2001 dei connessi incrementi delle pensioni in essere.

Sennonché il differimento al gennaio 2001 della decorrenza degli aumenti conseguenti alla rivalutazione della contribuzione pregressa ha indotto la Corte di Cassazione a sollevare, nel giudizio concluso con la sentenza annotata, questione di legittimità costituzionale del ripetuto quinto comma dell'articolo 69 della legge 388/2000. Ed invero, ad avviso del Giudice remittente, la sterilizzazione degli effetti della rivalutazione dei contributi anteriori al 2001 avrebbe finito col presentare profili di incostituzionalità analoghi a quelli già evidenziati dalla Consulta con la sentenza n. 141/1989, risultando in concreto frustrata la possibilità degli assicurati di percepire una pensione commisurata al valore effettivo dei contributi versati nel tempo.

Tuttavia la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 3/2007 (3), ha dichiarato non fondata la questione prospettata dalla Corte di Cassazione nei termini sopra sintetizzati.

Ha infatti ritenuto il Giudice delle leggi che il sistema delineato dal legislatore dovesse essere valutato nel suo complesso, sicché non poteva essere tacciata di irragionevolezza la scelta di fissare al 1° gennaio 2001 gli effetti economici della rivalutazione dei contributi a fronte della previsione di un meccanismo di rivalutazione, quale quello delineato dall'articolo 3 della legge 297/1982, particolarmente vantaggioso per l'assicurato.

Una volta accertata la conformità dell'articolo 69 della legge 388/2000 ai parametri costituzionali, non v'è dubbio che la soluzione interpretativa adottata dalla Corte di Cassazione nella sentenza in esame fosse l'unica praticabile alla luce dell'esplicito tenore letterale della citata norma.

2. — *I destinatari dell'assicurazione facoltativa*

L'articolo 85 del Regio decreto-legge 4 ottobre 1935, n. 1827 annovera fra i potenziali fruitori del sistema di assicurazione facoltativa, innanzitutto, *"le persone appartenenti alle categorie soggette all'assicurazione obbligatoria, indicate nell'art. 37"*, vale a dire *"le persone di ambo i sessi e di qualsiasi nazionalità che abbiano compiuto l'età di 15 anni e non superata quella di 65 anni e che prestino lavoro retribuito alle dipendenze di altri"*. Si tratta, dunque, dei lavoratori dipendenti per i quali era già prevista, alla data del 1935, la assicurazione obbligatoria per la invalidità, la vecchiaia, la tubercolosi e la disoccupazione involontaria e per i quali, in sostanza, l'assicurazione facoltativa poteva rappresentare una forma di miglioramento dei trattamenti comunque già garantiti dalla assicurazione obbligatoria.

L'assicurazione facoltativa rivestiva ben diversa utilità, invece, per le categorie di lavoratori nei confronti dei quali non vigevo (ancora) l'obbligo assicurativo. E difatti,

(3) In *Inf. Prev.*, 2007, pag. 402 segg.

per costoro, la prospettiva del conseguimento di un trattamento pensionistico appariva realizzabile solo in forza della adesione ad una forma assicurativa volontaria.

D'altro canto la Corte Costituzionale, nello scrutinio dell'articolo 29 della legge 218/1952, non ha mancato di rilevare che la assicurazione facoltativa, al pari di quella obbligatoria, fosse *"ispirata a fini di previdenza in quanto svolgeva la funzione di consentire la costituzione di una pensione, con versamenti volontari, a favore dei lavoratori non ricompresi nell'obbligo assicurativo"* (4), funzione invero via via attenuata a seguito della progressiva estensione dell'assicurazione obbligatoria.

Rientravano nell'ambito dei lavoratori esonerati dall'assicurazione obbligatoria e facoltizzati all'iscrizione volontaria innanzitutto *"coloro che abbiano perduto la qualità di assicurato obbligatorio"* (articolo 85 n. 2 R.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827), quindi *"gli artigiani, i coltivatori agricoli diretti (proprietari, affittuari, coloni e mezzadri), i commercianti, gli industriali, gli esercenti professioni liberali, che paghino annualmente allo Stato per imposte dirette una somma non superiore a L. 1000"* (articolo 85 n. 3 R.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827) ed infine *"gli impiegati per i quali, pur essendo stato superato il limite di stipendio stabilito dall'articolo 38, con contratto collettivo di lavoro o norma equiparata sia stato assunto l'obbligo di continuare l'assicurazione"* volontaria (articolo 85 n. 5 R. d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827).

Giova peraltro evidenziare che le norme che hanno esteso a talune categorie di lavoratori sopra menzionate l'obbligo assicurativo si sono fatte carico anche di raccordare e coordinare i due diversi ambiti di tutela, così da consentire la tendenziale utilizzabilità dei contributi versati nell'assicurazione facoltativa anche in quella obbligatoria.

In particolare, per quanto concerne i coltivatori diretti, mezzadri e coloni l'articolo 19 della legge 26 ottobre 1957, n. 1047 ha previsto la conservazione del diritto a conseguire la pensione nell'assicurazione facoltativa, almeno fino a quando non sia stato liquidato il trattamento a carico della appena costituita gestione speciale. La medesima norma ha stabilito, inoltre, che i contributi già versati nell'assicurazione volontaria sono considerati validi a tutti gli effetti per il conseguimento della pensione nella gestione speciale per i coltivatori diretti e per i coloni e mezzadri, facendo altresì salva la irripetibilità dei ratei di pensione facoltativa già percepiti in epoca anteriore alla decorrenza della pensione a carico della gestione speciale.

Per quel che riguarda gli artigiani l'articolo 8 della legge 4 luglio 1959, n. 463 oltre a prevedere il diritto alla liquidazione della pensione facoltativa sino a che non fosse liquidata quella maturata sulla scorta dell'assicurazione obbligatoria ed a considerare validi, per il perfezionamento del diritto alla pensione a carico della gestione speciale obbligatoria, i contributi versati nell'assicurazione volontaria, dispone altresì che *"agli effetti dell'anzianità di iscrizione si considera data iniziale della assicurazione quella del versamento del primo contributo nell'assicurazione facoltativa"*.

Analoga regolamentazione si riscontra, ai sensi dell'articolo 22 della legge 22 luglio 1966 n. 613, nella disciplina della assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti degli esercenti attività commerciali e dei loro familiari coadiutori.

(4) Sentenza n. 141/1989, cit.

L'ultima categoria dei possibili destinatari della tutela previdenziale facoltativa è rappresentata dalle *"donne maritate che attendono alle cure domestiche ed il cui marito sia compreso in una delle precedenti categorie. Possono essere ammesse anche le donne che, con altro vincolo di parentela, accudiscono alle cure domestiche presso persone comprese nelle precedenti categorie, quando risulti che non hanno redditi di alcuna specie per i quali paghino annualmente allo Stato, per imposte dirette, una somma superiore a L. 120"* (articolo 85 n. 4 R.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827).

A differenza delle altre quattro categorie di assicurabili contemplate dall'articolo 85 del R.d.l. 1827/1935, nel caso di specie la tutela previdenziale risulta estesa a soggetti che non possono essere definiti, dal punto di vista strettamente giuridico, "lavoratori".

Deve tuttavia rilevarsi che la disciplina della protezione sociale delle casalinghe si è nel tempo affrancata dall'ambito di applicabilità del R.d.l. 1827/1935 per trovare una compiuta e speciale regolamentazione dapprima nella legge 5 marzo 1963 n. 389, istitutiva della *"Mutualità pensioni"*, strutturata come gestione separata dell'Istituto nazionale della previdenza sociale, e quindi nel decreto legislativo 16 settembre 1996 n. 565, istitutivo del *"Fondo di previdenza per le persone che svolgono lavori di cura non retribuiti derivanti da responsabilità familiari"* (5).

3. — *Le prestazioni dell'assicurazione facoltativa*

Gli eventi protetti nel contesto dell'assicurazione facoltativa sono, esclusivamente, la vecchiaia e la invalidità.

La pensione di vecchiaia (articolo 89 del R.d.l. 1827/1935) viene liquidata all'assicurato che abbia maturato almeno dieci anni di assicurazione ed abbia compiuto 65 anni, se uomo, o 60 anni, se donna. È tuttavia consentita la liquidazione del trattamento di vecchiaia al compimento del settantesimo anno di età a prescindere dal perfezionamento del requisito dei dieci anni di assicurazione. Decorre dal primo giorno del mese successivo alla presentazione della relativa domanda.

A norma dell'articolo 90 del R.d.l. 1827/1935 la pensione di invalidità può essere liquidata allorché l'assicurato abbia maturato almeno 5 anni di assicurazione e *"sia riconosciuto invalido ai sensi dell'art. 61"* dello stesso R.d.l. 1827/1935. È da ritenere tuttavia che il rinvio operato all'articolo 61 del R.d.l. 1827/1935 (a mente del quale *"si considera invalido l'assicurato la cui capacità di guadagno in occupazioni confacenti alle sue attitudini, sia ridotta in modo permanente a meno di un terzo del suo guadagno normale"*) non sia recettizio, ma formale e da intendersi quindi riferito alla nozione di invalidità rilevante nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria, come mutata nel tempo.

Nell'ambito dell'assicurazione facoltativa è invece sconosciuta la tutela per i superstiti. Ne consegue, fra l'altro, che i contributi versati nell'assicurazione volontaria

(5) In argomento cfr. A. SGROI *"Dalla mutualità casalinghe alla tutela previdenziale delle persone che espletano lavori di cura non retribuiti scaturenti da responsabilità familiari"* in www.ambienteditto.it.

non possono essere in alcun modo utilizzati per perfezionare, nelle gestioni dei coltivatori diretti, mezzadri e coloni, dei commercianti e degli artigiani, i requisiti minimi per ottenere la pensione di reversibilità (6).

Nella disciplina dell'assicurazione facoltativa è tuttavia prevista, a determinate condizioni, la restituzione dei contributi accreditati qualora l'assicurato deceda prima che si sia verificato l'evento protetto.

Ed invero il Regio decreto legge 1827/1935 prevede una duplice ed alternativa forma di iscrizione all'assicurazione volontaria rappresentata, rispettivamente, dal "ruolo della mutualità" e dal "ruolo dei contributi riservati".

Mentre l'iscrizione nel ruolo della mutualità comporta la rinuncia al rimborso dei contributi versati, che restano definitivamente acquisiti all'Istituto ove non utilizzati, l'iscrizione nel ruolo dei contributi riservati consente la restituzione, a favore del coniuge, dei figli e degli ascendenti dell'assicurato, dei contributi accreditati qualora questi muoia prima di avere ottenuto la liquidazione del trattamento di vecchiaia o di invalidità.

Un'ulteriore prestazione propria dell'assicurazione volontaria è costituita dalla "rendita vitalizia immediata" tipizzata dall'articolo 91 del R.d.l. 1827/1935.

In virtù della citata norma è consentito, a coloro che siano già assicurati o che comunque abbiano i requisiti per iscriversi nei ruoli dell'assicurazione facoltativa e che si trovino nelle condizioni di età o di invalidità che legittimerebbero l'erogazione del relativo trattamento pensionistico, di versare in un'unica soluzione il capitale necessario a costituire - con decorrenza immediata - una rendita vitalizia.

La fattispecie è quindi caratterizzata dal preventivo verificarsi dell'evento protetto e dalla contemporaneità fra versamento della contribuzione e liquidazione della prestazione.

Detta peculiarità (ed in specie la menzionata contestualità fra versamento del capitale e liquidazione del trattamento) rende insensibile l'istituto della rendita vitalizia in esame alle vicende esposte nel primo paragrafo e relative alla rivalutazione dei contributi versati nell'assicurazione facoltativa, posto che la necessità di aggiornare il valore dei contributi è ipotizzabile solo nell'eventualità - non riscontrabile nel caso di specie - in cui sussista una soluzione di continuità fra il pagamento dei contributi e la liquidazione della prestazione sulla scorta della provvista accreditata nel tempo (7).

(6) Cfr. Corte di Cassazione, sez. lavoro, 2 novembre 2001, n. 13569, CED, resa con specifico riferimento alla gestione commercianti, a termini della quale *"deve dunque ritenersi che la validità dei contributi facoltativi, sancita dal terzo comma del citato art. 22 (legge n. 613-1966) ai fini della pensione obbligatoria, debba intendersi riferita alle pensioni omologhe e corrispondenti a quelle previste nell'assicurazione facoltativa e conseguibili in virtù dei relativi versamenti contributivi facoltativi, vale a dire alla pensione di invalidità ed a quella di vecchiaia"*.

(7) In senso conforme cfr. Corte di Cassazione 1 agosto 2007, n. 16959, CED, secondo cui *"è evidente che la questione di un adeguamento del trattamento pensionistico ottenuto mediante versamento volontario si pone esclusivamente in riferimento all'ipotesi in cui tale trattamento maturi in epoca successiva al versamento di contributi, solo in tal caso sorgendo l'esigenza di conservare - mediante un congegno di rivalutazione - la correlazione economica fra contributi e prestazione"*.

4. — Considerazioni conclusive

È possibile, in conclusione, soffermarsi sulla natura giuridica delle prestazioni erogate nel sistema dell'assicurazione volontaria sopra descritto.

Detta analisi appare condizionata dalla profonda evoluzione che ha nel tempo caratterizzato l'istituto della assicurazione facoltativa.

Merita infatti di essere considerato che, nell'originaria intenzione del legislatore, l'assicurazione facoltativa era destinata a sopperire all'assenza dell'obbligo assicurativo per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti nei confronti dei lavoratori autonomi e di talune categorie di lavoratori dipendenti.

Senonché la progressiva erosione dell'area di esenzione dall'obbligo assicurativo ha finito, inevitabilmente, anche per incidere sulla natura delle prestazioni erogate nell'ambito della assicurazione facoltativa.

Sta di fatto che ad oggi tutte le categorie di lavoratori menzionate nell'articolo 85 R.d.l. 1827/1935 sono destinatarie di forme di previdenza obbligatoria. Appare quindi evidente che la funzione assolta dall'iscrizione nei ruoli dell'assicurazione facoltativa è limitata alla costituzione di una posizione previdenziale concorrente con quella obbligatoria, atteso che la qualità di assicurato obbligatorio non è ostativa alla ammissione all'assicurazione volontaria.

Sembra pertanto che le prestazioni conseguibili in virtù dell'iscrizione alla assicurazione facoltativa siano oramai destinate ad integrare quelle già garantite in regime obbligatorio.

Ciò non può condurre, tuttavia, ad assimilare *sic et simpliciter* la assicurazione facoltativa in esame alle forme previdenziali complementari disciplinate dal decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252.

Ed invero, per taluni aspetti, le due forme di previdenza in discorso presentano senz'altro dei profili di affinità. Rileva al riguardo, innanzitutto, la natura meramente volontaria dell'adesione tanto all'una quanto all'altra. Inoltre entrambe le forme previdenziali in esame sono caratterizzate dalla facoltà, per il lavoratore, di determinare autonomamente l'entità della contribuzione (cfr. l'articolo 92 del R.d.l. 1827/1935 a termini del quale "*l'iscritto può fare versamenti in qualunque tempo e in qualunque misura [...] e l'art. 8 del d.lgs 252/2005 secondo cui resta tendenzialmente ferma la "facoltà per tutti i lavoratori di determinare liberamente l'entità della contribuzione a proprio carico [...]"*).

Tuttavia la determinante distinzione fra le due forme di previdenza è costituita - come accennato nel secondo paragrafo - dalla possibilità di avvalimento nell'assicurazione obbligatoria per i coltivatori diretti, mezzadri e coloni, per gli artigiani e per i commercianti dei contributi accreditati nell'assicurazione facoltativa anteriormente all'introduzione dell'obbligo assicurativo per le menzionate categorie di lavoratori. Detta facoltà, seppure indotta dalla (transitoria) esigenza di raccordare i due differenti ambiti di tutela al momento dell'estensione dell'obbligo assicurativo, è difatti impraticabile nel generale contesto della previdenza complementare posto che, a termini dell'articolo 14 del decreto legislativo 252/2005, il trasferimento della posizione assicurativa (c.d. "portabilità") è ammesso solo nel limitato ed omogeneo contesto delle forme pensionistiche complementari.

È da ritenere, peraltro, che la utilizzabilità nel regime obbligatorio della contribuzione accreditata nella gestione volontaria possa avvenire solo ed esclusivamente nei limiti previsti dalle norme speciali che disciplinano tale facoltà (ossia l'articolo 19 della legge 26 ottobre 1957, n. 1047 per i coltivatori diretti, mezzadri e coloni, l'articolo 8 della legge 4 luglio 1959, n. 463 per gli artigiani e l'articolo 22 della legge 22 luglio 1966, n. 613 per gli esercenti attività commerciali). Pare quindi doversi escludere che i periodi assicurativi maturati nell'assicurazione volontaria possano essere impiegati in operazioni di totalizzazione e ricongiunzione. Conforta l'avviso espresso il tenore letterale della normativa di riferimento. E difatti, a termini degli articoli 1 e 2 della legge 7 febbraio 1979, n. 29 è consentita la ricongiunzione tanto nell'assicurazione generale obbligatoria, quanto nelle gestioni sostitutive, dei soli contributi accreditati in forme di previdenza "obbligatorie". Dal canto suo la totalizzazione, come regolata dall'articolo 1 del decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 42, è riservata ai soli iscritti *"a due o più forme di assicurazione obbligatoria [...]"*.

Da quanto esposto può quindi trarsi la conclusione che l'istituto dell'assicurazione volontaria rappresenti, nella sua sostanziale residualità, un modello previdenziale "atipico" caratterizzato dalla non frequente combinazione fra la volontarietà dell'iscrizione del lavoratore e la natura pubblica del soggetto (peraltro al contempo gestore di forme di assicurazione obbligatoria) erogatore delle prestazioni, ciò che comporta la compresenza di taluni aspetti propri delle forme previdenziali complementari (quali, come detto, la volontarietà dell'adesione e la marcata flessibilità della obbligazione contributiva) e di altri propri del regime obbligatorio (come la possibilità, seppur limitata, di esportare i contributi in altre gestioni).

Sergio Preden
Avvocato INPS

Fondo di Garanzia - Crediti per Tfr - Cedibilità - Legittimazione a richiedere il pagamento da parte di Società Finanziaria cessionaria - Sussiste.

Corte di Cassazione - Sez. Lavoro - 05.05.2008, n. 11010 - Pres. Ciciretti - Rel. Bandini - P.M. Lo Voi - INPS (Avv.ti Triolo, Fabiani) - F. spa (Avv. Hinna Danesi).

Premessa la pacifica cedibilità del credito per Tfr da parte del lavoratore, legittimati a richiederne il pagamento nei confronti del Fondo di Garanzia sono tutti coloro che, a qualsiasi titolo siano succeduti nel relativo credito al prestatore d'opera, compresa una società Finanziaria, non potendosi circoscrivere l'ambito ai soli "aventi diritto" di cui al combinato disposto dei commi 1 e 2 art. 2 legge 297/82 e dell'art. 2122 c.c.

FATTO — Con ricorso avanti la Corte d'Appello di Brescia la F. spa propose appello contro la sentenza n. 465/05 del Tribunale di Bergamo, con la quale era stata respinta la domanda, svolta nei confronti dell'Inps, di condanna dell'Istituto al pagamento in suo favore, quale cessionaria del credito, delle somme dovute dal Fondo di garanzia a titolo di TFR di A. A., dipendente della A. snc, dichiarata fallita, avendo il Giudice di primo grado ritenuto la cessione non compatibile con la disciplina dell'accollo, da parte del Fondo, delle obbligazioni del datore di lavoro insolvente. La Corte territoriale adita, sulla resistenza dell'Istituto appellato, con sentenza in data 10.2 - 29.4.2006, accolse il gravame e, in riforma dell'impugnata sentenza, condannò l'Inps al pagamento della somma di € 11.027,53, oltre rivalutazione e interessi.

A sostegno del *decisum* la Corte territoriale osservò che la tesi dell'istituto non trovava conforto nel testo dell'art. 2 legge n. 297/82, né nelle finalità in senso lato previdenziali del finanziamento del Fondo e dell'erogazione delle prestazioni da parte sua, né nella natura del credito (retributivo e non assistenziale).

Avverso l'anzidetta sentenza l'Inps ha proposto ricorso per cassazione, fondato su un unico motivo, con formulazione del quesito di diritto ai sensi dell'art. 366 *bis* cpc.

L'intimata F. spa ha resistito con controricorso.

DIRITTO — 1. — Con l'unico motivo di ricorso l'Istituto ricorrente lamenta violazione dell'art. 2, commi 1, 2, 7 e 8, legge n. 297/82 e dell'art 2122 cc, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, cpc, osservando che la Corte territoriale non aveva colto esattamente il *thema decidendum*, non vertente sull'incapacità del credito per TFR ad una società finanziaria, bensì sulla configurabilità del diritto di quest'ultima ad accedere alla tutela del Fondo di garanzia per ottenerne il soddisfacimento in luogo dell'assicurato avente diritto; a ritenere la sussistenza del suddetto diritto della cessionaria ostavano invece:

- la finalità sociale perseguita dal Fondo di garanzia, individuata dalla previsione secondo cui le risorse del Fondo stesso devono essere destinate esclusivamente a realizzare la sua finalità istituzionale, in conformità con quanto previsto dalla direttiva Cee n. 987/80;

- la funzione solidaristica propria in generale delle prestazioni previdenziali, nella specie non disconosciuta dalla ritenuta natura retributiva delle obbligazioni gravanti sul Fondo di garanzia;

- l'utilizzo, nell'art. 2, comma 1, legge n. 297/82, della locuzione "*aventi diritto*", la stessa rinvenibile nell'art. 2122 cc, anziché quella di "*aventi causa*", più idonea a ricomprendere tutti coloro che, a qualsiasi titolo, siano succeduti nella titolarità del diritto del prestatore di lavoro.

2. — Deve premettersi che, contrariamente all'avviso dell'Istituto ricorrente, il Giudice *a quo* mostra di avere ben compreso il *thema decidendi*, atteso che l'individuazione di quest'ultimo nella "*...asserita inceditibilità del credito nei confronti del Fondo di Garanzia*" altro non significa se non esaminare la questione della possibilità del cessionario di richiedere la prestazione al Fondo stesso.

3. — Un tanto premesso, osserva la Corte che, secondo il condiviso insegnamento della giurisprudenza di legittimità, il diritto alla prestazione da parte del Fondo non nasce direttamente dal rapporto di lavoro, ma dal distinto rapporto assicurativo - previdenziale, dovendo tuttavia al contempo rilevarsi che, avendo il diritto comunitario imposto agli Stati membri di introdurre istituti idonei a "garantire" (in senso atecnico) l'adempimento di crediti retributivi, va esclusa qualsivoglia interpretazione che attribuisca al credito verso l'organo di garanzia una diversa natura (cfr, Cass., n. 27917/2005).

In senso analogo hanno avuto già modo di esprimersi le Sezioni Unite di questa Corte (cfr, Cass. SU, n. 14220/2002), con l'enunciazione del principio secondo cui 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 n. 297/82 e del dl.vo n. 80/92, sia fatto valere nei confronti del Fondo di garanzia gestito dall'Inps per l'insolvenza o l'inadempimento del datore di lavoro, con la conseguenza che il Fondo è tenuto a corrispondere il medesimo debito che grava sul datore di lavoro nel suo intero ammontare, comprendente la somma capitale e gli accessori.

Tale ricostruzione dogmatica della situazione giuridica all'esame consente dunque di escludere in radice che la prestazione da parte del Fondo di garanzia abbia finalità di carattere assistenziale, potendo al più ritenersi la sua funzione *latu sensu* solidaristica solo in quanto propria, in via generale, delle prestazioni rese nell'ambito di un rapporto assicurativo previdenziale.

Da ciò deriva, in difetto di una previsione generale atta a ricomprendere la prestazione in parola nell'ambito dell'inceditibilità, che l'eventuale insussistenza del diritto del cessionario a richiedere la prestazione stessa al Fondo di garanzia dovrebbe essere specificamente statuita (o, comunque, inequivocabilmente desumibile) dalla stessa normativa che regola l'accesso alle prestazioni del Fondo.

4. — In tal senso non risulta però conducente il disposto dell'art. 2, comma 8, legge n. 297/82, nella parte in cui prevede che "*Le disponibilità del Fondo di Garanzia non possono in alcun modo essere utilizzate al di fuori delle finalità istituzionali del Fondo stesso*" - ancorché nella individuazione di tali finalità si tenga presente l'esigenza indicata dalla Direttiva CEE n. 987/80 a che gli Stati contraenti adottassero misure necessarie per assicurare ai lavoratori subordinati il pagamento dei diritti loro non

pagati in caso di insolvenza del datore di lavoro - posto che la suddetta previsione detta soltanto un vincolo di destinazione degli stanziamenti a favore del Fondo (che, pertanto, non possono essere utilizzati per erogazioni, previdenziali o assistenziali, di contenuto diverso da quelle espressamente previste), sancendo in modo cogente quale sia l'oggetto della prestazione erogabile con le ricordate disponibilità, ma non individua certamente i soggetti che possono rivolgersi al Fondo per ottenere la prestazione contemplata.

5. — Funzione, quest'ultima, a cui assolvono invece i commi 1 e 2 dell'art 2 legge n. 297/82, che recitano:

"È istituito presso l'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'articolo 2120 del codice civile, spettante ai lavoratori o loro aventi diritto.

"Trascorsi quindici giorni dal deposito dello stato passivo, reso esecutivo ai sensi dell'articolo 97 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, ovvero dopo la pubblicazione della sentenza di cui all'articolo 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, il lavoratore o i suoi aventi diritto possono ottenere a domanda il pagamento, a carico del fondo, del trattamento di fine rapporto di lavoro e dei relativi crediti accessori, previa detrazione delle somme eventualmente corrisposte".

5.1 — Ad avviso del ricorrente la locuzione utilizzata *"lavoratori o loro aventi diritto"* andrebbe letta con riferimento all'art. 2122, comma 2, cc (*"La ripartizione delle indennità, se non vi è accordo tra gli aventi diritto, deve farsi secondo il bisogno di ciascuno"*) e, quindi, farebbe riferimento ai soggetti indicati nel precedente comma 1 dell'art. 2122 cc (*"In caso di morte del prestatore di lavoro, le indennità indicate dagli articoli 2118 e 2120 devono corrispondersi al coniuge, ai figli e, se vivevano a carico del prestatore di lavoro, ai parenti entro il terzo grado e agli affini entro il secondo grado"*); sempre ad avviso dell'Istituto, qualora il legislatore avesse voluto contemplare tutti coloro che, a qualsiasi titolo, fossero succeduti nella titolarità del diritto del prestatore di lavoro, avrebbe fatto ricorso alla più lata espressione di *"aventi causa"*.

5.2 — Osserva la Corte che la locuzione *"avente diritto"* indica semplicemente la posizione giuridica del soggetto che, a qualsiasi titolo, sia succeduto ad altri nella titolarità di un diritto, sicché:

- da un lato non può considerarsi di contenuto più limitato rispetto a quella di *"avente causa"*;

- dall'altro il suo utilizzo, in difetto di ulteriori specificazioni, non è di per sé idoneo a circoscrivere ad una determinata categoria i soggetti succeduti nel diritto a cui viene fatto riferimento.

Ne consegue che appare arbitrario, in assenza di qualsivoglia richiamo testuale all'art 2122 cc, circoscrivere gli *"aventi diritto"* beneficiari della prestazione del Fondo e legittimati a richiederla ai soggetti indicati dal comma 1 di tale articolo.

In altre parole, se è indubbio che i soggetti indicati dal comma 1 dell'art. 2122 cc

debbano essere qualificati, in caso di morte del prestatore di lavoro, come "*aventi diritto*" (*ex lege*) al trattamento di fine rapporto, del pari vanno qualificati come "*aventi diritto*" i successori per atto fra vivi ovvero *mortis causa*, ancorché diversi, questi ultimi, da quelli contemplati dal comma 1 (ed invero il comma 3 dell'art. 2122 cc, a seguito della pronuncia di incostituzionalità di cui alla sentenza della Corte Costituzionale n. 8/1972, consente al prestatore di lavoro, in mancanza delle persone contemplate dal comma 1, di disporre per testamento delle indennità contemplate dalla norma), sicché risulta priva di consequenzialità logica l'opzione ermeneutica che, dall'utilizzo della locuzione "*aventi diritto*", pretende di circoscrivere la platea dei successori nel credito per TFR ai soli soggetti che vi siano succeduti *ex lege* ai sensi dell'art. 2122, comma 1, cc.

5.3 — La riprova di quanto testé rilevato è del resto rinvenibile nella stessa lettera dell'art. 2 legge n. 297/82, laddove, al comma 7, secondo periodo, prevede che "*il fondo è surrogato di diritto al lavoratore o ai suoi aventi causa nel privilegio spettante sul patrimonio dei datori di lavoro ai sensi degli articoli 2751-bis e 2776 del codice civile per le somme da esso pagate*"; ed invero - e contrariamente a quanto ritenuto dall'Istituto ricorrente - poiché la surrogazione presuppone l'avvenuto pagamento a favore del creditore originario, la prevista surrogazione *ex lege* del Fondo agli "*aventi causa*" del lavoratore sta ad indicare che legittimati a richiedere il pagamento del TFR sono tutti coloro che, a qualsiasi titolo, siano succeduti nel relativo credito al prestatore di lavoro e non già soltanto, secondo la restrittiva interpretazione sostenuta dal ricorrente, gli "*aventi diritto*" di cui al combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 2122 cc.

5.4 — Il motivo all'esame, nei distinti profili in cui si articola, deve quindi essere disatteso.

6. — Sulla base delle considerazioni che precedono il ricorso va pertanto respinto.

7. — Le spese del giudizio di cassazione, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

(*Omissis*)

SULLA ESATTA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELLE PRESTAZIONI EROGATE DAL FONDO DI GARANZIA E PROBLEMI DI PRESCRIZIONE

Le sentenze in epigrafe, nell'affrontare un particolare aspetto della tematica relativa alle prestazioni collegate al Fondo di garanzia istituito presso l'INPS, offrono lo spunto per una breve disamina dell'Istituto e delle qualificazioni giuridiche ad esso attinenti.

In attuazione del sollecito comunitario intervenuto con direttiva CEE 987/80, il nostro ordinamento con legge 297/82 prima e con L. 80/1982 poi, ha attribuito al lavoratore rimasto insoddisfatto in relazione al credito per tfr e per le ultime tre mensilità di retribuzione, per insolvenza del proprio datore, la possibilità di adire il Fondo di garanzia, organismo appositamente istituito presso l'INPS, previa escussione comunque

dello stesso datore ed in presenza di precisi presupposti.

Le ipotesi di insolvenza considerate comprendono i casi di fallimento e concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa, nonché di insufficienza delle garanzie patrimoniali del datore di lavoro non soggetto alle disposizioni della legge fallimentare.

Con successiva direttiva n. 74/2002, il legislatore comunitario ha specificato che si considera insolvente il datore di lavoro quando sia stata chiesta l'apertura di una procedura concorsuale e l'autorità competente abbia deciso l'apertura del procedimento oppure abbia constatato la chiusura definitiva dell'impresa o dello stabilimento e l'insufficienza dell'attivo disponibile per giustificare l'apertura del procedimento.

Tuttavia, poichè il diritto nei confronti del Fondo di Garanzia è soggetto subordinato al breve termine prescrizione di un anno, si è posto da subito il problema della corretta individuazione del dies a quo della prescrizione.

In particolare si è posto il problema se qualsivoglia atto posto in essere dal lavoratore per rivendicare il proprio credito nei confronti del datore di lavoro fosse valido ad interrompere il termine prescrizione anche nei confronti dell'Ente previdenziale.

La soluzione del problema, i cui risvolti pratici sono di tutta evidenza, discende direttamente dalla natura giuridica delle prestazioni in oggetto e dalla ritenuta sussistenza del vincolo di solidarietà tra i debitori.

La questione ha formato oggetto di attento esame da parte delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, le quali, risolvendo il contrasto sorto in passato tra le singole sezioni, con pronunce n. 13988 n.13989, 13990, 13991 del 2002 (in Riv. Giur. Lav., 2002, II, 807), hanno affermato la natura retributiva del credito del lavoratore, indipendentemente dalla qualifica del soggetto escusso: datore di lavoro ovvero Ente previdenziale.

Tale orientamento si pone sulla falsariga di precedenti pronunce del 1989 (1) e del 1994 (2), che, qualificando il nuovo tfr (rispetto alla vecchia indennità di anzianità) quale risparmio forzoso del lavoratore, ne chiarivano la natura di retribuzione vera e propria e lo inquadravano tra i crediti di capitale assistiti e regolati dalle relative norme civilistiche, senza attribuire alcun valore alla particolare natura pubblica dell'Ente di previdenza.

Tale interpretazione è stata in seguito avallata dalle corti di merito le quali sono giunte ad attribuire la medesima qualificazione anche ai crediti cosiddetti diversi dal tfr, i quali ne avrebbero mutuato la natura retributiva e non previdenziale.

Diretta conseguenza giuridica di tale argomentare era l'affermazione della sussistenza di un acollo ex lege tra i due debitori, con conseguente vincolo di solidarietà tra gli stessi, sicchè anche nei confronti dell'Ente di previdenza chiamato in via sussidiaria diveniva sufficiente l'interruzione del termine prescrizione già azionata dal lavoratore nei confronti del proprio datore di lavoro.

Lo stesso Inps, del resto, aderendo al suddetto orientamento delle Sezioni Unite, ha provveduto a dare indicazioni operative alle Sedi, (come con circolare n. 86 del 26 maggio 2004 e, da ultimo, con circolare n. 53 del 7/3/2007), nel senso di ritenere valido, quale atto interruttivo del breve termine prescrizione istituito ex lege nei propri confronti, qualunque iniziativa posta in essere nei confronti del datore di lavoro.

(1) Cass. 23 novembre 1989, n. 5036, in *Mass. giur. Lav.*, 1990, 66, not di A. VALLEBONA.

(2) Cass. 9 giugno 1994, n.5606, in *Foro it.*, 1995, I, 568.

Fuori dal coro si ponevano alcune pronunce di singole Sezioni della Corte Suprema che, muovendo da una interpretazione sistematica del dato normativo di riferimento, attribuivano alle prestazioni dovute dal Fondo di Garanzia natura giuridica squisitamente previdenziale delle prestazioni dovute dal Fondo di Garanzia.

Le stesse argomentavano, da un lato, dalla stessa dizione normativa che le definisce "prestazioni", alla stregua delle altre erogazioni effettuate dall'INPS di natura pacificamente previdenziale; dall'altro dal breve termine di prescrizione di un anno e dalla necessità della previa domanda amministrativa, tutti elementi tipici, questi, del procedimento previdenziale (3).

Più di recente è cominciato un percorso di rivisitazione della materia in esame, sempre ad opera di singole sezioni della Suprema Corte e da alcune Corti di merito, le quali cominciano ad affermare una ontologica diversità tra i crediti che il lavoratore vanta nei confronti del proprio datore, e quelli eventualmente fatti valere, in via sussidiaria, nei confronti del Fondo di Garanzia.

Nel senso da ultimo riferito, si segnalano Cass. Lavoro novembre 2004 n. 21595, Cass. n. 23930 del dicembre 2004, nonché, da ultimo, Cass. 19 dicembre 2005, n. 27917, (Foro it., Mass. 2005) che sostiene una diversa decorrenza del dies a quo del termine prescrizione rispetto alla effettiva cessazione del rapporto di lavoro, e qualifica come previdenziale ed autonomo il diritto di credito vantato dal lavoratore nei confronti dell'INPS rispetto a quella verso il datore di lavoro.

A ben vedere, a sostegno della più recente opzione ermeneutica non militano esclusivamente gli argomenti di cui si è detto.

Fondamentale importanza rivestono, altresì, i numerosi presupposti, (individuati dalla stessa disciplina normativa introdotta dall'art. 2 della legge 297 del 1982, come richiamato dagli artt. 1 e 2 del d.lvo n. 80 del 1992), quali l'insolvenza del datore di lavoro, la domanda di ammissione al passivo, la verifica dell'esistenza e misura del credito in sede di ammissione al passivo, il deposito dello stato passivo reso esecutivo dal giudice delegato ai sensi dell'art. 97 legge fallimentare, necessari per la proposizione della domanda nei confronti dell'INPS, anche al fine di interrompere il decorso del termine prescrizione delle prestazioni.

La differente natura ontologica alle prestazioni dovute dal Fondo di garanzia, rispetto ai crediti vantati nei confronti del datore di lavoro, (previdenziali le prime e retributivi i secondi), si traduce altresì in un diverso inquadramento del rapporto giuridico sussistente tra i debitori.

L'opzione ermeneutica fatta propria dalle SSUU, infatti, come si è poc'anzi detto, induce ad inquadrare il rapporto sussistente tra Fondo di garanzia e datore di lavoro nelle maglie giuridiche dell'accollo ex lege, con conseguente vincolo di solidarietà tra i debitori.

Di qui la sufficienza di qualsivoglia atto rivolto nei confronti del solo datore di lavoro al fine di interrompere il termine prescrizione anche nei confronti dell'Inps (art. 1310 c.c.).

Al contrario, alcune pronunce più recenti tendono ad inquadrare nell'istituto della *fideiussione* (4) il rapporto tra i due debitori.

(3) (Cassazione, 2 maggio 2000, n. 5489, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 915 e 18 aprile 200, n. 5663, in *Gius. civ. Mass.*, 2001, 809).

(4) Tribunale di Napoli n. 15106/06.

Infatti, secondo tale ricostruzione, l'accollo può aver luogo in presenza di un rapporto debitorio già esistente, nel quale il terzo accollante si sostituisce al debitore nella materiale soddisfazione del credito già liquido ed esigibile; la fideiussione, al contrario, si perfeziona in un momento anteriore all'eventuale inadempimento del debitore, quando il debito non è ancora sorto.

Ciò premesso, la ratio legis che ha mosso il legislatore comunitario prima e quello nazionale poi, ad introdurre in capo al fondo di garanzia l'obbligo di ottemperare alle legittime aspettative dei lavoratori rimasti insoddisfatti dal proprio datore di lavoro consiste, evidentemente, nell'esigenza di una effettiva tutela delle ragioni del lavoratore, in modo da preconstituire una sorta di 'salvagente' per l'eventuale incapacienza del datore di lavoro, indipendentemente dall'assolvimento degli obblighi contributivi.

Se quindi il debito è eventuale risulta maggiormente coesa con la ratio dell'istituto la ricostruzione del rapporto in oggetto quale fideiussione o, al più, accollo di debito futuro.

Peraltro, la pur controversa ammissibilità nel nostro ordinamento di tale ultima figura giuridica, oggetto di lunga ed affannosa querelle giurisprudenziale (5), non toglie che il debito debba comunque presentare per lo meno il requisito della certezza e della determinabilità, anche se non quello della esigibilità, ipotesi questa che, a ben vedere, non pare sussistere nel caso di specie, sì che parte della dottrina ha ritenuto comunque di sussumere l'istituto in parola nell'ambito della fideiussione (6).

Del resto, nel caso di specie, sussiste l'obbligo della preventiva escussione dell'originario debitore, anch'esso elemento tipico della fideiussione.

Sulla scorta di tale argomentazione si conclude, quindi, per l'inesistenza di un vincolo di solidarietà passiva tra i soggetti passivi della prestazione in oggetto con conseguente inefficacia, ai fini dell'interruzione del termine di prescrizione nei confronti dell'Istituto, degli atti posti in essere nei confronti del datore di lavoro.

Tale iter argomentativo risulterebbe, a ben vedere, più coerente con la strutturale diversità che caratterizza le prestazioni retributive, caratterizzate dal vincolo di sinallagmaticità con l'attività lavorativa prestata, rispetto alle prestazioni previdenziali le quali prescindono, come è noto, da tale vincolo (7).

Sulla cedibilità del credito per tfr

Quanto alla tematica affrontata dalla sentenza in epigrafe la stessa ha ad oggetto il problema della cedibilità del credito per tfr, e della conseguente legittimazione, da parte dei terzi cessionari, a richiederne il pagamento nei confronti del Fondo di garanzia secondo che si ritenga che il credito al tfr sorga al momento della cessazione del

(5) Per una breve disamina delle principali pronunce: Cass., sez. I, 23 settembre 1994, n. 7831, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1908; in senso positivo Cass., n. 2042 del 1978, in senso negativo Cass., n. 4109 del 1974; ma vedi anche Cass., 5102 del 1988 nonché Cass. 1180 del 1982 che ammette l'accollo di debito futuro, limitato, però all'accollo interno.

(6) P. BOER, *Il fondo di garanzia del TFR e le condizioni del suo intervento*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1991, III, 283).

(7) A. VALLEBONA, *Autonomia dell'obbligazione del fondo di garanzia del TFR rispetto a quella del datore e prescrizione*, in *Dir. lav.*, 1992, II, 426.

rapporto di lavoro ovvero contestualmente al rapporto d'impiego (accrescendosi progressivamente durante il suo svolgimento e divenendo esigibile alla cessazione).

Ai sostenitori della prima tesi (8), più risalente, si contrappone infatti la posizione di coloro che, facendo leva sul nuovo sistema di computo fondato sulla somma delle quote di retribuzione annua dovuta, sostiene sussistente il diritto di credito sin dal momento della costituzione del rapporto di lavoro, salva la sua esigibilità solo al termine dello stesso (9).

Sul punto, la Suprema Corte ha da tempo ritenuto la pacifica cedibilità dei crediti eventuali e futuri, purchè determinabili (10).

In particolare, dopo l'iniziale riconoscimento della cedibilità dei soli crediti futuri sottoposti a condizione sospensiva o a termine e di quelli già in atto derivanti da un rapporto di durata, con esclusione di quelli meramente eventuali (11), la giurisprudenza è giunta ad includere tutti i crediti, purchè determinabili, indipendentemente dalla necessaria esistenza attuale della relativa fonte di derivazione (12).

In questo senso è stato lo stesso legislatore a consacrare una nozione di credito futuro ben più ampia di quella fornita dalla stessa giurisprudenza laddove, in tema di intermediari finanziari, definisce crediti futuri anche quelli non ancora esistenti, in quanto generabili dalla normale attività del cedente. (art.1, primo comma, lett.h), d.m. 13/5/1996, come modificato da d.m. 4 aprile 2001).

Sulla legittimazione ad escutere il Fondo di Garanzia

Acquisita quindi per pacifica la libera cedibilità dei crediti per tfr vantati dal lavoratore in costanza di rapporto, l'evoluzione giurisprudenziale più recente, attestata dalle sentenze in epigrafe, ha ulteriormente ampliato la legittimazione di soggetti terzi cessionari a richiedere il pagamento, in luogo del lavoratore, del relativo credito presso il Fondo di garanzia ai sensi dell'art. 2 della legge 297/1982.

Nel caso di specie trattavasi di Società finanziarie le quali si erano viste respingere dall'Istituto di previdenza la propria richiesta di corresponsione delle somme a titolo di tfr, sulla base di una interpretazione restrittiva dell'art. 2 legge 297/82 laddove indi-

(8) In dottrina vedi GHERA, SANTORO PASSARELLI, *Il nuovo trattamento di fine rapporto*, Giuffrè, 1982; GIUGNI, DE LUCA TAMAJO, FERRARO, *Il trattamento di fine rapporto*, Cedam, Padova, 1984; VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto*, Milano 1984, 103.

(9) In dottrina ALLEVA, *Trattamento di fine rapporto*, in *Contrattazione*, 5, 2100 e in *RTDPC*, 1983, 78; SANTORO PASSARELLI, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Milano, 1984, 79, DE NISI STRAFILE, *Le ultime novità in tema di anticipo di imposte sul trattamento di fine rapporto*, Il Fisco, 1997, 29, 7916. In giurisprudenza cass. 8 luglio 1997; n. 6189, mass; C. cost. 21 maggio 2001, n.155, in *Foro it.*, 2002, 2558.

(10) Vedi come richiamate in sentenza Cass I aprile 2003 n. 44930.

(11) Cass. 24 ottobre 1975, n. 3519, in *Foro it.*, 1976, I, 1974; Cass. 5 giugno 1978, n. 2798, mass,

(12) Trib. Milano 16 ottobre 1989, *Riv. it. leasing*, 1990,182; Cass 8 maggio 1990, n. 4040, in *Foro it.*, 1991, I, 2489; Trib. Bari, 6 novembre 1996, in *BBTC*, 1998, II, 701.

In dottrina, MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano, 1968, 19 CICALA, *Il negozio di cessione dei contratti*, Napoli, 1962, 86; BIANCA, *Il debitore e i mutamenti del destinatario di pagamento*, Milano, 1969, 252, n. 10.

vidua nei lavoratori, o loro aventi diritto, i soggetti legittimati a richiedere il pagamento suddetto e identifica questi ultimi nei soli soggetti indicati nell'art. 2122 comma 2 codice civile, e non negli 'aventi causa' in genere.

La Suprema Corte è giunta, invece, ad opposta conclusione prendendo le mosse dalla ridetta natura retributiva delle prestazioni erogate dal fondo di garanzia con l'esclusione di un carattere prettamente assistenziale dell'istituto in esame sulla scorta di una più blanda funzione solidaristica in quanto 'propria, in via generale, delle prestazioni rese nell'ambito di un rapporto assicurativo previdenziale'.

Il Supremo consesso prende quindi le distanze dalla lettura restrittiva che l'Inps fa degli 'aventi diritto', ai sensi dell'art. 2129/82, in combinato disposto con l'art. 2122 c.c., quali soggetti specificamente individuati dalla norma e non ricompresi nel novero degli 'aventi causa' in genere, in quanto ritiene arbitrario il richiamo all'art. 2122c.c. operato dall'Istituto al fine di circoscrivere i soggetti legittimati alla prestazione in oggetto.

Detto articolo, come è noto, individua nel coniuge, nei figli e nei parenti entro il terzo grado, solo se viventi a carico, i soggetti destinatari della indennità di cui agli artt. 2118 c.c. e 2120, per il caso di morte del lavoratore, con espresso richiamo alle norme sulla successione legittima

Secondo la Corte, trattandosi di regolare cessione a titolo oneroso di credito pro solvendo, legittimati a richiedere il pagamento del tfr sarebbero tutti coloro che, a qualsiasi titolo, siano succeduti nel relativo credito e non già soltanto gli aventi diritto così come individuati dall'istituto di previdenza.

Considerazioni finali

L'analisi condotta dalla Suprema Corte in ordine all'effettiva ratio della fattispecie in oggetto desta, peraltro, alcune perplessità.

Infatti, il legislatore comunitario (e poi quello nazionale), nell'ambito della più generale politica legislativa europea volta a tutelare i soggetti deboli, ha preso anche in questo ambito le mosse da uno specifico intento di tutela delle ragioni del lavoratore, in quanto tipica parte debole nello specifico rapporto d'impiego.

Questi, in assenza di tali strumenti predisposti dall'ordinamento, si troverebbe infatti completamente esposto alle conseguenze negative di un'eventuale insolvenza del proprio datore di lavoro.

È quanto emerge, del resto, dal primo 'considerando' della direttiva 98/80 secondo il quale: *"sono necessarie disposizioni per tutelare i lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, in particolare per garantire loro il pagamento dei diritti non pagati, tenendo conto della necessità di un equilibrato sviluppo economico e sociale nella Comunità"*.

Tale dichiarazione di intenti viene quindi confermata dagli articoli 1 e seguenti della direttiva stessa, che meglio definiscono il campo di sua applicazione, con riferimento ai diritti dei lavoratori subordinati derivanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro ed esistenti nei confronti dei datori di lavoro che si trovano in stato di insolvenza ai sensi dell'art. 2 paragrafo 1.

A tale scopo, sempre nel corpo della direttiva, veniva data peraltro facoltà agli Stati membri di adottare misure per limitare l'obbligo di pagamento degli organismi di garanzia così costituiti (art.4), al fine di evitare l'esborso di somme non necessitate dal fine sociale della direttiva.

Sul punto una recente pronuncia della Corte Europea (4 marzo 2004), chiamata in via pregiudiziale a pronunciarsi proprio in ordine alla corretta interpretazione degli art. 3 n. 1, e 4 n.3, primo comma Direttiva 987/80/Cee, ha ritenuto che essa *“non autorizza i singoli Stati membri a limitare l'obbligo di pagamento degli organismi di garanzia ad una somma che copre i bisogni primari dei lavoratori interessati e da cui sarebbero sottratti i pagamenti versati dal datore di lavoro durante il periodo coperto dalla garanzia”* riconoscendo nel fine sociale su richiamato, l'intento di “garantire a tutti i lavoratori una tutela comunitaria minima in caso di insolvenza del datore di lavoro”.

Anche questa pronuncia, pur nella sua portata garantista, risponde alla medesima ratio di tutela del soggetto debole.

Le recentissime pronunce di Cassazione, ammettendo invece anche società finanziarie ad escutere legittimamente il credito per tfr dalle casse del Fondo di garanzia, giunge ad estendere le maglie di una tutela fortemente garantista dei diritti dei lavoratori a soggetti che di per sé non necessiterebbero di tali forme di garanzia in quanto, pacificamente, non annoverabili tra i soggetti deboli.

Lo stesso richiamo effettuato dall'Inps nelle proprie difese al dettato dell'art. 2 comma 8 legge 297/82 circa il vincolo di utilizzo delle risorse destinate al Fondo di garanzia avvalorata, a ben vedere, la tesi contrastata dalla Corte.

Infatti, se le finalità istituzionali del Fondo sono un ‘vincolo di destinazione’ delle somme ivi afferenti, ciò non esclude che si possa circoscrivere la schiera di soggetti legittimati a valersene in armonia con l'intento garantista dell'istituto.

L'estensione dei soggetti destinatari della più ampia garanzia offerta dal Fondo collide, peraltro, con le sempre più avvertite necessità di razionalizzazione della spesa pubblica, nella misura in cui troveranno sicuro soddisfacimento presso le casse dell'INPS, tutti coloro, che a qualsiasi titolo risultino cessionari, a titolo oneroso, di crediti per tfr.

Sarebbe quindi forse maggiormente auspicabile una interpretazione del disposto comunitario che, pur in linea con le recenti innovazioni normative in tema di previdenza complementare (che, come è noto, hanno attribuito al lavoratore la libertà di scelta circa la destinazione da imprimere al proprio tfr consacrando ulteriormente la sua libera circolazione alla stregua di crediti comuni) tenga conto della specificità dei soggetti coinvolti per la cui tutela ha trovato attuazione l'istituto in parola.

Francesca Mastrorilli
Avvocato INPS

CORTE COSTITUZIONALE
Sentenza

Pensioni - Assegno sociale - Reddito rilevante ai fini della concessione - Cumulo dei redditi coniugali - Computo della rendita INAIL percepita dal coniuge inabile - Questione infondata di costituzionalità.

Corte Costituzionale - Sentenza 27.06. 2008, n. 233 - Pres. Bile - Rel. Amirante.

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 6, della legge 8 agosto 1995, n. 335 (Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare), sollevata in riferimento agli articoli 3 e 38 della Costituzione, nella parte in cui stabilisce che per la determinazione del limite di reddito rilevante ai fini della concessione dell'assegno sociale si deve tenere conto anche della rendita INAIL del coniuge del beneficiario.

FATTO — 1. — La Corte d'appello di Torino, sezione lavoro, con ordinanza del 6 dicembre 2006, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 38 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 6, della legge 8 agosto 1995, n. 335 (Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare), nella parte in cui stabilisce che, per la determinazione del limite di reddito rilevante ai fini della concessione dell'assegno sociale, si deve tenere conto anche della rendita INAIL del coniuge del beneficiario.

La questione è sorta nell'ambito del giudizio di appello avverso la sentenza del Tribunale di Ivrea che aveva respinto il ricorso di G.C. volto ad ottenere l'accertamento del proprio diritto alla percezione dell'assegno sociale, la condanna dell'INPS al ripristino della corresponsione della provvidenza - sospesa in conseguenza del superamento del prescritto limite di reddito, dovuto al computo della rendita INAIL percepita dal coniuge della ricorrente - e la declaratoria di infondatezza della pretesa dell'Istituto di restituzione di quanto, al suddetto titolo, percepito.

La Corte remittente riferisce che il giudice di primo grado è pervenuto alla suddetta decisione sul rilievo per cui, dalla lettura della disposizione in oggetto, si desume che il legislatore ha accolto una nozione di reddito rilevante molto ampia (comprensiva anche dei redditi esenti da imposte) ed ha specificato, in modo tassativo, le entrate escluse dal computo, sicché la rendita INAIL, non essendo stata esclusa, non può non essere conteggiata ai suddetti fini.

Tale interpretazione, che trova riscontro anche nella successiva sentenza della Corte di cassazione 2 febbraio 2006, n. 2312, è condivisa dal giudice *a quo* che, sulla base di essa, solleva la questione, precisando, quanto alla rilevanza, che l'accoglimento

dell'appello dipende esclusivamente dall'eventuale esclusione della rendita INAIL del coniuge dell'appellante dai redditi rilevanti per la concessione della provvidenza di cui si discute, non essendo in contestazione il fatto che, senza considerare tale entrata, il limite reddituale stabilito dalla legge non sia stato superato.

Quanto al merito della questione, la Corte remittente sostiene che la disposizione censurata si pone in contrasto con l'art. 3 Cost. poiché, a parità di risorse patrimoniali e di grado di inabilità, riserva un trattamento peggiore al titolare di rendita INAIL con moglie a carico rispetto al titolare della suddetta rendita senza moglie a carico, essendo il primo obbligato a destinare al mantenimento del coniuge risorse che il secondo può, invece, riservare alla funzione, prevista dalla legge, di compensare il proprio stato di inabilità al lavoro.

Ciò comporterebbe anche la violazione dell'art. 38 Cost., dato che, conseguentemente, la rendita in argomento non sarebbe più utilizzata, almeno in parte, per fornire al soggetto inabile al lavoro i mezzi necessari per vivere.

Gli invocati parametri sarebbero anche violati sotto altro profilo e, cioè, perché verrebbe riservato al soggetto che si trova nelle condizioni di aspirare ad ottenere l'assegno sociale, il cui coniuge sia titolare di rendita INAIL in quanto inabile al lavoro (quale è l'attuale appellante), un trattamento penalizzante rispetto all'aspirante all'assegno sociale con il medesimo livello di reddito il cui coniuge non percepisca la suddetta rendita, non essendo invalido.

2. — Nel giudizio davanti alla Corte si è costituito INPS, concludendo per l'inammissibilità e l'infondatezza della questione.

L'Istituto osserva che il legislatore, nel fissare per l'assegno sociale un presupposto reddituale di carattere generale e tendenzialmente comprensivo di ogni entrata, ha inteso attribuire alla suddetta provvidenza una specifica funzione di contrasto della situazione di indigenza dei cittadini ultrasessantacinquenni, accentuando l'analoga connotazione della pensione sociale. Anche per l'attribuzione di tale pensione era prevista, ai fini del requisito reddituale, la computabilità delle "rendite o prestazioni economiche previdenziali ed assistenziali [...] erogate con carattere di continuità dallo Stato o da altri enti pubblici o da Stati esteri". Tra queste prestazioni erano comprese anche le pensioni di guerra e questa Corte ha dichiarato l'infondatezza della relativa questione di legittimità costituzionale. È stata, inoltre, dichiarata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della disposizione che vietava il cumulo della pensione sociale con la rendita INAIL. In tutte queste occasioni è stato posto l'accento soprattutto sulla natura assistenziale della pensione sociale, evidenziata dal fatto di essere posta a carico dello Stato, e si è, inoltre, sottolineato che compete al legislatore, nell'ambito della propria discrezionalità, l'individuazione del relativo requisito reddituale e che, comunque, la percezione di rendite o prestazioni economiche previdenziali ed assistenziali rappresenta un elemento valido a differenziare, non irragionevolmente, chi ne beneficia rispetto a chi non può giovarsene e, quindi, a parità di altre condizioni, risulta maggiormente meritevole dell'intervento assistenziale. Questi stessi argomenti, validi anche per l'assegno sociale, inducono a ritenere la presente questione - secondo l'INPS - inammissibile o infondata, in considerazione del fatto che le censure della Corte di appello remittente, sia pure formulate in modo originale e suggestivo, non prospettano argomenti nuovi rispetto a quelli già esaminati.

3. — È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che, ugualmente, ha chiesto la dichiarazione di inammissibilità e/o di non fondatezza della questione.

L'interveniente sostiene, anzitutto, che la questione è stata formulata in termini generici, in quanto il remittente non ha specificato se ha inteso invocare il primo o il secondo comma dell'art. 38 Cost. e le due suddette norme costituzionali sono "totalmente diverse e autonome tra loro".

Comunque, anche qualora il riferimento si intendesse effettuato al secondo comma dell'art. 38 Cost., la questione dovrebbe essere dichiarata infondata sulla base della giurisprudenza di questa Corte che ha esaminato la normativa secondo la quale la pensione di guerra é da computare ai fini della pensione sociale.

Anche i profili di censura riferiti al principio di uguaglianza sarebbero da considerare privi di fondamento, data la diversità delle situazioni poste a confronto.

Né, infine, si dovrebbe omettere di considerare che la disposizione di cui si discute è contenuta nella legge n. 335 del 1995 di riforma del sistema pensionistico la quale, come sottolineato anche dalla giurisprudenza costituzionale, si caratterizza, innanzitutto, per i dichiarati obiettivi di contenimento della spesa previdenziale.

DIRITTO — 1. — La Corte è chiamata a scrutinare, in riferimento agli artt. 3 e 38 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 6, della legge 8 agosto 1995, n. 335 (Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare).

Secondo la Corte di appello di Torino - davanti alla quale pende un giudizio per l'accertamento del diritto all'assegno sociale di una ultrasessantacinquenne la cui domanda in primo grado è stata rigettata per difetto del requisito reddituale in quanto, computando la rendita INAIL percepita dal marito della ricorrente, veniva superato il limite di legge - la disposizione impugnata contrasta con i parametri costituzionali evocati per diverse ragioni.

Il giudice *a quo* premette che la disposizione impugnata è suscettibile soltanto dell'interpretazione fornita dal giudice di primo grado, di recente condivisa dalla Corte di cassazione, secondo la quale la rendita INAIL, non essendo compresa nel tassativo elenco dei redditi esclusi dal computo, deve essere considerata nella determinazione del reddito.

La rilevanza della questione è motivata dalla circostanza che soltanto quello reddituale è il requisito mancante e ciò è dovuto all'inclusione della rendita INAIL del coniuge della ricorrente.

Secondo la Corte remittente la suddetta inclusione comporta che la rendita INAIL, almeno in parte, sia distolta dalla funzione - conforme ai precetti dell'art. 38 Cost. - di compensare lo stato di inabilità al lavoro del soggetto che abbia subito un infortunio sul lavoro o abbia contratto una malattia professionale e, pertanto, contrasta con i suddetti precetti. Inoltre, la disposizione in oggetto viene censurata anche per violazione dell'art. 3 Cost., in ragione della discriminazione che determina ai danni dei fruitori della rendita INAIL con coniuge a carico rispetto ai titolari della suddetta prestazione che non si trovano in tale situazione e, di converso, tra gli aspiranti all'assegno sociale, a seconda che il coniuge sia o meno titolare della prestazione medesima.

2. — La motivazione sulla interpretazione della norma censurata e sulla rilevanza non è implausibile.

Si deve, inoltre, osservare, sempre ai fini dell'ammissibilità della questione, che, valutando l'ordinanza nel suo complesso di motivazione e dispositivo, il prospettato dubbio, sia pure formalmente e letteralmente diretto all'intero comma 6 dell'art. 3 della legge n. 335 del 1995, in realtà va circoscritto ad una delle norme da esso desumibili, e, cioè, a quella concernente i requisiti reddituali e, specificamente, la ricomprensione, tra le entrate da computare, anche della rendita INAIL del coniuge dell'interessato.

In particolare, nessuna doglianza viene mossa alla regola generale, la quale, ai fini della determinazione del requisito reddituale per l'attribuzione della prestazione assistenziale in argomento, stabilisce che, in caso di soggetto coniugato, è al reddito coniugale che occorre far riferimento.

3. — Individuati, in tal modo, i termini della questione, essa va dichiarata non fondata.

È opportuno premettere che la disposizione attualmente censurata è stata già oggetto di scrutinio alla stregua degli stessi parametri, anche se in riferimento al limite di reddito individuale dei soggetti divenuti invalidi dopo il compimento del sessantacinquesimo anno di età.

La questione fu ritenuta non fondata con la sentenza n. 400 del 1999.

In quell'occasione la Corte rilevò, anzitutto, che non era pertinente il richiamo alla sentenza n. 88 del 1992 (1) - con la quale era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale "dell'art. 26 della legge 30 aprile 1969, n. 153, [...] come modificato dall'art. 3 del decreto-legge 2 marzo 1974, n. 30, convertito nella legge 16 aprile 1974, n. 114 e dall'art. 3 della legge 3 giugno 1975, n. 160, nella parte in cui, nell'indicare il limite di reddito cumulato con quello del coniuge, ostativo al conseguimento della pensione sociale, non prevede un meccanismo differenziato di determinazione per gli ultrasessantacinquenni divenuti invalidi" - in quanto nella fattispecie all'origine del giudizio e della questione di costituzionalità venivano in rilievo considerazioni non attinenti al reddito cumulato, ma altre pertinenti ed ancor valide nel caso in esame.

In particolare, si sottolineò che, ad impedire di estendere all'assegno sociale le valutazioni della sentenza n. 88 del 1992, era - più ancora che l'attinenza delle stesse al limite di reddito cumulato - il quadro complessivo della riforma in cui s'inseriva la nuova prestazione assistenziale, prevista dall'ordinamento per coloro che versano in situazione di indigenza. Riforma, operata con la legge n. 335 del 1995 in attuazione dell'art. 38 Cost, caratterizzata, innanzitutto, dai dichiarati obiettivi di contenimento della spesa previdenziale, oggetto di un bilanciamento in parte discrezionalmente effettuato dal legislatore del 1995 e in parte demandato a provvedimenti delegati (si veda il punto 5 del *Considerato in diritto*).

A siffatte considerazioni si può aggiungere che le argomentazioni dell'attuale remittente si fondano sull'implicito presupposto per cui la rendita INAIL non può che essere integralmente destinata ai bisogni personali dell'inabile e, più in particolare, a quelli che l'inabilità provoca, e che tale specifica destinazione è oggetto di garanzia costituzionale.

Ma tale assunto non può essere condiviso.

La rendita INAIL trova il proprio fondamento in particolari fattispecie e nei biso-

gni da queste sorti per l'inabilità al lavoro derivatane (si veda, per tutte la sentenza n. 297 del 1999); in seguito, però, come le altre prestazioni previdenziali, può avere la destinazione che il titolare vuole o deve darle, anche in adempimento di doveri familiari, a seconda della concreta situazione che, in presenza di una condizione di non inabilità, sarebbero soddisfatti con i corrispettivi dell'attività lavorativa.

Del resto, in più occasioni questa Corte ha affermato che il legislatore - sul presupposto che "a determinati e comuni bisogni di vita possa essere data soddisfazione con le risorse del coniuge, nel contesto della solidarietà familiare" - può, nel prevedere interventi di tipo previdenziale o assistenziale, far riferimento ai redditi del coniuge dell'interessato, purché l'importo dei redditi cumulati preso in considerazione ai fini dell'esclusione sia adeguatamente superiore a quello dei redditi propri del soggetto (sentenze n. 127 del 1997 (2) e n. 395 del 1999, nonché ordinanza n. 204 del 1998). E ciò accade nel caso di specie, visto che l'art. 3, comma 6, di cui si discute, stabilisce che "se il soggetto possiede redditi propri l'assegno è attribuito in misura ridotta fino alla concorrenza" dell'importo stabilito, se il soggetto non è coniugato, "ovvero fino al doppio del predetto importo", nel caso di soggetto coniugato.

Va, inoltre, ribadito che compete al legislatore, nell'ambito della propria discrezionalità, determinare i requisiti reddituali che condizionano l'erogazione della prestazioni economiche assistenziali e previdenziali e che, soprattutto sul versante delle misure assistenziali, è auspicabile "il miglioramento e la razionalizzazione del sistema, al fine di rendere più efficace la tutela dei diritti di cui all'art. 38 Cost." (ordinanza n.98 del 2002).

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1992, p. 435

(2) *Idem*, 1997, p. 448

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Civili

Pensioni - Pensione in regime internazionale - Perequazione ai sensi dell'art 10, l. n. 160 del 1975 - Condizione del superamento del trattamento minimo - Somma di pro-rata italiano e pro-rata estero - Rilevanza del pro-rata estero - Condizioni - Maturazione del relativo diritto - Necessità.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 11.06.2008, n. 15515 - Pres. Mattone - Rel. La Terza - PM Destro (diff.) - INPS (Avv. ti Riccio, Valente, Preden) - B.M. (Avv. Faggiani).

Ai fini della perequazione automatica - di cui all'art. 10 l. n. 160 del 1975 - delle pensioni erogate in regime di pro-rata internazionale, per verificare la realizzazione della condizione del superamento del trattamento minimo occorre sommare al pro rata italiano il pro-rata estero, ma solo ove questo sia già maturato, restando per converso escluso che, ai fini della perequazione in favore del pensionato titolare di pro-rata italiano inferiore al trattamento minimo, la contribuzione estera possa rilevare prima che sussistano le condizioni previste dallo Stato straniero per la maturazione della pensione in pro-rata.

FATTO — Con la sentenza in epigrafe indicata la Corte d'appello di Trento, sezione distaccata di Bolzano, confermando la statuizione resa dal locale Tribunale accoglieva la domanda proposta da K. M. nei confronti dell'Inps intesa ad ottenere la perequazione automatica della pensione del dante causa ai sensi dell'art. 10 della legge n. 160 del 1975, a partire dal primo gennaio 1976, e non già dal primo gennaio 1978, fondando il diritto sul fatto che la sua pensione doveva considerarsi superiore al minimo, in quanto andava sommata al pro rata austriaco, ancorché questo fosse stato materialmente erogato dall'Ente previdenziale straniero solo in data successiva, e cioè dal primo gennaio 1978. La Corte territoriale, sulla scorta della giurisprudenza di legittimità, affermava che - ai fini del superamento del minimo per il diritto alla perequazione richiesta - al pro rata italiano va sommato il pro rata straniero, anche se questo non sia ancora maturato e non già solo nei casi in cui questo si sia maturato e ne sia stata solo ritardata l'erogazione.

Avverso detta sentenza l'Inps propone ricorso con un motivo.

Resiste la pensionata con controricorso.

DIRITTO — L'Istituto ricorrente, denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 10 della legge 3.6.1975, n. 160 e dell'art. 112 cod. proc. civ., sostiene che il pre-

detto art. 10 dispone che a decorrere dal 1.1.1976 e con effetto dal 1° gennaio di ciascun anno, gli importi delle pensioni, superiori ai trattamenti minimi, a carico del fondo pensioni dei lavoratori dipendenti della gestione e del fondo di cui all'art. 1, sono aumentati in misura percentuale pari alla differenza tra la variazione percentuale di cui al primo comma del precedente art. 9 e la variazione percentuale dell'indice del costo della vita calcolato dall'Istituto centrale di statistica ai fini della scala mobile delle retribuzioni dei lavoratori dell'industria ai sensi dell'art. 19 della legge 30.4.1969, n. 153.

La perequazione automatica prevista dalla citata norma compete anche a colui che "fruisce" di pensione superiore al minimo per effetto della somma della quota italiana col pro-rata corrisposto da Istituto assicuratore estero," tuttavia, ad avviso del ricorrente la decorrenza del beneficio richiesto non poteva collocarsi prima del primo gennaio 1978, poiché solo a questa data, si era maturato il diritto e vi era stata la concreta erogazione del pro rata austriaco, e quindi solo da quella data, in conseguenza della somma dei due pro-rata (italiano e austriaco), il trattamento di pensione aveva superato il minimo.

Il ricorso merita accoglimento.

Non vi è dubbio che il regolamento comunitario 1408 del 1971 e successive modifiche preveda l'adozione di un sistema che consente di assicurare ai lavoratori migranti "il cumulo di tutti i periodi presi in considerazione dalle varie legislazioni nazionali, sia per il sorgere e la conservazione del diritto alle prestazioni, sia per il calcolo di queste", pertanto la regola del conteggio di tutti i contributi versati, o comunque attribuiti dalla legislazione di uno stato membro, al fine di determinare il diritto alle prestazioni da parte di altro stato membro, rappresenta un principio fondamentale, insuscettibile di deroga.

1. — Tuttavia, contrariamente a quanto affermato con sentenze di questa Corte 11471 del 2002 e 1001/2003, questo principio non rileva nel caso di specie, in cui il diritto al cumulo non è in contestazione, posto che, essendosi sommata tutta la anzianità assicurativa proprio in base a questo, era già stata erogata una pensione italiana in pro rata e sarebbe stata successivamente erogata la pensione austriaca, anch'essa in pro rata. Il problema concernente la presente causa è di accertare se, al primo gennaio 1976, la pensione italiana in godimento dal coniuge della controricorrente fosse o non superiore al minimo, in quanto, solo in caso di superamento del minimo, l'interessato avrebbe avuto diritto alla perequazione di cui all'art. 10 della legge 160/75. A quella data invero, come risulta dalla sentenza impugnata, il pro rata austriaco non veniva ancora erogato (fu erogato solo dal primo gennaio 1978), né era dovuto, in quanto non erano ancora perfezionati i requisiti al cui conseguimento, secondo la legislazione austriaca, la pensione veniva a maturazione. Il diritto alla pensione austriaca pertanto, alla data del primo gennaio 1976, non era ancora sorto, e quindi non si trattava di mero ritardo da parte dello Stato estero, al suo concreto pagamento.

Se tale è la fattispecie, non può che escludersi ogni effetto del pro rata austriaco: al primo gennaio 1976 si era in presenza, **di fatto e di diritto**, di un unico pro rata italiano, inferiore al minimo e quindi non ci si poteva giovare del meccanismo perequativo che, secondo l'art. 10 della legge 160/75, opera solo per le pensioni superiori al minimo. Pertanto, se il diritto non sussisteva, non può invocarsi il principio per cui il ritardo nell'erogazione in concreto del beneficio pensionistico non può andare a danno

dell'assistito, il quale ha diritto, in ogni caso e ad ogni effetto, a veder ricostruita la propria posizione, con gli eventuali vantaggi riflessi, come se il pagamento avesse avuto luogo a tempo debito.

2. — La questione del cumulo dei contributi è quindi estranea alla fattispecie, né può farsi riferimento al cumulo virtuale, ovvero ad un conteggio effettuato sulla base di tutti i contributi versati, perché il cumulo sicuramente vale, ma lo stesso non può far sì che le due pensioni, acquisite con il cumulo, decorrano prima che sussistano le condizioni previste da ciascuno stato membro per la loro maturazione.

3. — Il ricorso dell'Inps va quindi accolto, la sentenza impugnata va cassata e, non essendovi necessità di accertamenti all'esito del principio enunciato, la causa va decisa nel merito ex art. 384 cod. proc. civ. con il rigetto della domanda di cui al ricorso introduttivo, non sussistendo il diritto alla perequazione richiesta per non essere la pensione del dante causa superiore al minimo, come prescritto dall'art. 10 legge n. 160 del 1975.

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 D.L. 30 settembre 2003 n. 326, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 326.

(Omissis)

Previdenza (Assicurazioni Sociali) - Contributi assicurativi - Soggetti obbligati - In genere - Classificazione dei datori di lavoro - Art. 3 comma 8, della legge n. 335 del 1995 - Omessa comunicazione dei mutamenti intervenuti nell'attività aziendale - Equiparabilità all'ipotesi di inesatte dichiarazioni - Sussistenza - Fondamento.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 23.05.2008, n. 13383 - Pres. Rel. De Luca - P.M. (Sepe) - V. S.n.c. (Avv. Boer) - INPS (Avv.ti Maritato, Correrà, Coretti, Sgroi).

In materia di classificazione dei datori di lavoro ai fini previdenziali e ai fini dell'applicabilità dell'art. 3, comma ottavo, della legge n. 335 del 1995 - che fissa la regola che gli effetti della variazione della classificazione si producono dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento, con la sola eccezione, con conseguente retroattività degli effetti della variazione, dell'ipotesi in cui l'inquadramento iniziale sia stato determinato da inesatte dichiarazioni del datore di lavoro - l'omessa comunicazione dei mutamenti intervenuti nell'attività svolta dall'azienda, la quale, per effetto delle scelte operate dall'imprenditore, assume caratteristiche tali da comportare una diversa classificazione ai

fini previdenziali, è da equiparare all'ipotesi delle dichiarazioni inesatte, giacché, alla stregua della comune "ratio" di assicurare la corrispondenza della classificazione, a fini previdenziali, all'effettiva attività dei datori di lavoro, anche in caso di omessa comunicazione - rispetto al quale la sanzione amministrativa comminata dall'art. 2 del d.l. n. 362 del 1978 (convertito, con modificazioni, nella legge n. 467 del 1978) ribadisce, per un verso, l'obbligo della comunicazione e, per altro verso, non esaurisce gli effetti dell'omissione stessa - si realizza, sia pure in un momento successivo, una discrasia tra l'effettività della situazione e le dichiarazioni sulle quali la classificazione iniziale era fondata.

FATTO — Con la sentenza ora denunciata, la Corte d'appello di Firenze - in parziale riforma della sentenza del Tribunale della stessa sede - accoglieva la domanda, proposta dalla società ora resistente contro l'INPS, per ottenere - previo accertamento negativo della natura subordinata di alcuni rapporti di lavoro intercorsi con la stessa società - la ripetizione di contributi previdenziali - che risultano, di conseguenza, indebitamente versati - in base, essenzialmente, ai rilievi seguenti:

"l'INPS non ha fornito (...) alcun reale elemento di prova per dimostrare che, nella specie, si sia trattato di prestazioni di lavoro subordinato ex art. 2094 cod. civ., con soggezione dei prestatori alle direttive imprenditoriali ed al connesso potere disciplinare" infatti "non vi é alcuna prova per affermare che i lavoratori (...) abbiano mai svolto le loro mansioni (assai genericamente allegate dall'INPS) sotto un qualsiasi tipo di controllo del datore o seguendone, comunque, le indicazioni circa i modi e i tempi di esecuzione".

Con la stessa sentenza - parimenti in riforma della sentenza di primo grado - la Corte d'appello accoglieva, altresì, la domanda della società ora resistente diretta ad ottenere - previo accertamento che la variazione della propria classificazione, a fini previdenziali (da impresa artigiana a impresa industriale), produce effetti (ai sensi dell'art 3, comma 8, legge 8 agosto 1995, n. 335) "dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento di variazione" (nella specie dal 19 febbraio 2001), e non già dalla data precedente (settembre 1999) di cancellazione della società dall'albo delle imprese artigiane (come preteso dall'INPS) - la ripetizione delle differenze contributive - che risultavano, di conseguenza, indebitamente versate (in epoca anteriore al 19 febbraio 2001, appunto) - essenzialmente in base al rilievo che il provvedimento di cancellazione (dall'albo delle imprese artigiane, appunto) non risultava notificato alla società.

Avverso la sentenza d'appello, l'INPS propone ricorso per Cassazione, affidato a due motivi.

La società intimata resiste con controricorso.

DIRITTO — 1.1. — Con il primo motivo di ricorso - denunciando (ai sensi dell'articolo 360, n. 3, c.p.c.) violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 2697 c.c.) - l'INPS censura la sentenza impugnata per avere ritenuto - in contrasto con la

giurisprudenza di questa Corte che grava sull'Istituto ricorrente - nel caso di azione esercitata, nei suoi confronti, per ottenere, previo accertamento negativo della natura subordinata di alcuni rapporti di lavoro intercorsi con l'attore in ripetizione (quale, nella specie, la società ora resistente), la ripetizione di contributi previdenziali che risultavano, di conseguenza, indebitamente versati - l'onere della prova, circa la natura subordinata degli stessi rapporti.

Il primo motivo di ricorso è fondato.

1.2. — Invero il principio generale in tema di *riparto dell'onere probatorio* (articolo 2697 c.c.) - laddove impone (primo comma), a *chi vuole fare valere un diritto in giudizio*, l'onere di provare i *fatti che ne costituiscono il fondamento* - non subisce deroga quando ne formino oggetto *fatti costitutivi negativi* - secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedine, per tutte, le sentenze n. 384, 3374, 18480/2007; 12963/2005; 23229/2004 (1), con riferimento a fattispecie identica a quella dedotta in questo giudizio) - ancorché l'onere possa, in tale caso, essere assolto mediante dimostrazione del *fatto positivo contrario* oltre che - ovviamente - mediante la prova - anche *presuntiva* - dello stesso *fatto negativo*.

Alla luce dello stesso principio (articolo 2697, primo comma, c.c.), la inesistenza della *causa debendi* concorre ad integrare la fattispecie costitutiva - dell'azione di *ripetizione di indebito oggettivo* (art. 2033 c.c.) - e, di conseguenza, l'onere di darne la prova - secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedine, per tutte, le sentenze n. 13113/2007 e 5896/2006, con riferimento a fattispecie identica a quella dedotta in questo giudizio; 17146/2003; 11029/2000) - incombe sull'attore in ripetizione.

Coerentemente, chi agisce nei confronti di ente previdenziale, come nella specie, per ottenere - previo accertamento negativo della *natura subordinata* di rapporti di lavoro con lui intercorsi - la ripetizione di contributi previdenziali - che risultano, di conseguenza, indebitamente versati - ha l'onere di provare il *fatto negativo* - quale, appunto, la negazione della *natura subordinata* degli stessi rapporti di lavoro - sul quale riposa la inesistenza della *causa debendi*, che concorre ad integrare - per quanto si è detto - la fattispecie costitutiva dell'azione di *ripetizione di indebito oggettivo* (art. 2033 c.c.).

1.3. — L'onere della prova - che incombe, per quanto si è detto, su *chi vuole fare valere un diritto in giudizio* - è limitato, tuttavia, ai *fatti* - che ne costituiscono il fondamento - mentre non riguarda la loro *qualificazione giuridica*, che resta, infatti, affidata al giudice (sul punto, vedi, per tutte, Cass. n. 2221/84, 9967/97, 15820/2001).

Peraltro il prospettato principio generale in tema di *riparto dell'onere probatorio* (articolo 2697 c.c.) deve essere coordinato - in ogni caso - con il *principio di acquisizione*, che trova positivo riscontro - in alcune disposizioni del codice di rito (quale, ad esempio, l'articolo 245, secondo comma, c.p.c.) - nonché *pregnante fondamento* nella *costituzionalizzazione* (articolo 111 della costituzione) del principio del *giusto processo* (sul punto, vedi Cass., sez. unite, n. 28498/2005).

Infatti le risultanze istruttorie - comunque *acquisite* al processo e quale che sia la parte ad iniziativa (o ad istanza) della quale si siano formate - concorrono tutte - in forza del *principio di acquisizione*, appunto - alla formazione del *convincimento del giudice* (sul punto, oltre Cass., sez. unite, n. 28498/2005, cit, vedi per tutte, Cass. n.

8951, 2285/2006).

Di conseguenza, il prospettato principio generale in tema di *riparto dell'onere probatorio* (articolo 2697 c.c.) - in dipendenza del coordinamento con il *principio di acquisizione* - si risolve - sostanzialmente - in *regola formale di giudizio*, fondata, appunto, sull'onere *della prova*.

In altri termini, la soccombenza dell'attore consegue - alla inottemperanza dell'onere probatorio a suo carico (ai sensi dell'articolo 2697, primo comma, c.c.) - soltanto nella ipotesi in cui le risultanze istruttorie - comunque *acquisite* al processo, appunto, e quale che sia la parte ad iniziativa (o ad istanza) della quale si siano formate - non siano sufficienti per provare i *fatti - che costituiscono il fondamento* - del diritto, che intende fare valere in giudizio.

1.4. — Alla luce dei principi di diritto enunciati, la sentenza merita le censure - che le vengono mosse con il primo motivo di ricorso - laddove accoglie la domanda, proposta dalla società ora resistente contro l'INPS, per ottenere - previo accertamento negativo della natura subordinata di alcuni rapporti di lavoro intercorsi con la stessa società - la ripetizione di contributi previdenziali - che risultano, di conseguenza, indebitamente versati - in base, essenzialmente, ai rilievi seguenti:

"l'INPS non ha fornito (...) alcun reale elemento di prova per dimostrare che, nella specie, si sia trattato di prestazioni di lavoro subordinato ex art. 2094 cod. civ. con soggezione dei prestatori alle direttive imprenditoriali ed al connesso potere disciplinare"; infatti "non vi è alcuna prova per affermare che i lavoratori (...) abbiano mai svolto le loro mansioni (assai genericamente allegate dall'INPS) sotto un qualsiasi tipo di controllo del datore o seguendone, comunque, le indicazioni circa i modi e i tempi di esecuzione".

Infatti, grava sull'attore in ripetizione - per quanto si è detto - l'onere di provare il *fatto negativo* - quale, nella specie, la negazione della *natura subordinata* dei dedotti rapporti di lavoro - sul quale riposa la inesistenza della *causa debendi*, che concorre ad integrare la fattispecie costitutiva, appunto, dell'azione di *ripetizione di indebito oggettivo* (art 2033 c.c.).

Né soccorre, nella specie, il *principio di acquisizione*.

Infatti le risultanze istruttorie - comunque *acquisite* al processo - non sembrano, nella specie, ritenute sufficienti per escludere - ma soltanto insufficienti per dimostrare - la *natura subordinata* di quei rapporti di lavoro.

Tanto basta per accogliere - perché fondato - il primo motivo di ricorso.

Parimenti fondato risulta, tuttavia, anche il secondo motivo.

2.1. — Con il secondo motivo - denunciando (ai sensi dell'articolo 360, n. 3, c.p.c.) violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 3, comma 8, della legge 8 agosto 1995, n. 335) - l'Istituto ricorrente censura la sentenza impugnata - per avere ritenuto che la *variazione* della classificazione, a fini previdenziali, della società ora resistente (da impresa artigiana a impresa industriale) produce effetti (ai sensi dell'art. 3, comma 8, legge 8 agosto 1995, n. 335) *"dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento di variazione"* (nella specie dal 19 febbraio 2001), e non già dalla data precedente (settembre 1999) di cancellazione della stessa società dall'albo delle imprese artigiane - sebbene inducesse ad opposta decisione il rilievo che è *riconducibile* - alle *inesatte dichiarazioni del datore di*

lavoro, che ne determinano l'*inquadramento iniziale* (ai sensi dell'art. 3, comma 8, legge 8 agosto 1995, n. 335, cit.) - il *comportamento reticente* della società circa le *variazioni* sopravvenute, che ne hanno determinato la cancellazione (dall'albo delle imprese artigiane; appunto) e, con essa, la *variazione* della classificazione a fini previdenziali.

Come è stato anticipato, anche il secondo motivo di ricorso risulta fondato,

2.2. — Invero la disposizione (articolo 3, comma 8, della legge 8 agosto 1995, n. 335, *Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare*) - che disciplina la dedotta fattispecie - sancisce testualmente:

"i provvedimenti adottati d'ufficio dall'INPS di variazione della classificazione dei datori di lavoro ai fini previdenziali, con il conseguente trasferimento nel settore economico corrispondente alla effettiva attività svolta producono effetti dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento di variazione, con esclusione dei casi in cui l'inquadramento iniziale sia stato determinato da inesatte dichiarazioni del datore di lavoro. In caso di variazione disposta a seguito di richiesta dell'azienda, gli effetti del provvedimento decorrono dal periodo di paga in corso alla data della richiesta stessa. Le variazioni di inquadramento adottate con provvedimenti aventi efficacia generale riguardanti intere categorie di datori di lavoro producono effetti, nel rispetto del principio della non retroattività, dalla data fissata dall'INPS. Le disposizioni di cui al primo e secondo periodo del presente comma si applicano anche ai rapporti per i quali, alla data di entrata in vigore della presente legge, pendano controversie non definite con sentenza passata in giudicato".

2.3. — La disposizione in esame - laddove (primo periodo) stabilisce che i provvedimenti di variazione della classificazione dei datori di lavoro a fini previdenziali, adottati dall'INPS di ufficio, *"producono effetti dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento di variazione"* - ha valenza generale - secondo la giurisprudenza, ora consolidata, di questa Corte (vedine la sentenza n. 16875/2005 delle sezioni unite e la successiva giurisprudenza conforme della sezione lavoro: vedine le sentenze n. 9554/2006, 16049/2007) - e, come tale, risulta applicabile a qualsiasi variazione di precedenti inquadramenti, che sia adottata dall'Istituto previdenziale - per assicurare la *corrispondenza* della classificazione, a fini previdenziali appunto, alla *effettiva attività* dei datori di lavoro- indipendentemente dai parametri impiegati (si tratti, cioè, dei nuovi criteri di inquadramento, introdotti dai primi due commi dell'art. 49 della legge n. 88 del 1989, ovvero di quelli applicabili secondo la normativa previgente).

2.4. — La efficacia *ex nunc* delle stesse *variazioni* (*"dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento di variazione"*), prevista contestualmente (dal primo periodo del comma 8 dell'articolo 3 della legge 8 agosto 1995, n. 335, cit., appunto), risulta, all'evidenza, funzionale - anche per quanto riguarda le *variazioni*, disposte a seguito di richiesta dell'azienda, e per quelle *adottate con provvedimenti aventi efficacia generale* (di cui al secondo e terzo periodo dello stesso comma 8 dell'articolo 3 della legge 8 agosto 1995, n. 335, cit.) - allo scopo (*ratio*) di non imporre, ai datori di lavoro, le conseguenze - sul piano contributivo - di eventuali ritardi - imputabili all'ente previdenziale - nell'assicurare, appunto, la *corrispondenza* della classificazione, a fini previdenziali, alla *effettiva attività* degli stessi

datori di lavoro.

2.5. — Del pari coerente con la *ratio* prospettata, risulta, tuttavia, la efficacia *ex tunc* delle stesse *variazioni* (di cui al primo periodo dello stesso comma 8 dell'articolo 3 della legge 8 agosto 1995, n. 335, cit.) nel caso in cui il ritardo - nell'assicurare la corrispondenza della classificazione, a fini previdenziali, alla *effettiva attività* dei datori di lavoro - risulti imputabile, invece, agli stessi datori di lavoro.

Invero la efficacia *ex nunc* - prevista, per quanto si è detto, "*dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento di variazione*" (ai sensi del primo periodo del comma 8 dell'articolo 3 della legge 8 agosto 1995, n. 335, cit.) - risulta derogata dalla contestuale "*esclusione dei casi in cui l'inquadramento iniziale sia stato determinato da inesatte dichiarazioni del datore di lavoro*" (di cui all'ultimo inciso dello stesso periodo).

Tuttavia la prospettata identità della *ratio* impone di estendere (*ubi eadem ratio - infatti - ibi eadem legis dispositivo*) la stessa deroga alla omessa comunicazione, agli enti previdenziali, di variazioni della propria attività, da parte del datore di lavoro, in violazione di obbligo imposto - a pena di sanzione amministrativa (dall'articolo 2 del decreto-legge 6 luglio 1978, n. 362, convertito nella legge 4 agosto 1978, n. 467, *Norme per l'attuazione del collegamento tra le anagrafi delle aziende e per il completamento del casellario centrale dei pensionati*) - al pari dell'obbligo di denuncia iniziale dell'attività (esplicitamente contemplata dall'ultimo inciso del primo periodo del comma 8 dell'articolo 3 della legge 8 agosto 1995, n. 335, cit.).

2.6. — La conclusione raggiunta risulta conforme al *precedente* di questa Corte (sentenza n. 1338 del 1999, anche in motivazione), secondo cui "*il caso dell'azienda, la quale, per effetto delle scelte operate dall'imprenditore, assume caratteristiche tali da comportare una diversa classificazione ai fini previdenziali, è da equiparare all'ipotesi delle dichiarazioni inesatte, atteso che, sia pure in un momento successivo, si realizza discrasia tra l'effettività della situazione e le dichiarazioni, sulle quali la classificazione iniziale era fondata*".

2.7. — Si discosta, invece, da altro precedente (sentenza n. 4521 del 2006, anche in motivazione), secondo cui "*l'omessa comunicazione dei mutamenti intervenuti nell'attività svolta non è assimilabile all'inesatta dichiarazione*" e, peraltro, "*trova una specifica sanzione nell'ordinamento*" (ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge 6 luglio 1978, n. 362, convertito nella legge 4 agosto 1978, n. 467, cit., appunto).

Più di una ragione soccorre, tuttavia, a sorreggere il dissenso.

Intanto il rilievo esclusivo - che il *precedente* in esame (sentenza n. 4521 del 2006, cit.) attribuisce al tenore letterale (dell'ultimo inciso del primo periodo del comma 8 dell'articolo 3 della legge 8 agosto 1995, n. 335, cit.) - ne trascura, all'evidenza, la *ratio* prospettata.

Lo stesso *precedente*, inoltre, perviene alla conclusione - che non pare *ragionevole* - di riservare un trattamento diverso a *discrasie* - tra classificazione, a fini previdenziali, ed *effettiva attività* dei datori di lavoro - che risultano, parimenti, imputabili ad azione oppure ad omissione degli stessi datori di lavoro.

Al contrario, la soluzione della medesima questione - che la Corte, per quanto si è detto, intende condividere - non solo risulta coerente con la prospettata *ratio* della disposizione in esame (di cui all'ultimo inciso del primo periodo del comma 8 dell'arti-

colo 3 della legge 8 agosto 1995, n. 335, cit.), ma pare imposta, altresì, dalla *interpretazione costituzionalmente orientata* - se non, proprio, *adeguatrice* (parimenti in relazione al *principio di uguaglianza*, anche sotto il profilo della *ragionevolezza*, di cui all'articolo 3 della costituzione: vedi, per tutte, le recenti Corte cost. n. 345, 249, 237, 26, 3 (2) del 2007) - della disposizione medesima.

Peraltro la sanzione amministrativa comminata (dall'articolo 2 del decreto-legge 6 luglio 1978, n. 362, convertito nella legge 4 agosto 1978, n. 467, cit. appunto) - per l'omessa comunicazione, agli enti previdenziali, di *variazioni* della propria attività, da parte del datore di lavoro - non esaurisce, da un lato, gli *effetti* della stessa omissione - contrariamente a quanto sembra pretendere la tesi qui disattesa - e, soprattutto, ribadisce, dall'altro, l'obbligo della comunicazione, nella specie, omessa.

2.8. — Né può essere trascurato - in considerazione delle specifiche peculiarità della fattispecie dedotta nel presente giudizio - che la cancellazione - dall'albo provinciale delle imprese artigiane - non ha la *efficacia costitutiva* della iscrizione, ma *efficacia dichiarativa* - secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedine, per tutte, le sentenze n. 7991/94; 2128, 3376, 18200/2003; 17790/2006) - con la conseguenza che produce effetto, non già dalla data in cui la cancellazione sia stata disposta, ma da quella in cui sono venute meno le *condizioni necessarie per l'iscrizione* (vedi, in particolare, Cass. n. 3376/2003, cit).

Parimenti non può essere trascurato che la stessa cancellazione - dall'albo provinciale delle imprese artigiane - ha *efficacia vincolante* ai fini previdenziali ed assistenziali - secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedine, per tutte, le sentenze n. 12322/99 (3); 7163/2001; 9174/2003; 17790/2006, cit.) - in ordine al venir meno, appunto, delle *condizioni necessarie per l'iscrizione*.

2.9. — Alla luce dei principi di diritto enunciati, la sentenza impugnata merita le censure - che le vengono mosse con il secondo motivo di ricorso - laddove ritiene che la *variazione* della classificazione, a fini previdenziali (da impresa artigiana a impresa industriale), della società ora resistente produce effetti (ai sensi dell'art. 3, comma 8, legge 8 agosto 1995, n. 335) "*dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento di variazione*" (nella specie dal 19 febbraio 2001), e non già dalla data precedente (settembre 1999) di cancellazione della società dall'albo delle imprese artigiane.

Tanto basta per accogliere - perché fondato - anche il secondo motivo di ricorso.

3. — Il ricorso, pertanto, deve essere integralmente accolto.

Per l'effetto, la sentenza impugnata va cassata, con rinvio ad altro giudice d'appello - designato in dispositivo - perché proceda al riesame della controversia - uniformandosi ai principi di diritto enunciati - e provveda, contestualmente, al regolamento delle spese di questo giudizio di cassazione (art. 385, 3° comma, c.p.c).

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 2004, p. 1089

(2) *Idem*, 2007, p. 402

(3) *Idem*, 2001, p. 389

Prestazioni - Assicurazione contro la disoccupazione - Lavori socialmente utili - Sussidio - Applicabilità delle disposizioni in materia di indennità di mobilità - Misura - Determinazione su base giornaliera - Corresponsione - Cadenza mensile - Fondamento.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 19.05.2008, n. 12627 - Pres. Mercurio - Rel. Amoroso - P.M. Riello - INPS (Avv.ti Fabiani, Triolo, Stumpo) - G. R.(Avv. Mena).

In materia di lavori socialmente utili, il relativo sussidio - al quale sono estese le disposizioni in materia di indennità di mobilità a seguito della modifica normativa introdotta con l'art. 14, comma quarto, del d.l. n. 299 del 1994, convertito, con modificazioni, nella legge n. 451 del 1994 - pur essendo determinato, alla stregua della disciplina dell'indennità di disoccupazione, su base giornaliera, deve essere corrisposta con cadenza mensile, attese le peculiarità della normativa in materia di indennità di mobilità riferita ad una ripartizione in mesi con riguardo alla durata massima del trattamento (dodici mesi, prorogabili in relazione a fasce di età o aree territoriali e suddivisione in due periodi, pure indicati in mesi), alla commisurazione della misura della prestazione (sulla base dell'integrazione salariale spettante, determinata per ogni mese ai sensi della legge n. 427 del 1980), alla possibilità di sospensione e cumulo con i redditi da lavoro nel caso di svolgimento di una attività lavorativa (prevedendosi ai sensi dell'art. 9, comma 5, della legge 223 del 1991, in caso di nuova occupazione con retribuzione inferiore a quella di provenienza, la corresponsione di un assegno mensile per la differenza), nonché alla detraibilità delle mensilità già godute nel caso di erogazione in conto capitale per i lavoratori che intraprendono un'attività autonoma o in cooperativa, risolvendosi, pertanto, in una regolamentazione specifica che rende inapplicabile, in quanto incompatibile, il sistema di pagamento previsto per il trattamento di disoccupazione involontaria, fissata dall'art. 32 del D.P.R. n. 818 del 1957 in due scadenze, il giorno 15 e l'ultimo giorno del mese.

FATTO — 1. — Con ricorso al Tribunale di Napoli, in funzione di giudice del lavoro, R. G., premesso di avere goduto del trattamento di mobilità ai sensi della legge n. 223 del 1991 e di essere stato quindi impiegato in lavori socialmente utili, lamentava di avere percepito dall'INPS il relativo sussidio con ritardo rispetto alle scadenze previste dalla legge (art. 32 D.P.R. n. 818 del 1957), e cioè il giorno 15 e l'ultimo giorno di ciascun mese, e chiedevano, pertanto, la condanna dell'Istituto al pagamento degli interessi legali sulle prestazioni ricevute in ritardo, nella misura dei conteggi allegati ai ricorsi, oltre interessi ulteriori dalla domanda al soddisfo.

Il Tribunale di Napoli respingeva le domande, ma la sentenza veniva riformata dalla Corte d'appello di Napoli, che - con la sentenza qui impugnata e per quanto rileva nella presente sede - riconosceva fondata la pretesa dei lavoratori e condannava

l'Istituto al pagamento degli interessi legali, sul presupposto che nella specie doveva trovare applicazione la disciplina dell'indennità di disoccupazione, e in particolare l'art. 32 del D.P.R. 26 aprile 1957, n. 818, secondo cui il pagamento dell'indennità deve avvenire il giorno 15 e l'ultimo giorno di ciascun mese.

2. — Di questa decisione l'INPS domanda la cassazione con ricorso affidato ad un unico motivo.

Il lavoratore intimato ha resistito con controricorso ed ha proposto ricorso incidentale.

DIRITTO — 1. — Con l'unico motivo di ricorso, denunciando violazione e falsa applicazione degli art. 7, comma 12, della legge n. 223 del 1991 e 32 del D.P.R. n. 818 del 1957, l'Istituto, richiamando anche alcune pronunce di questa Corte, sostiene che il rinvio di cui all'art. 7, comma 12, cit. alla disciplina della disoccupazione implica l'applicazione di quest'ultima anche al trattamento di mobilità (la cui disciplina è estesa al sussidio per lavori socialmente utili, ai sensi dell'art. 14, comma 4, del decreto legge n. 299 del 1994, convertito nella legge n. 451 del 1994, come sostituito dall'art. 1, comma 3, del decreto legge n. 510 del 1996, convertito con modificazioni nella legge n. 608 del 1996), ma l'inserimento di tale disposizione vale solo a qualificare l'indennità come prestazione giornaliera, ossia rapportata ai giorni di disoccupazione e non al mese di calendario, ma non anche per il termine (quindicinale) di pagamento, che invece resta ancorato alla scadenza mensile.

2. — Il lavoratore intimato ha proposto ricorso incidentale dolendosi della violazione dell'art. 92 c.p.c. per l'illegittima regolamentazione delle spese di lite.

3. — I due ricorsi, principale ed incidentali, devono essere riuniti avendo ad oggetto la stessa sentenza impugnata.

4. — Il ricorso principale dell'Istituto è fondato.

Va premesso che ai sensi dell'art. 14, comma 4, d.l. n. 299/1994 cit. per il sussidio in favore dei lavoratori impiegati in lavori socialmente utili trovano applicazione le disposizioni in materia di mobilità e di indennità di mobilità.

Pertanto, occorre fare riferimento alla disciplina prevista per quest'ultima indennità ai fini della individuazione delle modalità di corresponsione.

Nell'ambito della tutela contro la disoccupazione, l'indennità di mobilità, prevista dall'art 7 della legge 23 luglio 1991 n. 223, risponde all'esigenza di provvedere ai bisogni dei lavoratori dipendenti da imprese rientranti nel campo di applicazione dell'intervento straordinario di integrazione salariale, i quali siano divenuti definitivamente esuberanti e non possano perciò mantenere il posto di lavoro; si tratta di una prestazione, avente funzione previdenziale, che non è *interna* alla disciplina della integrazione salariale, essendo riconosciuta non solo all'esito di un periodo di cassa integrazione, ma anche, in via autonoma, in caso di licenziamento per riduzione di personale (art. 24 della stessa legge), e presupponendo, comunque, la definitiva cessazione del rapporto di lavoro (rapporto che, invece, nella cassa integrazione è ancora esistente, se pure sospeso o ridotto), sicché essa si configura, nel sistema delle assicurazioni sociali, come un particolare trattamento di disoccupazione che ha la sua fonte nella predetta legge n. 223 del 1991 ed è riservato a lavoratori, in possesso dei prescritti requisiti soggettivi, licenziati collettivamente da imprese di determinati settori produttivi e di determinate dimensioni.

Sul piano della disciplina della prestazione, tale configurazione spiega il fatto che l'indennità sostituisca ogni altra prestazione di disoccupazione (nonché le indennità di malattia e di maternità, anch'esse connesse a periodi di inattività lavorativa involontaria), ai sensi del comma 8 del citato art.7, e che essa sia regolata dalla normativa che disciplina l'assicurazione contro la disoccupazione involontaria, "in quanto applicabile", così come dispone il comma 12 dello stesso articolo. Quest'ultima disposizione, in particolare, per la sua stessa formulazione, assume il significato di un richiamo integrale, e quindi non meramente residuale, della normativa sulla disoccupazione ordinaria, nel senso che quest'ultima è inserita a tutti gli effetti formali e sostanziali nella disciplina dell'indennità di mobilità, salva la specifica regolamentazione di determinati aspetti della prestazione (cfr. Cass., Sez. Unite, 6 dicembre 2002, n. 17389 (1)).

Ciò comporta, con riferimento alla questione oggetto della presente controversia, che occorre individuare i meccanismi di concreta applicazione dell'indennità di mobilità, verificando la eventuale sussistenza di una regolamentazione specifica di tale aspetto, che renda inapplicabile (perché incompatibile con esso) il sistema di pagamento previsto per il trattamento di disoccupazione involontaria, fissato dall'art. 32 del D.P.R. n. 818 del 1957 in due scadenze, il giorno 15 e l'ultimo giorno di ciascun mese.

Come questa Corte ha già avuto modo di precisare con la sentenza n. 18415 del 2003 e numerose altre conformi, l'esame della disciplina dettata dalla legge n. 223 del 1991, mentre esclude una tale eventualità per il calcolo della prestazione (che dunque è commisurata ad ogni giornata di disoccupazione), dimostra, invece, distinte modalità di corresponsione rispetto all'indennità di disoccupazione.

In primo luogo, vengono in rilievo la previsione di una durata massima di dodici mesi, elevata in ragione del raggiungimento di una determinata età e dell'appartenenza a determinate aree territoriali, e la suddivisione del periodo di massima durata - ai fini della determinazione della misura decrescente del trattamento - in due ulteriori periodi indicati in mesi (v. art. 7, commi 1 e 2), là dove il riferimento ai mesi vale, appunto, a determinare la durata massima di erogazione del trattamento di mobilità e ad indicare i periodi di spettanza della misura massima e della misura minima della prestazione.

In secondo luogo, la spettanza dell'indennità in misura percentuale del trattamento straordinario di integrazione salariale che i lavoratori hanno percepito o che sarebbe loro spettato nel periodo immediatamente precedente la risoluzione del rapporto di lavoro (art. 7, comma 1) comporta la determinazione della misura della prestazione sulla base dell'integrazione salariale precedentemente percepita o comunque spettante (e quindi, eventualmente, sulla base dell'importo massimo di tale integrazione, determinato per ogni mese ai sensi dell'articolo unico della legge 13 agosto 1980 n. 427, come modificato dal decreto legge 16 maggio 1994 n. 299, convertito con modificazioni nella legge 19 luglio 1994 n. 451) e vale a determinare una *mensilizzazione* della stessa prestazione, nel senso che questa - pure calcolata a giorno - debba essere corrisposta a mese (cfr. Cass. n. 18415/2003 cit, anche con riguardo al raffronto con le modalità di pagamento dell'integrazione salariale).

Occorre considerare, infine, il riferimento ai *mesi* e alle *mensilità*, che si rinviene in altre disposizioni della stessa legge n. 223 del 1991: l'art. 7, comma 5, per il caso di erogazione in conto capitale per i lavoratori che intraprendono un'attività autonoma o in cooperativa, prevede la detrazione delle mensilità già godute; l'art. 9, comma 5, per

il caso di nuova occupazione con retribuzione inferiore a quella di provenienza, prevede la corresponsione di un assegno integrativo mensile pari alla differenza. Anche queste disposizioni - pure non comportando la determinazione della misura del trattamento di mobilità con riferimento al mese - rivelano tuttavia la cadenza mensile della corresponsione (il che può anche valere ai fini della individuazione del termine di prescrizione: cfr., con riferimento al credito mensile derivante dall'integrazione salariale, Cass. n. 17675 del 2002).

5. — In conclusione, le peculiarità della disciplina dell'indennità di mobilità, nei profili esaminati, riguardano, oltre alla diversa durata e al diverso importo del trattamento, nonché alla possibilità di sospensione nel caso di svolgimento di attività lavorativa e di cumulo con i redditi di lavoro, anche le scadenze di pagamento, che sono mensili e non quindicinali, rimanendo quindi applicabile per il resto (*ex art. 7, comma 12, cit.*) la disciplina della disoccupazione (la cui applicazione rileva, oltre che per il calcolo a giorno, anche per altri aspetti significativi, ad esempio per la decorrenza e per la necessità di presentazione della domanda a pena di decadenza: cfr. la già citata Cass. S.U. n. 17389 del 2002).

Ne deriva che la sentenza impugnata, avendo invece ritenuto applicabile la disciplina dell'indennità ordinaria di disoccupazione anche ai fini delle scadenze di pagamento e, conseguentemente, ai fini della determinazione degli interessi legali decorrenti da tali scadenze, è incorsa nella denunciata violazione di legge; sicché essa, in accoglimento del ricorso dell'Istituto, deve essere cassata in accoglimento del ricorso principale, assorbito il ricorso incidentale.

Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, con il rigetto della domanda originariamente proposta dagli odierni intimati.

Non occorre provvedere sulle spese dell'intero processo, in applicazione dell'art. 152 disp. att. c.p.c. (nel testo anteriore alle modifiche introdotte dal decreto legge n. 269 del 2003, convertito nella legge n. 326 del 2003, non applicabili nella specie *ratione temporis*).

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 2003, p. 149-750

Esecuzione forzata - Pignoramento di crediti di Enti e Istituti di Previdenza
- Giudice competente - Individuazione - Criteri.

**Corte di Cassazione, Sez. Terza - 21.03.2008, n. 7677 - Pres. Mazza. -
Rel. Bisogni - PM Golia - INPS (Avv. ti Nardi, Fabiani, Triolo, Di
Meglio) - M.I. s.p.a.**

Il pignoramento di crediti di Enti e Istituti di Previdenza deve avvenire esclusivamente davanti al giudice dell'esecuzione del Tribunale nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso il provvedimento che costituisce il titolo esecutivo.

FATTO — L'Istituto Nazionale per la Previdenza Sociale (INPS) proponeva opposizione agli atti esecutivi avverso il pignoramento presso terzi iniziato dalla s.r.l. M. I. su tutti i conti correnti dell'INPS e richiedeva la dichiarazione di nullità del pignoramento perché notificato alla Direzione generale e non alla struttura territoriale competente e perché sprovvisto dell'indicazione dell'ammontare del credito. Su richiesta dell'INPS il Giudice dell'esecuzione sospendeva l'esecuzione e sostituiva il pignoramento dei crediti con quello di un libretto bancario depositato dall'INPS per un importo di 6.000.000 di Euro.

Con sentenza n. 1224/04 il Tribunale di Firenze rigettava l'opposizione agli atti esecutivi ritenendo sanato il vizio della notifica e infondato il rilievo relativo alla mancata indicazione del credito risultante dal riferimento alla data di notifica del precetto e alla sentenza che costituiva il titolo esecutivo. Ricorre per cassazione l'INPS con un unico motivo.

Non ha svolto difese la s.r.l. M. I. che per lo stesso credito ha promosso procedure esecutive davanti ai Tribunali di Roma e Novara.

DIRITTO — Con l'unico motivo di ricorso l'INPS deduce la violazione e falsa applicazione del D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, art. 14, comma 1 bis, aggiunto dalla L. 23 dicembre 2000, n. 388, art. 147 e successivamente modificato dal D.L. 30 settembre 2003, n. 269, art. 44 convertito in L. n. 326 del 2003 nonché la violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c..

Rileva l'Istituto ricorrente che M. I. s.r.l. agisce in executivis avvalendosi di una sentenza provvisoriamente esecutiva del Tribunale di Roma in data 26.11.01 - 26.3.02 con la quale l'INPS è stato condannato al pagamento di L. 3.897.128.000 in favore di Federconsorzi. Tale credito è stato successivamente ceduto a M. I.. Assume l'INPS che il D.L. n. 669 del 1996, art. 14 bis nel testo novellato, impone che il pignoramento di crediti di Enti e Istituti di Previdenza avvenga esclusivamente davanti al giudice dell'esecuzione del Tribunale nella cui circoscrizione ricade la sede del giudice che ha emesso il provvedimento che costituisce il titolo esecutivo (nella specie quindi il Tribunale di Roma). Il ricorrente chiede quindi la dichiarazione di improcedibilità del procedimento esecutivo promosso davanti al Tribunale di Firenze.

Il ricorso è fondato.

Dispone, fra l'altro, il nuovo testo del D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, art. 14, comma 1 bis, convertito in L. 28 febbraio 1997, n. 30, nel testo modificato da ultimo, dal D.L. 30 settembre 2003, n. 269, art. 44 convertito in L. 24 novembre 2003, n. 326 che "il pignoramento di crediti di cui all'art. 543 c.p.c. promosso nei confronti di Enti ed Istituti esercenti forme di previdenza ed assistenza obbligatorie organizzati su base territoriale deve essere instaurato, a pena di improcedibilità rilevabile d'ufficio, esclusivamente innanzi al giudice dell'esecuzione della sede principale del Tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento in forza del quale la procedura esecutiva è promossa".

Come ha rilevato l'INPS nel suo ricorso tale disposizione risponde all'esigenza, evidenziata nei lavori preparatori del Senato della Repubblica (n. 2518 del 2003) di consentire agli istituti ed enti di previdenza una migliore e più rapida organizzazione dell'attività difensiva e di adempiere più rapidamente ai provvedimenti giurisdizionali nonché all'esigenza di evitare la dispersione e la moltiplicazione dei procedimenti nei confronti dei predetti enti e istituti senza menomare le possibilità di agire in giudizio per i creditori.

Esigenze che nella specie sembrano concretamente ricorrere.

Il ricorso va pertanto accolto e dichiarata la improcedibilità dell'esecuzione presso terzi promossa da M. I. s.r.l. nei confronti dell'INPS davanti al Tribunale di Firenze.

Sussistono giusti motivi per confermare la compensazione delle spese processuali già operata dal Tribunale di Firenze e per compensare interamente anche le spese processuali del giudizio di cassazione.

(Omissis)

Prestazioni - Indennità di malattia - Assenza ingiustificata del lavoratore a visita medica di controllo - Decadenza dal trattamento economico per i primi dieci giorni di assenza dal lavoro - Successiva visita ambulatoriale - Confermativa dello stato di malattia - Rilevanza - Fondamento.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 28.01.2008, n. 1809 - Pres. Senese - Rel. Lamorgese - P.M. Sepe (Parz. Diff.) - B. T. (Avv. Magaraggia) - INPS (Avv.ti Fabiani, Triolo).

In tema di assenza dal lavoro per malattia e di conseguente decadenza del lavoratore dal diritto al relativo trattamento economico per l'intero periodo dei primi dieci giorni di assenza per ingiustificata sottrazione alla visita di controllo domiciliare, ai sensi dell'art. 5, comma 14 d.l. 12 settembre 1983 n. 463 conv. in l. 11 novembre 1983 n. 638 (norma dichiarata parzialmente illegittima dalla Corte cost. con sentenza n. 78 del 1988), l'effettuazione da parte del lavoratore di una successiva visita ambulatoriale confermativa dello stato di malattia, ancorché avvenuta prima della scadenza di tale periodo, non vale ad escludere la perdita del diritto al trattamento economico ma ha la sola funzione di impedire la protrazione degli effetti della sanzione della decadenza per il periodo successivo ai suddetti primi dieci giorni, atteso che l'osservanza dell'onere posto a carico del lavoratore di rendersi reperibile presso la propria abitazione non ammette forme equivalenti di controllo; ne consegue che l'impossibilità per il lavoratore di effettuare tale visita (nella specie il giorno successivo a quello della sottrazione alla visita di controllo), a causa delle chiusure dell'ambulatorio della Asl, non impedisce la perdita del trattamento economico derivante dal mancato assolvimento di quell'onere.

FATTO — Con sentenza del 4 febbraio 2002 il Tribunale di Brindisi rigettava la domanda proposta nei confronti dell'Inps da T. B., il quale aveva richiesto il pagamento dell'indennità di malattia, relativa al periodo dal 1° al 30 luglio 1994, negatagli in sede amministrativa, per l'assenza ingiustificata dalla propria abitazione, al momento della visita domiciliare di controllo eseguita il 15 luglio 1994.

La decisione, impugnata dal lavoratore, era confermata dalla Corte di appello di Lecce, con pronuncia depositata il 22 dicembre 2003.

Riteneva il giudice del gravame che la circostanza concernente la chiusura dell'ambulatorio della Usl BR/5 nel giorno successivo alla visita di controllo, dove l'appellante si era recato per far constatare il proprio stato di malattia, era del tutto irrilevante al fine di dimostrare l'urgenza e l'indifferibilità della visita medica cui si era sottoposto, allorché durante le fasce orarie di reperibilità si era allontanato da casa nel giorno del controllo. L'appellante, sottolineava il medesimo giudice, si era limitato a provare di essere stato visitato dal medico specialista il 15 luglio 1994, in orario imprecisato, senza tuttavia chiarire le ragioni di urgenza di tale visita medica, e perciò non aveva dato alcuna giustificazione dell'inadempimento all'obbligo di non assentarsi da casa durante gli orari stabiliti per il controllo da parte dei sanitari dell'Istituto.

La cassazione della sentenza è ora domandata dal lavoratore, con ricorso basato su un motivo.

L'Inps ha depositato procura al difensore.

DIRITTO — L'unico motivo denuncia violazione ed erronea applicazione dell'art. 5, comma 14, legge n. 638 del 1983, nonché vizio di motivazione. Addebita al giudice di merito di non avere considerato che il lavoratore, una volta riscontrata da parte del medico incaricato del controllo l'assenza dall'abitazione durante le c.d. fasce di reperibilità, aveva il diritto di presentarsi alla successiva visita di controllo fissata dall'Inps, alla quale tuttavia il ricorrente non si era potuto sottoporre non per causa a lui ascrivibile, ma perché gli uffici della Usl di Mesagne, ove era stato inviato, erano stati chiusi il 16 luglio 1994 per la festa del Santo patrono di quella località. Erroneamente il giudice del gravame aveva ritenuto ingiustificata l'assenza dalla propria abitazione allorché si era presentato il medico di controllo, in quanto il medesimo giudice non aveva esaminato la documentazione medica allegata dal lavoratore attestante la malattia da cui questi era affetto (lombosciatalgia destra da probabile compressione radicolare) e la necessità oltre che di fisioterapia anche di una terapia farmacologica.

Il ricorso è fondato soltanto in parte.

Si deve infatti osservare che perché si verifichi la decadenza del lavoratore dal diritto all'indennità di malattia sancita dall'art. 5, comma 14, del decreto-legge 12 settembre 1983 n. 463, convertito con modificazioni nella legge 11 novembre 1983 n. 638, ma nei limiti risultanti dalla pronuncia della Corte Costituzionale 26 gennaio 1988 n. 78 (1), è sufficiente l'ingiustificata assenza del lavoratore alla visita domiciliare.

E proprio con riferimento ad analoghe fattispecie, in cui il lavoratore aveva dedotto di essersi allontanato dalla propria abitazione durante le fasce di reperibilità allo scopo di effettuare una visita medica presso il proprio medico curante o per seguire un trattamento terapeutico, si è ritenuto che la sanzione della decadenza non possa

essere comminata solo quando risultino rigorosamente accertate in sede di merito la indifferibilità della visita medica o del trattamento terapeutico allegato e la indispensabilità delle modalità prescelte per realizzare tale indifferibile esigenza o che quelle modalità fossero le sole ragionevolmente praticabili (cfr. fra le più recenti pronunce, Cass. 10 agosto 2004 n. 15446 ed anche Cass. 30 agosto 2006 n. 18718). E si è altresì precisato che l'accertamento della sussistenza delle situazioni che giustificano l'allontanamento, coinvolgendo un apprezzamento di fatto, è riservato al giudice del merito ed è pertanto insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione congrua e immune da vizi logici.

Nella specie, la sentenza impugnata ha sottolineato l'insufficienza della prova addotta dall'odierno ricorrente per giustificare l'assenza dalla propria abitazione alla visita di controllo, in quanto costui aveva soltanto dimostrato "di essere stato visitato dal medico specialista il 15 luglio 1994, in orario per altro imprecisato, senza che siano state assolutamente chiarite le ragioni d'urgenza e di indifferibilità di tale visita", ed il ricorrente, a fronte di questa statuizione, si è limitato a contrapporre inammissibilmente la propria valutazione di impellenza della visita medica specialistica a cui si era sottoposto, senza spiegare quali gli errori compiuti dal giudice del merito nell'esaminare il certificato medico rilasciato dal dr. De Stradis (il sanitario che l'aveva visitato in quella occasione), nel quale tuttavia non è indicata, in base alla trascrizione fattane nel presente ricorso, alcuna urgenza.

Né ad escludere la decadenza dal diritto alla richiesta indennità di malattia, prevista dal citato art. 5, comma 14, per i primi dieci giorni di malattia, può valere la visita ambulatoriale presso la Usl BR/5, a cui il ricorrente avrebbe dovuto sottoporsi il giorno successivo a quello del controllo non effettuato il 15 luglio 1994, secondo l'avviso lasciato dal medico di controllo una volta constatata l'assenza del lavoratore dal proprio domicilio ed in base all'art. 5 d.m. 15 luglio 1986, dato che quella visita ambulatoriale, secondo la lettera della disposizione di legge risultante dalla pronuncia n. 78 del 1988 della Corte costituzionale, vale unicamente ad impedire la protrazione degli effetti della sanzione di decadenza per il periodo successivo ai suddetti primi dieci giorni (Cass. 23 marzo 1996 n. 2531). Si è infatti evidenziato (cfr. in motivazione la sentenza ora citata) che l'osservanza dell'onere posto a carico del lavoratore - di rendersi reperibile presso la propria abitazione durante le fasce di reperibilità, salva la ricorrenza del giustificato motivo di assenza - non è suscettibile di una forma equipollente di controllo, anche perché, se ciò si ammettesse, verrebbe richiamato in vita il precedente sistema (che era stato ripudiato a causa dell'inadeguatezza dell'accertamento dell'effettivo stato di malattia del lavoratore e dell'insufficiente tutela che riceveva la posizione dell'Istituto previdenziale), e che l'interpretazione letterale della suddetta disposizione di legge, corrispondente alla sua ratio, riceve conferma dalla richiamata sentenza n. 78 del 26 gennaio 1988, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione stessa nella parte in cui non prevede una seconda visita medica di controllo prima della decadenza a qualsiasi trattamento economico di malattia nella misura della metà per l'ulteriore periodo successivo ai primi dieci giorni.

Dovendo l'impugnazione ritenersi proposta anche per la perdita del residuo trattamento economico nella misura di legge per i giorni successivi all'inosservanza all'one-

re di reperibilità e per tutta la durata della malattia, la sentenza impugnata che non ha tenuto conto della impossibilità dedotta dal ricorrente di sottoporsi alla visita ambulatoriale il giorno successivo alla visita di controllo non eseguita, deve essere annullata, con rinvio ad altro giudice di appello, designato come in dispositivo, il quale deve provvedere al riesame della causa su tale punto.

Al giudice di rinvio va demandato anche il regolamento delle spese del giudizio di cassazione.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1988, p. 199

Pensioni - Invalidità civile - Prestazioni economiche indebitamente erogate - Applicabilità delle norme deputate a disciplinare il settore delle prestazioni pensionistiche - Esclusione - Mancanza del requisito dell'incollocazione al lavoro - Conseguenze.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 23.01.2008, n. 1446 - Pres. Ciciretti - Rel. Picone - PM Patrone. - INPS (Avv. ti Riccio, Valente, Patteri) - E.A. (Avv. Calussi).

In materia di ripetibilità delle prestazioni economiche indebitamente erogate agli invalidi civili non può trovare applicazione l'art. 38, comma 7, l. 28 dicembre 2001 n. 448, norma espressamente rivolta a disciplinare il settore delle prestazioni pensionistiche, dovendosi, invece, ricercare nella normativa dettata nello specifico ambito la disciplina particolare della ripetibilità. Pertanto, con riferimento a prestazioni assistenziali non dovute e percepite in mancanza del requisito di incollocazione al lavoro, trovano applicazione, in difetto di una specifica disciplina, le norme sull'indebito assistenziale che fanno riferimento alla mancanza dei requisiti di legge in generale, con esclusione delle disposizioni che regolano, espressamente, la mancanza del requisito sanitario o di quello reddituale; conseguentemente, accertata la mancanza del requisito della incollocazione, vanno restituiti i ratei indebitamente erogati a partire dalla data del provvedimento che accerta che la prestazione assistenziale non era dovuta.

FATTO — 1. — La sentenza di cui si domanda la cassazione rigetta l'appello dell'Inps e conferma la decisione del Tribunale di Arezzo n. 406/2002, che aveva dichiarato non ripetibili i ratei di assegno di invalidità civile corrisposti indebitamente

ad A. E. nel periodo compreso tra 1° gennaio e il 31 ottobre 2000 in assenza del requisito di iscrizione delle liste speciali di collocamento obbligatorio.

2. — La Corte di Firenze interpreta l'art. 38, commi 7 e 8, della legge n. 448/2001 nel senso che, al di là del riferimento letterale alle "prestazioni pensionistiche", si applica anche alle prestazioni di carattere assistenziale poste a carico dell'Inps.

3. Il ricorso dell'Inps si articola in unico motivo; resiste con controricorso A. E.

DIRITTO — 1. — Con l'unico motivo di ricorso è denunciata violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 2033 c.c., comma 260 ss., L. 662/1996, 38, comma 7 e ss. L. 448/2001), unitamente a vizi della motivazione. Si sostiene che le prestazioni assistenziali sono disciplinate in modo autonomo rispetto a quelle previdenziali, cosicché una norma che si riferisca alle pensioni non può trovare applicazione per i benefici previsti per gli invalidi civili.

2. — La Corte giudica il ricorso fondato per quanto di ragione.

3. — Sussiste, in primo luogo, l'errore di diritto imputato alla sentenza impugnata per avere ritenuto applicabile alla fattispecie il regime di irripetibilità stabilito dall'art. 38, commi 7 e 8, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, dovendosi confermare il principio opposto, già enunciato dalla Corte con la sentenza 29 marzo 2005, n. 6610.

3.1. È necessario prendere le mosse dal richiamo di alcuni principi generali, indispensabile ai fini dell'interpretazione della complessa normativa di settore e della valutazione di conformità alla Costituzione, che consenta soprattutto, in presenza di elementi letterali non univoci, di individuare "l'intenzione del legislatore", intesa, come noto, quale volontà dell'ordinamento risultante dalla *ratio legis*, sintesi dei motivi, fondamento e scopo della disposizione che il giudice è chiamato ad applicare (cfr. Cass. 3550/1988).

3.2. — Le prestazioni economiche agli invalidi civili costituiscono l'oggetto di obbligazioni (pubbliche) *ex lege*, in quanto nascono al verificarsi dei fatti previsti dalle norme. Di conseguenza, i procedimenti amministrativi preordinati ad accertare tali fatti e, quindi, l'esistenza o l'inesistenza dell'obbligazione (originaria o sopravvenuta), ancorché i detti fatti siano complessi ed il relativo accertamento abbia natura critica, cioè di giudizio, con l'opinabilità che contrassegna tutti i giudizi, rivestono natura meramente ricognitiva, funzionale all'attuazione dei rapporti obbligatori, perciò escludendo la configurabilità di poteri amministrativi e di provvedimenti costitutivi degli effetti (giurisprudenza pacifica: vedi, per tutte, Cass., sez. un., 8 aprile 1975, n. 1261 e 24 ottobre 1991, n. 11329).

Ciò implica che il diritto nasce in coincidenza con l'insorgenza dei requisiti e non certo per effetto degli atti cd. di "concessione", come impropriamente talora denominati dalle norme; allo stesso modo, i cd. atti di revoca non sono altro che ricognizioni in ordine all'inesistenza originaria o sopravvenuta dell'obbligazione e non certo provvedimenti espressione della cd. "autotutela amministrativa", che è potere discrezionale di apprezzamento della conformità della situazione all'interesse pubblico (vedi, per tutte, Cass. 256/2001 (1); 8713/1999; 5138/1994).

3.3. — Il descritto assetto ordinamentale si pone in diretta derivazione dai principi espressi dall'art. 38 Cost. attributivi del "diritto" al mantenimento e all'assistenza sociale spettante ai cittadini inabili e sprovvisti dei mezzi necessari per vivere, nonché

del diritto alla previdenza per i lavoratori. In linea generale, perciò, le prestazioni derivanti dalla solidarietà sociale non possono riconoscersi a coloro che non possiedono i requisiti previsti dalla legge per essere titolari del diritto. A questa regola, può derogare il legislatore mediante espresse previsioni e per casi specifici, ove ritenga di privilegiare l'affidamento determinato dall'attribuzione di fatto di una prestazione per un lasso notevole di tempo (si veda il disposto dell'art. 9, comma 1, d. lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, circa la rettificabilità degli errori commessi dall'Inail nell'attribuzione di prestazione entro il termine massimo di dieci anni).

3.4. — Ne discende l'applicabilità del principio generale di cui è espressione l'art. 2033 c.c., secondo il quale ogni erogazione attribuita in assenza dei requisiti prescritti dalla legge è da considerare indebita e soggetta a ripetizione.

Tuttavia, nel settore della previdenza e dell'assistenza obbligatorie si è affermato, ed è venuto via via consolidandosi, un principio di settore secondo il quale, in luogo della generale regola codicistica di incondizionata ripetibilità dell'indebitato, trova applicazione la regola, propria di tale sottosistema, che esclude viceversa la ripetizione in presenza di situazioni di fatto variamente articolate, ma comunque avente generalmente come minimo comune denominatore la non addebitabilità al percipiente della erogazione non dovuta ed una situazione idonea a generare affidamento.

Al riguardo, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha rilevato che il canone dell'art. 38 Cost. appresta al descritto principio di settore una garanzia costituzionale in funzione della soddisfazione di essenziali esigenze di vita della parte più debole del rapporto obbligatorio, che verrebbero ad essere contraddette dalla indiscriminata ripetizione di prestazioni *naturaliter* già consumate in correlazione - e nei limiti - della loro destinazione alimentare (C. cost. n. 39 del 1993(2); n. 431 del 1993(3)).

3.5. — Nello specifico ambito delle prestazioni economiche corrisposte agli invalidi civili, la disciplina particolare della ripetibilità delle prestazioni indebitamente erogate va ricercata nella normativa appositamente dettata in materia, non potendo trovare applicazione in via analogica - ma neppure estensiva stante il carattere derogatorio dell'art. 2033 c.c. di disposizioni di questo genere - le regole dettate con riferimento alle pensioni o altri trattamenti previdenziali.

Su questo specifico punto si è espressa la Corte costituzionale, giudicando manifestamente infondate le questioni di legittimità., in riferimento agli art. 3 e 38 comma 1 Cost., dell'art. 1, commi 260-265, l. 23 dicembre 1996, n. 662, e dell'art. 52, comma 2, l. 9 marzo 1989, n. 88, nelle parti in cui, pongono limiti alla ripetibilità dell'indebitato previdenziale ma non anche di quello assistenziale.

Ha precisato il giudice delle leggi che, a seguito delle modifiche del quadro normativo introdotte dall'art. 4 di n. 323 del 1996 e dall'art. 37, comma 8, l. 23 dicembre 1998, n. 448, si è realizzato un avvicinamento della disciplina, sia transitoria che a regime, della indebita percezione delle prestazioni assistenziali a quella dell'indebitato previdenziale, per effetto del quale avvicinamento la normativa censurata può dirsi del tutto rispettosa degli invocati parametri in quanto, attesa la peculiarità dell'accertamento dell'insussistenza del requisito sanitario richiesto per ottenere le prestazioni assistenziali, non è necessario che la disciplina che ne regola le conseguenze sia assolutamente identica a quella relativa all'indebita percezione delle prestazioni previdenziali, e considerato che gli assistiti risultano tutelati in modo idoneo e quindi nel rispetto

dell'art. 38 comma 1 Cost. (Corte costituzionale, 27 ottobre 2000, n. 448; 22 luglio 2004, n. 264). La stessa Corte costituzionale, in tema di ambito di applicazione dell'art. 38, commi 7 e 8, l. 448/2001, ha ritenuto legittima la non estensione ai trattamenti pensionistici erogati dall'Inpdap (sent. 28 aprile 2006, n. 178) ed altresì rilevato il carattere straordinario ed eccezionale dell'intervento legislativo nella materia dell'indebito previdenziale (sent. 13 gennaio 2006, n. 1).

3.6. — Le considerazioni svolte dimostrano l'erroneità palese della tesi enunciata dalla sentenza impugnata, secondo cui sarebbe applicabile al rapporto controverso l'art. 38, comma 7, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, che recita: *Nei confronti dei soggetti che hanno percepito indebitamente prestazioni pensionistiche o quote di prestazioni pensionistiche o trattamenti di famiglia, a carico dell'INPS, per periodi anteriori al 1° gennaio 2001, non si fa luogo al recupero dell'indebito qualora i soggetti medesimi siano percettori di un reddito personale imponibile ai fini dell'IRPEF per l'anno 2000 di importo pari o inferiore a 8.263,31 euro.*

Sia il contesto delle disposizioni nel quale la previsione è inserita, sia il riferimento esclusivo alle "pensioni" e non ad altre prestazioni, sia, e soprattutto, la circostanza che il legislatore riserva costantemente una disciplina differenziata per le provvidenze previste a favore degli invalidi civili, rendono manifesto come l'ambito di applicazione sia estraneo al rapporto controverso.

4. — La disciplina dell'indebito va, quindi, ricavata esclusivamente dalle norme concernenti le prestazioni assistenziali agli invalidi civili.

La specifica questione dell'indebita percezione della prestazione in difetto del requisito di iscrizione nelle liste speciali di collocamento obbligatorio è stata già indagata dalla giurisprudenza della Corte (Cass. 28 marzo 2006, n. 7048) e decisa nei termini di seguito esposti.

4.1. — La materia della ripetibilità delle prestazioni assistenziali indebite - in caso di accertata insussistenza, originaria o sopravvenuta, dei requisiti prescritti dalla legge - è stata diversamente regolata nel corso del tempo da numerose disposizioni che si sono susseguite.

Si tratta: della L. n. 29 del 1977, art. 3, di conversione del D.L. n. 850 del 1976; del D.L. n. 173 del 1988, art. 3, comma 9, convertito nella L. n. 291 del 1988; della L. 24 dicembre 1993, n. 537, art. 11, comma 4; del D.P.R. 21 settembre 1994 n. 698, art. 5, comma 5; del D.L. n. 323 del 1996, art. 4, convertito con modifiche nella L. 8 agosto 1996, n. 425 (in relazione alla mancanza dei requisiti sanitari), della L. 27 dicembre 1997, n. 449, art. 52, comma 3, (in relazione alla mancanza dei requisiti sanitari), della L. 23 dicembre 1998, n. 448, art. 37, (in relazione alla mancanza dei requisiti sanitari); ed infine del D.L. 30 settembre 2003, n. 269, art. 42, comma 5, convertito nella L. 24 novembre 2003, n. 326, il quale, nel disporre che l'Inps e il Ministero del Tesoro devono stabilire le modalità tecniche per effettuare in via telematica le verifiche sui requisiti reddituali dei titolari delle prestazioni assistenziali, e per procedere alla sospensione ed al recupero, prevede che: *Non si procede alla ripetizione delle somme indebitamente percepite, prima della data di entrata in vigore del presente decreto, dai soggetti privi dei requisiti reddituali.*

Pertanto, la disciplina della ripetibilità muta a seconda della ragione che ha dato luogo all'indebito assistenziale: se si accerta la mancanza dei requisiti sanitari le norme

applicabili, a seconda dell'epoca della erogazione, saranno quelle sopra elencate; se si accerta invece la mancanza dei requisiti reddituali, non si può procedere alla ripetizione dei ratei percepiti prima dell'entrata in vigore del D.L. n. 269 del 2003; mentre, quando manca radicalmente il diritto alla prestazione, ad es. per corresponsione dovuta ad errore di persona, l'indebito è pienamente ripetibile ex art. 2033 cod. civ. mancando la ratio per applicarsi, in questo caso, il principio di settore di necessaria tutela del percettore in buona fede della prestazione assistenziale indebita (Cass. n. 12406 del 23 agosto 2003).

4.2. — Nessuna disposizione prevede specificatamente quale sia il regime dell'indebito nel caso, che ricorre nella specie, di mancanza del requisito di incollocazione al lavoro. Vanno, quindi, applicate le norme sull'indebito assistenziale che fanno riferimento alla mancanza dei requisiti di legge in via generale (ed escludendo quindi le disposizioni che regolano espressamente la sorte dell'indebito per la mancanza del requisito sanitario e per la mancanza del requisito reddituale), vigenti nel lungo periodo dal primo febbraio 1982 al 28 aprile 1997.

Le disposizioni applicabili sono dunque: a) Il D.L. n. 850 del 1976, art. 3 ter, convertito in L. n. 29 del 1977, secondo cui "Gli organi preposti alla concessione dei benefici economici a favore degli invalidi civili hanno facoltà, in ogni tempo, di accertare la sussistenza delle condizioni per il godimento dei benefici previsti, disponendo la eventuale revoca delle concessioni con effetto dal primo giorno del mese successivo alla data del relativo provvedimento"; b) il D.L. n. 173 del 1988, art. 3, comma 9, convertito nella L. n. 291 del 1988, il quale dispone che "Con decreto del Ministro del Tesoro sono stabiliti i criteri e le modalità per verificare la permanenza nel beneficiario del possesso dei requisiti prescritti per usufruire della pensione, assegno o indennità previsti dalle leggi indicate nel comma 1 e per disporre la revoca in caso di insussistenza di tali requisiti, con decreto dello stesso Ministro, senza ripetizione delle somme precedentemente corrisposte"; c) la L. n. 537 del 1993, art. 11, comma 4, il quale recava una disciplina particolarmente rigorosa, prescrivendo che "nel caso di accertata insussistenza dei requisiti prescritti per il godimento dei benefici, e se il beneficiario non rinuncia a goderne dalla data dell'accertamento, sono assoggettati a ripetizione tutti i ratei versati nell'ultimo anno precedente la data stessa". Ma quest'ultima disposizione venne espressamente abrogata dall'art. 4, comma 3-*nonies* introdotto dalla L. n. 425 del 1996 di conversione del D.L. n. 323 del 1996; d) La disciplina di cui alla citata L. n. 537 del 1993 si accavallò per un certo periodo con quella del D.P.R. n. 698 del 1994 il quale, all'art. 5, comma 5, prevede che "Nel caso di accertata insussistenza dei requisiti prescritti per il godimento dei benefici si dà luogo alla immediata sospensione cautelativa del pagamento degli stessi, da notificarsi entro trenta giorni dalla data del provvedimento di sospensione. Il successivo formale provvedimento di revoca produce effetti dalla data dell'accertata insussistenza dei requisiti prescritti".

L'ultima disposizione citata, ossia il D.P.R. n. 698 del 1994 fu emessa in forza della L. n. 537 del 1993, la quale prevedeva all'art. 11 l'emanazione di un regolamento che riordinasse i procedimenti in materia di invalidità civile, ma la delega al regolamento non riguardava invece la materia relativa alla revoca dei benefici, la quale era integralmente disciplinata dal già riportato art. 11, comma 4 della L. n. 537, onde detta disposizione deve ritenersi non applicabile (cfr. Cass 26 aprile 2002, n. 6091).

5. — In ogni caso tutte le disposizioni citate (ad esclusione di quella di cui al punto sub c) che però è stata abrogata) ed ivi compresa l'ultima (emanata come detto con eccesso di delega) prescrivono che vengano restituiti i ratei indebitamente erogati a partire dalla data del provvedimento che accerta che la prestazione assistenziale non era dovuta.

5.1. — Il ricorso va quindi accolto in parte sulla base dei seguenti principi di diritto:

a) "Nello specifico ambito delle prestazioni economiche corrisposte agli invalidi civili, la disciplina particolare della ripetibilità delle prestazioni indebitamente erogate va ricercata nella normativa appositamente dettata in materia, non potendo trovare applicazione in via analogica - ma neppure estensiva stante il carattere derogatorio dell'art. 2033 c.c. di disposizioni di questo genere - le regole dettate con riferimento alle pensioni o altri trattamenti previdenziali".

b) "In tema di ripetibilità delle prestazioni assistenziali indebite per mancanza del requisito di incollocazione al lavoro, trovano applicazione, in difetto di una specifica disciplina, le norme sull'indebito assistenziale che fanno riferimento alla mancanza dei requisiti di legge in via generale, con esclusione delle disposizioni che regolano, espressamente, la mancanza del requisito sanitario o del requisito reddituale. Conseguentemente, accertata la mancanza del requisito della incollocazione al lavoro, vanno restituiti i ratei indebitamente erogati a partire dalla data del provvedimento che accerta che la prestazione assistenziale non era dovuta".

5.2.— L'accertamento di fatto indispensabile per l'applicazione degli enunciati principi di diritto è mancato nella fattispecie e spetterà al giudice del rinvio, che si designa nella Corte di appello di Bologna, verificare se l'indebito per cui è causa sia o non ripetibile, a seconda che i ratei erogati attengano al periodo successivo o anteriore alla data dell'accertamento della mancanza del requisito dell'incollocazione al lavoro. Il giudice di rinvio è incaricato anche di regolare le spese del giudizio di cassazione.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 2001, p. 577

(2) *Idem*, 1993, p. 188

(3) *Idem, idem*, p. 1531

Pensioni - Fondo elettrici - Determinazione dell'ammontare della pensione erogata con metodo retributivo - Art. 3, comma 2, d.lg. n. 562 del 1996 - Attribuzione dell'importo più favorevole - Criterio dell'80% della retribuzione pensionabile calcolato secondo le norme in vigore nell'assicurazione generale obbligatoria (A.g.o.) - Rinvio alla nozione di retribuzione vigente nella A.g.o. - Necessità.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 23.01.2008, n. 1444 - Pres. Ciciretti - Rel. La Terza - PM Riello - INPS (Avv. ti Riccio, Valente, Patteri) - C.G.P. (Avv. Boer).

Ai fini della determinazione della pensione di vecchiaia erogata con il metodo retributivo dal Fondo elettrici presso l'Inps, l'art. 3 comma 2 lett. a) d.lg. 562 del 1996 stabilisce che l'importo della pensione va determinato nella misura più favorevole tra a) l'80% della retribuzione pensionabile calcolata secondo le norme in vigore presso l'Ago e b) l'88% della retribuzione pensionabile determinata ai sensi dell'art. 1 comma 12 lett. a) l. 8 agosto 1995 n. 335, dovendosi fare riferimento, quanto al primo tetto, alla nozione di retribuzione, onnicomprensiva di tutte le voci, considerata dalla disciplina generale dell'Ago, avendo il tenore letterale della disposizione incluso la nozione di retribuzione vigente in quella gestione.

FATTO — Con la sentenza in epigrafe indicata la Corte d'appello di Milano confermava la statuizione resa dal Tribunale di Monza, con cui era stata accolta la domanda proposta da C. G. P. contro l'Inps, con condanna di quest'ultimo a riliquidare nella misura di euro 2.711,03 mensili la pensione di vecchiaia erogata dal Fondo elettrici presso l'Inps.

Il contrasto tra le parti si appuntava sull'interpretazione dell'art. 3 comma 2 lettera a) del dl.vo 562/96, laddove veniva disposto che la pensione, erogata con il metodo retributivo, non poteva essere superiore ad un certo tetto, tetto che era stabilito nella misura dell'importo più favorevole tra due diversi importi: il primo a) era determinato nell'80% della retribuzione pensionabile determinata secondo le norme in vigore nell'assicurazione generale obbligatoria per i lavoratori dipendenti; il secondo b) era determinata nell'88% della retribuzione pensionabile determinata ai fini del calcolo della quota di pensione di cui all'art 1 comma 12, lettera a) della legge 8 agosto 1995 n. 335. In particolare il contrasto tra le parti si incentrava sul sistema di computo del tetto previsto nella lettera a) sopra riportata, ed era dovuto al diverso sistema di retribuzione imponibile vigente presso l'AGO e quello vigente presso il Fondo Elettrici, giacché presso l'AGO la retribuzione imponibile e quella pensionabile era onnicomprensiva, comprendeva cioè tutte le somme erogate dal datore di lavoro, mentre la seconda, alla stregua della legge 53/63, confermata dalla successiva legge 1079/71, si riferiva solo ad alcune voci della retribuzione. La Corte territoriale rigettava la tesi dell'Inps - per cui il richiamo, fatto nel suddetto art. 3 comma 2 lettera a), alla retribuzione pensionabile secondo le regole AGO, si dovrebbe intendere come riferito alle sole voci per le quali erano stati versati i contributi, secondo la legislazione, che, presso il Fondo elettrici, escludeva appunto la onnicomprensività della retribuzione ai fini contributivi e pensionistici - sul rilievo che la ragione, per cui il legislatore aveva ritenuto necessaria la verifica di congruità rispetto ai tetti indicati, corrispondeva all'esigenza di pervenire ad una graduale armonizzazione tra i trattamenti sostitutivi, qual'era quello del Fondo elettrici, e il regime AGO.

Avverso detta sentenza l'Inps propone ricorso con un unico motivo articolato in

due profili di censura.

Il C. resiste con tardivo controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato memoria.

DIRITTO — Con l'unico motivo, denunziandosi violazione e falsa applicazione dell'art. 3 secondo comma del d.lgs n. 562 del 1996 e dell'art. 2 comma 22 della legge n. 335 del 1995, si imputa alla sentenza di avere erroneamente interpretato la disposizione sul tetto massimo entro il quale la pensione retributiva erogata dal Fondo elettrici dovrebbe essere limitata, perché la retribuzione pensionabile di cui all'art. 3 comma secondo a) del decreto legislativo citato non dovrebbe essere comprensiva di tutte le voci contemplate dalla disciplina generale, come affermato dai Giudici di merito, ma solo delle voci retributive sulle quali erano stati versati i contributi alla stregua della normativa vigente presso il Fondo elettrici.

Il ricorso non è fondato.

1. — Come si illustra in controricorso il calcolo della pensione del Fondo elettrici si articola in due fasi: nella prima si provvede a liquidare la prestazione esclusivamente alla luce della normativa vigente presso il Fondo stesso, mentre nella seconda fase si procede a determinare i due tetti di cui alle lettere a) e b); il primo tetto, che è quello che interessa la causa, è rappresentato dall'80% della retribuzione pensionabile determinata secondo le norme in vigore presso l'assicurazione generale obbligatoria dei lavoratori dipendenti, e corrisponde alla percentuale massima di pensione vigente, per l'AGO. Ottenuti questi due valori, li si pone a raffronto con l'importo della pensione liquidata secondo le disposizioni del Fondo elettrici e qualora questa sia pari o inferiore al maggiore dei due tetti, la pensione si eroga in quella stessa misura. Se invece essa superi il maggiore dei due tetti, la si riduce fino a farla coincidere con il tetto di maggior valore. La ragione di questo meccanismo discende dall'esigenza di pervenire ad una graduale armonizzazione dei trattamenti sostitutivi vigenti presso i Fondi speciali Inps (Elettrici, Autoferrotranvieri, Telefonici ecc.) con quelli vigenti presso l'AGO.

2. — Secondo la tesi dell'Inps, per calcolare il tetto di cui alla lettera a) dell'art. 3 comma 2 del d.lgs 562/96 non si dovrebbe prendere come base la retribuzione imponibile vigente presso l'Inps, che è onnicomprensiva ai sensi dell'art. 12 della legge n. 153 del 1969, ma quella ben più ristretta vigente presso il Fondo elettrici di cui all'art. 1 della legge n. 53 del 1963, confermata dalla successiva legge 1079 del 1971.

La tesi non è fondata giacché il tenore letterale della disposizione non autorizza tale limitazione, dal momento che la lettera a) nel fare riferimento "alla retribuzione pensionabile determinata secondo le norme in vigore nell'assicurazione generale obbligatoria per i lavoratori dipendenti" ha necessariamente inteso includere anche la nozione di retribuzione vigente in quella gestione. Non merita dunque censura la sentenza impugnata che ha deciso in tal senso.

3. — L'Inps lamenta ancora che il meccanismo del tetto sia stato male applicato perché, risultando la pensione a calcolo inferiore al tetto massimo, i Giudici avrebbero dovuto prenderne atto e liquidarla in quella misura, non già aumentandola fino al tetto medesimo, sull'errato presupposto che la norma avesse la funzione di riconoscere al pensionato il trattamento più favorevole.

Il motivo è inammissibile giacché la questione relativa alla misura della presta-

zione determinata in primo grado, non fu oggetto di appello ed infatti la sentenza impugnata non ne fa cenno; inoltre, da quanto riportato in ricorso dallo stesso Istituto, che pur sostiene di averla eccepita, il motivo di impugnazione sul punto era del tutto generico, essendosi limitato a rilevare che "la funzione della norma era solo quella di indicare i limiti massimi cui raffrontare l'importo del trattamento", ma senza appuntare la propria censura sui conteggi elaborati in primo grado.

Stante la novità delle questioni, si compensano tra le parti le spese della discussione orale.

(Omissis)

Prestazioni - Decadenza *ex art.* 4 d.l. n. 384 del 1992 - Termine - Decorrenza - *Dies a quo*.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 22.01.2008, n. 1338 - Pres. Mattone - Rel. Roselli - P.M. Patrone - A. P. (Avv. Caliandro) - INPS (Avv.ti Triolo, Fabiani).

In caso di controversie in materia di trattamenti previdenziali, il termine di decadenza dell'azione giudiziaria per il conseguimento di una prestazione di cui all'art. 4 d.l. 384/1992, inizia a decorrere in tempi diversi, a seconda che dopo la domanda amministrativa originaria l'assicurato abbia presentato o no ricorso ai competenti organi dell'Inps: nel primo caso il termine decorre dalla comunicazione della decisione oppure dall'inutile scadenza del tempo per emetterla e nel secondo caso dal compimento del tempo massimo di durata del procedimento amministrativo (di fatto non svolto) e corrispondente a trecento giorni. Il fatto che in quest'ultimo caso trascorra un maggior tempo dalla domanda amministrativa originaria non discrimina sfavorevolmente l'assicurato che abbia avuto cura di presentare il ricorso amministrativo e che, visto il silenzio dell'istituto, dispone dello stesso termine annuale per apprestare le proprie difese e agire davanti al giudice.

FATTO — Con domanda amministrativa presentata all'Inps il 19 aprile 1999 P. A. sosteneva di essere lavoratore agricolo a tempo indeterminato e chiedeva il trattamento di fine rapporto a seguito di fallimento del datore di lavoro.

Rigettata la domanda il 4 maggio 1999, egli proponeva ricorso al Comitato provinciale di Brindisi il 13 luglio successivo e, non avendo ottenuto alcuna decisione,

adiva il Tribunale con ricorso del 29 novembre 2000.

Il Tribunale dichiarava la decadenza dell'A. dall'azione giudiziaria ai sensi dell'art. 4 d.l. n. 384 del 1992 conv. in l. n. 438 del 1992: infatti questa avrebbe dovuto essere proposta entro novanta giorni dal ricorso al Comitato provinciale ossia entro il 14 ottobre 2000.

Tale decisione veniva integralmente confermata dalla Corte d'appello di Lecce con sentenza del 7 marzo 2005, contro la quale l'A. propone ricorso per cassazione. L'Inps controricorre.

DIRITTO — Col primo motivo il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 47 D. P. R. 30 aprile 1970 n. 639, modif. dall'art 4 d.l.19 settembre 1992 n. 384 conv. in l. 14 novembre 1992 n. 438 e degli artt. 2966 cod. civ., 3, 24, 113 Cost. nonché vizi di motivazione, sostenendo che il termine di decadenza dall'azione giudiziaria avrebbe dovuto decorrere dalla fine di trecento giorni, trascorsi dalla domanda amministrativa all'Inps, senza alcuna rilevanza della proposizione del ricorso al Comitato provinciale e della omessa decisione di quest'ultimo. Sostiene il ricorrente che, se fosse esatta la tesi della Corte d'appello, la quale fece decorrere un termine di novanta giorni a partire dalla proposizione del detto ricorso, il minor termine a sua disposizione, a decorrere dalla domanda amministrativa originaria, darebbe luogo ad un deteriore trattamento, privo di alcuna giustificazione.

Il motivo non è fondato.

L'art. 4, comma 1, d.l n. 384 del 1992 cit. commina la decadenza dall'azione giudiziaria in questione al compimento di un anno a partire da: 1) la comunicazione della decisione del ricorso da parte dei competenti organi dell'Inps, oppure; 2) l'inutile scadenza del termine fissato per detta decisione, oppure; 3) l'inutile scadenza del termine fissato per l'esaurimento del procedimento amministrativo. In quest'ultimo caso il termine è pacificamente di trecento giorni a partire dall'originaria domanda amministrativa, in base ad un calcolo che qui non è necessario esporre.

Nella fattispecie concreta si versava nella seconda delle tre ipotesi ora dette: infatti l'assicurato, visto il rigetto della domanda amministrativa, ricorse senza esito al Comitato provinciale onde esattamente i giudici di merito fecero decorrere il termine annuale dall'inutile scadenza del termine di novanta giorni, fissato per la decisione del Comitato.

Né egli subì in tal modo alcuna ingiustificata discriminazione.

Come s'è detto il termine di decadenza dell'azione giudiziaria per il conseguimento della prestazione in questione, posto dall'art. 4 cit., inizia in tempi diversi, a seconda che dopo la domanda amministrativa originaria l'assicurato abbia presentato o no ricorso ai competenti organi dell'Inps: nel primo caso il termine decorre dalla comunicazione della decisione oppure dall'inutile scadenza del tempo per emetterla e nel secondo caso dal compimento del tempo massimo di durata del procedimento amministrativo (di fatto non svolto) e corrispondente a trecento giorni. Il fatto che in quest'ultimo caso trascorra un maggior tempo dalla domanda amministrativa originaria non discrimina sfavorevolmente l'assicurato che abbia avuto cura di presentare il ricorso amministrativo e che, visto il silenzio dell'Istituto, dispone dello stesso termine annuale per apprestare le proprie difese ed agire davanti al giudice.

Col secondo motivo il ricorrente deduce la violazione dell'art 47 cit., quinto comma, sostenendo che l'inutile scadenza del tempo per la decisione dei competenti organi dell'Inps non può equivalere alla comunicazione dell'emessa decisione, contenente tutte le indicazioni utili all'assicurato e prescritte dallo stesso art 47. La formazione del silenzio-rigetto perciò non potrebbe segnare l'inizio del termine di decadenza dall'azione giudiziaria.

Neppure questo motivo è fondato.

L'imposizione legale del dovere di motivare i provvedimenti amministrativi (in generale, da parte dell'art 3 l.7 agosto 1990 n. 241) e di indicare i rimedi (art. 47, quinto comma, cit.) costituisce una garanzia per l'amministrato ma non infirma l'istituto amministrativistico del silenzio-rigetto, anch'esso funzionale all'interesse del soggetto privato, leso o comunque frustrato dall'inerzia della pubblica autorità. Infatti l'omissione della motivazione può influire sulla valutazione di illegittimità del provvedimento originario ma non esclude mai che i rimedi amministrativi contro quel provvedimento possano chiudersi con provvedimenti taciti ed automatici (da ult ed ex multis Cass.12 settembre 2007 n. 19111).

Col terzo motivo il ricorrente sostiene la violazione degli artt. 24 l. n. 88 del 1989 e 47 cit., per non avere la Corte d'appello rilevato l'interruzione della prescrizione del diritto soggettivo dedotto in giudizio.

Il quarto motivo concerne l'asserito vizio di motivazione sul "merito della controversia".

I due motivi, che conviene esaminare insieme, sono inammissibili.

Infatti la sentenza impugnata si limita a confermare la decadenza dell'azione giudiziaria e non contiene alcuna pronuncia né in materia di prescrizione né sul merito della controversia, con la conseguenza che il ricorrente non ha alcun interesse ad impugnare decisioni inesistenti.

Rigettato il ricorso, sulle spese non si provvede ai sensi dell'art. 152 disp. att. cod. proc. civ.

(Omissis)

Prestazioni - Indennità di disoccupazione - Società cooperative di lavoro - Art. 24 l. n. 196 del 1997 modificato dall'art. 1 *quarter* della legge n. 176 del 1998 - Estensione del beneficio - Valore ricognitivo della nuova normativa - Domanda giudiziale - Decadenza - Decorrenza dei termini anteriormente all'entrata in vigore della legge - Sussistenza.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro - 10.01.2008, n. 289 - Pres. Mattone - Rel. Vidiri - P.M. Patrone - INPS (Avv.ti Triolo, Fabiani) - M. A.

L'art. 24, comma 4, modificato dall'art. 1 quater della l. n. 176 del 1998, che prevede che le disposizioni in materia di indennità di disoccupazione si intendono estese ai soci lavoratori delle cooperative di lavoro che svolgano le attività comprese nei settori produttivi rientranti nel campo di applicazione della disciplina relativa all'indennità di disoccupazione stessa e soggette agli obblighi della relativa contribuzione, ha un effetto solo ricognitivo di un diritto già esistente e disciplinato dall'art. 2 del r.d. n. 1422 del 1924; va, pertanto, dichiarata la decadenza ove la domanda del socio lavoratore per il riconoscimento della relativa indennità sia stata proposta solo a seguito dell'entrata in vigore della nuova normativa, a termini già integralmente decorsi.

FATTO— Con ricorso depositato in data 7 settembre 1998, A. M. chiedeva la condanna dell'INPS al pagamento del trattamento di disoccupazione ordinaria con i requisiti ridotti per l'anno 1995, negato in sede amministrativa perché socio lavoratore della C. I. a r.l., obbligata alla contribuzione per i soci lavoratori anche per la disoccupazione involontaria.

Dopo la costituzione dell'INPS il giudice del lavoro di Brindisi con sentenza del 13 novembre 2003 accoglieva la domanda.

La Corte d'appello di Lecce con sentenza del 30 luglio 2004 rigettava il gravame dell'INPS osservando che, contrariamente a quanto sostenuto dall'Istituto, non si era verificata la decadenza dall'azione giudiziaria ai sensi dell'art. 4 del d.l. n. 348/1992, convertito in legge n. 438 del 1992, perché il diritto non era azionabile prima della entrata in vigore dell'art. 1 quater della legge n. 176 del 1998, sussistendo in precedenza un ostacolo giuridico che ostava alla proposizione della domanda giudiziaria e potendo valere l'iscrizione nelle liste di collocamento solo per i periodi successivi all'entrata in vigore del suddetto articolo 1 quater, e non per il conseguimento della indennità relativa all'anno 1995.

Avverso tale sentenza l'INPS propone ricorso per cassazione, affidato ad un unico motivo.

Non si è costituito il M.

DIRITTO — Con il ricorso l'INPS deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 4 del d.l. 19 settembre 1992 n. 384, convertito nella legge 14 novembre 1992 n. 438, dell'art. 1 quater del d.l. 8 aprile 1998 n. 78, aggiunto alla legge di conversione 5 giugno 1998 n. 176, e degli artt. 2935 e 2943 c.c.(art. 360 n. 3 c.p.c.) nonché contraddittoria motivazione in ordine ad un punto decisivo della controversia in relazione (art. 360 n. 3 c.p.c). Sostiene al riguardo l'INPS che, diversamente da quanto ritenuto dal giudice d'appello, nel caso di specie si era verificata la decadenza dall'azione proposta dall'assicurato per essere stato il ricorso giudiziale al Tribunale di Brindisi stato proposto allorché era decorso il termine di più di un anno dall'esaurimento del tempo (300 giorni) per il compimento del procedimento amministrativo contenzioso. La soluzione offerta dal giudice d'appello non appariva condivisibile in quanto il negare la tutela giudiziaria per la disoccupazione al socio di cooperativa per il periodo anteriore all'entrata in vigore del citato art. 1 quater del d.l. n. 78/1998, introdotto dalla legge n.

176/1998, comportava necessariamente disconoscere per il medesimo periodo la stessa esistenza di un diritto tutelabile. Al contrario, l'inclusione del socio delle cooperative di produzione e lavoro tra i lavoratori ammessi alla tutela contro la disoccupazione era già rinvenibile nel combinato disposto degli artt. 40 del r.d.l. 4 ottobre 1935 n. 1827 ed 8 del r.d. 7 dicembre 1924 n. 2270, per cui il legislatore si era limitato a chiarire l'esistenza del diritto con una norma interpretativa quale quella dell'art 24 della legge 26 giugno 1997 n. 196.

Il ricorso è fondato e, pertanto, va accolto.

Questa Corte ha più volte statuito che a norma dell'art. 2, terzo comma, del R.D. 28 agosto 1924 n. 1422, le società cooperative sono tenute a versare i contributi per l'assicurazione per l'invalidità e la vecchiaia per tutti i soci lavoratori, sia in caso di esistenza di un vero e proprio rapporto di lavoro instaurato fra la società ed il socio, sia nell'ipotesi in cui l'attività lavorativa sia conforme alle previsioni del patto sociale e sia svolta in corrispondenza con le finalità istituzionali della società, a prescindere - in tale ipotesi - dal fatto che i soci vengano impegnati per lavori assunti direttamente dalla società ovvero per conto terzi (cfr *explurimis*: Cass. 25 febbraio 2000 n. 2175 (1) cui *adde* Cass. 7 agosto 2003 n. 11937; Cass. 1 marzo 2003 n. 3053, che precisa altresì come l'art. 2, comma terzo, del r.d. 28 agosto 1924 debba ritenersi tuttora vigente ex art. 40 r.d.l n. 1827 del 1935, conv. nella legge n. 1155 del 1936; Cass. 25 maggio 2002 n. 7668; Cass. 13 aprile 2002 n. 5333; Cass. 24 aprile 2001 n. 6052; Cass. 28 aprile 2000 n. 5440).

I giudici di legittimità hanno infatti precisato che, in caso di esistenza di un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato instaurato fra la società ed il socio (parallelo o alternativo a quello societario), l'obbligazione contributiva non differisce da quella che grava su qualsiasi datore di lavoro in base alle norme di previdenza sociale dettate dall'ordinamento, ma hanno anche aggiunto che l'enunciazione di tale principio non implica l'esenzione dalla contribuzione nell'ipotesi in cui l'attività lavorativa sia conforme alle previsioni del patto sociale e sia svolta in corrispondenza con le finalità istituzionali della società, atteso che una tale esenzione renderebbe del tutto privi di qualsiasi tutela assicurativa i lavoratori- soci con riferimento alle evenienze inerenti all'attività lavorativa spiegata.

Corollario dei riportati *dicta* dei giudici di legittimità è, dunque, che l'art. 2 citato non implica certo l'esenzione dalla contribuzione nell'ipotesi in cui l'attività lavorativa sia conforme alle previsioni del patto sociale perché ciò escluderebbe da ogni tutela una ampia categoria di lavoratori, quella dei soci lavoratori, meritevole come gli altri di analoghi trattamenti.

Deve pertanto ritenersi che il legislatore proprio per tutelare i suddetti lavoratori sul piano della previdenza abbia provveduto a dettare la disposizione scrutinata, che deve conseguentemente interpretarsi non in senso restrittivo ma - in adesione ad un quadro normativo volto ad assicurare anche ai soci lavoratori forme di tutela assicurativa originariamente destinate ai lavoratori subordinati - nel senso che le società cooperative come sono tenute a versare, alla stregua di quanto ritenuto in giurisprudenza, i contributi per l'invalidità e la vecchiaia, sono altresì obbligate ai necessari adempimenti in ragione del rischio della disoccupazione, al fine di garantire anche a propri soci il beneficio correlato alla perdita del lavoro.

Per concludere non può condividersi l'assunto della impugnata sentenza che, sul presupposto della non azionabilità del diritto prima dell'entrata in vigore dell'art. 1 *quater* della legge n. 196/1998, ha ritenuto che l'assicurato non fosse decaduto dall'esercizio del diritto al trattamento di disoccupazione ordinaria per l'anno 1995, atteso che il termine per detto esercizio non poteva che iniziare a decorrere dall'entrata in vigore della suddetta legge, costitutiva del diritto.

Ed invero al plesso normativo richiamato dal giudice d'appello, costituente la causa *petendi* della domanda azionata in giudizio, può assegnarsi unicamente un effetto ricognitivo - al fine di eliminare qualunque residua incertezza in materia (riscontrabile anche in giurisprudenza cfr.: Cass. 2 settembre 1997 n.8370) - di un diritto già esistente. Assunto questo che riceve ulteriore e definitivo conforto dalla lettera dell'art. 40 del r.d.l. 4 ottobre 1935 n. 1827, convertito con modificazioni nella legge 6 aprile 1936 n. 1155, che nella indicazione dei lavoratori esclusi dall'assicurazione obbligatoria per la disoccupazione involontaria non fa alcun riferimento ai soci lavoratori di cooperative (cfr. al riguardo: Cass. 1 marzo 2003 n. 3053 cit).

E che lo stesso assicurato fosse consapevole di tutto ciò emerge dalla significativa circostanza che la sua domanda amministrativa è ben anteriore alla entrata in vigore della legge 5 giugno 1998 n. 176.

Il ricorso va accolto ed, in applicazione dell'art. 384 c.p.c, non essendo necessari ulteriori accertamenti di merito, la sentenza impugnata va cassata e la causa va decisa nel merito con il rigetto della domanda del M.

Ai sensi dell'art. 152 disp. att. c.p.c, stante la natura della controversia, nessuna statuizione può essere emessa in relazione alle spese dell'intero processo.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2000, p. 809

CORTE DI APPELLO
Sezioni Civili

Contributi - Società per azioni a prevalente capitale pubblico costituita per la gestione di servizi pubblici essenziali - Obbligo contributivo CIGS, CIG e DS - Sussistenza.

Corte di Appello di Brescia - 10.04.2008 n. 174 - Pres. Nora - Rel. Nuovo - I.N.P.S. (Avv. Tagliente) - ASM Brescia spa (Avv. La Gioia).

Una azienda costituita dall'ente locale titolare di pubblico servizio, nella forma di società per azioni a prevalente capitale pubblico, è obbligata al versamento della contribuzione dovuta all'INPS per la cassa integrazione guadagni ordinaria e straordinaria in quanto non rientrante nella speciale esenzione prevista dall'art.3 D.lgs CPS n.869/1947 in favore delle imprese industriali degli enti pubblici.

FATTO — Con distinti ricorsi depositati il 29.03.2006 la Azienda Servizi Municipalizzati di Brescia spa (ASM ora A2A S.p.a. dopo la fusione per incorporazione con AEM di Milano) ha proposto opposizione avverso due cartelle esattoriali emesse da ESATRI e relative ad iscrizioni a ruolo operate dall'INPS, con le quali veniva ingiunto il pagamento di somme a titolo di contributi previdenziali e relative somme aggiuntive per l'omesso pagamento da parte della società opponente della contribuzione dovuta per l'assicurazione relativa alla cassa integrazione guadagni ordinaria e straordinaria nel periodo specificato in ciascuna cartella. In particolare l'addebito iscritto a ruolo di cui alla cartella n. 2006 001336792, per €11.810.711,71, è riferito al personale ASM dipendente della Sezione energetica e l'addebito di cui alla cartella n. 2005 0036769211 per € 412.652,16 è invece riferito al personale dipendente della Sezione Gas e Acqua occupato con contratto a tempo determinato.

L'ASM, esponendo di essere stata azienda municipalizzata poi trasformata in S.p.a., della quale il Comune di Brescia deteneva (fino a quel momento) la maggioranza assoluta (68%) delle azioni, ha contestato la fondatezza delle pretese creditorie dell'INPS, sostenendo la legittimità del proprio operato non essendo tenuta al versamento della contribuzione CIG e CIGS:infatti l'art. 3 D.Lgs. CPS n.869/1947 prevede espressamente l'esclusione dalle norme sulla cassa integrazione per "le imprese industriali degli enti pubblici, anche se municipalizzate, e dello Stato" e nulla sul punto ha innovato la normativa successiva.

Si è costituito in entrambi i giudizi l'INPS che ha contestato in diritto le argomentazioni dell'ASM, chiedendo il rigetto delle opposizioni.

Riuniti i giudizi, il primo Giudice, ritenuta la natura pubblica dell'ASM per l'in-

fluenza dominante del Comune di Brescia che detiene il 68% del capitale sociale, ha accolto le opposizioni compensando le spese di lite.

Appellava l'INPS riproponendo le proprie tesi in diritto, sottolineando come la natura privatistica delle S.p.a. a capitale misto sia stata più volte affermata dalle SSUU della Suprema Corte chiamate a delibare questioni di giurisdizione; si costituiva l'ASM per la conferma svolgendo nuovamente anche tutte le tesi subordinate relative alla decorrenza dell'obbligo e alla non irrogabilità delle sanzioni.

All'odierna udienza le parti discutevano e la Corte decideva con sentenza del cui dispositivo era data immediata lettura.

DIRITTO - L'oggetto principale della vicenda processuale consiste nella soluzione della questione di diritto, controversa tra le parti, ovvero se l'azienda opponente, società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, costituita dall'ente locale titolare del pubblico servizio, con capitale sociale di proprietà anche di soggetti terzi, sia pure con quote azionarie di minoranza, e quotata in borsa dal 19.06.02, sia obbligata al versamento della contribuzione dovuta all'INPS per la cassa integrazione guadagni ordinaria e straordinaria in relazione ai propri dipendenti, i cui rapporti di lavoro sono regolati da vari CCNL a seconda del tipo di attività cui sono addetti (settore elettrico, gas, acqua, servizi ambientali e territoriali, ecc).

Il che equivale a dire che per questi dipendenti, in caso di necessità, esiste il diritto ad accedere alla Cassa Integrazione Ordinaria e Straordinaria gestita dall'INPS perché l'azienda non rientrerebbe tra quelle esentabili con provvedimento del Ministero del Lavoro in relazione alla garanzia di stabilità dell'impiego (art. 40 n. 2 R.D. 4 ottobre 1935 n. 1827).

Il Tribunale di Brescia ha risolto la questione nel senso prospettato da ASM, ed ha quindi riconosciuto il diritto dell'opponente all'esenzione dal versamento della contribuzione per la cassa integrazione guadagni ordinaria e straordinaria in quanto ritenuta impresa industriale di ente pubblico ai sensi dell'art. 3 D.Lgs. CPS n.869/1947, perché il capitale sociale dalla società è detenuto in misura superiore al 50% dal Comune di Brescia che vi esercita, quindi una "influenza dominante".

Ritiene innanzitutto la Corte che la soluzione della questione non possa non tener conto anche della normativa sopravvenuta in materia, ed in primo luogo dell'art.22 della Legge 8 giugno 1990, n. 142 (Ordinamento delle autonomie locali) che per lo specifico ha previsto che "I comuni e le province, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali".

I servizi riservati in via esclusiva ai comuni e alle province sono stabiliti dalla legge.

I comuni e le province possono gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme:

- a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda;
- b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;
- c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;

d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;

e) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati".

Quindi, la società a capitale misto era considerata dalla legge strumento di gestione dei servizi pubblici locali e lo schema societario veniva utilizzato come modello organizzativo che in prospettiva avrebbe soppiantato l'azienda speciale, favorendo forme di partenariato pubblico privato considerate come soluzione alle inefficienze provocate dalle vecchie municipalizzate. Mediante tale modulo gestionale, nelle sue declinazioni (totalitaria, maggioritaria, minoritaria; s.p.a. ovvero s.r.l. ecc), si intendeva promuovere una gestione imprenditoriale più efficiente, e secondo criteri di economicità, dei servizi pubblici locali, attraverso l'apertura al concorso del capitale di rischio privato in un'ottica di privatizzazione sostanziale del settore.

Occorre ricordare, per comprendere la successiva evoluzione, che la Commissione europea ha ritenuto tale regime normativo distorsivo dei principi comunitari di concorrenza, aprendo nel 2000 una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia: infatti, l'interpretazione fornita dai giudici amministrativi nazionali, secondo la quale l'affidamento del servizio in deroga alle procedure di evidenza pubblica a società mista sarebbe consentito in quanto modulo di gestione diretta, non era ritenuta compatibile dalle istituzioni comunitarie, che configuravano la società come un'entità diversa rispetto all'amministrazione aggiudicatrice.

Faceva, quindi, seguito una circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le politiche comunitarie 19 ottobre 2001, n.12727, interpretativa degli artt. 113 e seguenti del d.lgs. n. 267/2000 sull'affidamento a società miste della gestione di servizi pubblici locali, con la quale si precisava che l'affidamento della gestione del servizio alle società miste configura la fattispecie dell'appalto di pubblico servizio, per il quale si intende un contratto a titolo oneroso concluso in forma scritta tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un soggetto terzo prestatore di servizi. A tale contratto deve applicarsi la normativa comunitaria in materia, costituita dalle norme del Trattato, cioè gli artt. 43 e 49, dalla direttiva che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi n. 92/50/CEE del 18 giugno 1992 e della direttiva n. 93/38/CEE sui cosiddetti settori esclusi, e la relativa normativa nazionale di recepimento. Pertanto, l'affidamento del servizio alla società mista deve avvenire di regola tramite gara con le procedure dell'evidenza pubblica.

Successivamente, con l'art. 35 della l. 448/2001, il legislatore riscriveva quasi interamente gli artt. 112 e ss. del d.lgs. n. 267/2000, distinguendo tra servizi di rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale: nella gestione dei primi elemento essenziale era la tutela del valore della concorrenza. Per i servizi di carattere industriale, pertanto, l'ente locale non era più il soggetto titolare della gestione del servizio. L'ente pubblico assolveva il nuovo ruolo di autorità locale di regolamentazione, indirizzo e vigilanza, nel rispetto delle prescrizioni stabilite dall'Autorità nazionale di settore: quindi, nella gestione dei servizi "competitivi", la funzione pubblica si ritrae, e l'ente diventa autorità di regolamentazione.

La società di capitali - che diventava l'unico modo di gestione dei servizi pubblici

locali a carattere industriale - a cui affidare il servizio veniva individuata secondo le regole dell'evidenza pubblica, indipendentemente dalla natura, pubblica, privata, ovvero mista della proprietà del capitale. In altri termini, nei settori competitivi, le società miste partecipavano, in regime di piena concorrenza, con le società di capitale esclusivamente privato.

In questo senso, allora, la permanenza e l'operatività delle attuali società a prevalente capitale pubblico locale, intese come forma giuridica distinta dall'affidamento a terzi, si poneva solo nel limite del periodo transitorio, trascorso il quale tali società avrebbero dovuto adeguarsi al nuovo regime, e non avrebbero potuto più beneficiare di un trattamento differenziato per quanto attiene alla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza industriale.

Dopo la l. n. 448/2001, residua infatti poco spazio per continuare ad immaginare le società miste come modulo organizzativo dell'ente locale, o come società con natura giuridica "speciale".

In questo contesto normativo si inserisce la giurisprudenza comunitaria che, nella recente decisione della Corte di Giustizia (Cort. Giust. CE, sent. 11 gennaio 2005, causa C - 26/03, Stadt Halle c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall-und Energieverwertungsanlage (TREA) Leuna), ha espressamente affermato che "la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi. Pertanto, nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 97/52, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate".

Tale affermazione si fonda su due ordini di ragioni: in primo luogo, si sottolinea come il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi risponda solo alle esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, laddove, invece, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente; e in secondo luogo, si rileva come "l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttiva 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti".

Se alla seconda affermazione risulta agevole rispondere che la posizione di vantaggio del partner privato sarebbe di fatto neutralizzata dalla circostanza che questi è selezionato tramite gara, alla prima affermazione deve riconoscersi, al contrario, portata tranciante. Infatti, secondo i giudici comunitari la commistione tra interessi diversi - quello pubblico all'erogazione del servizio - e quello privato - massimizzazione del profitto - escluderebbe l'esistenza di un controllo analogo tra ente e società. La presen-

za dell'interesse privato caratterizza l'istituzione mista facendola definitivamente fuoriuscire dall'orbita pubblica sul piano delle figure soggettive.

In questo senso, dal ragionamento seguito nella decisione in esame è possibile formulare due considerazioni.

La prima, di carattere generale: dopo decisione sul caso *TREA Leuna* sembra corretto ritenere che solo le società il cui capitale è interamente detenuto da amministrazioni godono di un particolare regime di specialità che dall'interno le caratterizza quali figure soggettive pubbliche; laddove, al contrario, qualsiasi impresa mista deve essere riguardata come soggetto privato *tout court* la cui attività è vincolata, solo esternamente, dai compiti di servizio pubblico espletati.

La seconda è che l'ordinamento comunitario risulta assai più flessibile di quanto comunemente creda e consente, per questi servizi, sia il modello *dell'outsourcing* sia quello *dell'in house providing* - ossia del mantenimento all'interno della sfera pubblica della gestione - richiedendo, però, che, una volta assunto il primo modello, se ne segua, fino in fondo, la logica, ossia quella della pubblicità, del confronto concorrenziale, in breve dei principi del libero mercato; laddove, invece, si fosse optato per il secondo, il totale controllo da parte dell'ente pubblico affidante della società di gestione del servizio.

Detto questo, e tenuto conto che, in caso di incertezza interpretativa, deve essere preferita l'opzione conforme alla Direttiva Europea, va verificato se l'ASM, a capitale prevalentemente detenuto dall'ente locale (ma potrebbe anche non esserlo in quanto l'art.12 della L.498/1992 ha tolto per queste S.p.a. a capitale misto anche il vincolo della proprietà maggioritaria), sia o meno impresa industriale di ente pubblico esentata dal regime della CIG e, correlativamente, dal pagamento dei contributi, anche alla luce della giurisprudenza di legittimità.

Non esistono, in realtà, precedenti in termini della Suprema Corte ma non si può prescindere da questo ripetutamente affermato, a sezioni unite, in decisioni che, riguardando la giurisdizione, si occupavano espressamente di stabilire la natura pubblicistica o meno di tali società.

È stato affermato in via generale che anche un ente a struttura societaria può assumere natura pubblicistica, qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge (v. ad es. art. 18 L. 22.12.1984 n. 887 per l'AGE Contral s.p.a.) ovvero ricorrano determinate condizioni (comportanti una consistente alterazione del modello societario tipico, v. ad es. Poste Italiane S.p.a.). Ma normalmente, come è stato già sottolineato dalla Corte di Cassazione (Cass. Sez. Un. 6.5.1995, n. 4989; 6.6.1997, n. 5085; 26.8.1998, n. 8454) la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici (Comune, Provincia, etc.) ne posseggano le azioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell'azionista, dato che tale società, quale persona giuridica privata, opera "nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico": il rapporto tra la società e l'ente locale "è di assoluta autonomia, sicché non è consentito al Comune incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali".

Invero, la legge non prevede "alcuna apprezzabile deviazione, rispetto alla

comune disciplina privatistica delle società di capitali, per le società miste incaricate della gestione di servizi pubblici istituiti dall'ente locale... La posizione del Comune all'interno della società è unicamente quella di socio di maggioranza, derivante dalla "prevalenza" del capitale da esso conferito; e soltanto in tale veste l'ente pubblico potrà influire sul funzionamento della società... avvalendosi non già dei poteri pubblicistici che non gli spettano, ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società (v. art. 2459 cod. civ.) (così Cassazione civile, sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799).

La natura prevalentemente privatistica di questi soggetti, affermata dalla Sezioni Unite, sia pure ai fini del riparto della giurisdizione, è, quindi, conforme alla previsioni del diritto comunitario e porta necessariamente a ritenere che una società intrinsecamente commerciale come è la ASM (il cui legame con l'Ente territoriale era già sfumato dalla partecipazione comunque di più comuni, oltre che di capitali privati) non abbia alcun motivo per venire esclusa dalla disciplina degli ammortizzatori sociali.

La stessa tesi che esclude anche l'astratta possibilità che una impresa che fornisce servizi essenziali come l'erogazione di elettricità, acqua e gas, possa entrare in crisi, è facilmente confutabile con la constatazione che il regime di concorrenza che pure sussiste (si pensi ad esempio al tentativo di ENEL di riacquisire clientela nell'ambito di comuni già serviti da queste società ad azionariato misto o alla possibilità di ingresso nel mercato di competitori stranieri) potrebbe anche portare ad una contrazione del mercato oppure a determinare il Comune a ritornare ad una gestione diretta del servizio (come pure potrebbe derivare dall'applicazione della L.24 novembre 2003, n. 236) e alla necessità di collocare parte dei dipendenti in cassa integrazione.

Né il carattere pubblico dell'impresa ai fini che qui interessano può desumersi dal D.Lgv. 163/2006 emanato per dare attuazione a due Direttive CE (la 17 e la 18 del 2004) in quanto la norma regola lo specifico campo dei contratti e serve ad evitare che sia falsata la concorrenza da un lato con affidamenti diretti a tali imprese miste e dall'altro con cooptazioni di soci privati all'interno di queste: in questo caso, e cioè ogni volta che l'ente pubblico esercita una "influenza dominante", la scelta del socio privato deve avvenire con procedure di evidenza pubblica, perché questo consente la parità dei soggetti privati. Ma è evidente che questa norma, posta a tutela della concorrenza tra imprese private, non ha una applicazione generale: è, infatti, a questi limitati fini che addirittura si "presume" l'influenza dominante quando l'amministrazione aggiudicatrice detenga la maggioranza del capitale sottoscritto, nozione questa che collide con il normale funzionamento della S.p.a. a capitale misto nelle quali il ruolo dell'ente territoriale è più di controllo che di indirizzo, operando l'azienda sostanzialmente secondo logiche di mercato.

Essendo quindi venuta meno, per la commistione pubblico e privato (indipendentemente dalle relative partecipazioni al capitale sociale), la natura di impresa pubblica (che coerentemente sussiste solo quando, sia pure nella forma della SPA, il capitale sia integralmente pubblico) non ha più ragione di esistere da un lato l'esonero contributivo previsto dall'art. 2 L. 869/1947 e dall'altro l'esclusione dei lavoratori di tali società dal sistema degli ammortizzatori sociali.

La tesi ora propugnata trova ulteriore autorevole conforto dell'unica decisione della Suprema Corte in materia, che ha affermato "Rimangono sottoposte alla disciplina pubblicistica e non a quella privatistica le società industriali il cui pacchetto azionario sia per intero in mano di enti pubblici e da essi gestito, dovendosi seguire nella definizione di "imprese industriali degli enti pubblici" un criterio sostanziale e non formale, potendosi adottare, di volta in volta, pur nella scelta di una particolare forma, schemi pubblicistici e privatistici. Tali società sono esonerate dal pagamento dei contributi per la cassa integrazione guadagni" (vedi Cassazione civile, sez. lav., 20 aprile 1993, n. 4600). In motivazione si afferma che "le società costituite dagli enti pubblici che rimangono detentori interamente dei pacchetti azionari (elemento, questo, discriminante rispetto all'azionariato misto) devono essere considerate imprese industriali pubbliche a tutti gli effetti e, nel caso in esame, anche per quanto concerne l'esclusione dal pagamento dei contributi C.I.G. di cui al già citato art. 3 del D. Lgs. C.P.S. 12-8-47 n. 869", laddove è evidente che l'inciso tra parentesi è servito alla Corte per meglio precisare il suo pensiero in materia al di là del caso specifico, che riguardava una società interamente riferibile all'ente pubblico (e per di più operante nel settore trasporti che, come è noto, ha una specifica regolamentazione) e quindi per il quale esisteva una soluzione piuttosto semplice ed obbligata.

Ne consegue che l'obbligo di versamento sussiste e che quindi devono essere esaminate le domande subordinate svolte da ASM fin dal primo grado e qui riproposte, per quanto occorrer possa, con appello incidentale e cioè la questione dell'irretroattività della richiesta di contributi rispetto alla circolare del maggio 2005, la debenza, in ogni caso, di sanzioni ridotte per incertezza della normativa e comunque per inesistenza dell'ipotesi di evasione.

Risulta in realtà dalle produzioni in atti che con la circolare n.42 del 21.02.2000 (doc.6 fascicolo INPS), l'INPS si limita a confermare, "l'interpretazione a suo tempo già fornita con la circolare n.36/1997, in base alla quale l'esonero dall'obbligo contributivo CIG e CIGS spetta unicamente alle aziende municipalizzate trasformate in S.p.a. il capitale delle quali sia interamente in mano pubblica". Successivamente, a seguito della nota prot.1194 del 5.10.2000 del Ministero del lavoro, che prevedeva la sospensione degli effetti della citata circolare n.42/2000 dell'INPS sulla base di considerazioni di carattere metagiuridico, con messaggio n. 186 dell'11.10.2000 l'INPS agiva di conseguenza (doc.7 INPS).

Con successiva nota prot N 52074 del 29.4.2002 il Ministero del lavoro stabiliva che "possono nuovamente decorrere gli effetti della circolare n 42/2000, con il ripristino dell'esigibilità della contribuzione CIG e CIGS da parte delle aziende municipalizzate a capitale misto" e l'INPS disponeva in conformità con la circolare n.96 del 2002 (doc.8); nuovamente con la circolare n.63 del 2005 (doc.9) l'INPS ribadiva l'obbligo di versamento dei contributi in questione per le ex municipalizzate a capitale misto e sollecitava i ministeri vigilanti per definire le modalità di estensione di tali obblighi contributivi anche nei confronti delle aziende di Stato e degli enti pubblici nazionali svolgenti attività industriali, con capitale non più interamente pubblico.

Atteso l'impatto che tale estensione avrebbe avuto, l'INPS ha effettivamente sospeso le attività di recupero nei confronti, però, come si evince dal testo, delle sole aziende di stato a capitale misto, ma non altrettanto ha fatto nei confronti delle ex

municipalizzate, nei cui confronti aveva affermato l'obbligo già 8 anni prima. Inoltre, visto il parere positivo emesso dal Consiglio di Stato in data 8 febbraio 2006 sulla fattispecie relativa all'obbligo contributivo CIG e CIGS delle aziende di Stato (doc. 11) - la cui motivazione, tra l'altro, riguardando l'ENEL e quindi un'azienda a forte partecipazione di capitale pubblico, rafforza quanto sopra affermato in relazione alla natura dell'ASM - l'INPS con successivo messaggio n 12027 del 20.4.2006 (doc. 10), ha disposto anche per queste aziende il ripristino degli effetti di quanto stabilito con circ. 63/2005, sia pure, come ovvio, dal primo momento in cui l'Istituto ne aveva individuato l'obbligo, ossia dal maggio 2005.

Quindi non vi è mai stato nei confronti delle ex municipalizzate, come ASM, un momento in cui l'INPS abbia in qualche modo resa dubbia la volontà di procedere al recupero dei contributi per Cassa integrazione e pertanto quanto disposto dalla circolare 63/2005 al proposito era meramente riepilogativo di una decisione assunta fin dal 1997: di conseguenza il principio dell'irretroattività e quindi la pretesa inesigibilità del credito di cui parla l'appellata società non sussiste.

Da quanto detto deriva anche la correttezza del trattamento sanzionatorio: dalle cartelle risulta infatti applicato il regime sanzionatorio di cui all'art.116 comma 8 lett. b) della L.388/2000 e quindi la fattispecie dell'evasione, in quanto la contribuzione per la CIG non è stata mai esposta nelle denunce obbligatorie presentate all'INPS, né si tratta di "ravvedimento operoso", ovvero di evasione contributiva denunciata spontaneamente entro l'anno dalla scadenza, per il quale si applica il medesimo regime sanzionatorio della morosità.

Non si tratta poi di una caso di obiettiva incertezza connessa a contrastanti orientamenti giurisprudenziali o amministrativi sulla ricorrenza dell'obbligo contributivo come prevede il comma 10 dell'articolo 116 L.388/00, in quanto fin dal 1997 le disposizioni amministrative erano nel senso della sussistenza dell'obbligo contributivo nella fattispecie di causa, né vi era, o vi è, contrasto in giurisprudenza. Tra l'altro la norma non sarebbe neppure applicabile in quanto il versamento dei contributi o premi avrebbe dovuto essere effettuato entro il termine fissato dall'Istituto, circostanza questa non verificatasi.

Residua, è vero, l'applicazione, che qui sarebbe auspicabile, del comma 15 dell'art.116 che prevede che, nella ipotesi di dubbi interpretivi sulla ricorrenza dell'obbligo contributivo, in relazione alla particolare rilevanza delle incertezze che hanno dato luogo all'inadempienza, fermo restando l'integrale pagamento dei contributi o premi, i Consigli di Amministrazione degli enti interessati possano fissare criteri e modalità di riduzione delle sanzioni civili fino alla misura degli interessi legali, ma la decisione in proposito non spetta al giudice ordinario ma all'amministrazione alla quale peraltro può essere richiesta solo dopo il pagamento integrale dei contributi pretesi.

Ne consegue che, in totale riforma della sentenza impugnata, devono essere respinte le opposizioni proposte da ASM contro le cartelle esattoriali per cui è causa, ma la complessità della questione legittima la compensazione integrale delle spese di ambo i gradi.

(Omissis)

Contributi - Interposizione illecita di manodopera - Decadenza *ex art.4 L. 1369/60* - Inapplicabilità al credito previdenziale.

Contributi - Contratto di appalto e subfornitura - Differenze.

Contributi - Somministrazione di manodopera vietata e appalto lecito - Differenze.

Corte di Appello di Brescia - 06.03.2008 n. 112 - Pres. Nora - Rel. Nuovo - R.O. spa (Avv.ti Gamba, Della Vite, Bettinelli) - I.N.P.S. (Avv.ti Collerone, Tagliente) - INAIL (Avv.ti Angione, Maugeri) - Coop. S. V. srl.

La decadenza prevista dall'art.4 della L. 1369/60 si applica ai soli crediti retributivi e non si estende al diritto dell'INPS ai contributi previdenziali.

Mentre l'appalto è caratterizzato dall'autonomia dell'appaltatore in funzione della propria obbligazione di risultato, la subfornitura disciplinata dalla L.192 del 1998 è invece caratterizzata dal controllo diretto ed integrale sull'esecuzione del lavoro da parte del committente, e dalla cd. soggezione tecnologica del subfornitore, vincolato a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e modelli o prototipi forniti dal committente.

Alla luce della distinzione tra somministrazione di lavoro e appalto di servizi contenuta nell'art.29 D.lgs. 276/2003, deve concludersi che ogni volta che un imprenditore utilizzi prestazioni di lavoratori forniti da altri, assumendosi però l'organizzazione dei mezzi, la direzione dei lavori e il rischio di impresa, si concretizza una somministrazione di manodopera vietata se priva dei requisiti oggettivi e soggettivi previsti dalla legge.

FATTO — Con ricorso depositato il 15.09.2003 e regolarmente notificato alle controparti, la s.r.l. R. O. M. e la Cooperativa S. V. svolgevano opposizione contro INPS e INAIL avverso il verbale di accertamento amministrativo del 28.12.98 e notificato il 31.12.98 redatto dall'Ispettorato di Bergamo, che sosteneva l'esistenza di un contratto di appalto di lavoro irregolare tra loro stipulato in violazione delle disposizioni di cui all'art. 1 L. 1369/1960 concernente la fornitura di mera manodopera da parte del socio lavoratore B. A. Sostenevano che il B., nel periodo indicato, era rimasto sempre alle dipendenze della società D. S., che lo aveva regolarmente pagato e che aveva assolto agli obblighi contributivi e previdenziali: l'attività svolta era ricompresa nello statuto della cooperativa D., trattandosi di lavori inerenti al confezionamento di oggetti di minuteria e meccanica di precisione, mentre del tutto estranea alla vicenda era la Cooperativa S. V. Infine, oltre all'infondatezza nel merito, vi era un difetto di motivazione nel verbale, si era verificata la decadenza annuale prevista dall'art.4 L. 1369/60 e comunque il divieto di intermediazione non si applicava ai soci lavoratori delle

Cooperative di Produzione e Lavoro.

Chiedevano pertanto l'annullamento del verbale, con conseguente inammissibilità del diritto dell'INPS e dell'INAIL di esigere alcunché in relazione al rapporto di lavoro subordinato del B. e la Cooperativa S. V. chiedeva per sé la dichiarazione di totale estraneità al rapporto dedotto in giudizio.

Si costituiva l'INPS sostenendo che l'indagine effettuata riguardava un lavoratore, B. A., che, formalmente socio della Cooperativa V., era inserito nel processo produttivo della R., che forniva ogni attrezzatura e lo aveva adibito al lavoro dei propri dipendenti e per questa ragione aveva provveduto alla regolarizzazione della posizione per il periodo 2.2.1988 - 5.8.1998. richiedendo il pagamento della somma complessiva di € 5.428,08; precisava che l'eventuale incompletezza delle ragioni dell'imposizione poteva essere sanata dalla specificazione nel corso del giudizio di primo grado; che il termine annuale stabilito dall'art. 4 L. 1369,1960 riguardava i diritti spettanti ai prestatori di lavoro; che vi era stata la violazione dell'art. 1 della L. 1369/60 in quanto la pressione era consistita nella lavorazione e lucidatura di pezzi meccanici, esattamente identica a quella svolta da altri dipendenti dell'azienda utilizzatrice.

Chiedeva pertanto il rigetto delle avverse pretese e la condanna della O. M. al pagamento di Euro 5.428,08 quali contributi accessori, oltre sanzioni e somme accessorie successivamente maturate.

Si costituiva anche l'INAIL sostenendo che a seguito del verbale aveva liquidato quanto dovuto a titolo di premio assicurativo evaso ed aveva chiesto il pagamento alla ditta R., che aveva pagato; nulla aveva pertanto più a pretendere in relazione al verbale, tantomeno nei confronti della Cooperativa V., che non era stato oggetto di alcuna pretesa; per il resto ribadiva le tesi in diritto già esposte dall'INPS e chiedeva il rigetto dell'opposizione e la dichiarazione dell'obbligatorietà dei contributi già pagati dalla O. M.

Il primo giudice, istruita la causa con produzione documentale, interrogatorio libero dell'opponente ed assunzione di testimonianze, dichiarava la mancanza di interesse in causa della Cooperativa S. V., visto che nulla era preteso nei suoi confronti, e rigettava l'opposizione della O. M. R. dichiarando dovuti i contributi INPS e INAIL, detratto quanto già eventualmente versato dalla Cooperativa D. s.r.l. formale datrice di lavoro del B.

Appellava la R. s.r.l. lamentando l'erroneità della sentenza che non aveva tenuto conto dell'intervenuta decadenza prevista dall'art.4 L. 1369/1960; che non aveva applicato i principi della L. 192/98, che non aveva tenuto conto che la normativa sull'interposizione di manodopera non si applica ai soci lavoratori delle cooperative di produzione e lavoro, che non aveva adeguatamente considerato lo jus superveniens rappresentato dal D.L. 267/2003. Non aveva inoltre valutato adeguatamente la nullità del verbale ispettivo e comunque l'inesistenza in fatto degli estremi dell'interposizione illecita.

Si costituiva l'INAIL per la conferma; si costituiva l'INPS proponendo appello incidentale contro il capo di sentenza che, in violazione della regola prevista in caso di interposizione illecita, aveva omesso di dichiarare dovuti per l'intero dall'utilizzatrice i contributi versati, salvo il diritto della cooperativa di pretendere la restituzione dell'indebito.

All'udienza odierna l'appellante replicava all'appello incidentale, indi le parti discutevano e la causa veniva decisa con sentenza del cui dispositivo veniva data immediata lettura.

DIRITTO — Va innanzitutto confermata la sentenza nella parte in cui dichiara inapplicabile la decadenza prevista dall'art. 4 della L. 1369/60 prevista solo per i "diritti spettanti ai prestatori di lavoro ai sensi dell'articolo precedente" ovvero ai sensi dell'art.3 stessa legge. Sul punto è intervenuta la recentissima Cassazione civile, sez. lav. 17 gennaio 2007, n. 996 (1), che chiarisce definitivamente la disciplina in materia.

Partendo dal dato testuale ("I diritti spettanti ai prestatori di lavoro ai sensi dell'articolo precedente potranno essere esercitati nei confronti dell'imprenditore appaltante durante l'esecuzione dell'appalto e fino ad un anno dopo la cessazione dell'appalto") e considerando che il richiamato art. 3 statuisce a sua volta, al comma 1, che "Gli imprenditori che appaltano opere o servizi, compresi i lavori di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione ordinaria degli impianti da eseguirsi nell'interno delle aziende con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore sono tenuti in solido con quest'ultimo a corrispondere ai lavoratori da essi dipendenti un trattamento minimo inderogabile retributivo ed ad assicurare un trattamento normativo, non inferiore a quelli spettanti ai lavoratori da loro dipendenti"; e ancora, al comma 3, che "Gli imprenditori sono altresì tenuti in solido con l'appaltatore, relativamente ai lavoratori da questi dipendenti, all'adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalle leggi di previdenza ed assistenza", la Suprema Corte afferma la non assoggettabilità dell'INPS, soggetto terzo, all'onere decadenziale previsto per la parte.

Appare opportuno trascrivere parte dell'esauritiva motivazione della citata sentenza alla quale questa Corte ritiene di uniformarsi: "una lettura del dato normativo mostra con chiarezza come il legislatore abbia voluto introdurre una obbligazione di carattere solidale al fine di garantire ai dipendenti dei committenti di appalti un trattamento minimo inderogabile retributivo ed un trattamento normativo non inferiori a quelli dei dipendenti degli appaltatori, sempre che si sia in presenza di specifiche prestazioni da effettuarsi all'interno dell'azienda di questi ultimi; ed abbia altresì inteso estendere, sempre a garanzia dei suddetti dipendenti, la solidarietà tra committente ed appaltatore anche alle prestazioni scaturenti dalle leggi di previdenza ed assistenza. E che nella scrutinata normativa siano contemplati unicamente i committenti e gli appaltatori si deduce con certezza dalle espressioni del legislatore che fa, per quanto riguarda i primi, ricorso alla parola "imprenditori" ("Gli imprenditori che appaltano" e "Gli imprenditori sono altresì tenuti... "rispettivamente ai commi 1 e 3, art. 3) e, per quanto riguarda la parte coobbligata con questi, alla parola "appaltatore" (cfr. ancora commi 1 e 3 del citato art. 3).

E che la disciplina del termine decadenziale riguardi sempre ed unicamente il committente e l'appaltatore - e non qualsiasi altro soggetto estraneo alla conclusione del contratto lavorativo perché terzo rispetto ad esso - trova ulteriore e definitivo conforto nel testo dell'art. 4, il cui richiamo ai diritti spettanti ai prestatori di lavoro "ai sensi dell'articolo precedente" appare estremamente eloquente in tali sensi.

Quanto ora detto trova, sotto altro versante, conferma nella piena autonomia del rapporto previdenziale facente capo all'INPS, ribadita più volte dai giudici di legitti-

mità, quali hanno statuito che allorquando l'Istituto assicuratore faccia valere la sua qualità di soggetto autonomo per fonte, causa, soggetti e contenuto differente da quello pur connesso di lavoro - del correlativo rapporto non soggiace al giudicato (di inesistenza del rapporto di lavoro subordinato), intervenuto fra il lavoratore ed il suo datore di lavoro, e rimane, pertanto, autonomamente legittimato a chiedere l'accertamento del proprio diritto (cfr. in tali sensi: Cass. 22 novembre 1984 n. 6029, cui adde, tra le innumerevoli decisioni applicative dell'autonomia del suddetto rapporto previdenziale Cass. 5 luglio 2002 n. 9774; Cass. 22 marzo 2001 n. 4141; Cass. 18 febbraio 1986 n. 970).

Né può trascurarsi di considerare, ai fini di una migliore comprensione del testo normativo in esame, come sia abituale tecnica legislatura, proprio in ragione della più volte ricordata autonomia del rapporto previdenziale - tecnica di cui sono testimonianza tra l'altro il D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, artt. 25 e 27 in materia di somministrazione di lavoro (istituto dalla cui irregolare utilizzazione possono scaturire gli illegittimi effetti della interposizione della manodopera regolati dalla disciplina della legge n. 1369 ora abrogata) - regolare in modo specifico ed autonomo (lasciando impregiudicate la posizione dell'Istituto assicurativo e la generale disciplina sull'esercizio dei suoi diritti derivanti dal rapporto previdenziale) sia gli obblighi di natura economica e normativa che quelli di natura previdenziale ed assistenziale, scaturenti dal rapporto di lavoro subordinato ed indicando quei lavoratori che dell'adempimento di tali obblighi debbono 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.

L'assunto dell'estensibilità della decadenza al diritto dell'INPS ai contributi previdenziali è contraddetto, infine, anche dalla ratio della L. n. 369 del 1960. art. 4, che va individuata in un opportuno bilanciamento dell'interesse del lavoratore a vedere pienamente tutelata nei riguardi dello appaltante la sua posizione (economica, normativa e previdenziale) con quello del suo datore di lavoro a limitare nel tempo una esposizione patrimoniale, che attraverso l'assunzione di una responsabilità solidale con l'appaltatore - risulta suscettibile di tradursi in un indubbio aggravamento degli obblighi scaturenti dall'iniziale rapporto e dalla disciplina dalla contrattazione collettiva che detto rapporto regola.

E che il diritto dell'INPS alla regolarizzazione della posizione previdenziale del lavoratore risulti soggetta anche in materia di appalti alla prescrizione - e non, invece, ad alcun termine decadenziale appare come mero corollario, da un lato, del principio che le norme dettate in materia di decadenza non sono soggette né ad interpretazione restrittiva, per dovere essere applicate con quel rigore e quella rigidità imposte dalla natura dei loro effetti (cfr. al riguardo tra le tante: Cass. 9 febbraio 2006 n. 2853 (2); Cass. 21 agosto 2003 n. 12300, ed in epoca più risalente, Cass. 7 giugno 1971 n. 2126, cui adde ancora in argomento: Cass. 26 giugno 2000 n. 8680, che pur premettendo che la natura perentoria di un termine, per l'esercizio di un diritto, può desumersi anche in via interpretativa, rimarca però come la legge debba autorizzare tale interpretazione comminando, sia pure implicitamente ma in modo univoco, la perdita del diritto in caso di mancata osservanza del suddetto termine) né ad interpretazione analogica (cfr.

tra le altre: Cass. 2 ottobre 2003 n. 14694; Cass. 26 giugno 2000 n. 8700).

Per di più non può non assegnarsi il dovuto rilievo ai fini di inferirne l'autonomia del rapporto previdenziale - e la conseguenziale sottrazione al termine annuale decadenziale del diritto dell'INPS alla regolarizzazione dello stesso - ai lavori preparatori degli scrutinati artt. 3 e 4. In detti lavori non v'è alcun cenno volto a regolamentare l'esercizio del diritto dell'istituto assicuratore derivante dal rapporto previdenziale, ma si evidenzia unicamente - in connessione ad altre leggi, costituenti un reticolato normativo posto a tutela dei diritti dei lavoratori (e precisamente quella del collocamento, quella del lavoro a domicilio, quella della tutela della donna e del minore) - l'esigenza di "disciplinare situazioni, che pur se non son dettate necessariamente da propositi di frode, tuttavia possono determinare delle sperequazioni nell'ambito dell'azienda, tali da giustificare l'intervento del legislatore, sperequazioni inammissibili fra lavoratori che partecipano alla normale attività dell'azienda stessa e che non possono trovarsi in condizioni di maggiore o minore vantaggio a seconda che la loro opera sia prestata all'imprenditore o ad una persona interposta" (cfr. Atti Parlamentari, Camera dei deputati, 3° Legislatura, seduta del 13 ottobre 1959, pag. 10965). E proprio in relazione all'articolato approdo al testo definitivo della L. n. 1369, art. 4 si segnala l'intervento fatto al Senato dal relatore alla legge (onorevole B.), che - nell'affermare che detta disposizione "fissa un termine di decadenza di un anno dalla cessazione dell'appalto per l'esercizio da parte dei prestatori di lavoro dei loro diritti nei confronti dell'impresa committente" - mostrava di volere limitare l'ambito di efficacia del termine annuale decadenziale ai soli diritti che poteva far valere direttamente il lavoratore, e di non porsi affatto il problema dei diritti previdenziali radicati sul medesimo rapporto di lavoro disciplinato dalla legge e che potevano vantare autonomamente gli enti previdenziali (Atti Parlamentari, Senato della Repubblica, 3° legislatura, Disegni di legge, Relazione alla decima Commissione permanente sul disegno di legge n. 749 - A, p. 21 ss.).

È utile al riguardo anche segnalare che, diversamente da quanto pure è stato in precedenza ritenuto da questa Corte (cfr. in motivazione: Cass. 9 ottobre 1975 n. 3216 cit.), una lettura della L. n. 1369 del 1960, art. 4 volta a riconoscere una efficacia soggettivamente limitata nei sensi innanzi indicati alla suddetta disposizione, non produce alcun effetto deteriore in capo ai lavoratori, che anzi ne traggono una maggiore e più efficace tutela di una parte dei propri diritti, scaturenti dall'appalto di manodopera, atteso che gli enti previdenziali, affrancati dal termine annuale decadenziale, possono procedere al recupero dei contributi obbligatori, omessi dai datori di lavoro coinvolti nell'appalto, nell'ordinario e ben più lungo termine prescrizione fissato dalla L. 8 agosto 1995, n. 335, art. 3, ricostruendo in tal modo la posizione assicurativa dei lavoratori, che si vedrebbero altrimenti costretti a sperimentare il non agevole meccanismo regolato dalla L. 16 luglio 1962, n. 1338, art. 13 ai fini della costituzione di una rendita vitalizia" (così Cass. 996/07 citata).

Risulta in atti (vedi deposizione del teste M. e M. oltre alle dichiarazioni dello stesso lavoratore) che A. B. lavorava, all'atto dell'ispezione, proprio all'assemblaggio dei pezzi meccanici nello stesso reparto degli altri dipendenti, con gli stessi orari, prendendo le direttive dai responsabili della R., anche perché non vi era nessun responsabile della cooperativa presente in azienda.

Questa semplice constatazione rende innanzitutto inapplicabile l'invocata norma-

tiva introdotta con la L. 192/98 sulla subfornitura.

Infatti, la-subfornitura nelle attività produttive differisce dallo schema contrattuale dell'appalto.

L'appalto è caratterizzato dall'autonomia dell'appaltatore, in funzione della stessa obbligazione di quest'ultimo, che è di risultato e non di mezzi, e vi è compatibile il controllo e la sorveglianza esercitata dal committente al fine di assicurarsi che l'opera venga eseguita in conformità delle regole dell'arte. L'appaltatore, dovendo perseguire il risultato dell'opera, non deve solo attenersi alle norme tecniche ed alle direttive dell'appaltante, ma deve opporre le eventuali necessarie obiezioni di ordine tecnico.

La subfornitura è invece caratterizzata dal controllo diretto ed integrale sull'esecuzione dei lavori da parte dell'impresa committente. Progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli e prototipi sono infatti forniti dall'impresa committente, la quale, dovendo il prodotto o il servizio essere inserito nella produzione di un bene complesso, trasferisce al subfornitore il c.d. know how, nel senso dell'intero patrimonio conoscitivo sul come produrre un determinato bene o servizio. La dipendenza tecnologica e progettuale verso il committente risiede in questo integrale trasferimento da parte del committente medesimo al subfornitore delle nozioni sul come fare un determinato bene o servizio, al punto che il subfornitore, a differenza dell'appaltatore, è privo di autonoma capacità valutativa in ordine alla congruità delle prescrizioni.

Si ha subfornitura ai sensi dell'art. 1 L. n. 192 del 1998 qualora un imprenditore (committente) isoli una (o più) delle fasi in cui si articola il processo produttivo - fasi che, comunque, potrebbe esso stesso svolgere direttamente con una diversa organizzazione della produzione, impiegando risorse (materia prime, macchinari e personale) proprie - per affidarla all'esterno, ad altro imprenditore, il quale, nell'eseguire la prestazione, dovrà attenersi alle indispensabili direttive di carattere tecnico impartite dal committente.

La disciplina della subfornitura nelle attività produttive, introdotta dalla l. 18 giugno 1998 n. 192, non si riferisce a tutti i rapporti commerciali emersi nella prassi tradizionalmente qualificabili come subfornitura ma solo a quelli in cui sia ravvisabile il presupposto peculiare della necessaria conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche o tecnologiche, modelli e prototipi forniti dalla committente (ossia la c.d. lavorazione per conto e la subfornitura di prodotti o servizi, entrambi con la ricorrenza del presupposto della strumentalità della prestazione rispetto al ciclo produttivo del committente) ed esige pertanto la sussistenza della c.d. soggezione tecnologica del subfornitore rispetto al committente (che non sussiste laddove costui non possedesse in ogni caso le competenze tecniche e la tecnologia necessari per la realizzazione dell'opus").

Pare evidente che l'attività di sbavatura dei metalli o di montaggio dei pezzi sia totalmente al di fuori dallo schema regolato dalla L. 192/98, e pertanto la legittimità dell'appalto non può derivare dall'applicazione di questa normativa.

Altrettanto deve dirsi in relazione alla presunta inapplicabilità della L. 1369/1960 ai soci lavoratori delle cooperative di produzione e lavoro.

Per giurisprudenza ormai consolidata "Ai fini della normativa di cui alla l. 23 ottobre 1960 n. 1369, in tema di divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e sull'impiego di manodopera negli appalti di opere e di servizi, ciò che rileva, negli appalti assunti dalle cooperative di produzione e lavoro, non è il tipo

di rapporto che lega il prestatore alla cooperativa - che può essere rapporto societario nel caso di prestazioni corrispondenti a quelle proprie dell'oggetto sociale, ovvero rapporto di lavoro subordinato nell'ipotesi di prestazioni diverse - ma la natura delle prestazioni appaltate; nel caso in cui esse siano riconducibili a mere prestazioni di lavoro si ha l'inserimento del prestatore nella struttura organizzativa dell'azienda appaltante, ipotesi prevista dall'art. 1 della citata legge; nel caso, invece, in cui le prestazioni appaltate riguardino anche altri fattori produttivi (capitali, macchine ed attrezzature) permane l'inserimento del prestatore nella struttura organizzativa dell'azienda appaltatrice e tale ipotesi implica, di norma, l'obbligo solidale di appaltante ed appaltatore di assicurare i trattamenti minimi retributivi e normativi praticati ai dipendenti del primo ai sensi degli art. 3 e 5 della menzionata legge, (così Cassazione civile, sez. lav., 18 maggio 2006, n.11678). Nel caso specifico era stata cassata con rinvio la sentenza impugnata, ritenendo l'irrelevanza del criterio adottato dalla Corte di merito secondo il quale si sarebbe potuta escludere l'interposizione fittizia di manodopera per il solo fatto che l'asserito interposto fosse una società cooperativa e che il lavoratore fosse un socio di essa. Secondo la Cassazione tale criterio non si sarebbe dovuto considerare esaustivo e propriamente concludente, dal momento che la qualità di socio non costituiva, di per sé, antidoto sicuro all'assenza di interposizione, soprattutto di un'attività lavorativa che risultava assolutamente identica a quella di tipo subordinato già svolta nell'ambito della società appaltante, ed anzi, proprio la circostanza di tale identità, avrebbe dovuto rappresentare il criterio per discendere il perdurante inserimento del lavoratore nella struttura organizzativa della società appaltante, così da poter integrare una fittizia interposizione di manodopera.

Né può essere utilmente invocato dall'appellante lo jus superveniens introdotto con il D.Lgs. 10.9.2003 n. 276, che ha abrogato, tra l'altro, tutta la legge 1369/1960, ed ha dettagliatamente disciplinato il contratto di somministrazione di lavoro, distinguendolo dall'appalto di servizi e dal distacco.

Riprendendo il contenuto della legge 196/1997, il D.Lgs. 276/2003, all'art. 20, definisce il contratto di somministrazione di lavoro, che si distingue essenzialmente dal contratto di somministrazione di cose di cui all'art. 1559 cod. civ. appunto per la diversità dell'oggetto: per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo della impresa utilizzatrice.

La somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore, mentre la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato è specificamente ammessa per alcuni particolari servizi (servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico, servizi di pulizia, custodia, portineria, servizi di trasporto di persone o di trasporto e movimentazione di macchinari e merci, servizi di installazione o smontaggio di impianti e macchinari, e simili).

Nella somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, i lavoratori rimangono a disposizione del somministratore per i periodi in cui non svolgono la prestazione lavorativa presso un utilizzatore.

A garanzia dei lavoratori è previsto un regime di solidarietà a carico del somministratore e dell'utilizzatore in ordine agli obblighi retributivi e previdenziali (art. 23).

Con l'art. 29 vengono ribaditi i criteri distintivi tra la somministrazione di lavoro e l'appalto di opera o di servizio di cui all'art. 1655 cod. civ., che sono identificati nell'organizzazione dei mezzi necessari e dell'assunzione del rischio d'impresa in capo all'appaltatore, per cui una situazione come quella qui trattata non rientrerebbe comunque tra quelle non più illecite secondo la nuova normativa.

Peraltro, è principio incontroverso (affermato da ultimo dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 25887 del 16.6.2003) che ricorre una abrogatio sine abolitione se i fatti costituenti reato secondo la legge anteriore siano tuttora punibili secondo la legge posteriore, mentre se alcuni fatti puniti dalla legge anteriore restano fuori dal perimetro normativo della nuova fattispecie penale ricorre una abrogazione con effetto solo parzialmente abolitivo.

Applicando questo principio al complesso il rapporto tra la fattispecie di cui agli artt. 1 e 2 legge 1369/1960, ora abrogata, e - quella introdotta dall'art. 18, primo comma, primo periodo, e secondo comma, primo periodo, D.Lgs. 276/2003, occorre osservare che, data l'amplissima formulazione dei divieti previsti dai primi due commi dell'art. 1 legge 1369/1960, la fattispecie abrogata puniva sia il committente che l'appaltatore che ricorressero a qualsiasi esecuzione di prestazioni lavorative mediante impiego, sotto qualsiasi forma di manodopera assunta dall'appaltatore ma di fatto operante alle dipendenze del committente.

La fattispecie introdotta dalla nuova legge punisce sia chiunque eserciti attività non autorizzate di somministrazione di lavoro, sia l'utilizzatore che ricorra alla somministrazione di lavoro fornita da soggetti non abilitati o comunque al di fuori dei casi previsti dalla legge (art. 4, comma 1, lett. b, in relazione all'art. 20, comma 3, lettera da a ad h).

Se si tiene presente la chiara opzione non formalistica del legislatore in questa 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. 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 lavoratori forniti da altri, assumendosi però l'organizzazione dei mezzi, la direzione dei lavoratori 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 e attrezzature fornite dal committente (art. 1, comma 3, legge 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 questo senso, secondo i parametri precisati dalla ultima giurisprudenza delle Sezioni Unite, anche nella ipotesi in esame si verifica una abrogazione parziale della fattispecie penale precedente, giacché solo alcuni fatti puniti dalla legge abrogata non costituiscono più reato secondo la legge sopravvenuta (le somministrazioni di lavoro da parte di agenzie private abilitate e nei casi consentiti), mentre altri fatti continuano ad essere puniti come reato (le som-

ministrazioni di lavoro da parte di soggetti non abilitati o fuori dei casi consentiti, che la legge abrogata puniva come appalti di mere prestazioni di lavoro).

Passando al merito, come già del resto evidente da quanto fin qui detto, la Corte ritiene, come già il primo giudice, che dagli atti e dalle testimonianze assunte emerga la prova dell'interposizione di manodopera.

Risulta in atti che l'intervento condotto dall'ispettorato del lavoro ha portato alla constatazione della posizione lavorativa nella quale era inserito il B. che in quel momento stava lavorando, "insieme a tutti gli altri operai nel reparto montaggio... il lavoro a cui era addetto era uguale a quello degli altri operai: questo lo abbiamo visto personalmente" (vedi teste M.).

Come è noto, l'interposizione vietata ricorre, oltre che in presenza degli elementi presuntivi previsti dal comma 3 dell'art.1 (che qui pure si riscontrano), anche quando il soggetto interposto manchi in concreto, di una gestione di impresa a proprio rischio e di un'autonoma organizzazione, essendo in prospettiva rilevante a chi siano subordinati i lavoratori (cfr. Cassazione civile sez. lav., 21 maggio 1998, n. 5087).

Come già ricordato, nel caso di specie il B. ha confermato quanto già del resto emergeva dagli accertamenti ispettivi, e cioè che era tale G., responsabile della R., ad impartire ordini e direttive, a controllare l'orario e l'operato, tanto che il lavoratore neppure sapeva di quale cooperativa era in qual momento dipendente (se la S. V., come disse agli ispettori, o la D., come poi risultò dagli atti).

In presenza di una subordinazione concreta alla R., in assenza di qualsiasi rischio economico gravante sulla cooperativa che, a suo dire, avrebbe fornito al lavoratore la lima per provvedere alla sbavatura, anche a prescindere dai pur sussistenti elementi presuntivi, la prospettazione degli ispettori risulta provata.

Poiché, dunque, si tratta di un caso evidente di intermediazione fittizia di manodopera, la sentenza deve essere, in accoglimento dell'appello incidentale dell'INPS, riformata sulle conseguenze erroneamente tratte in ordine alla sussistenza dell'obbligo contributivo, che sorge per intero in capo alla R., reale datrice di lavoro, indipendentemente dall'eventuale versamento di contributi da parte della cooperativa alla quale, se del caso, andranno restituiti.

Sul punto è ormai intervenuta la Suprema Corte a Sezioni Unite (Cassazione civile, sez. un., 26 ottobre 2006, n. 22910) statuendo che "In caso di appello illecito ai sensi dell'art.1 L.23 ottobre 1960 n.1369 la nullità del contratto tra appaltante e appaltatore e la costituzione ex lege del rapporto di lavoro con l'imprenditore che abbia effettivamente utilizzato la prestazione, comporta che solo sull'appaltante gravano gli obblighi retributivi e contributivi, non potendosi configurare una concorrente responsabilità dell'interposto in virtù dell'apparente titolarità del rapporto; tale principio generale di necessaria corrispondenza tra titolarità formale e sostanziale del rapporto di lavoro non ha perduto consistenza a seguito della entrata in vigore del d.lg. 10 settembre 2003 n. 276, poiché anche nel nuovo sistema il superamento di tale principio è tassativamente limitato ai casi ivi previsti, mentre, allorchè si fuoriesca dai rigidi schemi voluti dal legislatore, si rientra in forme illecite di somministrazione di lavoro che continuano a essere assoggettate ai principi enunciati dalla giurisprudenza in tema di divieto di intermediazione di manodopera".

Ne consegue che in parziale riforma della sentenza, deve essere condannata l'ap-

pellante al pagamento dell'intero importo dei contributi per cui è causa.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano nei confronti degli istituti appellati nella somma per ciascuno di € 1.000,00 (di cui euro 350 per diritti ed euro 600 per onorari) per il primo grado ed € 1.200,00 (di cui euro 450 per diritti ed euro 700 per onorari) per l'appello.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 2007, p. 169

(2) *Idem*, 2006, p. 694

Pensioni - Costituzione di rendita vitalizia - Domanda del lavoratore all'INPS - Mancata allegazione e prova della impossibilità di ottenere la costituzione della rendita a carico del datore di lavoro - Inammissibilità.

Corte di Appello di Brescia - 08/17.11.2007 n. 445 - Pres. Nora - Rel. Terzi - P. (Avv. Signorelli) - INPS (Avv.ti Tagliente, Collerone).

L'art.13 L. n. 1338/62 individua nel datore di lavoro il soggetto che deve provvedere alla costituzione della rendita e dunque al risarcimento in forma specifica per violazione di obblighi propri e stabilisce che solo in via residuale e sostitutiva, per l'ipotesi di impossibilità di gravare sul soggetto inadempiente, sia consentito al lavoratore di provvedere direttamente. Ne consegue l'inammissibilità della domanda proposta direttamente dal lavoratore nei confronti dell'INPS in difetto di allegazione e dimostrazione della impossibilità di ottenere la rendita a carico del datore di lavoro.

FATTO — Con ricorso depositato il 2.4.07 M. P. proponeva appello contro la sentenza n. 889/06 del Tribunale di Bergamo, con la quale era stata respinta la domanda di accertamento da lei proposta nei confronti dell'Inps del suo diritto alla costituzione della rendita vitalizia ex art. 13 L n. 1338/62 per il periodo di lavoro prestato presso la Metallurgia Milanese spa dal 26.5.65 al 8.2.68, per il quale non erano stati versati ed erano ormai prescritti i contributi previdenziali.

Lamentava l'appellante l'erronea statuizione in diritto sia in relazione alla dichiarata inammissibilità della domanda per non essere stata allegata e dimostrata l'impossibilità di ottenere la costituzione della rendita dal datore di lavoro, avendo l'Inps ritenuto ammissibile la domanda in sede amministrativa, sia in relazione all'accoglimento della eccezione di prescrizione del diritto, dovendo essere fatto decorrere il termine dal momento della perdita parziale o totale della prestazione previdenziale e non dal

momento della compiuta prescrizione dell'obbligo di versamento dei contributi.

Si costituiva in giudizio l'Inps contestando gli argomenti svolti a sostegno della impugnazione.

All'udienza del 8.11.07 la causa veniva discussa e decisa come da separato dispositivo, del quale veniva data lettura.

DIRITTO — L'eccezione di prescrizione, che ha natura preliminare, va respinta.

Sul termine iniziale di decorrenza della prescrizione del diritto del lavoratore alla costituzione della rendita ex art. 13 L n. 1338/62 vi sono pronunce della giurisprudenza di legittimità contrastanti e nel contrasto ritiene questa Corte di condividere la giurisprudenza maggioritaria, ribadita anche dalle pronunce più recenti, che esclude che il termine iniziale possa essere individuato nel termine finale di prescrizione dell'obbligo di versamento a carico del datore di lavoro e ciò per due motivi, uno di natura letterale e l'altro di natura sistematica.

L'art. 13 non prevede espressamente alcun termine per il decoro della prescrizione e nemmeno determina il momento in cui il diritto può essere esercitato. Il terzo comma però espressamente dispone "La rendita integra con effetto immediato la pensione già in essere; in caso contrario i contributi di cui al comma precedente sono valutati a tutti gli effetti ai fini della assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti". Se dunque è contemplata quale prima ipotesi quella integrazione della pensione già in essere, a seguito del versamento della riserva matematica, si deve giungere alla conclusione che il diritto possa essere esercitato anche a distanza di tempo notevole dalla omissione contributiva e anche ad oltre dieci anni di distanza dalla prescrizione dell'obbligo di versamento dei contributi (che in epoca anteriore alla legge n. 153/69 era di cinque anni), non essendovi alcun razionale motivo per ritenere che l'azione di risarcimento in forma specifica sia stata prevista solo per omissioni contributive meno risalenti rispetto alla durata della vita lavorativa necessaria per potere usufruire del trattamento pensionistico.

Va poi evidenziato che la costituzione della rendita vitalizia ha quale finalità primaria quella di risarcimento del danno in forma specifica e non quello di astratta ricostruzione della anzianità contributiva, venendo meno l'interesse, e quindi il diritto, nelle ipotesi in cui alla maggiorazione della contribuzione attraverso il versamento della riserva matematica, non possa conseguire alcun miglioramento del trattamento previdenziale. Da ciò consegue che il termine iniziale per la prescrizione non possa essere individuato in epoca anteriore al momento in cui la lesione patrimoniale si è determinata. Se pure in astratto non può essere negata la possibilità di una condanna del datore di lavoro in forma generica al risarcimento ancor prima che la lesione sia effettiva, il termine di prescrizione per la liquidazione del danno eventualmente attraverso l'azione ex art. 13 cit. non può comunque iniziare a decorrere prima che il danno si sia verificato (cass. n. 26990/05, n. 22751/04, n. 14807/02).

È invece fondata l'eccezione inammissibilità della azione per non avere l'appellante allegato e dimostrato l'impossibilità di ottenere la costituzione della rendita carico del datore di lavoro.

L'art. 13 L n. 1338/62 prevede espressamente che il lavoratore possa "sostituirsi" al datore di lavoro e provvedere direttamente al versamento della riserva matematica, salvo il risarcimento del danno, "quando non possa ottenere dal datore di lavoro la

costituzione della rendita". La formulazione letterale è chiara nel costruire il diritto del lavoratore come forma sostitutiva ed è confortata dalla interpretazione sistematica. La disciplina di cui all'art. 13 opera a favore dei lavoratori subordinati o assimilati, che non sono abilitati a versare direttamente i contributi sulla propria posizione previdenziale ma dipendono da altri su cui grava il relativo obbligo e ha quale finalità quella di consentire una regolarizzazione contributiva oltre i limiti della prescrizione entro i quali soli termini opera il principio di automaticità. In questo quadro normativo è dunque logico che il soggetto che deve provvedere alla costituzione della rendita e dunque al risarcimento del danno in forma specifica per violazione di obblighi propri sia il datore di lavoro (il cui obbligo risarcitorio si pone anche quale garanzia contro la costituzione di posizioni previdenziali fittizie) e che solo in via residuale e sostitutiva, per l'ipotesi di impossibilità di gravare sul soggetto inadempiente, sia consentito al lavoratore di provvedere direttamente (cass. n. 15304/05, cass. n. 642/05).

Il fatto che l'Inps in sede amministrativa non abbia contestato sotto questo profilo l'ammissibilità della domanda è irrilevante, non potendo essere desunto da ciò un comportamento concludente di riconoscimento implicito del diritto della appellante (peraltro non disponibile da parte dell'Istituto).

L'appello va quindi respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare fra le parti le spese del grado.

(Omissis)

Lavoro (Rapporto di) - Rapporto tra struttura sanitaria e medici - Prestazione autonoma - Esclusione.

Corte d'Appello di Catanzaro - 16.05.06/19.01.2007, n. 45/07 - Pres. Ammirata - INAIL (Avv.ti Arcidiacono, Allegrini) - INPS (Avv. Filice) - C. s.r.l Casa di Cura M. d. G. (Avv.ti Tortrici, Caputi).

Deve essere qualificato rapporto di lavoro subordinato e non autonomo quello che intercorre tra una struttura sanitaria ed i medici che al suo interno operano ove lo svolgimento dell'attività avvenga con i caratteri della continuità delle prestazioni, dell'osservanza di un orario determinato e della periodicità e predeterminazione della retribuzione. Nei rapporti in esame i classici indici rivelatori della subordinazione, quali l'eterodeterminazione della prestazione e l'assoggettamento del lavoratore al potere organizzativo e di controllo del datore di lavoro, devono essere valutati avuto riguardo alla particolarità dell'oggetto della prestazione di lavoro (nel caso di specie si evidenzia la circostanza che il lavoro prestato dai medici era la loro principale se non esclusiva attività e fonte di reddito).

FATTO— Avverso la sentenza 25.6/9.7.2003 del Tribunale di Cosenza, in funzione di giudice del Lavoro, proponeva appello, con atto depositato in data 3.10.2003, l'INAIL, deducendo che erroneamente il primo giudice aveva accolto l'opposizione della C. srl - Casa di Cura M.d. G. - avverso il decreto ingiuntivo ed il precetto notificati alla predetta a titolo di sanzioni amministrative.

L'appellante deduceva come di seguito specificato.

L'interpretazione più autorevole, combinando il requisito della eterodeterminazione con quelli della alienità dei risultati e dei mezzi produttivi, era giunta a definire subordinata la prestazione lavorativa destinata ad essere inserita in una organizzazione produttiva, sulla quale il lavoratore non aveva alcun potere di controllo, e ad essere utilizzata secondo le direttive del datore di lavoro per uno scopo in ordine al quale il lavoratore non aveva alcun interesse giuridico.

La giurisprudenza aveva, inoltre, enucleato tutta una serie di indici rivelatori della figura del lavoratore subordinato quali:

- l'inserzione del predetto nell'organizzazione predisposta dal datore di lavoro;
- la sottoposizione alle direttive tecniche, al controllo e al potere disciplinare dell'imprenditore;
- la modalità della retribuzione, generalmente a tempo ed indipendente dal risultato;
- il vincolo dell'orario di lavoro.

Nel caso di specie gli ispettori avevano appurato direttamente fatti inconfutabili rispondenti agli indici rivelatori di cui sopra. Pertanto appariva palese che i rapporti in questione, al di là dell'aspetto nominativo, avevano natura subordinata.

Dall'espletata prova per testi era emersa con maggiore evidenza il carattere subordinato dell'attività lavorativa del personale sanitario. In definitiva le deposizioni testimoniali erano dello stesso tenore delle dichiarazioni rese in sede ispettiva.

D'altra parte era inverosimile che per i 100 posti letto garantiti dalla clinica fossero sufficienti solo due medici inseriti nella pianta organica con contratto di lavoro subordinato. Dalle dichiarazioni rese agli ispettori, inoltre, emergeva che l'azienda aveva usufruito delle agevolazioni previste per la mobilità riducendo il personale. Subito dopo, non potendo gestire la struttura, aveva proceduto a varie assunzioni sotto mentite spoglie di contratti autonomi, riportando l'organico al livello preesistente. Per cui aveva abbattuto di circa un terzo i costi occupazionali senza diminuire i servizi prestati.

Il Tribunale aveva errato nel ritenere autonomo i rapporti di lavoro in questione affidandosi, in definitiva, solo ai *nomen iuris* che le parti avevano adoperato. Esso, però, non aveva tenuto conto degli indici rivelatori di cui sopra si era detto non affrontando, in sostanza, la questione decisiva della subordinazione.

Concludeva, quindi, per la riforma della gravata sentenza con il rigetto delle avversarie opposizioni. Si costituiva in giudizio l'appellata che resisteva all'appello proposto chiedendone il rigetto.

Avverso la medesima sentenza proponeva appello, in data 19.2.04, l'INPS per le opposizioni proposte sempre dalla C., avverso ordinanza-ingiunzione, verbale di accertamento, precetto, decreto ingiuntivo riguardanti la medesima vicenda ispettiva. Anche qui si costituiva controparte opponendosi all'appello.

Acquisito il fascicolo di primo grado; riunite le due procedure, sulle conclusioni delle parti che si sono riportate agli atti introduttivi, all'udienza del 16.5.2006 la causa è stata decisa come ila separato dispositivo.

DIRITTO — I dispiegati appelli meritano accoglimento.

Il Tribunale ha ritenuto l'insussistenza della subordinazione evidenziando che:

- 1 - i soggetti sentiti hanno qualificato il loro rapporto in termini di attività libero-professionale,
- 2 - hanno escluso l'obbligo di un rigido orario di lavoro deducendo solo l'osservanza del turno quale dovere di collaborazione per il funzionamento della struttura,
- 3 - le somme percepite erano diverse di mese in mese,
- 4 - i soggetti non ricevevano direttive dal legale rappresentante della società e si accordavano liberamente tra di loro per i turni.

Vanno ricordati i principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di subordinazione, come da massime che seguono.

“In caso di prestazioni che, per la loro natura intellettuale, mal si adattano ad essere eseguite sotto la direzione del datore di lavoro e con una continuità regolare, anche negli orari, ai fini della qualificazione del rapporto come subordinato oppure autonomo, sia pure con collaborazione coordinata e continuativa, il primario parametro distintivo della subordinazione, intesa come assoggettamento del lavoratore al potere organizzativo del datore di lavoro, deve essere necessariamente accertato o escluso mediante il ricorso ad elementi sussidiari, che il giudice deve individuare in concreto - con accertamento di fatto incensurabile in Cassazione se immune da vizi giuridici e adeguatamente motivato dando prevalenza ai dati fattuali emergenti dal concreto svolgimento del rapporto, senza che il "nomen iuris" utilizzato dalle parti possa assumere carattere assorbente. (Fattispecie relativa a prestazioni sanitarie eseguite da medici presso una casa di cura privata e formalmente definite, nei relativi contratti come prestazioni libero professionali)”. (Cas., sez. lav., 28 marzo 2003, n. 4770, Casa di cura S.G. e. Inps)

“Ai fini della qualificazione di un rapporto di lavoro come autonomo o subordinato, deve attribuirsi maggiore rilevanza alle effettive modalità di svolgimento del rapporto, da cui è ricavabile l'effettiva volontà delle parti (iniziale o sopravvenuta) rispetto alla qualificazione attribuita dalle parti stesse al rapporto, tenendo conto dei parametri normativi desumibili dall'art. 2094 c.c. quali l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, con la conseguente limitazione della sua autonomia e il suo inserimento nella organizzazione aziendale del datore di lavoro; tali elementi devono essere valutati avendo riguardo alla specificità dell'incarico conferito al lavoratore il che impone, in caso di attività dirigenziale, intellettuale e professionale di procedere ad una valutazione globale dell'atteggiarsi del rapporto, tenendo conto anche dei criteri cosiddetti complementari e sussidiari come quelli della continuità delle prestazioni, dell'osservanza di un orario determinato della periodicità e predeterminazione della retribuzione”. (Cass., sez. lav., 11 settembre 2003, n. 13375 G. e Soc. C. C.).

Quindi, appurato che il *nomen iuris* non ha rilievo alcuno dovendosi guardare alla sostanza delle cose, carente risulta l'analisi del primo giudice sul materiale probatorio

acquisito.

Nel caso di specie, in effetti, il Tribunale ha dato rilievo soltanto ai due testi, legati alla clinica, sentiti in dibattimento; tralasciando di considerare le dichiarazioni che erano state rese agli ispettori in sede di accertamento amministrativo. I verbali ispettivi fanno piena prova delle circostanze che gli ispettori attestano essere avvenute innanzi a loro. D'altro canto hanno valore probatorio anche le dichiarazioni raccolte, sia pure in termini diversi dalle percezioni dirette, come si evince dalla massima che segue:

“i verbali di contravvenzione, redatti dall'Ispettorato del lavoro in tema di omesso versamento dei contributi per le assicurazioni sociali obbligatorie, fanno fede sino a querela di falso della loro provenienza dal pubblico ufficiale che li ha formati, nonché dei fatti che egli attesta essere avvenuti in sua presenza o da lui compiuti; per quanto concerne invece le circostanze di fatto accertate dall'Ispettorato nel corso dell'inchiesta attinente all'osservanza degli obblighi previdenziali, i verbali di contravvenzione forniscono elementi di valutazione liberamente apprezzabili dal giudice il quale può peraltro anche considerarli prova sufficiente delle suddette circostanze di fatto, sia nell'ipotesi di assoluta carenza di elementi probatori contrari - considerata la sussistenza in capo al datore di lavoro, obbligato ai versamenti contributivi, del relativo onere probatorio - sia qualora il giudice di merito, nel valutare nel suo complesso il materiale probatorio a sua disposizione, pervenga, con adeguata e rigorosa motivazione di supporto, al convincimento della effettiva sussistenza degli illeciti denunciati”. Cass. sez. lav. 6/09/1995 n. 9384 (1), C. G. contro I.N.P.S.

Nel caso di specie, come si vedrà, non solo appaiono inattendibili i testi sentiti, ma gli elementi emergenti dalle dichiarazioni assunte in sede ispettiva trovano conferma in elementi logici di forte spessore nonché nelle dirette percezioni degli ispettori.

In dibattimento i due testi hanno dichiarato che, sostanzialmente, i sanitari si mettevano d'accordo tra di loro e non ricevevano alcuna direttiva né disposizione da parte del datore di lavoro. In particolare il teste S. affermava che l'attività medica era decisa e coordinata tra i sanitari del reparto, sotto la direzione del primario, ma non prendevano ordini né dal direttore sanitario né dal legale rappresentante della società.

Ha specificato, inoltre che non era tenuto a rispettare un preciso orario di lavoro, anche se doveva essere presente tutti i giorni. In sede di dichiarazioni ispettive (v. verbale del 10. 11.1996) aveva dichiarato cose diverse, in primo luogo aveva indicato un orario di lavoro che rispettava: *“sono in clinica dalle 19,30 alle 19/20”*, inoltre aveva precisato che *“lavoro sotto la direzione del dirigente sanitario dott. M.”*.

D'altro canto anche in sede testimoniale aveva riconosciuto che vi era sempre il coordinamento del primario (funzioni che egli stesso svolgeva). Appaiono maggiormente credibili le dichiarazioni rese in sede ispettiva poiché in tale sede nessuno ha mai dichiarato che i sanitari decidevano tra di loro i turni e non riconoscevano alcuna autorità superiore. Così S. C. ha detto che: *“La mia attività è quella dei colleghi del reparto viene coordinata dal primario dott. L. e dal Dir. Sanitario dott. M.”* C. G. affermava cose analoghe *“Il mio lavoro è coordinato dal dir. sanitario dott. M.”*. Nello stesso senso il dr. D.: *“Evidenzio che il mio lavoro viene coordinato e diretto dal Direttore Sanitario dott. M. il quale è anche responsabile della Chirurgia”*. La biologa d.ssa C. ha affermato: *“Preciso che le mie mansioni sono quelle di direttore tecnico e*

sono coadiuvata dal dott. C. G., d.ssa S. L. la quale mi sostituisce nei giorni in cui mi assento" da ciò si evince non solo che i sanitari non lavoravano da semplici consulenti ma avevano incarichi di direzione e responsabilità ben precisi, ma anche che vi era un sistema automatico di sostituzioni ed esse non erano lasciate al bonario accordo tra i medici. Pacifico, inoltre, che gli infermieri (V. O. N. e D. S. A.) ricevevano direttive dal direttore sanitario. Interessanti le dichiarazioni del dr. G.: *"nello svolgimento della mia attività professionale osservo dei turni di lavoro concordati preventivamente con l'amministrazione"*. Negli stessi termini si esprime il dr. A.: *"tali turni vengono stabiliti dalla dir. sanitaria, le disposizioni inerenti al mio servizio vengono impartite dal responsabile dott. S. L."*, di quest'ultimo si è già segnalata l'inattendibilità come teste. Il dr. B. ha avuto modo di riferire: *preciso di osservare le disposizioni impartite sia dal dir. sanitario e sia dal dir. amministrativo"*.

Alla luce dell'esame diretto dell'organizzazione della struttura sanitaria in questione l'ispettore C. ha asserito che i sanitari erano inseriti stabilmente nella pianta organica della struttura, proprio analizzando la predisposizione dei turni. Lo stesso ha avuto modo di specificare che vi erano altri sanitari che non erano inseriti stabilmente e che svolgevano prestazioni *"discontinue ed occasionali"*, sottolineando che questi erano stati tenuti distinti dai sanitari a causa dei quali erano state irrogate le sanzioni amministrative.

Ad abundantiam appare Interessante ricordare le dichiarazioni dell'impiegato Z. G. in merito ai sanitari impiegati come liberi professionisti *"i quali, peraltro, a tutti gli effetti sono lavoratori subordinati in quanto la loro attività viene espletata a tempo pieno con orari precisi, col vincolo della subordinazione nei confronti dell'amministrazione"*.

Oltretutto non sarebbe nemmeno concepibile una struttura sanitaria con 100 posti letto con due soli medici dipendenti e tutti gli altri autonomi, consulenti esterni, senza i vincoli più pressanti della subordinazione. È chiaro che la figura del consulente esterno si rapporta ad una struttura sanitaria già esistente, con una sua propria organizzazione, dei dirigenti, dei responsabili che organizzano e dirigono. In questo caso, addirittura, sarebbero lavoratori autonomi anche i dirigenti, quelli che organizzano la struttura: un palese controsenso. Va ricordato, tra l'altro, che la maggior parte dei sanitari hanno dichiarato che il lavoro presso la clinica era la loro unica e principale, attività lavorativa, quella che occupava le loro giornate e dava loro il necessario per il sostentamento, come unica fonte di reddito. Anche sotto tale profilo è inverosimile che si tratti di lavoratori autonomi, di semplici consulenti che, evidentemente, devono avere altre occupazioni di maggior rilievo.

Deve ritenersi, quindi, che il rapporto di lavoro dei sanitari in questione vada qualificato come subordinato.

Alla luce delle osservazioni tutte sin qui dispiegate, in mancanza di persuasive argomentazioni contrarie, la impugnata sentenza deve essere totalmente riformata, con il rigetto delle opposizioni proposte dalla odierna appellata.

Alla soccombenza seguono le spese che si liquidano come da dispositivo.

(Omissis)

Processo civile - Opposizione a cartella ex art. 24 D.Lgs 46/1999 - Difetto di motivazione della cartella - Insussistenza.

Processo civile - Riassunzione del giudizio a seguito sentenza dichiarativa di incompetenza territoriale - Produzione nuovi documenti - Difetto di tempestiva contestazione - Ammissibilità.

Corte di Appello di Milano - 06/14.03.2008 n. 320 - Pres. Ruiz- Rel. De Angelis - I.N.P.S. (Avv. Mogavero) - B. spa (Avv.ti Trifirò, Favalli).

Non sussiste vizio motivazionale della cartella di pagamento laddove quest'ultima sia conforme alle disposizioni del decreto ministeriale approvativo del relativo modello, contenga l'indicazione del titolo della pretesa, del periodo di riferimento, di tipologia ed entità della contribuzione e richiami, sia pur con l'indicazione dei soli relativi periodi, il verbale d'accertamento così d'aver consentito il pieno controllo del soggetto ingiunto, confermato dalla compiutezza della difesa nel merito.

Devono ritenersi ammissibili ed utilizzabili ai fini del decidere nuove produzioni documentali che il convenuto abbia allegato alla memoria di costituzione nel giudizio riassunto a seguito di sentenza dichiarativa di incompetenza territoriale, laddove il ricorrente in riassunzione nulla abbia al riguardo tempestivamente eccepito.

FATTO — Con sentenza n. 158 del 2005 il tribunale di Como ha dichiarato nulla la cartella esattoriale per € 171,771,81 più 5,56 emessa contro la s.p.a. B Italia dall'Esatri - contumace - su istanza dell'Inps ed ha dichiarato interamente compensate le spese.

Secondo il tribunale la cartella è indecifrabile ed utilizza una motivazione che fa riferimento ad un verbale di ispezione durata due anni e mezzo in cui manca ogni riferimento al rapporto giuridico di soci della cooperativa S.l. avviati presso la B - e dai verbalizzanti ritenuti dipendenti di quest'ultima ex art. 11. n. 1369 del 1960 - e la cooperativa stessa.

Contro la sentenza il 27 settembre 2005 ha proposto appello l'Inps, sostenendo come la cartella, fosse valida e come comunque il tribunale avrebbe dovuto decidere sulla fondatezza della pretesa azionata attraverso la cartella, posto che il giudizio di opposizione a cartella apre un ordinario processo di cognizione inerente i diritti appunto azionati attraverso la cartella stessa. E la pretesa dell'Inps, ha sostenuto sempre l'appellante, è fondata e perché, contrariamente a quanto sostenuto in sede d'opposizione, la l. n. 1369 del 1960 è applicabile *ratione temporis*, e in quanto dagli accertamenti ispettivi è emerso che i lavoratori avviati dalla cooperativa presso la B, alcuni dei quali *in nero*, non svolgessero le mansioni di facchinaggio e movimentazione delle merci, come pattuito in contratto d'appalto con la B, ma le stesse mansioni, anche di produzione, dei dipendenti di quest'ultima.

L'appellante ha quindi chiesto, in riforma della sentenza, confermarsi la cartella

opposta o, in subordine, condannarsi la società a pagare le somme, anche inferiori, dovute, previa ammissione delle prove testimoniali richieste in primo grado.

L'appellata ha resistito.

Ammesse ed assunte le prove testimoniali, all'udienza del 6 marzo 2008 la causa è stata discussa e decisa per i seguenti motivi.

DIRITTO — 1. — Nella cartella in questione (pag. 2) sono indicati il titolo della pretesa, i periodi di riferimento, la tipologia e l'entità dei contributi non pagati e delle relative sanzioni, distinti con riguardo alle varie scadenze. In essa, in particolare, si richiama il verbale ispettivo effettuato "dal 6/1998 al 12/2000", notificato alla società, in cui sono indicate le ragioni alla base delle violazioni della medesima.

Per un verso, quindi, il contenuto della cartella corrisponde al modello approvato con decreto del Ministero delle finanze, cui rinvia l'art. 25 d.p.r. n. 602, modificato dall'art. 11 d.lgs. n. 46 del 1999; per un altro verso, esso consente il controllo del soggetto ingiunto sull'imposizione, che nella specie vi è appunto stato, come dimostra la compiutezza della difesa che l'opponente ha svolto, e quindi ha potuto svolgere, già in primo grado.

Il tribunale ha quindi errato nel dichiarare nulla la cartella stessa; declaratoria che avrebbe comunque dovuto importare che il tribunale stesso si pronunziasse ugualmente sul merito della controversia, posto che l'opposizione a cartella esattoriale dà luogo ad un ordinario giudizio di cognizione sui diritti e gli obblighi inerenti al rapporto previdenziale obbligatorio e, segnatamente, al rapporto contributivo, con la conseguenza che l'ente previdenziale convenuto può chiedere - come ha fatto nella specie - oltre che il rigetto dell'opposizione, anche la condanna dell'opponente all'adempimento dell'obbligo contributivo, portato dalla cartella, senza che ne risulti mutata la domanda (ad es., Cass. 20 aprile 2002, n. 5763 (1)).

2. — Quest'ultima considerazione, messa in relazione alle considerazioni di cui appresso, ai paragrafi 2.1. e 2.2., toglie in ogni caso valore al profilo della validità della cartella, e induce ad esaminare appunto il merito della controversia, premettendosi, al riguardo, che le circostanze di fatto utili *sub specie* dell'art. 11. n. 1369 del 1969 sono state sufficientemente allegate - e dedotte a prova - dall'ente sin dalla memoria costitutiva avanti il giudice poi dichiaratosi territorialmente incompetente (pagg. 8-11), e che sulla successiva produzione documentale dell'Inps in sede di costituzione avanti il tribunale di Como nulla la società ha *ivi* eccepito. Del resto, nulla ha neppure eccepito in ordine alle ulteriori circostanze di fatto che sarebbero state allegate dall'ente nella nuova memoria costitutiva depositata dopo la riassunzione della causa.

I documenti predetti sono dunque utilizzabili. Quanto alle dichiarazioni rese da terzi agli ispettori, però, ritiene la corte che possano solo concorrere alla formazione del convincimento nell'ambito della valutazione complessiva del materiale probatorio a disposizione.

2.1. — Detto questo e passando all'esame del merito dell'appello, va premesso che il contratto d'appalto tra la B e la società cooperativa ha ad oggetto il carico-scarico e la movimentazione delle merci. È allora fondamentale verificare se i lavoratori inviati dalla seconda presso la prima società siano stati o meno adibiti a tali attività.

Assai poco emerge, al riguardo, circa il cantiere di Monfalcone, sul quale il teste M., uno degli ispettori che eseguì l'ispezione in questione, ha riferito solo sulla base

delle dichiarazioni di due lavoratori. Il che, alla luce dei rilievi di cui sub 2, è insufficiente al raggiungimento della prova dei fatti.

2.2. — Quanto ai lavoratori impiegati nello stabilimento di Novedrate, le dichiarazioni rese in sede ispettiva sono più numerose. Esse sarebbero altresì corroborate dalla testimonianza di M., che non ha però precisato come abbia potuto verificare di persona che i lavoratori della cooperativa fossero adibiti a mansioni produttive, e quali fossero. Soprattutto, la circostanza è stata smentita categoricamente dal teste G., all'epoca direttore dello stabilimento, e quindi particolarmente a conoscenza dei fatti, e, si badi bene, pienamente attendibile per non avere più rapporti con la società appellata.

Il quadro probatorio è dunque incerto, e l'incertezza non può che riflettersi a danno di *qui dicit*, e cioè dell'Inps, ex art. 2697, comma 1, cod. civ. In proposito va solo aggiunto che il teste B., a differenza di quanto indicato nel prospetto depositato dall'ente il 24 ottobre 2007, lavorava nello stabilimento di Misinto, come risulta non tanto e non solo dal doc. 7 prodotto in primo grado dall'ente stesso, ma, soprattutto, dalla dichiarazione da lui resa in sede ispettiva.

2.3. — Le numerose dichiarazioni raccolte in tal sede e confermate da M. hanno invece trovato riscontro, quanto all'unità produttiva di Misinto, nelle testimonianze di A., B. e, anche se solo in parte di P. Deve quindi ritenersi provato che i lavoratori inviati dalla cooperativa fossero in larga parte adibiti ad attività estranee al contratto d'appalto (in larga parte produttive ma anche d'imballaggio, anche quest'ultima non compresa da tale contratto), che prendessero ordini da personale della B, che utilizzassero strumenti e materiale di quest'ultima. Ricorre, dunque, la fattispecie di cui all'art. 1 l. n. 1369 del 1960, in proposito sottolineandosi come l'avvenuta abrogazione della stessa da parte del d. lgs. n. 276 del 2003 non operi *ratione temporis*, e come non siano pertinenti i contrari richiami della società ad enunciati giurisprudenziali che riguardano i ben diversi profili *penali* della materia e l'applicazione della norma più favorevole inerente alla materia stessa.

Circa la divergenza numerica lamentata ancora nella memoria costitutiva dell'appellata, va osservato come già nella cartella opposta si sia tenuto conto del numero inferiore di lavoratori.

3. — In conclusione, in riforma della sentenza appellata, la B dunque pagare all'Inps il solo importo di € 41.631,00 riferito ai lavoratori impiegati a Misinto nei conteggi da questo depositati il 24 ottobre 2007 su invito della corte e non contestati, oltre le relative somme aggiuntive sino al saldo, a quest'ultimo proposito ricordandosi come per i debiti accertati prima del 30 settembre 2000 il regime sanzionatorio più favorevole dell'art 116 l. n. 388 del 2000 si risolva - v. comma 18 - in un credito contributivo successivamente congruabile ratealmente nell'arco di un anno.

La fondatezza solo parziale della pretesa dell'istituto importa, e comunque rende equa, la compensazione delle spese dei gradi per metà, a norma dell'art. 92 cod. proc. civ. La residua quota, liquidata in € 2.500,00 complessivi per grado, di cui € 1.500,00, di onorari, 600,00 di diritti, segue la soccombenza.

(*Omissis*)

Contributi - Cartella di pagamento - Notifica al socio già receduto da società di persone - Mancata comunicazione ai terzi del recesso - Ritualità notifica - Sussistenza - Tardività opposizione - Inammissibilità ricorso.

Corte di Appello di Milano - 06.11.07/18.01.2008 n. 99/08 - Pres. Castellali - Rel. Sbordone- S. (Avv. Borromeo) - I.N.P.S. (Avv. Mostacchi).

Ove la notifica di una cartella di pagamento ad una società di persone non sia andata a buon fine per trasferimento del destinatario, l'ulteriore notifica del titolo al socio illimitatamente responsabile al suo domicilio deve ritenersi valida a far decorrere il termine di quaranta giorni per l'opposizione giudiziale a cartella, termine che ha natura perentoria, non potendosi opporre ai terzi il preteso recesso del socio stesso che non sia stato portato a conoscenza degli stessi con mezzi idonei.

FATTO — Con ricorso 26.9.2006 S. P. ha impugnato la sentenza n. 1255 del 2006 resa dal Tribunale di Milano che ha respinto il ricorso nei confronti dell'INPS avente ad oggetto l'opposizione alla cartella esattoriale n. 068 2001 60292003000 per il pagamento di contributi previdenziali omessi nel periodo maggio 1993 - dicembre 2003.

Contesta innanzi tutto la ritenuta validità della notifica della cartella in data 2 maggio 2001 negando che essa sia andata a buon fine, mentre altra raccomandata relativa a cartella avente numero diverso era stata recapitata al suo domicilio. Rileva la irrivalenza anche della seconda notifica eseguita nel 2005 perché non accompagnata dal regolare compimento di tutte le formalità di legge. Ribadisce l'intervenuta prescrizione dei contributi pretesi, dovendosi applicare il termine quinquennale ex lege 1995/335 in difetto di atti interruttivi e l'insussistenza della propria responsabilità in ordine alla contestata omissione atteso il recesso dalla società sin dal 1993.

L'Inps si è costituito e resiste.

All'udienza di discussione la causa è stata decisa come da dispositivo in calce.

DIRITTO — Con il primo motivo di appello S. assume che il tribunale ha errato accogliendo la eccezione di tardività dell'opposizione, ritenendo la notifica della cartella effettuata regolarmente in data 2 maggio 2001, in quanto detta notifica non potè essere eseguita risultando il destinatario - sdf S. P. e B. F. SMEAC - trasferito.

Il rilievo è infondato.

Risulta infatti dalle produzioni in atti dell'Istituto che, non andata a buon fine la notifica presso la sede legale della società, la cartella è stata notificata al socio illimitatamente responsabile, l'odierno appellante presso il suo domicilio. E della notifica regolare è prova l'avviso di ricevimento della raccomandata contenente la firma per ricevuta dello stesso S.

Sullo stesso avviso di ricevimento sono indicate la data della notifica e il codice cartella, la cui lettura esclude ogni dubbio sulla riferibilità della notifica alla cartella per cui è causa e smentisce l'assunto difensivo dell'appellante.

D'altra parte, giova osservare che non essendo opponibile ai terzi lo scioglimento

della società che non sia stato portato a conoscenza di terzi con mezzi idonei, come nella specie (art. 2290 c.c.), resta ferma la responsabilità del socio, nonostante l'intervenuto recesso. Come ha precisato la Suprema Corte, quello prescritto dall'art. 24, comma 5, del D.lgs. 26 febbraio 1999 n. 46 per l'opposizione nel merito della pretesa contributiva, deve considerarsi un termine perentorio perché diretto a rendere non più contestabile dal debitore il credito contributivo dell'ente previdenziale in caso di omessa tempestiva opposizione ed a consentire così una rapida riscossione del credito medesimo. (v. Cass. 25.6.2007 n. 14692)

Alla natura perentoria del termine in esame non osta la mancata espresa previsione della sua perentorietà, dovendo pur sempre il giudice indagare se, a prescindere dal dettato della norma un termine per la funzione che adempie debba essere rigorosamente osservato a pena di decadenza e sia quindi perentorio. Non è pertanto decisivo il fatto che l'abrogato D.L. n. 338 del 1989 definisse espressamente come perentorio il termine per impugnare la cartella. Al contrario va osservato che poiché il D.Lgs. n. 46 del 1999 non ha inteso innovare la natura e le funzioni del procedimento di riscossione mediante ruolo dei crediti previdenziali, già disciplinato dal precedente D.L., la natura perentoria del termine in discorso ne risulta confermata anche in mancanza di una espresa indicazione di perentorietà. (in tal senso v. Cass. cit.)

La violazione del termine in oggetto è palese, essendo stato il ricorso introduttivo proposto solo il 14 novembre 2005, e comporta l'inammissibilità della proposta opposizione, restando assorbite le censure relative alla seconda notifica della cartella.

Le spese del grado seguono la soccombenza e si liquidano in euro 1.200,00 di cui 750,00 per onorari.

(Omissis)

Contributi - Gestione commercianti - Socio accomandatario di s.a.s. artigiana - Pretesa non prevalenza dell'apporto lavorativo dell'accomandatario - Irrilevanza - Obbligo contributivo - Sussistenza.

Corte di Appello di Milano - 31.10.07/16.01.2008 n. 80/08 - Pres. Castellini - Rel. Sbordone - G. (Avv. Tagliabue) - I.N.P.S. (Avv. Mogavero).

La domanda di iscrizione all'Albo Artigiani di impresa costituita in forma di sas postula la sussistenza dei requisiti di imprenditore artigiano in capo al legale rappresentante della società e socio accomandatario donde la prova dell'essere venute meno le relative condizioni soggettive è a carico del socio stesso, la cui attività abituale nell'ambito dell'impresa è presunta, spettando per legge all'accomandatario la gestione e l'amministrazione societaria, preclusa agli accomandanti salvo procura conferita per i singoli affari.

FATTO — Con ricorso depositato il 21.12.2006 G. C. ha proposto appello avverso la sentenza del Tribunale di COMO che, decidendo sulla opposizione avverso la cartella esattoriale, notificata da R. SPA, che ingiungeva il pagamento all'INPS di contributi omessi e somme aggiuntive per gli anni 2002, 2003 e 2004, ha dichiarato che il socio di un'impresa artigiana deve pagare i contributi artigiani all'INPS e ha confermato la cartella opposta.

Con il primo motivo l'appellante eccepisce l'omessa pronuncia sulla domanda di inefficacia della cartella per irregolarità formali risultando dalle informazioni apposte sulla cartella stessa che il credito attiene a ruolo reso esecutivo prima della sua formazione.

In secondo luogo censura l'iter argomentativo della decisione laddove ha erroneamente ritenuto che il socio accomandatario di un'impresa artigiana - pur in presenza di contestazione sui requisiti di legge - deve pagare i contributi anche se non esercita alcuna attività di impresa. A tale riguardo contesta che l'iscrizione all'Albo relativo sia sufficiente per l'inquadramento dell'impresa nel settore artigiano, occorrendo invece la prova che l'attività sia esercitata con l'opera personale del titolare svolta in via prevalente, condizione qui inesistente, svolgendo egli attività come libero professionista, per la maggior parte del proprio tempo e percependo prevalentemente da essa reddito.

Infine lamenta il mancato svolgimento di attività istruttoria richiamando le istanze dedotte in ricorso.

L'appellato si è costituito e resiste.

All'udienza di discussione la causa è stata decisa come da dispositivo in calce.

DIRITTO — 1. — È ormai giurisprudenza consolidata che l'opposizione a cartella di pagamento emessa dal concessionario per la riscossione introduce un ordinario giudizio di cognizione sulla fondatezza della pretesa creditoria dell'ente nel quale il giudice adito non verifica la legittimità formale dell'atto ma la sussistenza o meno del credito fatto valere con l'iscrizione a ruolo.

Vanno conseguente respinte le censure relative all'omessa pronuncia in ordine a pretesi vizi formali della cartella opposta.

2. — Va poi sottolineato come l'appellante contesti la pretesa dell'ente, sostenendo che difetti nella specie il requisito della "impresa artigiana" e di "imprenditore artigiano" di cui alla legge 443/1985 e che non possa essere considerato né personale né prevalente il proprio apporto nei confronti della s.a.s. la cui attività è svolta da personale dipendente ed occupandosi egli nei soli ritagli di tempo dell'attività di amministrazione della società.

Il rilievo è infondato.

In primo luogo va rilevato come la domanda di iscrizione all'Albo, sul presupposto della qualità di imprenditore artigiano del titolare dell'impresa comporta che era a carico del munente l'onere di provare che le dette condizioni siano venute meno o che mancassero fin dall'origine o che la richiesta di iscrizione sia stata frutto di errore, ma non è stata offerta alcuna prova in tal senso.

In secondo luogo essendo pacifico che il ricorrente è socio accomandatario della G., è a lui che spetta la gestione e l'attività di amministrazione dell'impresa, essendo precluso ai soci accomandanti, salvo procura ad essi conferiti per i singoli affari, il

compimento di atti che si concretano nella direzione degli affari sociali, implicanti una scelta che è propria del titolare dell'impresa (Cass. 14.1.1987 n. 172).

Ingiustificata è la critica in ordine alla mancata ammissione della prova testimoniale, considerato che, anche a volere ritenere rilevante il fatto che, ricollegando la legge il versamento dei contributi al reddito che il soggetto percepisce dal lavoro prestato nell'impresa, questo sia occasionale o poco significativo rispetto alla attività di lavoro abitualmente svolta dal soggetto, i capitali articolati non contengono elementi idonei ad individuare il preteso diverso titolare effettivo dei poteri gestionali.

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

(Omissis)

Processo civile - Opposizione a cartella - Deduzione di vizi formali della cartella - Inosservanza del termine *ex art.* 617 C.P.C. - Inammissibilità.

Contributi - Opposizione a cartella - Contestazione del credito previdenziale - pregresso riconoscimento del debito con istanza di rateazione - Duplice sottoscrizione *ex art.* 1341 C.C. - Difetto di interesse ad agire.

Corte di Appello di Milano - 27.11.07/07.01.2008 n. 25/08 - Pres. Salmeri - Rel. Trogni - R. M. sas (Avv.ti Vasciaveo, Aspesi) - I.N.P.S. (Avv. Mostacchi).

Deve ritenersi inammissibile l'opposizione a cartella di pagamento che, inerente la mancanza dei requisiti formali della cartella e qualificandosi conseguentemente come opposizione agli atti esecutivi, sia stata proposta oltre il termine di cui all'art. 617 C.P.C.

Deve ritenersi inammissibile per difetto d'interesse ad agire l'opposizione a cartella ex art. 24 D. Lgs 46/1999 proposta successivamente all'inoltro da parte del ricorrente di istanza di pagamento rateale del credito contributivo a mezzo sottoscrizione di modulistica in cui sia stata posta la duplice sottoscrizione ex art. 1341 C.C.

FATTO — Con ricorso depositato in data 17.3.2006 R. M. e M. M. e figli s.a.s. hanno chiesto la riforma della sentenza n. 988/2005 del Tribunale di Milano che ha respinto l'opposizione alla cartella esattoriale emessa da Esatri per la riscossione di € 215.971,23 a titolo di sanzioni su contributi versati tardivamente e relativi al periodo febbraio 1997 dicembre 2000.

Censura la sentenza laddove ha dichiarato inammissibile l'opposizione per carenza di interesse ad agire, per avere l'opponente in data 6.12.2001 presentato una richiesta di rateazione nel pagamento dei DM 10 insoluti, presentati tardivamente, richiesta accolta dall'INPS con un piano di ammortamento del debito residuo, pari ad € 221.575,21.

Ha contestato l'appellante che la richiesta di rateazione possa produrre effetti diversi o ulteriori rispetto al riconoscimento di debito, con semplice inversione dell'onere della prova, effetto non riconoscibile nel caso in esame per omessa sottoscrizione ex art. 1341 c.c. Ha riproposto dunque le eccezioni di nullità della cartella, di decadenza dell'iscrizione a ruolo e di erroneo calcolo delle somme aggiuntive, da imputarsi alla lett. a e non b) dell'art. 116 comma 8, della legge n. 388/2000.

Si è costituito l'INPS e ha resistito.

All'udienza del 27 novembre 2007, in esito alla discussione, la causa è stata decisa con lettura del dispositivo in udienza.

DIRITTO — Va premesso che il rilievo secondo cui nel giudizio di primo grado erroneamente non sarebbe stata dichiarata la contumacia dell'INPS, in proprio, rilievo contenuto nella parte narrativa del ricorso in appello, senza tradursi in specifico motivo, non assume efficacia alcuna, essendo in ogni caso pacifica la costituzione in primo grado della s.p.a. S.C.C.I. che ha svolto le difese esaminate dal primo giudice.

Correttamente il primo giudice ha dichiarato inammissibile l'opposizione alla cartella esattoriale proposta da R. M. e M. M. & Figli s.a.s.

Sotto un primo profilo infatti la doglianza inerente la mancanza dei requisiti formali della cartella è mero vizio formale che colpisce la medesima quale atto esecutivo. Sicché, non può che risolversi, *in parte qua*, in opposizione ad atti esecutivi, ai sensi dell'art. 29, comma 2, del d. lgs. n. 46/1999. Ed essendo stato violato il termine di cinque giorni (applicabile *ratione temporis*) di cui all'art. 617 cod. proc. civ. - l'opposizione è stata proposta il 5 giugno 2004, quando la notificazione della cartella è avvenuta il 26 aprile 2004 - l'opposizione era inammissibile. Questo, però, significa solo che la cartella, ripetersi come atto esecutivo, resta valida (Cass. n. 26745 del 2006), ma non sarebbe preclusa l'opposizione sulle ragioni creditorie azionate, ex art. 24 del d. lgs. n. 46/1999.

Ma nel caso in esame, come già rilevato dal primo giudice, la società odierna, appellante ha presentato - per i contributi oggetto della cartella opposta (contributi relativi al periodo da febbraio 1997 a dicembre 2000 - domanda di pagamento rateale - doc. 1 fasc., 1 grado INPS), depositando contestualmente i DM insoluti per tutto il periodo in questione.

È poi intercorsa altra corrispondenza fra le parti (docc. 2 e 3). L'INPS, preso atto dei pagamenti effettuati *medio tempore*, ha accolto l'istanza di rateazione con nota del 9/9/2003 (doc. 4 Inps), con allegato piano di ammortamento del debito residuo per sanzioni. A tale comunicazione ha fatto seguito la lettera in data 23/9/2003, con la quale la società, nel far presente la carenza di liquidità e la mancanza di commesse, ha chiesto di poter ammortizzare la totalità del debito in 24 rate mensili (doc. 5) a far tempo dal gennaio 2004. L'azienda interrompeva poi ogni versamento e l'INPS procedeva all'iscrizione a ruolo.

Nel caso in esame dunque l'appellante non ha mai contestato le somme richieste dall'INPS, chiedendo, senza riserve, la rateazione dei pagamenti e accettando poi il piano di ammortamento predisposto dall'INPS che, dato atto del pagamento del capitale a titolo di contributi, versato nelle more, aveva ad oggetto proprio le somme dovute a titolo di sanzioni, calcolate sino a ottobre 2000 con il regime dell'evasione.

Come esattamente osservato dal primo giudice, essendo venuto meno, per volontà della società medesima, il preteso interesse sostanziale fatto valere in giudizio, non sussiste quel bisogno di tutela giurisdizionale che costituisce requisito indispensabile per l'ammissibilità di un provvedimento sulla domanda.

L'istanza di rateazione contiene anche la doppia sottoscrizione con esplicito richiamo all'art. 1341 c.c.

Per mera completezza del discorso, si osserva che il regime sanzionatorio applicato è quello corretto.

Ritiene il collegio di uniformarsi all'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sent. n. 4808/2005(1)) che, componendo il contrasto di giurisprudenza insorto sull'interpretazione dell'art. 1, commi 217 ss. lett. a) e b) della legge 23 dicembre 1996, n. 662, ha ritenuto che il mancato pagamento dei contributi previdenziali nel caso in cui l'obbligato abbia ommesso di trasmettere i modelli mensili DM10, pur in presenza di regolare iscrizione dei lavoratori nei libri aziendali, configuri la fattispecie dell'evasione di cui alla lettera b) e ciò sulla base delle seguenti condivisibili argomentazioni: 1) l'utilizzo nella descrizione della fattispecie di cui alla lettera a) della disgiuntiva "o" riferita alle denunce e alle registrazioni obbligatorie è applicabile solo per le ipotesi in cui non vi è obbligo di denuncia; 2) la mancata comunicazione nei prescritti termini delle denunce obbligatorie rientra infatti nella fattispecie della lettera b) dell'art. 1, comma 217, l. n. 662-96 e non già nella precedente lettera a) - anche perché altrimenti non troverebbe mai applicazione l'ipotesi particolare - ricadente appunto nella lettera b) e non nella lettera a) secondo l'espressa previsione dell'ultimo periodo dell'art. 1, comma 217 - della spontanea denuncia tardiva (c.d. ravvedimento operoso) entro sei mesi dalla scadenza del termine stabilito per il pagamento dei contributi se il ritardo nella denuncia dovesse equipararsi per ciò solo (e quindi sempre) alla fattispecie del mero mancato o ritardato pagamento dei contributi; 3) la diversa disciplina di cui all'art. 116, commi 8 ss. della legge n. 388/2000 non può applicarsi con efficacia ex tunc alle vicende pregresse atteso che il medesimo art. 116 precisa al comma 18: *"Per i crediti in essere e accertati al 30 settembre 2000 le sanzioni sono dovute nella misura e secondo le modalità fissate dai commi 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223 e 224 dell'articolo 1 della legge 23 dicembre 1996, n. 662"*; 4) le modalità di denuncia e di versamento dei contributi previdenziali sono dall'art. 30 della legge n. 843/1978 espressamente ispirate allo scopo di attuare un sistema di versamento *"tale da consentire la diretta rilevazione della retribuzione imponibile"*; 5) la fattispecie dell'omissione contributiva deve ritenersi limitata all'ipotesi del (solo) mancato pagamento da parte del datore di lavoro in presenza di tutte le denunce e registrazioni obbligatorie necessario, mentre la mancanza degli (altri) adempimenti obbligatori è sufficiente ad integrare gli estremi dell'evasione.

Come emerge dalla lettura della cartella esattoriale opposta, nella specie le sanzioni applicate per i contributi pagati tardivamente dal 1° novembre 2000 sono invece

quelle previste dall'art. 116, comma 8, lett. a) della legge n. 388 del 2000 per la mera omissione.

Va ancora conclusivamente rilevato, come ha già fatto il primo giudice, che il debito è stato rideterminato dall'Istituto nel minore importo di Euro 204.810,31 a seguito di parziale sgravio intervenuto nelle more.

Concludendo, la sentenza, appellata deve essere confermata.

Le spese del grado, liquidate in € 2.500,00 complessivi, di cui € 1.700,00 di onorari, € 700,00 di diritti, seguono la soccombenza (art 91 cod. proc. civ.).

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2005, p. 629

Lavoro (Rapporto di) - Qualificazione della natura autonoma o subordinata - Presenza di indici sintomatici configgenti - Prevalenza, ai fini qualificatori degli elementi provanti l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione imprenditoriale e la sua dipendenza economica - Subordinazione - Sussistenza.

Corte di Appello di Venezia - 11.11.07/04.04.2008 n. 713/07 - Pres. Rel. Santoro - I.N.P.S. (Avv. Cavallari) - M. (Avv. Ragni).

Dove una prestazione lavorativa presenti, nel suo assetto fattuale, indici configgenti, parzialmente deponenti per ambedue le qualificazioni, di natura autonoma e subordinata, deve attribuirsi prevalenza, ai fini qualificatori, degli elementi provanti l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione imprenditoriale e la sua dipendenza economica dalla prestazione lavorativa controversa, elementi compendiati dalla esclusività della prestazione, provata documentalmente dalla successione delle fatture emesse, dalla mancata iscrizione all'albo artigiani, dalla continuità del rapporto, dall'osservanza di orario di lavoro, dalla sovraordinazione del lavoratore sul restante personale aziendale.

FATTO — Con ricorso depositato in data 5.11.2002 presso la sezione lavoro del Tribunale di Venezia M. M., titolare di impresa edile, contestava le risultanze del verbale di accertamento in data 15 maggio 2002 con il quale gli Ispettori dell'Inps gli contestavano l'omesso adempimento dell'obbligazione contributiva previdenziale relativamente al lavoratore R. M. per il periodo dal 2.1.1998 al 19.11.2000.

L'opponente, premesso che in realtà il R. era stato proprio dipendente fino al

31.12.1997 allorché aveva deciso di cessare il rapporto per intraprendere attività imprenditoriale, sosteneva che nel periodo successivo a tale data e fino alla fine dell'anno 2000 R. stesso aveva continuato a collaborare con la ditta M., ma ricevendo dalla stessa, al pari di altri artigiani, incarichi in subappalto ed operando in forma autonoma: aveva infatti provveduto al noleggio delle attrezzature necessarie per lo svolgimento dell'opera, aveva prestato l'attività libero nella determinazione delle modalità di svolgimento dell'attività e negli orari di presenza presso i cantieri, assolutamente svincolato da un preciso orario; nel novembre 2000 il R. stesso aveva chiesto, ed ottenuto, di essere riassunto.

Si costituiva l'Inps rilevando che in sede ispettiva era emerso che il R., assunto in data 20.11.2000 dalla ditta M. come operaio qualificato con mansioni di stuccatore, era risultato essere stato dipendente della medesima ditta anche dal 2.5.1995 al 2.1.1998; nel periodo intermedio, appunto dal gennaio 1998 al novembre 2000, era stato invece compensato su presentazione di fatture mensili; e la domanda di iscrizione quale artigiano presentata dal R. stessa alla Camera di Commercio di Venezia era stata respinta il 26.11.1998; le prestazioni rese nel periodo in contestazione erano state ritenute di natura subordinata in quanto il lavoratore aveva continuato a svolgere per il M. le stesse mansioni che svolgeva come dipendente collaborando con personale dipendente della medesima ditta, aveva collaborato con tale ditta in via esclusiva e attenendosi alle direttive dalla medesima impartite, era stato compensato con cadenza mensile in base alla quantità di lavoro svolto.

Ribadita la sussistenza, sulla base di tali elementi, del vincolo della subordinazione, l'Inps concludeva per il rigetto dell'opposizione e per l'accertamento della natura subordinata delle prestazioni rese dal sig. R. M. a favore della ditta ricorrente nel periodo 2.1.1998 - 19.11.2000, con conseguente fondatezza dell'addebito contributivo previdenziale contestato.

A tale causa, iscritta al n. 1668/2002 RG, veniva riunita la causa n. 304/2003 RG promossa dal M. con ricorso depositato il 28.2.2003, avente ad oggetto la cartella esattoriale, n. 119 2002 00225861 per l'importo di € 50.241,85, emessa sulla base del verbale di accertamento 15 maggio 2002: l'opposizione, fondata sulle medesime doglianze formulate nella causa n. 1668/2002 con riferimento al verbale di accertamento, veniva contrastata dall'Inps sulla base dei medesimi assunti e delle medesime argomentazioni già svolte in replica al precedente ricorso.

Le cause riunite, istruite documentalmente e attraverso l'assunzione di prove testimoniali, erano discusse e decise ex art. 429 c.p.c. all'udienza del 27.1.2005, con accoglimento dell'opposizione svolta da M. M., accertandosi l'infondatezza degli addebiti contestati con il verbale di accertamento INPS 15.5-29.5.2002 e dichiarandosi per l'effetto non dovuti gli importi di cui alla cartella opposta n. 119 2002 00225861 72, con compensazione integrale tra le parti delle spese di lite.

Con ricorso depositato il 16 settembre 2005 l'INPS per sé e per la società cessionaria del credito proponevano appello avverso la sentenza pubblicata il 16 febbraio 2005 per sentire accogliere le conclusioni in epigrafe riportate, al cui accoglimento la parte appellata, costituitasi, si opponeva, chiedendo la conferma della sentenza.

All'udienza dell'11 dicembre 2007 la controversia era discussa oralmente dai procuratori delle parti e decisa come da separato dispositivo, letto in udienza.

DIRITTO — La sentenza di primo grado, evidenziando che la questione fondamentale, ed anzi unica, della controversia, dalla quale dipende la fondatezza della pretesa creditizia di cui al verbale di accertamento 15 maggio 2002 e alla cartella opposta, è costituita dal problema se il rapporto intercorso tra l'odierna appellata e il R. nel periodo 1.1.1998 - 19.11.2000 vada inquadrato nel lavoro subordinato, richiamato l'orientamento giurisprudenziale sulla stessa, ha ritenuto che nel caso di specie *l'onere della prova di un rapporto a carattere subordinato, gravante sull'INPS, non è stato assolto, essendo al contrario emerso dall'istruttoria che nel periodo in contestazione il R., pur avendo continuato a svolgere le medesime mansioni di stuccatore già svolte in precedenza quale dipendente del M. e pur avendo continuato a collaborare con il M. stesso ricevendo incarichi in subappalto, non ha svolto tale attività né in via esclusiva né soprattutto con modalità tali da fondare la sussistenza di un vincolo gerarchico.*

Ha ritenuto che *decisive appaiono in tal senso le dichiarazioni rese dallo stesso lavoratore, il quale davanti a questo G.L., premesso di essersi dimesso a fine 1997 dalla ditta M. per svolgere attività di artigiano in proprio, ha dichiarato che nei due anni successivi egli ha prestato attività di intonacatura per la metà circa su commissione di vari privati e per l'altra metà su incarichi del M., che gli "passava" il lavoro a fronte di commesse cui, per entità delle opere da eseguire e ristrettezza dei tempi, non riusciva a far fronte con suo personale; ha altresì precisato di essere stato retribuito non tanto in base alle ore lavorate, ma in base all'opera prestata e di essere sempre stato libero negli orari.*

La non esclusività della collaborazione con il M. risulta confermata dalle fatture dimesse dal ricorrente, relative al biennio in questione, che solo in parte riguardano il M., mentre l'abitudine del M. di utilizzare per l'esecuzione degli incarichi conferitigli dai vari committenti anche artigiani autonomi in subappalto risulta confermata dalla deposizione del teste P. I., artigiano intonacatore, il quale ha riferito di avere anch'egli eseguito lavori di intonacatura su incarico del M. stesso.

Nessun riscontro è stato, invece, fornito, da parte dell'Inps, gravato del relativo onere probatorio, in merito all'esercizio da parte del M. di un potere gerarchico, ad esempio quanto all'imposizione di precise direttive inerenti all'intrinseco svolgimento delle prestazioni, alla vigilanza sull'operato del dipendente, al rilascio di ferie o permessi.

Ha evidenziato, infine che, in senso inverso all'assunto dell'INPS, *l'avvenuta cessazione del rapporto di lavoro subordinato a seguito della volontà del R. di continuare a svolgere l'attività come artigiano e non invece per l'intenzione dell'Azienda di eludere gli obblighi contributivi, risulta pienamente plausibile alla luce dell'avvenuta riasunzione del lavoratore nel novembre 2000: se la cessazione del rapporto ed il ricorso alla nuova forma di collaborazione fosse stata soltanto fittizia, il nuovo sistema sarebbe stato probabilmente mantenuto anche per il periodo successivo al novembre 2000 e non invece abbandonato a favore del ripristino del rapporto di subordinazione.*

Con il ricorso d'appello, le parti soccombenti, assumono erronea valutazione degli elementi probatori, sulla qualificazione del rapporto come subordinato.

In particolare, evidenziano che:

a) l'esclusività del rapporto è provata dagli accertamenti ispettivi, dalle dichiarazioni dell'ispettore e da tutte le fatture prodotte;

b) dalle dichiarazioni del teste I., artigiano, è provato che il R., a differenza di quel che avveniva nel suo caso, osservava un orario normale di lavoro, al pari degli altri operai, ossia 8-12 e 13-17;

c) nel periodo di causa è stato accertato che il R., contrariamente a quanto da lui dichiarato in interrogatorio libero influenzato dal rapporto sussistente con l'odierna parte appellata, non ha ottenuto l'iscrizione nell'Albo delle imprese artigiane, per non essere stato in grado di documentare lo svolgimento di lavori presso più committenti o il possesso dei beni strumentali usuali (quali betoniera, impalcature, materie prime, attrezzeria minuta, ecc.) necessari per lo svolgimento dell'attività autonoma di muratore "intonacatore".

Assumono che da tali circostanze, nonché dalle dichiarazioni del R. sull'aver lui dato disposizioni al restante personale della ditta M., emerge anche l'inserimento della prestazione resa nell'ambito dell'organizzazione produttiva del datore di lavoro, con conseguente necessaria conclusione per la natura subordinata del rapporto.

L'appellata nel costituirsi richiama, in sostanza, quanto sostenuto in primo grado e condiviso nell'appellata sentenza.

In relazione alla qualificazione del rapporto (unica questione di causa, anche in questa sede essendo sostanzialmente non contestati e/o non contestabili i pochi dati di fatto relativi a quanto oggetto di accertamento), è opportuno evidenziare che sulla sussistenza di un rapporto a carattere subordinato la giurisprudenza è pressoché costante nell'attribuire valore decisivo all'elemento della subordinazione, vale a dire a quel vincolo di natura personale che, mediante l'inserimento del prestatore d'opera nell'organizzazione imprenditoriale del datore di lavoro per il raggiungimento dei fini produttivi di questo, assoggetta lo stesso ad un potere direttivo del datore con conseguente limitazione della sua libertà (cfr. tra le tante Cass. 16.1.1996 nr. 326; Cass. 29.3.1995 nr. 3745; Cass. 11.8.1994 nr. 1219).

Nella valutazione della sussistenza dell'elemento che è discriminante tra le due diverse tipologie bisogna tener presente che con l'evolversi dei sistemi d'organizzazione del lavoro il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo diviene sempre meno significativo della subordinazione (come, giustamente, osservato in Cass. 6 luglio 2001 nr. 9167, pubblicata in *Mass.Giur.lav.* 2001, 1133) e che la stessa può essere presente anche in forme "attenuate" in ragione della particolare organizzazione del lavoro e del tipo di prestazione (com'è enunciato in Cass. 27 novembre 2002, in *Mass.Giur.lav.* 2003, 127).

Le massime, in precedenza citate, pur se hanno importanza, poiché negano la necessità d'ulteriori elementi in passato richiesti per affermare l'esistenza di un rapporto a carattere subordinato, sono meramente tautologiche se non accompagnate da altre considerazioni dirette ad individuare secondo quali criteri ritenere sussistente l'elemento discriminatorio tra lavoro subordinato ed altri rapporti di lavoro.

In proposito c'è da precisare che la giurisprudenza, aderendo ad una nota tesi dottrina, qualora l'elemento della subordinazione non sia agevolmente apprezzabile a causa del concreto atteggiarsi del rapporto, nega che alcuni criteri (quali la collaborazione, l'assenza di rischio economico, la proprietà degli strumenti di lavoro, la natura dell'oggetto della prestazione, la continuità della stessa, la forma della retribuzione, l'osservanza di un orario, l'osservanza di direttive, l'esclusività della prestazione, la sua

fungibilità, il luogo ove viene svolta) possano assumere la caratteristica di criteri discriminanti decisivi, potendo gli stessi essere presenti sia in un rapporto a carattere autonomo, che in un rapporto a carattere subordinato (cfr., esemplificativamente, Cass.9 dicembre 2002 nr. 17534, che ritiene che anche la previsione dell'osservanza di un rigido orario di lavoro per la prestazione lavorativa costituisce sicura estrinsecazione del potere direttivo del creditore del servizio e della natura subordinata del rapporto solo quando sia espressione dell'autonomia decisionale nell'organizzazione aziendale e non quando inerisca alla prestazione richiesta, tale da dover essere espletata, per sua natura, in tempi non modificabili e da rispettare anche da un lavoratore autonomo).

A nessuno dei criteri, in via esemplificativa richiamati, può attribuirsi valore decisivo; agli stessi deve attribuirsi valore di "circostanze-spia" (o di criteri complementari e sussidiari, secondo l'espressione di Cass. 3 aprile 2000 nr. 4036, in Mass. Gius. Civ. 2000, 711) da valutarsi complessivamente, insieme a qualsiasi altro elemento rivelatore che si presenta nei singoli e svariati casi, per verificare se la fattispecie concreta rientra nella fattispecie legislativamente prevista.

Ad alcuni criteri, però, può attribuirsi un valore più indicativo.

Ciò può dirsi, per esempio, per l'inserimento nell'organizzazione produttiva a volte - come avvenuto da parte di Cass. 25.7.1994 n. 6919 - ritenuto unico elemento distintivo tra il lavoro autonomo e subordinato o per la dipendenza economica derivante al prestatore della prestazione dal rapporto di lavoro, la cui qualificazione è oggetto di causa (cfr. Cass.1 dicembre 2000 nr. 15341, in Mass. Gius. Civ. 2000, 2513).

Tra gli stessi, inoltre, deve essere tenuto presente non tanto la mera manifestazione formale di volontà contenuta nella stipulazione originaria delle parti, né tanto meno il nomen iuris (e il conseguente regime fiscale) dalle stesse adottate (potendo rilevare il nomen iuris attribuito alle parti solo in concorso con altri validi elementi, come enunciato da Cass. 9 gennaio 2001, nr. 224 in Mass.Gius.Civ.,2001, 52), ma la struttura del rapporto dalle stesse effettivamente voluta ed attuata (cfr. Cass. 7.4.1992 n. 4220 e, da ultimo, Cass. 16619/03; Cass. 13375/03), atteso in materia limiti normativi (anche a livello costituzionale) inderogabili non solo dalle parti ma dallo stesso legislatore ordinario (cfr. Corte Costituzionale nr. 121/93 (1) in Foro it. 1993, I 2432 e Corte Cost. 115/94 ivi 1994, I 2656 che hanno ritenuto che, anche in caso di espressa qualificazione legislativa del rapporto come autonomo, lo stesso debba essere qualificato come subordinato ove in concreto ne abbia le caratteristiche).

In via generale, c'è, inoltre, da considerare, come già accennato, che non sempre nella fattispecie concreta tutti gli elementi su indicati si realizzano in modo uguale potendosi realizzare diversamente, secondo la natura del soggetto che riceve la prestazione (imprenditore con organizzazione aziendale o meno), il luogo di svolgimento dell'attività (si pensi al lavoro giornalistico, ove la subordinazione - come enunciato da Cass.16 maggio 2001 nr. 6727, in Mass. Gius. Civ. - si atteggia e si desume in modo diverso).

Per esempio, nel caso d'attività a carattere professionale o d'attività manuale estremamente semplice, nessuna rilevanza può assumere l'assenza di direttive specifiche relative al contenuto della prestazione e in tali casi gli indici discriminanti devono essere individuati esclusivamente con riferimento alle modalità di disimpegno dell'attività (in tal senso da ultimo, tra le tante Cass.5 maggio 2004 nr. 8569).

È, ancora, da tenere presente che i richiami (che spesso vengono fatti) a qualificazione avvenute in casi di espletamento di identiche mansioni da parte di altri soggetti non sono di rilevante importanza, poiché qualsiasi attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato che autonomo (tra le tante Cass. 16.1.1996 n. 326, Cass.07.02.1994 n. 1219 in Giust. Civ. 1994 1, 2257), pur se l'espletamento di alcune mansioni è maggiormente sintomatico al fine di ritenere sussistenti gli indici-spia di cui si è detto (si pensi al cameriere di un locale pubblico, come in caso deciso da Cass. 6 settembre 2007 nr. 18692 che afferma, in tal caso, potersi ritenere una presunzione di subordinazione).

E, infine, da tenere presente che ulteriori principi giurisprudenziali esistenti sulla dibattuta questione attengono alla possibile coesistenza di due rapporti a carattere subordinato tra un lavoratore e due soggetti diversi e alla coesistenza di un rapporto autonomo e subordinato tra gli stessi soggetti, sempre che il primo concorra in via meramente occasionale, senza esservi, strettamente connesso (cfr. Cass. 28.1.1995 n. 1053 in Dir. e prat. Lav. 1995, 1625), all'irrelevanza di una prestazione ridotta a poche ore (cfr. Cass. 3.4.1987 n. 3245 già citata), alla possibilità che ad un rapporto di lavoro subordinato possa essere sostituito, senza che avvenga interruzione temporale, un rapporto di lavoro autonomo (o viceversa) a seguito di uno specifico negozio, allorché all'univoca volontà delle parti di mutare il regime giuridico (cd il "nomen iuris") del rapporto, si accompagni un effettivo mutamento dello svolgimento della prestazione lavorativa, ancorché rimanga eventualmente identico il contenuto della prestazione stessa (cfr. Cass. 821 del 25.01.1993 specialmente, e Cass. 19.8.1991 n. 8893 e Cass. 18.9.1991 n. 5893 e Cass. 1573/85 sulla possibile novazione).

Esaminando il caso in esame alla luce di quanto sopra e delle argomentazioni di cui all'appello è da evidenziarsi che l'esclusività della prestazione del R. nei confronti della ditta appellata, ritenuta insussistente nella sentenza di primo grado, può invece ritenersi sussistente.

Tale conclusione s'impone alla luce degli accertamenti ispettivi che fanno piena prova, fino a querela di falso dei fatti che il pubblico ufficiale attesti essere avvenuti in sua presenza o dei fatti essere stati da lui compiuti, nonché 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 di apprezzamento da parte del verbalizzante (cfr. Cass.S.U. nr. 12545/92 in Foro It. 1993,1, 2225), come può ritenersi avvenire nel caso in esame sulla circostanza del carattere esclusivo della prestazione del R., desumibile dall'esame delle fatture esaminate in sede ispettiva ed anche prodotte in questa sede (12 per il 1998, 14 per il 1999 e 12 per il 2000) che, contrariamente a quanto ritenuto nell'appellata sentenza sono tutte emesse nei confronti della ditta M., smentendo quanto dichiarato dal lavoratore R., interrogato liberamente ai sensi dell'art. 421 c.p.c. e sulle cui dichiarazioni (come da motivazione sulle spese) si basa essenzialmente la conclusione di cui alla sentenza di primo grado.

Accertata la sussistenza dell'esclusività, è da evidenziarsi, che per quanto sopra scritto la prova degli elementi tipici della subordinazione indicati nella sentenza appellata per escludere la stessa non è determinante. Pertanto, valutata che la pacifica mancata iscrizione del R. come artigiano, la limitata incidenza della qualificazione del rap-

porto operata dalle parti come sub appalto, la continuità del rapporto, l'orario di lavoro come derivante dalle dichiarazioni del teste I., le sue dichiarazioni su direttive da lui date a P. e B. (dipendenti dell'appellata) possono far ritenere provate l'inserimento nell'organizzazione imprenditoriale e sua dipendenza economica dalla prestazione lavorativa di cui è causa, indici di notevole importanza, prevalenti su pur presenti indici di autonomia valorizzati dall'appellata ed idonei per concludere nel senso sostenuto dall'ente appellante sulla natura subordinata del rapporto anche nel periodo di causa.

Contrariamente a quanto assunto dalla parte convenuta in primo grado, condiviso nell'appellata sentenza nell'ultima sua parte e ribadito dall'appellata anche in questa sede, l'avvenuta riassunzione del R. come dipendente a decorrere dal novembre 2000 attiene a considerazione extra giuridica, basata su mera supposizione di irrilevanti e non dimostrati motivi inerenti all'asserita novazione del rapporto, non priva di effetti, come sopra evidenziato, anche ai fini del criterio dell'onere della prova, cui può non farsi ricorso per quanto accertato e sufficiente per la riforma della sentenza.

Le spese del doppio grado, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

(Omissis)

(1) V. in q: Riv., 1993, p. 490

TRIBUNALI
Sezioni Civili

Contributi - Lavoratore *extra* comunitario - Restituzione contribuzione *ex* art. 3 comma 13 L. 335/95 - Condizioni.

Tribunale di Bergamo - 18.10/10.12.2007 n. 884 - Dott. Bertoncini - A. (Avv. Zanardelli) - I.N.P.S. (Avv. Imparato).

La restituzione della contribuzione al lavoratore extra comunitario è una facoltà che spetta a condizione che il lavoratore abbia lasciato il territorio nazionale e non sussiste ove tale condizione, non sussistente al momento della domanda amministrativa, sia venuta in essere successivamente, nell'intercorso vigore dell'art 18 comma 13 L.189/02 che tale liquidazione diretta non ha più contemplato.

FATTO — Con ricorso regolarmente notificato A. W. K. conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Bergamo, in funzione di giudice del lavoro, l'INPS per sentirlo condannare alla liquidazione dei contributi in misura pari ad € 44.500,00 od alla diversa somma accertata in corso di causa, oltre ad interessi legali e rivalutazione monetaria.

A fondamento di tale pretesa il ricorrente, premesso di aver lavorato regolarmente in Italia dal 1.11.1990 al 27 maggio 2002, esponeva di presentare all'INPS, in data 6.9.2002, domanda di liquidazione dei contributi ai sensi della L. 335/95 e di essere quindi rientrato in Ghana il 22.10.2002.

Il ricorrente, stante il diniego dell'INPS, agiva in questa sede per conseguire la liquidazione dei contributi ai sensi dell'art. 3, comma 13, L. 335/95, nonché del successivo art. 22, comma 11, d.lgs. 286/98. Rassegnava le sopra precisate conclusioni.

Si costituiva regolarmente in giudizio l'INPS, resistendo alla domanda di cui chiedeva il rigetto.

L'istituto, dopo aver preliminarmente eccepito l'improcedibilità della domanda per mancata presentazione del ricorso amministrativo, rilevava come alla situazione del ricorrente, rientrato nel proprio paese di origine il 22.10.2002 e quindi dopo il 10.9.2002, data di entrata in vigore della L. 189/2002, fossero applicabili le disposizioni di tale legge, che aveva escluso la possibilità, precedentemente riconosciuta (dall'art. 3, comma 13, L. 335/95 e dal d.lgs. 286/98) ai lavoratori extracomunitari che avessero cessato l'attività lavorativa in Italia, rientrando nel paese di origine, di richiedere facoltativamente, nei casi non regolati da convenzioni internazionali, la liquidazione dei contributi che risultassero versati in loro favore presso forme di previdenza obbligatoria. Concludeva pertanto per il rigetto della domanda.

La causa, istruita solo documentalmente, è stata discussa e decisa all'odierna udienza, mediante separato dispositivo di cui veniva data pubblica lettura.

DIRITTO — Il ricorso non è fondato.

Pacificamente il ricorrente, dopo aver lavorato regolarmente in Italia, è rientrato nel proprio paese di origine (Ghana) il 22.10.2002, presentando all'INPS, in data 6.9.2002, domanda di liquidazione dei contributi ai sensi della L. 335/95 (v. doc. 2 e 4 fasc., ricorrente).

L'art. 3, comma 13, L.335/95, che regolava la materia, stabiliva che "i lavoratori extracomunitari che abbiano cessato l'attività lavorativa in Italia e lascino il territorio nazionale hanno facoltà di richiedere, nei casi in cui la materia non sia regolata da convenzioni internazionali, la liquidazione dei contributi che risultino versati in loro favore presso forme di previdenza obbligatoria maggiorati del 5% annuo (...)".

Presupposti per la liquidazione contributiva erano, secondo quanto si evince dal tenore letterale della norma, l'aver lavorato in Italia e l'aver lasciato il territorio italiano.

In altri termini, nelle situazioni non regolate appositamente da convenzioni internazionali, il lavoratore extracomunitario che avesse prestato attività lavorativa nello Stato italiano, una volta rientrato nel paese di origine, aveva facoltà di chiedere la liquidazione dei contributi versati in suo favore presso forme di previdenza obbligatoria.

Una corretta interpretazione della disposizione conduce a tale conclusione, considerato che la liquidazione dei contributi direttamente al lavoratore è fatto del tutto eccezionale nell'ordinamento previdenziale.

La stessa ipotesi prevista dall'art. 3, comma 13, L. 335/95 ha carattere residuale, operando nei soli casi in cui non vi siano convenzioni internazionali, che normalmente utilizzano altri strumenti per salvaguardare l'integrità della posizione assicurativa del lavoratore.

Si pensi, ad esempio, al principio della totalizzazione contributiva, introdotto dal diritto comunitario a favore dei lavoratori migranti, con la finalità di cumulare i periodi di contribuzione maturati sulla base delle diverse legislazioni dei paesi comunitari o ancora, al principio, operante nel diritto interno, della ricongiunzione dei periodi assicurativi maturati presso enti e gestioni diverse, attraverso il quale l'interessato può massimizzare i benefici assicurativi conseguiti presso le dette gestioni.

Pertanto, una rigorosa, quanto doverosa interpretazione dell'art. 3, comma 13, L. 335/95, anche al fine di evitare abusi dell'istituto in questione (che può dar luogo ad esborsi non indifferenti per l'INPS), non può che richiedere, come elemento costitutivo della fattispecie, che lo straniero abbia effettivamente lasciato il territorio italiano.

Successivamente, l'art. 22, comma 11, d.lgs. 286/98 ha sostanzialmente confermato la disciplina precedente, stabilendo che "salvo quanto previsto, per i lavoratori stagionali, dall'articolo 25, comma 5, in caso di rimpatrio il lavoratore extracomunitario conserva i diritti previdenziali e di sicurezza sociale maturati e può goderne indipendentemente dalla vigenza di un accordo di reciprocità. I lavoratori extracomunitari che abbiano cessato l'attività lavorativa in Italia e lascino il territorio nazionale hanno facoltà di richiedere, nei casi in cui la materia non sia regolata da convenzioni internazionali, la liquidazione dei contributi che risultino versati in loro favore presso forme

di previdenza obbligatoria maggiorati del 5 per cento annuo".

Infine, è intervenuta la L. 189/02, il cui art. 18, al comma 13, dispone "salvo quanto previsto per i lavoratori stagionali dall'articolo 25, comma 5, in caso di rimpatrio il lavoratore extracomunitario conserva i diritti previdenziali e di sicurezza sociale maturati e può goderne indipendentemente dalla vigenza di un accordo di reciprocità al verificarsi della maturazione dei requisiti previsti dalla normativa vigente al compimento del sessantacinquesimo anno di età, anche in deroga al requisito contributivo minimo previsto dall'articolo 1, comma 20, della legge 8 agosto 1995 n. 335".

Tale disposizione, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 26.8.2002 ed entrata in vigore il 10 settembre 2002, ha eliminato la facoltà del lavoratore di chiedere la liquidazione dei contributi, riconoscendo comunque la conservazione dei diritti previdenziali maturati con possibilità di goderne al compimento del sessantacinquesimo anno di età.

In definitiva, al momento in cui il ricorrente ha presentato la domanda di rimborso dei contributi versati in Italia (6.9.2002) egli non si trovava nelle condizioni di cui all'art. 3, comma 13, L. 335/95, come confermato dal d.lgs. 286/98, trovandosi sempre nel territorio italiano.

Alla data (22.10.2002) in cui si è integrato l'altro presupposto richiesto dalla fattispecie, ovvero l'avvenuto rimpatrio del lavoratore extracomunitario, era ormai in vigore la normativa di cui all'art. 18, comma 13, L. 189/02, secondo la quale non è più consentita la liquidazione dei contributi direttamente a favore dell'interessato.

La domanda non può pertanto essere accolta, sussistendo tuttavia giusti motivi, tenuto conto delle questioni giuridiche trattate, per disporre la compensazione delle spese di lite.

(Omissis)

Pensioni - Invalidità civile - Mancata specificazione della causa - Nullità ricorso.

Tribunale di Como - 11.12.07/14.01.2008 n. 405/07 - Dott. Fagnoli - G. (Avv. Testa) - I.N.P.S. (Avv. Mogavero).

Deve ritenersi nullo il ricorso nel quale la richiesta giudiziale di accertamento dell'invalidità civile non sia accompagnata dall'esauriente specificazione del beneficio assistenziale cui essa darebbe titolo.

FATTO — Con ricorso, depositato in data 30.10.2007, G. F. lamentava di essere oggetto di menomazioni psicosomatiche determinanti una invalidità totale. Chiedeva, quindi, l'accertamento della propria invalidità civile: "*disponendo il diritto di quest'ul-*

tima ad usufruire dell'esenzione per l'utilizzo dei mezzi pubblici" (pag. 5 ric).

Si costituiva l'Inps e contestava la domanda. In rito, eccepiva la nullità del ricorso perché carente di *causa petendi* e vago nel *petitum*. Nel merito sosteneva l'infondatezza della domanda di G., peraltro già titolare di una pensione di invalidità.

All'udienza del 11.12.2007, nella contumacia del Ministero dell'Economia e Finanze, della Regione Lombardia e nell'assenza della ricorrente, i difensori concludevano come da verbale in atti sulle questioni pregiudiziali.

DIRITTO — 1. — Legittimazione passiva della Regione Lombardia.

La Regione Lombardia è carente di legittimazione passiva. Infatti, l'art. 4 comma 57 Legge Reg. 05.01.2000 recita: *"la funzione di concessione dei nuovi trattamenti economici a favore degli invalidi civili, ai sensi dell'art. 130 del D.Lgs. 112/98 è trasferita alle ASL e, per il territorio della città di Milano, al Comune di Milano; a tali enti, in rapporto alle rispettive competenze, spetta la conseguente legittimazione passiva nelle controversie riguardanti l'esercizio della funzione trasferita"*.

Come si vede la Regione, cui la legge aveva attribuito la *"legittimatio ad causam"* per i trattamenti previdenziali ha delegato per tale incombenza la propria diramazione locale della ASL; la quale ha personalità giuridica e autonomia processuale diversa dalla Regione.

Inoltre, si osserva che il procedimento per la concessione degli emolumenti pensionistici, si divide in tre fasi successive.

La prima, consiste nell'accertamento del requisito sanitario ad opera della Commissione Medica dipendente dal Ministero dell'Economia e Finanze. Per questo motivo quel Ministero deve intervenire in giudizio.

Il secondo stadio, è l'accertamento del requisito amministrativo. Vale a dire la verifica delle condizioni socio - economiche che la legge prevede, per potere concedere il beneficio.

Il Ministero dell'Economia, non é tenuto all'erogazione dell'emolumento, che, invece ex D.LL. 112/98 spetta all'Inps. Da qui, la carenza di *legittimatio ad causam* della Regione Lombardia.

2. — Legittimazione passiva - Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Altro argomento da affrontare d'ufficio, è la legittimazione passiva del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

La questione era controversa in giurisprudenza anche se prevaleva l'orientamento volto a ritenere l'opportunità della presenza in giudizio del Ministero; il quale aveva attuato la fase sanitaria del procedimento amministrativo, conclusosi con il provvedimento impugnato.

La situazione attualmente è normativamente mutata. Il legislatore con la *novella*, 30 marzo 2007, ha stabilito che nelle controversie previdenziali l'unico legittimato passivo è l'Inps.

In particolare, il Decreto Presidente il Consiglio dei Ministri 30 marzo 2007, all'art. 1, ha stabilito: *"Ai sensi dell'art. 10 del decreto legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005 n. 248, a decorrere dal 1° aprile 2007, l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (Inps) subentra nell'esercizio delle funzioni residue allo Stato in materia di invalidità civile, cecità*

civile, sordomutismo, handicap e disabilità, già di competenza del Ministero dell'Economia e delle Finanze. A decorrere dalla medesima data, l'Inps subentra al Ministero dell'Economia e delle Finanze nei rapporti giuridici relativi alle funzioni ad esso trasferito...".

Ne consegue che occorre estromettere dal giudizio il Ministero dell'Economia e delle Finanze per mancanza della sua legittimazione passiva.

3. — Nullità.

L'evocazione in giudizio, incongrua, della Regione Lombardia e del Ministero, sono indizio della debolezza formale del *libellum*.

L'Inps ha eccepito la nullità del ricorso. L'eccezione va accolta.

In effetti, non è chiaro quale sia la *causa petendi*. Nella parte motiva del ricorso si fa riferimento all'art. 2, L. 118/71. Tuttavia, non si ignora se di questo articolo si esigono tutti i benefici ivi contenuti, ovvero l'unica agevolazione richiesta nelle conclusioni (*esenzioni per utilizzo dei mezzi pubblici*).

Peraltro, neanche tale espressione è semanticamente chiara. Sembrerebbe richiedere il beneficio dei viaggi gratuiti sui mezzi pubblici da parte degli handicappati. Ma non è sicuro. Inoltre, la frase "*disponendo il diritto*", non chiarisce la pretesa.

In particolare, non è evidente se l'accertamento dell'invalidità debba avere come conseguenza la facoltà di usare gratuitamente gli autobus, ovvero se dopo l'accertamento debba essere concesso quel beneficio.

L'assenza ingiustificata dall'udienza del ricorrente, non ha consentito di accertare dalla parte, l'essenza della sua domanda.

Inoltre, nel ricorso si parla di invalidità al 100% ciò, che costituisce la base della pensione di inabilità, parola che, peraltro, è contenuta nel ricorso (pag. 4 ric).

Tuttavia, non si chiede la pensione di inabilità, bensì quella di invalidità totale che non esiste.

In definitiva, il ricorso appare non ben determinato ai sensi dell'art. 414 n. 3 e 4 c.p.c. Pertanto, ne va dichiarata la nullità.

Poiché ricorrono giustificati motivi, si dispone la totale compensazione delle spese processuali.

(*Omissis*)

Pensioni - Invalidità civile - Domanda giudiziale - Tempestività ricorso - Condizione di ammissibilità domanda - Decadenza per decorso di sei mesi dalla ricezione del verbale di visita.

Tribunale di Cremona - 09/13.11.2007 n. 123 - Dott. Di Marco - F. (Avv.ti Oldrini, Corti) - Ministero dell'Economia e delle Finanze - I.N.P.S. (Avv. Savona).

La tempestività della domanda giudiziale in tema di prestazioni di invalidità civile costituisce ex art. 42 comma 3 D.L. 269/03 convertito in L. 326/03 una condizione di ammissibilità del ricorso, donde, in presenza di verbale di visita di data risalente, è a carico del ricorrente la prova della sua ricezione in data non anteriore a sei mesi computati a ritroso dal deposito del ricorso.

FATTO — Con ricorso depositato il 14.06.2007 la parte ricorrente conveniva in giudizio il MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE (di seguito Ministero) e l'INPS chiedendo di accertare il proprio diritto a percepire l'indennità di accompagnamento di cui all'art. 1 della L. 18/1980 e di condannare l'INPS ad erogare in proprio favore le relative prestazioni economiche.

Esponeva di avere presentato domanda amministrativa in data 29.09.2006 e, di essere stata visitata dalla C.M.I.C. che aveva negato l'esistenza dei requisiti sanitari dell'indennità di accompagnamento.

Non concordando con tale valutazione, chiedeva di disporre C.T.U. medico-legale al fine di accertare la loro sussistenza.

L'INPS si costituiva in giudizio eccependo preliminarmente la decadenza di cui all'art. 42, comma 3, del D.L. 269/2003 convertito nella L.326/2003; nel merito deduceva l'infondatezza del ricorso e concludeva chiedendone il rigetto.

Il Ministero si costituiva in giudizio eccependo il proprio difetto di legittimazione passiva ai sensi dell'art. 10 del D.L. 203/2005 convertito nella L. 248/2005 e dell'art 1 del D.P.C.M 30.03.2007.

All'udienza del 9.11.2007 il Giudice, dopo avere invitato le parti a discutere sull'eccezione di decadenza, decideva la causa come da dispositivo riportato in calce.

DIRITTO — L'art. 42, comma 3, del D.L. 269/2003 convertito nella L. 326/2003 prevede che nei procedimenti giurisdizionali concernenti l'invalidità civile, la cecità civile, il sordomutismo, l'handicap e la disabilità ai fini del collocamento obbligatorio al lavoro "la domanda giudiziale è proposta, a pena di decadenza, avanti alla competente autorità giudiziaria entro e non oltre sei mesi dalla data di comunicazione all'interessato del provvedimento emanato in sede amministrativa".

L'eccezione di decadenza sollevata dall'INPS ai sensi dell'art. 42 citato è fondata.

Dalla documentazione prodotta dalla parte ricorrente (vedi doc. 1) emerge che unico dato certo è la data di redazione del verbale della C.M.I.C (26.10.2006).

È, invece, sconosciuta la data in cui la parte ricorrente ha ricevuto la comunicazione del verbale medesimo.

In particolare, si rileva che la parte ricorrente ha omesso di produrre la lettera di comunicazione del verbale inviatale dalla ASL della provincia di Cremona e che nessun rilievo può assumere la fotocopia della busta da essa prodotta (vedi doc. 2).

Ciò in quanto tale busta, pur essendo di sicura provenienza della ASL della Provincia di Cremona (vedi il timbro apposto sulla busta stessa), non contiene alcun elemento idoneo ad identificare né il destinatario né il contenuto della comunicazione in essa contenuta.

Di modo che non può essere escluso che la busta fosse destinata a persona diver-

sa dalla parte ricorrente o che comunque essa contenesse una comunicazione *diversa* da quella del verbale della C.M.I.C. del 26.10.2006 (le scritte INV 100% + 104 sono state apposte a mano e non è dato sapere da chi).

Del resto non è del tutto insolito che l'invalido presenti alla ASL una pluralità di domande (a distanza anche di poco tempo l'una dall'altra) dirette ad ottenere il medesimo beneficio o benefici diversi (ad esempio: indennità di accompagnamento e riconoscimento di situazione di handicap con connotazione di gravità) alle quali seguano distinti verbali di visita medica con conseguente obbligo per la ASL di effettuare una pluralità di comunicazioni all'invalido.

A ciò si aggiunga che non è nemmeno certa la data in cui la busta prodotta dalla parte ricorrente è stata ricevuta, posto che non è dato sapere se il timbro del 14.12.2006 apposto sulla stessa si riferisca alla data di *spedizione* ovvero di *ricevimento* della busta.

Da tutto quanto finora esposto consegue che alla data del deposito del ricorso giudiziale (14.06.2007) il termine di decadenza di 6 mesi di cui all'art. 42 citato poteva teoricamente essere decorso, ciò in quanto la parte ricorrente poteva teoricamente avere ricevuto la comunicazione del verbale della C.M.I.C del 26.10.2006 in un periodo compreso tra il 26.10.2006 ed il 13.12.2006.

Né tanto meno può sostenersi che l'onere di provare l'intervenuta decadenza gravi sull'INPS e che esso non sia stato assolto, non avendo l'INPS dimostrato la data esatta in cui la parte ricorrente ha ricevuto la comunicazione del verbale della C.M.I.C. redatto il 26.10.2006.

Infatti.

La *tempestività della domanda giudiziale* costituisce una condizione di ammissibilità della domanda stessa ed il relativo onere probatorio grava, pertanto, sulla parte ricorrente e non sulla parte convenuta.

In proposito è sufficiente richiamare la copiosa giurisprudenza di legittimità sulla *tempestività delle impugnazioni processuali*.

Tale giurisprudenza ha costantemente affermato che "*l'onere della prova dell'osservanza del termine d'impugnazione e, quindi, della sua tempestività e ammissibilità, incombe sulla parte che l'impugnazione abbia proposto*" (Cass. 21.04.2004, n. 7660; nello stesso senso *ex multis* Cass. 29.03.2006, n. 7316; Cass. 23.09.2004, n. 19072 e Cass. 8.09.2003, n. 13127).

Ne deriva che era onere della parte ricorrente provare di avere ricevuto la comunicazione del verbale della C.M.I.C relativo alla seduta del 26.10.2006 in data successiva al 13.12.2006 così dimostrando di avere tempestivamente proposto la relativa domanda giudiziale.

Tale onere probatorio, si evidenzia, doveva essere assolto dalla parte ricorrente contestualmente al deposito del ricorso giudiziale (artt 414 e 416 c.p.c), vigendo anche nel processo del lavoro un regime di rigide preclusioni istruttorie (vedi sul punto Cass. SS.UU. 8202/05).

Poiché tale onere probatorio non è stato assolto dalla parte ricorrente, il ricorso va dichiarato inammissibile.

Resta conseguentemente assorbita l'eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata dal Ministero.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese processuali.

(*Omissis*)

Contributi - Farmacia - Collaboratore familiare - Attività lavorativa - Impresa familiare *ex art. 230 bis c.c.* - Continuità e prevalenza - Obbligo iscrizione Gestione Commercianti del titolare non attivo e del collaboratore - Sussistenza.

Tribunale di Forlì - 24.04/27.06.2008 n. 59 - Dr.ssa Allegra - INPS e S.C.C.I. s.p.a. (Avv.ti Vestini, Ciarelli) - A. M. + 11 (Avv. Cappelli).

Ai sensi del D.Lgs. n. 114/98 costituisce impresa commerciale la farmacia che venda, oltre alle specialità strettamente farmaceutiche e sanitarie, anche ulteriori prodotti di natura commerciale.

Sussiste l'obbligo della iscrizione alla gestione Commercianti del farmacista, titolare non attivo, e del collaboratore familiare che presti nella farmacia attività lavorativa con continuità e prevalenza, essendo membro di impresa familiare costituita ai sensi dell'art. 230 bis. C.C., rappresentando detta costituzione elemento probante della continuità della prestazione della collaborazione da parte del familiare.

Il quantum dovuto a titolo di contributi per l'assicurazione dell'attività del collaboratore non può essere basato sui soli redditi rinvenienti dalla vendita dei prodotti non strettamente farmaceutici, potendo essi collaboratori svolgere all'interno dell'esercizio commerciale qualsiasi tipo di attività (amministrazione, magazzino, contabilità).

Ricorre l'ipotesi dell'art. 116, comma 15, della L. n. 388/2000 per la quantificazione della somme aggiuntive in misura ridotta, sussistendo oggettive incertezze ed oscillazioni interpretative sulla obbligatorietà della iscrizione.

FATTO — Con ricorso depositato il 31 gennaio 2006 il dott. M. A. si rivolgeva al Tribunale di Forlì in funzione di giudice del lavoro esponendo di essere farmacista e titolare della farmacia che conduceva personalmente; di avere alle proprie dipendenze personale laureato in farmacia e di essersi comunque avvalso anche dell'aiuto della propria moglie, M. G. M., costituendo con lei un'impresa familiare; che la predetta non era laureata in farmacia, ma si occupava della parte contabile, ossia del controllo delle ricette, delle fatture, degli acquisti e delle principali esigenze pratiche, quali i rapporti con le banche, la tenuta in ordine del magazzino, un pò di pulizie.

Deduceva il ricorrente che in assenza di alcuna norma che prevedesse l'iscrizione obbligatoria del collaboratore familiare del farmacista in una gestione previdenziale tanto meno nella "Gestione previdenziale Commercianti" come del resto ritenuto dall'INPS nel corso degli anni ed espresso anche in apposite circolari e che del tutto incomprensibilmente, pertanto, funzionari dell'istituto, a seguito di ispezione, redigevano un verbale nel quale gli contestavano il mancato versamento dei contributi arretrati con riguardo alla moglie e addirittura le sanzioni pecuniarie accessorie.

Impugnava quindi il verbale predetto asserendo l'eccesso di potere per violazione del principio di stretta legalità, nonché la sua illegittimità per incompatibilità della posizione del ricorrente con l'iscrizione nella gestione commercianti, essendo il titola-

re professionista regolarmente iscritto all'Ordine provinciale dei farmacisti e alla relativa Cassa (l'ENPAF), come previsto dalla circolare INPS n. 1595C del 3 gennaio 1978 e ancora l'eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà — illegittimità di verbale, assumendo l'incompatibilità dell'iscrizione della signora M. nel registro speciale dei commercianti, essendo stata forzatamente applicata alla collaboratrice familiare la legge 613/1966, che disciplinava l'assicurazione obbligatoria per gli esercenti piccole attività commerciali iscritti negli elenchi degli aventi diritto all'assicurazione obbligatoria contro le malattie, istituita con legge 27/11/1960 n. 1397 e loro familiari e quindi una normativa specifica e del tutto estranea alla tipologia d'impresa di cui era titolare il ricorrente.

Affermava comunque che, in ogni caso, anche a voler ritenere applicabile alla fattispecie tale normativa, si doveva trattare di familiari coadiutori preposti al punto vendita che esercitassero con carattere di abitudine e prevalenza e iscritti nell'elenco speciale ex art. 9 l. 42611971, peraltro abrogati.

Contestava in ogni caso la qualità di "preposta" in capo alla propria collaboratrice familiare e precisava che non era neppure dimostrato che ella fosse addetta alla vendita di prodotti parafarmaceutici.

In ordine al "quantum" dei contributi dei quali si chiedeva il pagamento eccepiva che essi erano stati calcolati sul reddito complessivo dell'impresa di farmacia, senza estrapolare dal dato complessivo l'effettiva e minoritaria parte del reddito attribuibile ai ricavi imputabili alla vendita di generi commerciali, vera base di calcolo per i contributi in questione.

Inoltre contestava la richiesta retroattiva di tali contributi.

Chiedeva quindi che fosse dichiarata l'illegittimità del verbale ispettivo impugnato e che lo stesso fosse pertanto annullato.

In subordine chiedeva che fosse dichiarata legittima unicamente l'iscrizione d'ufficio ex nunc, e cioè con decorrenza dal solo anno di accertamento (2005) con le relative contribuzioni. Chiedeva in ogni caso che fossero annullate le sanzioni pecuniarie accessorie alla mancata iscrizione nella gestione previdenziale, in considerazione delle oggettive incertezze esistenti sul caso, ingenerate addirittura dal medesimo ente procedente. Si costituiva l'INPS, contestando la domanda del ricorrente e chiedendone il rigetto.

In primo luogo la difesa dell'istituto affermava la sussistenza dell'obbligo contributivo sulla base della circolare n. 163 del 17 luglio 1984, osservando che dagli accertamenti svolti risultava pacificamente che: 1) la farmacia di cui il ricorrente era titolare vendesse, oltre ai medicinali, anche prodotti diversi, realizzando un'attività di tipo commerciale alla quale si applicava il D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 114; 2) nello svolgimento ditale attività il titolare si avvaleva la moglie, quale partecipante ad impresa familiare regolarmente costituita, con conseguente sussistenza del carattere di abitudine e prevalenza nell'attività esercitata; 3) l'abitudine e prevalenza dell'attività svolta dalla predetta era confermata anche dal fatto che costei non svolgeva altra diversa attività.

Rilevava che l'iscrizione dei collaboratori familiari era obbligatoria tutte le volte in cui nella farmacia si vendessero prodotti diversi dai medicinali, ai sensi del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 114 e che del resto non poteva essere altrimenti, perché diversamente i collaboratori di tal genere sarebbero rimasti privi di qualunque tutela previdenziale.

Infine sottolineava il valore confessorio delle dichiarazioni rese dal ricorrente nel

corso dell'ispezione.

Quanto all'entità degli importi richiesti, la difesa dell'INPS ribadiva la fondatezza della pretesa contributiva con riguardo al periodo pregresso, nonché della legittima applicazione retroattiva delle sanzioni pecuniarie ovvero somme aggiuntive, pur non opponendosi a che, tenuto conto della peculiarità della fattispecie, esse fossero ridotte su richiesta della parte ricorrente, ai sensi dell'art. 116, comma 15, della l. 23 dicembre 2000, n. 388.

Chiedeva quindi il rigetto della domanda del ricorrente, proponendo, in via riconvenzionale, domanda di condanna del predetto al pagamento dell'importo di euro 12.254,00, per contributi fissi, oltre alle sanzioni civili calcolate fino al pagamento effettivo, nella misura di legge ovvero in quella da determinarsi su richiesta di parte ricorrente, ai sensi dell'art. 116, comma 15, l. 23 dicembre 2000, n. 388.

Con separati ricorsi, anche C.G., C.G., G. P., B. A., T.G., B. G.O. A., M. G., G. G. L., M. L., B. B. T. proponevano analoghe domande, essendo anch'essi farmacisti, con riguardo alla posizione di loro collaboratori familiari.

Le cause venivano riunite e istruite documentalmente ed infine decise all'udienza del 24 aprile 2008, all'esito della pronuncia con ordinanza n. 448 della Corte costituzionale in data 12 — 21 dicembre 2007, come da separato dispositivo letto in udienza.

DIRITTO — La domanda dei ricorrenti è infondata e non può essere accolta.

La Corte costituzionale, con ordinanza in data 12-21 dicembre 2007, nel respingere la questione di legittimità costituzionale sollevate con riguardo a disposizioni di legge che, secondo la prospettazione del giudice rimettente, non prendevano in considerazione la posizione dei collaboratori familiari di farmacisti, così asseritamente privi di tutela previdenziale, ha invero adottato motivazioni che sembrano recepire in pieno le tesi dell'INPS nel presente giudizio.

Afferma infatti la Corte che *“l'art. 1, primo comma, della legge n. 613 del 1966 dispone l'estensione dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti agli esercenti piccole imprese commerciali iscritti negli elenchi degli aventi diritto all'assicurazione obbligatoria, nonché ai loro familiari coadiutori, tra i quali il successivo art. 2, primo comma, annovera il coniuge, i figli legittimi o legittimati ed i nipoti in linea diretta, gli ascendenti i fratelli e le sorelle, che partecipano al lavoro aziendale con caratteri di abitualità e prevalenza, semprechè per tale attività non siano soggetti all'assicurazione generale obbligatoria in qualità di lavoratori dipendenti o di apprendisti;*

che l'art 1, primo comma, lettere d) e L) della legge n 1397 del 1960 prescrive l'obbligo di iscrizione nella gestione assicurativa e degli esercenti attività commerciali per i familiari coadiutori preposti al punto di vendita i quali partecipino personalmente al lavoro aziendale con abitualità e prevalenza;

che collegate con quelle censurate, sono anche altre norme non considerate dal rimettente, e cioè l'art. 10, secondo comma, della legge n. 613 del 1966 — il quale pone direttamente a carico del titolare dell'impresa commerciale l'obbligo del pagamento dei contributi anche per i familiari coadiutori, salvo il diritto di rivalsa nei loro confronti — e l'art. 4 comma 2, lettera a) del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114 (Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'art. 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59) il quale assoggetta alla disciplina del commercio tutte le

farmacie nelle quali non siano posti in vendita esclusivamente prodotti farmaceutici, specialità medicinali, dispositivi medici e presidi medico-chirurgici; che secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, nessuna disposizione di legge può essere dichiarata costituzionalmente illegittima solo perché suscettibile di essere interpretata in contrasto con precetti costituzionali, ma dev'esserlo soltanto quando non sia possibile attribuirle un significato che la renda conforme a Costituzione”.

In definitiva, la Corte, peraltro condivisibilmente, ha affermato che tutte le volte in cui l'oggetto dell'attività della farmacia non sia limitato alla vendita di prodotti farmaceutici o sanitari in genere, tale attività dev'essere qualificata come commerciale, ai sensi dell'art. 4, comma 2, lett. a) del decreto legislativo 31 marzo 1988, n. 114 e pertanto i familiari coadiutori che vi cooperano devono godere del regime contributivo relativo all'assicurazione commercianti.

Contrariamente a quanto asserito dai ricorrenti, esiste quindi una norma che contempla astrattamente la fattispecie in esame e che giustifica l'operato dell'INPS, ancorché l'istituto abbia avuto in passato condotte e orientamenti contrastanti (il che può giustificare la buona fede dei ricorrenti, l'applicazione di minori somme aggiuntive ed eventualmente la compensazione delle spese, ma non vincola nell'interpretazione della norma operata dall'Istituto in passato).

Occorre quindi verificare la sussistenza, in concreto, dei presupposti per l'applicazione della norma.

Nel caso di specie è pacifico che la farmacia di cui gli odierni ricorrenti sono titolari commercializzasse altri prodotti, oltre a quelli farmaceutici in senso stretto, avendone dato atto lo stesso difensore (e, d'altra parte, non esistendo in pratica più, nella realtà, fatte salve forse le farmacie ospedaliere, aziende dedite unicamente alla vendita di medicine).

Anche quanto alla continuità e prevalenza dell'attività svolta dai singoli collaboratori di cui trattasi, nei giudizi riuniti, non v'è dubbio, alla luce di quanto dedotto nei ricorsi introduttivi e della documentazione prodotta dall'INPS. Va detto preliminarmente che in tutti i casi in esame i ricorrenti, farmacisti professionisti titolari dell'attività, hanno costituito con il familiare o i familiari oggetto dei rilievi degli ispettori un'impresa familiare: e ciò costituisce di per sé elemento probante della continuità della prestazione della collaborazione da parte del familiare, dal momento che, ai sensi dell'art. 230 bis c.c., presupposto per la configurabilità dell'impresa familiare è proprio che il familiare “presti in modo continuativo la sua attività di lavoro ... nell'impresa familiare”. Naturalmente, come recita la stessa disposizione richiamata, è fatta salva l'ipotesi che “sia configurabile un diverso rapporto”, ma nei casi in esame, a fronte dell'accertamento da parte dell'INPS dell'avvenuta costituzione di un'impresa familiare, non pare che i ricorrenti abbiano negato l'esistenza della stessa ovvero sostenuto la simulazione del rapporto, avendone, in ipotesi l'onere. Al contrario, della documentazione in atti (ivi comprese le dichiarazioni dei redditi) e delle dichiarazioni a suo tempo rese agli ispettori verbalizzanti dai ricorrenti e dagli stessi collaboratori e mai smentite o contestate in corso di causa, emerge anche la “prevalenza” dell'attività svolta da parte dei collaboratori in questione per l'impresa familiare, essendo in tutti i casi l'unica svolta. In particolare B. B. A., fratello della ricorrente B.B. T., ha dichiarato “...mi occupo della contabilità e della parte commerciale. Collaboro con mia sorella fin da quando ha assunto la titolarità della farmacia. Prima

collaboravo con mio padre con gli stessi compiti. Ho fatto un'impresa familiare con mia sorella e l'avevo fatta anche con mio padre. Con mio padre ho collaborato circa 4-5 o 6 anni. Questa della farmacia è la mia sola attività, sia per l'impresa familiare con mia sorella, sia in quella con mio padre".

Quanto al dott. G., egli ha costituito con la moglie M. P. un'impresa familiare (v. doc. 8 del fascicolo INPS) e ciò contiene l'ammissione della prestazione di un'attività continuativa.

Il dott. G. B. M., a sua volta, ha dichiarato che nella farmacia di cui è titolare opera anche la moglie A. A. M., la quale "fa parte dell'impresa familiare già da molto tempo. È addetta alla vendita di tutti quei prodotti che non richiedono la laurea in farmacia" (doc. 2 fascicolo di parte INPS). Analogamente il farmacista O. A. ha affermato che la propria moglie, non laureata in farmacia, ha collaborato con lui nell'impresa familiare fino al 2003 in maniera prevalente ed abituale, come del resto è detto nell'atto di costituzione dell'impresa familiare (doc. 8 del fascicolo di parte INPS).

Quanto al dott. G. B., si osserva che nell'atto dichiarativo di impresa familiare (doc. 7 del fascicolo di parte INPS) è detto e più volte ribadito che "la signora M. G. M., coniuge del titolare, e la sig.na L. B., figlia del titolare, prestando in modo continuativo e prevalente la loro attività lavorativa in tale farmacia" addirittura espressamente precisandosi: "senza che sia configurabile un diverso rapporto giuridico con il titolare". Analogamente il dott. G. P. ha costituito un'impresa familiare nella quale collabora la moglie G. M., la quale, non essendo laureata in farmacia "si occupa di altre mansioni, compresa la parte amministrativa" (v. dichiarazioni rese, doc. 2 fascicolo INPS).

M. A. è figlio e collaboratore familiare della dott.ssa G. C. da circa 20 anni e si occupa del magazzino, della cassa e della chiusura giornaliera della cassa, non svolgendo altri lavori, come egli stesso ha riferito agli ispettori INPS (doc. 3).

C. G., titolare della farmacia, ha costituito un'impresa familiare nella quale collabora la moglie B. M., "che si occupa della contabilità, intesa come registrazioni amministrative. Mia moglie non è farmacista, non svolge altra attività" (doc. 2).

La moglie del dott. A. B. collabora nella farmacia, come riferito dalla farmacista associata e non contestato dal ricorrente.

Da ultimo S. D., moglie del dott. M. L., ha costituito un'impresa familiare fin dal 1991 con il marito e vi ha collaborato in maniera abituale e prevalente fino al 20 ottobre 2005 (data dell'atto in cui si dichiara la cessazione del rapporto, v. docc. al n. 7 del fascicolo di parte INPS).

Alla luce di tutto quanto sopra la pretesa dell'INPS appare senz'altro suffragata, non potendosi nel "*quantum*" neppure condividere la prospettazione della difesa dei ricorrenti secondo la quale occorrerebbe individuare nell'ambito del reddito d'impresa la parte riferibile all'attività per così dire non strettamente farmaceutica e solo su di essa calcolare i contributi. Invero, una volta affermato e accertato, ai sensi del D. Lgs. 114/1998, che se la farmacia non vende esclusivamente prodotti strettamente farmaceutici e sanitari tale attività costituisce impresa commerciale, è evidente che ciò vale per tutta l'attività non essendo ipotizzabile una simile ripartizione, tanto più che non è detto e in concreto non si verifica che i coadiutori, per essere tali, debbano collaborare solamente alla vendita dei prodotti diversi, ben potendosi essi occupare (come il più delle volte hanno fatto, nei casi in esame) di amministrazione, magazzino, contabilità ... che ovvia-

mente riguarda tutta l'attività, ad eccezione di quella che richiede le conoscenze tecnico-scientifiche per le quali è prescritta la laurea in farmacia. Va quindi accolta la domanda riconvenzionale proposta dall'istituto, per gli importi precisati dall'INPS nei prospetto prodotto, a titolo di soli contributi, sui quali andranno applicate le somme aggiuntive (obbligatorie per legge), anche se in misura ridotta secondo i criteri di cui all'art. 116, comma 15 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, come d'altra parte ammesso dallo stesso Istituto nelle conclusioni, non essendovi dubbio che nei casi di specie il mancato e ritardato pagamento dei contributi è dipeso "da oggettive incertezze connesse a contrastanti ovvero sopravvenuti diversi orientamenti giurisprudenziali", e addirittura dalla stessa interpretazione adottata, in passato, dall'istituto (art. 116, comma 15, lett. a).

Tali ragioni giustificano ampiamente anche l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

(Omissis)

Pensioni - Amianto - Rivalutazione contributiva ex l. n. 257/1992 - Assicurato Ipsema - Esclusione.

Tribunale di Messina - 25.09.2007, n. 3421 - Dott. Romeo - Mancuso (Avv. Gatto) - INPS (Avv. Gramuglia).

Il riconoscimento della maggiorazione contributiva prevista per l'esposizione ultradecennale all'amianto non compete ai soggetti assicurati presso Istituti previdenziali diversi dall'INAIL stante il tenore letterale dell'art. 13, c. 8, l. 27 marzo 1992, n. 257 e la sua natura di norma eccezionale.

SENTENZA

nel procedimento iscritto al n. 1330/2004 R.G. cont. e vertente

TRA

M. G., nato a Messina il 6.10.1959, rappresentato e difeso dall'avv. Vincenzo Gatto per procura in atti.

RICORRENTE IN RIASSUNZIONE

CONTRO

I.N.P.S., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Gramuglia in virtù di procura generale alle liti in Notaio F. Lupo di

Roma del 18.1.1994 rep. n. 23620 ed elettivamente domiciliato presso l'Ufficio dell'Avvocatura Inps di Messina in via Romagnosi n. 9.

I.N.A.I.L., in persona del Direttore legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Maria Colletti a Antonio Tindiglia presso i quali è elettivamente domiciliato in Messina - Avvocatura Sede Inail - Via Garibaldi n. 122, come da procure generali alle liti per atti del dott. Salvatore La Spina, notaio in Palermo, rispettivamente rep. n. 23035 del 22.1.2003 e rep. n. 19772 del 5.11.1999.

I.P.S.E.M.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Daniela Agnello giusta procura speciale in Notar Marco Pinardi rep. n. 9507 del 17.6.2004 presso al quale è selettivamente domiciliato in Messina Piazza Immacolata di Marmo n. 4.

RESISTENTI

P.Q.M.

definitivamente pronunziando sulla domanda proposta da M. G. A. con ricorso depositato in data 10.3.2004 nei confronti dell'Inps, dell'Inail e dell'Ipsema, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, uditi i procuratori delle parti e disattesa ogni contraria istanza, difesa ed eccezione, così provvede: dichiara il difetto di legittimazione passiva dell'Inail e dell'Ipsema che estromette dal presente giudizio; rigetta la domanda; compensa integralmente tra le parti le spese giudiziali.

MOTIVAZIONE CONTESTUALE

(art. 281 *sexies* c.p.c.)

Preliminarmente va esaminata l'eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata dall'Inail e dall'Ipsema nei rispettivi atti di costituzione. Essa - come già rilevato da questo decidente con ordinanza del 30 maggio 2006 - è meritevole di accoglimento.

In proposito giova premettere che M. G., denunciando la presenza di amianto sulle navi sulle quali presta servizio sin dal giugno 1978, chiede il riconoscimento in suo favore del beneficio della rivalutazione contributiva di cui all'art. 13 comma VIII della legge n. 257/1992 (come modificato dalla legge n. 271/93), in forza del quale i periodi di lavoro soggetti all'assicurazione obbligatoria sono moltiplicati per il coefficiente di 1,5 al fine di ottenere la pensione di anzianità con la più favorevole decorrenza derivante dalla supervalutazione del periodo di lavoro con esposizione all'amianto. Orbene, per costante giurisprudenza (v., *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 29 aprile 2003 n. 6659; id., 12 luglio 2002, n. 10185; id., 11 luglio 2002, n. 10114; id., 28 giugno 2001, n. 8859) nella materia *de qua* la legittimazione passiva compete in via esclusiva all'Inps, ente erogatore della prestazione pensionistica tenuto ad operare l'invocata supervalutazione. A ciò si aggiunga, da un lato, che la disposizione di cui al comma VIII dell'art. 13 in questione, a differenza di quanto prescritto dal comma VII per i lavoratori che abbiano contratto malattie professionali, non impone all'Inail né all'Ipsema per il settore marittimo l'assolvimento di alcun incombente e, dall'altro, che l'attestazione relativa all'esposizione al rischio che i predetti istituti, in qualità di sog-

getti dotati di specifica competenza tecnica, hanno il compito di rilasciare rileva solo ai fini probatori sicché non è sufficiente ad attribuire ad essi la titolarità del rapporto sostanziale e conseguentemente la legittimazione passiva.

Sulla base delle considerazioni che precedono, va dichiarata la carenza di legittimazione passiva dell'Inail e dell'Ipsema, confermando l'ordinanza pronunciata da questo decidente con la quale né è stata disposta l'estromissione dal presente giudizio.

Sempre in via preliminare, in ordine all'eccezione sollevata dall'Inps di improponibilità della domanda attorea, va rilevato che il ricorrente ha fornito prova documentale di aver presentato la relativa domanda amministrativa, la cui preventiva proposizione è condizione non solo per l'ottenimento della prestazione ma anche di proponibilità del ricorso giudiziario (cfr., in questo senso, Cass. civ., 28 novembre 2003 n. 18265; Cass. civ., sez. lav., 25 luglio 2002, n. 10979).

Per quanto concerne, poi, l'eccepita inapplicabilità al caso di specie dell'art. 13 comma VIII della legge n. 257/92 non essendo il marittimo istante soggetto all'assicurazione gestita dall'Inail, l'assunto dell'Inps appare in realtà convincente. Esso, infatti, si fonda sia sull'inequivoco tenore letterale della disposizione, che fa esclusivamente riferimento all'Inail e non anche ad altri Istituti assicuratori, sia sul carattere eccezionale del beneficio previdenziale ivi previsto, che impone un'interpretazione restrittiva della norma *de qua*.

In ogni caso, pur volendo adottare un'interpretazione costituzionalmente orientata al fine di evitare un'irragionevole disparità di trattamento tra lavoratori assicurati presso gestioni diverse a fronte di una identica situazione di prolungata esposizione all'amianto e ritenere conseguentemente la disposizione invocata dal ricorrente applicabile anche ai marittimi, passando all'esame nel merito, la domanda attorea non è comunque meritevole di accoglimento.

Giova premettere che secondo l'univoco orientamento della giurisprudenza di legittimità, seguito dalla maggior parte dei giudici di merito e pienamente condiviso da questo decidente, il riconoscimento della maggiorazione contributiva prevista per l'esposizione ultradecennale all'amianto presuppone che quest'ultima sia stata superiore per intensità ai valori di rischio indicati nella legislazione prevenzionale di cui agli artt. 24 e 31 D.Lgs. n. 277 del 1991 (v., *ex multis*, Cass. Civ., sez. lav., 29 ottobre 2003, n.16256; Cass. civ., sez. lav., 3 aprile 2001 n. 4913 (1); App. Bari, 5 novembre 2002). Né peraltro - è stato pure precisato - la esplicita previsione normativa di una determinata "soglia", ribadita anche dalla Consulta con la sentenza n. 5 del 2000, si pone in contrasto con le regole del sistema assicurativo gestito dall'Inail, le quali, consentendo - a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale n. 179 del 1988 - di ritenere l'esposizione a rischio in presenza di una qualsiasi quantità di fibre di amianto, rispondono all'esigenza - propria di tale sistema e non comparabile con il diverso fine sotteso all'attribuzione del beneficio ai fini previdenziali - di tutelare il lavoratore al verificarsi di una malattia professionale (cfr. Cass. civ., sez. lav., 12 luglio 2002, n. 10185).

Ciò premesso sul piano generale ed avuto riguardo al caso di specie, non può non rilevarsi che l'istante si è limitato a dedurre genericamente di esser stato esposto al rischio in questione per oltre dieci anni, senza però allegare e tanto meno provare l'entità della asserita esposizione, neppure a seguito della specifica e puntuale difesa avanzata dall'Istituto resistente sul punto. In proposito, va innanzitutto evidenziato

che non appare conducente la prova per testi dedotta dal ricorrente nell'atto introduttivo, in quanto la circostanza ivi articolata non è diretta a dimostrare che nell'ambiente nel quale si svolgeva la lavorazione vi era una concentrazione di polveri di amianto superiore ai valori di rischio sopra indicati. In secondo luogo, questo giudice non - può - avvalendosi dei poteri officiosi previsti nel rito del lavoro - disporre *ex officio* di assumere la deposizione dei testi al fine di accertare l'esistenza di una esposizione "qualificata" ultradecennale all'azione morbigena delle fibre di amianto nei termini sopra chiariti, dal momento che la prova orale appare di per sé inadatta a dimostrare la presenza nell'ambiente lavorativo di una dispersione di fibre di amianto in concentrazione superiore ai valori normativamente indicati. Significativa è, poi, l'inerzia probatoria del ricorrente il quale, benché espressamente invitato da questo giudice con ordinanza del 30.5.2006 a specificare i nominativi dei natanti sui quali è stato imbarcato, non vi ha provveduto. Ed infine, parimenti inammissibile è la richiesta attorea di consulenza tecnica d'ufficio, non solo perché il ricorrente omette pure di indicare il nome dei natanti a bordo dei quali ha prestato attività lavorativa, ma anche e soprattutto perché il mutamento delle condizioni delle navi intervenuto nel corso degli anni rende impossibile al perito la misurazione della concentrazione delle fibre di amianto.

La rilevata carenza probatoria nei termini sopra chiariti impone il rigetto della domanda attorea.

Soccorrono tuttavia giusti motivi, ravvisabili nel tenore della decisione nonché nella qualità delle parti, per compensare integralmente tra di esse le spese giudiziali.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2001, p. 772

Contributi - Collaborazione a progetto - Assenza di uno specifico progetto a programma di lavoro - Conversione sanzionatoria in lavoro subordinato - Presunzione assoluta.

Tribunale di Trieste - 30.10.07/04.01.2008 n. 1/08 - Dott. Barzani - B. M. A. S.R.L (Avv.ti Berti, Longo) - INPS (Avv. Rando) - S.C.C.I. S.P.A. (Avv. Rando).

La violazione del divieto di instaurare collaborazioni prive dei requisiti specializzanti viene sanzionata con l'applicazione della disciplina dettata per il rapporto di lavoro subordinato, con presunzione assoluta, sin dall'instaurazione del rapporto, senza che rilevi la pretesa autonomia operativa dei collaboratori.

FATTO — Con ricorso al Tribunale Ordinario di Trieste, in funzione di giudice delle controversie di lavoro e previdenziali, depositato il 6.3.2006, proposto contro l'INPS e S.C.C.I. s.p.a. la B. - M. A. s.r.l. proponeva opposizione al ruolo n. 2005/309 ed alla cartella esattoriale 114 2006 00003915 29; con tale cartella era stato richiesto il pagamento dell'importo di € 165.479.20 per contributi e somme aggiuntive pretesi dall'INPS in forza di un verbale di accertamento del 28.9.2004, con il quale erano stati ricondotti a rapporti di lavoro subordinato settantasette rapporti di collaborazione a progetto e due rapporti di collaborazione coordinata e continuativa. La società ricorrente eccepeva preliminarmente la decadenza dalla pretesa per il superamento del termine di cui all'art. 25 e. I del D.lgs.vo n. 46/1999, in quanto il verbale di accertamento era stato notificato nell'ottobre 2004, mentre la cartella esattoriale soltanto nel gennaio 2000. La ricorrente sosteneva inoltre le piena validità dei settantasette contratti di collaborazione a progetto cui si riferiva il verbale di accertamento, stipulati per prestazioni intrinsecamente circoscritte nel tempo, delle quali comunque si era determinata la durata, prestazioni riconducibili ad uno specifico programma di lavoro, consistente nel piano di attuazione delle prestazioni, affidato a ciascun collaboratore e da questi gestito, per concorrere al risultato finale di garantire, per il circoscritto periodo di apertura degli stabilimenti, un servizio di assistenza qualificata e completa, in particolare sotto il profilo della sicurezza. La ricorrente evidenziava che gli assistenti bagnanti ed i bagnini da spiaggia avevano svolto in piena autonomia gestionale la prestazione, con il coordinamento del committente, che mai aveva esercitato alcuna ingerenza sulle concrete modalità di svolgimento della prestazione. In particolare, gli assistenti bagnanti avevano conseguito uno specifico brevetto. All'interno degli orari di apertura degli stabilimenti, nell'ambito delle fasce orarie fissate dalla Capitaneria, i collaboratori della B. gestivano autonomamente la copertura del servizio, procedendo direttamente, all'occorrenza, a scambi di orario. La società opponente sosteneva poi, richiamando la Circolare del Ministero del Lavoro n. 1/2004, che doveva escludersi che la previsione di cui all'art. 69 del D.L.vo n. 276/2003 prevedesse una conversione ex lege del rapporto di collaborazione in un contratto di lavoro subordinato, considerato che la giurisprudenza costituzionale aveva sostenuto che al legislatore non spettava il potere di qualificare in astratto il rapporto di lavoro quale autonomo o subordinato. Il citato art. 69 prevedeva invece una mera presunzione legale ex art. 2727 c.c., suscettibile di prova contraria. Il verbale di accertamento non individuava alcun elemento proprio della subordinazione, ma si limitava a contestare l'asserita genericità e coincidenza delle prestazioni con l'oggetto sociale della ricorrente, invero ben più ampio. L'opponente si doleva altresì dell'errata determinazione del quantum dovuto: non si era infatti tenuto conto dei consistenti esborsi effettuali dalla B. alla gestione separata presso l'INPS per il pagamento dei contributi relativi a ciascun collaboratore per gli anni 2003 e 2004. ammontanti ad € 97.794.00. che in ogni caso andavano dedotti dal totale dei contributi infondatamente pretesi. Anche l'applicazione delle sanzioni civili era avvenuta in modo non legittimo, dovendosi escludere la possibilità di applicare, nel caso di specie, della previsione di cui alla lett. b) dell'art. 116 e. 8 della L. n. 388.2000. Inoltre gli accertatori dell'INPS, per determinare la base imponibile su cui calcolare l'ammontare dei contributi richiesti, avevano erroneamente ritenuto di applicare le tabelle contrattuali previste dal CCNI. Pubblici Esercizi stabilimenti balneari, posto

che la società ricorrente non apparteneva alla categoria degli stabilimenti balneari. La ricorrente rilevava che le stesse considerazioni svolte in relazione ai settantasette contratti a progetto potevano essere riferite anche ai due contratti di collaborazione coordinata e continuativa, stipulati con i collaboratori B. e C. in data anteriore all'entrata in vigore del D.L.vo n. 276/03, per prestazioni cessate il 24.10.2003 in ossequio alla norma transitoria di cui all'art. 86 del D.lgs.vo n. 276/2003; in relazione a tali collaborazioni gli Ispettori avevano erroneamente ritenuto che anche per tali contratti vi fosse la necessità di riferirsi ad un progetto, senza nemmeno affermare la sussistenza del vincolo di subordinazione. Ciò esposto, la società ricorrente instava, in via preliminare, per la sospensione dell'esecuzione del ruolo e, nel merito, concludeva come indicato nell'epigrafe; in via istruttoria l'opponente chiedeva l'ammissione di prova testimoniale, che fosse ordinato all'INPS l'esibizione della documentazione attestante l'entità dei contributi versati alla gestione separata dell'INPS, in via subordinata l'ammissione di consulenza tecnica d'ufficio per la determinazione dell'entità dei contributi dovuti, tenendo conto di quelli già versati alla citata gestione separata.

Contestualmente alla fissazione dell'udienza il giudice disponeva, inaudita altera parte, la sospensione dell'esecuzione del ruolo.

Si costituiva l'I.N.P.S. in proprio e quale mandatario di S.C.C.I. s.p.a. contestando la preliminare eccezione di decadenza svolta dalla ricorrente, in quanto il termine di cui all'art. 25 del D.lgs..vo n. 46/1990 si riferiva non alla notifica della cartella da parte del Concessionario ma all'iscrizione a ruolo; nel caso di specie tale iscrizione era avvenuta il 27.10.2005, dunque entro il termine previsto dalla legge. L'Istituto precisava che il Comitato regionale per i rapporti di lavoro aveva annullato il verbale di accertamento, limitatamente alle posizioni delle due lavoratrici B. e C., con rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, e per tale ragione nessuna somma era stata iscritta a ruolo con riferimento a tali lavoratrici. Il resistente rilevava che i settantasette contratti a progetto di cui si discuteva erano stati redatti su moduli prestampati, che non contenevano la descrizione di alcun progetto o programma di lavoro o parte di esso; nei contratti erano indicate generiche attività lavorative che coincidevano con l'oggetto sociale della B. s.r.l. Con molto anticipo rispetto alla stagione estiva la B. s.r.l. aveva inviato ai possibili clienti delle proposte di servizi di sorveglianza balneare mare-piscina, di pulizia delle vasche delle piscine, di guardia a terra, di giardinaggio e facchinaggio; dopo aver stipulato i contratti con gli stabilimenti balneari la società aveva reclutato il personale necessario per assicurare i servizi oggetto del contratto. Il legale rappresentante della società aveva dichiarato agli ispettori che egli si occupava di amministrare la società organizzando l'attività dei bagnini, ciò che costituiva l'unica attività lavorativa da egli svolta. I rapporti di lavoro ben avrebbero potuto intercorrere direttamente tra gli stabilimenti balneari ed i lavoratori, alla cui prestazione la società ricorrente nulla aggiungeva; il preteso progetto coincideva per tutti i settantasette lavoratori ed il corrispettivo di ciascuno era determinato in base alle ore lavorate, quindi alla quantità del servizio e non alla natura del progetto, al risultato previsto, alle capacità del collaboratore. L'assenza del progetto o programma di lavoro o l'assoluta genericità degli stessi determinava la conversione del rapporto in un ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data della stipulazione del contratto, ex art.69 c. 1° D.lgs.vo n. 276/2003 senza possibilità di prova contraria. L'Istituto

sosteneva la corretta applicazione del CCNL: in quanto la società ricorrente era iscritta nel settore terziario, sezione stabilimenti balneari, e mai aveva contestato tale iscrizione; richiamava inoltre, con riguardo alle doglianze relative alle sanzioni, la sentenza n. 4808/2005 (1) delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo la quale la fattispecie dell'omissione contributiva doveva ritenersi limitata all'ipotesi di mancato pagamento da parte del datore di lavoro, in presenza di tutte le denunce e registrazioni obbligatorie necessario, mentre la mancanza di uno solo degli adempimenti ulteriori rispetto a quello del pagamento era sufficiente ad integrare la fattispecie dell'evasione. Tale sentenza, pur relativa all'art. 1 e 217 della L. n. 662/1996, esprimeva un principio valido anche in relazione alla nuova disposizione di cui all'art. 116 c. 8° della l. n. 388/2000. Ciò premesso, l'Istituto instava per il rigetto dell'opposizione, con vittoria di spese ed, in subordine, per la condanna della società opponente al pagamento del diverso importo che fosse risultato dovuto in corso di causa; chiedeva altresì l'ammissione di prova testimoniale a mezzo di tutti i lavoratori cui si riferivano i contratti.

Assunte le prove testimoniali, all'odierna udienza il giudice ha pronunciato sentenza non definitiva, mediante lettura del dispositivo alle parti, disponendo con separata ordinanza la prosecuzione dell'istruttoria per l'espletamento di consulenza tecnica d'ufficio.

DIRITTO — L'opposizione è solo in parte fondata, nei limiti più oltre precisati.

Preliminarmente deve essere disattesa l'eccezione di decadenza sollevata dalla ricorrente.

L'art. 25 del D.lgs.vo n. 46/1999 prevede il termine per l'iscrizione nei ruoli esecutivi dei crediti degli enti pubblici previdenziali, disponendo che in caso di crediti per contributi o premi dovuti, come nel caso di specie, in forza di accertamenti effettuati dagli uffici, l'iscrizione predetta venga effettuata dagli uffici entro il 31 dicembre dell'anno successivo alla notifica del provvedimento. Nel caso di specie, la ricorrente ha allegato il verbale di accertamento del 28.9.2004 che le è stato notificato nell'ottobre 2004; come si desume dalla cartella esattoriale, i crediti di cui si discute sono stati iscritti nel ruolo dichiarato esecutivo il 18.11.2005, dunque tempestivamente.

L'iscrizione a ruolo deve essere dichiarata illegittima limitatamente agli importi pretesi in relazione alle posizioni dei collaboratori M., S. e S..

L'INPS ha prodotto il provvedimento di data 15.9.2005, con il quale il Comitato Regionale per i Rapporti di Lavoro ha deliberato di accogliere parzialmente il ricorso della B. - M. A. s.r.l. *"relativamente ed esclusivamente alle posizioni delle due lavoratrici con contratto di collaborazione coordinata e continuativa con mansioni impiegate"*. Nella memoria di costituzione l'Istituto ha evidenziato che l'iscrizione a ruolo e la conseguente cartella esattoriale non riguardano in alcun modo le citate collaboratrici, B. e C., riferendosi a settantasette lavoratori nominativamente elencati, tra i quali M. B., S. P. V. S. S., che avrebbero anch'essi stipulato con la società ricorrente dei contratti di lavoro a progetto. L'opponente ha prodotto sub due 67, 78, 79 i contratti di collaborazione coordinata continuativa stipulati con i predetti S., M. (e non M.), S., aventi decorrenza dal 15.10.2003, ancorché formalizzati per iscritto tra il 22 ed il 24.10.2003. con scadenza al 31.12.2004 (del tutto analoghi sono i documenti contrattuali sub 80, 81 relativi alle impiegate B. e C.). Tali contratti, che non recano indicazione alcuna

relativa ad un progetto o programma di lavoro, individuano le attività oggetto della collaborazione in quelle di "assistente bagnanti" (S.), di "operatore nel campo della manutenzione del naviglio leggero e giardinaggio" (M.), di "operatore nel campo della manutenzione di impianti balneari" (S.). Ai sensi dell'art. 86 del D.lgs.vo 10.9.2003 n. 276, "le collaborazioni coordinate e continuative stipulate ai sensi della disciplina vigente, che non possono essere ricondotte ad un progetto o ad una fase di esso, mantengono efficacia fino alla loro scadenza e, in ogni caso, non oltre un anno dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento...". I rapporti di collaborazione in questione, iniziati in data 15.10.2003 erano dunque legittimati dalla norma transitoria appena richiamata. Nel verbale di accertamento erroneamente si sostiene che "tutto il personale ha stipulato con la Società un contratto di lavoro a progetto ex. D.lgs.vo 10 settembre 2003 n. 276, redatto su modulo prestampato. Fanno eccezione le due impiegate che hanno tuttora in essere un contratto di co.co.co. (al quale si applica comunque anche in regime transitorio la necessità di riferirsi ad un preciso progetto)...l'esame della documentazione fornita dalla Società e di quella reperita presso l'Istituto ha evidenziato come i contratti stipulati tra le parti non presentino alcuna delle caratteristiche suddette. In particolare il contratto, ancorché definito "a progetto" dalla Società, non contiene uno specifico progetto o programma o parte di esso che giustifichi la scelta di utilizzare tale tipologia contrattuale, ma soltanto l'elencazione di generiche attività coincidenti con l'oggetto sociale. Mancando l'elemento base caratterizzante la fattispecie, come previsto dall'art. 69 e. l del D.lgs. 10.9.2003 n. 276, con il presente verbale si disconoscono tutti i contratti stipulati in quella forma, nonché i contratti di co.co.co. degli impiegati d'ordine e tutti i 79 rapporti di lavoro vengono trasformati in rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato. a far tempo dalla data d'inizio di attività indicata per ciascun lavoratore nel libro matricola". Dunque nel verbale di accertamento si presuppone erroneamente che anche S., M. e S. abbiano stipulato dei contratti di lavoro a progetto, si sostiene la mancanza dell'elemento qualificante di tale tipo contrattuale; stante l'erroneo presupposto, non viene indicato alcun elemento rivelatore dell'effettiva natura subordinata del rapporto di lavoro formalmente autonomo intercorso con i tre collaboratori dianzi indicati. Anche la memoria difensiva riproduce l'errore in cui erano incorsi gli accertatori; ne consegue che, trattandosi di rapporti di collaborazione consentiti dalla norma transitoria e non essendosi dedotto e provato alcunché, dalla parte a ciò onerata, in ordine alla natura simulata dei contratti ed alla sussistenza della subordinazione nel concreto atteggiarsi di tali rapporti, non può ritenersi sussistente alcun credito contributivo, con conseguente illegittimità, in parte qua, dell'iscrizione a ruolo.

Il verbale di accertamento si riferisce ad ulteriori settantaquattro lavoratori; la società ricorrente ha prodotto i relativi contratti di lavoro a progetto, tutti redatti con l'utilizzo del medesimo modulo prestampato, adattabile a seconda il lavoro indicato al momento della compilazione fosse quello di "assistente bagnanti" o di "generico" (dove per "generico" s'intende, come emerso dall'istruttoria condotta, il bagnino da spiaggia). Nelle premesse si legge che il datore di lavoro committente è una società di servizi a prevalente attività di sorveglianza in mare e primo soccorso in acque ed "è intenzionato a far svolgere un programma di lavoro individuato nell'allegato che fa parte integrante del presente contratto". Nel preteso "programma" si legge che "il lavo-

ratore ha il dovere di provvedere con senso del dovere al compito assunto; in particolare se questo compito assunto è l'assistenza e sorveglianza dei bagnanti è primo soccorso, ovvero persona addetta a un servizio di pubblica utilità, ottemperare ed applicare, con professionalità e responsabilità, in quanto in possesso di brevetto, a tutte le normative di legge emanate e in vigore per stabilimenti balneari marini lacustri fluviali piscine natatorie piscine terapiche ecc. riguardanti la sorveglianza e la sicurezza balneare del pubblico bagnante. Obiettivo del servizio di Assistente Bagnanti: garantire la sicurezza dei bagnanti, vigilando anche sul rispetto dei divieti e limitazioni imposti ai bagnanti. Obiettivo di altri servizi, nella fattispecie.... garantire nel miglior modo possibile il compito assunto in tempi e modi concordati con la s.r.l. B. M. A."

L'art. 61c. 1 del D.lgs.vo n. 276/2003 individua l'elemento qualificante della nuova tipologia contrattuale nel collegamento funzionale; del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa ad *"uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con l'organizzazione del committente"*: per converso, l'art. 69, rubricato *"Divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa e conversione del contratto stabilisce che i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'art. 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto"*.

I termini progetto e programma cui il legislatore ha inteso attribuire la funzione di discriminare essenziale tra una situazione di pienezza di garanzie ed una situazione di tutela alquanto limitata appaiono del tutto aleatici e vaghi. Parte della dottrina ha peraltro sottolineato come il legislatore abbia preteso di elevare a requisito di genuinità della natura autonoma della collaborazione una forma tipica di organizzazione del lavoro subordinato individuata da più di trent'anni dalle scienze aziendali, forma caratterizzata dalla sostituzione di programmi produttivi di lunga scadenza con progetti temporalmente definiti e dal passaggio, quindi dall'esecuzione di attività routinarie alla collaborazione di gruppi di dipendenti all'attuazione di progetti, anche contemporaneamente, secondo sequenze rigorosamente programmate.

L'indeterminatezza dei termini utilizzati dal legislatore ha provocato l'intervento definitorio di una fonte amministrativa, la circolare del Ministro del Lavoro n. 1 dell'8.1.2004, secondo cui il progetto consisterebbe in un'attività identificabile e collegabile al raggiungimento di un risultato finale, mentre il programma o la fase di programma si caratterizzerebbero per la produzione di un risultato solo parziale destinato ad essere integrato, in vista di un risultato finale da altre lavorazioni e risultati parziali. Il Consiglio di Stato, nella sentenza 3.4.2006 n. 1743, afferma che *"è il risultato che si pone al centro del tipo normativo, allora l'orario lavorativo va concepito in funzione di esso"*. Si osserva in proposito che l'art. 61 c. 1 non spiega cosa siano il progetto, il programma, la fase del programma, ma precisa che debbono essere funzionalmente vincolati ad un risultato, che tuttavia non necessariamente deve costituire l'oggetto dell'obbligazione del collaboratore ma può anche essere esterno al vincolo obbligatorio.

Parte della dottrina ha ritenuto che i requisiti caratterizzanti sopra citati sarebbero concepibili solo per lavori di alta qualificazione o comunque di contenuto ben delimi-

tato; il progetto identificherebbe una ideazione, con un risultato specifico, accompagnata da uno studio di attuazione, mentre il programma rappresenterebbe un'enunciazione particolareggiata di ciò che si vuole fare per realizzare l'ideazione, presupponendo quindi il programma sempre l'esistenza di un progetto da realizzare.

Al di là delle incertezze definitorie, ad aggravare le quali poi concorrono anche le difficoltà di inquadramento delle peculiari fattispecie concrete, ritiene questo giudice che la ratio sottesa all'introduzione della tipologia contrattuale in discussione, la repressione, cioè del ricorso fraudolento alle collaborazioni coordinate continuative per eludere la tutela forte che connota il lavoro subordinato, imponga una interpretazione piuttosto restrittiva dei requisiti caratterizzanti la fattispecie, che consenta il ricorso a tale contratto solo in presenza di situazioni particolari e tecnologicamente individuate, anche se non necessariamente irripetibili; si condivide altresì l'opinione dottrinale secondo cui non è sufficiente la mera descrizione di un obiettivo, essendo altresì necessaria l'individuazione dell'inquadramento organizzativo della prestazione del collaboratore, cioè dell'ambito di utilizzazione della collaborazione nella struttura aziendale. Non può ritenersi consentito, pertanto, ricorrere a contratti a progetto per far fronte ad una necessità strutturale dell'azienda o per indefinite o modificabili esigenze aziendali. Si osserva, ancora, che sia il tenore dell'art. 61 c. 1 che quello dell'art. 62 lett. d) confermano che il legislatore ha inteso mutare l'ottica interpretativa in precedenza seguita da dottrina e giurisprudenza in materia di coordinamento; infatti, mentre si era soliti ricostruire il coordinamento come un potere unilaterale del committente, di minor contenuto rispetto a quello direttivo del datore di lavoro nel rapporto subordinato, le norme citate individuano il coordinamento come un'attività del collaboratore, non già del committente, che egli deve e può assicurare in base alla predeterminazione nel contratto, del risultato-interesse del committente e dell'inquadramento della collaborazione nella struttura aziendale.

Lo specifico progetto o il programma di lavoro o una sua fase debbono non solo esistere, ma anche essere indicati nel contratto e tale indicazione deve essere "individuata nel suo contenuto caratterizzante".

L'art. 62 D.lgs.vo n. 276/2003 impone infatti la forma scritta, forma che la maggior parte della dottrina e della giurisprudenza di merito, nonché la circolare sopra richiamata, ritiene imposta ad probationem. Dunque il progetto, il programma o sua fase sono, sia elementi essenziali del contratto che elementi necessari del testo contrattuale formato per la prova. La carenza di indicazioni in ordine ai citati elementi caratterizzanti ed al loro contenuto preclude la possibilità di fornirne prova in giudizio a mezzo di prova testimoniale o per presunzioni, atteso che l'art. 2725 c.c. consente l'utilizzo di tali mezzi probatori nel solo caso di perdita incolpevole del documento, essendo pertanto possibile soltanto il ricorso alla confessione ed al giuramento della controparte. L'applicazione di tali regole processuali non trova deroghe nel processo del lavoro, posto che l'art. 421 c.p.c., che consente al giudice di ammettere mezzi di prova fuori dai limiti stabiliti dal codice civile, si riferisce ai limiti fissati in via generale negli artt. 2721, 2722, 2723 c.c. e non, invece, a quelli stabiliti dalla legge per specifici atti per i quali venga richiesta la forma scritta ad substantiam o ad probationem (Cass. sez. lav., 25.8.2005, n. 17333; Cass., sez. lav., 28.12.1996, n. 11540).

Nei contratti a progetto cui si riferisce la presente causa manca l'indicazione di qualsivoglia specifico progetto o di un programma di lavoro e dei relativi contenuti; se già la completa standardizzazione dei ben settantaquattro contratti risulta di per sé significativa dell'assenza di tale elemento, si sottolinea come i documenti negoziali si limitino a descrivere, in modo alquanto generico, le mansioni affidate ai collaboratori, che integrano l'attività che la società svolge per la sua clientela; nessun elemento è precisato che valga ad individuare un qualche risultato distinto da quello della prestazione del servizio fornito dalla società. Le istanze istruttorie svolte dalla ricorrente si riferivano a circostanze significative, per come formulate, dell'autonomia operativa dei collaboratori e dell'assenza del potere direttivo del committente (e non poteva essere diversamente, per quanto sopra detto circa i limiti di cui all'art. 2725 c.c.). L'istruttoria comunque condotta ha confermato, come sottolineato dall'INPS, che i settantaquattro collaboratori a progetto hanno eseguito il servizio offerto dalla società ai suoi clienti, nel quale si concretava l'oggetto sociale. Nè alcuna indicazione è contenuta nei documenti contrattuali in ordine alla collocazione delle collaborazioni nella struttura aziendale ed alle esigenze organizzative cui i collaboratori avrebbero dovuto coordinarsi. Le prove testimoniali hanno peraltro acclarato che la struttura aziendale era costituita esclusivamente dai citati collaboratori.

L'art. 69 c. 1 del D.lgs.vo n. 276/2003 dispone "*I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'art. 61 c. 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto*". La lettera della norma appare inequivoca: la violazione del divieto di instaurare collaborazioni coordinate continuative prive dei requisiti specializzanti viene sanzionata con l'applicazione della disciplina dettata per il rapporto di lavoro subordinato, con uno strumento già impiegato dal legislatore per contrastare la frode alla legge e che non si limita a prevedere l'emersione del negozio dissimulato, ma prevede l'applicazione della tutela prevista per il lavoro subordinato a tempo indeterminato, sin dall'instaurazione del rapporto. Il meccanismo sanzionatorio è del resto conforme all'intento perseguito dal legislatore, quello di porre fine all'abuso dello strumento della collaborazione coordinata e continuativa.

Parte della giurisprudenza di merito (tra le altre: Tribunale Torino, 5.4.2005; Tribunale Ravenna, 21.11.2005) ha sostenuto che l'art. 69c. 1 citato prevederebbe una presunzione semplice di subordinazione, essendo consentito al committente di dimostrare che, nonostante l'assenza di un progetto o programma di lavoro, il rapporto tra le parti fosse caratterizzato da autonomia. Tale tesi non convince affatto, in quanto confligge con l'inequivoco tenore letterale della norma; peraltro, a fronte del perentorio tenore della rubrica "*Divieto ili rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici e conversione del contratto*", se davvero il legislatore si fosse limitato a prevedere una presunzione iuris tantum ex art. 2728 c. 1 c.c. sarebbe stato lecito attendersi qualche riferimento alla prova contraria, ed ancora, detta tesi non tiene conto che secondo il D.lgs.vo n. 276/2003 le collaborazioni coordinale continuative consentite sono tassativamente individuate nel comma 3 dell'art. 61, in ragione della particolare qualificazione professionale del collaboratore o della natura dell'attività oggetto del contratto, tali da escludere, ad avviso del legislatore, il rischio di frode. Tali sforzi

interpretativi della giurisprudenza di merito con ogni probabilità trovano la loro giustificazione nei dubbi sollevati da autorevole dottrina in ordine alla legittimità costituzionale del meccanismo sanzionatorio previsto dall'art. 69 c. 3, in relazione alla cosiddetta indisponibilità del tipo contrattuale, che sarebbe stata affermata anche dalla Corte Costituzionale nelle sentenze nn. 121/1993 (2) e 115/1994, invocate dalla società ricorrente.

Si osserva che il legislatore non comprime i poteri qualificatori del giudice, ma detta una sanzione che consiste nell'applicazione delle garanzie del lavoro dipendente, in modo non molto dissimile da quanto previsto dall'art. 1 c. 5 della L. n. 1369/1960, dall'art. 1 della L. n. 230/1962 e dall'art. 1 del D.lgsvo n. 368/2001.

Merita ricordare che, con la prima delle sentenze dianzi citate, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 11 della L. 23.6.1961 n. 520, norma che escludeva che il personale estraneo alle amministrazioni dello Stato con speciali competenze in materia di proprietà letteraria, artistica, scientifica, di servizi di spettacolo e turismo, personale di cui era consentito l'utilizzo da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero del Turismo e dello Spettacolo, impiegato "a prestazione saltuaria" non avesse diritto ad alcun trattamento di previdenza e quiescenza ed all'indennità di licenziamento, illegittimità riferita ovviamente ai casi in cui il rapporto di lavoro oggettivamente avesse natura subordinata. Nella sentenza si legge testualmente: *"non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da dare ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato"*. Con la sentenza interpretativa di rigetto n. 115/1994, la Corte Costituzionale si è occupata dell'art. 13 della L. n. 498/1992, che prevedeva che province, comuni, comunità montane e loro consorzi, IPAB, istituzioni del S.S.N. non fossero soggetti per i contratti d'opera o per prestazioni professionali a carattere individuale da essi stipulati all'adempimento degli obblighi derivanti dalle leggi in materia di previdenza ed assistenza, non ponendo in essere, i contratti stessi, rapporti di subordinazione. La Corte ha richiamato il principio, sopra testualmente riportato, espresso nella citata sentenza, osservando che il legislatore non può autorizzare le parti ad escludere con loro dichiarazione l'applicazione della disciplina in materia di lavoro subordinato a rapporti che abbiano natura subordinata, in quanto *"i principi, le garanzie e i diritti stabiliti dalla Costituzione in questa materia sono e debbono essere sottratti alla disponibilità delle parti"*. Gli arresti della Corte Costituzionale si riferiscono pertanto a fattispecie del tutto diverse da quelle in esame, nelle quali il legislatore aveva preteso di escludere l'applicazione della tutela di rilievo costituzionale del lavoro subordinato a rapporti che nei fatti si erano atteggiati in termini di subordinazione.

Si evidenzia, ancora, che altra dottrina ha condivisibilmente ricondotto la funzione della sanzione di cui all'art. 69 c. 1 al riequilibrio delle posizioni contrattuali delle parti, cui sarebbe strumentale, prima ancora che la sanzione, la stessa necessità della riconducibilità a progetto della collaborazione; il progetto o il programma consentono infatti al lavoratore di conoscere ex ante con precisione l'ambito della pre-

stazione e l'ambito nel quale verrà utilizzata, nonché le esigenze organizzative aziendali cui il collaboratore deve coordinarsi, parametri che individuano altresì l'interesse del committente alla luce del quale deve essere valutato il comportamento del collaboratore. In questa prospettiva l'art. 69 c. 1 non introdurrebbe un'aprioristica qualificazione ex lege di un rapporto di lavoro, ma uno strumento di protezione per la parte più debole, con funzione di riequilibrio delle diseguali posizioni contrattuali. Giova inoltre richiamare la recente decisa presa di posizione della Suprema Corte, che con la sentenza n. 18692 del 22.3-6.9.2007 ha affermato: *"Sembra opportuno ribadire che nel campo del diritto del lavoro (che comprende, ex art. 35 Cost., qualsiasi tipologia lavorativa), in ragione della disuguaglianza di fatto delle parti del contratto, dell'immanenza della persona del lavoratore e del contenuto del rapporto e, infine, dell'incidenza che la disciplina di quest'ultimo ha rispetto ad interessi sociali e collettivi, le norme imperative non assolvono soltanto al ruolo di condizioni di efficacia giuridica della volontà negoziale, ma, insieme alle norme collettive, regolano direttamente il rapporto, in misura certamente prevalente rispetto all'autonomia individuale, cosicché il rapporto di lavoro, che pur trae vita dal contratto, è invece regolato soprattutto da fonti eteronome, indipendentemente dalla comune volontà dei contraenti ed anche contro di essa"*.

Si osserva, ancora, che, anche ad accogliere la tesi della presunzione iuris tantum, a fronte della contemporanea scelta legislativa per un numero chiuso di fattispecie di collaborazione coordinata continuativa, la prova contraria dovrebbe dimostrare la sussistenza di un rapporto di lavoro autonomo ex art. 2222 c.c., privo di requisiti di coordinamento e continuità, al quale sarebbero applicabili non già le disposizioni di cui agli artt. 61 e s.s. del D.lgs.vo n. 276/2003, ma le norme del codice civile, con evidente compressione della tutela del prestatore d'opera a tutto vantaggio del committente, che risulterebbe persino avvantaggiato dal fatto di non aver predisposto un progetto o programma di lavoro. Le prove testimoniali raccolte nel presente giudizio, peraltro, non avrebbero comunque dimostrato la sussistenza di alcun rapporto di lavoro con i rigorosi connotati di autonomia richiesti dall'art. 2222 c.c., peraltro esclusi dalle stesse allegazioni contenute nel ricorso, nel quale in più occasioni si dà atto del coordinamento attuato dal committente.

Ritenuta pertanto applicabile ai settantaquattro pretesi rapporti a progetto la sanzione di cui all'art. 69c. 1 del D.lgs.vo n. 276/2003, a tali rapporti deve essere applicata la tutela previdenziale prevista per il lavoro subordinato, con l'affermazione dell'obbligo contributivo a carico della società ricorrente. Quest'ultima ha lamentato che l'Istituto abbia erroneamente ritenuto di applicare le tabelle contrattuali previste dal CCNL Pubblici Esercizi, inquadrando tutti i collaboratori nel quinto livello contrattuale. L'I.N.P.S. ha prodotto l'atto di attribuzione del numero di matricola e della classificazione ai fini previdenziali ed assistenziali della società ricorrente, classificazione così indicata: "settore terziario, classe alberghi, pubblici esercizi ed attività similari, categoria stabilimenti balneari"; tale atto è stato comunicato all'I.N.P.S. il 4.11.2004 e non consta sia mai stato contestato, mediante proposizione del ricorso ai sensi dell'art. 50 della L. 3.9.1988 n. 1989 o in sede giudiziaria. Peraltro l'applicazione di tale CCNL per la determinazione degli imponibili contributivi appare del tutto conforme alla natura dell'attività svolta dai lavoratori. Non si concorda, invece, con il generalizzato

inquadramento, a tali fini, del personale di cui si discute nel quinto livello del sistema di classificazione del personale del CCNL sopra citato. Se tale inquadramento appare corretto con riferimento ai lavoratori addetti a mansioni di assistenti bagnanti, non altrettanto può dirsi per quelli che hanno svolto attività di bagnini di spiaggia, attività riconducibile piuttosto al livello VI ("inserviente di stabilimento o di cabina o di capanna"..., comunemente chiamato bagnino"), tenuto conto che l'elemento distintivo tra le due qualifiche è rappresentato dal possesso, da parte del lavoratore di V livello, di qualificate conoscenze e capacità tecnico-pratiche, da ravvisarsi nel caso di specie nel possesso del brevetto di assistente bagnanti.

Nella determinazione di quanto dovuto all'Istituto previdenziale, conformemente alla richiesta di compensazione svolta dalla ricorrente, può tenersi conto dei contributi da essa già versati per i medesimi lavoratori e periodi di attività alla gestione separata, contributi da ritenersi non dovuti per effetto della qualificazione attribuita in via sanzionatoria ai pretesi rapporti di collaborazione.

Gli importi iscritti a ruolo a titolo di contributi evasi per i settantaquattro pretesi collaboratori a progetto sono pertanto dovuti dalla società ricorrente nei limiti della differenza tra l'importo A e l'importo B indicati nel dispositivo della presente sentenza.

La ricorrente ha sostenuto che il trattamento sanzionatorio da applicare sarebbe stato quello di cui alla lett. a) dell'art. 116, e. 8 della L. 23.12.2000 n. 388, non già quello più grave concretamente applicato, di cui alla lett. b), richiamando a sostegno di tale argomentazione la circolare I.N.P.S. n. 74/2003.

Premesso che tale circolare non può evidentemente in alcun modo vincolare l'attività interpretativa di questo giudice, si ritiene che la fattispecie di cui alla lett. a) della citata norma sanzionatoria possa ritenersi integrata nel solo caso in cui il datore di lavoro non versi i contributi pur avendo adempiuto a tutti gli obblighi di registrazione sui libri paga, di comunicazione mensile e periodica all'I.N.P.S., risultando così possibile per l'Istituto direttamente rilevare l'esistenza e l'entità del credito contributivo: come ritenuto dalla dottrina e anche dalla Suprema Corte (Cass, sez. lav., 2.10.2003, n. 14727 (3)), la nuova disciplina del 2000 meglio esplicita principi che già erano ricavabili dalla normativa previgente. Nel caso di specie, la ricostruzione del debito contributivo è avvenuta a seguito dell'attività ispettiva dell'Istituto ed il ricorso da parte della società ricorrente alla stipulazione di contratti a progetto in assenza dei relativi presupposti applicativi risulta univocamente significativo dell'elemento intenzionale di cui alla lett. b) dell'art. 116 sopra citato.

La società ricorrente deve pertanto essere condannata al pagamento degli importi indicati al punto 2) del dispositivo, per la cui esatta quantificazione con separata ordinanza è stata disposta consulenza tecnica d'ufficio.

La liquidazione delle spese processuali avverrà con la sentenza definitiva.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv. 2005, p. 629

(2) *Idem*, 1993, p. 490

(3) *Idem*, 2003, p. 1302

Prestazioni - Erogazione del TFR a carico del Fondo di Garanzia - Presupposti - Rapporto assicurativo - Lavoratore non iscritto agli archivi INPS - Credito contributivo prescritto per inerzia del lavoratore - Inoperatività Fondo di Garanzia.

Tribunale di Venezia - 25.10/07.11.2007 n. 890 - Dott. Bortolaso - I.N.P.S. (Avv. Cavallai) - M. (Avv. Paladin).

Il diritto alla erogazione del TFR a carico del Fondo di Garanzia presuppone la sussistenza di un rapporto assicurativo e non sussiste quindi nell'ipotesi in cui il lavoratore, con la propria condotta omissiva, non abbia tempestivamente segnalato all'INPS l'intercorso rapporto di lavoro non regolarizzato, impedendo all'Ente il recupero della contribuzione nei termini di prescrizione.

FATTO — Con ricorso depositato in data 28.11.2006 presso la sezione lavoro del Tribunale di Venezia l'INPS opponeva il D.I. n. 317/2006 con cui il G.L. di Venezia gli intimava il pagamento a M. E. di € 128,95, oltre accessori e spese, a titolo di anticipo del t.f.r. a carico del fondo di garanzia ex art. 2 legge n. 297 del 29.5.1982.

Premesso che il M. aveva chiesto il beneficio quale lavoratore della FM di F. e M. non regolarizzato e poi riconosciuto come dipendente con sentenza del Pretore di Castelfranco del 22.2.1989, l'Inps eccepiva in via preliminare l'inammissibilità del ricorso monitorio e la prescrizione quinquennale del credito; nel merito rilevava l'infondatezza della pretesa in quanto M. non risultava lavoratore subordinato iscritto negli archivi degli assicurati Inps, per cui non risultava accreditata a suo favore alcuna contribuzione, laddove allorquando M. stesso aveva notiziato l'Istituto del preteso diritto all'utilizzo del fondo il termine prescrizionale per il recupero della contribuzione era già decorso; concludeva quindi per la declaratoria di nullità/inefficacia/revoca del decreto ingiuntivo opposto.

SI costituiva l'ingiungente opposto rilevando come gli unici presupposti per l'intervento del Fondo siano: a) la cessazione del rapporto di lavoro subordinato, sia a tempo indeterminato che a termine, per una qualsiasi delle cause previste dalla vigente legislazione (licenziamento, dimissioni, scadenza del termine, ecc); b) l'apertura, con le specifiche modalità indicate dal R.D. 16 marzo 1942, n. 267, di una procedura concorsuale, e cioè fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa o amministrazione straordinaria delle grandi imprese di cui al D.L. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito nella legge 3 aprile 1979, n. 95, ovvero, alternativamente, per i soggetti non fallibili, l'esperimento dell'esecuzione forzata, quando la stessa sia risultata in tutto o in parte infruttuosa per insufficienza delle garanzie patrimoniali del datore di lavoro; e) l'accertamento dell'esistenza di uno specifico credito per il trattamento di fine rapporto e la determinazione del suo esatto ammontare da dichiararsi entrambi nelle forme previste per ciascuna delle procedure innanzi indicate sia che si tratti di quelle concorsuali che di quella individuale.

Invocata la sussistenza nel caso di specie sia del rapporto di lavoro e della sua cessazione per recesso datoriale come accertati con sentenza passata in giudicato, che dell'esperimento infruttuoso di esecuzione forzata nei confronti della datrice di lavoro FM di F. e M., ribadito inoltre il mancato soddisfacimento del proprio credito per t.f.r.,

M. concludeva per il rigetto dell'opposizione.

Così radicatosi il contraddittorio la causa, istruita documentalmente, veniva discussa e decisa all'udienza del 25.10.2007.

DIRITTO — M. E. ha agito nei confronti dell'Inps per ottenere la somma di € 128,95 a titolo di t.f.r. dal fondo di garanzia ex legge n. 297 del 29.5.1982 quale lavoratore della FM di F. e M. non regolarizzato e poi riconosciuto come dipendente con sentenza del Pretore di Castelfranco del 22.2.1989, passata in giudicato.

La norma di riferimento è prevista, come noto, dall'art. 2 legge 297/1982 - rubricato "Fondo di garanzia", in forza del quale:

1. È istituito presso l'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.

2. Trascorsi quindici giorni dal deposito dello stato passivo reso esecutivo del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, ovvero dopo la 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, il lavoratore, o i suoi aventi diritto possono ottenere a domanda il pagamento, a carico del Fondo del trattamento di fine rapporto di lavoro e dei relativi crediti accessori, previa detrazione delle somme eventualmente corrisposte.

3. Nell'ipotesi di dichiarazione tardiva di crediti di lavoro di cui all'art. 101 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, la domanda di cui al comma precedente può essere presentata dopo il decreto di ammissione al passivo o dopo la sentenza che decide il giudizio insorto per l'eventuale contestazione del curatore fallimentare.

4. Ove l'impresa sia sottoposta a liquidazione coatta amministrativa la domanda può essere presentata trascorsi quindici giorni dal deposito dello stato passivo, di cui all'art. 209 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 ovvero, ove siano state proposte opposizioni o impugnazioni riguardanti il credito di lavoro, dalla sentenza che decide su di esse.

5. Qualora il datore di lavoro non soggetto alle disposizioni del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, non adempia, in caso di risoluzione del rapporto di lavoro alla corresponsione del trattamento dovuto o vi adempia in misura parziale il lavoratore o i suoi aventi diritto possono chiedere al Fondo di pagamento del trattamento di fine rapporto sempre che a seguito dell'esperimento dell'esecuzione forzata per la realizzazione del credito relativo a detto trattamento, le garanzie patrimoniali siano risultate in tutto o in parte insufficienti. Il Fondo, ove non sussista contestazione in materia, esegue il pagamento del trattamento insoluto.

6. Quanto previsto nei commi precedenti si applica soltanto nei casi in cui la risoluzione del rapporto di lavoro e la procedura concorsuale od esecutiva siano intervenute successivamente all'entrata in vigore della presente legge i pagamenti di cui al secondo, terzo, quarto e quinto comma del presente articolo sono eseguiti dal Fondo entro 60 giorni dalla richiesta dell'interessato.

7. Il fondo è surrogato 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.

8. (...)

9. (...)

10. (...)

Nell'ambito delle garanzie a tutela dei crediti vantati dai prestatori di lavoro a titolo di trattamento di fine rapporto la funzione di garanzia svolta dal Fondo riveste, in base a tale norma, portata innovativa ed estesa.

La legge non pone infatti particolari requisiti per l'esercizio di tale diritto, richiedendo unicamente, oltre, ovviamente, alla cessazione di un rapporto di lavoro, l'accertamento dello stato di "insolvenza" del datore di lavoro.

Stante l'esplicito, richiamato, dettato legislativo, i presupposti per l'intervento del Fondo sono:

a) la cessazione del rapporto di lavoro subordinato, sia a tempo indeterminato che a termine, per una qualsiasi delle cause previste dalla vigente legislazione (licenziamento, dimissioni, scadenza del termine, ecc.) anche se tale cessazione sia intervenuta anteriormente alla dichiarazione dello stato di insolvenza del datore di lavoro;

b) l'apertura, con le specifiche modalità indicate dal R.D. 16 marzo 1942, n. 267, di una procedura concorsuale, e cioè fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa o amministrazione straordinaria delle grandi imprese di cui al D.L. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito nella legge 3 aprile 1979, n. 95, ovvero, alternativamente, per i soggetti non fallibili, l'esperimento dell'esecuzione forzata, quando la stessa sia risultata in tutto o in parte infruttuosa per insufficienza delle garanzie patrimoniali del datore di lavoro.

c) l'accertamento dell'esistenza di uno specifico credito per il trattamento di fine rapporto e la determinazione del suo esatto ammontare da dichiararsi entrambi nelle forme previste per ciascuna delle procedure innanzi indicate sia che si tratti di quelle concorsuali che di quella individuale.

Nella presente controversia non si discute né dell'ammontare del credito rivendicato dal Montanari, che non è contestato, né dell'astratta possibilità di recuperarlo dal Fondo di Garanzia, essendo pacifico che la datrice di lavoro FM di F. e M. non lo ha pagato e non aveva garanzie patrimoniali sufficienti per farvi fronte (come dimostrato dalla totale infruttuosità del pignoramento effettuato a suo carico dal M. il 24.6.2003 - v. doc. 6 ric. per D.I).

L'Inps contrasta la pretesa avversaria in via preliminare eccependo la prescrizione quinquennale del credito, nel merito osservando che M. non è lavoratore subordinato iscritto negli archivi degli assicurati Inps, per cui non risulta accreditata a suo favore alcuna contribuzione, laddove allorquando M. stesso ha notiziato l'Istituto del preteso diritto all'utilizzo del fondo il termine prescrizione per il recupero della contribuzione era già decorso.

Ritiene questo Giudicante che:

Di tali due difese dell'Inps quella preliminare di prescrizione va disattesa, mentre quella attinente il merito appare fondata.

In punto prescrizione va ricordato che l'art. 2 legge 297, nel sostituire al datore di lavoro insolvente il fondo di garanzia, prevede una fattispecie di acollo cumulativo "ex legge" del relativo debito (Cass. n.14091 del 13.11.2001.n.8515 del 26.9.1996 (1)).

In caso di fallimento del datore di lavoro in base a tale norma, come pure in base al D.Lgs.n. 80 del 1992, il Fondo di garanzia istituito presso l'Inps si sostituisce al datore di

lavoro nel pagamento delle somme dovute rispettivamente a titolo di trattamento di fine rapporto o per crediti di lavoro diversi da quel trattamento: il carattere sussidiario della relativa obbligazione non esclude la sua natura di obbligazione solidale (essendo essa relativa alla medesima prestazione dell'obbligazione principale) e comporta che, per effetto dell'accollo legislativamente predisposto, l'originario debitore non viene liberato e il Fondo diviene suo condebitore solidale (Cass. 18.4.2001 n. 5658).

La natura solidale dell'obbligazione comporta, per quanto direttamente interessa ai fini di causa, l'estensione dell'effetto interruttivo della prescrizione come previsto dall'art. 1310 c.c.

Nella fattispecie è documentato che M. ha ripetutamente e tempestivamente interrotto il termine prescrizionale nei confronti della datrice di lavoro con atti di precetto notificati, rispettivamente, il 9.5.1989, 24.7.1990, 22.4.1992, 28.6.1996 (docc. n. 5 e da 13 a 16), laddove dal passaggio in giudicato della sentenza 22.2.1989 del Pretore di Castelfranco che ha accertato la sussistenza del credito va applicato il termine prescrizionale decennale ex art. 2953 c.c.

Ex art. 1310 c.c. la prescrizione deve considerarsi utilmente interrotta anche nei confronti dell'Inps, debitore solidale.

L'obiezione di merito dell'Istituto è invece fondata in quanto M. non è lavoratore subordinato iscritto negli archivi degli assicurati Inps, per cui non risulta accreditata a suo favore alcuna contribuzione, laddove allorquando M. stesso ha notiziato l'Istituto del preteso diritto all'utilizzo del fondo il termine prescrizionale per il recupero della contribuzione era già decorso.

Mancano quindi sia il rapporto assicurativo che la possibilità per l'Inps di recuperare la contribuzione, laddove per raggiungere le proprie finalità il Fondo di Garanzia è alimentato da uno specifico contributo a carico del datore di lavoro (art. 2 comma 8 legge 297/1982), la cui debenza deve essere almeno nota all'Istituto.

Il diritto alla prestazione a carico del Fondo non può essere riconosciuto in forza principio di automaticità delle prestazioni previdenziali proprio in quanto il M. con la propria condotta omissiva, non avendo tempestivamente segnalato all'Inps l'esistenza del rapporto subordinato azionato verso la FM di F. M., ha impedito il recupero dei contributi nei termini di prescrizione.

Ed infatti nella sentenza n. 13930 del 16.6.2006 la Cassazione, nell'affermare la natura previdenziale della obbligazione a carico del Fondo e la conseguente applicazione del principio dell'automaticità delle prestazioni (ribadito anche in Cass. 20 giugno 2002 n. 9014), precisa che il requisito di contribuzione si deve intendere verificato anche quando in concreto i contributi non siano stati versati *purché risultino dovuti nei limiti della prescrizione.*

Nel caso di specie tale ultima condizione manca e la pretesa del M. appare, per tale motivo, infondata.

Il D.I. opposto va quindi revocato con compensazione, in ragione della particolarità della questione trattata, delle spese di lite.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1996, p. 1119

Contributi - Rinuncia all'eredità - Decreto ingiuntivo, non opposto, contro eredi - Opposizione degli eredi al precetto - Carezza di legittimazione passiva - Non sussiste.

Intervento in esecuzione immobiliare su beni del defunto - Mancata estromissione dalla procedura degli eredi rinuncianti - Interruzione prescrizione verso eredi - Sussiste.

Tribunale di Viterbo - 11.06.2008, n. 593 - Dott. M. Ianigro - M.A. + 2 (Avv. Sini) - INPS (Avv.ti Ricci, Scarlato).

La rinuncia all'eredità non esime gli eredi dal proporre opposizione avverso il decreto ingiuntivo, a loro notificato in detta qualità, per il pagamento dei debiti del de cuius. Anche se la rinuncia è precedente alla notifica del decreto ingiuntivo, questo, se non opposto, diviene definitivamente esecutivo nei loro confronti.

Spiegato intervento in esecuzione su beni del defunto, l'effetto interruttivo si produce anche verso eredi, ove questi non abbiano chiesto di essere estromessi o non abbiano fatto opposizione a quella esecuzione.

FATTO — Con ricorsi depositati il 8.6.2007, le ricorrenti proponevano opposizione ai seguenti due atti di precetto emessi dall'INPS a titolo di contribuzione previdenziale/assistenziale obbligatoria e relative sanzioni civili:

1) per la somma di € 21.046,96 emesso in forza di 2 dd.ii. (nn. 269/97 e 817/97) emessi dal Pretore di Viterbo in data 2.4.1997 e 10.6.1997, notificati rispettivamente il 2.5.1997 ed il 27.8.1997;

2) per la somma di € 21.046,96 emesso in forza di 2 dd.ii. (n. 34/97 e 35/97) emessi dal Pretore di Viterbo in data 30.1.1997 e notificati in data 27.2.1997

atti di precetto diretti anche alla signora B. R., madre delle ricorrenti, quali eredi del defunto M. F. Tanto premesso eccepevano la prescrizione del credito essendo decorsi oltre dieci anni dalla notifica dei titoli; eccepevano altresì la carezza di legittimazione passiva avendo le ricorrenti provveduto sin dal 19.12.1996 alla rinuncia all'eredità del padre deceduto il 7.7.1996; in ultimo deducevano di conoscere i titoli della pretesa e di non sapere se i titoli siano stati regolarmente notificati.

Costituendosi in giudizio l'INPS deduceva che al debito contributivo in questione era applicabile la prescrizione decennale e doveva essere riconosciuto carattere solidale con conseguente efficacia nei confronti di tutti i coobbligati degli atti interruttivi notificati ad uno di essi; deduceva inoltre che i dd.ii. erano stati notificati tra il febbraio e l'agosto 1997 e che in forza di tali atti erano stati posti in essere atti esecutivi consistiti in un intervento nella esecuzione immobiliare n. 157/91 svoltasi innanzi al Tribunale di Viterbo e in procedure mobiliari instaurate innanzi la sezione distaccata di Civita Castellana; sottolineava quindi come dalla chiusura di dette procedure non era decorso il decennio di prescrizione. Quanto al difetto di legittimazione passiva deduceva che i titoli esecutivi in forza dei quali erano stati notificati gli atti di precetto erano stati emessi dal Pretore di Viterbo nei confronti di B. R. e delle odierne opponenti in

qualità di eredi del padre; che la notifica dei titoli era stata eseguita a mani di B. R. il 27.2.1997 il 2.5.1997 ed il 27.8.1997 e che nessuna delle ricorrenti aveva proposto opposizione; che nessun effetto poteva avere nei confronti dell'istituto la sentenza menzionata dalle ricorrenti in altra controversia; che infine le ricorrenti risultavano essere state in possesso di beni ereditari successivamente alla rinuncia all'opposizione; che nella loro opposizione ai precetti le ricorrenti non contestavano la validità dei titoli esecutivi. Tanto premesso chiedeva il rigetto delle opposizioni.

Previa riunione le cause venivano istruite in via meramente documentale ed erano decise l'1 1.6.2008 come da dispositivo di cui si dava lettura in udienza.

DIRITTO — I ricorsi sono infondati e devono essere rigettati.

Quanto alla eccezione di carenza di legittimazione passiva devono essere condizionate le deduzioni dell'istituto resistente. Occorre premettere che gli atti di precetto trovano tutti il loro fondamento in titoli esecutivi costituiti dai dd.ii. emessi dal Pretore di Viterbo, nei confronti di B. R. e delle odierne ricorrenti, tutte in qualità di eredi del defunto M. F., nelle date del 30.1.1997 (nn. 34/97 e 35/97) del 2.4.1997 (n. 269/97), del 10.6.1997 (n. 817/97) e rispettivamente notificati il 27.2.1997, il 2.5.1997 ed il 27.8.1997.

Le opposenti eccepiscono la carenza di legittimazione deducendo di aver formalizzato una rinuncia alla eredità con dichiarazione resa innanzi alla Pretura di Montepulciano registrata presso l'Ufficio del registro in data 9.1.2007. In altri termini, sulla base di detta rinuncia, antecedente alla formazione dei titoli esecutivi e senza tuttavia contestare l'esistenza del titolo in sé, esse deducono l'inesistenza ab origine del debito nei loro confronti.

Rileva tuttavia questo giudicante come le ragioni poste a fondamento della opposizione a precetto dovessero costituire oggetto di un procedimento di opposizione al decreto (cfr. Cass. Civ. Sez. III, n. 9205 del 6.7.2001 in CED rv. 547978). Quando infatti l'esecuzione è minacciata sulla base di un titolo di formazione giudiziale, devono essere fatte valere con gli appositi rimedi di impugnazione (nel caso di specie appunto l'opposizione al d.i.) le ragioni di nullità della decisione ovvero i vizi in cui sia incorso il giudice nel procedere o nel giudicare, mentre devono essere fatte valere con opposizione a precetto le ragioni che si traducono nella stessa mancanza del titolo esecutivo. La S.C. ha affermato in proposito che l'opposizione alla esecuzione "...non può avere per oggetto questioni attinenti ai vizi di formazione del titolo, a meno che non ne determinino l'inesistenza giuridica, o al merito della decisione che in esso è contenuta" aggiungendo che l'opposizione alla ingiunzione, esaurisce ogni possibile accertamento della fondatezza o non delle ragioni dedotte anche in rapporto al diritto della parte istante di procedere alla esecuzione (cfr. Cass. Civ. Sez. III n.8331 del 19.6.2001 in CED rv. 547575). In sede di opposizione ad un'esecuzione fondata su titolo esecutivo giudiziale, non possono dunque farsi valere fatti estintivi, impeditivi o modificativi della pretesa esecutiva, che avrebbero potuto farsi valere nel giudizio di cognizione nel quale si formò il titolo stesso".

Nel caso di specie il precetto è stato notificato sulla base di un titolo giudiziale formalmente valido, divenuto definitivo per mancata proposizione di formale opposizione; le ragioni di doglianza (inesistenza ab origine del debito a carico delle opponen-

ti) riguardano il merito della decisione che ha condotto alla emissione del titolo stesso e dovevano quindi essere fatte valere con gli ordinari mezzi di impugnazione (opposizione a d.i.). L'inerzia delle opposenti, che ha condotto alla formazione di titoli giudiziali definitivi, impedisce dunque di valutare in questa sede le ragioni di lamentela oggi dedotte in giudizio con riguardo alla sussistenza o meno del diritto azionato. L'eccezione di carenza di legittimazione passiva va dunque rigettata.

Nessun rilievo rispetto alla regolarità della notifica e alla presente opposizione, possono inoltre assumere le deduzioni in fatto (formulate dalle ricorrenti solo in sede di memoria conclusionale) circa le ragioni che avevano impedito loro di prendere conoscenza dei titoli e di proporre una tempestiva opposizione: ferma la regolarità formale delle notifiche, la circostanza della mancata consegna dei plichi da parte della madre B. R. appare infatti del tutto influente rispetto alle legittime aspettative della parte creditrice, legittimando al più (astrattamente ed in via del tutto ipotetica) un'azione risarcitoria nei confronti del soggetto autore del danno.

Quanto alle residue questioni sembrano opportune alcune premesse.

È indiscusso che il termine di prescrizione applicabile al caso di specie sia quello decennale previsto dall'art. 2953 c.c., che riguardo ai diritti per i quali la legge stabilisce una prescrizione più breve di dieci anni, ne prevede la conversione in quella decennale allorché riguardo ad essi sia intervenuta una sentenza di condanna passata in giudicato (pronuncia equiparabile al decreto ingiuntivo ormai definitivo). La ratio della norma citata - secondo la giurisprudenza di legittimità - si fonda "sull'autonomia del titolo giudiziale che, formatosi, vive di vita propria ed autonoma" (Cass. Civ. Sez. 1. 10.6.1999 N. 5710, in CED rv. 527248). Nel caso di specie i titoli risultano tutti di formazione giudiziale sicché è certo che i rispettivi crediti siano tutti soggetti alla prescrizione decennale.

Sulla base dei predetti titoli l'INPS provvede:

- a formalizzare (in data 17.7.1997 e 22.10.1997) due distinti atti di intervento nella procedura esecutiva immobiliare n. 157/91 pendente innanzi a questo Tribunale, originariamente instaurata nei confronti di M. F., proseguita nei confronti degli eredi di M. F. e conclusosi con provvedimento di assegnazione della intera somma ricavata al Credito Fondiario e conseguente estinzione della procedura in data 1.6.2006;

- ad instaurare altre due procedure esecutive mobiliari nei confronti degli eredi di M. F. (nn. 10289/97 e 10354/97) iniziate sulla base di altrettanti pignoramenti eseguiti 25.7.1997 ed il 21.10.1997, e conclusesi l'uno con provvedimento 20.10.2000 di assegnazione della somma ricavata pari a lire 889.500 e l'altro dichiarato estinto con provvedimento in pari data per incapienza del credito.

Tanto premesso, le parti hanno ampiamente dibattuto sui caratteri del debito contributivo, se cioè esso abbia o meno natura indivisibile e solidale, argomentando sull'estensibilità o meno a tutti gli eredi degli effetti interruttivo e sospensivo della prescrizione derivante dall'intervento dell'Istituto nelle citate procedure esecutive immobiliari.

Ritiene per contro questo giudice che nel caso di specie la questione non abbia rilievo, posto:

- che gli interventi dell'Istituto risultano eseguiti sulla base dei medesimi titoli posti a fondamento dell'odierno precetto (ed emessi anche nei confronti delle odierne

ricorrenti), nell'ambito di una procedura esecutiva, originariamente instaurata nei confronti del de cuius, ma, successivamente al decesso, proseguita anche nei confronti delle odierne ricorrenti;

- che le ricorrenti non hanno né dedotto, né provato di essere state preventivamente estromesse da detta procedura (avendo fatto per avventura valere il difetto della qualità di erede in sede di opposizione all'esecuzione); né hanno contestato la regolarità formale degli atti di intervento;

- che quali parti della procedura esecutiva deve ritenersi che costoro fossero destinatarie e comunque a conoscenza di tutti gli atti concernenti l'esecuzione, ivi compresi gli atti di intervento dell'Istituto previdenziale;

che conseguentemente non sembra porsi un problema di estensione degli effetti dell'intervento, dovendosi al contrario ritenere che l'effetto interruttivo della prescrizione si sia realizzato direttamente in capo a tutte le parti della procedura esecutiva in corso;

- che nei medesimi termini va risolto anche il problema degli effetti sospensivi degli interventi sulla prescrizione, posto che l'efficacia immediata e diretta dei primi nei confronti di ciascuno dei debitori esecutati, esclude nei loro confronti anche la decorrenza della prescrizione fino alla conclusione della procedura esecutiva.

Nel caso di specie va escluso che dall'esaurimento delle procedure esecutive sia trascorso il termine decennale di prescrizione. Ne consegue l'infondatezza della relativa eccezione.

Alla luce di tali considerazioni i ricorsi devono essere quindi respinti.

La natura della controversia e la qualità delle parti giustifica la compensazione delle spese di lite.

(Omissis)

TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI

Contratti pubblici - Esclusione dalla gara in seduta pubblica - Termine per ricorrere - Decorrenza - Fattispecie.

Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, 20.03.2008, n. 1442 - Pres. Guida - Rel. Corciulo - E. S.r.l. e altri (Avv. Biancardi) - INPS (Avv.ti Silvestro, Tellone, De Nunzio).

Qualora l'esclusione di un partecipante alla gara per l'aggiudicazione di un contratto avvenga in seduta pubblica e alla stessa sia presente un rappresentante dell'impresa esclusa, è da tale momento che, verificatasi la piena conoscenza del provvedimento, decorre il termine per l'impugnazione.

FATTO — Con bando del 15 maggio 2007 l'INPS della Campania indiceva un gara per l'affidamento triennale del servizio di vigilanza degli edifici destinati alle strutture dell'Istituto, gara ripartita in cinque lotti distinti per provincia da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; per il lotto relativo alla provincia di Salerno presentavano offerta il R.T.I. costituito da I. s.r.l.- I. s.r.l - D. coop. a r.l. e il R.T.I. E. s.r.l. - I. T. s.r.l. - M. s. s.a.s.

Alla seduta di gara del 27 luglio 2007 la commissione dopo aver confermato l'esclusione del primo R.T.I. già disposta alla precedente seduta del 18 luglio 2007, estrometteva anche l'altro raggruppamento avendo ritenuto che il progetto preliminare del servizio fosse difforme dai requisiti prescritti dal capitolato speciale secondo quanto stabilito dall'art. 14 punto 3 del bando di gara.

Avverso la propria esclusione proponevano ricorso a questo Tribunale Regionale Amministrativo le società E. s.r.l. - I. T. s.r.l. - M. s. s.a.s. chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari.

Le società ricorrenti contestavano analiticamente le argomentazioni addotte dalla commissione con le quali il suo progetto era stato ritenuto non conforme alle prescrizioni tecniche del capitolato.

Si costituiva in giudizio l'INPS, concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare.

Alla camera di consiglio del 6 febbraio 2008, fissata per la trattazione dell'incidente cautelare, il Tribunale ritenuta la sussistenza per una decisione in forma semplificata, tratteneva la causa per il merito.

DIRITTO — Il ricorso è irricevibile.

Rileva infatti il Collegio che alla seduta di gara del 27 luglio 2007 nella quale era stata disposta l'esclusione del raggruppamento ricorrente era presente in qualità di

delegato il dott. G.N. al quale furono rese note le ragioni dell'estromissione che egli anzi in quella stessa occasione provvide formalmente a contestare: di qui la piena conoscenza già a quell'epoca sia del provvedimento impugnato, sia delle ragioni sulle quali esso si fondava; ne consegue che rispetto alla data di notificazione, ossia il 27 novembre 2007, il ricorso deve ritenersi tardivamente proposto e quindi irricevibile (TAR Campania Napoli I Sezione 18 aprile 2007 n. 4066; TAR Campania Napoli I Sezione 15 gennaio 2008 n. 216).

Alla irricevibilità del ricorso segue la condanna di parte ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore dell'INPS che si liquidano in € 1.000,00(Mille/00).

(Omissis)

**OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (1)****ELISABETTA BERGAMINI**Ricercatore di diritto internazionale
Università degli studi di Udine**SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)
1° aprile 2008****“Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Direttiva 2000/78/CE - Prestazioni ai superstiti previste da un regime obbligatorio previdenziale di categoria - Nozione di “retribuzione” - Diniego di concessione per mancanza di matrimonio - Partner dello stesso sesso - Discriminazione fondata sull’orientamento sessuale”.**

Nel procedimento C-267/06, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’art. 234 CE, dal Bayerisches Verwaltungsgericht München (Germania) con decisione 1° giugno 2006, pervenuta in cancelleria il 20 giugno 2006, nella causa tra *Tadao Maruko* e *Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*,

(*omissis*)

Sentenza

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione degli artt. 1, 2, n. 2, lett. a) e b), sub i), nonché 3, nn. 1, lett. c), e 3, della direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (GU L 303, pag. 16).

2. Tale domanda è stata presentata nell’ambito di una controversia tra il sig. Maruko e la Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (ente di previdenza dei lavoratori dei teatri tedeschi; in prosieguo: la "Vddb") in merito al diniego di quest’ultima di

(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".

riconoscergli una pensione di vedovo a titolo delle prestazioni ai superstiti previste dal regime previdenziale obbligatorio di categoria al quale era iscritto il suo partner, poi deceduto, con il quale aveva contratto un'unione solidale.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3. Il tredicesimo e il ventiduesimo 'considerando' della direttiva 2000/78 recitano:

"(13) La presente direttiva non si applica ai regimi di sicurezza sociale e di protezione sociale le cui prestazioni non sono assimilate ad una retribuzione, nell'accezione data a tale termine ai fini dell'applicazione dall'articolo 141 del trattato CE, e nemmeno ai pagamenti di qualsiasi genere, effettuati dallo Stato allo scopo di dare accesso al lavoro o di salvaguardare posti di lavoro.

(...)

(22) La presente direttiva lascia impregiudicate le legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano.

4. L'art. 1 della direttiva 2000/78 così dispone:

"La presente direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento".

5. Ai sensi dell'art. 2 della detta direttiva:

"1. Ai fini della presente direttiva, per "principio della parità di trattamento" si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1.

2. Ai fini del paragrafo 1:

a) sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga;

b) sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone, a meno che:

i) tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari; (...)

(...)"

6. L'art. 3 della stessa direttiva è formulato come segue:

"1. Nei limiti dei poteri conferiti alla Comunità, la presente direttiva si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene:

(...)

c) all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenzia-

mento e la retribuzione;

(...)

3. La presente direttiva non si applica ai pagamenti di qualsiasi genere, effettuati dai regimi statali o da regimi assimilabili, ivi inclusi i regimi statali di sicurezza sociale o di protezione sociale.

(omissis)

La normativa nazionale

La legge relativa all'unione solidale registrata

8. L'art. 1 della legge relativa all'unione solidale registrata (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft) 16 febbraio 2001 (BGBl. 2001 I, pag. 266), come modificata dalla legge 15 dicembre 2004 (BGBl. 2004 I, pag. 3396; in prosieguo: il "LPartG"), recita:

"1) Due persone dello stesso sesso costituiscono un'unione solidale quando dichiarano reciprocamente, personalmente e in presenza l'uno dell'altro che intendono fondare insieme un'unione solidale (partner di unione solidale). Le dichiarazioni non possono essere rese a condizione o a termine. Le dichiarazioni producono i loro effetti quando sono rese dinanzi all'autorità competente.

2) Un'unione solidale non può essere validamente costituita:

1. con una persona minore o coniugata o che ha già in atto un'unione solidale con una terza persona;

2. tra ascendenti e discendenti;

3. tra fratelli o sorelle germani, uterini o consaguinei;

4. quando al momento della costituzione dell'unione solidale i partner rifiutano di contrarre obblighi ai sensi dell'art. 2.

(...)"

9. L'art. 2 del LPartG dispone quanto segue:

"I partner di unione solidale sono tenuti a prestarsi reciprocamente soccorso e assistenza e si impegnano reciprocamente ad una comunione di vita. Essi assumono responsabilità l'uno nei confronti dell'altro".

10. Ai sensi dell'art. 5 della detta legge:

"I partner di unione solidale sono reciprocamente tenuti a contribuire adeguatamente ai bisogni di tale comunione con il loro lavoro e il loro patrimonio. Gli artt. 1360, seconda frase, 1360 a e 1360 b del codice civile nonché l'art. 16, secondo comma, si applicano per analogia".

11. L'art. 11, n. 1, della stessa legge recita:

"Salvo disposizione contraria, il partner di unione solidale è considerato come un familiare dell'altro partner".

La normativa relativa alle pensioni di vedova o di vedovo

12. Con il LPartG, il legislatore tedesco ha apportato alcune modifiche al libro VI

del codice della previdenza sociale - Regime legale di assicurazione vecchiaia (Sozialgesetzbuch VI - Gesetzliche Rentenversicherung).

13. L'art. 46, figurante nel libro VI del detto codice, nella sua versione vigente a partire dal 1° gennaio 2005 (in prosieguo: il "codice della previdenza sociale"), così dispone:

"1) Le vedove o i vedovi non risposati hanno diritto, dopo il decesso del coniuge assicurato, ad una piccola pensione di vedova o di vedovo, a condizione che il coniuge assicurato abbia maturato la durata minima di assicurazione generalmente richiesta. Tale diritto è limitato a un periodo massimo di 24 mesi civili a decorrere dal mese successivo a quello del decesso dell'assicurato.

(...)

4) Resta inteso, per la determinazione del diritto ad una pensione di vedova o di vedovo, che la celebrazione di un'unione solidale è equiparata alla celebrazione di un matrimonio, che l'unione solidale è equiparata ad un matrimonio, che un partner superstite è equiparato ad una vedova ed a un vedovo e che un partner di unione solidale è equiparato a un coniuge. Allo scioglimento o alla dichiarazione di nullità di un nuovo matrimonio corrispondono rispettivamente la risoluzione o lo scioglimento di una nuova unione solidale".

14. Lo stesso libro VI contiene altre disposizioni simili concernenti l'equiparazione dell'unione solidale al matrimonio, in particolare gli artt. 47, n. 4, 90, n. 3, 107, n. 3, e 120 d), n. 1.

Il contratto collettivo dei teatri tedeschi

15. L'art. 1 del contratto collettivo dei teatri tedeschi (Tarifordnung für die deutschen Theater) 27 ottobre 1937 (Reichsarbeitsblatt 1937 VI, pag. 1080; in prosieguo: il "contratto collettivo"), recita:

"1) Ogni persona giuridica che esercisce nel Reich un teatro (impresario teatrale) è tenuta a sottoscrivere per il personale artistico occupato nella sua impresa teatrale un'assicurazione vecchiaia e superstiti, conformemente alle seguenti disposizioni, e a comunicare per iscritto a ciascun lavoratore facente parte del personale artistico l'assicurazione sottoscritta.

2) Di concerto con i Ministri del Reich interessati, il Ministro dell'Informazione e della Propaganda designa l'ente previdenziale e stabilisce le condizioni di assicurazione (statuto). Esso fissa anche la data a partire dalla quale l'assicurazione deve essere sottoscritta conformemente al presente contratto.

3) Ai sensi del presente contratto, si intende per personale artistico l'insieme delle persone che, in forza della legge sulla Camera della cultura del Reich e dei regolamenti di applicazione relativi a tale legge, sono obbligatoriamente iscritte alla Camera teatrale del Reich (sezione palcoscenico), in particolare: i registi, gli attori, i direttori d'orchestra, i direttori di scena, i consulenti artistici, i direttori di coro, i responsabili delle prove, gli ispettori, i suggeritori e le persone che occupano una posizione analoga, i responsabili tecnici (quali i capomacchinisti, gli scenografi, i costumisti e le persone che occupano una posizione analoga, nella misura in cui sono responsabili del loro settore), nonché i consulenti, i coristi, i ballerini e i parrucchieri".

16. Ai termini dell'art. 4 del contratto collettivo:

"I premi assicurativi sono per metà a carico dell'impresario teatrale e per metà a carico del lavoratore facente parte del personale artistico. L'impresario teatrale è tenuto a riversare i premi assicurativi all'ente assicuratore".

Lo statuto della Vddb

17. Gli artt. 27, 32 e 34 dello statuto della Vddb dispongono:

"Art. 27 - Natura della previdenza e condizioni generali

1) Gli eventi che danno diritto alla prestazione sono il verificarsi di una incapacità lavorativa o di un'invalidità, l'ammissione alla pensione anticipata, il compimento della normale età pensionabile e il decesso.

2) Dietro domanda, l'ente eroga (...) a titolo di prestazioni ai superstiti (...) una pensione di vedova (artt. 32 e 33), una pensione di vedovo (art. 34) (...) se, immediatamente prima del verificarsi dell'evento che dà diritto alla prestazione, l'assicurato era assicurato a titolo obbligatorio, volontario, o aveva continuato l'assicurazione, e se il periodo di attesa è rispettato (...).

(...)

Art. 32 - Pensione di vedova

1) Ha diritto ad una pensione di vedova la moglie dell'assicurato o del pensionato, se il matrimonio è continuato fino al giorno del decesso di quest'ultimo.

(...)

Art. 34 - Pensione di vedovo

1) Ha diritto a una pensione di vedovo il marito dell'assicurata o della pensionata, se il matrimonio è continuato fino al giorno del decesso di quest'ultima.

(...)"

18. L'art. 30, n. 5, dello stesso statuto stabilisce le modalità per determinare l'importo della pensione di vecchiaia sulla base della quale viene calcolata la prestazione ai superstiti.

Causa principale e questioni pregiudiziali

19. L'8 novembre 2001 il sig. Maruko ha costituito, in forza dell'art. 1 del LPartG nella sua versione iniziale, un'unione solidale con un costumista teatrale.

20. Quest'ultimo era iscritto alla Vddb dal 1° settembre 1959 e ha continuato a versare i contributi a tale ente previdenziale a titolo volontario durante i periodi nel corso dei quali non vi è stato iscritto a titolo obbligatorio.

21. Il partner di unione solidale del sig. Maruko è deceduto il 12 gennaio 2005.

22. Con lettera datata 17 febbraio 2005 il sig. Maruko chiedeva il beneficio di una pensione di vedovo presso la Vddb. Quest'ultima, con decisione 28 febbraio 2005, ha respinto la domanda in quanto il suo statuto non prevedeva tale beneficio per i part-

ner di unione solidale superstiti.

23. Il sig. Maruko ha proposto ricorso dinanzi al giudice a quo. A suo avviso, il diniego opposto dalla Vddb viola il principio della parità di trattamento, in quanto il legislatore tedesco, a partire dal 1° gennaio 2005, ha attuato una tale parità tra l'unione solidale e il matrimonio, introducendo in particolare l'art. 46, n. 4, nel codice della previdenza sociale. Il fatto di non accordare ad una persona, dopo il decesso del suo partner di unione solidale, il beneficio di prestazioni ai superstiti così come ad un coniuge superstite costituirebbe una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale della detta persona. Secondo il sig. Maruko, i partner di unione solidale sono trattati in modo meno favorevole dei coniugi, mentre, al pari di questi ultimi, essi sono tenuti a prestarsi soccorso e assistenza, si impegnano reciprocamente ad una comunione di vita e assumono responsabilità l'uno nei confronti dell'altro. Il regime patrimoniale dei partner di unione solidale sarebbe in Germania equivalente a quello dei coniugi.

24. Chiedendosi, in primo luogo, se il regime previdenziale gestito dalla Vddb sia assimilabile ad un regime statale di sicurezza sociale ai sensi dell'art. 3, n. 3, della direttiva 2000/78 e se il detto regime si trovi al di fuori dell'ambito di applicazione della detta direttiva, il giudice a quo rileva che il fatto che l'iscrizione presso la Vddb sia obbligatoria per legge e che nessuna concertazione relativa all'iscrizione di cui trattasi possa essere presa in considerazione in seno alle imprese teatrali depone a favore di tale assimilazione. Esso aggiunge tuttavia che, al di fuori dei periodi lavorati, il personale dei teatri ha la possibilità di continuare volontariamente ad essere iscritto al regime previdenziale controverso nella causa principale, che quest'ultimo è basato sul principio della capitalizzazione, che i contributi sono pagati per metà dalle imprese teatrali, da un lato, e dagli assicurati, dall'altro, e che la Vddb gestisce e disciplina le sue attività autonomamente, senza l'intervento del legislatore federale.

25. Tenuto conto della struttura della Vddb e dell'influenza decisiva esercitata dalle imprese teatrali e dagli assicurati sul suo funzionamento, il giudice a quo asserisce di essere incline a ritenere che detto ente previdenziale non gestisca un regime assimilabile a un regime statale di sicurezza sociale, ai sensi dell'art. 3, n. 3, della direttiva 2000/78.

26. Il giudice a quo si chiede, in secondo luogo, se la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale possa essere considerata come una "retribuzione", ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. c), della direttiva 2000/78, il che giustificherebbe un'applicazione di quest'ultima. Il giudice a quo asserisce che, in via di principio, alla luce della giurisprudenza della Corte le prestazioni ai superstiti rientrano nella sfera di applicazione di detta nozione di "retribuzione". A suo avviso, tale interpretazione non è inficiata dal fatto che la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale è versata non al lavoratore, bensì al suo coniuge superstite, poiché il diritto a tale prestazione costituisce un beneficio che trova la sua origine nell'iscrizione del lavoratore al regime previdenziale gestito dalla Vddb, di modo che la detta prestazione è ottenuta dal coniuge superstite di quest'ultimo nel contesto del rapporto di lavoro tra il datore di lavoro e il detto lavoratore.

27. Il giudice a quo mira, in terzo luogo, a stabilire se il combinato disposto degli artt. 1 e 2, n. 2, lett. a), della direttiva 2000/78 osti alle disposizioni di uno statuto come quello della Vddb in base alle quali, dopo il decesso del suo partner di unione

solidale, una persona non percepisce prestazioni ai superstiti equivalenti a quelle offerte al coniuge superstite, mentre, così come le persone coniugate, i partner di unione solidale hanno vissuto in seno ad una comunione fondata sull'assistenza e sull'aiuto reciproco, formalmente costituita per tutta la durata della vita.

28. Secondo il giudice a quo, qualora la presente causa rientri nella sfera di applicazione della direttiva 2000/78 e sussista una discriminazione, il sig. Maruko potrebbe invocare le disposizioni di tale direttiva.

29. Il giudice a quo aggiunge che, contrariamente alle coppie eterosessuali che possono contrarre matrimonio ed eventualmente beneficiare di una prestazione ai superstiti, l'assicurato e il ricorrente nella causa principale non potevano in nessun caso, dato il loro orientamento sessuale, soddisfare la condizione di matrimonio cui il regime previdenziale gestito dalla Vddb subordina detta prestazione. Orbene, secondo il giudice a quo, il combinato disposto degli artt. 1 e 2, n. 2, lett. a), della direttiva 2000/78 può ostare a che disposizioni, come quelle dello statuto della Vddb, limitino il beneficio della detta prestazione ai coniugi superstiti.

30. Qualora il combinato disposto degli artt. 1 e 2, n. 2, lett. a), della direttiva 2000/78 osti alle disposizioni di uno statuto come quello della Vddb, il giudice a quo si chiede, in quarto luogo, se una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale sia autorizzata, alla luce del ventiduesimo 'considerando' di tale direttiva.

31. Esso rileva che questo 'considerando' non è stato riprodotto nel testo della detta direttiva. Esso si chiede se il 'considerando' in questione sia tale da restringere la sfera di applicazione della direttiva 2000/78. Il giudice a quo considera che, alla luce dell'importanza del principio comunitario della parità di trattamento, occorre non interpretare estensivamente i 'considerando' di tale direttiva. Esso chiede a questo proposito se, nella causa principale, il diniego della Vddb di concedere una prestazione ai superstiti ad una persona il cui partner di unione solidale è deceduto costituisca una discriminazione autorizzata benché fondata sull'orientamento sessuale.

32. In quinto luogo, il giudice a quo mira ad appurare se, in forza della sentenza 17 maggio 1990, causa C-262/88, Barber (Racc. pag. I-1889), il beneficio delle prestazioni ai superstiti sia limitato ai periodi successivi al 17 maggio 1990. Esso asserisce che le disposizioni nazionali controverse nella causa principale rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 141 CE e che l'effetto diretto di tale articolo può essere invocato soltanto per le prestazioni dovute in base ai periodi lavorativi successivi al 17 maggio 1990. A questo proposito, esso cita la sentenza 28 settembre 1994, causa C-200/91, Coloroll Pension Trustees (Racc. pag. I-4389).

33. In questo contesto, il Bayerisches Verwaltungsgericht München ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se un regime previdenziale obbligatorio di categoria - come nella fattispecie quello gestito dalla Vddb - costituisca un regime assimilabile ad un regime statale ai sensi dell'art. 3, n. 3, della direttiva 2000/78 (...).

2) Se costituiscano una retribuzione ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. c), della direttiva 2000/78 (...) le prestazioni ai superstiti in forma di assegno vedovile erogate da un ente previdenziale obbligatorio.

3) Se il combinato disposto degli artt. 1 e 2, n. 2, lett. a), della direttiva 2000/78 (...) osti alle disposizioni dello statuto di un regime previdenziale integrativo del tipo di

cui alla presente fattispecie, ai sensi delle quali il partner di unione solidale registrata non ha diritto a ricevere, alla morte del suo partner, alcuna prestazione ai superstiti analoga a quelle previste per i coniugi, malgrado il fatto che, come i coniugi, anche il partner di unione solidale viva in una comunione fondata sull'assistenza e sull'aiuto reciproco, formalmente costituita per tutta la durata della vita.

4) In caso di soluzione affermativa della questione precedente, se sia lecita una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, alla luce del ventiduesimo 'considerando' della direttiva 2000/78 (...).

5) Se il beneficio delle prestazioni ai superstiti sia limitato ai periodi successivi al 17 maggio 1990 in base alla sentenza Barber [cit.]".

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima, sulla seconda e sulla quarta questione

34. Con la prima, la seconda e la quarta questione, che vanno risolte congiuntamente, il giudice a quo chiede, in sostanza, se una prestazione ai superstiti concessa nell'ambito di un regime previdenziale di categoria come quello gestito dalla Vddb rientri nella sfera di applicazione della direttiva 2000/78.

Osservazioni presentate alla Corte

35. Per quanto riguarda la prima e la seconda delle questioni sollevate, la Vddb considera che il regime da essa gestito è un regime legale di previdenza sociale e che la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale non può essere considerata come una "retribuzione" ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. c), della direttiva 2000/78. Tale prestazione esulerebbe quindi dalla sfera di applicazione della detta direttiva.

36. A sostegno di tale tesi, la Vddb sottolinea, in particolare, che essa è un ente di diritto pubblico facente parte dell'amministrazione federale e che il regime previdenziale controverso nella causa principale è un regime obbligatorio, fondato sulla legge. Essa aggiunge che il contratto collettivo ha valore di legge ed è stato integrato, con lo statuto della Vddb, nel trattato di unificazione del 31 agosto 1990 e che l'obbligo di iscrizione vale per categorie di lavoratori definite in modo generale. La prestazione ai superstiti controversa nella causa principale sarebbe legata non direttamente ad un impiego determinato, ma a considerazioni generali di ordine sociale. Essa non dipenderebbe direttamente dai periodi lavorativi compiuti e il suo importo non sarebbe calcolato in relazione all'ultima retribuzione.

37. La Commissione considera, per contro, che la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale rientra nella sfera di applicazione della direttiva 2000/78 in quanto è concessa in base al rapporto di lavoro instaurato tra una persona e il suo datore di lavoro, rapporto da cui discende l'iscrizione obbligatoria del lavoratore presso la Vddb. L'importo della detta prestazione sarebbe determinato in relazione alla durata del rapporto di assicurazione e ai contributi versati.

(omissis)

Risposta della Corte

40. Dall'art. 3, nn. 1, lett. c), e 3, della direttiva 2000/78 risulta che quest'ultima si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico sia del settore privato, compresi gli enti pubblici, per quanto concerne, in particolare, le condizioni di retribuzione e che essa non si applica ai pagamenti di qualsiasi genere effettuati dai regimi statali o da regimi assimilabili, ivi inclusi i regimi statali di sicurezza sociale o di protezione sociale.

41. La sfera di applicazione della direttiva 2000/78 deve intendersi, alla luce di dette disposizioni in combinato disposto con il tredicesimo 'considerando' della stessa direttiva, nel senso che non si estende ai regimi di sicurezza sociale e di protezione sociale le cui prestazioni non siano assimilate ad una retribuzione, nell'accezione data a tale termine ai fini dell'applicazione dell'art. 141 CE, e nemmeno ai pagamenti di qualsiasi genere, effettuati dallo Stato allo scopo di dare accesso al lavoro o di salvaguardare posti di lavoro.

42. Occorre pertanto stabilire se una prestazione ai superstiti concessa in base a un regime previdenziale di categoria come quello gestito dalla Vddb possa essere assimilata ad una "retribuzione" ai sensi dell'art. 141 CE.

43. Tale articolo stabilisce che per retribuzione debbono intendersi il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo.

44. Come la Corte ha già affermato (v. sentenze 6 ottobre 1993, causa C-109/91, Ten Oever, Racc. pag. I-4879, punto 8, e 28 settembre 1994, causa C-7/93, Beune, Racc. pag. I-4471, punto 21), la circostanza che talune prestazioni siano corrisposte dopo la cessazione del rapporto di lavoro non esclude che esse possano avere carattere di "retribuzione" ai sensi dell'art. 141 CE.

45. La Corte ha così riconosciuto che una pensione superstiti prevista da un regime pensionistico di categoria, creata con contratto collettivo, rientra nella sfera di applicazione di detto articolo. Essa ha precisato al riguardo che la circostanza che la suddetta pensione, per definizione, sia corrisposta non al lavoratore, ma al suo coniuge superstite, non è tale da infirmare questa interpretazione, in quanto tale prestazione è un vantaggio che trae origine dall'iscrizione al regime del coniuge del superstite, di modo che la pensione spetta a quest'ultimo nell'ambito del rapporto di lavoro tra il datore di lavoro e il suddetto coniuge e gli è corrisposta in conseguenza dell'attività lavorativa svolta da questo (v. sentenze Ten Oever, cit., punti 12 e 13; Coloroll Pension Trustees, cit., punto 18; 17 aprile 1997, causa C-147/95, Evrenopoulos, Racc. pag. I-2057, punto 22, e 9 ottobre 2001, causa C-379/99, Menauer, Racc. pag. I-7275, punto 18).

46. Peraltro, per valutare se una pensione di vecchiaia, in base alla quale è calcolata se del caso la prestazione ai superstiti come nella causa principale, rientri nella sfera di applicazione dell'art. 141 CE, la Corte ha precisato che, fra i criteri da essa adottati a seconda delle situazioni di cui è stata investita per qualificare un regime pensionistico, soltanto il criterio relativo alla constatazione che la pensione di vecchiaia è corrisposta al lavoratore in ragione del rapporto di lavoro che lo lega al suo ex datore di lavoro, vale a dire il criterio dell'impiego, desunto dalla lettera stessa del detto articolo, può avere carattere determinante (v., in tal senso, sentenze Beune, cit., punto 43;

Evrenopoulos, cit., punto 19; 29 novembre 2001, causa C-366/99, Griesmar, Racc. pag. I-9383, punto 28; 12 settembre 2002, causa C-351/00, Niemi, Racc. pag. I-7007, punti 44 e 45, nonché 23 ottobre 2003, cause riunite C-4/02 e C-5/02, Schönheit e Becker, Racc. pag. I-12575, punto 56).

47. È vero che a tale criterio non si può attribuire carattere esclusivo, dato che le pensioni corrisposte dai regimi legali previdenziali possono, in tutto o in parte, tener conto della retribuzione dell'attività lavorativa (citare sentenze Beune, punto 44; Evrenopoulos, punto 20; Griesmar, punto 29; Niemi, punto 46, nonché Schönheit e Becker, punto 57).

48. Tuttavia, le considerazioni di politica sociale, di organizzazione dello Stato, di etica, o anche le preoccupazioni di bilancio che hanno avuto o hanno potuto avere un ruolo nella determinazione di un regime da parte del legislatore nazionale, non possono considerarsi prevalenti se la pensione interessa soltanto una categoria particolare di lavoratori, se è direttamente proporzionale agli anni di servizio prestati e se il suo importo è calcolato in base all'ultima retribuzione (citare sentenze Beune, punto 45; Evrenopoulos, punto 21; Griesmar, punto 30; Niemi, punto 47, nonché Schönheit e Becker, punto 58).

49. Per quanto attiene al regime obbligatorio previdenziale di categoria gestito dalla VddB, si deve rilevare, in primo luogo, che esso trova la sua fonte in un contratto collettivo di lavoro, mirante, secondo gli elementi forniti dal giudice a quo, a costituire un supplemento alle prestazioni previdenziali dovute in forza della normativa nazionale di applicazione generale.

50. In secondo luogo, è pacifico che il detto regime è finanziato esclusivamente dai lavoratori e dai datori di lavoro del settore considerato, con esclusione di qualsiasi intervento finanziario pubblico.

51. In terzo luogo, dal fascicolo risulta che lo stesso regime è destinato, ai sensi dell'art. 1 del contratto collettivo, al personale artistico occupato in uno dei teatri esercitati in Germania.

52. Come l'avvocato generale ha rilevato al paragrafo 70 delle sue conclusioni, perché il diritto alla prestazione ai superstiti sia riconosciuto, si richiede che il coniuge del beneficiario di tale prestazione sia stato iscritto alla VddB prima del suo decesso. Tale iscrizione concerne obbligatoriamente il personale artistico dipendente dai teatri tedeschi. Essa riguarda anche un certo numero di persone che decidono di iscriversi volontariamente alla VddB, iscrizione possibile qualora le persone di cui trattasi possano provare di essere state in precedenza, per un certo numero di mesi, dipendenti da un teatro tedesco.

53. I detti iscritti a titolo obbligatorio e a titolo volontario formano quindi una categoria particolare di lavoratori.

54. Peraltro, quanto al criterio secondo il quale la pensione deve essere direttamente proporzionale agli anni di servizio prestati, occorre rilevare che, ai sensi dell'art. 30, n. 5, dello statuto della VddB, l'importo della pensione di vecchiaia sulla base della quale è calcolata la prestazione ai superstiti è determinato in relazione alla durata dell'iscrizione del lavoratore, soluzione questa che è una logica conseguenza della struttura del regime previdenziale di categoria di cui trattasi che comprende due tipi di iscrizione, come è stato sottolineato ai punti 52 e 53 della presen-

te sentenza.

55. Per quanto concerne del pari l'importo della stessa pensione di vecchiaia, esso non è fissato dalla legge, ma, in applicazione dell'art. 30, n. 5, dello statuto della Vddb, è calcolato sulla base dell'importo di tutti i contributi versati durante tutto il periodo di iscrizione dal lavoratore e ai quali si applica un fattore di rivalutazione.

56. Ne consegue - come l'avvocato generale ha rilevato al paragrafo 72 delle sue conclusioni - che la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale dipende dal rapporto di lavoro del partner di unione solidale del sig. Maruko e che essa, di conseguenza, deve essere qualificata come "retribuzione" ai sensi dell'art. 141 CE.

57. Tale conclusione non è rimessa in discussione dalla qualità di ente pubblico della Vddb (v., in tal senso, sentenza Evrenopoulos, cit., punti 16 e 23), né dal carattere obbligatorio dell'iscrizione al regime che dà diritto alla prestazione ai superstiti controversa nella causa principale (v., in tal senso, sentenza 25 maggio 2000, causa C-50/99, Podesta, Racc. pag. I-4039, punto 32).

58. Per quanto concerne la portata del ventiduesimo 'considerando' della direttiva 2000/78, in esso si afferma che la detta direttiva lascia impregiudicate le legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano.

59. È vero che lo stato civile e le prestazioni che ne derivano costituiscono materie che rientrano nella competenza degli Stati membri e il diritto comunitario non pregiudica tale competenza. Tuttavia, occorre ricordare che gli Stati membri, nell'esercizio di detta competenza, devono rispettare il diritto comunitario, in particolare le disposizioni relative al principio di non discriminazione (v., per analogia, sentenze 16 maggio 2006, causa C-372/04, Watts, Racc. pag. I-4325, punto 92, e 19 aprile 2007, causa C-444/05, Stamatelaki, Racc. pag. I-3185, punto 23).

60. Poiché una prestazione ai superstiti come quella controversa nella causa principale è stata qualificata come "retribuzione" ai sensi dell'art. 141 CE e rientra nella sfera di applicazione della direttiva 2000/78, per i motivi esposti ai punti 49-57 della presente sentenza il ventiduesimo 'considerando' della direttiva 2000/78 non può essere tale da rimettere in discussione l'applicazione di detta direttiva.

61. Di conseguenza, la prima, la seconda e la quarta questione devono essere risolte nel senso che una prestazione ai superstiti concessa nell'ambito di un regime previdenziale di categoria come quello gestito dalla Vddb rientra nella sfera d'applicazione della direttiva 2000/78.

Sulla terza questione

62. Con la terza questione, il giudice a quo chiede se il combinato disposto degli artt. 1 e 2 della direttiva 2000/78 osti ad una normativa come quella controversa nella causa principale in base alla quale, dopo il decesso del suo partner di unione solidale, il partner superstite non percepisce una prestazione ai superstiti equivalente a quella concessa ad un coniuge superstite, mentre, al pari dei coniugi, i partner di unione solidale sono vissuti in seno ad una comunione fondata sull'assistenza e sull'aiuto reciproco, formalmente costituita per tutta la durata della vita.

(omissis)

Risposta della Corte

65. Ai sensi del suo art. 1, la direttiva 2000/78 mira a contrastare, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, alcuni tipi di discriminazioni, tra le quali figura quella fondata sull'orientamento sessuale, al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento.

66. Ai termini dell'art. 2 della detta direttiva, si intende per "principio della parità di trattamento" l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'art. 1 della stessa direttiva. Ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. a), della direttiva 2000/78 sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'art. 1 di tale direttiva, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga. Il n. 2, lett. b), sub i), dello stesso art. 2 dispone che sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone, a meno che tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.

67. Dalle informazioni contenute nella decisione di rinvio risulta che, a partire dal 2001, anno di entrata in vigore del LPartG, nella sua versione iniziale, la Repubblica federale di Germania ha adeguato il suo ordinamento giuridico per consentire alle persone dello stesso sesso di vivere in seno ad una comunione fondata sull'assistenza e sull'aiuto reciproco, formalmente costituita per tutta la durata della vita. Avendo scelto di non consentire a tali persone il matrimonio, che è rimasto riservato alle sole persone di sesso diverso, il detto Stato membro ha istituito per le persone dello stesso sesso un regime distinto, l'unione solidale, le cui condizioni sono state progressivamente equiparate a quelle applicabili al matrimonio.

68. Il giudice a quo rileva al riguardo che la legge 15 dicembre 2004 ha contribuito al ravvicinamento progressivo del regime istituito per l'unione solidale a quello applicabile al matrimonio. Con questa legge il legislatore tedesco ha apportato modifiche al libro VI del codice della previdenza sociale - Regime legale di assicurazione vecchiaia, aggiungendo in particolare un paragrafo 4 all'art. 46 figurante nel detto libro, dal quale risulta che l'unione solidale è equiparata al matrimonio per quanto concerne la pensione di vedova o di vedovo di cui a tale disposizione. Modifiche analoghe sono state apportate ad altre disposizioni dello stesso libro VI.

69. Il giudice a quo ritiene che, tenuto conto di tale ravvicinamento tra matrimonio e unione solidale, che esso considera come un'equiparazione progressiva e che risulta, a suo avviso, dal regime stabilito dal LPartG, in particolare dalle modifiche intervenute con la legge 15 dicembre 2004, l'unione solidale, senza essere identica al matrimonio, ponga le persone dello stesso sesso in una posizione analoga a quella dei coniugi per quanto concerne la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale.

70. Orbene, esso constata che il beneficio di tale prestazione ai superstiti è limitato, in base alle disposizioni dello statuto della Vddb, ai soli coniugi superstiti ed è negato ai partner di unione solidale superstiti.

71. In questo caso, tali partner di unione solidale si vedono quindi trattati in modo meno favorevole rispetto ai coniugi superstiti per quanto riguarda il beneficio della detta prestazione ai superstiti.

72. Ammesso che il giudice a quo decida che i coniugi superstiti e i partner di unione solidale superstiti siano in una posizione analoga per quanto concerne questa stessa prestazione ai superstiti, una normativa come quella controversa nella causa principale deve di conseguenza essere considerata costitutiva di una discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale, ai sensi degli artt. 1 e 2, n. 2, lett. a), della direttiva 2000/78.

73. Da quanto precede risulta che la terza questione dev'essere risolta nel senso che il combinato disposto degli artt. 1 e 2 della direttiva 2000/78 osta ad una normativa come quella controversa nella causa principale in base alla quale, dopo il decesso del suo partner con il quale ha contratto un'unione solidale, il partner superstite non percepisce una prestazione ai superstiti equivalente a quella concessa ad un coniuge superstite, mentre, nel diritto nazionale, l'unione solidale porrebbe le persone dello stesso sesso in una posizione analoga a quella dei coniugi per quanto riguarda la detta prestazione ai superstiti. È compito del giudice a quo verificare se il partner di unione solidale superstite sia in una posizione analoga a quella di un coniuge beneficiario della prestazione ai superstiti prevista dal regime previdenziale di categoria gestito dalla Vddb.

Sulla quinta questione

74. Con la quinta questione il giudice a quo chiede, nel caso in cui la Corte dovesse dichiarare che la direttiva 2000/78 osta ad una normativa come quella controversa nella causa principale, se si debba limitare nel tempo il beneficio della prestazione ai superstiti controversa nella causa principale e in particolare ai periodi successivi al 17 maggio 1990 sulla base della citata giurisprudenza Barber.

(omissis)

Risposta della Corte

77. Risulta dalla giurisprudenza che la Corte può decidere, in via eccezionale e tenendo conto dei gravi inconvenienti che la sua sentenza potrebbe provocare per il passato, di limitare la possibilità degli interessati di avvalersi dell'interpretazione di una disposizione fornita dalla Corte in via pregiudiziale. Siffatta limitazione può essere ammessa solo dalla Corte nella sentenza stessa che statuisce sull'interpretazione richiesta (v., in particolare, sentenze Barber, cit., punto 41, e 6 marzo 2007, causa C-292/04, Meilicke e a., Racc. pag. I-1835, punto 36).

78. Non risulta dal fascicolo che l'equilibrio finanziario di un regime come quello gestito dalla Vddb rischi di essere retroattivamente perturbato dalla mancanza di limitazione nel tempo degli effetti della presente sentenza.

79. Da quanto precede discende che la quinta questione dev'essere risolta nel senso che non si devono limitare nel tempo gli effetti della presente sentenza.

(omissis)

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1) Una prestazione ai superstiti concessa nell'ambito di un regime previdenziale di categoria come quello gestito dalla Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen rientra nella sfera di applicazione della direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

2) Il combinato disposto degli artt. 1 e 2 della direttiva 2000/78 osta ad una normativa come quella controversa nella causa principale in base alla quale, dopo il decesso del partner con il quale ha contratto un'unione solidale, il partner superstite non percepisce una prestazione ai superstiti equivalente a quella concessa ad un coniuge superstite, mentre, nel diritto nazionale, l'unione solidale porrebbe le persone dello stesso sesso in una posizione analoga a quella dei coniugi per quanto riguarda la detta prestazione ai superstiti. È compito del giudice a quo verificare se, nell'ambito di un'unione solidale, il partner superstite sia in una posizione analoga a quella di un coniuge beneficiario della prestazione ai superstiti prevista dal regime previdenziale di categoria gestito dalla Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen.

* * * * *

Nella recente sentenza *Tadao Maruko* la Corte torna ancora una volta ad affermare la necessità di non discriminare le coppie di fatto (anche composte da partner dello stesso sesso) negli ordinamenti nei quali esistono regole su tali unioni registrate che equiparano tale situazione a quella dei coniugi. Se inizialmente l'ordinamento comunitario attribuiva rilevanza al solo vincolo matrimoniale in senso stretto, a tale situazione si è contrapposta, nel tempo, la situazione degli ordinamenti nazionali, o almeno alcuni di essi, che hanno invece sempre più dimostrato la tendenza ad attribuire effetti anche alle ipotesi di convivenza: da un lato prevedendo la creazione di modelli contrattuali di *partnership* finalizzati a tutelare giuridicamente i partner non coniugati, dall'altro attribuendo *ex lege* alcuni effetti ai periodi di convivenza anche al di fuori di modelli standardizzati.

La Corte di giustizia si è quindi trovata ad affrontare questioni interpretative del diritto comunitario che si intersecavano con situazioni nazionali nelle quali venivano attribuiti diritti alla persona stabilmente convivente col proprio partner. Già nel 1986, in una situazione che ancora non prevedeva la regolamentazione delle unioni di fatto, la Corte ha ritenuto di estendere il diritto di soggiorno al partner non coniugato col quale il lavoratore comunitario abbia una relazione stabile, ove il diritto nazionale attribuisca questo diritto al partner del soggetto avente cittadinanza di quello Stato membro (cfr. sentenza 17 aprile 1986, causa 59/85, *Reed*, in *Racc.*, p. I-1283. Per un commento vedi P. Mori, *Il diritto di soggiorno del compagno non coniugato del lavoratore comunitario: coniuge in senso lato o "vantaggio sociale"?*, in *Giust. civ.*, 1987, p. 1364 ss.).

È quindi evidente dalla presente analisi che, nonostante il limite dovuto alla ristretta nozione di coppia basata sul vincolo matrimoniale presente nei testi giuridici

comunitari, la convivenza di fatto può assumere un rilievo per il diritto comunitario, come è d'altronde dimostrato dalle modifiche introdotte dalla direttiva 2004/38/CE e dalla più recente giurisprudenza comunitaria

La questione del riconoscimento del vincolo familiare fra due persone dello stesso sesso è stata spesso oggetto di esame da parte della Corte nell'ottica della parità di trattamento uomo-donna in ambito lavorativo, al fine di stabilire se il mancato riconoscimento di alcuni diritti al partner dello stesso sesso potesse considerarsi una discriminazione basata sull'orientamento sessuale. La politica sociale comunitaria si è infatti occupata fin dall'origine del tema della parità di trattamento fra uomini e donne nell'ambito del lavoro, prima, sulla base dell'art. 119, ora 141 Trattato CE, ai soli fini di prevedere la parità di retribuzione, poi estendendo il divieto di discriminazioni anche ad altri settori, come la razza, l'età, l'handicap e le tendenze sessuali. Ciò è potuto avvenire grazie all'inserimento nel Trattato di Amsterdam, all'art. 13, dell'attribuzione di competenza al Consiglio per combattere le discriminazioni e successivamente tramite l'adozione delle direttive n. 2000/43/CE e 2000/78/CE (rispettivamente in *GUCE* L 180 del 19 luglio 2000, p. 22 ss. e in *GUCE* L 303 del 2 dicembre 2000, p. 16 ss.)

Il concetto di famiglia potrà comprendere anche partner dello stesso sesso, se ed in quanto il loro legame possa rientrare nella nozione di famiglia per il diritto interno (sul problema v. nella giurisprudenza comunitaria, sentenza del 17 febbraio 1998, *Lisa Jacqueline Grant v. South-West Trains Ltd*, causa C-249/96, *Raccolta*, 1998, I-621, sentenza del 31 maggio 2001, *D. e Svezia c. Consiglio*, cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P, *Raccolta*, 2001, I-4319). Su questa evoluzione giurisprudenziale, per un commento v. L. Tomasi, *Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 977 ss.; E. Battaglia, *Sesso e orientamento sessuale nell'interpretazione dell'art.141 CE alla luce della sentenza K.B. c. Regno Unito*, in *Dir. Un. eur.*, 2004, p. 599 ss. Per approfondimenti sugli *spousal benefits*, alla luce della tutela dei diritti fondamentali v. L. Tomasi, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007, p. 187). Nella recente sentenza *Maruko* la Corte che afferma che un regime previdenziale obbligatorio di categoria come quello ivi in esame rientra nella nozione di retribuzione ai sensi dell'art.141 del Trattato CE e della direttiva 2000/78/CE. Pertanto il partner superstite avrà diritto a una prestazione previdenziale qualora l'ordinamento nazionale, ponga i soggetti che hanno concluso un'unione solidale in una posizione analoga a quella dei coniugi per quanto riguarda la detta prestazione ai superstiti. Spetterà al giudice nazionale valutare se tale posizione analoga sussista nell'ordinamento tedesco, in quanto l'ordinamento comunitario (come d'altronde confermato anche dall'art.9 della Carta dei diritti fondamentali) "non vieta, né impone la concessione dello status di matrimonio a unioni fra persone dello stesso sesso" e quindi, come sancito dalla Corte di giustizia (sentenza del 31 mag. 2001, *D. e Svezia c. Consiglio* cit., non sorge un obbligo, a carico dell'Unione europea e degli Stati, ad equiparare le unioni registrate al matrimonio, pur vietandosi ogni forma di discriminazione, comprese quelle fondate sulle tendenze sessuali.

**SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)
22 maggio 2008**

“Pensione d’invalidità concessa alle vittime civili della guerra o della repressione - Requisito di residenza nel territorio nazionale - Art. 18, n. 1, CE”.

Nel procedimento C-499/06, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’art. 234 CE, dal Sad Okregowy w Koszalinie (Polonia) con decisione 13 novembre 2006, pervenuta in cancelleria l’8 dicembre 2006, nella causa *Halina Nerkowska* contro *Zaklad Ubezpieczen Spolecznych Oddzial w Koszalinie*,

(omissis)

Sentenza

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione dell’art. 18, n. 1, CE.

2. Tale domanda è stata presentata nell’ambito di una controversia tra la sig.ra Nerkowska e lo Zaklad Ubezpieczen Spolecznych Oddzial w Koszalinie (Istituto della previdenza sociale, ufficio di Koszalin), in merito al rifiuto di quest’ultimo di versare alla ricorrente una pensione di invalidità per i danni alla salute conseguenti ai sei anni di deportazione da essa subiti nell’ex Unione delle Repubbliche socialiste sovietiche (ex URSS).

Normativa nazionale

3. La normativa nazionale è costituita dalla legge 29 maggio 1974 sulla pensione degli invalidi di guerra e militari nonché delle loro famiglie (Ustawa o zaopatrzeniu inwalidów wojennych i wojskowych oraz ich rodzin), come modificata (Dz. U. n. 9 del 2002, pos. 87; in prosieguo: la "legge del 1974"), e dalla legge 24 gennaio 1991 sui combattenti nonché su alcune persone vittime di repressioni di guerra e del periodo postbellico (Ustawa o kombatantach oraz niektórych osobach będących ofiarami represji wojennych i okresu powojennego) (Dz. U. n. 17, pos. 75).

4. L’art. 5 della legge del 1974 dispone che le prestazioni da essa previste sono corrisposte all’avente diritto durante il periodo del suo soggiorno nel territorio della Repubblica di Polonia, salvo quanto diversamente previsto dalla legge o da un trattato internazionale.

5. Conformemente all’art. 3 della legge del 1974, tali pensioni sono finanziate dallo Stato polacco.

6. Ai sensi dell’art. 12, n. 2, della legge 24 gennaio 1991, sui combattenti nonché su alcune persone vittime di repressioni di guerra e del periodo postbellico, le

prestazioni in denaro e gli altri diritti previsti dalla legge del 1974 spettano anche alle persone che, segnatamente, sono state inserite in uno dei gruppi di invalidi per un'invalidità derivante, in particolare, dal soggiorno in prigionia o in campi di internamento, o in campi dipendenti dalla Direzione centrale dei prigionieri di guerra e degli internati (GUPVI) del Commissariato del popolo agli Affari interni (NKVD) e, a partire dal marzo 1946, dal Ministero degli Affari interni (MVD) dell'ex URSS, o in campi dipendenti dalla Divisione dei campi di controllo e di filtrazione del NKVD e, a partire dal marzo 1946, da detto Ministero degli Affari interni. Tali prestazioni spettano parimenti alle persone che sono state vittime di repressioni di guerra e del periodo postbellico, ovvero alle persone che, per le loro convinzioni politiche, religiose e nazionali, sono state esiliate forzatamente o deportate nell'ex URSS. Si considera come invalidità derivante da un soggiorno in deportazione l'invalidità che risulta da ferite, contusioni e altre lesioni o malattie sopravvenute a seguito di un siffatto soggiorno.

Causa principale e questione pregiudiziale

7. La sig.ra Nerkowska, attualmente cittadina polacca, è nata il 2 febbraio 1946 nel territorio dell'attuale Bielorussia.

8. All'età di tre anni perdeva i suoi genitori che furono deportati in Siberia in forza di una decisione giudiziaria.

9. Nell'aprile del 1951 la sig.ra Nerkowska, suo fratello e sua zia venivano a loro volta deportati nell'ex URSS. Là essa viveva in difficili condizioni sino al gennaio 1957.

10. Dopo un periodo di quasi sei anni ritornava in Polonia, dove compiva i suoi studi e, al termine degli stessi, ricopriva un impiego amministrativo.

11. Nel 1985 lasciava la Polonia e si stabiliva permanentemente in Germania.

12. Nell'ottobre del 2000 la sig.ra Nerkowska ha presentato allo Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie una domanda per ottenere una pensione d'invalidità per i danni alla salute subiti durante la sua deportazione.

13. Con decisione 4 ottobre 2002 lo Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie ha riconosciuto il diritto alla pensione della sig.ra Nerkowska a motivo della sua parziale incapacità lavorativa derivante dal suo soggiorno in luoghi di isolamento, tuttavia il versamento della prestazione dovuta a tale titolo è stato sospeso in quanto la beneficiaria non risiedeva nel territorio polacco.

14. Contestando tale decisione, la sig.ra Nerkowska ha adito il Sad Okręgowy w Koszalinie (Tribunale distrettuale di Koszalin) chiedendogli di riconoscere il suo diritto ad ottenere il versamento della pensione d'invalidità richiesta. Tale giudice non ha accolto la sua tesi e ha respinto il ricorso con sentenza 22 maggio 2003 pronunciata al termine del procedimento probatorio.

15. Nel settembre 2006 la sig.ra Nerkowska ha presentato una nuova domanda volta ad ottenere il versamento della prestazione sopramenzionata. A sostegno della sua domanda, quest'ultima ha fatto valere che la Repubblica di Polonia aveva aderito all'Unione europea il 1° maggio 2004 e aveva quindi incorporato il diritto comunitario al diritto interno polacco.

16. Al termine del procedimento amministrativo, lo Zakład Ubezpieczeń Społecznych ha adottato, il 14 settembre 2006, la decisione oggetto della causa principale e ha negato alla sig.ra Nerkowska il pagamento della pensione di invalidità corrispondente al diritto precedentemente riconosciute in quanto essa non risiedeva nel territorio della Repubblica di Polonia.

17. La sig.ra Nerkowska ha contestato la decisione in parola dinanzi al giudice del rinvio chiedendo di modificarla in modo tale che le fosse versata la sua pensione di invalidità. Essa ha fatto valere che, tenuto conto dell'adesione della Repubblica di Polonia all'Unione, il suo luogo attuale di residenza non può costituire un ostacolo al pagamento di tale prestazione.

18. Di conseguenza, il Sad Okregowy w Koszalinie ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

"Se l'art. 18 CE, che garantisce ad ogni cittadino dell'Unione europea il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, osti all'applicazione della normativa nazionale stabilita all'art. 5 della [legge del 1974], in quanto il versamento della pensione per incapacità lavorativa, derivante dal soggiorno in luoghi di isolamento, viene fatto dipendere dalla condizione che l'avente diritto risieda nel territorio della Repubblica di Polonia".

Sulla questione pregiudiziale

19. Con la sua questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'art. 18, n. 1, CE debba essere interpretato nel senso che osta a una legislazione di uno Stato membro in forza della quale quest'ultimo nega ad uno dei suoi cittadini il versamento di una prestazione concessa alle vittime civili della guerra o della repressione, laddove il diritto a una siffatta prestazione è stato riconosciuto a tale cittadino con una decisione dell'autorità competente, per il solo motivo che quest'ultimo è domiciliato non nel territorio di tale Stato, bensì in quello di un altro Stato membro.

20. A tale riguardo occorre, preliminarmente, stabilire se una situazione quale quella della causa principale rientri nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, in particolare dell'art. 18, n. 1, CE.

Sull'applicabilità dell'art. 18, n. 1, CE

21. Per quanto riguarda, da una parte, l'ambito di applicazione *ratione personae* di detta disposizione, basta constatare che, ai sensi dell'art. 17, n. 1, CE, è cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. Inoltre, il n. 2 del medesimo art. 17 collega a tale status i diritti e i doveri previsti dal Trattato CE, tra cui figurano quelli menzionati all'art. 18, n. 1, CE (sentenza 26 ottobre 2006, causa C-192/05, *Tas-Hagen e Tas*, Racc. pag. I-10451, punto 18).

22. In quanto cittadina polacca, la sig.ra Nerkowska gode della cittadinanza dell'Unione istituita dall'art. 17, n. 1, CE e può quindi avvalersi eventualmente dei diritti afferenti a un tale status, in particolare i diritti alla libera circolazione e al libero soggiorno previsti all'art. 18, n. 1, CE.

23. D'altra parte, quanto all'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'art. 18,

n. 1, CE, occorre rilevare che, allo stadio attuale dello sviluppo del diritto comunitario, una prestazione come quella in questione nella causa principale, che ha lo scopo di risarcire le vittime civili della guerra o della repressione dal danno psichico o fisico che hanno subito, rientra nella competenza degli Stati membri (sentenza Tas-Hagen e Tas, cit., punto 21).

24. Tuttavia, questi ultimi devono esercitare una tale competenza nel rispetto del diritto comunitario, in particolare delle disposizioni del Trattato relative alla libertà riconosciuta a ogni cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (sentenza Tas-Hagen e Tas, cit., punto 22).

25. Inoltre, è pacifico che la cittadinanza dell'Unione di cui all'art. 17 CE non ha lo scopo di ampliare la sfera di applicazione *ratione materiae* del Trattato a situazioni nazionali che non abbiano alcun collegamento con il diritto comunitario (sentenze 5 giugno 1997, cause riunite C-64/96 e C-65/96, Uecker e Jacquet, Racc. pag. I-3171, punto 23; 2 ottobre 2003, causa C-148/02, Garcia Avello, Racc. pag. I-11613, punto 26, nonché Tas-Hagen e Tas, cit., punto 23).

26. Tuttavia, la Corte ha già stabilito che le situazioni che rientrano nel campo di applicazione *ratione materiae* del diritto comunitario comprendono, in particolare, quelle rientranti nell'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato e quelle rientranti nell'esercizio della libertà di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri quale conferita dall'art. 18 CE (sentenze 15 marzo 2005, causa C-209/03, Bidar, Racc. pag. I-2119, punto 33, nonché 12 luglio 2005, causa C-403/03, Schempp, Racc. pag. I-6421, punti 17 e 18).

27. Nella fattispecie occorre constatare che una situazione come quella della sig.ra Nerkowska rientra nel diritto alla libera circolazione e al libero soggiorno dei cittadini dell'Unione negli Stati membri. La ricorrente nella causa principale, stabilendo la sua residenza in Germania, ha esercitato il diritto riconosciuto dall'art. 18, n. 1, CE a ogni cittadino dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio di uno Stato membro diverso da quello di cui è cittadino.

28. Inoltre, dal fascicolo trasmesso alla Corte dal giudice del rinvio emerge chiaramente che il diniego del versamento della pensione d'invalidità concessa alla sig.ra Nerkowska dipende unicamente dal fatto che quest'ultima aveva stabilito la sua residenza in Germania.

29. Risulta da quanto precede che una situazione in cui l'esercizio da parte della sig.ra Nerkowska di una libertà riconosciuta dall'ordinamento giuridico comunitario incide sul diritto di quest'ultima al versamento di una prestazione prevista dalla legislazione nazionale non può essere considerata come puramente interna, né può essere considerata priva di collegamento con il diritto comunitario.

30. Occorre dunque esaminare se l'art. 18, n. 1, CE, applicabile ad una situazione come quella di cui alla causa principale, debba essere interpretato nel senso che osta ad una legislazione nazionale che per il pagamento di una pensione d'invalidità concessa alle vittime civili della guerra o della repressione imponga al beneficiario di avere la sua residenza nel territorio dello Stato membro che concede una siffatta prestazione.

31. Per quanto riguarda la portata dell'art. 18, n. 1, CE, la Corte ha già stabilito che le facilitazioni previste dal Trattato in materia di libera circolazione non potrebbero dispiegare pienamente i loro effetti se un cittadino di uno Stato membro potesse essere dissuaso dal farne uso dagli ostacoli posti al suo soggiorno nello Stato membro ospitante a causa di una normativa del suo Stato d'origine che penalizzi il fatto che egli ne abbia usufruito (sentenze 29 aprile 2004, causa C-224/02, Pusa, Racc. pag. I-5763, punto 19, nonché Tas-Hagen e Tas, cit., punto 30).

32. Una normativa nazionale che svantaggia taluni cittadini nazionali per il solo fatto di aver esercitato la loro libertà di circolare e di soggiornare in un altro Stato membro rappresenta una restrizione delle libertà riconosciute a tutti i cittadini dell'Unione dall'art. 18, n. 1, CE (sentenze 18 luglio 2006, causa C-406/04, De Cuyper, Racc. pag. I-6947, punto 39, nonché Tas-Hagen e Tas, cit., punto 31).

33. Orbene, la legge del 1974 costituisce una restrizione di tal genere. Infatti, subordinando il pagamento della pensione d'invalidità istituita a vantaggio delle vittime civili della guerra o della repressione alla condizione che i beneficiari abbiano la loro residenza nel territorio nazionale, tale legge è idonea a dissuadere i cittadini polacchi che si trovano in una situazione analoga a quella della ricorrente nella causa principale dall'esercitare la loro libertà di circolare e di soggiornare in uno Stato membro diverso dalla Polonia.

34. Una normativa nazionale che impone una siffatta restrizione all'esercizio delle libertà da parte dei cittadini nazionali può essere giustificata, con riferimento al diritto comunitario, solo se è basata su considerazioni oggettive di interesse generale, indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate, ed è adeguatamente commisurata allo scopo legittimamente perseguito dal diritto nazionale (citare sentenze De Cuyper, punto 40, nonché Tas-Hagen e Tas, cit., punto 33).

35. Per quanto riguarda il primo requisito, dalle osservazioni presentate alla Corte tanto dal convenuto nella causa principale quanto dal governo polacco emerge che la restrizione prevista dalla legge del 1974 deriva essenzialmente dalla volontà del legislatore polacco di circoscrivere l'obbligo di solidarietà nei confronti delle vittime civili della guerra o della repressione alle sole persone che presentano un nesso di collegamento con il popolo polacco. Il requisito di residenza sarebbe pertanto la manifestazione del grado di integrazione di queste nella società polacca.

36. Inoltre, il convenuto nella causa principale e il governo polacco rilevano che solo un requisito di residenza come quello di cui trattasi nella causa principale può garantire la possibilità di verificare che la situazione del beneficiario della prestazione interessata non abbia subito cambiamenti idonei a incidere sul diritto di quest'ultimo a tale prestazione. Al riguardo, essi sottolineano che l'impossibilità di ricorrere all'assistenza amministrativa e medica degli altri Stati membri, prevista per le prestazioni di sicurezza sociale dal 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 ed aggiornata dal regolamento (CE) del Consiglio 2 dicembre 1996, n. 118/97 (GU 1997, L 28, pag. 1), priva di efficacia e di effettività il controllo effettuato dai competenti organismi polacchi. Essi fanno parimenti valere che altre misure meno restrittive non avrebbero efficacia equivalente a

quella del detto requisito.

37. Certo, tanto la volontà di garantire l'esistenza di un nesso di collegamento tra la società dello Stato membro interessato e il beneficiario di una prestazione quanto la necessità di verificare che quest'ultimo continui a soddisfare i requisiti di concessione di tale prestazione costituiscono considerazioni oggettive di interesse generale tali da giustificare che i requisiti di concessione o di pagamento di una siffatta prestazione possano incidere sulla libertà di circolazione dei cittadini di tale Stato membro.

38. Quanto alla necessità di un nesso di collegamento con la società dello Stato membro interessato, la Corte ha considerato, in merito ad una prestazione come quella nella causa principale, che non è disciplinata dal diritto comunitario, che gli Stati membri hanno un ampio potere discrezionale per quanto riguarda la fissazione dei criteri di valutazione di un tale collegamento, pur essendo tenuti a rispettare i limiti imposti dal diritto comunitario (sentenza *Tas-Hagen e Tas*, cit., punto 36).

39. È dunque legittimo che uno Stato membro, mediante i requisiti connessi alla cittadinanza o alla residenza della persona interessata, limiti il risarcimento concesso alle vittime civili della guerra o della repressione alle persone che si considera manifestino un certo grado di collegamento con la società di tale Stato membro.

40. Tuttavia, benché la restrizione rilevata al punto 33 della presente sentenza possa essere giustificata da considerazioni oggettive di interesse generale come quelle menzionate al punto precedente, è altresì necessario che essa non risulti sproporzionata rispetto allo scopo perseguito.

41. In primo luogo, per quanto riguarda il requisito di residenza continuativa nel territorio nazionale per tutto il periodo del versamento di detta prestazione, considerato come elemento di collegamento alla società polacca delle vittime civili della guerra o della repressione, si deve constatare che, se è vero che la residenza costituisce un criterio tale da rivelare l'esistenza di un siffatto collegamento, ciò non toglie tuttavia che, in circostanze come quelle della causa principale, un tale requisito va oltre quanto necessario per conseguire l'obiettivo perseguito.

42. Infatti, è pacifico che la sig.ra Nerkowska possiede la cittadinanza polacca e che ha vissuto in Polonia per più di vent'anni, periodo durante il quale ha ivi studiato e lavorato.

43. Il fatto di possedere la cittadinanza dello Stato membro che concede la prestazione di cui trattasi nella causa principale, nonché di aver vissuto in tale Stato per più di vent'anni, studiando e lavorando, può essere sufficiente a stabilire nessi di collegamento tra quest'ultimo e il beneficiario di detta prestazione. Pertanto, la necessità di una residenza durante tutto il periodo del versamento di tale prestazione deve essere considerata sproporzionata in quanto va oltre ciò che è necessario per garantire un siffatto collegamento.

44. In secondo luogo, per quanto riguarda la tesi secondo cui il requisito di residenza sarebbe il solo modo per verificare che il beneficiario di una pensione d'invalidità continui a soddisfare i requisiti per la concessione della stessa, basta rispondere che non può validamente sostenersi che lo scopo perseguito non possa essere conseguito con altri mezzi che, pur essendo meno restrittivi, siano parimenti efficaci.

45. Infatti, qualora un controllo medico o amministrativo richieda la presenza del beneficiario di una prestazione come quella di cui trattasi nella causa principale nel territorio dello Stato membro interessato, nulla osta a che tale Stato membro inviti questo beneficiario a recarsi nello Stato stesso per sottoporsi a un tale controllo, anche a pena di sospensione del versamento della prestazione in caso di rifiuto ingiustificato da parte di detto beneficiario.

46. Conseguentemente, un requisito di residenza come quello di cui trattasi nella causa principale va oltre quanto necessario per conseguire lo scopo di verificare che il beneficiario di una prestazione continui a soddisfare i requisiti per la concessione della stessa e, pertanto, non rispetta il principio di proporzionalità ricordato ai punti 34 e 40 della presente sentenza.

47. Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la questione sollevata dichiarando che l'art. 18, n. 1, CE deve essere interpretato nel senso che osta a una legislazione di uno Stato membro in forza della quale quest'ultimo neghi ai suoi cittadini, in generale e in ogni caso, il versamento di una prestazione concessa alle vittime civili della guerra o della repressione per la sola ragione che essi non risiedono durante tutto il periodo di versamento di tale prestazione nel territorio di detto Stato, bensì in quello di un altro Stato membro.

(omissis)

Per questi motivi, la Corte (Quarta Sezione) dichiara:

L'art. 18, n. 1, CE deve essere interpretato nel senso che osta a una legislazione di uno Stato membro in forza della quale quest'ultimo neghi ai suoi cittadini, in generale e in ogni caso, il versamento di una prestazione concessa alle vittime civili della guerra o della repressione per la sola ragione che essi non risiedono durante tutto il periodo di versamento di tale prestazione nel territorio di detto Stato, bensì in quello di un altro Stato membro.

* * * * *

Ancora una volta la Corte di giustizia si trova ad affrontare un problema di ostacolo indiretto all'esercizio della libera circolazione da parte dei cittadini comunitari. (per approfondimenti sulla libertà di circolazione dei cittadini e sui recenti sviluppi in materia cfr. L.S. Rossi, *Cittadini*, in A. Tizzano (a cura di) *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006; M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006; C. Sanna, *La direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 1157 ss.; sul punto ci si permette di rinviare anche a E. Bergamini, *Direttiva 2004/38, Libera circolazione, diritto di soggiorno e ricongiungimento familiare*, in M. Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, tomo II,

Milano, 2007, p. 4119 ss.).

Nel caso di specie la Signora Nerkowska, nata in Bielorussia, possiede la cittadinanza polacca e risulta aver vissuto in Polonia per più di vent'anni, avendovi studiato e lavorato. Essendo stata deportata in Siberia in giovane età, con i suoi familiari, risulta aver diritto, ai sensi della normativa polacca, ad una pensione d'invalidità per i danni alla salute subiti durante la sua deportazione.

Tale pensione le viene accordata dalla Polonia, pur essendone contestualmente sospeso il versamento in quanto la Signora Nerkowska risultava residente in Germania dal 1985. Il quesito interpretativo che il giudice nazionale pone alla Corte nel rinvio pregiudiziale in oggetto, conseguente alla richiesta da parte della ricorrente della sopra citata pensione, è quindi correlato all'art.18 del Trattato Ce e alla possibile dissuasione alla libera circolazione insita in una normativa come quella polacca nel punto in cui impone il requisito della residenza per l'erogazione della pensione.

In particolare, come spesso accade, il problema sorge rispetto all'automatismo connesso all'applicazione di tale requisito. Infatti, gli Stati possono apporre ostacoli alla libera circolazione solo se tali restrizioni si basano su considerazioni oggettive di interesse generale e sono proporzionate allo scopo che le norme si prefiggono (sono quindi le meno restrittive possibili fra quelle che possono consentire il raggiungimento dell'obiettivo di interesse generale). Ad esempio, nel caso di specie, è possibile che uno Stato limiti il riconoscimento di una prestazione pensionistica di questo tipo ai soli soggetti che abbiano uno stretto collegamento con la società dello Stato membro interessato. Si dovrà però verificare la sussistenza di tale collegamento sulla base di più parametri oggettivi e non della sola residenza attuale della persona, parametro che non rappresenta certo il solo modo per verificare che il beneficiario di una pensione d'invalidità continui a soddisfare i requisiti per la concessione della stessa.

La restrizione imposta dalla Polonia non può quindi ritenersi giustificata e rappresenta, conseguentemente, un disincentivo alla libera circolazione, come tale in contrasto con le previsioni di cui all'art.18, n.1 del Trattato CE.

(Sulle restrizioni alla libera circolazione cfr., L. Daniele, *Non-Discriminatory restrictions to the Free Movement of Persons*, in *European Law Review*, 1997, p. 191 ss.; da ultimo, M. Condinanzi, B. Nascimbene, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Tomo I, II ed., Milano 2007 p. 87 ss, in particolare p. 138).

SENTENZA DELLA CORTE (Seconda Sezione)
5 giugno 2008

"Art. 12 CE - Discriminazione in base alla cittadinanza - Indennizzo erogato dal Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions - Esclusione".

Nel procedimento C-164/07, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dalla commission d'indemnisation des victimes d'infractions del Tribunal de grande instance de Nantes (Francia), con decisione 16 marzo 2007, pervenuta in cancelleria il 27 marzo 2007, nella causa *James Wood* contro *Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions*,

(omissis)

Sentenza

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 12, primo comma, CE. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia pendente tra il sig. Wood, cittadino del Regno Unito, ed il Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions (Fondo di garanzia delle vittime degli atti di terrorismo e di altri illeciti; in prosieguo: il "Fondo di garanzia"), avente ad oggetto il rifiuto da parte di quest'ultimo di concedere al sig. Wood, a motivo della sua cittadinanza, il beneficio di un indennizzo volto a risarcire il danno causato da un reato commesso al di fuori del territorio francese.

Contesto normativo nazionale

2. L'art. 706-3 del Codice di procedura penale francese recita:

"Chiunque abbia subito pregiudizio in conseguenza di fatti dolosi o no, che presentino il carattere materiale di illeciti, può ottenere il risarcimento integrale dei danni derivanti da offese alla persona, qualora ricorrano i seguenti presupposti:

1. tali offese non rientrino nell'ambito d'applicazione dell'art. 53 della legge di finanziamento della sicurezza sociale per l'anno 2001 (n. 2000-1257 del 23 dicembre 2000), né in quello dell'art. L. 126-1 del Codice delle assicurazioni, né in quello del capitolo 1 della legge n. 85/677 del 5 luglio 1985, finalizzata al miglioramento della situazione delle vittime d'incidenti della strada ed allo sveltimento delle procedure d'indennizzo, e non siano state originate da atti di caccia o di distruzione di animali pericolosi o dannosi;

2. tali condotte:

- abbiano cagionato la morte, un'incapacità permanente o un'incapacità lavorativa totale per un periodo pari o superiore ad un mese, oppure

- siano previste e punite dagli artt. da 222-22 a 222-30, da 225-4-1 a 225-4-5 e da 227-25 a 227-27 del Codice penale;

3. la persona lesa abbia la cittadinanza francese o, in caso contrario, le condotte siano state poste in essere nel territorio nazionale e la persona lesa:

- abbia la cittadinanza di uno Stato membro della Comunità economica europea, o
- si trovi in una situazione di regolare soggiorno in Francia al momento dei fatti o della domanda, salvo quanto previsto dai trattati e dagli accordi internazionali.

Il risarcimento può essere rifiutato o ridotto in ragione della colpa della vittima".

Causa principale e questione pregiudiziale

3. Helena Wood, studentessa di Londra, è deceduta in un incidente stradale, verificatosi il 9 giugno 2004 in occasione di uno stage in Australia.

4. Il 3 luglio 2006 il sig. James Wood e la sig.ra Evelyne Arraitz, genitori della vittima, hanno adito la commission d'indemnisation des victimes d'infractions (commissione per l'indennizzo delle vittime di reati; in prosieguo: la "commissione per l'indennizzo") del Tribunal de grande instance de Nantes per ottenere il risarcimento, oltre che del danno materiale di EUR 398, dei danni morali sofferti in misura pari ad EUR 10 000 per ciascuno di essi genitori e ad EUR 7 500 per ciascuno dei loro figli secondogeniti Julia e Hugo Woods.

5. Un accordo realizzato con il Fondo di garanzia è stato omologato il 24 novembre 2006 dal presidente della commissione per l'indennizzo del Tribunal de grande instance de Nantes in merito all'importo delle indennità richieste a favore degli aventi diritto della defunta Helena Wood, ad eccezione però del padre di quest'ultima, a motivo della sua cittadinanza britannica.

6. L'11 gennaio 2007 il sig. Wood ha depositato proprie conclusioni dinanzi al giudice del rinvio invocando a principale fondamento della propria domanda l'art. 12, primo comma, CE, che vieta qualsiasi discriminazione basata sulla cittadinanza.

7. Secondo il sig. Wood, il quale dichiara di risiedere, lavorare e pagare le imposte in Francia, dove vive da più di vent'anni con la sua consorte, cittadina francese, tale disparità di trattamento, consistente nel negargli un'indennità peraltro accordata agli altri membri della sua famiglia, viola il principio di non discriminazione sancito dall'art. 12, primo comma, CE.

8. Per parte sua, il Fondo di garanzia si è opposto alla detta domanda, in quanto il sig. Wood non soddisferebbe i requisiti previsti dall'art. 706-3 del Codice di procedura penale, ed ha fatto valere la giurisprudenza consolidata della Cour de Cassation che avallerebbe la sua tesi.

9. Alla luce di ciò, la Commissione per l'indennizzo del Tribunal de grande instance de Nantes ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

"Se, alla luce del principio generale di non discriminazione sulla base della nazionalità, sancito dall'art. [12 CE], le disposizioni dell'art. 706-3 del Codice di procedura penale francese siano o no compatibili con il diritto comunitario, nella

misura in cui un cittadino della Comunità europea, residente in Francia, padre di una ragazza di cittadinanza francese, deceduta fuori del territorio nazionale, venga escluso, soltanto a motivo della sua cittadinanza, dal beneficio dell'indennizzo erogato dal Fondo di garanzia".

Sulla questione pregiudiziale

10. Con la questione sollevata il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il diritto comunitario osti alla normativa di uno Stato membro la quale escluda i cittadini degli altri Stati membri, che risiedono e lavorano nel suo territorio, dal beneficio di un indennizzo finalizzato a risarcire i danni derivanti da offese alla persona causate da un illecito commesso fuori del territorio di questo medesimo Stato, esclusivamente a motivo della loro cittadinanza.

11. Nella causa principale, come risulta dalla decisione di rinvio, il sig. Wood, cittadino britannico, si è avvalso del suo diritto alla libertà di circolazione in quanto lavoratore ai sensi dell'art. 39 CE, ovvero del suo diritto alla libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 43 CE, essendosi trasferito per risiedere e lavorare in Francia da oltre vent'anni.

12. Pertanto, la situazione del sig. Wood rientra nel campo d'applicazione del Trattato CE ed egli può quindi invocare il diritto che gli spetta di non subire discriminazioni in ragione della sua cittadinanza.

13. In proposito, risulta da giurisprudenza costante che il principio di non discriminazione impone di non trattare situazioni analoghe in maniera differente e situazioni diverse in maniera uguale. Un trattamento del genere potrebbe essere giustificato solo se fondato su considerazioni oggettive, indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate e adeguatamente commisurate allo scopo legittimamente perseguito (v. sentenza 2 ottobre 2003, causa C-148/02, Garcia Avello, Racc. pag. I-11613, punto 31 e la giurisprudenza ivi citata).

14. Nella causa principale, il sig. Wood, cittadino britannico, vive da oltre vent'anni in Francia ed ha perduto la figlia in un incidente occorso al di fuori del territorio della Comunità. Per quanto attiene al decesso della figlia ed al danno che ne risulta, il sig. Wood si trova in una situazione paragonabile a quella di una persona come la sua consorte, la sig.ra Arraitz. Orbene, in virtù della disposizione nazionale in questione nella causa principale, l'unico elemento che differenzia la loro posizione riguardo al loro diritto a ricevere un indennizzo è la loro cittadinanza. Infatti, solo alla sig.ra Arraitz, in ragione della sua cittadinanza francese, è stato riconosciuto un indennizzo per tale danno.

15. Pertanto, tale disparità di trattamento, esplicitamente ed esclusivamente basata sulla cittadinanza del sig. Wood, costituisce una discriminazione diretta. Del resto, lo stesso governo francese ammette che, nel caso di specie, non sussistono motivi atti a giustificare una siffatta disparità di trattamento.

16. Alla luce di quanto precede, occorre risolvere la questione proposta dichiarando che il diritto comunitario osta alla normativa di uno Stato membro la quale escluda i cittadini degli altri Stati membri, che risiedono e lavorano nel suo territorio, dal beneficio di un indennizzo finalizzato a risarcire i danni derivanti da offese alla

persona causate da un illecito commesso fuori del territorio di questo medesimo Stato, esclusivamente a motivo della loro cittadinanza.

(*omissis*)

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

Il diritto comunitario osta alla normativa di uno Stato membro la quale escluda i cittadini degli altri Stati membri, che risiedono e lavorano nel suo territorio, dal beneficio di un indennizzo finalizzato a risarcire i danni derivanti da offese alla persona causate da un illecito commesso fuori del territorio di questo medesimo Stato, esclusivamente a motivo della loro cittadinanza.

* * * * *

Questa sintetica sentenza può essere letta come una dimostrazione, da un lato del continuo rifiuto degli automatismi posti in essere dai legislatori nazionali da parte della Corte di giustizia, dall'altro della mancanza di coraggio da parte dei giudici nazionali che porta a porre quesiti facilmente risolvibili alla luce del principio del primato del diritto comunitario.

La Corte aveva avuto già modo di pronunciarsi in materia di fondo di garanzia nel caso Cowan (sentenza 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*, in *Racc.*, p. 195 ss.) dove si trattava di indennizzo a favore delle vittime di reati commessi sul territorio nazionale, indennizzo che veniva ingiustamente negato dalla Francia a un cittadino inglese che circolava per turismo, ossia quale destinatario di servizi ai sensi del diritto comunitario (sul punto cfr. M. Condinanzi, B. Nascimbene, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Tomo I, II ed., Milano 2007 p. 87 ss, in particolare p. 108).

Nel caso in esame invece il problema sorge per la limitazione ai soli cittadini francesi dell'indennizzo riconosciuto per le vittime di reati commessi all'estero. Ai sensi di tale normativa il coniuge inglese di una cittadina francese, con lei residente in Francia da più di vent'anni non ottiene dallo Stato francese alcun risarcimento per la morte della figlia avvenuta in Australia.

La discriminazione diretta, basata sulla nazionalità, è palese in quanto la moglie, cittadina francese, ottiene il risarcimento che viene negato al marito, cittadino inglese. Quanto alla possibile giustificazione di tale disparità di trattamento, sembra legittimo, come sottolineato dall'Avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni presentate il 28 febbraio 2008, "far dipendere la concessione di un indennizzo per le vittime di reati commessi all'estero, al fine di evitare un onere eccessivo, dalla sussistenza di un collegamento effettivo fra la persona che invoca la prestazione e lo Stato membro che la concede". L'utilizzo del criterio di collegamento unico e automatico della cittadinanza non può certo dimostrarsi in linea col generale principio di non discriminazione previ-

sto a livello comunitario.

Come suggerito dall'Avvocato generale, si potrebbe invece ipotizzare un criterio di residenza, anche prolungata per un certo periodo, quale criterio proporzionato per ammettere il richiedente al risarcimento evitando comunque di rispondere a richieste che non trovino la loro giustificazione in un collegamento sufficientemente stretto.